

judicial. Nesse caso, contudo, como é evidente, não estaria em risco a autoridade da coisa julgada material da primeira sentença, que sempre pressupõe mesmidade do objeto litigioso e das partes (art. 301, §§ 1º e 2º do CPC). Cuida-se de situação análoga a que resulta do exercício da ação de alimentos. Mesmo a introdução na Lei nº 5.478, de 25.07.1968, de uma norma como a do art. 15, a determinar que “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista

em face da modificação da situação financeira dos interessados”, não muda os termos do problema. Como bem se demonstrou em sede doutrinária, trata-se de manifesta impropriedade, pois seria impraticável a emissão de nova sentença relativamente à *mesma* situação contemplada na outra, como, por exemplo, se o condenado à prestação alimentar viesse a pleitear a declaração judicial de que, já ao tempo da primeira sentença, ele nada devia a esse título.<sup>11</sup>

## Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor – A Evolução das Obrigações Envolvendo Serviços Remunerados Direta ou Indiretamente

*Claudia Lima Marques*

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Diretora do BRASILCON-Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor 1998-2000.

### Introdução

**É** em sentido, afirmativo, que aceito o desafio proposto por ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN e ALBERTO AMARAL JÚNIOR que, ao organizarem o “XVII Curso Brasilcon de Direito do Consumidor: O Consumidor e o Mercado de Serviços”, pediram-me para elaborar uma “Teoria Geral dos Serviços” com base nas normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC). As importâncias do tema “serviços” no mercado atual dispensa comentários, mas é certo que o momento fragmentário atual não é o mais propício para elaborar teorias gerais.<sup>1</sup> Da mesma forma, analisar em um artigo

somente os serviços de consumo e o CDC, sem considerar o Projeto de Código Civil de 1975, que expressamente prevê uma categoria de contratos de prestação de serviços, restringe o alcance deste estudo e de qualquer esforço generalizante. Parece-me, porém, que evoluir para uma visão geral e atualizadora do aspecto talvez mais interessante e renovador do CDC, que é justamente a aproximação quase igualitária dos regimes das obrigações de dar e de fazer, seria uma contribuição “reconstrutora” válida.

Segundo PAULINE MARIE ROSENAU, com a atual crise das ciências sociais, dois tipos de reações estão acon-

1. Em 1997, Luciano Timm defendeu no Mestrado da UFRGS dissertação intitulada Teoria Geral da Prestação de Serviços, publicada pela LTr., TIMM, Luciano B., *Da Prestação de Serviços*, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998.

11. J. C. Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. In *Ajuris*, 28 (julho/1983):15-31, esp. pp. 29-30.

tecendo.<sup>2</sup> Há os que, tomados pelo ceticismo do momento, fotografam a crise e a destruição, prevêm o fim das certezas científicas, constataam o vácuo de valores, o egocentrismo, a exclusão, a complexidade e o consumismo exacerbado, que vagueia em nossa sociedade atual; desconstroem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas,<sup>3</sup> mas acabam paralisados, minoritários, a utilizar os mesmos instrumentos jurídicos dos séculos passados, agora subjetivados ao extremo.<sup>4</sup> Há os que, saudosos de algumas certezas da modernidade, procuram reconstruir as teorias em novas narrativas, frisam o diálogo de fontes, constataam a existência de novos paradigmas e verdades, verdades que mesmo mais tolerantes, fluídas, menos universais e agora microsistêmicas, povoam de sentido o ordenamento atual. Sua reação é afirmativa, afirmativa da necessidade de reconstrução da ciência, de evolução dos instrumentos colocados à disposição dos juristas e cientistas sociais, da necessidade da consciência da crise e da força para superá-la.<sup>5</sup> Aos primeiros, denominou pós-modernos cépticos, os segundos, pós-modernos afirmativos, e fotografou assim, com sua maneira simples, a crise atual de nossa

ciência;<sup>6</sup> concluindo que somente após retornar ao estudo do objeto (que poderia ser, em nosso caso, a Justiça ao consumidor de serviços no Brasil) é que a abalada ciência, o Direito, poderia, enfim, revitalizar-se.<sup>7</sup>

Hoje se pode imaginar que praticamente 70% das causas judiciais envolveriam serviços, dos de pequena monta, como marcenaria, serviços educacionais, de conserto e pintura, locações de vídeo, serviços de informação, de lazer, de embelezamento, de telecomunicações, consórcios, assinaturas de revistas, telefonia e de acesso à Internet, geralmente discutidos nos juzados especiais de pequenas causas, até aqueles serviços de valor maior, como empreitadas, seguros, transporte de passageiros, serviços turísticos, serviços médicos, advocatícios, de consultoria, de planos e seguros de saúde, de crédito, de *leasing* massificado, de financiamento e serviços bancários em geral. O que todos estes fazeres teriam em comum? O que os uniria em uma categoria contratual característica e um só regime jurídico? O que distinguiria os contratos de serviços submetidos ao CDC dos outros contratos de serviço do direito comum? Trata-se, sem dúvida, de um questionamento prático importante, que aceito realizar.

Assim, sem pretensões de criar uma teoria geral “pós-moderna” dos serviços, gostaria de analisar sistematicamente o conceito e os elementos estruturais internos (Parte I) e externos das relações jurídicas envolvendo serviços regidos pelo CDC (Parte II), tendo em conta sempre o regime jurídico imposto para o fornecimento de serviços em nosso mercado por esta lei. O objetivo da análise é fotografar o plano da existência do negócio jurídico, cuja prestação é um fazer, destacar os elementos identificados nestes contratos de serviço regidos pelo CDC, verificando assim quais os elementos estruturais são comuns ao sistema do Direito Civil como um todo e quais elementos especiais podem ser identificados nos serviços de consumo, isto é, em que o sistema do CDC para o fornecimento de serviços destoa ou avança do geral. Uma vez que examinar detalhadamente o regime dos serviços no CDC em sua relevância jurídica seria tema para um livro ou monografia, preferimos destacar durante toda a análise como estes serviços modificam, criam, extinguem direitos, isto é, examinar as modificações mais importantes operadas no plano da validade e nos requisitos de validade destas relações jurídicas envolvendo serviços, assim como destacar

as eventuais mudanças no plano da eficácia.

Esperando que esta análise generalizadora possa contribuir para o real entendimento (logo, aplicação prática) do microsistema do CDC, informo que tomarei como base da análise algumas obras clássicas sobre a teoria geral dos negócios jurídicos,<sup>8</sup> mas que me deixarei inspirar pelas renovadas aproximações analíticas de autores estrangeiros<sup>9</sup> sobre as relações jurídicas, especialmente as contratuais, no final do século XX.

Trata-se, pois, de uma análise da relação jurídica (obrigacional)<sup>10</sup> de serviços regulada pelo CDC e os elementos que a diferenciam. Nesse sentido, há que se começar definindo o que entenderemos por “serviços” e “fornecimento de serviços” neste estudo. Serviço *ex vi lege* é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 2º, § 2º CDC). Fornecimento de serviços ou contrato de serviços é o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevan-

2. Assim ROSENAU, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton Univ. Press, Princetion, 1992, pp. 53 e 57.
3. Veja nossa crítica a estes pós-modernos destruidores, *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, nº 6 (1999), pp. 237 e ss.
4. Na classificação de ROSENAU, “the skeptical’s post-modern individual”, p. 53.
5. Na classificação de ROSENAU, “affirmative pós-modernists”, p. 57.
6. “Post-modernists in almost every field of the social sciences have been experimenting with a subjectless approach in their inquiries...Post-modernists reduce social science knowledge to the status of stories... The post-modern revision from within aims openly to fragment these disciplines altogether...It is far from evident that replacing conventional social science methodology with post-modern methods of interpretation and deconstruction constitutes any improvement in the social sciences...Legal theory is an arena where post-modern views of epistemology and method have created one of the most serious intellectual crises, questioning the very legitimacy of judicial systems and the integrity of legal studies.” ROSENAU, pp. 50, 91 e 124.
7. Assim ROSENAU, no que ela denomina “efforts to revitalize the subject”, p. 57.

8. A inspiração maior vem da obra de Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. 1, Reimpressão do original de 1944, Almedina, Coimbra, 1997, e da Parte Geral de Clóvis Beviláqua. Igualmente utilizados para o plano foram as obras de Rubén Stiglitz (Coord.), *Contratos-Teoría General*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1990, GHERSI, Carlos Alberto (Coord.), *Teoría General de la Reparación de Daños*, Astrea, Buenos Aires, 1997 e a nova obra de LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
9. KOETZ, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1996, ZANONI, Eduardo, *Elementos de la obligación*, Astrea, Buenos Aires, 1996, BENEDETTI, Giuseppe, *Il Diritto Comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2. ed., Jovene Editore, Napoles, 1997, LORENZETTI, Ricardo, *Fundamentos do Direito Privado*, Ed. RT, São Paulo, 1998, MEDICUS, Dieter, *Bürgerliches Recht-Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung*, 13. ed., Carl Heymanns, Colônia, 1987.
10. Sobre os limites clássicos desta expressão veja COSTA JÚNIOR, Olímpio, *A Relação Jurídica Obrigacional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, pp. 6-7.

te, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor.<sup>11</sup>

## I – Conceito e estrutura interna das relações jurídicas de serviços

Por uma questão de ordem, procuraremos inicialmente definir o conceito e a *estrutura interna* da relação jurídica ou contrato de fornecimento de serviços no CDC, como noção preliminar (A),<sup>12</sup> para somente após realizar uma análise dos elementos em que ela se desdobra na prática, os quais poderíamos denominar de *estrutura externa* do contrato de serviços (B).<sup>13</sup> O primeiro esforço será de conceituar “relações jurídicas de serviços” no sistema do CDC. Para tal necessitamos revisitar algumas noções preliminares da parte geral do direito civil,

adaptando-as ao espírito protetivo e especial do CDC. Prepara-se assim a análise destas relações de consumo envolvendo serviços, que não são apenas contratuais, mas que desbordam a antiga *summa divisio* para envolver e vincular sujeitos não envolvidos diretamente nos contratos com os consumidores, mas sim nas “relações” de consumo como um todo.

### A) Noções preliminares

#### 1. Exame no plano da existência e elementos da relação

No plano da existência é analisada somente a entrada no “mundo do direito” de um fato ou ato juridicamente relevante e é este classificado, no nosso caso, como relações de consumo envolvendo serviços ou envolvendo produtos.<sup>14</sup> Trata-se da primeira “fotografia” de sua existência e relevância jurídica, identificação ainda não valorativa (análise reservada ao plano da validade), identificação apenas da estrutura básica e característica, não do regime ou das conseqüências que terá este fato ou ato no mundo do direito (análise reservada ao plano da eficácia).<sup>15</sup>

Fotografada a relação jurídica de serviço, regulada pelo CDC, alguns elementos estruturais,<sup>16</sup> internos e externos, presentes em todas as relações podem ser identificados. Descobre-se assim um arquétipo, um modelo de relação jurídica de serviço, um esquema abstrato que nos demonstrará estarmos frente a um ato ou fato jurídico de serviço de consumo.<sup>17</sup> Este é o objetivo final de nossa proposta.

