

INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Diretor: ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN

I. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 4. ed. rev., atual. e ampl. Cláudia Lima Marques
São Paulo : RT, 2002.

Obras publicadas nesta Série vide p. 1.111.

COPYLUX Copiadora
XI de Agosto
P 781 S Fls. 43

FV

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marques, Cláudia Lima
Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais / Cláudia Lima Marques. - 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. - (Biblioteca de direito do consumidor; v. 1).

Bibliografia.
ISBN 85-203-2250-6

I. Consumidores - Leis e legislação - Brasil 2. Consumidores - Proteção - Brasil 3. Contratos - Brasil I. Título. II. Série.

02-2249

CDU-347.44:381.6 (81).

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Contratos e consumidores : Direito 347.44:381.6 (81)

CLÁUDIA LIMA MARQUES

CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O novo regime das relações contratuais

4.ª edição revista, atualizada e ampliada,
incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais

BIBLIOTECA DE DIREITO DO CONSUMIDOR - 1

EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS

ção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias)⁸⁰⁴ considerando irrelevante, por exemplo, se o consumidor falece antes de pagar a última parcela ou o prêmio do seguro de vida,⁸⁰⁵ pois o inadimplemento pode ser sanado de outra forma (pagamento dos juros de mora) e o *standard* atual de boa-fé exige esta cooperação do contratante mais forte com o contratante mais fraco. Assim ensina o STJ:

"SEGURO – INADIMPLEMENTO DA SEGURADA – FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – RESOLUÇÃO – A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido". (REsp. 76362/MT, DJ 01.04.1996, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

A todas estas tendências atuais, Canaris denominou de "tendências de materialização do direito das obrigações contratuais" (*Tendenz zu einer Materialisierung des Schuldvertragsrechts*).⁸⁰⁶ Esta "materialização" de Canaris teria duas vertentes: a materialização da liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*), onde a determinação do conteúdo contratual não seria mais subjetiva, mas objetiva ou materializada pelas exigências da lei, dos princípios da confiança e da boa-fé⁸⁰⁷ e a materialização do equilíbrio ou justiça contratual (*Vertragsgerechtigkeit*), evoluindo-se para uma intervenção no conteúdo das obrigações a procura da função social dos contratos.⁸⁰⁸ Trata-se, pois, da nova teoria contratual, positivada no CDC e no novo Código Civil Brasileiro de 2002.

⁽⁸⁰⁴⁾ Veja sobre o tema, Aguiar Jr., Ruy Rosado, A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento, na *Revista de Informação Legislativa*, 1994, p. 211-225. O Brasil ainda não ratificou esta Convenção.

⁽⁸⁰⁵⁾ Veja também no mesmo sentido EI 197065436, TJRS, j. 14.03.1998, Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos: "Embargos infringentes – Seguro total – Falta de pagamento da última prestação – Inadimplemento do segurado – Resolução contratual que deveria ter sido requerida em juízo – Adimplemento substancial – Devida a indenização pela perda total do bem. Precedentes do STJ."

⁽⁸⁰⁶⁾ Canaris, *AcP*, p. 276 e ss.

⁽⁸⁰⁷⁾ Canaris, *AcP*, p. 277 e ss.

⁽⁸⁰⁸⁾ Canaris, *AcP*, p. 289.

CONTRATOS SUBMETIDOS ÀS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

SUMÁRIO: 1. Contratos entre consumidor e fornecedor de bens ou serviços – 1.1 Conceitos de consumidor: a) O consumidor *stricto sensu*; b) Agentes equiparados a consumidores: a superação do *status* de terceiro; c) O consumidor como sujeito de direitos fundamentais: em defesa de uma interpretação finalista e sistemática; 1.2 O conceito de fornecedor: a) O fornecedor *stricto sensu*; b) A cadeia de fornecedores e a solidariedade; c) As tendências jurisprudenciais de extensão do conceito de fornecedor e a solidariedade; 1.3 Contratos de fornecimento de produtos e serviços: a) Contratos imobiliários; b) Contratos de transporte, de turismo e viagem; c) Contratos de hospedagem, de depósito e estacionamento; d) Contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada; e) Contratos bancários e de financiamento; f) Contratos de administração de consórcios, *leasing* massificado e afins; g) Contratos de fornecimento de serviços públicos; h) Compra e venda e suas cláusulas; i) Compra e venda com alienação fiduciária – 2. Contratos de consumo e conflitos de leis no tempo – 2.1 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e os critérios de solução dos conflitos de leis: a) Características do Código de Defesa do Consumidor e reflexos na sua aplicação; b) O papel da Constituição Federal na interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor; c) Os critérios de solução de conflitos de leis e suas dificuldades; 2.2 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a prática em caso de conflitos de leis: a) Conflitos entre normas do Código Civil de 1916, de leis especiais e de leis anteriores com o Código de Defesa do Consumidor; b) Conflitos entre normas do Código de Defesa do Consumidor e de leis especiais posteriores; c) Conflitos entre o novo Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor – 2.3 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores: a) As garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito; b) A garantia constitucional da defesa do consumidor; c) A aplicação imediata das normas de ordem pública.

Atualmente, denomina-se contratos de consumo todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços.¹ Esta nova terminologia tem como mérito englobar a todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em um dos pólos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes. Este desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade do direito regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato através de uma regulamentação especial.

O Código de Defesa do Consumidor, justamente, estabelece normas de proteção e defesa do consumidor (art. 1.º do CDC) e institui em seus arts. 46 e ss. uma proteção contratual às "relações de consumo".

Para identificarmos quais são os contratos submetidos às novas normas de Código é necessário ter uma visão clara do campo de aplicação desta lei, tanto *ratione personae*, definindo quem será considerado consumidor e quem são os fornecedores de bens e serviços, quanto *ratione materiae*, incluindo ou excluindo contratos especiais, como os de trabalho, contratos administrativos, ou as técnicas especiais de contratação, aqui referidas, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

1. Contratos entre consumidor e fornecedor de bens ou serviços

O campo de aplicação do Código possuiria por força do art. 1.º uma importante limitação *ratione personae*, aplicando-se somente aos contratos onde está presente um consumidor ante um fornecedor de produtos ou serviços.

1.1 Conceitos de consumidor

a) O consumidor stricto sensu – Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor,² a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de

¹ Assim na expressão do mestre Calais-Auloy, p. 183.

² Veja Benjamin, Conceito, p. 71; e Comparato, p. 34; veja igualmente sobre o conceito de consumidor no CDC, a obra crítica e original de Maria Antônia Donato, p. 63 e ss.

defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.³

O legislador brasileiro parece ter, em princípio, preferido uma definição mais objetiva de consumidor. O art. 2.º do Código afirma expressamente que consumidor é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".⁴ Na definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final.⁵ Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado "destinatário final"? A definição do art. 2.º do CDC não responde à pergunta, é necessário interpretar a expressão "destinatário final".

Nas primeiras edições deste livro, identificamos duas correntes doutrinárias quanto à definição do campo de aplicação do Código: os finalistas e os maximalistas.

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo,⁶ a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no art. 4.º e 6.º.⁷

Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpre-

³ Assim Benjamin, Conceito, p. 77.

⁴ Veja observações de Moraes, p. 22 e 23; Donato ao conceituar o consumidor "standard" considera a destinação final seu elemento teleológico e principal, p. 90 e ss.

⁵ Veja a opinião de Alpa, *Contratto e impresa*, p. 372 e ss., segundo a qual é inoportuno definir-se legalmente consumidor de forma única, para todas as relações de consumo, mas sim precisar o conteúdo desta expressão em casos particulares.

⁶ Principalmente Antônio Herman Benjamin, também Alcides Tomasetti Jr., Eros Grau, Adalberto Pasqualotto, Benjamin/Conceito, p. 77.

⁷ Assim Benjamin/Comentários, p. 27, citando Eros Grau.

finalista

tação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida "destinação final" do produto ou do serviço.

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede.

Note-se que, de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga, como veremos, os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade do Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o art. 2.º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo e conceder a aplicação das normas especiais do CDC⁹ analogicamente também a estes profissionais.

Já os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo,¹⁰ o qual

⁹ Assim Antônio Herman Benjamin, em sua participação no II Congresso de Daños, em Buenos Aires.

¹⁰ Assim nosso pensamento inicial, em 1989, no Ministério da Justiça, quando da elaboração do Projeto de CDC pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor-CNDC/MJ e no I Congresso Internacional de Direito do Consumidor, USP, São Paulo, 1989. Interessante observar que, após três anos de vigência, a tendência maximalista permaneceu na doutrina (veja Donato, p. 90 e ss.), e continua presente na jurisprudência, nas novas técnicas de aplicação

institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2.º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.¹⁰ Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar,¹¹ a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e é, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.

Esta bipolarização das opiniões traz a necessidade que se reflita mais sobre o tema, não basta repetir o que diz o art. 2.º do CDC, é necessário definir uma linha para interpretá-lo. Para tanto, vamos inicialmente observar a experiência no direito comparado, após, vamos delimitar o problema da definição de consumidor segundo as normas de nosso CDC e, então, em um terceiro momento, definir a interpretação que nos parece a mais razoável. Repetiremos aqui as observações das edições anteriores, pois nos parecem ainda válidas, expandindo e atualizando, porém, estas reflexões.

Vejamos a experiência no direito estrangeiro de delimitação do campo de aplicação *ratione personae* das leis (especiais e gerais) tutelares dos direitos dos consumidores. Dois países principais em Direito Comparado, a França e a Alemanha, e a evolução histórica desde a década de 70 dos modelos de proteção dos consumidores, devem nos

das normas ou dos princípios do CDC a novos casos no mercado de consumo, veja nossa análise na letra b deste título.

¹⁰ Assim manifestação dos representantes da Agademi - Associação Gaúcha de Empresas do Mercado Imobiliário, no Congresso de Porto Alegre.

¹¹ Veja decisão do STF não considerando uma tecelagem, de Santa Catarina, como 'destinatária final', quando importa algodão do Reino Unido e se submete à arbitragem internacional, veja SEC 5.847-1/RU, Sessão Plenária, j. 01.12.1999, DJU 17.12.1999, Min. Maurício Corrêa, *Revista de Direito do Consumidor* 34, p. 253-263, que comentei com Eduardo Turkenicz, *Revista de Direito do Consumidor* 36, p. 221-240.

interessar de forma especial. A França optou por proteger, desde 1978, o consumidor por leis especiais, inicialmente esparsas, depois reunidas em um Código (*Code de la Consommation*).¹³ Assim, na França, a antiga Lei 78-23, de 10.01.1978,¹⁴ dizia-se aplicável somente à proteção contra cláusulas abusivas inseridas em "contratos concluídos entre profissionais e não-profissionais ou consumidores" (art. 35 da lei e hoje art. 132-1 do *Code de la Consommation*).¹⁵ Logo, os contratos entre dois profissionais, pessoas físicas ou jurídicas, estavam excluídos do campo de aplicação da lei especial e hoje estão excluídos do campo de aplicação do *Code de la Consommation*, no que se refere ao controle das condições gerais dos contratos.

A jurisprudência francesa, porém, diante dos inúmeros contratos entre pequenos empresários ou profissionais liberais e fornecedores de bens, em que os primeiros, apesar da profissão, agiam nestes contratos sem conhecimentos técnicos especiais e fora do campo de sua atividade comercial, acabou, desde 1987, em caso envolvendo a instalação de um alarme em uma agência imobiliária, relativizando o conceito¹⁶ e enten-

¹³ Como ensina Berthiau, p. 148, citando o mestre Calais-Auloy, trata-se de uma "codification-compilation" que reúne as normas, mas sem criar um "ensemble cohérent", o que a aproxima de uma "consolidação de normas".

¹⁴ A Lei 93-949, de 26.07.1993, que instituiu a primeira parte legislativa (artigos L) do *Code* e o Dec. 97-298, de 27.03.1997, que instituiu a parte regulamentar (artigos R) do *Code*, dão a este "Código do Consumo", sem parte geral e dividido em vários livros (I - Informação ao consumidor e formação dos contratos, II - Conformidade e segurança de produtos e serviços, III - Endividamento (e Crédito), IV - Associações de Defesa do Consumidor, V - Instituições (de controle administrativo) dá ao *Code* francês uma impressão de consolidação, mais do que Código; de qualquer maneira, junto ao CDC brasileiro, é o outro Código mais conhecido.

¹⁴ É a chamada Lei Scrivener, cujo decreto regulamentar é o Décret n. 78-404 de 24.3.78, veja Calais-Auloy, p. 161. As normas desta Lei foram incorporadas no *Code de la Consommation* nos artigos L. 115, L. 561, L. 132, L. 133, L. 134 e o Decreto nos Artigos R. 132 e R. 211, veja Table de Concordance, no *Code de la Consommation*, Dalloz, p. 1213 e 1218-19.

¹⁵ O texto original do atual art. 132-1 do *Code de la consommation* é: "Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations de parties au contrat."

¹⁶ Veja Decisão da Corte de Cassação: Civ. 28 abril 1987, D. 1988, J. 1 (Bull. civ. 1987, I, n. 134), assim tb. o Prof. Claude Witz, em seu curso na Universi-

dendo que o profissional, nestes casos, também merece a proteção da lei especial, em face do seu estado de ignorância ou vulnerabilidade neste contrato ("cette société est dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur").¹⁷

A jurisprudência francesa atual é, porém, frutífera em distinções: aplica a lei especial para proteger um joalheiro (*joillier*), em dificuldades financeiras, que contrata a impressão de prospectos,¹⁸ ou um pequeno joalheiro (*bijoutier*) frente ao Banco (*GIE Cartes Bancaires*),¹⁹ mas recusa a aplicação da lei a uma empresa que quer anunciar suas qualidades de profissional em uma publicidade,²⁰ assim como recusa a aplicação do *Code* a contratos envolvendo o fornecimento de bens e serviços que tenham uma relação direta com a atividade profissional exercida pelo co-contratante (*leasing* de computador para pessoa jurídica colocar banco de dados de clientes,²¹ locação de telefones para local da empresa,²² seguro de navio para empresa de navegação,²³ locação de material e televisores para segurança contra roubos na loja)²⁴ e a grandes contratos (sociedade que faz financiamento para comprar um imóvel-sede,²⁵ a venda de uma propriedade rural a um agricultor,²⁶ o contrato entre um

dade do Sarre, destacou igualmente a importância da decisão Cas. civ. 16 juillet 1987, D. 1988, 49.

¹⁸ Assim expressão da decisão Civ. 1re, 28 avril 1987, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 80, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

¹⁹ Decisão de Paris, 22 mars 1990, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 80, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²⁰ Decisão de 1er mars 1993, JCP 1994.II.22194, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 80, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²¹ Decisão de Paris, 6 oct. 1995, D. 1995.IR. 268, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 80, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²² Decisão Civ. 1er, 30 janv. 1996, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²³ Decisão Civ. 1er, 5 nov. 1996, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²⁴ Decisão Civ. 1er, 23 févr. 1999, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²⁵ Decisão Lyon, 18 sept. 1998, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²⁶ Decisão Civ. 1er, 26 mai 1993, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

²⁷ Decisão Civ. 1er, 24 nov. 1993, D. 1994, Somm. 236, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

banco e uma grande loja de departamentos (*surface*),²⁷ o contrato de fornecimento de energia entre a ex-estatal e uma empresa de impressão.²⁸ De outro lado, aplica a lei especial para beneficiar um assalariado que aluga veículo para usar em seu trabalho e em casa (*usage mixte*),²⁹ e para beneficiar sociedades sem fins lucrativos, como uma associação de artistas,³⁰ um sindicato e uma união sindical.³¹

Observe-se que a doutrina belga,³² sempre considerou que só uma definição subjetiva e restrita da pessoa do consumidor permitiria identificar o grupo mais fraco na relação do consumo, único que mereceria a tutela especial do direito. Neste sentido, o necessário divisor de águas seria o fim de lucro do profissional ao contratador, assim, no caso das pessoas jurídicas, só aquelas sem fins lucrativos poderiam ser assemelhadas a consumidores.³³ Esta crítica à inicial tendência francesa de expansão do campo de aplicação subjetivo da lei surtiu efeito e através das distinções realizadas ao longo destas três décadas, pode-se afirmar que pessoas físicas e pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mesmo que profissionais em algum sentido, têm mais facilidade para uma equiparação a consumidor na França, enquanto pessoas jurídicas com fins lucrativos só se beneficiarão da lei tutelar se em situação de vulnerabilidade.

Outra experiência significativa no direito comparado é a alemã. A antiga lei alemã de 1976 sobre as condições gerais dos contratos, conhecida pela sigla *AGB-Gesetz*,³⁴ fez escola e foi modelo tanto da lei portuguesa como influenciou o nosso CDC³⁵ e a Diretiva Européia de 1995

⁽²⁷⁾ Decisão Com. 10 mai 1994, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

⁽²⁸⁾ Decisão Civ. 1er, 24 janv. 1995, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

⁽²⁹⁾ Decisão Grenoblé, 13 juin 1991, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

⁽³⁰⁾ Decisão Paris, 21 nov. 1996, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

⁽³¹⁾ Decisão Paris, 28 mai 1999, *Code de la consommation*, Dalloz, p. 81, n. 3 dos comentários ao art. L. 132-1.

⁽³²⁾ Assim Bourgoignie, *Éléments*, p. 46 e 47.

⁽³³⁾ Assim também Benjamin, no artigo Conceito, anterior ao CDC, p. 77.

⁽³⁴⁾ Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (*AGB-Gesetz*), de 09.12.1976.

⁽³⁵⁾ Veja detalhes em meu artigo, Notas, p. 13 e ss.

sobre cláusulas abusivas, mas, hoje, assim como todas as outras leis especiais de proteção do consumidor (sobre crédito ao consumidor – *Verbraucher Kreditgesetz*, sobre venda em domicílio – *Haustürwiderrufgesetz*, sobre venda à distância – *Fernabsatzgesetz*, sobre *Time-sharing* – *Teilzeitwohnrechtgesetz*, e normas sobre comércio eletrônico), encontra-se reintegrada no Código Civil alemão de 1896 (BGB).³⁶ A opção alemã, neste sentido, foi totalmente diferente da francesa, preferindo ressystematizar o direito civil e incluindo as normas tutelares dos consumidores no universo geral das normas civis, criando assim um direito civil geral e social ao mesmo tempo.³⁷

Como na lei alemã, *AGB-Gesetz* de 1976, a Alemanha³⁸ optou, por controlar também as condições gerais inseridas em contratos entre dois profissionais ou comerciantes. Mas, supondo que nestes casos haveria um maior equilíbrio no poder de barganha e discussão do conteúdo, tentou reduzir a proteção concedida³⁹ ao considerar aplicável somente a cláusula geral proibitória de cláusulas abusivas contrárias à boa-fé do § 9.º da lei (§ 24 da *AGB-Gesetz*). Hoje, na Alemanha, por influência das Diretivas europeias,⁴⁰ a proteção aos consumidores encontra-se novamente reduzida à pessoa física que "conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional".⁴¹

Preferindo aplicar o princípio da boa-fé a todos os contratos por adesão ou com CONDGs, a *AGB-Gesetz* se aplicava a todos os contra-

⁽³⁶⁾ Assim ensina Schmidt-Räntsch, p. 331 e 332 (n. 1036 a 1040).

⁽³⁷⁾ Veja meu artigo Normas, p. 30 e ss. e comentário informativo com Ulrich Wehner, *Revista de Direito do Consumidor* 37, p. 271 e ss.

⁽³⁸⁾ Veja em Burckhardt, p. 20 e 21, que o primeiro esboço da lei, em 1974, influenciado pela manifestação do Conselho da Europa e do Governo alemão ("Bericht zur Verbraucherpolitik" de 18.10.1971) pretendia limitar o campo de aplicação da lei aos consumidores, excluindo todos os contratos entre comerciantes, mas tal limitação subjetiva foi mal recebida e o projeto modificado, em 1975, para concentrar-se na finalidade profissional ou não do contrato.

⁽³⁹⁾ Semelhante é a lei portuguesa, Dec.-lei 446/85, de 25 de outubro, que prevê listas diferentes de cláusulas abusivas conforme se trata de contrato entre dois comerciantes; veja sobre o assunto Amaral, p. 254 e ss.

⁽⁴⁰⁾ É o que Bruckhardt, p. 218, denomina de "divergência de concepção quanto ao método de proteção" (*Schutzkonzeptdivergenz*) entre a Diretiva de cláusulas abusivas 93/13/CEE, de 05.04.1993 e a Lei alemã de 1976.

⁽⁴¹⁾ Veja meu comentário com Ulrich Wehner, *Revista de Direito do Consumidor* 37, p. 272-273.

tantes (comerciantes ou consumidores), desde que o método de contratação fosse este. Assim, é necessário esclarecer que esta proteção mitigada para os contratos envolvendo dois comerciantes só existia quando o contrato fazia "parte da atividade do estabelecimento do comerciante, caso em que o § 24 da AGBG mandava aplicar, além da cláusula geral, os usos e costumes comerciais. Na palavra *atividade* estaria a idéia de utilização direta ou indireta na produção, assim, por exemplo, uma loja de roupas que compra produtos de limpeza e os utiliza para limpar o estabelecimento, de forma a atrair clientes, os estaria utilizando "na atividade" do estabelecimento comercial. Nos demais contratos, a proteção concedida ao profissional era a mesma concedida a um consumidor comum (listas de cláusulas abusivas etc.).

Mas, a jurisprudência alemã⁴² acostumada até 1976 a controlar o conteúdo de todos os contratos de modo a garantir o cumprimento do princípio basilar do sistema jurídico alemão, o princípio da *boa-fé*, acabou por interpretar extensivamente a cláusula geral do § 9º da Lei a conceder praticamente a mesma tutela aos contratos entre comerciantes.⁴³ O resultado deste alargamento do campo de aplicação da lei foi decisivo e, durante muito tempo, mais de 50% dos casos de aplicação da lei especial nos Tribunais referem-se a litígios entre comerciantes, o que reduziu o nível de proteção concedido pela jurisprudência alemã e provocou a reação do legislador em 2000 e 2001.

Para nós, esta inicial experiência alemã de alargamento do campo de aplicação *ratione personae* da lei parecia indicar que, em se tratando de contratos pré-elaborados unilateralmente, contratos de adesão e de condições gerais dos contratos, a caracterização do contratante como profissional pouca importância teria.⁴⁴ Assim, se o direito almejava um reequilíbrio contratual neste campo, deveria estender a proteção nestes casos também aos contratos entre dois profissionais, sempre que um deles estiver em situação mais fraca, mais vulnerável. A pergunta que se

⁴² Veja sobre a evolução da jurisprudência alemã o excelente comentário: Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, p. 349 e também Heinrichs, *Zehn Jahre*, p. 30.

⁴³ Sobre o princípio da *boa-fé* do § 242 do BGB no sistema jurídico alemão, veja Larenz, *AT*, p. 38 e ss.; em português, veja Pasqualotto, p. 52 e 54.

⁴⁴ Cf. o comentário Wolf/Horn/Lindacher, p. 509, a jurisprudência entendeu que as cláusulas dos §§ 10 e 11 eram exemplos dos valores perseguidos pelo § 9º.

⁴⁵ Assim conclui tb. Brandner, *Zehn Jahre*, p. 53.

colocava na época era se esta extensão deveria ser feita prioritariamente pelo sistema tutelar do CDC ou pelos sistemas gerais.⁴⁶ A resposta veio em 2000: esta proteção das relações contratuais intercomerciantes deve ser feita pelo sistema geral do direito civil e normas especiais (mesmo que dentro de um Código) devem proteger de forma qualificada o mais vulnerável.