No caso concreto de um negócio jurídico de consumo, externamente observaremos, no plano da existência, que alguém, em algum lugar, em algum tempo, realizou algum ato, com determinada forma, frente a uma outra pessoa ou coletividade, ato que possui determinadas características gerais que o classificam como integrante de uma categoria de negócios (fornecimento de serviços frente ao consumidor, por exemplo), observando também suas características especiais (remunerado ou não, por exemplo) e eventuais características extras, particulares ou acidentais (condições, por exemplo).<sup>18</sup>

Se os elementos externos do negócio jurídico de consumo são “generalizantes”, pois que examinam o caso concreto da vida com categorias gerais feitas para todo o mundo do direito; a análise dos elementos internos destas relações ju-

rídicas é ainda mais abstrata, pois movimentada-se apenas no mundo do direito, generalizando o que se observa apenas interna e juridicamente. Os elementos estruturais internos são a própria idéia de obrigação, os direitos subjetivos daí resultantes, os deveres de prestação e de conduta, deveres principais, anexos e acessórios, a sujeição e os direitos potestativos, o sinalagma, enfim, as expectativas legítimas oriundas destas relações jurídicas no mercado de consumo.<sup>19</sup>

### 2. Conceito de serviço e fornecimento de serviço no CDC

O CDC oferece uma definição bastante ampla de serviço em seu art. 3º, § 2º e regula todas as “relações de consumo” (art. 4º), que envolvam serviços remunerados (direta ou indiretamente). O espírito do CDC é aberto (interface do art. 7º e solidariedade do parágrafo único do art. 7º) e expansivo subjetivamente, pois *ex vi lege* amplo o suficiente para incluir um grande número e todas as espécies de relações de consumo envolvendo serviços, relações contratuais (art. 20), pré-contratuais (art. 30, 31, 34, 39, 40, 84), pós-contratuais (art. 9º, 10, 42 e 43) e extracontratuais *ex delicto* (art. 14), como também se pode notar nas amplas definições de consumidor (art. 2º e

16. Chamando atenção para a necessária abstração desta análise, afirma AZEVEDO, p. 40: “Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito”.

17. É o que DOMINGUES DE ANDRADE, p. 3, denomina “relação jurídica em sentido abstrato”.

18. Como ensina AZEVEDO, p. 35, a denominação tradicional destes elementos do plano da existência são elementos essenciais ao negócio (*essentialia negotii*), naturais (*naturalia negotii*) e acidentais (*accidentalia negotii*); particularmente prefiro a classificação cunhada por AZEVEDO, p. 41: “a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio”.

19. Veja DOMINGUES DE ANDRADE, pp. 5 e ss.

11. Uma interessante análise dos serviços nos foi brindada por LORENZETTI, Ricardo, *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur*. In *Revista Direito do Consumidor*, vol. 21, pp. 9 e ss. LORENZETTI, pp. 20 e 21, classifica os serviços como “servicios de función pública” (telefones, eletricidade, segurança, educação, justiça), “servicios de infra-estructura” (assistência e gestão financeira, assessoramento e consultoria – jurídica também – auditoria, hotelaria, transporte, manutenção de beleza, de lazer, resolução de conflitos, investigação de mercados, *marketing*, publicidade, segurança, limpeza, transporte, informáticos e tecnológicos), “servicios profesionales” (profissionais liberais, autônomos, artistas, escritores, pintores, construtores, ceramistas, advogados, médicos, etc.), mas considera que somente alguns destes podem ser “de consumo”.
12. COSTA JÚNIOR prefere considera sujeito, objeto e vínculo como elementos estruturais e distingui-los entre elementos estáticos e dinâmicos, pp. 49 e ss.
13. Assim subdivide sua análise, ANDRADE, *op. cit.*, pp. 1 e ss.
14. Veja a feliz exposição de AZEVEDO, Antônio Junqueira de, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, Ed. Saraiva, 1986, pp. 31 e ss., onde cita o mestre desta matéria no Brasil, Ponte de Miranda.
15. Veja, magistral, AZEVEDO, p. 32.

parágrafo único do art. 2º e art. 17 e art. 29 do CDC), de fornecedor de serviços (art. 3º e § 2º do art. 3º do CDC) e na norma objetivo<sup>20</sup> do art. 4º, (especialmente incisos I, III, V e VI).

A Lei nº 8.078/90 tem clara origem constitucional (art. 170, art. 5º e art. 28 DCT, todos da Constituição Federal de 1988-CF/88), subjetivamente direito fundamental e princípio macro, ordenador da ordem econômica do país. E igualmente lei geral principiológica<sup>21</sup> em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo. Lei geral principiológica porque não trata especificamente de nenhum contrato firmado entre consumidor e fornecedor em especial, nem de atos ilícitos específicos, mas estabelece novos parâmetros e paradigmas para todos estes contratos e fatos juridicamente relevantes, que denomina, então, de relações de consumo.

Esta lei consumerista regula assim todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, mesmo os serviços prestados sem prévia solicitação ou autorização (art. 39, III e VI do CDC), exigindo apenas “remuneração” do serviço (§ 2º do art. 3º do CDC). Tal remuneração, como a jurisprudência

dência está a indicar, pode ser direta ou mesmo indireta, fato cada vez mais comum no mercado de consumo complexo atual.<sup>22</sup>

Se serviço no CDC (art. 2º, § 2º) é toda e “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, são objeto deste nosso estudo todas as relações juridicamente relevantes envolvendo serviços prestados por um fornecedor a um consumidor (arts. 2º e 3º do CDC). Relação jurídica é toda a relação da vida juridicamente relevante, isto é, disciplinada pelo Direito, no caso, pelo Direito do consumidor, incluindo como visto relações pré-, pós-, contratuais e extracontratuais *ex delicto* que envolvam serviços.

Segundo DOMINGUES DE ANDRADE, em um sentido amplo, “relação jurídica é toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de conseqüências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito” e, em um sentido estrito, apenas “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspon-

dente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”.<sup>23</sup> Em nossa análise, não limitaremos nosso estudo às relações jurídicas que atribuam direitos subjetivos (individuais, coletivos e difusos) aos consumidores, mas para alcançar maior alcance, procuraremos englobar toda e qualquer atividade de serviço remunerada direta ou indiretamente no mercado que seja juridicamente relevante, mesmo que em forma de expectativa de direito, regulada pelo CDC. Optamos, pois, por um conceito de relação jurídica de serviço de sentido amplo, tendo em vista o espírito protetivo da referida lei tutelar dos consumidores.

Quanto à conceituação de “fornecimento de serviços”, as análises brasileiras geralmente concentram-se na prestação principal, no objeto desta prestação.<sup>24</sup> Serviço seria o negócio jurídico cuja obrigação principal fosse um fazer (*opus facere*), em contraposição às obrigações de dar ou ao fornecimento de produtos no mercado. As análises latino-americanas preferem valorar o resultado, o direito/poder resultante do negócio jurídico.<sup>25</sup> Serviço seria assim o negócio através do qual o titular adquire a faculdade de exigir de outra pessoa uma atividade ou utilidade de conteúdo patrimonial (*ius in personam*), direito de crédito ou obrigacional, a se contrapor aos

direitos reais (*ius in re*) geralmente resultantes das obrigações de dar.

Ambas as análises estão corretas e presentes sem dúvida em nosso CDC, mas parece-me necessário inicialmente frisar dois problemas. De um lado, visualizamos hoje – em virtude do princípio criador, limitador e hermenêutico da boa-fé (objetiva)<sup>26</sup> – as obrigações como processos de cooperação no tempo, como feixes de deveres de conduta e de prestação direcionados a um só bom fim, o cumprimento do contrato.<sup>27</sup> Nesta visão dinâmica da obrigação, concentrar-se em apenas uma das “condutas”, em uma das “prestações” é reduzir o espectro, uma vez que – se durar – muitas serão as “prestações principais” no tempo, sem esquecer que, na complexidade da vida atual, os fazeres são múltiplos, múltiplos são os “dares” para satisfazer uma só necessidade de consumo e, acima de tudo, hoje já não está mais certo qual a prestação é principal.

Certo é que a prestação principal é aquela característica, característica daquele negócio, geralmente a que não envolva apenas o pagamento ou transferência de quantias, a exceção dos contratos bancários e financeiros. A dúvida hoje é saber se “principal” para o consumidor é o dever de prestação (realizar um tratamento médico,

20. Expressão de Eros Roberto Grau, veja Grau, Roberto, *Interpretando o código de Defesa do Consumidor: algumas notas*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 5, pp. 183 e ss.

21. Esta feliz expressão é de Nelson Nery Júnior, em sua conferência magna no XIV Curso Brasilcon de Direito do Consumidor, outubro de 1998, Porto Alegre.

22. 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 futuros 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*, in Revista dos Tribunais 760, p. 127.

23. ANDRADE, vol. I, p. 2.

24. Assim, o mestre da UFRGS, COUTO E SILVA, Clóvis, *A obrigação como processo*, Ed. Bushtasky, São Paulo, 1976, p. 156, ensinando que a obrigação de fazer tem como objeto da prestação a própria atividade, já a obrigação de dar tem como objeto uma coisa ou direito.

25. Boa revisão em COSTA JUNIOR, Olímpio, *A relação jurídica obrigacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, pp. 1/7.

26. Sobre as funções do princípio da boa-fé, veja obra recente de MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-fé no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 409 e ss.

27. Veja, por todos, LARENZ, Bd. I, pp. 26 e ss. e, em português, COSTA JUNIOR, pp. 56 e ss.

por exemplo), ou é o cumprimento de um dever anexo (informar os riscos do tratamento e opções para permitir a escolha) ou de um dever acessório (ministrando corretamente o remédio, alcançar asseio e precisão no uso dos instrumentos e curativos) ou todo este conjunto unido é a realização das expectativas do consumidor, causa do contrato, logo objeto da prestação. A complexidade atual perturba a definição de serviço pelo resultado concreto alcançado, a maioria dos negócios envolvendo serviços, envolvem apenas direitos pessoais, mas certo é que de um serviço pode resultar hoje um direito real acessório, como por exemplo no caso dos contratos de *time-sharing* ou multipropriedade, assim como o direito real de uso, no caso do *leasing*.

*Data venia*, prefiro as análises germânicas que geralmente iniciam pela pretensão (*Anspruch*) resultante do negócio.<sup>28</sup> Assim, serviço seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor. A diferença em concentrar-se na pretensão e não na prestação é o grau de

abstração. Prestação é algo concreto que pode acontecer ou não no caso em estudo (não acontece em caso de insolvência, por exemplo); representa assim algo do mundo dos fatos, um dar ou um fazer que modifica primeiro os fatos e depois o mundo do direito. Pretensão é uma pura abstração jurídica, é criação do direito para indicar que algo vai mudar, que alguém vai “pretender” uma utilidade qualquer e conseguirá ou que pelo menos o direito vai protegê-lo (ação em direito material). Pretensão indica que o mundo do direito (plano da eficácia) já está outro em virtude daquele vínculo criador da pretensão titulada. Concentrar-se nas pretensões de cada uma das partes, aquilo que cada um pretende na relação jurídica, facilita “entender” o negócio, sua causa, sua finalidade de consumo, as expectativas legítimas nascidas pela confiança despertada no consumidor pelo fazer do fornecedor.

## B) Elementos internos da relação jurídica de serviço

Fotografada a relação jurídica de serviço, regulada pelo CDC, revelam-se alguns elementos estruturais internos, presentes em todas as relações. Os elementos estruturais internos são a própria idéia de obrigação (*vinculum*), os direitos subjetivos daí resultantes, os deveres de prestação e de conduta (deveres principais, anexos e acessórios), a sujeição e os direitos potestativos e as expectativas legítimas oriundas destas relações no mercado de consumo.<sup>29</sup>

28. Assim também LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996 pp. 83 e ss. Para um bom repassar da evolução da doutrina alemã, das teorias chamadas “personalistas” às “patrimonialistas” das obrigações, veja TIMM, pp. 76 a 80.

29. Veja DOMINGUES DE ANDRADE, pp. 5 e ss.

## 1. A obrigação envolvendo serviços

Inicialmente mister frisar que “obrigação” aqui significa vínculo, liame, dever de atuação em determinado sentido, dever de indenizar em caso de violação do dever. Isto porque estamos em um microsistema determinado, o CDC,<sup>30</sup> e só é juridicamente relevante o que tiver por finalidade (direta ou indireta) o consumo ou o atendimento de interesses e utilidades do consumidor. Este microsistema, pois, tem caráter eminentemente negocial. Os atos negociais nunca são neutros ou não-vinculativos, ao contrário, criam sempre deveres, de maior ou menor intensidade e, é justamente, esta intensidade que é regulada no CDC, nos deveres impostos aos fornecedores de serviço, contratual ou extracontratualmente. Em resumo, para aparecer no plano da existência como relação de consumo, o fornecimento de serviço já é vinculativo, já é negocial, já cria obrigações, vínculos e liames, maiores ou menores. Eis porque considero<sup>31</sup> que a maior contribuição do CDC ao direito Civil foi justamente esta, de tornar vinculativos atos e fatos de consumo que antes eram considerados juridicamente irrelevantes (logo, antes “fotografados” no plano da existência, como “não-jurídicos”, não juridicamente relevantes).

Os elementos estruturais internos são, pois, os oriundos desta idéia de obrigação *lato sensu*, no nosso caso, de vínculo obrigacional de consumo: direitos subjetivos, deveres de prestação e de conduta, sujeição e expectativas legítimas. Estes elementos, no CDC, só podem ser entendidos e identificados com base nos princípios orientadores do microsistema, especialmente no princípio da boa-fé e do equilíbrio nas relações de consumo. Perseguindo ideais de harmonia, transparência e segurança, o sistema do CDC estipula como princípios orientadores (criadores e limitadores) a boa-fé objetiva<sup>32</sup> e o equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º, III do CDC *in fine*).

A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo KARL LARENZ, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais.<sup>33</sup> O Código de Defesa do Consumidor (CDC) inova ao impor expressamente, para todas as relações de consumo envolvendo prestação de serviços onerosos no mercado (art. 3º, § 2º do CDC), um patamar mínimo de boa-fé na conduta das partes (art. 4º, inciso III do CDC).<sup>34</sup>

Boa-fé significa uma atuação “refletida”, atuação refletindo, pensando no ou-

30. Sobre o microsistema do CDC, veja Nery, Nelson Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 344.

31. Veja nosso artigo, *Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor*, in na Revista Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 10 (1994), pp. 6-20.

32. Sobre a boa-fé objetiva como princípio orientador do sistema do CDC, veja o artigo de Aguiar Júnior, Ruy Rosado de, *A boa-fé na relação de consumo*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 14, pp. 20 e ss.

33. LARENZ, Karl, *Schuldrecht*, Bd. I-AT, 14. ed., Beck, Munique, pp. 127-128.

34. Sobre a boa-fé nas relações de consumo e a cláusula geral de boa-fé do art. 51, inciso IV do CDC, veja AGUIAR Jr., pp. 20 e ss.

tro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva no Código Civil. Boa-fé objetiva é um *standard* de comportamento leal, com base na confiança despertada na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.<sup>35</sup>

Note-se que o princípio da boa-fé objetiva, princípio orientador das relações de consumo segundo o CDC (art. 4º, III), apresenta dupla função. Tem função criadora (*pflichtenbegründende Funktion*), seja como fonte de novos deveres (*Nebenpflichten*), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, de cuidado e de cooperação; seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (*Vertrauenshaftung*), ao impor riscos profissionais novos e indispensáveis. Assim também possui o princípio da boa-fé uma função limitadora (*Schranken- bzw. Kontrollfunktion*), reduzindo a liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e

cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor face a não-razoabilidade de outra conduta (*pflichtenbefreinde Vertrauensumstände*).<sup>36</sup>

O princípio geral de boa-fé, positivado no CDC, em seu art. 4º, inc. III, estipula um mandamento de boa-fé (objetiva) a guiar todas as condutas, em especial a do fornecedor de serviços, como atividade necessariamente leal, cooperativa, informativa, transparente, cuidando do nome e patrimônio daquele que o escolheu como parceiro, os consumidores, presumidos legalmente como parte vulnerável da relação (art. 4º, I do CDC). Aqui um reflexo da função positiva do princípio da boa-fé, da força criativa de deveres de conduta, princípio que interpretando as normas positivas impostas impõe uma atuação refletida do contratante mais forte em relação aos interesses do contratante mais fraco, o consumidor. Trata-se de mais um mandamento de proteção da segurança e da harmonia social (*Vertrauensgebot*), o qual imporia àqueles que exercerem atividades no mercado, suportar riscos profissionais e deveres de conduta mais elevados, a eles imputados por esta lei especial, uma vez que visam lucro (direta ou indiretamente) através desta sua atividade negocial que atinge um grande número de consumidores (indivíduos, grupo ou coletividade tutelada).

Em outras palavras, identificado no plano da existência que se trata de relação de consumo envolvendo serviço, identifi-

camos no mesmo momento a existência de direitos subjetivos clássicos para o pólo ativo (necessariamente o consumidor), direitos estes ampliados pela noção de necessária realização também das expectativas legítimas do consumidor, expectativas típicas daquele tipo de relação ou contrato, assim como identificamos deveres de prestação qualificados pelo paradigma de qualidade adequação e qualidade segurança imposto ao pólo passivo (necessariamente o ofertante, o obrigado por excelência no microsistema, o profissional fornecedor), e, por fim, mas fazendo parte da relação, deveres de condutas oriundos diretamente da boa-fé (impostos *ex vi lege* ao fornecedor), deveres de informação, de cooperação e de cuidado.

Esta “expansão” de direitos e deveres podemos denominar aqui de relação jurídica “qualificada” pelos princípios orientadores do CDC, especialmente o da boa-fé. O fato da relação jurídica de consumo envolvendo serviços ser qualificada vai ter reflexos importantes no plano da validade, como a exigência de maior autonomia de vontade do consumidor, autonomia informada (art. 20, 30, 34 e 35 do CDC), autonomia com direito de reflexão (art. 49 do CDC), autonomia com acesso prévio às condições do contrato e do serviço (art. 40, 46, 48, 52, 54 do CDC). É fácil concluir que também, extracontratualmente, a noção de culpa pela atuação teria que ser substituída neste sistema qualificado por uma noção objetiva, mais concentrada na proteção da vítima do que em reprimendas pela conduta (diga-se de passagem, lícita e só eventualmente de risco) do fornecedor ou profissional. Tratar-se de uma relação jurí-

dica qualificada pela boa-fé vai alterar substancialmente também o plano da eficácia destes negócios jurídicos, pois que nascem novos direitos para os consumidores e novos deveres para os fornecedores quando estão em uma relação de consumo envolvendo serviços, assim como a própria noção de adimplemento sofrerá modificações, hoje adimplir é cumprir totalmente os seus deveres principais de prestação e também os anexos de conduta.

A segunda modificação operada pelos princípios do CDC é quanto à visão dinâmica e no tempo deste vínculo. A existência de um vínculo juridicamente relevante unindo dois sujeitos na sociedade traz em si, portanto, o binômio dever/comando, direito/poder; traz em si a idéia de obrigação *lato sensu* entre estes sujeitos. As obrigações dividem-se classicamente entre as obrigações de dar e de fazer, sendo que as obrigações de fazer que nos interessam podem ser negativas (obrigação de não-fazer) ou positivas (obrigação de fazer). Esta “obrigação” é, pois, a individualização do *dever jurídico*, abstrato e geral, é a concretização reflexa do direito do outro, que me coloca em uma situação nova, de subordinação não só a uma conduta própria imposta pelo comando legal, mas também no caso dos direitos potestativos, na dependência da conduta do outro.

Normalmente definimos obrigação *stricto sensu* como um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com a outra à realização de uma prestação, assim alguém estaria “obrigado” somente quando a prestação é (ou passa a ser) exigível. Haveria assim uma dependência

35. Assim escrevi, in *Contratos*, p. 107.

36. Veja, por todos, Fikentscher, Wolfgang, *Schuldrecht*, Walter de Gruyter, Berlim, 1992, pp. 130 e ss.

intrínseca entre a exigibilidade da obrigação principal e o termo técnico “obrigação”, que segundo alguns deveria ser utilizado somente neste sentido estrito.<sup>37</sup> Neste estudo, peço vênia, para utilizar aqui a expressão “obrigação” também em sentido lato, de forma a demonstrar que antes mesmo que a prestação principal (fazer ou não-fazer) seja exigível, na visão dinâmica imposta pelo CDC para a relação de consumo, existem outras “prestações”, prestações acessórias, *Nebenleistungen* como as chamam os doutrinadores alemães, já exigíveis em forma de condutas determinadas impostas por lei àquele tipo de aproximação negocial. Destacando também a relevância do elemento tempo para este tipo de relação de serviços; tempo que significa aqui maior confiança, menor atenção, maior dependência e uma nova posição de catividade frente ao serviço prestado, tempo significa também “necessidade no futuro”, segurança esperada, daí a idéia de manutenção do vínculo (art. 51, § 2º do CDC) e direito a serviços públicos essenciais contínuos (art. 22 do CDC).<sup>38</sup>

Segundo o mestre português GALVÃO TELLES, o termo técnico “obrigação” designa, em sentido amplo, o lado passivo de qualquer relação social, que passe a ser juridicamente relevante. “Obrigação”

significa, assim, tanto o dever jurídico pelo qual uma pessoa se encontra vinculada a observar certa conduta no interesse da outra (titular do direito subjetivo), quanto ao estado de sujeição, que se traduz na submissão aos efeitos jurídicos produzidos por iniciativa alheia (no exercício de um direito potestativo). Dever jurídico é uma ordem ou comando dirigido pelo ordenamento jurídico ao indivíduo, a qual ele tem de observar como um imperativo, visando orientar seu procedimento. Dever aqui significa a sujeição a uma determinada conduta, sujeição esta acompanhada de uma sanção em caso de descumprimento.<sup>39</sup>

Ao dever jurídico imposto a um indivíduo (devedor: lado passivo) corresponde um direito subjetivo assegurado a outro indivíduo ou ente (credor: lado ativo). No sistema do CDC, o “devedor” é sempre o fornecedor, pois que os direitos foram imputados subjetivamente somente ao consumidor (veja art. 6º do CDC), credor do fornecimento com qualidade e conforme a boa-fé (lado ativo). Esta observação é importante, tendo em vista que os deveres de boa-fé são, por sua natureza bilaterais, e só serão unilaterais ou qualificados unilateralmente em virtude de lei. Esta é razão, por exemplo, do dever de informar ter sido tão especificado nos arts. 30 e 31,

do dever de aviso do perigo (art. 10) e da abertura de banco de dados sobre o consumidor (art. 43)<sup>40</sup> estarem positivados, do dever de cuidado na cobrança de dívida estar expressamente regulado (art. 42),<sup>41</sup> enquanto que o dever de cooperar, dever necessariamente bilateral, estar apenas implícito no CDC (art. 4º *caput* e III) através das expressões “harmonia” e “equilíbrio”.