A resposta alemã é importante, pois o sistema geral de direito comercial brasileiro, por exemplo, conhece também o princípio da *boa-fé*, assim também o sistema geral de direito privado, especialmente o Novo Código Civil unitário de 2002 impõe esta idéia e de forma expressa, em seu art. 422, obriga a todos os contratantes (leigos e profissionais) a guardar na conclusão e na execução dos contratos os princípios da *probidade e da boa-fé*, limita a liberdade contratual geral à função social do contrato (art. 421); assim como traz normas sobre o controle (art. 424) e a interpretação (art. 423) dos contratos de adesão entre "civis" e entre "empresários" (art. 966 e ss. do CCB/2002).⁴⁷

Em outras palavras, a opção alemã de 2000 e 2001 inverteu a equação: não é mais o § 24 que regula de forma especial o controle dos contratos interempresários, são as normas do Código Civil alemão (BGB-Reformado) que se aplicam a todos e asseguram de forma especial uma qualificada proteção aos contratos entre consumidores e empresários. Assim, o sistema geral continua se aplicando a todos os contratos, mas o sistema geral evoluiu para um sistema geral e social, quando visa à proteção qualificada dos consumidores nestes contratos através de normas especiais para os consumidores incluídas no Código Civil – BGB-Reformado.

A mudança no direito alemão foi feita em duas etapas, e merece nossa atenção: a primeira etapa em 2000, introduziu a figura do consumidor e do "empresário" (Unternehmer) no direito civil geral, isto é, dentre as "pessoas"⁴⁸ da Parte Geral de seu famoso Código Civil – BGB; a segunda, ainda mais profunda, modificou toda a parte especial de obrigações e contratos para incluir normas especiais (e gerais) de pro-

⁴⁶ Veja com posição restritiva, Pasqualotto, p. 81 e ss.

⁴⁷ Lei 10.406, de 10.01.2002.

⁴⁸ O título I da Parte Geral do BGB hoje é: Pessoas Físicas, Consumidores e Empresários (no original: "Titel I – Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer"). Veja Dauner-Lieb, p. 37.

teção do parceiro contratual mais fraco, em especial dos consumidores, resistendo assim todas as Diretivas europeias sobre contratos e leis especiais alemãs, que instrumentalizavam a proteção do consumidor.

Sobre a primeira mudança em 2000 escrevi: "Significativo, pois, que a Alemanha, um país principal do Direito Comparado, tenha modificado o seu famoso Código Civil de 1900⁴⁹ para incluir – ou melhor, para receber – a figura do consumidor (novo § 13 BGB-*Verbraucher*) e do fornecedor-empresário (novo § 14 BGB-*Unternehmer*), absorvendo assim, no seio da codificação do Direito Civil, o seu filho mais novo, o direito do consumidor. Hoje, as relações de consumo são Direito Civil geral na Alemanha. Estas relações mistas, entre um fornecedor e um consumidor, pessoa física com fins não profissionais (§ 13 e § 14 do BGB) são Direito Civil, não Direito Comercial ou Direito Económico, como muitos defendiam. O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores. Um Direito Civil assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autónomas. Em 29.06.2000, o Parlamento alemão modificou substancialmente o Código Civil Alemão e uma série de leis esparsas..., cumprindo assim a determinação das Diretivas Europeias e os reclamos de sistematização da proteção do consumidor.⁵⁰

As principais modificações do Código Civil Alemão foram, na Parte Geral do Código, a inclusão das figuras do consumidor (§ 13 BGB-*Verbraucher*) e do fornecedor (novo § 14 BGB-*Unternehmer*)... A modificação mais importante é a da Parte Geral do BGB, com a inclusão do consumidor como sujeito de direitos. Uma definição um tanto contratualista, mas que se compreende tendo em vista a tendência alemã pelo regime contratual.⁵¹ No original: "§ 13 Verbraucher – Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann". O que pode "ser il-

⁴⁹ Veja meu artigo, Cláudia Lima Marques, Cem anos de Código Civil alemão. O BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. RT 741, de julho 1997. São Paulo, p. 11 a 37.

⁵⁰ Desde von Hippel prega a doutrina alemã que a sistematização da proteção do consumidor era necessária e útil, veja Hippel, p. 44 e 45.

⁵¹ Veja como uma série de responsabilidades pré e pós-contratuais foram incluídas no regime contratual, em Pédamon, p. 20 e ss.

vemente traduzido como: "§ 13 – Consumidor – Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional."⁵²

"Esta definição negativa (finalista) de consumidor contém as características internacionalmente mais aceites de consumidor, quais sejam a de sua não-profissionalidade, de pessoa física (a relembrar o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados), de contratante ou usuário final dos produtos e serviços.⁵³ ... Interessante notar que em todas as Diretivas europeias⁵⁴ a definição de consumidor sempre foi a da pessoa física que age fora de sua profissão, para fins privados, frente a um profissional.⁵⁵

Já fornecedor ou empresário (*Unternehmer*), segundo o novo art. 14 do BGB é "uma pessoa física ou pessoa jurídica ou uma sociedade de uma pessoa, que na conclusão de um negócio jurídico está usando de ou com a finalidade de sua atividade profissional, própria ou comercial"⁵⁶ ...⁵⁷

⁵² Assim meu comentário com Ulrich Wehner, *Revista de Direito do Consumidor* 37, p. 272-273.

⁵³ Assim defendi, Curso/OEA, p. 28 e ss.

⁵⁴ Assim Diretiva 93/13 sobre cláusulas abusivas: "a pessoa física, que, em contratos que recaem no campo de aplicação da diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional ou comercial" (Art. 2, b). Também a Diretiva 94/47/CE sobre contratos de *time-sharing*: "Art. 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: – adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objecto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato." Texto em espanhol oficial; Lete Achirica, p. 345.

⁵⁵ Assim Werner Lorenz, *Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit*, em *IPRAX* (Heidelberg) 1994, p. 429, excluindo a relação "Privado-Privado" ou "consumidor-consumidor", em face do campo de aplicação das diretivas, sempre voltadas para a atividade dos profissionais, fornecedores.

⁵⁶ No original: "§ 14.1. Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt." BGBl. Teil I N. 28, 29.Juni.2000, p. 899.

⁵⁷ Assim meu comentário com Ulrich Wehner, *Revista de Direito do Consumidor* 37, p. 273-274.

"As modificações referidas refletem uma nova tendência seguida pelo legislador alemão. Prevalece a convicção de que a codificação unificadora do Direito do Consumidor é preferível às leis especiais e dispersas sobre a matéria. A importância deste enfoque é observada tanto no Direito Comunitário Europeu quanto na posição do Direito do Consumidor no Direito Civil Alemão.

Como se observa, o futuro do Direito do consumidor começou a mudar. De elemento descodificador e especial, renasce como elemento unificador e harmonizador do Direito Privado, reforçando o Direito Civil geral, impregnando-o de valores sociais, de justiça distributiva e de tratamento desigual e pós-moderno aos sujeitos de direito, desiguais e importantes na estrutura da sociedade de massas atuais. Tudo sem quebrar o sistema e sim fazendo parte do sistema, adaptando-o às novas realidades sociais e culturais. Os alemães tentam assim iniciar um direito civil geral e social."⁵⁸

A opção alemã tem dois aspectos interessantes: ousadia, ao incluir os consumidores dentre as pessoas a proteger em uma relação civil, o que leva a uma proteção geral destes sujeitos de direito, em todas as suas relações diante dos empresários; e, contenção, ao definir os consumidores de maneira finalista e restritiva, pela finalidade de consumo e somente proteger pessoas físicas, excluindo totalmente as pessoas jurídicas.

Se nesta primeira fase da reforma alemã, em 2000, a concentração foi na definição legal dos sujeitos a proteger, na segunda, em 2001, a idéia foi renovar todo o direito das obrigações, incluindo normas especiais para a proteção dos consumidores no sistema geral (assim os §§ 355 a 359 do BGB asseguram um direito de arrependimento em todos os contratos envolvendo consumidores, assim como dos contratos conexos ou negócios anexos de consumo, como pagamentos de cartões de crédito etc., também as normas da lei AGB estão nos § 305 e ss., mas a norma do § 310, Abs. 3, traz uma interpretação especial, quando o contrato é entre empresário e consumidor etc.), assim como diminuindo drasticamente os prazos prescricionais (assim o prazo geral de 30 passou para 3 e 10 anos – § 195 e § 196, com exceção dos direitos reais, de família e hereditários), e incluindo novos institutos desenvolvidos pela jurisprudência e doutrina depois da entrada em vigor do BGB em 1900 (estas

⁵⁸ Assim meu comentário com Ulrich Wehner, *Revista de Direito do Consumidor* 37, p. 276-277.

importantes instituições foram: a quebra positiva do contrato – § 280-282, a culpa *in contrahendo* – § 311 Abs.2, e Abs. 3, e § 241 Abs.2 e § 280, a quebra da base do negócio – § 313 e o direito de rescisão nas relações de longa duração – § 314).⁵⁹

Interessante observar que, se bem o consumidor é uma figura geral do BGB-Reformado, as normas que a ele se aplicam (normas tutelares especiais), oriundas da integração das leis especiais, vêm todas indicando que se aplicam somente a consumidores e seus contratos. Assim, apesar da localização, na regra geral do Código Civil, o aplicador da lei sabe que está aplicando uma norma tutelar dos consumidores, pessoas físicas, e que tal norma é um privilégio de proteção do contratante mais fraco.⁶⁰ Já as normas sobre condições gerais contratuais se aplicam a todos os sujeitos, como a própria AGB de 1976 se aplicava, com as distinções antes estabelecidas, pois segundo o novo § 310 Abs. 1 do BGB, as listas cinza e preta continuam não se aplicando aos contratos interprofissionais, em uma resposta do legislador ao desenvolvimento da jurisprudência. Mas, nesta incorporação, o legislador alemão prestigiou o Direito dos Juízes (*Richterrecht*), ao expandir as listas com as cláusulas abusivas identificadas na jurisprudência e ao incluir na cláusula geral de boa-fé (§ 307 do BGB, antigo § 9 da AGBG), um menção específica à violação do dever de transparência (*Transparenzgebot*), quando a cláusula não é clara ou compreensível (§ 307, Abs. 1, 2.ª frase do BGB).⁶¹

Como se observa, apesar da profunda modificação que o direito alemão das obrigações sofreu em 2000 e 2002, o espírito especial de proteção apenas das pessoas físicas, quando atuam com finalidade de consumo (não-profissional), e a aplicação do princípio da boa-fé para todas as outras relações intercivis e interempresariais, continua o mesmo no Direito civil alemão. Sendo assim, não é demais relembrar que o critério da destinação final (*Endverbraucher*) foi recusado pelos elaboradores da lei alemã desde 1976, sob o argumento de ser "pouco prático",⁶² pois exigiria do fornecedor de bens saber se seu parceiro

⁵⁹ Veja apresentação de Dauner-Lieb, p. 8 a 12.

⁶⁰ Veja lista das mais de 50 normas especiais de proteção do consumidor no BGB-Reformado, Schmidt-Räntsch, p. 332 a 348.

⁶¹ Assim chama atenção Schmidt-Räntsch, p. 331 (n. 1036).

⁶² Assim Koetz, *Muenchener*, p. 1951, § 24 (1) AGBG. Veja decisão do STJ que bem explica esta dificuldade na análise de quem é o consumidor final: "Código

contratual será ou não o destinatário final do bem para poder orientar o conteúdo do contrato, preferindo o critério da profissionalidade da atividade. Se a crítica, no caso brasileiro, fica um pouco esvaziada, uma vez que o CDC tem um campo de aplicação material mais amplo, regulando relações contratuais e extracontratuais, o que leva a concluir que o critério da destinação final é adequado, a verdade é que a reforma alemã não tocou a responsabilidade extracontratual, mas já codificou os deveres anexos de cuidado e de segurança inerentes a qualquer relação obrigacional (§ 241, Abs. 2, do BGB).⁶³ O sistema geral e social alemão atual não difere em muito do sistema brasileiro, após a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, que traz esta visão social e de controle para todos os contratos, mas que deixa ao CDC a tarefa de proteger de forma especial o consumidor. Resta a dúvida, se o critério alemão e do direito comparado (o da profissionalidade da atividade do agente) não teria sido melhor do que o critério brasileiro (o da finalidade ou da destinação final). De qualquer forma, mister analisar se na interpretação sistemática e teleológica do critério brasileiro não pode ser encontrada uma funcionalidade e eficácia semelhante ao do critério alemão. Eis, porque, incluo nesta 4.ª edição uma análise extra, sobre o consumidor como sujeito de direitos fundamentais e a teoria finalista (letra c adiante).

Assim, voltando nossas atenções para o CDC brasileiro, devemos, em primeiro lugar, limitar o problema. Trata-se neste estudo de definir quem é consumidor em uma relação *contratual* no mercado brasileiro. Isto porque o CDC utiliza-se de uma técnica multiplicadora do seu campo de aplicação, qual seja a de dividir os indivíduos entre *consumidores* (art. 2.º, caput) e *pessoas equiparadas a consumidor* (parágrafo único do art. 2.º). No campo extracontratual, o CDC considera suas normas aplicáveis a "todas as vítimas do evento danoso" causado por um

de Defesa do Consumidor – Destinatário final: conceito – Compra de adubo – Prescrição. Lucros cessantes. 1. A expressão "destinatário final", constante da parte final do art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento. 2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos. 3. ... 4. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 208793/MT, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.11.1999).

⁶³ O texto do novo § 241, Abs. 2 é o seguinte: "(...)".

produto ou serviço, segundo dispõe o seu art. 17. As vítimas não são, ou não necessitam ser *consumidores stricto sensu*, mas a elas é aplicada a tutela especial do CDC por determinação legal do art. 17, que as *equipara* aos consumidores.⁶⁴ O parágrafo único do art. 2.º do CDC estabelece este princípio de equiparação:

"Art. 2.º...

"Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Estamos aqui procurando a definição de *consumidor stricto sensu*, concentrada na idéia de "destinatário final", e não a de *bystander* ou terceiro na relação contratual, que de alguma forma interveio ou foi vítima da relação de consumo. De qualquer maneira, pode ser importante para as nossas conclusões saber que as normas do CDC são aplicáveis, por lei, a pessoas que em princípio não poderiam ser qualificadas como *consumidores stricto sensu*.

Feitas estas observações, passamos a definir quem é *consumidor stricto sensu* no sistema do CDC brasileiro. Dispõe o art. 2.º:

"Art. 2.º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

É necessário interpretar a norma do art. 2.º. O Código, como afirmamos anteriormente, em matéria contratual, representa a evolução do pensamento jurídico para uma teoria contratual que entende o contrato enquanto sua função social. Para atingir este intento, a nova teoria pensa muitas vezes de maneira tópica, isto é, pensa-se por problemas, tentando resolver um a um, como faremos a seguir.

⁶⁴ Interessante caso foi julgado pelo STJ, em que uma placa de publicidade (logo, voltada para o comércio, mas uma relação interfornecedores) caiu sobre um automóvel estacionado abaixo. Houve "defeito" no serviço e havia uma "vítima"-consumidora, mas a relação não foi considerada "de consumo". Veja REsp. 207926/PR, j. 01.06.1999, DJ de 08.03.2000, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Já em caso de falha do serviço bancário, com abertura de conta-fantasma com o CPF da "vítima-consumidor" e inscrição no Serasa (dano moral), trata-se de relação de consumo, aplicável o art. 17 (e 29) do CDC, veja decisão do STJ na AI 275876/RJ, j. 20.03.2000, DJ de 29.03.2000, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Veja desabamento de prédio (acidente de consumo), que abala prédios vizinhos e vítimas-vizinhas como "consumidoras", *Revista de Direito do Consumidor* 34, p. 172 e 312.

No caso dos contratos, o problema é o *desequilíbrio* flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4, I), é o pólo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção "pegar ou largar", isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este *desequilíbrio* de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento *desequilibrado* e *desigual* dos contratantes, protegendo o direito àquele na posição mais fraca, o vulnerável, o que é *desigual* fática e juridicamente.⁶⁵ Aqui os dois grandes princípios da Justiça moderna (liberdade e igualdade)⁶⁶ combinam-se para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento *desigual* a favor de outro (*favor debilis*),⁶⁷ compensando a "fragilidade"/"fraquesa" de um com normas "protetivas",⁶⁸ controladoras da atividade do outro, e resultando no *reequilíbrio* da situação fática e jurídica.⁶⁹

O novo direito dos contratos procura, assim, evitar este *desequilíbrio*, procura a equidade contratual. Mas existiria *desequilíbrio* em um contrato firmado entre dois profissionais? Como regra geral, presume-se que não há *desequilíbrio*, ou que não é tão grave a ponto de merecer uma tutela especial, não concedida pelo direito civil renovado (e pelo direito comercial clássico). Aqui presume a inexistência de vulnerabilidade. Esta presunção estava presente, igualmente, na lei alemã de 1976 e encontra-se hoje nas novas legislações do direito comparado, que preferem reduzir sua proteção às pessoas físicas agindo fora de sua profissão.⁷⁰ Mas, como observamos, por vezes o profissional é um pequeno

⁶⁵ É o que Berthiau, p. 61 e ss., denomina "les discriminations justifiées ou rendues nécessaires par une différence de situation".

⁶⁶ Assim ensina, em seu novo livro sobre a volta à Justiça, o jus-filósofo alemão Braun, p. 142 e ss.

⁶⁷ Veja sobre o tema, considerando um princípio universalmente aceito, o Curso de Haia de Fausto Pocar e o livro de Cohet-Cordet, no Brasil, veja o livro de Moraes sobre o princípio da vulnerabilidade.

⁶⁸ Assim ensina Calais-Auloy, 4. ed., n. 18. O princípio é citado no Brasil no REsp. 303240/SP, j. 02.08.2001, Min. Nancy Andriighi, como "favor debitoris".

⁶⁹ Assim conclui a apresentação e o relatório de síntese do livro *Vulnerabilité et droit*, veja Cohet-Cordey, p. 9 e Fiechter-Boulvard, p. 323.

⁷⁰ Assim, o direito italiano, que regulou as cláusulas abusivas perante os consumidores (pessoas físicas) nos arts. 1469-bis a sexies do Código Civil unitário

comerciante, dono de bar, mercearia, que não pode impor suas condições contratuais para o fornecedor de bebidas, ou que não compreende perfeitamente bem as remissões feitas a outras leis no texto do contrato, ou que, mesmo sendo um advogado, assina o contrato abusivo do único fornecedor legal de computadores, pois confia que nada ocorrerá de errado. Nestes três casos, pode haver uma exceção à regra geral, o profissional pode também ser "vulnerável", ser "mais fraco" para se proteger do *desequilíbrio* contratual imposto.

Interessante notar que os novos estudos europeus⁷¹ sobre a vulnerabilidade, enquanto noção, procuram distingui-la de sua fonte ou base filosófica, a igualdade ou desigualdade entre sujeitos. Isto porque, a igualdade é uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, onde a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas, como fizemos acima: aos iguais, trata-se igualmente, aos desiguais, trata-se *desigualmente* para alcançar a Justiça. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada,⁷² que apresenta traços de subjetividade, que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos.

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco⁷³ ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado,⁷⁴ é uma situação per-

de 1942-Reformado. Mencione-se aqui que também a recente lei norte-americana sobre assinatura eletrônica, a qual também preferiu uma definição restritiva de consumidor: "2000 - SEC. 106. DEFINITIONS. For purposes of this title: (1) Consumer.—The term "consumer" means an individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such an individual", veja U.S. - Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, de 08.06.2000.

⁷⁰ Comentaremos aqui os ensinamentos de Fiechter-Boulvard, *La notion*, p. 15 e ss.

⁷¹ Assim Fiechter-Boulvard, apesar de sua análise desde os romanos, *La notion*, p. 29.

⁷² Segundo Cohet-Cordey, p. 10: "la vulnérabilité n'est pas autre chose qu'un 'facteurs d'aggravation des risques'".

⁷³ Assim relembra Rippert, *La règle morale*, p. 153, a existência de uma "idé morale que le créancier commet une suprême injustice en usant de son droit avec la dernière rigueur" em situações de confrontação de interesses.

manente ou provisória, individual ou coletiva,⁷⁵ que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, e apenas a "explicação" destas regras ou da atuação do legislador.⁷⁶ É a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.⁷⁷

Em resumo, em minha opinião,⁷⁸ existem três tipos de *vulnerabilidade*: a técnica, a jurídica e a fática. Na *vulnerabilidade técnica*, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade,⁷⁹ o mesmo ocorrendo em matéria de serviços.⁸⁰ A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não-profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem, como vimos no exemplo da jurisprudência francesa. Segundo conclui o STJ, os agricultores, organizados em cooperativas, apresentam uma vulnerabilidade intrínseca em relação a máquinas agrícolas de nova geração, a definir que: "é de consumo a relação entre o vendedor de

(75) Assim ensina Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324.

(76) Assim, Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 328.

(77) Assim também Berthiau, p. 258 e ss.

(78) Moraes, p. 115 e ss., identifica a vulnerabilidade técnica, jurídica, política ou legislativa, a biológica ou psicológica, a econômica ou social e a ambiental, assim como várias situações ou "formas de tornar o consumidor vulnerável", p. 226 e ss.

(79) Assim ensina Amaral Jr./Bou-fé, p. 28: "...o consumidor é vulnerável porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado. Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, o grau de perfeição dos produtos e serviços".

(80) Assim ensina a decisão do TARS; Ap. Civ. 193 484 132, 5.ª Cam., rel. João Carlos Branco Cardoso, j. 17.03.1994, onde se lê, no corpo do acórdão, p. 3: "O que pode se apreender da experiência do dia-a-dia, é que a pessoa, qualquer que seja, desimportando sua condição de professora universitária na especialidade de procurar um plano de saúde, deseja a maior cobertura possível. Por isso contrata, e o seu poder de barganha é mínimo, limitando-se a escolher entre as várias alternativas, porém não podendo alterá-las".

máquina agrícola e compradora que a destina à sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor (art. 18 do CDC)."⁸¹ Trata-se da exceção e não da regra, pois como concluiu de forma unânime a Segunda Seção do STJ, citando a doutrina finalista e a ideia de profissionalidade, em relação envolvendo pessoa jurídica, profissional no fornecimento de serviços médicos e de exames, e que compra no exterior (Panamá) equipamento de ponta para exames médicos: "a compra e venda de sofisticadíssimo equipamento, destinado a realização de exames médicos - levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira - não constitui relação de consumo."⁸²

Já a *vulnerabilidade jurídica* ou científica,⁸³ é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de

(81) REsp. 142.042-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.11.1997, *Revista de Direito do Consumidor*, 30, p. 124 e ss.

(82) Conflito de Competência 32.270-SP, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendier, p. 3 (voto), cuja ementa é: "Conflito de Competência - Foro de Eleição - Prevalência - Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos - levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira - prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16.ª Vara Cível de São Paulo".

(83) A vulnerabilidade jurídica do consumidor foi identificada e protegida pela corte suprema alemã, nos contratos de empréstimo bancário e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente "experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista", veja BGHZ 93.264 (1984), BGH-NJW-RR 1986, 205 e comentários em Schmelz, p. 1219 (NJW maio 1991). O STJ a identifica em contratos de planos de saúde, como no *leading case* antes mencionado e, retira também consequências processuais, pois o consumidor leigo não é um litigante habitual e a cláusula de eleição do foro pode prejudicá-lo. Veja a decisão: "Processual civil - Ação de prestação de contas - Planos de benefícios (saúde e renda mensal) - Previdência privada complementar - Competência - Foro do local do possível dano - Lei 8.078/90, art. 93, I. Normas adjetivas de aplicação imediata - Foro de eleição rejeitado - Contrato de adesão. I. A ação de prestação de contas movida após a vigência do Código do Consumidor devem ser aplicadas as normas adjetivas dele constantes relativas ao foro competente que, no caso dos autos, fixa-se onde poderá se produzir o dano, pelo recebimento, a menor, pelo autor, em seu domicílio, das prestações devidas a título de contraprestação pela filiação em planos de benefícios prestados pela entidade de previdência privada comple-

economia.⁸⁴ Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não-profissional, e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.