## 2. Serviços como categoria contratual no CDC

Definidos assim os elementos intrínsecos de qualquer fornecimento de serviço regulado pelo CDC resta saber se os “serviços” constituem neste microsistema uma categoria a parte das demais. Enquanto o Projeto de Código Civil de 1975, agora aprovado em uma das câmaras de nosso Parlamento, prevê em seus arts. 593 a 609<sup>42</sup> uma categoria de contratos denominada “Contrato de Prestação de Serviços”, em tradução feliz da expressão germânica “*Dienstleistungsvertrag*”, o CDC, ao contrário, nada menciona de uma categoria contratual “de fornecimento de serviços”, apenas regula *ab initio* e de forma geral todos os contratos que envolvam o fornecimento de produtos e serviços no mercado brasileiro.

Há certa lógica neste proceder já que a sociedade atual é cada vez mais uma sociedade de serviços e informação, onde os

bens imateriais se aproximam dos serviços e são ambos cobigados e valorados economicamente como os maiores geradores de riqueza e de *status*.<sup>43</sup> Assim, se a *ratio legis* do CDC é protetiva a incluir todos os tipos de serviços, a criação de uma categoria contratual específica (e conseqüente tipo ou hipótese legal) seria um limitador, pois que tipificada a categoria teria esta de ser, necessariamente, definida, como o faz o Projeto, e excluiria novos tipos ou expressões econômicas de atividades valoradas (organização, formação de cadeia, facilitadores, etc.).

A única definição de contrato que faz o CDC é metodológica, a do art. 54 sobre contratos de adesão, categoria genérica que engloba todo e qualquer contrato de fornecimento de produtos ou de serviços que utilize-se deste método de contratação. Mesmo assim, parte da doutrina defende a recepção de uma categoria contratual especial no CDC, que englobaria todas as espécies de fornecimento de serviços de consumo, através do art. 3º.<sup>44</sup> Certo é que tal categoria não foi tipificada, o que me parece solução sábia.

Consideraremos que a relação jurídica de consumo é de serviço, sempre que, no plano da eficácia, a pretensão dela oriunda por um fazer, uma atividade por parte do fornecedor. Este pensar permite, por exemplo, que em contratos complexos, como os

37. Veja fontes e detalhes em minha obra, *Contratos*, pp. 297-298 ou COSTA JÚNIOR, pp. 57-58.

38. Como ensina BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et. al. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991, p.110. “A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais – e só eles – devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço. Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo”. Veja sobre corte de água decisão do STJ, in REsp. 201112.

39. Assim como o direito subjetivo é uma noção dupla, faculdade de agir conforme a norma autoriza (*facultas agendi*) e ação (em sentido material) para proteger aquela faculdade ou atuação, o dever (subjetivado na pessoa do fornecedor de serviços, por exemplo) também é um binômio, sujeição obrigatória a uma conduta ou linha de conduta e sanção, resposta negativa do direito, ao eventual descumprimento da conduta imposta

40. Veja REsp. 14.624-0, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22, pp. 178 e ss.

41. Veja exemplo na jurisprudência, cobrança através de rádio e dano moral, TJRS AC 596105767, j. 01.10.1996, Des. Décio Antônio Erpen, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22, pp. 198 e ss.

42. Oliveira, Juarez de (Coord.). *Novo Código Civil*, ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998, pp. 105/107.

43. Veja nosso estudo, *Contratos bancários em tempos pós-modernos*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 25, pp. 19 e ss.

44. Assim, na mencionada Dissertação de Mestrado, TIMM, p. 60.

de multipropriedade, os de planos de saúde ou os contratos múltiplos bancários, considere-se a intenção do consumidor, suas expectativas legítimas como mais importantes do que a natureza de dar ou fazer da efetiva prestação cumprida ou realizada *in concreto*. Assim, se *in concreto*, no caso de multipropriedade, a prestação efetiva foi um dar ou um direito real, mesmo assim a pretensão do consumidor era um serviço complexo, se no caso do plano de saúde, a prestação desta vez foi um organizar um hospital, que ministrou apenas remédios, coisas, bem a pretensão do consumidor foi deslocar riscos futuros de saúde, propiciar sua internação no hospital, receber o tratamento (fazer ou dar) necessário; se no caso dos contratos com bancos múltiplos, a prestação foi um dar dinheiro em mútuo, a pretensão do consumidor era manter-se *homo economicus*, com crédito (abstrato) quando necessita-se, com uma conta (grupo de fazeres contábeis e de administração) naquele grupo bancário.

Concluindo, hoje, com os contratos complexos há um sem número de “prestações”, de dar e de fazer. Como ninguém duvida que as eficácias das sentenças cíveis são sempre múltiplas, declaratórias e constitutivas ao mesmo tempo, também ninguém mais duvida que as relações contratuais de fornecimento de serviço e de produtos (muitas vezes imateriais) hoje se misturam. A distinção está justamente na confiança despertada, na pretensão do consumidor, no fim principal que visa alcançar. É esta pretensão que dirá ao intérprete qual é a eficácia prevalente da sentença, qual é a natureza “prevalente” do contrato, se uma pretensão principal

prevalente de dar produto (material ou imaterial) ou de fazer (serviço abstrato ou com resultados materiais).

## II – Elementos estruturais externos nas relações de fornecimento de serviços

Continuando nossa análise do negócio jurídico, cuja prestação é um fazer, queremos destacar agora os elementos estruturais externos: sujeitos, objeto, finalidade/garantia e forma, destacando sempre se estes elementos, identificados nestes contratos de serviço regidos pelo CDC, são comuns ao sistema do Direito Civil como um todo ou se podem ser considerados especiais dos serviços de consumo, e quais seus requisitos e efeitos. Nas relações de serviço estes elementos clássicos das relações jurídicas (sujeitos, objeto, finalidade, forma) recebem uma nova visão, a visão de consumo.

Como ensina NELSON NERY JÚNIOR, o objeto “de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor...O CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio jurídico de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo do que aquelas expressões. São elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de

consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço ‘como destinatário final’ (art. 2º, *caput*, última parte, CDC)”.<sup>45</sup>

### A. Sujeitos das relações jurídicas de serviços

Mencione-se inicialmente que a relação de consumo é relacional,<sup>46</sup> depende da presença simultânea de dois agentes interagindo. É relação especial que vincula agentes específicos, regidos cada um por um grupo de normas especiais. Assim, de um lado temos o profissional, fornecedor regido pelo Direito Comercial, de outro, temos o leigo, o destinatário final, pessoa física ou jurídica, aqui regido pelo Direito Civil ou Direito Comercial e o vínculo. A relação, esta sim é de consumo, e regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, pode-se afirmar que a relação de consumo transforma o *status* dos seus agentes.<sup>47</sup>

### 1. Os Consumidores

Muito se escreveu sobre as definições de consumidor no sistema do CDC.<sup>48</sup> A polêmica entre os finalistas e maximalistas continua acirrada. Neste trabalho, mais do que definir quem são os consumidores, gostaria de destacar outros fatores importan-

tes e reflexos práticos do princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I do CDC) e da daí resultante forte proteção que este sujeito de direitos recebeu no sistema do CDC.

#### 1.1. A superação do *status* de terceiro na relação e o novo *status* de consumidor

A maior contribuição do CDC ao direito civil atual reside justamente na superação do conceito de sujeito individual, o que – na prática – altera todas as nossas definições de terceiro. Se o sujeito da 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, o filho e a vizinha em caso de transporte, o “participante indireto da relação”, por exemplo, o beneficiado em contrato de seguro, o dependente da relação principal de seguro ou plano de saúde, se pode ser o exposto à prática comercial, quem aceita estacionar em *shopping center*, mas não contrata, não consome propriamente dito, o exposto à publicidade, que nunca sequer adquiriu o serviço ofertado. Assim, se no sistema do CDC todos estes “terceiros” hoje se incluem como “consu-

45. Nery, Nelson Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al., Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998, p. 342.

46. Estou usando a expressão no sentido não-técnico, como “relação”, veja sobre contratos relacionais a premiada tese de Ronaldo Porto Macedo, *Sociologia Jurídica e teoria do Direito: A teoria Relacional e a Experiência Contratual*, USP, 1997 publicada com o título *Contratos Relacionais*.

47. Veja nossa obra MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp. 140 e ss.

48. Veja minha obra, *Contratos*, pp. 140-161 e, como contraponto, especialmente no que se refere às relações bancárias as opiniões a favor da posição da FEBRABAN, a obra de DONATTO, Maria Antonieta Zanardo, *Proteção ao Consumidor-Concepto e Extensão*, Ed. RT, São Paulo, 1994, pp. 54 e ss. e contra, de EFFING, Antonio Carlos, *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, São Paulo, 1999, pp. 40 e ss.



midores”, 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 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 terceiro<sup>49</sup> e, no processo, sobre legitimação destes terceiros para agir individual e coletivamente.<sup>50</sup>

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,<sup>51</sup> 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”.<sup>52</sup> Esta superação do dogma *nemo alteri stipulare potest* é resultado da força da autonomia da vontade naquele sistema.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> E por vontade das partes e face à confiança despertada (“*reliance*”),<sup>55</sup> que este “terceiro”, agora parte, poderá usufruir de direitos e garantias contratuais (também processuais) e o devedor tem frente a ele 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

49. Interessante observação de ATIYAH, P.S., *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.

50. Sobre a tutela e legitimação dos terceiros, veja a obra premiada de LISBOA, Roberto Senise, *Contratos Difusos e Coletivos*, Ed. RT, 1997, pp. 186 e ss.

51. Veja preciso estudo realizado por Antônio Janyr Dall'Agnol sobre o assunto, D'ALLGNOL, Antonio, *Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros-Aplicação do CDC nas atividades bancárias*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27, pp. 7 e ss.

52. CHIRELSTEIN, Marvin A. *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, 3. ed., Foundation Press, New York, 1998, p. 187.

53. Veja nos sistemas romano-germânicos as lições do mestre argentino MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1995, p. 346.

54. CHIRELSTEIN, p. 187.

55. CHIRELSTEIN, p. 193.

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 e todos os demais consumidores seriam terceiros beneficiários frente 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, § 1º do CDC), mas que não contrata ou “utiliza o serviço” (art. 2º do CDC), mesmo assim é ele consumidor equiparado (parágrafo único do art. 2º 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” semi-voluntariamente 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.<sup>56</sup>

Esta distinção de origem norte-americana é pedagógica, pois ajuda a superar a noção de terceiro “beneficiário” para evoluir para a idéia 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 frente aos consumidores (terceiros beneficiários) “intencionais” ou “incidentais”. Todos receberam, sem distinções, o *status* de consumidor,<sup>57</sup> e com relação a todos os fornecedores devem

56. Assim DONATO, Maria Antonieta Z., *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. Prescinde-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo (art. 2º) ou de ter sido atingida pelo evento danoso (art. 17). Mostra-se suficiente estar exposto a essas práticas para receber-se a tutela outorgada”.

57. 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. Veja sobre o assunto minhas críticas a esta posição minoritária, in *Contratos*, pp. 157 e ss.

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* "obrigacional" 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. 1º c/c art. 2º, 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. 2º, 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).<sup>58</sup> 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 frente a estes ex-terceiros, agora consumidores, que como tal e neste patamar de boa-fé, qualidade e segurança devem ser tratados no mercado, indistintamente se "contratam" os serviços, se os "utilizam" diretamente, se neles "intervêm" ou se são apenas "expostos" a eles.<sup>59</sup>

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,<sup>60</sup> pois geralmente este grupo ou

58. 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 *contraditio in terminis* na aplicação do Código do Consumidor em desfavor deste beneficiário...", in Revista Direito do Consumidor, vol. 29, pp. 115 e ss.

59. A jurisprudência sobre transportes ferroviários tem muita experiência no tratamento deste dever especial de segurança frente a 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, a caracterizar exclusividade de ação (dita culpa exclusiva) do comerciante..." (APC 598081123, 6ª C.Civ., TJRS, j. 10.02.1999, Rel. Des. Antônio Janyr Dall'Agnol Junior)

60. 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.

pessoa é hoje, *ex vi lege*, incluído no sistema com o *status* protetivo de consumidor, *stricto sensu* e equiparado. No plano da existência, pois, aparece um número maior de sujeitos de direito (ativos) nestas relações jurídicas de consumo, os consumidores. No plano da validade, praticamente inalterado, aparece a tendência de tratar estes atos de consumo, criadores de direitos para "consumidores-terceiros", de acordo com a confiança despertada, superando a teoria do vício da vontade, uma vez que o fornecedor já não mais pode alegar erro e menos ainda *dolus bonus*, uma vez que o dever de informar, dever de segurança e dever de introdução no mercado apenas de serviços sem defeito foi imputado a ele imperativamente *ex vi lege*, sem possibilidade de disposição (arts. 1º, 24 e 25 do CDC). Supre-se igualmente eventuais problemas de forma frente ao grande reflexo destas relações, como por exemplo os contratos coletivos de planos de saúde, onde eventuais problemas de forma vão ser superados pela conduta típica dos consumidores, que confiam na validade do vínculo. Segundo alguns, os efeitos obrigacionais destas relações jurídicas de consumo se aproximam muito, no plano da validade, dos efeitos dos atos-fatos ou atos existenciais.<sup>61</sup>

## 1.2. Relativização do efeito apenas *inter partis* dos contratos de serviço face aos novos "consumidores": nova

### força vinculativa do fornecimento de serviços

A superação do conceito de sujeito individual de direitos nas relações de serviços de consumo, além de alterar nossas definições de terceiro, possui o condão de quebrar também alguns dogmas da teoria geral dos contratos. E justamente no plano da eficácia que localiza-se a segunda modificação importante trazida para o Direito Civil pelo CDC: os efeitos contratuais expandidos ou qualificados pela definição ampla de sujeito de direito da relação de consumo. Ora, se o terceiro é parte e consumidor, sujeito de direitos mesmo em relações contratuais que não participa, dois dogmas estão revistos no CDC: o do efeito *inter partis* dos contratos de serviço e da *suma divisio* entre a obrigação contratual e extracontratual.

Reservando o segundo tema para quando examinarmos o sujeito passivo da relação, os fornecedores, podemos afirmar quanto ao primeiro que a regra da relatividade dos contratos ou do efeito apenas entre partes é clássica e diretamente originada do dogma da autonomia da vontade.<sup>62</sup> No Direito Civil comum este grupo de "consumidores" incidentes não deveria fazer parte da relação contratual. A única exceção clássica são os parques direitos assegurados aos beneficiários-terceiros (hoje, consumidores intencionais), nas estipulações em favor de terceiros.

61. Sobre o tema, analisando os ensinamentos de Clóvis de Couto e Silva sobre atos existenciais, veja PASQUALOTTO, Adalberto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, 1997.

62. Veja nosso capítulo introdutório, in *Contratos*, pp. 37 e ss.

Bem, o sistema do CDC, ao aproximar estas duas figuras e definir todos como “consumidores” *stricto sensu* ou equiparados, acaba definindo que as relações contratuais de consumo terão efeitos frente a “terceiros”. Um contrato de serviço regulado pelo Código Civil não deveria ter efeitos frente a terceiros, vincularia e asseguraria direitos somente às partes, e – no máximo – em relação aos terceiros beneficiários intencionais e aceitos por ambos os contratantes principais. No sistema do CDC a eficácia contratual é maior, pois nascem direitos em terceiros, consumidores equiparados e nascem deveres para os fornecedores frente a “terceiros”, consumidores equiparados. Há, pois, uma modificação importante dos contratos de fornecimento de serviços no plano da eficácia, que está ligada diretamente ao fato de, no plano da existência, poderemos identificar um maior número de sujeitos ativos, os consumidores para uma só relação jurídica contratual envolvendo fazeres.

Já destaquei o tema como uma das grandes contribuições dogmáticas do CDC ao Direito Contratual, afirmando: “Na visão tradicional, a força obrigatória do contrato teria seu fundamento na vontade das partes. Uma vez manifestada esta vontade, as partes ficariam ligadas por um vínculo, donde nasceriam obrigações e direitos para cada um dos participantes, força obrigatória esta, reconhecida pelo direito e tutelada judicialmente.

A nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a auto-regulamentação dos

interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato.

Assim, o princípio clássico de que o contrato não pode ser modificado ou suprimido senão através de uma nova manifestação volitiva das mesmas partes contratantes sofrerá limitações (veja neste sentido os incisos IV e V do art. 6º do CDC). Aos juízes é agora permitido um controle do conteúdo do contrato, como no próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, devendo ser suprimidas as cláusulas abusivas e substituídas pela norma legal supletiva (art. 51 do CDC). É o intervencionismo estatal, que ao editar leis específicas pode, por exemplo, inserir no quadro das relações contratuais novas obrigações com base no Princípio da Boa-Fé (dever de informar, obrigação de substituir peça, renovação automática da locação, etc.), mesmo que as partes não as queiram, não as tenham previsto ou as tenham expressamente excluído no instrumento contratual. Relembre-se aqui também o enfraquecimento da força vinculativa dos contratos através da possível aceitação da teoria da imprevisão (veja neste sentido o interessante e unilateral inciso V do art. 6º do CDC).

Assim também a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação que possuem os juízes para interpretar um instrumento contratual. A evolução doutrinária do direito dos contratos já pleitea-

va uma interpretação teleológica do contrato, um respeito maior pelos interesses sociais envolvidos, pelas expectativas legítimas das partes, especialmente das partes que só tiveram a liberdade de aderir ou não aos termos pré-elaborados. (...)

A pluralidade não é só de leis imperativas a considerar, é também de agentes econômicos, o que revaloriza a solidariedade, como forma de responsabilização da cadeia organizada de fornecedores na sociedade de consumo atual (arts. 14, 18 e 20 do CDC), e com isto abala as estruturas da divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.<sup>63</sup> A pluralidade é também de sujeitos envolvidos e sujeitos a proteger, identificados como sujeitos a tutelar de forma diferenciada, os mais fracos na sociedade.

Relativiza-se, assim, o postulado que os contratos só têm efeito entre as partes (*res inter alios acta*). As novas tendências sociais da concepção de contrato postulam que, em alguns casos, o raio de ação do contrato deva transcender a órbita das partes. Como exemplo, relembre-se a tentativa doutrinária de estender a garantia contratual contra vícios ou defeitos aos terceiros-vítimas de um fato do produto, principalmente na doutrina francesa; relembre-se igualmente a intensificação na vida moderna dos contratos em benefício de terceiros, como os contratos de seguro de vida e o de transporte de mercadorias

em alguns casos. Aqui, localiza-se um dos mais importantes fenômenos, desafios, do novo direito dos consumidores.

Nas relações contratuais de massa a crédito, a relação se estabelece entre o consumidor e a empresa de crédito, mas o bem é fornecido pela empresa-vendedora. Neste triângulo contratual, a acessoriedade da relação de crédito em relação ao cumprimento dos deveres da relação de fornecimento do bem deve ficar clara, para evitar que uma fique independente da outra, impossibilitando as reclamações do consumidor.

Assim também, as fases anteriores e posteriores ao momento da celebração do contrato ganham em relevância. Disciplina-se o pré-contrato, reforçando a sua força obrigatória para que conceda em alguns casos direito real ao beneficiário. Reforçam-se os requisitos da fase pré-contratual ao impor deveres de informação ao fornecedor. Mas especial atenção receberá a fase pós-contratual. A doutrina já havia desenvolvido a teoria da culpa *post factum finitum*, a qual, baseada no princípio da boa-fé, estendia a eficácia do contrato para além do cumprimento do dever principal.<sup>64</sup>

## 2) Fornecedores

Também no que diz respeito aos fornecedores muito se escreveu, especialmente face a polêmica tentativa dos Bancos e entidades financeiras de não incluírem suas

63. Veja exemplos da força prática desta solidariedade, no Resp 142.042/RS: “Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor”, in Revista Direito do Consumidor, vol. 30, p. 125 e ss. e na APC 596141819, TJRS: “Tem o comerciante, que presta os serviços de assistência técnica, a obrigação solidária com o fabricante de consertar o veículo adquirido”, in Revista Direito do Consumidor, vol. 30, pp. 142-143.

64. Assim escrevi, in *Contratos*, pp. 122 a 125.

atividades como fornecimento de serviços e produtos no mercado de consumo.<sup>65</sup> Neste trabalho, mais do que reascender esta polêmica superada pela atuação forte e correta da jurisprudência brasileira, gostaria de destacar outros fatores importantes na visão atual do fornecedor de serviço, especialmente a idéia do fornecimento em cadeia, assim como destacar os reflexos práticos desta inclusão de todos os fornecedores de serviços (diretos e indiretos) no sistema do CDC.

## 2.1. Cadeia de fornecimento de serviços e os novos "fornecedores": organização, nova pós-personalização ou catividade

Dirão alguns, o que a catividade, expressão de CARLOS ALBERTO GHERSI, que utilizei para formar a noção nova de "contratos cativos de longa duração", tem a ver com os sujeitos da relação de serviços. Sim, catividade é um *status* novo do sujeito, é uma qualidade nova da relação de serviços que perdura no tempo. Que a catividade no sistema do CDC seja juridicamente importante e que este sistema introduza como princípio a manutenção das relações no tempo (boa-fé do art. 4º, III e § 2º do art. 51 do CDC), trata-se de uma importante modificação da teoria contratual.

Sem dúvida poderia ter sido examinada na seção dedicada aos consumidores, afinal faz parte do status contratual atual,

mas preferi examinar aqui para bem frisar a sua ligação com os métodos de comercialização de serviços pelos fornecedores no mundo atual. O consumidor cativo normalmente é cativo em virtude do grande número de relações que possui com um só grupo (ou cadeia) de fornecedores, por exemplo, bancos múltiplos ou grandes empresas de telecomunicações. O consumidor é cativo pelas características ou qualidades do serviço e do fornecedor, por exemplo um serviço essencial territorialmente monopólio (ex: água, esgoto, telefone fixo), um serviço não essencial mas territorialmente único (TV a cabo, escola ou creche próxima).