A jurisprudência do STJ concorda com esta tese e ensina: "Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC" (REsp. 296.516, Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 07.12.2000, DJ 05.02.2001).⁸⁵

Considere-se, pois, a importância desta presunção de vulnerabilidade jurídica do agente consumidor (não-profissional) como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, face hoje a complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas) em um contrato de planos de saúde) e de redação clara deste contrato, especialmente os massificados e de adesão. Como ensina o STJ, o fornecedor deve presumir que consumidor *stricto sensu* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando alcançar a informação deste co-contratante leigo: "Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção

mentar. II. Não prevalência, de outro lado, do foro contratual de eleição, visto que não se configura em livre escolha do consumidor, mas mera adesão a cláusula pré-estabelecida pela instituição previdenciária que seleciona a Contratante onde tem sede, implicando em dificultar a defesa da parte mais fraca; em face dos ônus que terá para acompanhar o processo em local distante daquele onde reside. Precedentes. III. Recurso conhecido e provido (STJ, REsp 119267/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.11.1999).

⁸⁴ Amaral Jr./Boa-fé, p. 28 e 29, maximaliza esta vulnerabilidade, afirmando: "No plano jurídico, todavia, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa".

⁸⁵ Também AGA 296516/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrihgi, j. 07.12.2000.

leiga" (STJ, REsp 311509/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001).⁸⁶

Mas há ainda a *vulnerabilidade fática* ou sócio-econômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço,⁸⁷ impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado.

O Superior Tribunal de Justiça trabalha com esta noção de vulnerabilidade fática do mutuário do SFH diante do agente financeiro e afirma: "3. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação

⁸⁶ A ementa original é: "DIREITO CIVIL - CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE - TRANSPLANTE - COBERTURA DO TRATAMENTO - CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - ART. 54, § 4.º. CDC - RECURSO ESPECIAL - SÚMULA/STJ. ENUNCIADO 5 - PRECEDENTES - RECURSO NÃO-CONHECIDO. I - Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte. A teor de seu verbete sumular n. cinco. II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga. (STJ, REsp 311509/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001).

⁸⁷ Na sociedade brasileira atual, essenciais são não somente os serviços públicos ou ex-públicos. Veja decisão do TJSP, cuja ementa é a seguinte: Contrato de adesão - Convênio médico-hospitalar - Liberdade ampla de contratar - Igualdade entre as partes - Inocorrência - Serviço necessário à saúde - Relativa liberdade - Recurso não provido. O princípio da autonomia da vontade parte do pressuposto de que os contratantes se encontram em pé de igualdade, e que, portanto, são livres de aceitar ou rejeitar os termos do contrato. Mas isso nem sempre é verdadeiro. Pois a igualdade que reina no contrato é puramente teórica, e via de regra, enquanto o contratante mais fraco não mais das vezes não pode fugir à necessidade de contratar, o contratante mais forte leva uma sensível vantagem no negócio pois é ele que dita as condições do ajuste" (Ap. C. 232.777-2, Rel. Gildo dos Santos, j. 19.05.1994).

há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ansia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte.

Vizinha a esta noção⁸⁹ está a visão processual da vulnerabilidade fática, a *hipossuficiência (econômica)*,⁹⁰ que leva a considerar abusivas as cláusulas de eleição de foro e impor um foro privilegiado ao consumidor.

⁸⁸) REsp. 157.841/SP, j. 12.03.1998, Min. José Delgado, DJ 27.04.1998.

⁸⁹) Veja Martins Costa, *Revista de Direito do Consumidor* 6/222: "Nem todo o consumidor é hipossuficiente... elemento de natureza socioeconômica... qual quer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico, é vulnerável tecnicamente...".

⁹⁰) Segundo ensina o STJ, hipossuficiência é uma noção processual. Veja REsp. 200.390/SP, j. 24.10.2000, Min. Edson Vidigal, cuja ementa é: "PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA - DESNECESSIDADE - LEI 1.060/50, ARTS. 4.º E 7.º. I. A Constituição Federal recepcionou o instituto da assistência judiciária gratuita, formulada mediante simples declaração de pobreza, sem necessidade da respectiva comprovação. Ressalva de que a parte contrária poderá requerer a sua revogação, se provar a inexistência da hipossuficiência alegada". Ou REsp. 243.386/SP, j. 16.03.2000, Min. Felix Fischer, cuja ementa é: "PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA... A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente (Lei 1.060/50, art. 4.º, § 1.º). É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício... Veja usando também processualmente o princípio da vulnerabilidade, como fonte da hipossuficiência, AGA 184.616/RJ, j. 29.03.2001, Min. Fátima Nancy Andrihgi, onde se lê na ementa:

"Processual Civil e Direito do Consumidor... Intervenção de terceiro que prejudicaria a consecução imediata do direito material do consumidor. Enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor".

(art. 101, I, do CDC). REsp. 156.002/MG, j. 21.05.1998, Min. Cesar Asfor Rocha, a noção processual é assim interpretada: "PROCESSO CIVIL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - ART. 101, I - AÇÃO AFORADA EM COMARCA DE MAIOR PORTE VIZINHA À DA RESIDÊNCIA DO AUTOR - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A RÉ. Não ofende o art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor o autor que ajuíza ação de responsabilidade civil contra fornecedor de produtos ou serviços, com base em referido Código, em Comarca próxima à que reside, sobretudo quando nesta é que contraída a obrigação veiculada no feito, sendo essa escolha até mais favorável à ré, por ser essa Comarca de maior porte e nela dispor do ré de corpo técnico para onde foram dirigidas as anteriores reclamações decorrentes dos vícios apontados. Essa é a interpretação que mais se compadece com o espírito norteador contido no CDC, que alberga normas de caráter nitidamente protecionista ao consumidor, em razão de sua presumida hipossuficiência econômica".

A doutrina brasileira defende, igualmente, que os consumidores desfavorecidos (ou pobres) podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material.⁹¹ Efetivamente, como ensina a doutrina francesa,⁹² a "fraqueza" ou fragilidade pode ser inerente às pessoas individualmente consideradas; pode ser relativa, quando o outro, que é muito forte, ou quando o bem ou serviço desejado, que é essencial e urgente, comportando assim graduações subjetivas comparáveis às graduações subjetivas da minoridade, que iriam dos consumidores mais desfavorecidos ou vulneráveis (idosos, crianças, superendividados, doentes, mutuários do SFH etc.) aos profissionais somente eventualmente vulneráveis ante, por exemplo, a complexidade do bem ou serviço.⁹³

⁹⁰) Assim Lima Lopes, *Revista de Direito do Consumidor* 17, p. 58.

⁹¹) Assim Fontaine, *La protection de la partie faible*, p. 616 e 617.

⁹²) Note-se que Moracs, p. 226 a 244, lista a seguintes "formas de tornar o consumidor vulnerável": a) tecnicismo dos contratos; b) complexidade e extensão contratual; c) predisposição; d) generalidade dos contratos; e) estado de necessidade; dimensão dos caracteres dos contratos; g) cláusulas de exclusão da oferta; h) remissão a documentos não entregues; i) utilização de conceitos vagos e indeterminados; j) regime de monopólio; k) [complexidade] de ineditos produtos e serviços (Internet, telesserviços etc.)

vulnerabilidade

Certo é que a vulnerabilidade, no dizer de Antônio Herman Benjamin,⁹⁴ é a "peça fundamental" do Direito do Consumidor, é "o ponto de partida" de toda a sua aplicação aos contratos: Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não-profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo, porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos), mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar o seu escritório mais próximo do Foro), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica (veja art. 51, inciso I, *in fine*).⁹⁵ Isto não significa que o Judiciário não possa tratar o profissional de maneira "equivalente" ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua vulnerabilidade que levou ao desequilíbrio contratual. Trata-se, porém, da exceção e não da regra.

STF

A pergunta que fica é se, diante de métodos contratuais massificados, como o uso de contratos de adesão todo e qualquer co-contratante seria considerado vulnerável.⁹⁶ Particularmente, parece-me que simples fato de se utilizar um contrato pré-elaborado por um dos co-contratantes profissionais não deve ser suficiente para presumir a vulnerabilidade do outro, mister a prova no caso concreto. Como antes

⁹⁴ Antônio Herman de V. Benjamin. Apresentação ao livro de Paulo Valério Moraes, em Moraes, p. 10.

⁹⁵ Assim manifestaram-se por uma limitação teleológica da definição de consumidor os professores paulistas Alcides Tomasetti Junior e Antônio Herrmann V. Benjamin, quando do Seminário Internacional de Direito do Consumidor - USP, 24 a 27 de setembro de 1990, sendo deste último a idéia de uma presunção de hipossuficiência no caso do consumidor pessoa física. Preferimos, porém, como ensina Adalberto Pasqualotto, reservar nesta obra a expressão hipossuficiente para os aspectos processuais (art. 6.º, VIII) e desenvolver, em direito material, o conceito de vulnerabilidade.

⁹⁶ Defende esta posição Novais, p. 28, que afirma: "A posição do aderente independente de quaisquer outras qualidades, é suficiente para gerar uma disparidade de poderes na contratação... entendemos e defendemos que, diante dessa previsão legislativa, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser considerado um microsistema aplicável somente às típicas relações de consumo, já que, no caso específico do contrato de adesão, que nos interessa a princípio, esta barreira foi transposta e as normas constituem direito obrigacional comum, pelo fato da vulnerabilidade em que se encontra qualquer aderente".

afirmei, parece-me que a "fraqueza" não é inerente ao método, mas sim relativa, subjetiva⁹⁷ e gradual,⁹⁸ o que não impede, porém, de considerar que a contratação por adesão em geral é, justamente, o resultado de um "momento" de estrutural fraqueza.⁹⁹

Parece-me que a simples contratação por adesão entre profissionais, nacional e internacionalmente, não pode ser suficiente para presumidamente transformar todo o comércio, em consumo, apesar das eventuais semelhanças. Aqui necessitamos manter a distinção entre comércio e consumo, e, seguindo a tendência atual ao contrário, aproximar inicialmente as relações de comércio às do direito civil geral (nunca do direito civil especial!). Parece-me que podemos aceitar, no máximo, a contratação por adesão intercomercial apenas como um indício de vulnerabilidade, nunca uma presunção (relativa ou absoluta), sob pena de destruímos - com a banalização e a injustiça dos resultados concretos desta conclusão - o sistema de proteção dos diferentes, dos verdadeiramente mais fracos, o CDC.

O Supremo Tribunal Federal no caso Teka versus Aiglon apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do CDC.¹⁰⁰ Neste leading case, o STF deixou bem claro que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consu-

⁹⁷ Como ensina o STJ, no caso antes citado, "há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas também, pela ansia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte" (REsp. 157841/SP, DJ 27.04.1998, Min. José Delgado, j. 12.03.1998).

⁹⁸ Assim ensina Fontaine, La protection de la partie faible, p. 616 e 617.

⁹⁹ Assim também Fontaine, La protection de la partie faible, p. 617. O autor considera também que o tipo contratual ou natureza do contrato são elementos importantes a serem levados em conta, p. 619.

¹⁰⁰ SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA 5.847-1, j. 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicada na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 34 (2000), p. 253 a 263. O item 5 da referida ementa chega a afirmar, mais do que finalisticamente: "HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO... INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR... 4. O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, CONFORME DISPÕE SEU ARTIGO 2, APLICA-SE SOMENTE A PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE ADQUIRE OU UTILIZA PRODUTO OU SERVIÇO COMO DESTINATÁRIO FINAL".

Como ensina Moraes

midor final, assim como comércio internacional de produção não estão abrangidos pelo CDC. Certo é que o STF não utilizou a definição de contrato de adesão do art. 54 do CDC e negou-se a usar o CDC. A Suprema corte estabeleceu que a destinação final exigida pelo art. 2.º do CDC deve levar em conta as circunstâncias do caso. Esta distinção concreta e casuística é de suma importância, ou todo o comércio internacional e nacional, que é em grande parte feito através de contratos de adesão e condições gerais de venda, passaria a ser regulado pelos princípios do CDC, em flagrante injustiça para os fornecedores, em um primeiro momento, e para os verdadeiros consumidores em um segundo momento.¹⁰¹ A crise energética comprovou os perigos de se chamar todos os consumidores-fáticos de "consumidores". Ao privatizar, as leis de desestatização, desejaram colocar os fornecedores-comerciantes nas agências controladoras e, para tal, denominaram estes de "grandes usuários" de energia, água, telefonias etc. de grandes "consumidores". Assim, as agências têm representantes dos verdadeiros consumidores e destes "fornecedores-grandes-consumidores de serviços ex-públicos".¹⁰² Na Medida Provisória da crise energética foi regulado com especial atenção o fornecimento de energia para os verdadeiros consumidores-leigos, porém, não poderiam ser isentados os fornecedores-consumidores das medidas excepcionais ou todos seriam isentados... O resultado é que se distinguiu por lei, entre "grandes-consumidores", consumidores-profissionais, logo, não-consumidores-econômicos e os verdadeiros consumidores, que merecia tutela, apesar da crise.

Efetivamente, se a todos considerarmos "consumidores", a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser

¹⁰¹ Veja frase de fls. 253 do original. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA 5.847-1, acórdão promulgado em 01.12.1999; Min. Maurício Corrêa. "De igual forma, o laudo exarado pela Liverpool Cotton Association Ltd nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado ao consumidor final, conforme prevê o art. 2.º, que define o consumidor como toda "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

¹⁰² Veja, crítico em relação às agências, Pfeiffer, *Revista de Direito do Consumidor* 36, p. 171 a 175.

um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto. A definição do art. 2.º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua *ratio legis*. É esta mesma *ratio* que incluiu no CDC possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção, que exige prova *in concreto* daquele que se diz em posição "equiparada a consumidor". O direito é a arte de distinguir e a *ratio legis* do CDC não pode ser desconsiderada de forma a levar a própria destruição do que representa, logo, da própria *ratio legis* de proteção preferencial dos mais frácos, mais vulneráveis no mercado. Defendemos, pois, a necessária conjugação de fatores finalísticos, destinação final fática e econômica do produto ou serviço, com base no art. 4, I, do CDC (*ratio* de vulnerabilidade), como explicaremos em detalhes na letra c a seguir.

Em resumo e concluindo, concordamos com a interpretação finalista das normas do CDC. A regra do art. 2.º deve ser interpretada de acordo com o sistema de tutela especial do Código e conforme a finalidade da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4.º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2.º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os consumidores-equiparados, os quais por determinação legal merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.

O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.¹⁰³

¹⁰³ Adotando um conceito mais estrito de "instumo" para a produção estão Fábio Ulhoa Coelho, *Compra*, p. 42 e Donato, p. 88. Veja também interessante decisão do STJ: "Código de Defesa do Consumidor - Bancos - Contrato de adesão. Relação de consumo (art. 51. I, da Lei 8.078/90) - Foro de eleição -

Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.

Em face da experiência no direito comparado, a escolha do legislador brasileiro, do critério da destinação final, com o parágrafo único do art. 2.º e com uma interpretação teleológica permitindo exceções, parece ser uma escolha sensata. A regra é a exclusão *ab initio* do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, excluirá o contrato da aplicação das regras normais do Direito Comercial e aplicará as regras protetivas do CDC.

Se a jurisprudência inicial privilegiava a corrente maximalista quanto à interpretação do art. 2.º do CDC, estes mais de dez anos de experiência de prática com o CDC parecem ter sensibilizado os magistrados quanto à necessidade de uma interpretação cuidadosa na concessão da tutela especial do consumidor *stricto sensu*, combinada sim com generosa flexibilidade nas equiparações e exceções previstas em lei, sempre utilizando o princípio da vulnerabilidade do art. 4.º, inc. I, do CDC. Esta tendência atual tende a generalizar-se. O próprio Mercosul, em Resolução do Grupo Mercado Comum T23/96¹⁰⁴ tentou definir consumidor destinatário final e resolver as dificuldades desta interpretação afirmando: "Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros".¹⁰⁵ A redação não

Cláusula considerada abusiva – Inaplicabilidade da súmula 33/STJ – Precedentes da segunda seção. 1 – Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3.º, § 2.º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros; em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição... IV – Recurso não conhecido. (STJ, REsp. 190860/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 09.11.2000).

¹⁰⁴ Mercosul/GMC/Res. 123/96, assinada em Fortaleza, em 13.12.1996.

¹⁰⁵ Anexo de Conceitos, n. 1, terceira frase, em Mercosul/GMC/Res. 123/96, assinada em Fortaleza, em 13.12.1996.

foi feliz, pois bastaria comprovar que este comerciante "constitui-se em destinatário final", para quebrar a exclusão. Sua lógica, porém, foi minimalista e mesmo se a Resolução não entrou em vigor e tende a ser revogada, pois o Projeto de Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul foi superado em virtudes de falhas no texto acordado, o Comitê Técnico 7 da CCM/Mercosul deixou clara a sua intenção de exclusão das relações intercomerciantes.

Muito se comentam, nas instâncias inferiores, as decisões consideradas maximalistas do STJ. Efetivamente, em matéria bancária, financeira e securitária, o STJ tem considerado existente uma vulnerabilidade geral técnica e fática de todos, empresas e pessoas físicas, que contratam com os grupos bancários e securitários. A reação a esta visão maximalista está na ADIn¹⁰⁶ agora proposta contra a aplicação do CDC, que, mesmo sem base jurídica, pode prevalecer por intejesses políticos e financeiros.

Já a chamada visão maximalista do STJ sobre transporte aéreo deve ser relativizada, pois é oriunda da idéia de revogação da legislação anterior infraconstitucional, no caso o Código Brasileiro do Ar, por antinomia de princípios quanto à reparação integral e limitada por danos: "No caso de perda ou extravio de bagagem no transporte aéreo, responde o transportador nos termos da legislação civil e não pelo regime tarifado do Código Brasileiro do Ar, revogado nessa parte pelo superveniente Código de Defesa do Consumidor, cujo sistema não permite privilégio de tratamento dos diversos prestadores de serviços em relação aos seus usuários".¹⁰⁷ Se o STJ considera a legislação revogada, pois princípio novo, constitucional, de reparação integral fora incluído no sistema, não havia mesmo como diferenciar entre os usuários e fornecedores.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, de 26.12.2001.

¹⁰⁷ Assim o REsp. 156240-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.11.2000, por unanimidade, voto, p. 1 do original, DJ 12.02.2001. No mesmo sentido, dentre os mais recentes, veja REsp. 7655-SP, DJ 18.12.2000, Min. Ari Pargendler; REsp. 258132-SP, DJ 19.03.2001, Min. Barros Monteiro.

¹⁰⁸ Bom exemplo é o REsp. 209.527-RJ, j. 15.12.2000; DJ 05.03.2001, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que em sua ementa expressamente impõe a prevalência do "princípio da ampla reparação" e no corpo do acórdão cita a bela doutrina de Cavalieri, Programa, p. 219, segundo a qual: "Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica... já havia perdido sua eficácia a partir da Constituição de 1988. E assim

Assim, se de um lado prevalece a idéia de revogação por lei posterior,¹⁰⁹ o STJ aplica os princípios do CDC¹¹⁰ para afastar a Convenção de Varsóvia e sua limitação indenizatória em matéria de "extravio de mercadoria",¹¹¹ logo, casos de contratação inter-comer-

é porque... o art. 37, § 6.º, da Constituição estendeu às pessoas jurídicas do direito privado, prestadoras de serviços públicos, responsabilidade objetiva idêntica ao do Estado, pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Ora as empresas aéreas são concessionárias de serviços públicos...

⁽¹⁰⁹⁾ Veja como exemplo o REsp. 257.699-SP, Min. Barros Monteiro, DJ 19.03.2001, "Responsabilidade Civil - Transporte aéreo - Extravio de mercadoria - Indenização tarifada - Convenção de Varsóvia - Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia. Derrogação dos dispositivos desta que estabelecem a limitação da responsabilidade das empresas de transporte aéreo. Recurso especial não conhecido".

⁽¹¹⁰⁾ Bom exemplo é o REsp. 218.288-SP, DJ 16.04.2001, Min. Waldemar Zveiter, "Responsabilidade Civil - Extravio de Mercadoria - Transporte Aéreo - Aplicação dos Princípios esculpidos pelo CDC - Reparação Integral dos danos causados - Multa de 1% sobre o valor da causa afastada - Súmula 98/STJ, citando a doutrina de Amaral Júnior, RT 759, p. 67 e ss.

⁽¹¹¹⁾ Veja, mais recente, o REsp. 258185/SP (Min. César Asfor Rocha, DJ 15.10.2001), cuja ementa é: "Responsabilidade Civil - Transporte aéreo internacional - Extravio de carga - Código de defesa do consumidor. Para a apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional pelo extravio da carga, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a chamada indenização tarifada. Recurso conhecido e provido". No mesmo sentido: REsp. 257.833-SP, DJ 05.02.2001, Min. Waldemar Zveiter; REsp. 209.527-RJ, DJ 05.03.2001, Min. Menezes Direito; REsp. 257.699-SP, Min. Barros Monteiro, DJ 19.03.2001; REsp. 249.321-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12.03.2001; REsp. 218.288-SP, DJ 16.04.2001, Min. Waldemar Zveiter; REsp. 269.353-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 25.06.2001; REsp. 243.972-SP, DJ 29.10.2001, Min. Menezes Direito; REsp. 171.506-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 05.03.2001; REsp. 258.185-SP, DJ 15.10.2001, Min. César Asfor Rocha; REsp. 151.457-RS, DJ 31.05.1999, Min. Menezes Direito; REsp. 257.298-SP, DJ 11.06.2001, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Veja, por todos: REsp. 65837-SP, Rel. p/ ac. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 03.09.2001, cuja ementa é: "RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação regressiva - Transporte aéreo. Extravio de mercadoria - Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia - Indenização ampla - Orientação majoritária da segunda seção - Votos vencidos - Recurso desprovido. 1 - Nos termos da jurisprudência majoritária da Segunda

ctantes.¹¹² não aplica o CDC em caso de acidente nacional de avião fretado por empresa para transporte de seus convidados,¹¹³ nem o aplica para o prazo prescricional do extravio de mercadorias (só de bagagens).¹¹⁴ A chave do problema está na correta argumentação igualitária entre transportadores defendida pelo Min. Ruy Rosado no famoso caso das esmeraldas.¹¹⁵ Em outras palavras, o ponto de concentração da jurisprudência do STJ não foi o comerciante ou "destinatário do transporte",¹¹⁶ mas sim a responsabilidade constitucional do fornecedor ou transportador frente a todos seus clientes.¹¹⁷

Seção, a indenização decorrente do extravio ou danos à bagagem ou mercadoria deve ser ampla, não se limitando aos valores estabelecidos em legislações específicas".

⁽¹¹²⁾ Neste sentido, antiga decisão do STJ: "Comercial - Transporte aéreo - Convenção de Varsóvia - Limite de responsabilidade. A indenização, em transporte aéreo, está limitada ao valor estabelecido na Convenção de Varsóvia, em 250 francos poinearé por quilo da mercadoria extraviada" (REsp. 40.871/SP, 4.ª T., rel. Min. Dias Trindade, j. 20.06.1994).

⁽¹¹³⁾ Assim REsp. 302397-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 03.09.2001, que permite a denúncia à lide.

⁽¹¹⁴⁾ Assim REsp. 220.564, DJ 06.12.1999, Min. Eduardo Ribeiro: "Transporte aéreo - Extravio de Mercadoria - Prescrição. O prazo prescricional para a ação de indenização por extravio de mercadoria, em se tratando de transporte aéreo internacional, é de dois anos, conforme previsto no art. 29 da Convenção de Varsóvia e, não, o do art. 449, II, do Código Comercial". Já em matéria de extravio de bagagem de passageiros, há aplicação do CDC. Veja REsp. 258132-SP, DJ 19.03.2001, Min. Barros Monteiro: "Responsabilidade civil - Transporte aéreo - Extravio de Bagagem. Em caso de pretensão à reparação de danos, o lapso decadencial é de cinco anos (art. 27 da Lei 8.078, de 11.09.1990)".

⁽¹¹⁵⁾ REsp. 171.506-SP, j. 21.08.2000, DJ 05.03.2001.

⁽¹¹⁶⁾ Neste sentido veja decisões mais antigas do STJ, que discutiam temas "estranhos" ao risco do ar; REsp. 43.391-SP, DJ 05.02.1996, Min. Cláudio Santos (turto de objeto dentro da bagagem de passageiro), REsp. 2.359-SP, DJ 03.09.1990, Min. Eduardo Ribeiro (bagagem retida por funcionário que desapareceu) e REsp. 28.629-7-SP, DJ 08.11.1993, Min. Cláudio Santos (Bagagem roubada em terra).

⁽¹¹⁷⁾ Assim ensina o relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, no já mencionado caso das "esmeraldas", REsp. 171.506-SP, j. 21.08.2000, DJ 05.03.2001, em que afirma, p. 3, do voto: "Inexiste, dentro do sistema jurídico e da lógica, qualquer razão para privilegiar o transportador aéreo, beneficiando-o com tarifas reduzidas pelo mau serviço prestado em terra, na atividade comum a qualquer

O destinatário final fático do transporte de mercadorias beneficiou-se do fato deste tipo comercial de transporte ser assemelhado ao transporte de bagagens dos passageiros, pessoas físicas, em que já havia a quebra da prevalência da Convenção de Varsóvia e da legislação especial para o transporte aéreo nacional.¹¹⁸ Beneficiou-se igualmente do fato da perda, da mercadoria ou da bagagem, isto é, da falha do serviço não ser um risco típico do transporte aéreo, mas sim um risco de todo o tipo de transportes, inclusive o terrestre, não havendo porque privilegiar mais um tipo de transportador.¹¹⁹ Sendo assim, não haveria como tratar desigualmente os contratantes, se a prestação e seu sucesso deviam ser o mesmo.¹²⁰ Cabe igualmente destacar, que a linha de argumentação do STJ no caso das esmeraldas tem como base a responsabilidade comercial dos arts. 102 e 103 do Código Comercial,¹²¹ sendo assim o Direito do Consumidor é utilizado apenas como concretização da Constituição e da nova visão do abuso contratual. Pela linha de raciocínio do STJ, a limitação exagerada do dever de indenizar por perda de bagagem ou de mercadoria não encontra mais respaldo em nosso ordenamento jurídico depois que o CDC concretizou a nova noção de boa-fé mínima no mercado e o princípio da reparação efetiva e integral dos danos causados durante o contrato de transporte, a indicar que o princípio da igualdade impõe o fim deste privilégio.

transportador. Essa desigualdade ofende o bom senso e o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado. Basta dizer que, de a perda ou extravio ocorresse no armazém do transportador terrestre, a 100 metros do avião que trouxe a mercadoria, a indenização cobriria integralmente o prejuízo.

¹¹⁸ Assim ensina a jurisprudência: "A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor." (REsp. 156.240-SP, DJ 12.02.2001). Veja no transporte internacional, REsp. 301.505-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJ 10.09.2001 e REsp. 173.526-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJ 27.08.2001.

¹¹⁹ Veja neste sentido EDREsp. 243.972-SP, DJ 29.10.2001, Min. Menezes Direito.

¹²⁰ Sobre a necessária igualdade de tratamento pelas semelhanças mais importantes, p. 4, do voto do relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, no já mencionado caso das "esmeraldas". REsp. 171.506-SP, j. 21.08.2000, DJ 05.03.2001.

¹²¹ Veja o relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, no já mencionado caso das "esmeraldas". REsp. 171.506-SP, j. 21.08.2000, DJ 05.03.2001, p. 1 do voto, no original.

Se crítica pode haver a esta linha jurisprudencial é o fato de ter considerado modernamente "derrogado" o artigo, não podendo distinguir mais entre extravio de bagagem e de mercadoria ou entre consumidor-pessoa física e consumidor-pessoa jurídica, como faz o próprio CDC. Como ensina Sérgio Cavalieri: "A responsabilidade limitada só é admitida, em situações justificáveis, nas relações de consumo entre fornecedor e o consumidor, pessoa jurídica, conforme o art. 51, I, parte final, jamais entre fornecedor e consumidor pessoa física."¹²²

Estas distinções permitiriam um maior diálogo entre as fontes e diferenciações finalistas entre os usuários do transporte aéreo. Como ensina Antônio Herman Benjamin, o destinatário final do transporte ou beneficiário é "necessariamente *cliente* do transportador, mas nem sempre seu *consumidor*, na letra do Código de Defesa do Consumidor".¹²³ E completa Benjamin, interpretando o art. 2.º do CDC teleologicamente e afirma que: "No caso do serviço aéreo, utilizando a mesma linha de raciocínio, não seria considerada consumidora, para fins de aplicação do art. 19 e 20, a pessoa jurídica que fizesse uso da aviação para transporte como carga, de suas mercadorias ou equipamentos".¹²⁴

Relembre-se que, em matéria de riscos típicos do transporte aéreo, alguma distinção ainda é feita pelo STJ, onde, apesar de aplicar o CDC a pessoas jurídicas e pessoas físicas, algumas decisões aplicam somente a Convenção de Varsóvia¹²⁵ reinterpretação,¹²⁶ por falta de alegação do uso

¹²² Apud REsp. 209.527-RJ, j. 15.12.2000, DJ 05.03.2001, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que cita Cavalieri, Programa, p. 216-217.

¹²³ Benjamin/ *Revista de Direito do Consumidor* 26, p. 34.

¹²⁴ Benjamin/ *Revista de Direito do Consumidor* 26, p. 35.

¹²⁵ No REsp. 240-078-SP, DJ 27.08.2001, Min. Waldemar Zveiter, o STJ expressamente reconhece que deveria aplicar o CDC ("T - Em que pese a existência de precedentes desta Corte com posicionamento contrário, conclui que mais correta seria a adoção dos princípios insculpidos na Lei 8.078/90, bem como da reparação efetiva e integral dos danos causados durante o contrato de transporte aéreo), mas que, como os autores "formularam pedido com base somente na convenção de Varsóvia, não havendo, em momento algum, menção à aplicação, *in casu*, das normas do Código de Defesa do Consumidor", seria "inviável a incidência à espécie da Lei 8.078/90, sob pena de ofensa ao princípio da correlação entre o pedido, causa de pedir e decisão, e, consequentemente, ao art. 460 do CDC, eis que haveria condenação em quantidade superior ao demandado, já que a reparação seria integral e não tarifada.

¹²⁶ Exemplo desta linha, a exigir prova do dano, é o REsp. 170.449-SP, Min. Menezes Direito, DJ 25.02.1999, em cuja ementa se lê: "Transporte aéreo -

do CDC¹²⁷ e, em caso de cancelamento de voo, um típico risco do ar nos quais, o CDC é aplicado ao lado da Convenção de Varsóvia, em verdadeiro diálogo das fontes.¹²⁸

Importante destacar, a decisão unânime da Segunda Seção do STJ de 2001, citando a doutrina finalista (Rizzato Nunes, Fábio Ulhoa Coelho, Cláudia Lima Marques, Gabriel Saad e Toshio Mukai) e baseada na idéia de profissionalidade e uso do produto adquirido como insumo da produção, em caso envolvendo sociedade de serviços médicos especializados, concluiu: "...a compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado à realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – não constitui relação de consumo"¹²⁹.

Atraso no voo – Indenização – Convenção de Varsóvia. 1. As regras da Convenção de Varsóvia, com o protocolo de Haia (arts. 19 e 20), não ensejam a responsabilidade civil independentemente da existência do dano. Se não houve o dano, como comprou a sentença, e se a empresa transportadora adotar providências ao seu alcance diante da situação, não tem cabimento a imposição da indenização. 2. Recurso especial conhecido e provido". Contra, considerando que há responsabilidade objetiva na Conv. de Varsóvia, veja REsp. 156.238-SP, Min. Waldemar Zveiter, DJ 30.08.1999.

¹²⁷ Veja decisões aplicando a Convenção de Varsóvia (e, por analogia, o art. 22, ao atraso), REsp. 182.283-SP, DJ 13.12.1999, Min. Menezes Direito, e condenando ao ressarcimento (tarifado) de danos pelo atraso em Depósitos especiais de saques (a, substituir os francos-poicaré), por atraso em voo internacional: REsp. 218.078/SP, Min. Barros Monteiro, DJ 04.06.2001; REsp. 220.870-SP, DJ 08.05.2001, Min. Ari Pargendler, REsp. 218.078-SP, DJ 04.06.2001, Min. Barros Monteiro, REsp. 219.094-SP, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 20.11.2000; caso de atraso de viagem de lua-de-mel; REsp. 226.187-SP, Min. Menezes Direito, DJ 01.08.2000; REsp. 229.541-SP, Min. Waldemar Zveiter, j. 01.08.2000; REsp. 157.561-SP, Min. Menezes Direito, DJ 08.03.1999. Note-se que nestes casos pode não ter havido prequestionamento do CDC, como no caso do STJ, REsp. 154698/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.06.1998.

¹²⁸ Exemplar é o REsp. 160.126, DJ 06.05.2001, j. 22.08.2000, Min. Waldemar Zveiter.

¹²⁹ Conflito de Competência 32.270-SP, j. 10.10.2001, Min. Ari Pargendler, p. (voto), cuja ementa é: "Conflito de Competência – Foro de Eleição – Prevalência. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de

Outro fator que deve ser considerado é que, no Brasil, a partir de 2003 o novo Código Civil introduzirá, definitivamente, em todas as relações civis e comerciais, o paradigma da boa-fé e com isso, imagina-se, diminua o interesse dos "consumidores"-profissionais de incluírem suas relações comerciais inter ou intrafornecedores como relações de consumo, preferindo o sistema tutelar geral do novo Código Civil (e Comercial) ao ágil sistema do CDC.

Efetivamente, grande número de empresas têm tentado ver reconhecido no Judiciário seu *status* de "consumidoras"-destinatárias finais fáticas, pois o sistema do CDC demonstrou ser um setor de excelência e eficiência do direito civil brasileiro, onde as soluções de mérito e de justiça contratual realmente realizam-se. Apoiadas por advogados atualizados, as empresas tornaram-se litigantes comuns a recorrer ao sistema do CDC para resolver seus problemas contratuais intercomerciais, deturpando, assim, o espírito protetivo do CDC e colocando em perigo a proteção do verdadeiro consumidor *stricto sensu*. A atual resposta mais clara da jurisprudência e a eventual atualização que o novo Código Civil trará ao sistema geral de direito civil e comercial tendem a superar este problema inicial da introdução do CDC no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira edição deste livro, ainda antes da manifestação da jurisprudência brasileira, tivemos a oportunidade de afirmar:

Correta a corrente finalista, pois há verdadeiro perigo que a interpretação extensiva da norma do art. 2.º transforme o CDC em lei de proteção do consumidor-profissional, do comerciante ou do industrial, quando destinatário final fático do produto e, de regra, destinatário final fático do serviço. Observando os princípios positivados no CDC, percebe-se hoje que uma interpretação maximalista estaria realmente em desacordo com o espírito excepcional da tutela e o fim visado pelo Código, mas caberá à jurisprudência brasileira dar uma palavra decisiva sobre o assunto.

Se nossa opinião, continua sendo no sentido da não caracterização *ab initio* dos profissionais como consumidores *stricto sensu*, podemos verificar que a posição adotada pela jurisprudência brasileira foi de extrema originalidade. Invocados os novos direitos presentes no CDC em

consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16.ª Vara Cível de São Paulo".

contenda entre dois profissionais, a solução jurisprudencial quanto à abusividade das cláusulas contratuais foi sempre no sentido de um uso "análogo" ou inspirador e como verdadeiro princípio geral (de boa-fé) das normas do CDC.¹³⁰ De outro lado, a jurisprudência valorizou os artigos presentes no CDC que criavam a figura do "agente equiparado a consumidor", tanto no campo extracontratual¹³¹ quanto no contratual (art. 2.º, parágrafo único, arts. 17 e 29 do CDC), tema que passamos a tratar.

b) Agentes equiparados a consumidores: a superação do *status* de terceiro – Nos primeiros anos de aplicação do CDC, duas foram as linhas utilizadas pela jurisprudência para atingir a ampliação do campo de aplicação do CDC: a primeira foi a de considerar o CDC como novo paradigma geral de boa-fé nas relações contratuais e utilizar os seus princípios, em especial, a sua cláusula geral do art. 51, IV (cláusula geral de boa-fé),¹³² mesmo a contratos

¹³⁰ Exemplo desta linha de utilização "análogica" do CDC aos contratos entre profissionais, no caso duas sociedades anônimas, é a decisão do TARS, 2.ª C. Cível (Ap. Cível 191031798, j. 09.05.1991, em *Julgados TARS*, 78/284-287). Rel. Paulo Heerdt: "Contrato de *leasing* – Plano Verão. Cabível a consignatária para discutir índice do reajuste. Ainda que as Leis 7.738/89 e 7.747/89 tenham permitido utilização de índice alternativo previsto em contrato, não pode o Judiciário chancelar cláusula abusiva em contrato que, por ser de adesão, caracteriza a paridade de tratamento entre os contratantes. Posição reiterada da jurisprudência, agora consagrada pela Lei de Defesa do Consumidor. Apelo provido para julgar procedente a consignatária"; em sentido exatamente contrário, decisão do TAPR, de 18.12.1991, comentada e criticada por William Santos Ferreira, em *Revista de Direito do Consumidor* 11, p. 196 e ss.

¹³¹ Mesmo sem citar o art. 17 do CDC, em acórdão referente a perdas e danos por acidente causado por caminhão da empresa apelante, que apresentara defeito após o conserto pela empresa apelada, a 7.ª Câm. Cív. do TJRS decidiu: "Indenização – Conserto. Verificada por perícia bastante e insuspeita, a falta do conserto, feito poucos dias antes, procede, a indenização, pretendida pelo dono do veículo consertado. Responsabilidade do reparador pelo conserto feito, consoante o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)" (Ap. Cív. 591007174, j. 10.04.1991, Rel. Waldemar Luiz de Freitas Filho, publicado na *Rev. Jurisprudência TJRS*, 152/541-543).

¹³² Exemplo claro desta linha é a decisão no Proc. 10.113-288/91 (Esteio/RS), de 23.05.1991, do Juiz Carlos Alberto Etcheverry, no qual o magistrado examinava a "validade das cláusulas" do contrato de arrendamento mercantil (*leasing*

mercantis¹³³ ou a contratos de polêmica inclusão no sistema do CDC, como, para muitos, são alguns contratos bancários¹³⁴ ou contratos de

entre duas empresas) "à luz da regulamentação contida no Código de Defesa do Consumidor" em face da natureza de contrato de adesão, uma vez que: "Cabe ao Poder Judiciário, quando inexistir lei que verse especificamente sobre a matéria ou, existindo, não é, por hipótese, aplicável a negócios jurídicos celebrados antes de sua vigência, restabelecer o equilíbrio e a igualdade entre as partes, de forma a permitir a conciliação e harmonia entre os fins individuais e sociais...", fazendo suas as palavras de Mota Pinto (*Teoria geral do direito civil*, 1983, p. 101), segundo o qual: "Deverá a jurisprudência servir-se da cláusula da boa-fé e, sobretudo, da cláusula geral da ordem pública (art. 280.), em realização de uma sindicância sobre o conteúdo destes contratos" (de adesão). (p. 14 da citada sentença, ainda inédita); contra esta linha, pela não aplicação ao *leasing* mercantil do CDC, veja decisão do TAPR, Ap. Cív. 45.711-0. 4.ª C., j. 18.12.1991, Rel. Juiz Ulysses Lopes, publicada na íntegra na RT 678/180-184.

¹³³ Em decisão analisando a nulidade do título sacado em virtude de cláusula de mandato, em discussão judicial envolvendo uma empresa de calçados e uma instituição bancária, o Juiz João Sedinei Ruaro, declarou seu voto na seguinte linha: "Mesmo que se possa discutir o enquadramento da relação negocial do financiamento bancário como relação de consumo, parece certo que é legítima e válida a invocação e aplicação dessa norma do Código do Consumidor em face da presença e integração no caso de todos os elementos constantes do dispositivo em exame, autorizando a aplicação extensiva e análogica da lei, atuante o seu espírito e os objetivos visados pelo legislador, buscando inequivocamente afastar as cláusulas abusivas e prejudiciais à parte economicamente mais fraca" (Ap. C. 192044378, TARS, 3.ª C. Cível, j. 27.05.1992, Rel. Juiz Danúbio Edon Franco, p. 14 (Declaração de voto) do acórdão ainda inédito). Veja decisão do STJ beneficiando taxista: "Código de Defesa do Consumidor – Financiamento para aquisição de automóvel – Aplicação do CDC. O CDC incide sobre contrato de financiamento celebrado entre a CEF e o taxista para aquisição de veículo. A multa é calculada sobre o valor das prestações vencidas, não sobre o total do financiamento (art. 52, § 1.º, do CDC). Recurso não conhecido" (STJ, REsp 231208/PE, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.12.2000).

¹³⁴ Veja a decisão do TARS – Ap. Cív. 191011477 – 1.ª C. Cív. – j. 09.04.1991 – Rel. Juracy Vilella de Souza: "É nula a cláusula contratual que cria mandato para ser utilizado por pessoa jurídica, integrante do mesmo grupo econômico do mutuante, contra os interesses do mandante, porque abusiva e contrária o que estabelece a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)", publicado na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor* 6, p. 264-266. E as decisões do STJ, no mesmo sentido. AGA 179577/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir

locação;¹³⁵ a segunda linha ampliadora do impacto do CDC no mercado veio através da interpretação dada ao art. 29 do CDC. A jurisprudência valorizou a técnica do próprio CDC de instituir "consumidores-equiparados" ao lado dos consumidores *stricto sensu* e passou a exercer um controle de cláusulas abusivas em contratos de adesão que estariam inicialmente fora do campo de aplicação do CDC,¹³⁶ como o contrato entre dois profissionais; assim como a valorar práticas comerciais abusivas entre dois fornecedores ou dois grupos de empresários, práticas que possuiriam reflexos apenas mediatos no que se refere à proteção dos consumidores *stricto sensu*.

O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade destas pessoas sensibilizam o legislador e, agora, os aplicadores da lei.¹³⁷

O princípio da vulnerabilidade do consumidor está disposto no art. 4.º, inc. I, do CDC, e, como vimos, a vulnerabilidade pode ser técnica

Passarinho Junior, j. 25.04.2000 e REsp 138528/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.05.1999.

¹³⁵ Veja a decisão sobre a abusividade da cobrança da "taxa de contrato" - taxa de intermediação dos contratos de locação a decisão de Brasília, de 28.05.1997, reproduzida na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor* 6, p. 295-296.

¹³⁶ Veja a manifestação pioneira de Hapner, *Código*, p. 153, contra esta extensão do conceito, veja Benjamin, *Anteprojeto*, p. 147, para o qual o art. 29 representa apenas uma visão coletiva do consumidor-equiparado do parágrafo único do art. 2.º.

¹³⁷ Nesté sentido exemplar a decisão do TJRS, que em caso de *franchising* entre dois comerciantes, decide: "Contrato de adesão - Desequilíbrio entre as partes - Prevalência do foro da obrigação. Não é por se cuidar de relação de consumo que não é, que se afasta sedizente eleição de foro, em contrato de *franchising*, senão porque demonstrada satisfatoriamente, a vulnerabilidade de um dos figurantes, evidenciando-se o desequilíbrio entre as partes do negócio, permitindo a aplicação do art. 29 do CDC, verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico comum" (AI597036/02, j. 29.04.1997, Des. Antonio Janyr Dall'Ago Junior, na *Revista de Jurisprudência do TJRS*, v. 184, p. 184 e ss.)

jurídica (como é o caso do consumidor pessoa física ou do profissional liberal frente a uma instituição bancária ou financeira) ou *fática*. Na constatação da *vulnerabilidade fática*, o ponto de concentração é o possível parceiro contratual, a posição monopolista (monopólio de fato ou de direito), a especialidade ou a redução da oferta, o seu grande poder econômico, em suma, a sua superioridade fática frente ao outro parceiro contratual.¹³⁸

Na análise anterior, defendemos o ponto de vista que a pessoa jurídica ou o profissional não se beneficia da presunção de vulnerabilidade, mas pode prová-la, sempre que destinatário final econômico do produto ou serviço. No caso de extensão do campo de aplicação do CDC face ao art. 29, a vulnerabilidade continua sendo elemento essencial, superado, apenas, foi o critério da destinação final. Mesmo não sendo destinatário final (fático ou econômico) do produto ou serviço, pode o agente econômico ou profissional liberal vir a ser beneficiado das normas tutelares do CDC enquanto consumidor-equiparado. Isto porque, concentrado talvez nesta vulnerabilidade fática, instituiu o legislador brasileiro três normas de extensão do campo de aplicação pessoal do CDC, três disposições legais conceituando os agentes que considera equiparados a consumidores (parágrafo único do art. 2.º, arts. 17 e 29).

Como verificamos anteriormente, o parágrafo único do art. 2.º do CDC é das normas de extensão a norma mais geral, segundo a qual: "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Assim, apesar de não se caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente a qual ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto é consumidor-equiparado e beneficia-se de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso. A importância do parágrafo único do art. 2.º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código. Como ensina o TJRS,¹³⁹ este "ex-

¹³⁸ Concorde Donato, p. 108, considerando que o exame da vulnerabilidade é a solução para o impasse entre as posições finalistas e maximalistas sobre a aplicação do CDC, p. 107 e 108.

¹³⁹ O caso envolve piloto de avião agrícola que se intoxica com agrotóxicos, em AI 59046245, j. 30.06.1994, Des. Alfredo Guilherme Englert, na *RJTJRS* 30, n.º 169, p. 214: "Competência... decisão fustigada no sentido de ser inaplicável as disposições do Código do Consumidor, eis que o piloto apenas prestava

terceiro" contratual também poderia ser incluído como "destinatário final" do produto ou serviço, uma vez que faticamente "usou" ou "consumiu" este (art. 2.º), mas foi sábio o CDC ao incluir a visão coletiva (e indeterminada) do dano e estes *bystander*, afirmando assim de forma inequívoca a sua legitimação material e processual.

A proteção do terceiro, *bystander*, complementada pela disposição do art. 17 do CDC, que aplicando-se somente a seção de responsabilidade pelo fato do produto e serviço (arts. 12 a 16) dispõe: "Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento". Logo, basta ser "vítima" de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC.

Na hipótese de cláusulas abusivas terem sido inseridas em um contrato unilateralmente redigido por um fornecedor de serviços, por exemplo, uma Instituição Bancária e ser este contrato oferecido a adesão de um profissional liberal ou de um pequeno comerciante, poderão estes usar do patamar de boa-fé e respeito das expectativas legítimas introduzidas pelo CDC no sistema de direito brasileiro? No caso da imposição da prática da venda casada ou de recusa de venda entre comerciantes, poderá o pequeno empresário considerá-la abusiva e requerer sua proibição com base no CDC? Trata-se somente de um caso de direito comercial? Trata-se de prática comercial ou prática contratual que prejudica somente diretamente empresários ou prejudica indiretamente também aos consumidores, finais e potenciais, e a todo o mercado.

Nas hipóteses que aqui mencionamos, a jurisprudência brasileira passou a valorizar o art. 29 do CDC. O art. 29 é uma disposição especial que abre o capítulo V do Código sobre "Práticas Comerciais", aplicável, portanto, a todas as seções do capítulo, quais sejam: a seção sobre oferta (arts. 30 a 35), sobre publicidade (arts. 36 a 38),¹⁴⁰ sobre práticas abusivas

serviços a terceiro. Agravo de Instrumento provido. Em colocando o agravo xico na terra, o autor da ação é consumidor final do produto. Lei 8.078/90 art. 101, I. O art. 2.º, parágrafo único, da mesma lei, equipara o consumidor a todos aqueles que participaram nas relações de consumo".