No plano da existência a catividade será fotografada apenas como elemento "tempo" e "essencialidade" do serviço, mas seus reflexos serão grandes no plano da validade (superação de pequenos problemas de forma, de manifestação de vontade, de erro, dolo, etc.) e no plano da eficácia (direito à continuidade dos serviços ex-públicos essenciais, direito à manutenção do vínculo, dever de cooperar para continuar o vínculo, impossibilidade de corte, de cobranças abusivas através de cortes).

Destaco aqui a catividade-subjetiva do consumidor frente ao um fornecedor, uma cadeia de fornecedores, um grupo organizado de fornecedores no mercado justamente para frisar uma característica das relações de obrigações de serviço hoje, pós-personalistas. Explico esta estranha expressão que agora lanço: *relações*

65. Veja as obras já citadas de DONATTO e EFFING.

*pós-personalizadas*. As obrigações de fazer muitas vezes eram "personalíssimas", infungíveis. No sistema do CDC estas ainda podem existir, mas a maioria dos serviços ou obrigações são fungíveis, como seu regime no CDC esclarece (veja arts. 20, 35 e 84 do CDC). Lógico seria, pois, que os serviços no CDC fossem, como a maioria das relações contratuais hoje "despersonalizados" e massificados. Um fenômeno estranho observa-se. Em se tratando de serviços prestados por grandes grupos, com grandes marcas consolidadas, como empresas de transporte, consórcios "de fábricas de automóveis", cadeias de restaurantes, hotéis, bancos múltiplos, cartões de crédito e outros, parece-me reaparecer no sistema do CDC um novo tipo de "personalização" do serviço, conhecido na economia como "fidelização" da clientela. O reflexo desta nova "catividade" é que o consumidor ou grupo de consumidores quer

justamente este fornecedor ou grupo de fornecedores que divide esta *marca/imagem/status*, etc., e a solidariedade da cadeia de fornecimento exsurge no CDC.<sup>66</sup>

A *pós-personalização* é um misto entre relação intrinsecamente despersonalizada e externamente personalizada, em um *double coding* pós-moderno.<sup>67</sup> Parece-me um fenômeno pós-moderno por sua complexidade e fragmentação, assim se de um lado a marca ou grupo importa para o consumidor e faz parte de suas expectativas legítimas estar vinculado a este fornecedor, a verdadeira personalidade jurídica do fornecedor não importa (pode se tratar de grupo de empresas, como nos Bancos múltiplos ou de redes de telecomunicações, pode se tratar de um franquiado, de uma comerciante individual em um complexo, shopping ou *mix*),<sup>68</sup> o que importa é justamente a marca, esta "pós-personalização".<sup>69</sup>

66. Exemplo desta solidariedade em matéria de consórcio de marcas: "Consórcio. Contemplação por sorteio. opção por outro bem. Falência da concessionária...responsabilidade solidária da Administradora do plano consorciado. Código de Defesa do Consumidor. 1. A pretensão de direito material encontra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a Administradora, prestadora de serviço, integrante do grupo econômico Autolatina Volkswagen. 2. A obrigação imposta à consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem, deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se ao princípio da boa-fé e garantia do exercício do direito. Aplicação dos arts. 30 e 54 do CDC. 3. A responsabilidade solidária da Administração configura-se no fato de a Concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do art. 34 do CDC. 4. hipótese concreta em que a relação jurídica consorciada reclama abordagem (TJRS, EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Des. Fernando Braf Henning Júnior)

67. Sobre pós-modernidade e o direito do consumidor, veja minha obra, *Contratos*, pp. 89 e ss. e sobre *double coding*, ou significados duplos, os ensinamentos de meu mestre alemão Erik Jayme, veja JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne – Cours général de droit international privé* 1995, in: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, pp. 36 e ss.

68. Assim ensina a jurisprudência do 1º TACiv.SP: "Responsabilidade civil. ...Contratação de locadora de veículo em função do prestígio e do nome que mantém no mercado (Localiza). A franquia da marca implica o dever de eleger bem quem a usar, assumindo solidariamente o dever de indenizar ..." (AP 858.941-9, j. 02.08.1999, Juiz Maia da Cunha).

69. Note-se que a nova lei argentina, define como fornecedor solidariamente responsável aquele que simplesmente coloca a sua "marca" no serviço, não importa quem efetivamente prestou. Veja a íntegra da lei in Revista Direito do Consumidor, vol. 27, pp. 239 e ss. e comentários de Gabriel Stiglitz, STIGLITZ, Gabriel, *modificaciones a la Ley Argentina de Defensa del Consumidor y su insuficiencia en el Mercosur*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 29, pp. 9 e ss.

Este fenômeno é comum nos contratos cativos de longa duração<sup>70</sup> e ressurge no direito contratual como um fator quase que extinto, a pós- ou mega-personalidade ou semi-anonimato das relações. Se as relações de massa, através do método do contrato de adesão e dos atuais métodos de *marketing*, tendem a ser despersonalizadas, as relações pós-modernas retornam como quase-indivíduos (cada cliente quer ter uma relação “personalizada”), relações coletivas e fragmentadas, de grupos com cadeias, relações de marcas e “griffes”, semi-repersonalizadas. Aqui esta nova pós-personalização das relações é um novo fator de garantia para o consumidor, que suas expectativas ligadas àquela marca específica e nesta relação específica prevalecerão. A manutenção do vínculo com o fornecedor de uma marca consolidada, ou de uma determinada qualidade diferenciada, ou de um grupo economicamente forte pode ser importante e relevante para o consumidor porque integra o grupo de fatores que vai assegurar que este receba o que deseja, que realize as suas expectativas legítimas. Trata-se aqui de uma reação à fluidez e à fragmentação cada vez maior das relações contratuais. A cessão de direitos ou da posição contratual por parte do fornecedor, muitas vezes utilizada como

técnica para poder modificar as cláusulas contratuais iniciais, pode abalar o sinalagma funcional e afetar a realização das expectativas legítimas do consumidor. Logo, deve ser especialmente cuidada, controlada e mesmo evitada.<sup>71</sup>

## 2.2. A responsabilidade do grupo ou cadeia de fornecimento de serviços: teoria unitária da responsabilidade contratual e extracontratual

Como resposta à responsabilidade extracontratual do grupo, também chamada de causalidade alternativa, o CDC traz uma resposta clássica em matéria de produtos e uma resposta ousada em matéria de serviços. Enquanto o art. 12 nomeando os responsáveis solidários principais e introduz um responsável subsidiário, o comerciante, no art. 13, no art. 14 os fornecedores de toda a cadeia de serviços são considerados solidariamente responsáveis, todos sem exceção e objetivamente.<sup>72</sup> O seu direito de regresso está assegurado apenas pelo parágrafo único do art. 7º do CDC, mas lembre-se que o sistema do CDC não permite denúncia a lide ou qualquer outra indicação do verdadeiro “culpado” no processo frente ao consumidor ou seus repre-

70. Criei esta expressão para evitar utilizar a noção de contrato pós-moderno, in *Contratos*, pp. 68 e ss. Contratos cativos de longa duração são contratos de massa envolvendo serviços, serviços ou fazeres especiais e complexos, renováveis no tempo, que envolvem uma série ou cadeia de fornecedores diretos e indiretos e que acabam por criar uma espécie de catividade ou dependência do consumidor para futuros contratos, futuras prestações ou mesmo para atingir o objetivo contratual, necessariamente postergado no tempo, pois envolve riscos futuros. Suas características principais são a continuidade no tempo, o trato sucessivo, mesmo que o contrato seja teoricamente limitado por termo final, a sua importância social e o controle do Estado por se tratarem de serviços autorizados, fiscalizados e com contratos ditados ou semi-ditados, sempre de adesão.

71. Veja detalhes desta nossa análise, in *Contratos*, pp. 527 e ss.

72. Esta responsabilidade objetiva foi bem assimilada pela jurisprudência, veja exemplo do TJRJ: “Infecção hospitalar contraída após cesariana, culminando com a retirada do útero. Responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a prova da culpa. Art. 14 da Lei nº 8.078/90”. In *Revista Direito do Consumidor*, vol. 29, pp. 116 e ss.

sentantes legitimados. Clássica a solução, pois presente no § 830 do BGB alemão de 1896, mas os comentaristas brasileiros da responsabilidade alternativa dos grupos (Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues)<sup>73</sup> sempre tenderam a exigir a prova da responsabilidade de um ou todos estariam “liberados da responsabilidade”. Outra era a posição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA.<sup>74</sup>

A solução do CDC é coerente, uma vez que a responsabilidade é objetiva, logo sem culpa, tal prova não é mais necessária e não será motivo de exclusão da responsabilidade. O importante neste sistema não é culpa subjetiva de um ou de muitos da cadeia de fornecimento de serviços, mas sim a prova do (fato) defeito do serviço e donexo causal com o dano causado às vítimas, todas agora consideradas consumidoras.

A única exceção deste sistema objetivo e de responsabilidade alternativa é o § 4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam regulados pelo art. 20 do CDC, com sua responsabilidade solidária e de es-

tilo contratual, logo, sem culpa.<sup>75</sup> Também parece-me que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal. Difícil o caso das cadeias de profissionais liberais, como grupos médicos ou cirúrgicos que não abram mão de sua característica de profissionais liberais, mas atuem em grupo, talvez até com pessoas que não sejam profissionais liberais.

A prática extinção da figura do terceiro, hoje incluído como consumidor *stricto sensu* ou equiparado no CDC, e a imposição da solidariedade na cadeia de produção ou organização dos serviços têm como reflexo mais destacável a superação da *suma divisio* entre a obrigação contratual e extracontratual.<sup>76</sup> Esta é uma contribuição importante do CDC ao Direito Civil.

Interessante notar o reflexo do mandamento de proteção da confiança (*Vertrauensgebot*), oriundo do princípio de boa-fé. Este mandamento está intimamente ligado, pode-se mesmo afirmar ser uma consequência ética, ao *anonimato* das novas relações sociais. Como as relações contratuais e pré-contratuais, a produção, a comercialização são massificadas e multiplicadas, sem que se possa claramente iden-

73. Veja revisão dos mestres, na interessante obra de DELLA GIUSTINA, Vasco, *Responsabilidade Civil dos Grupos- Inclusive no Código do Consumidor*, Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1991, pp. 121 e ss.

74. Este autor tendia pela solução alemã do § 830, de responsabilidade de todos os da cadeia ou grupo, encontrando apoio mesmo na jurisprudência gaúcha, veja revisão do pensamento do mestre gaúcho, in DELLA GIUSTINA, pp. 125 e ss.

75. Assim concorda LÔBO, p. 60.

76. Na feliz expressão de Lobo é a “transsubjetivação da responsabilidade, pouco importando se é contratual ou extracontratual sua origem”, LÔBO, p. 14.

tificar os beneficiados (consumidores e usuários), foi necessário criar um novo paradigma. Um novo paradigma mais objetivo do que a subjetiva vontade, boa ou má-fé do fornecedor *in concreto*, mas sim um *standard* de qualidade e de segurança que pode ser esperado por todos, contratantes, usuários atuais e futuros (expectativas legítimas). Se quem vai ser beneficiado e ter pretensões em relação a esta confiança despertada é o contratante, é o segundo usuário ou apenas um ex-terceiro não importa ao CDC.

Note-se, por fim, que a ciência do direito para proteger convenientemente a confiança despertada pela atuação dos fornecedores no mercado terá de superar a *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e extracontratual, e o fará revigorando a figura dos deveres anexos (*Nebenpflichten*). Estes são deveres de conduta, deveres de boa-fé presentes nas relações sociais mesmo antes da conclusão de contratos, presentes mesmo depois de exauridas as prestações principais ou em caso de contratos nulos ou inexistentes. Em verdade, os deveres anexos de cuidado, de informação, de segurança e de cooperação estão presentes em todas as relações, mesmo as extracontratuais, pois são deveres de conduta humana (*Verkehrspflichten*), só indiretamente (ou eventualmente) dirigidos a prestação contratual.<sup>77</sup>

A organização da cadeia de fornecimento de serviços é responsabilidade do fornecedor (dever de escolha, de vigilância), aqui pouco importando a participação eventual do consumidor na escolha de alguns entre os muitos possíveis.<sup>78</sup> No sistema do CDC é impossível transferir aos membros da cadeia responsabilidade exclusiva, nem impedir que o consumidor se retrate, face a escolha posterior de um membro novo na cadeia.<sup>79</sup>

## B) Objeto da relação jurídica de serviço no CDC

### 1. Objeto múltiplo e conexidade de prestações nos atuais serviços complexos

O objeto dos negócios jurídicos não são coisas, corporais ou imateriais, mas sim vemos hoje como objeto as prestações, o prometido e esperado, o sinalagma da relação, se bilateral.<sup>80</sup> Aqui vários fenômenos podem ser destacados: totalidade, cooperação, equilíbrio, conexidade.

As prestações das obrigações de fazer multiplicaram-se, frente ao princípio da boa-fé. Assim além do dever de prestar o fazer principal, o fornecedor de serviços deve também realizar os deveres anexos de conduta, oriundos diretamente do princípio da boa-fé. Estes deveres também são fazeres, isto é, informar, aconselhar, cuidar

da segurança, dos materiais integrados, da honra e dignidade do parceiro, cooperar com o parceiro, não bloqueá-lo nas suas expectativas legítimas. Esta visão de totalidade da relação obrigacional<sup>81</sup> atual levamos a considerar o vínculo como um feixe de deveres, na maioria fazeres e não-fazeres conexos de interesse direto (e talvez hoje maior do que o da prestação principal) do consumidor. A expectativa legítima do consumidor está muito ligada a esta totalidade, assim se comutativo o vínculo, o CDC impõe regras para que o fornecedor realmente informe o consumidor sobre seus direitos (por ex: art. 40 do CDC sobre orçamento), permitindo uma escolha racional e refletida; se aleatório o vínculo, a qualidade do serviço é garantida de forma extrema. No sistema do CDC, aleatória é a prestação por sua natureza, mas não sua qualidade, sua qualidade segurança e sua qualidade adequação vêm garantidas imperativamente (arts. 8º, 9º, 10, 14, 20, 24 e 25, 51, I do CDC).

O segundo fenômeno tem direta ligação também com o princípio da boa-fé, é a exigência de cooperação para alcançar os fins contratuais. Cooperação é conduta conforme boa-fé, mas significa hoje em matéria de relações de consumo, flexibilidade e relevância jurídica do tempo. A teoria romana e a da boa-fé já conheciam a exceção da ruína, no sentido que a manutenção do vínculo não deve ser onerosa em demasia para nenhuma das partes.<sup>82</sup> Utilizando-se o princípio da boa-fé como guia é possível

procurar soluções alternativas e adaptações da relação contratual conflitual ou em crise, para alcançar o resultado da manutenção do vínculo, com realização das expectativas legítimas dos consumidores e sem que haja ônus excessivo para nenhuma das partes, como parece indicar o art. 51, § 2º e o art. 4º, III do CDC. É a nova flexibilidade da relação no tempo, exigida pelos princípios da boa-fé e do equilíbrio (art. 4º, III e art. 6º, V do CDC), a determinar a excepcional “alterabilidade” do conteúdo contratual para a manutenção da relação, superando assim a rigidez do princípio clássico da inalterabilidade do conteúdo contratual.

O CDC a introduziu o direito à modificação das cláusulas excessivamente onerosas apenas em benefício do consumidor (art. 6º, V do CDC), mas previu – em caso de nulidades – a onerosidade excessiva para qualquer das partes como motivo a impedir a manutenção do contrato (art. 51, § 2º do CDC). Destaque-se igualmente que cooperação para o bom fim do vínculo significa considerar juridicamente relevante a passagem do tempo. O tempo já transcorrido de duração de um relacionamento contratual de serviços (como seguros e planos de saúde, contratos bancários sempre renovados, etc.) passa a ser, então, juridicamente relevante face a expectativa criada no consumidor.

O terceiro fenômeno, diretamente ligado a ambos os anteriores e – parece-me

77. Nosso livro *Contratos*, p. 574.

78. A jurisprudência tem presente esta distinção: Assim ensina a jurisprudência do 1º TACiv.SP: “Responsabilidade civil. ... Irrelevante que a contratante do autor tenha contratado com agência de turismo para providenciar o transporte e a permanência. Atuação desta como mandatária a implicar direito de regresso pela via apropriada... Contratação de locadora de veículo em função do prestígio e do nome que mantém no mercado...” (AP 858.941-9, j. 02.08.1999, Juiz Maia da Cunha).

79. Veja decisão in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 20, pp. 232-233.

80. Assim ensina COSTA JUNIOR, p. 41.

81. Veja análise da idéia de Larenz, in CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto*, in *Revista AJURIS*, vol. 71 (1997), pp. 103 e ss.

82. MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e, *Da Boa-fé no Direito Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 1007-1008.

também ao princípio da boa-fé – é o da valorização do equilíbrio ou do nexos entre prestação e contraprestação denominado de sinalagma, que examinaremos com mais detalhes quando do exame da finalidade/garantia destas relações jurídicas.

O quarto fenômeno também poderia ser examinado quando do exame da finalidade, mas parece-nos que sua análise junto ao objeto da relação de serviços é mais útil ao uma visão real da multiplicidade e complexidade das relações de serviços atuais. Não poderíamos, ao fotografar as relações de serviço, deixar de examinar os chamados “atos de consumo por conexidade” ou relações de consumo acessórias. Destaque-se, pois, que hoje podemos classificar as relações de consumo como relações de consumo principal (por finalidade de consumo), relações de consumo por conexidade, por catividade, por acidente (art. 17 do CDC) e incidentais (art. 29 e parágrafo único do art. 2º do CDC).

Para a conexidade das relações a explicação é simples: na sociedade moderna por vezes as relações contratuais são tão conexas, essenciais, interdependentes e complexas que é impossível distingui-las, realizar uma sem a outra, deixar de realizá-las ou separá-las. E assim, se uma das atividades (ou fins) é de consumo acaba por “contaminar”, por determinar a natureza

acessória de consumo da relação ou do contrato comercial. Um bom exemplo, foi a telefonia a algum tempo atrás, em que para adquirir uma linha telefônica tinha o consumidor de comprar ações conexas.<sup>83</sup> O consumidor/usuário de serviços telefônicos transformava-se em acionista da empresa pública, mas era em verdade (e finalisticamente) destinatário final dos serviços da empresa. Era esta a sua causa inicial e final (o que lhe movia e o que aspirava alcançar no final), era este uso do telefone que ele queria atingir, sendo a titularidade das ações conexas apenas uma imposição legal da época. Há que se dar destaque a esta conexidade de consumo, pois é esta determinante da interpretação (do regime e dos efeitos) que se dará aos contratos e relações acessórias (talvez não de consumo *stricto sensu*).

Mister, pois estudar e estar ciente das redes de contratos, as redes de consumidores e os atuais contratos coletivos ou sistêmicos. A união de contratos, seu encadeamento em redes, cadeias de fornecimento, formação de grupos de consumidores alvo é o novo meio que se utiliza o mercado para a satisfação de um interesse, o qual não se poderia realizar através das figuras típicas contratuais existentes e do modo de negociação e contratação clássico, mas que o encadeamento/simultaneidade de contratos permite.<sup>84</sup>

83. Veja decisão sobre o caso na jurisprudência, in Revista Direito do Consumidor, vol. 29, p. 173 e ss.: “...a Lei nº 8.078/90 estabelece, amplamente, o alcance de suas disposições...quando houver dano ao consumidor, sendo este equiparado a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, entre os quais se inserem, sem nenhuma distinção, os usuários, adquirentes de linha telefônica, e os acionistas...na realidade e no caso do contrato de participação financeira em investimentos para expansão e melhoramentos dos serviços públicos de telecomunicações, essas relações estão atreladas e intimamente ligadas...” (juiz de Direito Osmar Bocci, São Paulo, j. 22.09.1998, pp. 176, 177 e 178)

84. Assim LORENZETTI, Ricardo, *Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*, in Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese, v. 16, 1999, pp. 161 e ss., também publicada in Revista Direito do Consumidor, vol. 28 (1999), pp. 22 e ss.

A conexidade é, pois, o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes.<sup>85</sup> Na doutrina,<sup>86</sup> distinguem-se três tipos de contratos conexas de acordo com as suas características básicas de possuírem fim unitário (elemento objetivo), de se existir uma eventual vontade de conexão ou união (elemento subjetivo) ou se a conexão foi determinada por lei (compra e venda com financiamento do art. 52 do CDC), quais sejam:

1. *Grupos de contratos*, contratos vários que incidem de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim. Cada contrato (por exemplo, contratos com um banco múltiplo popular e um consumidor com conta corrente) tem um objetivo diferente (cartão de extratos, crédito imediato limitado ao cheque especial, depósito bancário simples) mas concorrem para um mesmo objetivo (conta corrente especial do consumidor) e somente unidos podem prestar adequadamente.<sup>87</sup>

2. *Rede de contratos*, em que cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação. É a estrutura contratual mais usada pelos fornecedores ao organizar a suas cadeias de prestação ao consumidor com fornecedores diretos e indiretos, como no caso do seguro-saúde, também usada nas colaborações entre fornecedores para a produção (e terceirizações) e distribuição no mercado.<sup>88</sup>

3. *Contratos conexas stricto sensu*, são aqueles contratos autônomos que por visarem a realização de um negócio único (nexo funcional), celebram-se entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e vinculam-se por esta finalidade econômica supracontratual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade.

Aqui o círculo se fecha e a nova visão do objeto da relação influencia diretamente a de sujeito desta. Assim, por exemplo, há relação ou contrato de consu-

85. Veja por todos, LORENZETTI, pp. 22 e ss.

86. Aqui aproveitamos dos ensinamentos da doutrina italiana sobre “collegamento” (MESSINEO, GANDOLFI, GALGANO), da doutrina francesa sobre “groupes de contrats” (TEYSSIE, LARROUMET), da doutrina alemã sobre “komplexe Langzeitverträge” (MARTINEK) e “verbundene Geschäfte” (MEDICUS), da doutrina argentina sobre “redes contractuales” (LORENZETTI) e sobre “conexidad negocial” (MOSSET ITURRASPE), da doutrina norte-americana sobre “relational contracts” (MACNEIL), da doutrina inglesa do “collateral contracts” (ATIYAH) e da doutrina brasileira sobre coligamento e contrato relacional (Orlando GOMES e Ronaldo PORTO MACEDO), em classificação que esperamos unificadora.