¹⁴⁰ Nesse sentido Maria Elizabete Villaça Lopes, p. 166, destaca que em tratando da publicidade "não é bastantente dizer que as pessoas protegidas por essas normas são os consumidores em potencial. É mais do que isso: não são os consumidores em potencial, ou seja, aqueles que podem vir a adquirir ou

(arts. 39 a 41), sobre cobrança de dívidas (art. 42), sobre Banco de Dados e Cadastros de Consumidores (arts. 43 a 45) e que se diz aplicável também ao capítulo posterior, o Capítulo VI, dedicado à "Proteção Contratual".

Trata-se atualmente, portanto, da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da nova lei ao dispor: "Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (grifo nosso).

O próprio STJ já a utilizou em contratos bancários, no REsp 245660/SE, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.11.2000, no *leading case*:

"Ação cautelar de exibição de documentos. Conta-corrente. Contrato de abertura de crédito. Art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 1. Não viola o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor o julgado que entende configurar serviço a atividade bancária relativa à conta-corrente e ao contrato de abertura de crédito, presente a regra do art. 3.º do mesmo Código. 2. Se o Acórdão recorrido entende provada a recusa do banco recorrente em exibir os documentos, não viola o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, a determinação de prosseguimento do feito. 3. Recurso especial não conhecido."¹⁴¹

utilizar produto ou serviço como destinatários finais. Incluem-se todas as pessoas expostas às práticas comerciais, inclusive a empresa". Também nesse sentido manifestação de Alcides Tomasetti Júnior, lembrando o combate à concorrência desleal e sua ligação com a proteção do consumidor.

¹⁴¹ No voto lê-se: "O especial está apoiado na alegada violação ao art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, afirmando que não há relação de consumo envolvida, mas, sim, relação de direito comercial. Mas, não tem razão o banco recorrente. O art. 29 do Código de Defesa do Consumidor equipara aos consumidores "todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". Ora, no caso, o art. 3.º do Código de Defesa do Consumidor inclui os bancos e a atividade bancária como serviço para efeito da incidência de suas regras. Como sabe esta Turma, tenho entendimento no sentido de que as aplicações financeiras é que estão fora do Código de Defesa do Consumidor porque não configurado o pressuposto legal, assim a remuneração pelo serviço prestado. Mas, na conta-corrente e no contrato de abertura de crédito existe, sim, um serviço, com todos os requisitos exigidos pelo Código. Não há, portanto, violação alguma ao mencionado art. 29" (REsp 245660-SE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.11.2000; un.).

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política-legislativa! Parece-nos que, para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais, o legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo, "consumidores *stricto sensu*", poderão utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!

Em verdade, o potencial desta norma ainda foi pouco explorado pelos agentes econômicos presentes no mercado brasileiro, talvez receosos que um dia ela seja usada contra si próprios. Na verdade, sua potencialidade ainda é quase desconhecida e parece conter como único limite a idéia de prejuízo (direto ou indireto) para os consumidores face à prática comercial abusiva. O art. 4.º do CDC, em inc. VI, estabelece como norma-objetivo do CDC, como princípio norteador da interpretação do próprio art. 29, "a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal", desde que "possam causar prejuízos aos consumidores". Assim, um comerciante poderia exigir, por exemplo, a abstenção de outro comerciante que está vinculando uma propaganda enganosa no mercado (art. 37, § 1.º) ou a nulidade de uma cláusula presente nas suas condições gerais de venda, mesmo em contrato comercial (arts. 51 e 54), alegando prejuízo indireto aos consumidores (em verdade, ao mercado).

Ao valorizar o art. 29 do CDC, a jurisprudência tenta aproximar-se da vontade interventora do legislador brasileiro. A surpresa com esta decisão extensiva do legislador só é superada se observarmos que a jurisprudência alemã também foi autorizada a controlar os contratos comerciais e suas condições gerais firmadas entre dois profissionais desde 1976, assim como a lei portuguesa variando apenas o grau e a extensão deste controle conforme a natureza comercial ou não do contrato. A idéia básica, porém, é a mesma, de imposição de um patamar mínimo de lealdade e boa-fé objetiva.

Nesse sentido, destaca-se como verdadeiro *leading case*, a decisão do Tribunal de Alçada/RS, 2.ª Câm. Cív., Ap. civ. 192188076, Rel. Paulo Heerd, j. 24.09.1992, com a seguinte ementa: "Contrato de crédito rotativo. Juros e correção monetária. Código de Defesa do Consumidor.

Conceito de consumidor para os fins dos capítulos V e VI da Lei 8.078/90. Exegese do art. 29 do CDC. Contrato de adesão. Cláusula abusiva. Controle judicial dos contratos. Ainda que não incidam todas as normas do CDC nas relações entre Banco e empresa, em contrato de crédito rotativo, aplicam-se os Capítulos V e VI, por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor possibilitando ao Judiciário o controle das cláusulas contratuais abusivas, impostas em contratos de adesão. Cláusula que permite variação unilateral de taxa de juros é abusiva porque, nos termos do art. 51, X e XIII, possibilita variação de preço e modificação unilateral dos termos contratados. Possibilidade de controle judicial, visando estabelecer o equilíbrio contratual, reduzindo o vigor do princípio *pacta sunt servanda*... Ação declaratória julgada procedente para anular lançamentos feitos abusivamente. Sentença reformada" (grifo nosso).¹⁴²

A clareza da lição jurisprudencial dispensa comentários; se o art. 29 amplia o conceito de consumidor, a lição vale igualmente para os profissionais submetidos à prática abusiva proibida pelo Capítulo V do CDC. Podemos, portanto, concluir que se assim for interpretado o art. 29 uma nova série de hipóteses passarão a incluir-se no campo de aplicação das normas dos capítulos V e VI do CDC, permitindo uma tutela protetiva daquele profissional, consumidor-equiparado, justamente no âmbito contratual, de forma a reequilibrar a relação e reprimir o uso abusivo do poder econômico.

Trata-se talvez de uma nova conscientização da intrincada correlação entre as ações dos agentes econômicos individuais e os reflexos, por vezes danosos e difusos, na sociedade. Neste conflito de interesses e forças da dinâmica sociedade de massas em que vivemos, a ação de um grupo social, os fornecedores, pode efetivamente determinar reações e prejuízos em um grupo difuso de indivíduos, consumidores e mesmo profissionais, equiparados a consumidores, por estarem direta ou indiretamente conectados às práticas dos primeiros. Neste, caso a jurisprudência já utilizou o CDC para proteger o comerciante mais fraco em contrato de distribuição de bebidas, equiparando-o por força do art. 29 do CDC, tendo em vista, inclusive, os eventuais prejuízos indiretos aos consumidores.¹⁴³

¹⁴² Acórdão publicado na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor* 6, p. 274-277.

¹⁴³ Veja detalhes desta sentença de Joel Dias Figueira Júnior, *Revista de Direito do Consumidor* 32, p. 317 e ss.

A visão do Estado, como mediador dos interesses envolvidos, vai determinar a relevância jurídica ou não destes atos,¹⁴⁴ a incluir ou excluir determinado grupo de indivíduos do âmbito das novas leis tutelares dos consumidores. De certa forma, o legislador do CDC previa a passividade do consumidor *stricto sensu*, a prevalência do fornecedor monopolista e a possibilidade de que talvez o consumidor *equiparado* viesse a instigar a resposta do sistema, o combate efetivo das práticas abusivas, com diretos e indiretos reflexos positivos para o consumidor, forçando a instituição de um mercado mais harmônico e menos abusivo. De certa forma, o art. 29 agora valorizado renova o sistema, legitimando a atuação de novos agentes econômicos em virtude do dado comum de vulnerabilidade verdadeiro *status* análogo ao de consumidor, renova, principalmente, ao instituir instrumentos mais ágeis e sanções mais rígidas do que as conhecidas no direito da concorrência, de parcos efeitos no Brasil.

Concorde-se ou não a decisão do legislador e sua interpretação pela jurisprudência, parece-nos certa a tendência, em se tratando de contratos unilateralmente redigidos, contratos de adesão, de expandir o campo de aplicação do CDC. Não está, porém, superado o receio que manifestamos nas anteriores edições que a expansão da aplicação do CDC venha a baixar o nível de proteção concedido ao consumidor.¹⁴⁵ Esperamos, portanto, que a jurisprudência mantenha a linha atual de razoabilidade no controle dos contratos de adesão, privilegiando realmente aqueles consumidores-equiparados que se encontram em fática situação de vulnerabilidade¹⁴⁶ e assegurando para os consumidores *stricto sensu* eficaz equilíbrio e boa-fé nas suas relações contratuais.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Sobre o tema veja interessante parecer de Waldírio Bulgarelli, *Abuso do poder econômico e proteção do consumidor em Direito empresarial moderno*, p. 12.

¹⁴⁵ Exemplo de utilização "maximalista" na jurisprudência gaúcha é o AI 5962351, rel. Cláudio A. R. Lopes Nunes, j. 10.04.1997, na *Revista de Jurisprudência do TJRS*, v. 182, p. 231 e ss. Tratava-se do relacionamento entre importadora e exportadora de automóveis, e a cláusula atacada foi a de eleição do foro.

¹⁴⁶ Neste sentido conclui tb. em sua tese, Donato, p. 247; a autora apesar de discordar com os exemplos por nós fornecidos na primeira edição, p. 248 e 249, conclui que tb. na aplicação do art. 29 o elemento teleológico da vulnerabilidade é decisivo para a extensão da proteção dos capítulos V e VI às relações entre profissionais.

¹⁴⁷ Veja interessante decisão do STJ, que em contrato de crédito rural recusou a utilização do CDC, não porque inaplicável a relação intercomerciantes, mas

Concluimos, então, afirmando que em virtude do disposto no art. 29 do CDC, assim como foi interpretado pela jurisprudência, o legislador brasileiro, para proteger os interesses econômicos dos consumidores, concedeu um novo e poderoso instrumento (as ações autorizadas pelo CDC e sua ética de boa-fé objetiva nas relações negociais) para que os consumidores-equiparados (na maioria, também empresários) combatam as práticas comerciais abusivas que os lesam diretamente e que, imediatamente, prejudicam os outros consumidores e a harmonia do mercado.

A extensão do campo de aplicação do CDC aos empresários, em casos de incidência das normas materiais dos capítulos V e VI, pode ser considerada quase um novo privilégio, determinado por razões de política legislativa e tendo em vista a realidade brasileira de pouca organização da sociedade civil e de passividade dos consumidores-finais. Se a jurisprudência atual ainda tende a considerar este novo "privilégio" como positivo, duas tendências contrárias a este "maximalismo" se avizinham: na Europa unificada, defende-se a superação da visão atual do consumidor como mero agente econômico e a imposição de uma visão mais social do consumidor, consumidor como pessoa, como sujeito de direitos do século XXI,¹⁴⁸ da mesma forma, o novo Código Civil de

porque o contrato era anterior a entrada em vigor do CDC, no RE 90.162-RS, j. 28.05.1996, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Veja também decisão mais recente, na mesma linha: "Rescisão contratual - Cláusula penal - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Novação. I - Inquirir sobre a existência de novação requer a interpretação do contrato, quando o acórdão recorrido afirma tratar-se de um único ajuste, seguido por dois aditamentos. Aplicação da Súmula 5 desta Corte. II - De acordo com a jurisprudência pacífica do Tribunal, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados antes de sua vigência, permanecendo válida a cláusula que institui a perda total das prestações pagas em caso de inadimplemento, principalmente quando não questionada a possibilidade de redução da pena, prevista no art. 924 do Código de Processo Civil" (STJ, REsp 135550/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.03.2000).

¹⁴⁸ Assim Alpa, em *Contratto e impresa*, p. 372 e 373. Note-se que esta visão do consumidor como pessoa foi a iniciadora do movimento consumerista e da *consumer rights rhetoric*, com o discurso de J. F. Kennedy em 1962: "The consumer is no longer seen merely as a purchase and user of goods and services for personal, family or group purposes but also as a person concerned with the various facets of society which may affect him either directly or indirectly as

2000, unifica¹⁴⁹ em grande medida as obrigações civis e comerciais, regula "o direito da empresa" (art. 966 e ss.)¹⁵⁰ e impõe como patamar igualitário para todos os contratos o princípio da boa-fé (art. 422), função social do contrato (art. 421) e intervenção reequilibradora nos contratos de adesão (arts. 423 e 424). Logo, entrando em vigor o CCB/2002, não será mais no *status* de *consumidor equiparado*, que o comerciante lesado na relação interempresarial procurará sua proteção, mas no direito civil (e comercial) geral. Avistam-se, pois, modificações na jurisprudência.

A própria jurisprudência gaúcha evoluiu para considerar que o princípio da vulnerabilidade (presumida para o consumidor pessoa física), imposto pelo CDC, está subsumido no art. 29 do Código, sendo deste pré-requisito lógico. Assim só incluem-se na proteção "equiparada" deste artigo aqueles "profissionais" ou leigos que, vulneráveis, comprovam sua situação de vulnerabilidade fática, econômica, jurídica ou técnica. O Des. Antonio Janyr Dall'Agnoll, em seu voto, após reproduzir o texto do art. 29 do CDC, pontifica: "Esta 'exposição às práticas' implica, ao que me consta, justamente a idéia de sujeição. Este o sentido que se há de extrair: evidenciando o desequilíbrio entre os figurantes do negócio, qualquer que seja ele, portanto, inclusive os que não se enquadrem como 'de consumo', incidem os dispositivos dos dois capítulos referidos. A regra contida no art. 29 do CDC, tenho dito com alguma frequência, evidencia-se como verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico. Foi através dele que se generalizou, evidenciado o desequilíbrio contratual, vale dizer, a vulnerabilidade de um dos

a consumer..." (apud, Reich, *Consumer*, p. 20). Esta visão mais individual de consumidor e do grupo de consumidores a ser protegidos pela lei tende a prejudicar a visão maximalista, pois o *homo economicus* geralmente age só, assim será protegido, o que não impede, porém, que seja protegido quando somente organizado através de uma pessoa jurídica ou em grupo conseguir seu intento. Veja-se ainda Alpa, *Banche di Dati*, p. 54, sobre o que chama de nova "dignidade social", e o direito como instrumento de proteção da identidade individual dos consumidores, pessoas que têm seus dados armazenados em banco de dados públicos e privados.

⁽¹⁴⁹⁾ Veja parecer final do Senador Josapha Marinho, Parecer 749 de 1997 no *Diário do Senado Federal*, ano LII-Sup. "A" ao n. 208, 15.11.1997, p. 8.

⁽¹⁵⁰⁾ Trata-se de um novo Livro da Parte Especial, que ficaria dividida em Dir. das Obrigações (Livro I, art. 232 e ss.), Dir. da Empresa (Livro II, art. 966 e ss.), Dir. das Coisas (Livro III, art. 1.196 e ss.), Dir. de Família (Livro IV, art. 1.511 e ss.), Dir. das Sucessões (Livro V, art. 1.797 e ss.).

figurantes do negócio jurídico, entre outras, a aplicação das cláusulas abusivas".¹⁵¹

Como o antes mencionado, a entrada em vigor do novo Código Civil pode remeter este tema para o direito civil geral (agora também social) no Brasil. Tema também de muita importância é um reflexo prático e dogmático do novo status de consumidor equiparado, assegurado pelos arts. 2.º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC: a superação do status de terceiro na relação de consumo.

Nesta quarta edição, gostaria, pois, de destacar o novo *status* de consumidor equiparado como visão plural ou categorial imposta pela Constituição Federal (art. 5.º, XXXII, da CF/88) e pela força do princípio da vulnerabilidade (art. 4.º, I, do CDC), a proteger um conjunto ou categoria de pessoas. Efetivamente, ao analisar a jurisprudência brasileira sobre o CDC e suas definições de consumidor, hoje podemos afirmar que o CDC assegura uma forte e efetiva proteção ao sujeito antes denominado "terceiro na relação", agora alçado ao *status* novo de consumidor *stricto sensu* ou consumidor equiparado. O fato do sistema do CDC, tanto em suas regras materiais como processuais, não distinguir entre os tipos de consumidores e assegurar iguais direitos contratuais a todos os consumidores, tanto os do art. 2.º, como os consumidores equiparados dos arts. 17, 29 e parágrafo único do art. 2.º, tem fortes efeitos no mercado, a assegurar boa-fé, legitimação processual e garantias aos antes denominados "terceiros" nos contratos. É o que podemos chamar de "fim dos terceiros" nas relações de consumo, pois estes "terceiros" geralmente serão incluídos, ora como consumidores, ora como fornecedores da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços. Interessa-nos agora analisar a inclusão destes terceiros vulneráveis como consumidores *stricto sensu* ou como consumidores equiparados.

Efetivamente, uma grande contribuição do CDC ao direito civil atual reside na sua bem lograda superação do conceito de sujeito individual da relação contratual. Se em processo civil não temos mais dificuldades em aceitar que a proteção do consumidor envolve concomitantemente a proteção de interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos (Parágrafo único do art. 81 do CDC), mister agora visualizar a origem destes novos "interesses e expectativas legítimas", que é, sem dúvida, material.

⁽¹⁵¹⁾ AI 597036102, j. 29.04.1997, Des. Antonio Janyr Dall'Agnoll Júnior, na *Revista de Jurisprudência do TJRS*, v. 184, p. 186.

Vejamos, se o sujeito da relação de consumo, relação juridicamente relevante pode ser individual, coletivo ou difuso, se pode ser além do contratante e da vítima-contratante também o *bystander*, vítima terceira em relação ao contrato, por exemplo, o filho e a vizinha que encontram-se no veículo defeituoso em caso de transporte. Se o sujeito da relação de consumo hoje, o consumidor, pode ser o "participante indireto da relação", por exemplo, o beneficiado em contrato de seguro, o dependente da relação principal de seguro ou plano de saúde ou o terceiro que compra um produto usado, ou que adquire um *time-sharing* de outro consumidor. Se o sujeito da relação de consumo, o consumidor pode ser o "exposto" à prática comercial, como quem aceita estacionar em *shopping center*, mas não contrata, não consome propriamente dito. Se o sujeito da relação de consumo, o consumidor pode ser o exposto à publicidade que nunca sequer adquiriu o serviço ofertado. Se o sujeito da relação de consumo, o consumidor pode ser o terceiro beneficiado, que não paga o que "consome", como o idoso que é transportado gratuitamente por ônibus coletivo; bem, parece-me que isto altera - na prática - todas as nossas definições de "terceiro" contratual.

Em resumo, se, no sistema do CDC, todos estes "terceiros" hoje se incluem como "consumidores, consumidores *stricto sensu* do art. 2º (quem "utiliza um serviço"), consumidores equiparados do parágrafo único do art. 2º (coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço), do art. 17 (todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo os passantes na rua quando o avião cai por defeito do serviço) e do art. 29 (todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, contratos de adesão, publicidade, cobrança de dívidas, bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*), então temos que rever nossos conceitos sobre estipulações em favor de terceiro¹⁵² e, no processo, sobre legitimação destes terceiros para agir individual e coletivamente.¹⁵³

¹⁵² Interessante observação de P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5. ed., Oxford, Londres, 1995, p. 386, que o direito novo deve também regular os reflexos negativos desta expansão, isto é, as eventuais estipulações contra terceiros. No caso do CDC, parece-me que utilizando o princípio da boa-fé e da confiança haverá manutenção de direitos, mesmo que os contratantes principais, por exemplo, definirem "estipulações" negativas aos direitos dos consumidores. O tema, porém, ainda não foi claramente examinado pelo Judiciário.

¹⁵³ Sobre a tutela e legitimação dos terceiros, veja a obra premiada de Roberto Senise Lisboa, *Contratos Difusos e Coletivos*, RT, 1997, p. 186 e ss.

Sobre o tema dois aspectos merecem destaque. O primeiro é quanto à origem desta expansão do sujeito de consumo, agora englobando os antigos terceiros. A subdivisão entre o parágrafo único do art. 2º, o art. 17 e art. 29 já foi considerada como uma tentativa de evitar o veto do então presidente Collor de Mello,¹⁵⁴ parece-me, porém, vir de encontro a uma tendência do direito norte-americano, o qual evoluiu para incluir duas categorias de terceiros e garantir-lhes direitos "contratuais".¹⁵⁵ Esta superação do dogma *nemo alteri stipulare potest* é resultado da força da autonomia da vontade naquele sistema.¹⁵⁶ A *Section 302 do Restatement* distingue entre terceiros beneficiários contratuais "intencionais" e "incidentais". Estes "terceiros"-parte podem então perseguir "seus interesses" contratuais, além do que é criado para o devedor um *duty* frente ao beneficiário intencional.¹⁵⁷ E por vontade das partes é face à confiança despertada (*reliance*),¹⁵⁸ que este "terceiro", agora parte, poderá usufruir de direitos e garantias contratuais (também processuais) e o devedor tem diante dele os mesmos deveres de *performance*.

Com a devida vênia, parece-me que o parágrafo único do art. 2º e o art. 29 do CDC incluem principalmente os terceiros-beneficiários "intencionais", pois que sua vontade ou a vontade dos contratantes principais está presente com esta finalidade específica de inclusão. Examine-se o caso de um pai que coloca os filhos no colégio, os menores "intervêm" na relação e são "expostos" às práticas, por exemplo, de cobrança deste serviço educacional. Os filhos não são terceiros ao contrato, não há mais "estipulação em favor de terceiro", há estipulação em favor de consumidor, porque o terceiro-filho é hoje consumidor (*stricto sensu*, inclusive), com todos os direitos (materiais e processuais) oriundos deste *status*, superando problemas no campo da validade quanto a sua vontade. Examine-se o caso de genro que coloca a sogra como dependente beneficiária de um seguro ou plano de saúde coletivo, a sogra

¹⁵⁴ Veja preciso estudo realizado por Antônio Janyr Dall'Agnol sobre o assunto, Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros-Aplicação do CDC nas atividades bancárias, *Revista de Direito do Consumidor* 27, p. 7 e ss.

¹⁵⁵ Chirelstein, Marvin A. *Concepts and case analysis in the Law of contracts*, 3. ed., Foundation Press, New York, 1998, p. 187.

¹⁵⁶ Veja nos sistemas romano-germânicos as lições do mestre argentino Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1995, p. 346.

¹⁵⁷ Chirelstein, p. 187.

¹⁵⁸ Chirelstein, p. 193.

e todos os demais consumidores seriam terceiros beneficiários ante ao contrato assinado por seu "representante", universidade, sindicato ou mesmo empresa, mas hoje todos, sem exceção são consumidores, mesmo os interditados, deficientes mentais, menores de idade. Examine-se o caso de um indivíduo que assiste a uma publicidade e é induzido em erro (art. 37, § 1.º, do CDC), mas que não contrata ou "utiliza o serviço" (art. 2.º do CDC), mesmo assim é ele consumidor equiparado (parágrafo único do art. 2.º e art. 29 do CDC).

Parece-me que a categoria terceiro-parte acidental ou incidental atua principalmente para incluir os terceiros-vítimas extracontratuais do art. 17 do CDC como consumidores. Devo, porém, concordar também com parte da doutrina que parece incluir como "consumidores-incidentais" alguns dos incluídos no sistema pelo art. 29 do CDC, pois que apesar de muitas vezes "expostos" semivoluntariamente à relação de consumo (presença em *shopping center*, recepção de mensagem publicitária, como consumidor em potencial ou consumidor alvo da prática) é possível aceitar que o art. 29 inclua como consumidores pessoas totalmente alheias à relação e que sem qualquer "vontade", delas ou de qualquer dos contratantes, e que mesmo assim foram "expostas" incidentalmente às práticas.¹⁵⁹

Esta distinção de origem norte-americana é pedagógica, pois ajuda a superar a noção de terceiro "beneficiário" para evoluir para a ideia de terceiro-vítima, terceiro-exposto, terceiro-interveniente, enfim, consumidor equiparado — "ex-terceiro". Alcançar, porém, precisão nesta distinção parece ser hoje de menor importância, uma vez que o sistema do CDC vai mais longe de que o original sistema norte-americano e evolui para não distinguir entre estes terceiros. No sistema de nosso CDC, com sua *ratio legis* de inclusão e tutela dos vulneráveis, não há diferença na intensidade dos "deveres" dos fornecedores diante dos consumidores (terceiros beneficiários) "intencionais" ou "incidentais". Todos recebe-

¹⁵⁹ Assim Maria Antonieta Z. Donato, *Proteção ao consumidor*, RT, São Paulo, 1993, p. 243 afirma: "O art. 29, como já mencionado, possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando, para nessa categoria subsumir-se, a simples exposição do consumidor àquelas práticas. Prescindir-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo (art. 2.º) ou de ter sido atingida pelo evento danoso (art. 17). Mostra-se suficiente estar exposto a essas práticas para receber-se a tutela outorgada".

ram, sem distinções, o *status* de consumidor,¹⁶⁰ e com relação a todos os fornecedores devem conduzir-se com boa-fé e evitar danos. Este terceiro é hoje consumidor.

Poderíamos, pois, afirmar uma segunda diferença, uma vez que no sistema do CDC a inclusão destes terceiros, agora com o *status* "obrigacionál" de consumidores equiparados, se dá não pela vontade dos fornecedores ou mesmo dos consumidores, mas se dá *ex vi lege*. Esta solução positivada, típica de nosso sistema, traz um potencial muito mais generalizante do que a solução norte-americana da autonomia da vontade concreta. É exemplo do espírito protetivo do CDC de incluir grande número de pessoas que "gravitavam" ao redor dos contratos e relações de consumo, sendo afetados por eles, sem ter um *status* contratual ou um vínculo obrigacional que os pudesse proteger, até agora. A diferença do sistema norte-americano clássico é a proteção ampliada coletiva, que assegura imperativamente (art. 1.º c/c art. 2.º, 17 e 29 do CDC), logo, o instrumento de pressão dos fornecedores foi justamente o outro, o dever.

Impor ao fornecedor de serviços, no sistema do CDC, deveres de lealdade e segurança genéricos (extracontratuais e contratuais) frente a todos os consumidores (art. 2.º, art. 17 e art. 29 do CDC) é um grande jugo, pois nem ele pode identificar quem são estes "consumidores" em potencial, individuais, coletivos e mesmo difusos (art. 81 do CDC).¹⁶¹ Se os consumidores *in concreto* irão usar de seus novos direitos "contratuais" não é certo, certo é que o sistema do CDC criou novos deveres do fornecedor perante estes ex-terceiros, agora consumidores, que como tal e neste patamar de boa-fé, qualidade e segurança devem ser tratados no mercado, indistintamente se "contra-

¹⁶⁰ Se diferença existir é, inclusive, a favor do terceiro-vítima do art. 17 em relação ao consumidor equiparado do art. 29 do CDC, que alguns consideram deva beneficiar-se apenas das regras daquela seção e da anterior, ambas contratuais.

¹⁶¹ Acrescente-se que a caracterização da vítima como consumidor ocorre somente se a seu favor, como ensina a jurisprudência do TJRJ: "Não há relação de consumo entre vítima de ônibus abalroado e o abalroador a justificar a incidência do CDC *in malam partem*. Prescrição que não pode ser aplicada contra a parte a quem favorece a pretexto de fazer incidir lei mais favorável. Há *contradição in terminis* na aplicação do Código do Consumidor em desfavor deste beneficiário...". *Revista de Direito do Consumidor* 29, p. 115 e ss.

tam" os serviços, se os "utilizam" diretamente, se neles "intervêm" ou se são apenas "expostos" a eles.¹⁶²

O resultado desta expansão é a superação da figura do terceiro. No sistema do CDC, devemos desconfiar quando o fornecedor indica uma pessoa ou grupo como terceiro,¹⁶³ pois geralmente este grupo ou pessoa é hoje, *ex vi lege*, incluído no sistema com o *status* protetivo de consumidor, *stricto sensu* e equiparado.

Se estas evoluções são constatáveis e frutos da interpretação e da prática de mais de 10 anos do CDC, mesmo assim é grande a dúvida no mercado (e dentre os operadores do direito) de quem é consumidor (*stricto sensu* e equiparado). Neste sentido, parece-nos necessário incluir mais um tópico, em defesa de uma interpretação finalista e sistemática das referidas normas do CDC.

c) O consumidor como sujeito de direitos fundamentais: em defesa de uma interpretação finalista e sistemática – Nesta quarta edição,

⁽¹⁶²⁾ A jurisprudência sobre transportes ferroviários tem muita experiência no tratamento deste dever especial de segurança perante terceiros-vítimas. Veja REsp. 107.230, REsp. 38.232, REsp. 38.152, REsp. 23.166, REsp. 48.043, REsp. 35.842, com a diferença que a lei especial, Dec. 2.089/63 permite a indenização proporcional, se há culpa concorrente da vítima, o que penso não poder existir no sistema do CDC, que considera a "culpa exclusiva" de terceiro como excludente, não considerando-a fator mitigante de responsabilidade. Assim também TJRS: "Responsabilidade civil – Acidente de Consumo – Responsabilidade pelo fato do produto. É objetiva a responsabilidade do produtor na hipótese de acidente de consumo. Responde, assim, perante o consumidor ou o circunstante, fábrica de refrigerantes em razão do estouro de vasilhame, ocorrido em supermercado. Não é o comerciante terceiro, ao efeito de excluir a responsabilidade do produtor... ainda que o fosse, incumbe ao fabricante a demonstração inequívoca de que o defeito inexistia no produto, caracterizar exclusividade de ação (dita culpa exclusiva) do comerciante" (APC 598081123, 6.ª Cciv., TJRS, j. 10.02.1999, Rel. Des. Antônio Jany Dall'Agnol Junior).

⁽¹⁶³⁾ Exemplo desta alegação foi o caso dos planos de saúde coletivos com empresas, em que o fornecedor afirmava que os dependentes e os contratantes eram terceiros, logo, ilegítimos para discutir a nulidade (absoluta!) das cláusulas contratuais no Judiciário... tal alegação hoje, no sistema do CDC, é absurda, pois que todos os consumidores têm direitos (materiais e processuais) assegurados por lei especial de ordem pública, logo, não disponível por vontade dos contratantes principais (um é consumidor, representante dos consumidores coletivos), nem dos beneficiários.

gostaria de destacar a importância de o consumidor ser um sujeito de direitos fundamentais. Efetivamente, o novo do CDC é ter identificado um sujeito de direitos especiais, o consumidor e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos.¹⁶⁴ A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não-iguais, de vulneráveis pode ter conotações pós-modernas fortes.¹⁶⁵ No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado¹⁶⁶ para o consumidor (art. 5.º, XXXII, da CF/88). O consumidor foi identificado constitucionalmente (art. 28 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial.

Como observamos anteriormente,¹⁶⁷ o direito do consumidor não tem origem constitucional, mas é sim direito fundamental do cidadão, direito humano de nova geração, positivado no art. 5.º, XXXII, da CF/88. Trata-se, como vimos, de um direito positivo de atuação do Estado na sua proteção. Quero aqui ressaltar que trata-se de um privilégio, projeção da dignidade¹⁶⁸ do espírito humano,¹⁶⁹ para todos os cidadãos,

⁽¹⁶⁴⁾ Veja sobre o tema, menção de Azevedo, *O Direito pós-moderno e a codificação*, p. 124.

⁽¹⁶⁵⁾ Assim identifica Minda, p.74, o início da desconstrução da "modern jurisprudence" e dos "postmodern legal movements" justamente na decisão da Suprema Corte americana no caso Brown, sobre direitos iguais das pessoas de raças diferentes: "In Brown, the Supreme Court rejected the theory of separate but equal because legal analysis had failed to take into account inequality arising from cultural context, and because the theory itself failed to take account of the role law played in reinforcing the cultural values of race discrimination".

⁽¹⁶⁶⁾ Sobre o tema do direito à alguma coisa (*Rechte auf etwas*), no caso uma ação positiva (*Rechte auf positive Handlungen*), veja Alexy, p. 179 e ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Veja número 4.1, letra d anterior.

⁽¹⁶⁸⁾ Assim Azevedo/*Direito Pós-moderno*, p. 127.

⁽¹⁶⁹⁾ Sobre o tema veja Sarlet/*Dignidade*, p. 52: "... a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada... Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas; justamente por serem iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo".

brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Em outras palavras, mister distinguir entre as funções do direito do consumidor: para as pessoas físicas (art. 1.º, III, da CF/88) não é apenas princípio da ordem econômica ou direito econômico e social (art. 170 da CF/88),¹⁷⁰ é um direito fundamental (art. 5.º, XXXII, da CF/88), direito humano positivado.

Parece-me, pois, que o intérprete e o aplicador da lei, em especial do CDC, devem ter em conta esta valoração constitucional e sua hierarquia implícita: para as pessoas físicas, o direito do consumidor é um direito fundamental, sendo que o cidadão pode exigir proteção do Estado para os seus novos direitos subjetivos tutelares.¹⁷¹ Trata-se de um privilégio, uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito fundamental básico. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do *caput* do art. 170 da CF/88, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira.

Esta linha de raciocínio restritiva serve para defender, mais uma vez, a teoria finalista. A interpretação finalista nada mais é do que uma interpretação conforme à Constituição (Princípio constitucional da Igualdade e Proteção da Dignidade e Direito fundamental do cidadão à proteção do Estado, enquanto consumidor – Art. 5.º *caput* e inciso XXXII da CF/88), interpretação conforme a nova ordem econômica constitucional (art. 170 da CF/88) e a importância da identificação do sujeito de direitos a tutelar de maneira especial, o consumidor! É interpretação do art. 2.º do CDC utilizando todos os métodos clássicos de interpretação: literal, lógico-sistemático e teleológico. A teoria contrária – maximalista – propugna uma interpretação apenas literal da expressão “destinatário final”, concluindo que basta ser destinatário final fático do produto ou serviço. A origem constitucional do CDC hierarquiza esta lei, a qual

(170) Veja CAMARGO, p. 24 e ss.

(171) Veja, neste sentido, decisão de líder da 5.ª Câmara Cível do TAMG concedendo a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica com base no art. 28 do CDC, justamente em benefício de coconsumidores pessoas físicas lesadas por um fornecedor (5.ª Câmara Cível, Ap. Civ. 114.409-4, rel. Juiz Aloysio Nogueira, j. 12.03.1992, publicado na *Revista Jurídica Mineira* 102, julho/agosto de 1993, p. 108-120). Em belíssimo e erudito voto vencedor, este *leading case* supera (do italiano, *superamento*) os dogmas comercialistas para proteger os mais vulneráveis, pessoas físicas, em face da sucessão de empresas e a fraude à execução.

materializa direito fundamental (apenas) das pessoas físicas, e conduz necessariamente o aplicador da lei a interpretação cuidada desta lei especial tutelar.

Interpretar é estabelecer o sentido e o alcance da norma (“ação cujo evento útil é entender”).¹⁷² Subsumir o caso à lei e interpretar esta são atividades normais do aplicador da lei,¹⁷³ sempre submetidas aos métodos de interpretação clássicos: interpretação gramatical, lógico-sistemática e teleológica.¹⁷⁴ Eis porque me sinto muito a vontade para defender uma interpretação finalística, sistemática e teleológica do art. 2.º do CDC, que denomino em minha obra de interpretação “finalista” da definição de consumidor *stricto sensu*.

Particularmente considero que é necessário analisar o CDC como sistema, como um todo o construído, codificado, organizado justamente tendo como base a identificação do sujeito beneficiado. Isto porque o CDC brasileiro não é um Código de “consumo”, como a consolidação legal francesa denominada *Code de la Consommation*, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis, concentrada no método do uso das cláusulas contratuais gerais, como lei alemã de 1976, *AGBGesetz*, o atual BGB-Reformado ou o novo CCBr./2002.¹⁷⁵ O CDC brasileiro concentra-se diversamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É Código (todo construído sistemático) de Proteção (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor (agente mais fraco no mercado)!

Eis porque identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são “do consumidor”, assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Daí correto o CDC, que, em seu artigo primeiro, esclarece que este “Código” tutelar, este sistema de normas construído e organizado a partir da identificação

(172) Miranda, p. 88 (citando Emílio Betti).

(173) Miranda, p. 109.

(174) Assim, incluindo a interpretação histórica e evolutiva, Reale, *Lições*, p. 277 e ss., e também Miranda, p. 121 e ss.

(175) Sobre Direito Comparado, veja Nery/Forense, 6.ed., p. 429 e ss.

do sujeito beneficiado, "estabelece normas de proteção do consumidor, de ordem pública e interesse social". Neste sentido, é de se refletir se não fere o Princípio da Igualdade, da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio imane da Justiça Social tratar os "iguais" (profissionais) como se "diferentes" (e fracos) fossem;¹⁷⁶ ou como defende a teoria maximalista, privilegiar nas relações interempresariais um fornecedor em detrimento do outro, apenas por que um está utilizando ainda um insumo de sua produção (serviço ou produto intermediário) e o outro está com seu produto terminado e no mercado... Como ensina a doutrina francesa¹⁷⁷ sobre a igualdade contratual, as normas de tutela da desigualdade, como o direito do consumidor, são "discriminações" positivas do Direito para alcançar a igualdade. Neste sentido, se os co-contratantes são "iguais", porque discriminar positivamente um fornecedor (o comprador) e discriminar negativamente¹⁷⁸ o outro fornecedor co-contratante (o vendedor) em relação comercial equilibrada? Aqui não pode haver generalização, só aplicação tópica, pois "em geral" os iguais não são vulneráveis. Neste sentido, também ingênuo considerar que o preço destes serviços e produtos intermediários não estará incluído no preço pago pelos consumidores finais, aqueles sim consumidores leigos e alijados da cadeia de produção e de lucro. Pergunto-me, qual dos dois fornecedores (ou "grandes-consumidores-por-profissão") têm direitos "humanos" ou direitos fundamentais mais importantes e prevalentes? Nenhum, data máxima vênia às posições defendidas com brilhantismo pela doutrina¹⁷⁹ e jurisprudência brasileira. Ressalte-se que nas relações

¹⁷⁶ Veja Berthiau, p.137, ensinando que as normas de tutela da desigualdade são "discriminações" positivas do Direito para alcançar a igualdade. Neste sentido, porque discriminar positivamente um fornecedor (o comprador) e discriminar negativamente o outro fornecedor co-contratante (o vendedor) em relação comercial equilibrada, se este são iguais?

¹⁷⁷ Veja Berthiau, p. 137.

¹⁷⁸ Neste sentido, combatendo a generalização negativa e exigindo uma visão concreta do caso, veja forte passagem da ementa do REsp: 239504/SP, j. 03.10.2000. Min. Waldemar Zveiter: "Alienação fiduciária... II - O fato de Código de Defesa do Consumidor proteger a parte frágil da relação contratual não significa que todos os contratos assinados por consumidor com instituição financeira ou outra qualquer de maior porte seja nulo de pleno direito. É preciso que se demonstrem as nulidades e as práticas abusivas cometidas..."

¹⁷⁹ Veja as obras de Antonio Elfig, Alinne Arquette Leite Novais e Márcio Casado dentre as mais recentes.

interempresariais não há conflitos (ou encontro) de direitos humanos, pelo menos não os do art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, há, sim, ordem constitucional econômica do art. 170, CF/88, a regular o mercado e o relacionamento interempresarial e só.

Tendo em vista esta importância sistemática da definição principal de consumidor do art. 2.º do CDC, parece-me que o conceito indeterminado "destinatário final" não comporta apenas interpretação literal como querem os maximalistas, bastando a destinação final fática da prestação de serviços, por exemplo a prestação securitária, de assunção/transfêrencia de riscos e de pagamento da indenização pelo valor do seguro. Esta interpretação simplista é inadaptada em caso de serviços, cuja prestação é imaterial e sempre "final" por essência. Por esta interpretação apenas gramatical, por exemplo, todo contrato de seguro, nacional ou internacional, profissional ou popular estaria submetido ao CDC. Não haveria mais seguro profissional e de grande porte que não fosse regulado pelo CDC, a deixar sem finalidade o direito comercial de seguros, por exemplo seguros marítimos, seguros dos contratos internacionais etc.¹⁸⁰ Repito, em face da importância do art. 2.º do CDC, mister utilizar simultaneamente os outros critérios normais de interpretação das leis. Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado "destinatário final"? Se a definição do art. 2.º do CDC sozinha não responde à pergunta, é necessário interpretar a expressão "destinatário final" conforme os métodos antes mencionados.

Em outras palavras, este conceito indeterminado ou expressão legal "destinação final" merece também interpretação na lógica e no sistema do CDC, que é microsistema protetivo, de origem constitucional, sistema tutelar apenas do consumidor. Consumidor "destinatário final" do serviço securitário é neste sistema tanto o consumidor-contratante, como o consumidor-beneficiário do seguro. Interpretação sistemática esta que deve cumprir – ou considerar – (sempre) os princípios impostos pelo art. 4.º do CDC, especialmente, o princípio da vulnerabilidade de seu inciso I. O sistema do CDC construiu-se com esta idéia-base de proteção do vulnerável, de tratamento protetivo digno e desigual do desigual, do mais

¹⁸⁰ Sobre o tema dos contratos internacionais, veja minhas observações sobre o caso *Teka v. Aiglon*.

fraco na sociedade de consumo; logo, a expressão "destinação final" contém a idéia-base de seu sistema: reigualdade e reequilíbrio (art. 4.º III, do CDC).

Por fim, para realizar a Justiça no caso concreto, o art. 2.º do CDC deve ser interpretado conforme a sua *ratio legis*, sua finalidade atual como ensina o método de interpretação teleológica defendido pelo grande jurista Jhering.¹⁸¹ A *ratio legis* de todas as normas do CDC está positivada, narrada, esclarecida no art. 4.º do CDC,¹⁸² que impõe respeito, lealdade, transparência e harmonia nas relações de consumo, atendido o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Ao interpretar o art. 2.º do CDC, segundo este método simultaneamente, parece-me não bastar mais a "destinação final" fática do produto ou serviço. Se bastasse todos os contratos que envolvessem dinheiro como os contratos bancários, financeiros e securitários submeter-se-iam sempre ao CDC, uma vez que faticamente alguém (contratante ou terceiro) recebe, em algum momento, uma quantia. Assim também, em todos os serviços absolutamente imateriais (fazer economicamente relevantes, como informações), seria difícil identificar um consumidor destinatário final fático. Mister interpretar "destinatário final" como destinatário final econômico e fático, permitindo assim uma melhor identificação deste sujeito a proteger na complexidade e imaterialidade das relações contratuais atuais.

Segundo ensina um dos autores do CDC, José Geraldo Brito Filomeno, o conceito adotado pelo art. 2.º é "exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial."¹⁸³ Este abalizado autor conclui que no CDC: "entendemos por consumidor, qualquer pessoa física ou jurídica que, isoladamente ou coletivamente, contrate

¹⁸¹ Veja Reale/Lições, p. 286.

¹⁸² Segundo Eros Roberto Grau trata-se de "norma objetivo", norma guia do sistema. Veja GRAU, Interpretando o Código de Defesa do Consumidor, algumas notas, p. 183 e ss.

¹⁸³ Filomeno/Forense, 6. ed., p. 26.

para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço."¹⁸⁴

Eis porque considero que a definição de consumidor do art. 2.º do CDC deve ser interpretada "restritivamente" dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Trata-se do pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho, então, que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2.º de maneira restrita, como destinatário final fático e econômico,¹⁸⁵ como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º.

Parece-me que "destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado *não adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem,¹⁸⁶

¹⁸⁴ Filomeno, /Forense, 6.ed., p. 27.

¹⁸⁵ Contra esta posição, considerando que "não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu"...porque "subverter-se-ia a estrutura do sistema, transformando-se o aplicador da lei em legislador, o que não pode ser infenso às críticas", Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, p. 300 e 301.

¹⁸⁶ Assim decisão da 4.ª Câmara Cível, AI 172.292-9, Rel. Juiz Jarbas Ladeira, j. 23.05.1994, que em nenhum momento considerou o comerciante, que alugava o espaço em *shopping center* como parte necessária da sua profissão, como consumidor. Publicado na íntegra, na *Revista Jurídica Mineira* 115, setembro/outubro de 1995, p. 162-165. A ementa é a seguinte: "LOCAÇÃO COMERCIAL - SHOPPING CENTER - ALUGUEL - TEORIA DA IMPREVISÃO - REVISIONAL. Em face das peculiaridades da locação em *shopping center*, cujo aluguel é fixado em porcentagem sobre o faturamento das empresas, com estipulação mínima, a redução acentuada do movimento comercial da locatária, em decorrência da crise econômica, implica fato imprevisível que modifica o equilíbrio existente entre as partes, hipótese em que o reajuste excessivo de aluguéis configura *periculum in mora*, a justificar a concessão de liminar para fixação provisória daqueles, podendo eventual diferença ser exigida ao término da ação revisional".

incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, no seus cálculos do preço, como insumo da sua produção. Neste sentido já decidiu a parte, minoritária da jurisprudência brasileira,¹⁸⁷ excluindo contratantes bancários com finalidade de repasse (aquisição de bens de capital) da definição de consumidor *stricto sensu*.¹⁸⁸

Nas constantes discussões judiciais entre agentes econômicos profissionais, especialmente pessoas jurídicas comerciantes querem ser identificadas como consumidores. Esta "vontade" de ser identificado como consumidor apenas comprova que o regime imposto no CDC é um regime de excelência, funcional e funcionando com certo sucesso no direito brasileiro. O aplicador da lei tutelar deve lembrar-se, porém, que os direitos básicos do CDC foram assegurados somente aos consu-

⁽¹⁸⁷⁾ "CONTRATO DE FINANCIAMENTO - PESSOA JURÍDICA - FINANCIAMENTO DESTINADO AO INCREMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA - INEXISTÊNCIA DE PROVA DA VULNERABILIDADE E DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA - INAPLICABILIDADE DE LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. A pessoa jurídica, que tome recursos no mercado financeiro para incrementar atividade econômica não caracteriza destinatária final, que o CDC quer proteger, qual seja o efetivo destinatário final, ou seja o destinatário econômico, não mais do serviço bancário, mas do produto ou serviço cujo fomento se deu pelo aporte de recursos tomados junto às instituições financeiras. Tratando-se de pessoa jurídica, cabe-lhe o ônus de provar sua vulnerabilidade perante o banco agravado, demonstrando, assim, o desequilíbrio contratual entre as partes, situação que depende da instauração da relação processual, afastando a aplicação, de ofício, das normas do Código de Defesa do Consumidor". Ementa do Acórdão da 3.ª Câmara Cível, TAMG, AI0276419-8, rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 28.04.1999, decisão unânime. Fonte www.ta.mg.gov.br/consulta, Acórdão 22971.

⁽¹⁸⁸⁾ APELAÇÃO... MÚTUO - PESSOA JURÍDICA - RELAÇÃO DE CONSUMO INOCORRENTE... 3. Consumidor, nos termos da Lei 8.078, de 1990, é o destinatário final do produto ou serviço. 4. A pessoa jurídica que se dedica à atividade mercantil não é destinatária final de capital mutuoado, pois este é meio para a execução da mencionada atividade. A aplicação da Lei 8.078, de 1990, resta afastada. Ementa de Acórdão da 2.ª Câmara Cível, TAMG, APC 0288088-4, j. 14.09.1999, Rel. Juiz Manuel Saranago. No mesmo sentido, Acórdão da 2.ª Câmara Cível, APC 0279609-4, j. 05.04.1999, Rel. Juiz Manuel Saranago. Decisões unânimes. Fonte www.ta.mg.gov.br/consulta, Acórdão 26918 e 27290.

midores, motivo pelo qual todos querem esta "posição", este papel, este *status*, único que assegura a subjetivação destes direitos, a entrada destes "interesses"/"expectativas" em seu patrimônio, que assegura o acesso a aqueles instrumentos efetivos e práticos de proteção e realização dos direitos impostos e criados pelo CDC. Hoje todos querem ser consumidores do CDC. Este, porém, não é o sistema do CDC, que visa proteger só ao "consumidor", aquele que ele mesmo define de forma estrita (art. 2.º do CDC) ou aqueles que ele realmente equipara a consumidor (art. 2.º, parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC), sempre com base em sua norma objetivo¹⁸⁹ do art. 4.º, I, do CDC: a proteção do vulnerável.

Dá a importância do elemento vulnerabilidade na interpretação finalista do art. 2.º do CDC. A interpretação finalista, que defendo, tem sua base na vulnerabilidade (presumida ou comprovada) do sujeito de direitos tutelado e restringe conscientemente a figura do consumidor *stricto sensu* àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família e permite a equiparação dos arts. 17 e 29 do CDC somente com base em prova da equiparação. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. O sistema do CDC, em minha opinião, foi construído para o fim especial de proteger os vulneráveis, os diferentes, os mais fracos, e sua origem constitucional deve ser a guia de sua interpretação: um direito do consumidor efetivo, que concretize direitos humanos, direitos fundamentais, direitos subjetivos para o mais fraco que mereceu receber esta tutela especial constitucional, o consumidor pessoa física. Nas relações intercomerciantes, o direito do consumidor serve apenas de orientação da conduta profissional, limite à própria liberdade de iniciativa e autonomia privada.

Em outras palavras, interpretando-se a expressão legal "destinatário final" no sistema do CDC ou pelo *método lógico-sistemático*, observamos que este Código positiva os princípios que devem guiar a interpretação de suas normas no art. 4.º do CDC, reconhecendo a necessidade de proteção do vulnerável (princípio da vulnerabilidade do art. 4.º, I, do CDC), da boa-fé e do equilíbrio (princípio da boa-fé e proteção da confiança do art. 4.º, III, do CDC). Interpretando a expressão "destinatário final" conforme a Constituição (art. 5.º, XXXII, art. 170 da CF/88 e 48 da ADCT) e conforme os princípios positivados no CDC para definir

⁽¹⁸⁹⁾ Veja sobre normas-objetivo em geral, Grau, p. 183 e ss.

o campo de aplicação desta lei (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 7.º do CDC), destaca-se a importância da vulnerabilidade do agente para que possa ser considerado consumidor. Defendemos que, face ao art. 2.º do CDC e ao art. 4.º, I, desta lei especial, *milita uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço*. Parte da jurisprudência tem exigido a prova da vulnerabilidade *in concreto*; para que pessoas jurídicas beneficiem-se das regras protetivas do CDC. Efetivamente, também a aplicação do art. 29 do CDC exige que as pessoas por ele equiparadas a consumidores estejam “expostas” a práticas comerciais do outro contratante e só está “exposto” quem é vulnerável, não igual, mais fraco, leigo ou necessitado. A interpretação, especialmente do art. 2.º do CDC deve ser finalista.

O tema ganhará em importância com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro. Este sim é um código para “iguais” e, mais, traz normas unificadas sobre contratação civil e comercial, regula o direito da empresa e todos os antes chamados “atos negociais” interempresariais ou intercivis, somente não regula o direito do consumidor. Suas normas são para os “iguais”, mas seus princípios são os mesmos do CDC: boa-fé objetiva nos contratos, combate ao abuso de direito, à lesão enorme, à onerosidade excessiva, e possibilidade de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Aqui também o Direito Civil quer ter função social e efeito ético na sociedade e no mercado (de produção e comercialização), mas se a todos aplicarmos o CDC qual será o campo de aplicação contratual do novo Código Civil? Se continuarmos a seguir a corrente maximalista, a grande maioria das relações interfornecedoras (onde estes adquirem insumos, produtos ou serviços para usarem em sua profissão) continuarão a ser reguladas pelo CDC. Em outras palavras, repensar a definição de consumidor, distinguindo suas características principais e usando todos os métodos de interpretação à disposição do aplicador da lei, pode ser – talvez – a única maneira de reservar algum campo de aplicação para este Código Civil, que unificou as obrigações civis e comerciais e que, apesar de seguir os mesmos princípios do CDC, os traz em versões amenizadas, típicas para bem regular situações entre iguais e mais equilibradas do que as de consumo.

Por fim, trabalhando no contexto constitucional, mister igualmente refletir sobre a existência de consumidores “especiais”, mais vulneráveis que os outros consumidores “comuns” ou *standard* e a própria possibilidade de discriminação entre consumidores. Observa-se que a origem do CDC são os princípios da dignidade da pessoa humana (Art. 1.º III

da CF/88).¹⁹⁰ da igualdade (art. 5.º I e XXXII, da CF) e a liberdade (art. 170, V, da CF/88), mas mesmo neste esforço de reigualdade menciona o CDC expressamente a “idade, saúde, conhecimento ou condição social” do consumidor (art. 39, IV, do CDC) e, especificamente, as crianças (art. 37, § 2.º, do CDC) como consumidores especialmente vulneráveis. Se a vulnerabilidade especial das crianças ficou comprovada no caso da publicidade de chocolate em 1992, mais difícil é a possibilidade de distinguir os consumidores por sua debilidade no que se refere à saúde (consumidores doentes ou infectados com o vírus HIV, por exemplo)¹⁹¹ e à idade (consumidores idosos). Ao comentar a obra de Antônio Joaquim Fernandes Neto sobre *Informações sobre planos de saúde*, seguindo os ensinamentos da escola da UFMG, denominei esta vulnerabilidade de “especial”. Efetivamente, parece-me que, nestes contratos cativos de

¹⁹⁰ Neste sentido a lição do mestre da USP, Antonio Junqueira de Azevedo: “É o direito civil que, atualmente, por ter como objeto a vida e, em especial, a vida e a dignidade da pessoa humana, dá sentido e conteúdo ao sistema”, em Azevedo/Direito pós-moderno, p. 127.

¹⁹¹ A jurisprudência reconhece a necessidade de um cuidado especial. Veja quanto ao dever de informar e cooperar com os infectados, o *leading case* do STJ, Recurso Especial 86.095-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.04.1996, publicado no DJ de 27.05.1996, p. 17877: “Seguro-Saúde – AIDS – Epidemia. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado” (na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor* 20, p. 149-152. Veja *leading case* do TJSP, no AI 279.785/6, Des. Álvaro Lazzarini, j. 13.02.1996: “Não pode o plano de saúde escusar-se da obrigação de prestar ao segurado, portador do vírus HIV, o tratamento médico-hospitalar necessário, pois a cobertura deve ser generalizada a todas as patologias, independentemente do contrato firmado pelas partes”. Quanto ao dever de cuidado com co-contratante especial, veja o grande número de decisões, no país inteiro, que concederam liminares ou decisões positivas para os consumidores em Agravo de Instrumento, sempre que o fornecedor negava autorização de internamento, de tratamento ou de exame, por unilateralmente considerar “preexistente” a doença: TAPR; veja AI 85.205-9, J. Waldemir Luiz da Rocha, j. 18.12.1995; AP. C. 70.131-1, J. Renato Strapasson, j. 08.05.1995; Ap. C. 94.531-3, J. Antônio Martelozzo, j. 27.11.1996; Ap. C. 89.838-4, J. Lauro Laertes de Oliveira, j. 30.04.1996; Ap. C. 94.274-3, J. Sérgio Rodrigues, j. 28.08.1996; Ap. C. 96.403-2, J. Renato Strapasson, j. 04.03.1997 e Ap. C. 108.805-9, J. Ruy Cunha Sobrinho, j. 24.09.1997. Veja detalhes em nossa obra coletiva *Saúde e responsabilidade – Seguros e planos de saúde de assistência privada à saúde*, p. 1 e ss.

longa duração com pessoas naturalmente mais afetadas com problemas de saúde, é identificável uma vulnerabilidade especial do consumidor "fraco", que a lei reconhece, em ação afirmativa, regulando com normas especiais as práticas comerciais e contratuais das relações que envolvem o consumidor criança-dependente, o consumidor trabalhador despedido, o consumidor aposentado, o consumidor enfermo e o consumidor idoso.

No caso dos contratos envolvendo saúde, poderíamos identificar: a) uma vulnerabilidade especial do consumidor dos contratos de planos de saúde, se consumidor criança-dependente, o consumidor trabalhador despedido, o consumidor aposentado, o consumidor enfermo e o consumidor idoso, como também afirma Fernandes Neto; b) uma vulnerabilidade especial criada pela catividade, pela longa duração e pela necessária divisão de prestações de saúde na cadeia de fornecimento organizada neste tipo contratual, a determinar a abusividade de cláusulas de fim de vínculo, de aumentos arbitrários face a faixa etária, e a impor a solidariedade da cadeia de fornecimento frente aos consumidores destes serviços (art. 14, *caput*, e art. 20 do CDC), assim como perante as falhas informacionais e de transparência na fase pré-contratual e contratual, deste tipo de contratos cativos de longa duração. Se, como ensina Berthiau, as normas de proteção dos consumidores são reações "discriminatórias" ou discriminações positivas do Direito para alcançar a igualdade contratual e a reigualdade material das partes contratantes, a pergunta que domina esta análise de uma "vulnerabilidade especial" dos doentes ou idosos é se o Direito deve ter ainda uma atitude mais "protetiva", mais sensível contra discriminações negativas dos fornecedores em relação a estes sujeitos, mais impositiva de deveres de cuidado, de cooperação e de informação, impondo uma boa-fé qualificada diante destes consumidores "especiais", uma reação legislativa ainda mais "discriminatória positivamente" em relação a estes.

Aqui gostaria de concentrar-me nos idosos, grupo da população com mais de 60 anos, como consumidores especialmente vulneráveis e analisar apenas a última hipótese, de uma reação tuteladora especial do legislador para uma efetiva proteção destes consumidores especiais.

A primeira pergunta é se estas distinções entre os consumidores seriam ou não "constitucionais". Parece-me que, apesar das diferenças de aproximação entre o direito constitucional brasileiro e norte-americano, podemos incluir a criação de um arcabouço de direito do consumidor no Brasil como medida corretiva de desequilíbrios antes existen-

tes. Há, porém, uma medida corretiva de desequilíbrio que é ainda mais forte e usada geralmente para os casos de discriminação de grupos nos Estados Unidos e que se denomina geralmente de "ação afirmativa" ou discriminação positiva legal.¹⁹² As "ações afirmativas" do direito constitucional norte-americano, as quais, em verdade, são um tratamento preferencial para pessoas de determinados grupos ou minorias,¹⁹³ nasceram da discriminação que ocorria na prática da sociedade norte-americana, por questões de raça, gênero ou etnia e que impediam a igualdade real destes indivíduos, a exigir uma ação positiva mais forte do Estado, a exigir uma discriminação positiva, para que o equilíbrio de chances realmente ocorresse.¹⁹⁴

Ninguém discute hoje mais porque o consumidor foi o único agente econômico a merecer inclusão no rol dos direitos fundamentais do art. 5.º da Constituição Federal, foi escolhido porque seu papel na sociedade é intrinsecamente vulnerável perante o seu parceiro contratual, o fornecedor. Trata-se de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco.¹⁹⁵ Criar uma lei especial e assegurar direitos subjetivos para este sujeito vulnerável são instrumentos de Igualdade,¹⁹⁶ de ação positiva do Estado-legislador,¹⁹⁷ a guiar a ação do Estado-

¹⁹² Assim, por exemplo, a Lei do Estado de SP, Lei-SP 10.779/01, que obriga os *shopping centers* e estabelecimentos similares a fornecer cadeiras de rodas para os visitantes portadores de deficiência e para os idosos que dela necessitar, que entrou em vigor no dia 10 de março de 2001.

¹⁹³ Harris, Louis, *The future of Affirmative Action*, in *The Affirmative Action Debate*, George E. Curry (Ed.), Perseus Books, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 327.

¹⁹⁴ Assim define Berry, Mary Frances, *Affirmative Action: Why we need it, why it is under attack*, in *The Affirmative Action Debate*, George E. Curry (Ed.), Perseus Books, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 299.

¹⁹⁵ Veja Alexy, p. 357 e ss., sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual dos desiguais, p. 371 e ss.

¹⁹⁶ Veja Alexy, p. 410 e ss., sobre o direito a uma ação positiva (e protetiva) do Estado.

¹⁹⁷ Veja-se, por exemplo, o Dec. 3.952, de 04.10.2001, trata da competência, da composição e do funcionamento do novo Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD, a que se refere o inciso X do art. 16 da Lei 9.649, de

executivo¹⁹⁸ e do Estado-juiz.¹⁹⁹ Acontece que o art. 230 da Constituição Federal Brasileira identifica também a necessidade de “amparar as pessoas idosas”... “defendendo sua dignidade e bem-estar”. A dúvida é, pois, se as ações até agora executadas pelo Estado através do Direito do Consumidor são suficientes para garantir a proteção do consumidor de

27.05.1998, mais voltado para a discriminação racial, mas que também pode analisar casos de discriminação perante os idosos. O órgão funcionário no Ministério da Justiça do Brasil, secretaria de Direitos Humanos.

⁽¹⁹⁸⁾ Assim, no Proc. 2000.61.00.039399-0, 7.ª Vara Federal de SP, foi concedida tutela antecipada para o MPF, contra o Banco Central do Brasil e mais dois bancos, que confirmaram por escrito discriminar pessoas com mais de 60 anos na concessão de crédito, exigindo um fiador não-idoso para aceitá-los como consumidores: “adotamos a figura do coobrigado nas operações de arrendamento mercantil celebradas com clientes de idade superior a 60 anos” (Ofício de um dos bancos ao MPF). O pedido foi o seguinte: “que seja o Bacen condenado a obrigação de fazer, dando cumprimento à sua função institucional de agente fiscalizador incumbido de zelar pelo respeito das normas que informam o funcionamento do sistema financeiro, proceder à edição de normas fiscalização e ao monitoramento das atividades dos réus e de todos os agentes financeiros em todo o território nacional, bem como à eventual imposição de penas administrativas para coibir práticas de discriminação por idade, proibindo-se, então, por parte dos bancos exigências adicionais aos usuários dos serviços bancários (inclusos financiamentos) em virtude de sua faixa etária”.

⁽¹⁹⁹⁾ Assim ensina a jurisprudência no referido caso MPF/Bacen: “A evolução da sociedade implica, também, em respeitar-se os interesses das pessoas independentemente de sua idade. O rol dos destinatários do *caput* do art. 5.º da Constituição da República é amplo e garante ‘os brasileiros e estrangeiros residentes no país’ (p. 10 do original) ... A prova carreada aos autos compõe a verossimilhança das alegações: Em nenhum momento os réus, efetivamente negaram que praticaram atos que acarretam a inviabilização de pedidos de financiamento a pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos” (p. 17) ... Assim, há, evidentemente, afronta ao princípio da isonomia. Isto porque o fato de a pessoa ter mais de 60 (sessenta) anos não significa que será inadimplente em determinado financiamento. E tampouco significa ausência de condições econômicas. Há um constrangimento criado pelos réus, omissiva e comissivamente, desprovido de fundamentação. Cumpre deixar claro que este juízo não entende que não sejam necessárias precauções, por parte das instituições financeiras responsáveis por financiamentos. Contudo, as precauções devem ser iguais para todos, respeitando-se o princípio da isonomia (p. 18 do original)” (Proc. 2000.61.00.039399-0, 7.ª Vara Federal de SP, j. 12.06.2001 - Vanessa Vieira de Mello, Juíza Federal Substituta).

mais idade ou se uma ação afirmativa, no sentido constitucional norte-americano, seria necessária na sociedade brasileira.

A hipótese estudada²⁰⁰ foi, pois, a da existência ou não de uma discriminação a consumidores idosos em alguns tipos de contratos caixos e de longa duração, em especial os relacionados com a saúde e morte destes consumidores. Mister realizar uma pesquisa na jurisprudência brasileira²⁰¹ para comprovar se a igualdade teórica de direitos e de chances entre consumidores jovens e consumidores idosos²⁰² estaria realmente sendo alcançada na contratação e execução destes contratos. Em caso negativo, a origem desta discriminação “negativa” no mercado de consumo não seria a origem ou a raça do consumidor, mas sim sua idade.²⁰³ O grupo “discriminado” seria o grupo das pessoas maiores de 60 anos, definidos pela Lei 8.842, de 04.01.1994, como “idosos”.²⁰⁴

⁽²⁰⁰⁾ Veja meu artigo *Solidariedade na doença e na morte*, p. 3 e ss.

⁽²⁰¹⁾ Somente no TJRS foram levantados 74 casos envolvendo a expressão idoso, fora os casos de previdência privada e pública. A maioria dos casos é de direito penal (atropelamentos, mortes etc.), acidentes de trânsito (veja como exemplo: ApCrim. 70001775303, j. 05.04.2001, Rel. Des. Elba Aparecida Bastos: “Delito de trânsito... Vítima em faixa de pedestres... condutor age com manifesta imprudência... a demora do passo, por ser idoso (90 anos), está dentro da previsibilidade do condutor, em via urbana”), sobre isenção no transporte coletivo e discriminações no setor público (veja como exemplo: “Concurso público – Discriminação dos idosos – Violação do art. 7.º, XXX, da Constituição – Segurança concedida” MSE 593127160, Segundo Grupo, TJRS, Rel. Des. José Maria Rosa Tesheiner, julgado em 11.03.1994).

⁽²⁰²⁾ Como ensina a gerontóloga gaúcha Nara Costa Rodrigues, o ideal é que a aplicação do direito e a realização da Política Nacional do Idoso seja de tal forma eficiente na prática “que o velho brasileiro sinta-se um cidadão igual aos demais, cumprindo os deveres e gozando seus direitos, sem discriminações nem preconceitos” (Nara Costa Rodrigues, *Política social para a velhice – Instrumento social de integração ou marginalização social?*, em Schons, Carme Regina e Palma, Lúcia T.S., Conversando com Nara Costa Rodrigues sobre gerontologia social, Ed. UPF, Passo Fundo, 2000, p. 70).

⁽²⁰³⁾ Veja sobre as perguntas que mais atingem pessoas idosas, veja Andréia Mendes Gonçalves, Orientação jurídica para os mais velhos, em *Terceira idade – Alternativas para uma sociedade em transição*, Renato Veras (Org.), Ed. UNATI/Relume/Dumará, 1999, p. 217-227.

⁽²⁰⁴⁾ Como ensina Suely Rosenfeld, hoje podemos falar de um grupo social distinto denominado “idosos”, Suely Rosenfeld, Os idosos e os medicamentos na sociedade, *Terceira idade: Desafios para o terceiro milênio*, Renato P. Veras

Neste caso, uma ação positiva do Estado-legislador, do Estado-juiz e do Estado-executivo seria, assim, necessária para reequilibrar estas relações entre consumidores-idosos e fornecedores nestes contratos em especial.²⁰⁵ Não bastariam as regras gerais de direito do consumidor já existentes no Brasil, necessitaríamos regras especiais para este grupo de forma a diminuir e evitar esta discriminação.

Como ensina a antropóloga Guita Grin Debert, a "velhice" não é uma categoria natural, é uma categoria socialmente construída, assim como a "terceira idade".²⁰⁶ Preferiremos neste artigo utilizar o termo

(Org.), Ed. UNATI/UERJ, Rio de Janeiro, 1997, p. 171: "A importância das pessoas idosas vem sendo crescentemente explicitada em todos os setores da vida social. Suas características distintivas vão se tornando conhecidas pelo conjunto da sociedade, através dos meios de comunicação de massa; que têm dado destaque aos diferentes aspectos da etapa denominada Terceira Idade.

⁽²⁰⁵⁾ Observe-se a vasta jurisprudência do TJRS sobre inconstitucionalidade (por vício formal) de leis municipais, que estabeleciam ações afirmativas em benefício dos idosos consumidores de serviços: "1. ... Lei municipal 2...3: Estabelecimento bancário. Atendimento especial para pessoas idosas, deficientes e mulheres grávidas. A lei inquinada disciplina atendimento bancário especial para idosos, deficientes e mulheres grávidas. Ocorrência de inconstitucionalidade, vez que, a matéria e de exclusiva competência da união... (ADI 591092986, Tribunal pleno, TJRS, Rel. Des. Adalberto Libório Barros, 10.08.1992); "ADIN - Padece de vício de iniciativa lei municipal que trata de prestação de serviço de transporte coletivo, ao determinar a instalação em ônibus de bancos com cor diferenciada, destinados a idosos, deficientes físicos e gestantes, pois de autoria de vereador o respectivo projeto-de-lei: Violação aos arts-82, inc. VII, 8 e 10 da Carta Magna Estadual. Ação julgada procedente. (ADIn 599085230, Tribunal pleno, TJRS, Rel. Des. Sérgio Pilla de Silva, 21.06.1999); "Administrativo - Gratuidade do transporte coletivo urbano para idosos e deficientes físicos - Restabelecimento - Possibilidade - Inocorrência de quebra da equação econômica inicial - Tarifa fixada na implantação do transporte gratuito - Custas devidas. 1. A gratuidade do transporte urbano coletivo para maiores de sessenta e cinco (65) anos e garantia constitucional contemplada pelo par-2 do art-230 da Constituição Federal, de 05.10.1988, constituindo norma auto-aplicável, não necessitando, por isso, de lei local para implantá-la e regulá-la." (APC 599243342, 1.ª Cível, TJRS, Rel. Des. Celestino Vicente Rovani, 16.06.1999).

⁽²⁰⁶⁾ Guita Grin Debert, Pressupostos da reflexão antropológica sobre a velhice. *Textos didáticos-Antropologia e Velhice*, Debert, Guita Grin (org.), IFCH/UNICAMP, n. 13, janeiro 1998, p. 8 e 9. A autora esclarece, p. 21: "A

idoso, por sua origem constitucional, mesmo considerando que este muitas vezes não representa todos os níveis hoje existentes da "maturidade" como pessoa e consumidor.²⁰⁷ Efetivamente, a Lei 8.842, de 04.01.1994, concretizando o art. 230 da Constituição, define quem é idoso (art. 2.º) e estabelece como princípio da política nacional do idoso no Brasil o dever do Estado de "assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania..., defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida." (art. 3.º, I), assim como proíbe "discriminação de qualquer natureza" em virtude da idade alcançada (art. 3.º, III). O idoso é um consumidor disputado,²⁰⁸ especialmente no interior do país, mas pode estar sofrendo com práticas e cláusulas discriminatórias²⁰⁹ sem que a devida atenção seja dada pelos juristas.

transformação da velhice em problema social não é o resultado mecânico do crescimento do número de pessoas idosas, como tende a sugerir a noção de 'envelhecimento demográfico' usada pelos demógrafos..." E conclui, a p. 23: "Na transformação do envelhecimento em problema social estão envolvidas novas definições da velhice e do envelhecimento, que ganham dimensão na expressão Terceira Idade... como uma nova imagem do envelhecimento é constituída e a partir de um trabalho de categorização e criação de um novo vocabulário".

⁽²⁰⁷⁾ Na belíssima expressão da mestra da Gerontologia alemã, Ursula Lehr, *A revolução da longevidade: impacto na sociedade, na família e no indivíduo*, Estudos interdisciplinares sobre envelhecimento, UFRGS, Porto Alegre, v. 1, p. 8: "Jamais em todos os tempos tantos indivíduos puderam atingir uma idade tão avançada. A expectativa de vida aumentou... Deve-se isto à melhoria das condições sócio econômicas de vida e ao progresso da medicina moderna, - e é também influenciada pelo estilo de vida. Contudo, não é somente importante acrescentar anos à vida, mas também acrescentar vida aos anos... A transformação demográfica é um desafio para cada um de nós, para a sociedade, a economia, a política e as ciências..."

⁽²⁰⁸⁾ Assim ensina a antropóloga Alda Brito da Motta, A construção do poder dos idosos na sociedade brasileira do século XXI, trabalho apresentado no I Congresso Brasileiro de Gerontologia Social, Porto Alegre, 7 de outubro de 1998, p. 6 do original (ainda inédito): "A participação do idoso no mercado não se dá apenas pela produção, evidentemente, mas também pelo consumo. E neste ponto, com suas aposentadorias e pensões, eles estão cada vez mais participantes, cortejados e instados a ser usuários de produtos, serviços e equipamentos 'bons para a terceira idade'..."

⁽²⁰⁹⁾ Como alerta Olga Collinet Heredia, Características demográficas da terceira idade na América Latina e no Brasil. *Revista Estudos Interdisciplinares sobre envelhecimento*, UFRGS/Porto Alegre, v. 2, 1999, p. 15, em 2000, o grupo dos

Repita-se que um traço novo do direito contratual pós-moderno é a concentração no sujeito.²¹⁰ Aqui o sujeito é um consumidor, presumidamente vulnerável pelo art. 4.º, I, do CDC. Tratando-se do consumidor "idoso" (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo diante de um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, perante à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de "planos" de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.

A vulnerabilidade econômica, destes aposentados e pessoas com mais de 60 anos, é clara, ainda mais diante de fornecedores organizados em cadeia, mesmo que de pequenas cidades do interior, como caso dos Diretores Funerários, que organizam planos de assistência funerária. Ao comentar a obra de Antônio Joaquim Fernandes Neto sobre *Informações sobre planos de saúde*²¹¹ denominei esta vulnerabilidade de "especial". Efetivamente, parece-me que, nestes contratos cativos de longa duração com pessoas naturalmente mais afetadas com problemas de saúde, como os idosos, é identificável uma vulnerabilidade especial do consumidor "fraco", que a lei reconhece, em ação afirmativa, regulando com normas especiais as práticas comerciais e contratuais das relações que envolvem o consumidor criança-dependente, o consumidor trabalhador despedido, o consumidor aposentado, o consumidor enfermo e o consumidor idoso.

Para se ter uma idéia da importância do grupo dos idosos, através de dados do IBGE interpretados pelos gerontólogos, basta destacar que, em 2000, o grupo dos idosos (maiores de 60 anos) já era de mais de 13

idosos (maiores de 60 anos) já era de mais de 13 milhões no Brasil, sendo que em sua maioria mulheres (p. 16), representando quase 8% da população total (p. 19), com grandes diferenças entre o interior e a cidade (p. 80), e com uma expectativa de vida geral de 69 anos (p. 18). Para se ter uma idéia da evolução, em 1960, o grupo era de 3 milhões (p. 15), com exatos 50% mulheres (p. 16), representando apenas 4,7% da população (p. 19) e a expectativa brasileira de vida não atingia 52 anos (p. 18), logo, inferior à própria definição legal do novo grupo social, o idoso.

²¹⁰ Veja o texto sobre a crise da pós-modernidade em nosso livro, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3 ed., RT, 1999, p. 89 a 101.

²¹¹ Veja Cap. IV desta obra, publicada pela Del Rey em 2002.

milhões no Brasil,²¹² sendo que em sua maioria mulheres,²¹³ representando quase 8% da população total,²¹⁴ com grandes diferenças entre a situação no interior e nas grandes cidade,²¹⁵ e com uma expectativa de vida geral de 69 anos.²¹⁶ Para se ter uma idéia da evolução, em 1960, o grupo era de 3 milhões,²¹⁷ com exatos 50% mulheres,²¹⁸ representando apenas 4,7% da população²¹⁹ e a expectativa brasileira de vida não atingia 52 anos,²²⁰ logo, inferior à própria definição legal do novo grupo social identificado, os idosos.

Certo é que a vulnerabilidade especial dos idosos está ligada a sua "idade" e "condição social", como especifica o CDC, que torna alguns serviços (serviços de saúde) ou produtos (remédios) essenciais à manutenção da vida. Saúde e idade se unem e conflitam, tornando a contratação uma procura de dignidade, inclusão social e igualdade.

Vejamos, nada representa mais a dignidade do ser humano que sua vida respeitada e a morte tranqüila. Viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e relevância para as pessoas de mais idade de poderem acessar um plano de saúde privada ou receberem um digno tratamento da saúde pública. Para prevenir os eventos de saúde e transferir estes riscos para os fornecedores, organizou-se um sistema de assistência privada à saúde visando lucro, mas oferecendo qualidade e liberdade de escolha para aqueles consumidores que possam pagar este serviço privado, tão relevante em nossos dias. Como ensinam os professores do Direito da Saúde: "Um dos aspectos mais relevantes da vida do idoso é a atenção à sua saúde e o que ela pode representar, tanto em termos de expansão dos anos vividos como em qualidade de vida".²²¹ As

²¹² Heredia, p. 15.

²¹³ Heredia, p. 16.

²¹⁴ Heredia, p. 19.

²¹⁵ Heredia, p. 80.

²¹⁶ Heredia, p. 18.

²¹⁷ Heredia, p. 15.

²¹⁸ Heredia, p. 16.

²¹⁹ Heredia, p. 19.

²²⁰ Heredia, p. 18.

²²¹ Assim Suely Rosenfeld, Os idosos e os medicamentos na sociedade, *Terceira Idade: Desafios para o terceiro milênio*, Renato P. Veras (Org.), Ed. UNATI/ UERJ, Rio de Janeiro, 1997, p. 171.

ações positivas do Estado para manutenção da saúde do idoso não são muitas²²² e a tendência de recorrer ao setor privado é forte.

Apesar de não mencionar expressamente, o art. 37 do CDC preocupa-se com o idoso exposto a uma publicidade, como prática comercial (art. 29 do CDC).²²³ A publicidade discriminatória contra idosos é proibida, assim como aquela que "seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança" (art. 37, § 2.º do CDC). Como consumidor equiparado o idoso pode ser induzido em erro (§ 1.º do art. 37), como demonstra caso judicial envolvendo denominação de clínica geriátrica que incluiu em seu nome, nome de hospital famoso no local de comercialização de seus serviços.²²⁴

²²² Veja neste sentido a jurisprudência do TJRS declarando a inconstitucionalidade (por vício formal) de leis municipais com esta finalidade "afirmativa" em saúde pública: "ADIn - Idosos - Atendimento prioritário em postos de saúde do SUS - Competência reservada a União e aos Estados. Ostenta-se inconstitucional; por reservada a competência a União e aos Estados (art. 24, XII, da CF, aplicável por força do art. 8.º, caput, da CE, e art. 52, XIV, da CE); lei municipal que estabeleça atendimento prioritário a idosos em postos de saúde sob a responsabilidade do Sistema Único de Saúde. Ação julgada procedente" (ADI 597218486, Tribunal pleno, TJRS, Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, julgado em 03/05/1999). "ADIn - Competência do Tribunal de Justiça... Exame de alegação de vício de inconstitucionalidade de lei municipal, por incompatível com princípio acolhido por aquela - Autorização para criação de programa de atendimento domiciliar a idosos e deficientes físicos. Exibe-se inconstitucional, por vício de iniciativa, lei que "autoriza" o executivo municipal a "criar programa de atendimento domiciliar" para pessoas idosas e deficientes físicos, por, em verdade, impor atribuição aquela, com aumento de despesa, ao dispor sobre organização e funcionamento da administração (arts. 8.º, 10, 60, II, d, 61, I, e 82, VII, da CE). Ação julgada procedente" (ADI 597160563, Tribunal Pleno, TJRS, Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, 15.03.1999).

²²³ Sobre a publicidade como informação e parte integrante dos contratos, veja nosso artigo Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor, na *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 10 (1994), p. 6-20.

²²⁴ Assim ementa: "Propriedade industrial - Marca nominativa - Nome de hospital - Uso da mesma expressão em nome comercial de sociedade geriátrica; antecipação de tutela no sentido da abstenção - Agravo desprovido. A geriatria é um ramo da medicina que se ocupa com as doenças dos idosos. Assim quando uma sociedade comercial, em seu nome, usa o vocábulo "ge-

Em outras palavras, as exigências de boa-fé em relação ao consumidor idoso são mais altas, há que se reconhecer sua vulnerabilidade em matéria de saúde (por exemplo, limitando a publicidade de remédios e dos profissionais da medicina), há que reconhecer que é mais suscetível às práticas emocionais e agressivas de venda, muitas proibidas pelo art. 19 do CDC.

O Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou definitivamente sobre o problema do idoso como consumidor em geral, mas interessante decisão citando o art. 81 do CDC pode ser encontrada. Neste caso, o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior bem frisou que a oferta pública beneficiando consumidores aposentados deveria ser cumprida, conforme o especificado pelo CDC, inclusive com intervenção do Ministério Público para proteger estes interesses individuais homogêneos dos idosos. A ementa é a seguinte:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INGRESSO GRATUITO DE APOSENTADOS EM ESTÁDIO DE FUTEBOL. LAZER. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública. Recurso conhecido e provido" (Resp. 242643/SC, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.10.2000, 4.ª T.).

A interpretação interessante desta decisão é a que destaca a figura do idoso ou do aposentado como categoria protegível e como consumidor, mesmo em ofertas teoricamente gratuitas (atividade desportiva), isto é, em atividades de consumo remuneradas indiretamente e de lazer, como prêmios, jogos, ofertas especiais de catividade ou fidelização dos consumidores. Parece-me, pois, que podemos considerar que a jurisprudência brasileira está sensível ao fato do idoso ser um consumidor especial.

Por fim, mencione-se que a consciência da origem do sujeito de direitos consumidor como sujeito identificado (e protegido) por manda-

nário", sucedido de uma expressão idêntica ao nome de um hospital, em princípio induz, perante o público, que a sociedade comercial é uma entidade ligada ao hospital, porquanto se ocupa com atividade afim. Agravo desprovido" (AGI 598023299, Quinta Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Irineu Mariani, 26.03.1998).

mento constitucional deve servir para a interpretação de todo o sistema de normas criado pelo CDC e outras normas protetivas (ou não) aplicáveis às relações de consumo. Como afirma Erik Jayme, a origem constitucional serve ao "diálogo das fontes", assegurando efeito útil e eficácia prática aos valores constitucionalmente protegidos e às normas daí oriundas.²²⁵ Também a interpretação das normas deve ser "conforme à Constituição". Neste sentido, ensina a conclusão número 1 do painel referente ao Direito Básico à Informação, no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 02.05.2000, aprovada por unanimidade, o seguinte: "O direito à informação, conferido ao consumidor, é espécie do gênero *Direitos Fundamentais*, como especificação da tutela constitucional do consumidor, tendo sido expressa e conjuntamente prevista nos incisos XIV, XXXII e XXXIII do art. 5.º da CF/88. Essas normas são de aplicabilidade imediata, como direitos de prestação e proteção, dirigidos ao legislador, ao Judiciário (neste caso, como critérios nucleares de interpretação), à Administração Pública e aos Particulares conformadores das normas infraconstitucionais, inclusive do CDC". Esta eficácia prática do sistema de valores constitucionais é, pois, o nosso desafio diário.

1.2 O conceito de fornecedor

a) O fornecedor *stricto sensu* — Quanto ao outro pólo da relação contratual de consumo, o Código define fornecedor de bens ou serviços, em seu art. 3.º, como "*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*". Sendo que como serviço, o § 2.º do art. 3.º entende também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista.

A definição é novamente ampla. Quanto ao fornecimento de produtos o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir a

aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais. A exclusão parece-me correta, pois o Código ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores.

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3.º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2.º do art. 3.º define serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...", não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa "prover, abastecer, garantir, dar, ministrar, facilitar, proporcionar",²²⁶ uma atividade, portanto, independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos.²²⁷ A expressão "atividades" no *caput* do art. 3.º parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o co-contratante um consumidor.

Dois temas, neste art. 3.º, envolveram certa polêmica e repercussão na opinião pública e devem chamar nossa atenção: a caracterização dos bancos e demais fornecedores de serviços "bancários, de crédito, financeiros e securitários", menção final do art. 3.º, § 2.º, e objeto da ADIN 2.591; e a exigência do art. 3.º, § 2.º, *ab initio* de "remuneração" do serviço, se atingiria ou não os serviços gratuitos hoje oferecidos no mercado de consumo. Sobre o primeiro tema, trataremos em detalhes na letra "e" do próximo número, quando trataremos da caracterização dos serviços bancários e financeiros como "de consumo", sendo assim, cabe agora refletir sobre o igualmente interessante segundo tema da remuneração direta e indireta dos serviços (e produtos) no mercado de consumo.

Como antes afirmamos, no art. 3.º § 2.º: "*A remuneração do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta*". Nesta quarta edição, parece-me interessante refletirmos um pouco mais sobre esta característica da remuneração direta e indireta dos serviços de consumo. Quanto a este aspecto, vale destacar mais uma vez

²²⁵ Jayme, *Cours*, p. 259.

²²⁶ Assim ensina Cavalli, p. 185 do original.

²²⁷ A observação é de Alcides Tomasetti Jr., citada por Cavalli, p. 185 do original.

que o CDC não utiliza-se da distinção clássica de contratos onerosos de prestação de serviços e de contratos "gratuitos". O que pode inexistir no sistema do CDC é a "obrigação de pagamento" (veja expressão literal do art. 39, III e parágrafo único, no CDC). Pagamento é apenas uma das formas (diretas) de remuneração.

Frise-se assim que a expressão utilizada pelo art. 3.º, do CDC para incluir todos os serviços de consumo é "mediante remuneração". O que significaria esta troca entre a tradicional classificação dos negócios como "onerosos" e gratuitos, por remunerados e não-remunerados. Parece-me que a opção pela expressão "remunerado" significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o "benefício gratuito" que está recebendo. A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo. Aqueles contratos considerados "unilaterais", como o mútuo, sem problemas, assim como na poupança popular.

Como a oferta e o *marketing* de atividades de consumo "gratuitas" estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro (transporte de passageiros idosos gratuito, viagens-prêmio, coquetéis gratuitos, lavagem de carro de brinde etc), importante frisar aqui que o art. 3.º, § 2.º, do CDC refere-se à remuneração dos serviços e não a sua gratuidade. "Remuneração" (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. "Gratuidade" significa que o consumidor não "paga", logo não sofre um *minus* em seu patrimônio. "Oneroso" é o serviço que onera o patrimônio do consumidor. O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser "remunerado", não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte, art. 230, § 2.º, da CF/88)²²⁸ tenha remunerado diretamente, isto é, que para ele seja

²²⁸ Assim ensina o TJRS, na Ap.C. 599243342, 16.06.1999, Rel. Des. Celestino Vicente Rovani: "Gratuidade do transporte urbano para idosos e deficientes físicos... 1. A gratuidade do transporte urbano coletivo para maiores de sessenta e cinco (65) anos é garantia constitucional, contemplada pelo § 2.º do art. 230 da Constituição Federal, de 05.10.1988, constituindo norma auto-aplicável, não necessitando, por isso, de lei local para implantá-la e regulá-la".

"oneroso" o serviço, também não importa se o serviço (o transporte) é gratuito para o consumidor, pois nunca será "desinteressado" ou de "mera cortesia", se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por este serviço.²²⁹

Note-se que mesmo serviços gratuitos ligados ao *marketing* são regulados pelo CDC (a exemplo do art. 39 que regula as amostras grátis, o art. 37, a publicidade), assim como os serviços ligados à manutenção das concessões (como é o caso dos transportes gratuitos) e ao próprio comércio (como é o caso dos bancos de dados, regulado pelo art. 43 e ss. do CDC). Como afirmamos anteriormente,²³⁰ estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu *marketing* e de seu preço total; pois são remunerados indiretamente na manutenção do negócio principal e das concessões da linha, na fidelidade dos consumidores daí oriunda (exemplo: cartões de milhas etc.), nos efeitos positivos do *marketing* usado, enfim, no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor.

Na prática, só existem três possibilidades: a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no

²²⁹ Neste exato sentido decidiu o STJ, recentemente, em decisão que merece destaque, apesar de tratar-se de relação trabalhista: "Responsabilidade civil - Transporte - Contrato com a empregadora da vítima - Honorários advocatícios. O transportador que celebra contrato com empresa para o transporte de seus empregados não fornece ao passageiro um transporte gratuito e tem a obrigação de levar a viagem a bom termo, obrigação que assume com a pessoa que transporta, pouco importando quem forneceu o numerário para o pagamento da passagem". REsp 238676/RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 08.02.2000.

²³⁰ O movimento da análise econômica nos Estados Unidos alerta-nos para a falácia "econômica" dos chamados "serviços", "utilidades" ou promessas "gratuitas", que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestações futuras e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. Veja, citando Richard A. Posner, meu parecer, Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular, na RT-760, p. 127.

contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente) e nem o fornecedor remunerado de nenhuma maneira, pois se este fosse "remunerado" indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes. Conclui-se, pois, que no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exame do "enriquecimento" dos fornecedores pelos serviços ditos "gratuitos" pode comprovar.

A falácia da gratuidade, por exemplo, na poupança popular não resiste ao menor exame da estrutura contratual, pois mesmo se estes contratos de poupança fossem "gratuitos" não seriam nunca sem "remuneração" indireta. Isto é, "gratuito" aqui significa apenas dizer que não há (por enquanto) remuneração aparente e sim remuneração causal implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante, tanto que se não existisse, haveria enriquecimento ilícito dos bancos (*condictio indebiti*).

Analisando o caso dos contratos de poupança popular, observamos que nunca ninguém aduziu que, em matéria de administração e gestão do dinheiro alheio depositado nas contas de poupança popular, haveria enriquecimento sem causa ou ilícito dos bancos (*ungerechtfertigte Bereicherung*). Agora ninguém duvida que os bancos "recebem" remuneração por manterem contas de poupança, se não "enriquecessem" com estes serviços "gratuitos" não os fariam... Há enriquecimento sim, pois lucram com juros de mercado e pagam juros de poupança, mas há causa contratual, bilateral, sinalagmática, há contraprestação por serviços prestados, logo, é a relação sinalagmática, legal e causal, que torna este enriquecimento lícito.

Como diriam os autores alemães, se há *Bereicherung* (enriquecimento) de um, há *Leistungskondition* (condição de prestação, necessidade de prestar)²³¹ para este perante o outro. A questão principal é descobrir se a necessidade de prestar (*condictio*) tem origem contratual,²³² logo, neste caso, a relação contratual é a *causa* de não necessitar o banco

indenizar pelo enriquecimento que efetivamente atinge ao "operar" com a poupança alheia, ou se, por absurdo, a necessidade de prestar (*Leistungskondition*) teria origem extracontratual, logo, não haveria causa contratual, e conseqüentemente haveria necessitar indenizar por todo e qualquer enriquecimento sem causa dos bancos... No caso das contas poupança e do serviço (teoricamente, gratuito) prestado pelos bancos aos clientes salta aos olhos que há *condictio*, mas que esta é *contratual*, sendo assim, não há enriquecimento ilícito, nem sem causa dos bancos (pois o contrato sinalagmático é a sua causa), há apenas remuneração indireta através deste enriquecimento — repito — legal e contratual.

Comprovar esta afirmação é fácil, basta retirar a causa e repetir o mesmo "fato/jurídico" sem causa contratual. Imagine-se um indivíduo, que não fosse um banco, com o qual — por lei — não poderia haver contrato de poupança popular, e que, por 30 dias, administrasse a poupança alheia e que obtivesse com ela um lucro de 49 e pagasse ao proprietário apenas 2. Haveria enriquecimento ilícito, sem causa (*ungerechtfertigte Bereicherung*), haveria a necessidade de prestar (*condictio indebiti*), de devolver o que sem causa ganhou. A única hipótese de não ter de devolver o resto, é que este figurasse — contratualmente ou, no caso da gestão, *quasi*-contratualmente — como "remuneração" pela prestação de serviços de gestão, administração, assunção de riscos etc. Este teste da retirada da causa contratual, para fazer aparecer a "causa" da remuneração lícita e existente, mesmo que implícita, os alemães denominam de *condictio ob causam finitam*. Se a causa contratual desaparecesse ou, no caso, não existisse, o sistema jurídico haveria que, necessariamente, impor a volta ao *status quo ante*, impedir o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.²³³

Hoje, pois, juridicamente, a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. Também economicamente esta denominada "gratuidade" é ilusória. É justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia "econômica" dos chamados "serviços", "utilidades" ou promessas "gratuitas", o que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste

²³¹ Veja por todos Ulrich Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munique, 1989, p. 13 e ss.

²³² Assim ensina magistralmente Dieter Medicus, *Schuldrecht II*, Beck, Munique, 1987, p. 286.

²³³ Veja detalhes em meu parecer, Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular, na RT 760, p. 127.

preço pago por toda a coletividade e pelo benefício da manutenção da concessão pública daquele fornecedor de serviços de transportes coletivos. Tais atividades são de "consumo" e a relação que se estabelece com os idosos é regida pelo CDC e pelas regras especiais desta oferta gratuita. Interessante notar que os idosos maiores de 65 anos, por força do disposto no art. 230, § 2.º, da Constituição Federal, têm direito constitucional a este transporte "gratuito". Segundo estabeleceu a jurisprudência do TJRS tais idosos são consumidores destes serviços e podem ser protegidos através de ação civil pública do Ministério Público Estadual forte no art. 81, parágrafo único, do CDC.²³⁸ Da mesma forma o STJ considerou que atividades gratuitas dos idosos, asseguradas por lei, são de interesse público.²³⁹

A complexidade do mercado de consumo não advém apenas de seus métodos de *marketing* ou fidelização, mas também de seus métodos de "cooperação" empresarial para fornecer produtos e serviços de qualidade no mercado e de contratação, como vimos anteriormente. Misturando, pois, analisarmos estas novas cadeias de fornecimento e seus efeitos na definição de quem é fornecedor, segundo o CDC.

b) *A cadeia de fornecedores e a solidariedade* – Nesta quarta edição, cabe-nos refletir mais sobre as formas de produção e fornecimento em cadeia e como o CDC incluiu a todos estes fornecedores como responsáveis solidários, com exceção da responsabilidades imputadas individualmente nos arts. 12 e 13 do CDC.

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores.

²³⁸ Assim Ap. Civ. 597108596, Rel. Des. Irineu Mariani, 28.04.1999, com a seguinte ementa: "ACP – Transporte coletivo urbano gratuito aos maiores de 65 anos – Exigência de inserção na identidade civil da expressão maior de 65 anos – Pedido de exclusão e indenização por danos morais – Legitimidade. I. O Ministério Público possui legitimidade ativa *ad processum* para defender interesses individuais homogêneos" (Lei 7.347/85, art. 21; CDC, arts. 81 e parágrafo único, III, e 82, I)..."

²³⁹ Veja o acima citado REsp. 242643/SC, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., 19.10.2000.

consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência – no caso dos serviços, principalmente – que mantém relação contratual com todos ou que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de "fornecimento" e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

O art. 3.º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores a todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos (nominados expressamente "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos") e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de... prestação de serviços") não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor.

O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e iniciada na expressão genérica "fornecedor de serviços" do art. 14, *caput*, do CDC, como veremos mais em detalhes a seguir. De qualquer forma cabe aqui analisar os outros dois reflexos mais conhecidos deste fenômeno de pluralidade passiva na relação de consumo: o fenômeno da pós-personalização (ou catividade) e a conexidade dos contratos.

Quanto ao primeiro fenômeno, devemos mencionar que na sociedade de massa a "personalização" do fornecedor quase que desapareceu, para ser então substituída, na sociedade da informação ou pós-moderna, por uma "repersonalização" desmaterializada do fornecedor, através de símbolos (aquele que apõe a sua marca ou empresta seu nome ou deno-