87. Assim concorda LORENZETTI, p. 47, frisando a garantia e responsabilidade pelo êxito comum. Na XVII Jornada Nacionales de Derecho Civil, em Santa Fé, Argentina, foi dada nova denominação, desta vez de “sistema de contratos”, que seria “un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales” (Conclusões ainda inéditas).

88. Assim concorda o grande jurista argentino em sua novel obra, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Conexas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, pp. 119 e ss. Destaca o autor, *op. cit.*, p. 46, que existem “cadeias independentes de contratos” de fornecedores onde pode haver conexidade, mas não “nexo funcional”, pois estes contratos não têm destinação comum, por isso preferimos a expressão de LORENZETTI, “redes”.

mo conexo na relação entre conveniado (mesmo que dependente) ligado a sindicato/empresa com contrato coletivo (contrato em grupo) e fornecedora de planos e seguros de assistência à saúde (contratos coligados por função econômica única). O mestre argentino RICARDO LORENZETTI ensina a importância desta visão amplificadora, frisando que neste caso há causa contratual individual e a causa sistêmica ou sistêmica, que une o grupo, mencionando que são duas distintas, logo que há individualidade de direitos e interesses apesar da rede ou grupo organizacional de contratos, o que há é um limite mais claro ao não poder prejudicar os interesses do grupo. Em outras palavras, se no plano da existência trata-se de relação de consumo por conexidade haverão reflexos claros no plano da eficácia, com o nascimento de direitos e deveres para um maior número de participantes.<sup>89</sup>

Como ensina LORENZETTI,<sup>90</sup> considerado o fenômeno das cadeias de fornecimento, das redes coligadas de contratos principais e acessórios para a prestação de uma finalidade coletiva de consumo, da organização de grupos de consumidores para melhor distribuição do consumo, o direito hoje deve considerar que em se tratando de relação de consumo (art. 3º do CDC)

não há mais terceiro, "vítima" ou "beneficiário", há consumidor (art. 2º, 17 e 29 do CDC). Assim reflexamente, todo o "consumidor", assim considerado pelo CDC, é parte legítima para exercer seus direitos básicos (de fundo constitucional) assegurados no art. 6º do CDC, inclusive o de combate às cláusulas abusivas, práticas abusivas, de acesso à justiça e de inversão do ônus da prova. A ele foi dada uma nova "pretensão" frente a este fornecedor.

Esta nova visão qualificada e ampliadora das relações de consumo é necessária para uma boa aplicação do CDC. Assim, pode ser um indicador da conexidade de relações contratuais (de consumo) e da vulnerabilidade *in concreto*, por exemplo, a posição de catividade, sujeição e dependência no tempo que esteja reduzido um dos co-contratantes.<sup>91</sup> Assim, por exemplo, se alguém é cliente de um grupo bancário e lá possui sua conta especial, muitas vezes é levado a ter uma conta poupança anexa a sua conta-depósito, ou uma poupança de determinada monta para poder obter um crédito, ou uma cobertura de seguro (consumo conexo). Com os bancos múltiplos populares este estado de "catividade", de interdependência de uma série de negócios entre os mesmos parceiros passou a ter certa relevância jurídica,

89. Assim LORENZETTI, Ricardo, *Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*, in Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese, v. 16, 1999, pp. 161 e ss.

90. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 198.

91. Em magistral artigo, conclui Ronaldo Porto Macedo: "1. A relação de consumo ensejadora da proteção jurídica do CDC se configura independente da existência de uma contratação direta de consumo. 2. Haverá relação de consumo sempre que o contrato entre empresas para o fornecimento de bens ou serviços atinjam consumidores finais trabalhadores vulneráveis e não envolva a aquisição de insumos ou bens de produção.... 4. Os planos de saúde e de previdência privada pagos integralmente pelo empregador em favor de seus funcionários estão submetidos ao CDC naquilo em que afetarem os interesses dos consumidores". (MACEDO, Ronaldo Porto, *Relação de consumo sem contratação de consumo direta. Quando o empresário paga a conta*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 27, pp. 42 e ss.).

pois o parceiro mais fraco tem dificuldade de sair do vínculo e o parceiro mais forte tem facilidades de exigir do outro qualquer modificação (novação/cessão/denúncia)<sup>92</sup> em um vínculo menos importante, desde que mantenha o vínculo mais importante para o consumidor. A catividade é interdependência entre parceiros e vínculos múltiplos no tempo, a conexidade é o método de comercialização e *marketing*, é a conseqüência, que hoje pode ser facilmente fotografada no mercado nacional.<sup>93</sup>

## 2. Materialização dos fazeres: a aproximação de regime das obrigações de fazer e de dar no CDC

Na análise do objeto, isto é, o "fotografar" das prestações e pretensões de cada um dos contratantes, dois aspectos devem ser ainda destacados. O primeiro é a tendência de materialização dos fazeres que o CDC exprime, criando inclusive a figura do vício de informação (art. 20 do CDC)<sup>94</sup> e a conseqüente aproximação que realiza (ou almeja) dos regimes das obrigações de fazer e de dar, se de consumo. O direito de crédito (pessoal e coercitivo) transforma-se para aproximar-se de um direito de "domínio", mesmo que relativo para o consumidor, patrimonializa-se, materializa-se no mundo exterior, desprendendo-se e indepen-

dizando-se da pessoa do devedor de forma a facilitar sua realização por terceiros ou pelo devedor mesmo.<sup>95</sup> É o que os doutrinadores alemães desde a década de 50 denominam "coisificação" (*Verdinglichung*) da obrigação.<sup>96</sup>

Serviço é obrigação de fazer, em contraposição às obrigações de dar. No plano da eficácia, observamos como resultado o nascimento de um direito de crédito (pessoal/patrimonial). O direito ou pretensão resultante do serviço é um crédito, que alguém faça algo, não um direito real sobre coisa. O regime destes dois tipos de relação sempre foram distintos. No sistema do CDC, há uma clara tentativa de aproximar estes regimes. As opções do consumidor são as mesmas, concerto ou reexecução, *quantum minoris* e rescisão com perdas e danos (compare arts. 18 e 20 do CDC). O dever de qualidade adequação (dever eminentemente contratual) é imposto a toda cadeia de fornecedores (*caput* do art. 20 do CDC), logo, solidariamente nasce para todos o dever de qualidade do serviço, responsabilidade não mais importando a fonte, se contratual ou extracontratual em relação àquele consumidor específico (isto é, se o fornecedor indireto ou direto do serviço contratou ou não com aquele consumidor ou ex-terceiro). Da mesma maneira, a importância de tratar-se de *obrigação de meio* ou *de resultado*, mesmo mantendo-se, dimi-

92. Concluíram sobre o estado de sujeição/submissão/catividade estudos no mundo inteiro, veja LOMNICK, Eva, *Unilateral variation in banking contract: an unfair term?* e HOWELLS, Geraint, *Seeking social justice for poor consumers in credit markets*, ambos in CARTWRIGHT, Peter (Ed.), *Consumer protection in financial services*, Kluwer Int., Haia, 1999, respectivamente pp. 99 e ss. e pp. 239 e ss.

93. Veja o nosso, *Contratos bancários em tempos pós-modernos*, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 21.

94. Sobre o tema veja LÔBO, pp. 65-66.

95. Assim também COSTA JÚNIOR, p. 51.

96. Veja, em português, COSTA JÚNIOR, pp. 51 e ss.



nui sensivelmente, uma vez que o cumprimento dos deveres anexos de informação, cooperação e cuidado (todos fazeres importantes) sempre são “obrigações” de resultado. Assim, em relações de serviço apenas a prestação principal de fazer mantém sua característica de obrigação de meio ou de resultado.

Observa-se na aplicação prática do CDC, que a jurisprudência vê com bons olhos esta aproximação dos regimes, exigindo o cumprimento dos deveres anexos, em especial de informação e de redação dos contratos de toda a cadeia de fornecimento,<sup>97</sup> aplicando as multas diárias como forma de pressão,<sup>98</sup> não considerando força maior e caso fortuito o descumprimento do prazo em virtude da atuação de terceiro, se este é parte da cadeia de “serviço”.<sup>99</sup>

### C) Finalidade/Garantia

Em geral, a finalidade econômico-social de um ato humano é elemento

qualificador e categorizador deste, nas relações de consumo o mesmo ocorre, só que com intensidade ainda maior.<sup>100</sup> Assim é que, antes de analisarmos as garantias dos consumidores na prestação de serviços e sua evolução em relação as garantias existentes nas relações civis outras, gostaria de frisar que a relação de consumo é finalista, sua finalidade intrínseca e particular é o “consumo” *lato sensu*. Já que estamos aqui no exame dos elementos da relação jurídica, mister destacar aqui como características destes serviços de consumo seu elemento finalístico. E esta finalidade que move o consumidor, esta é a base do negócio, é a pressuposição objetiva que movimenta estes agentes econômicos no mercado. Falho seria examinar a relação de consumo sem ter em conta a sua finalidade, mais especificamente as expectativas agora legítimas dos consumidores que entram, se expõe ou intervêm nestas relações jurídicas envolvendo serviços.<sup>101</sup>

97. Interessante jurisprudência do TJRS sobre dever de informar e de redigir claramente nos consórcios: “Consórcio. Contemplação por sorteio. Opção por outro bem. Falência da concessionária...responsabilidade solidária da Administradora do plano consorciado. Código de Defesa do Consumidor. ... 2. A obrigação imposta à consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem, deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se ao princípio da boa-fé e garantia do exercício do direito. Aplicação dos arts. 30 e 54 do CDC (TJRS, EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Des. Fernando Braf Henning Júnior).”

98. Veja Resp. 220232-CE, j. 02.08.1999, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

99. Caso interessante foi julgado pelo TJRS: “Ação de cobrança de multa cominada com constituição negativa de cláusula contratual abusiva. Instalação de terminal telefônico em sistema de telefonia comunitária. Atraso na entrega. Descumprimento contratual. Nulidade de cláusula contratual que prevê a transferência de responsabilidade a terceiros. Art. 52, III, do CDC. Força maior e caso fortuito inocorrentes. Responsabilidade da contratada...Em se tratando de empresa que atua no sistema de comunicações, prestando serviços às concessionárias de cada Estado de forma atuante, sabedora da possibilidade de atrasos na entrega do que foi contratado, não lhe é dado estipular prazos em contrato, gerando expectativa junto ao contratante, ficando descaracterizada a defesa de força maior ou caso fortuito”. (TJRS, APC 599288024, 17ª C.Civ., j. 15.06.1999, Des. Elaine Harzheim Macedo)

100. Assim LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, p. 23.

101. Assim também LISBOA, Roberto Senise, *A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro*, Coleção Saber Jurídico, Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1997, p. 33: “Os elementos intrínsecos do negócio jurídico são: o consensualismo..., a forma, a operação...e a causa (finalidade ou motivo da sua realização). O vocábulo “causa” significa, em língua portuguesa, a razão, o motivo, a origem. No universo jurídico, a causa é a finalidade, o motivo ou o objetivo pelo qual um sujeito de direito acaba por firmar o negócio jurídico”.

Quanto à garantia, gostaríamos de analisá-la como elemento intrínseco da relação (outra face da mesma moeda, a obrigação) e não apenas como “sujeição” reflexa do patrimônio do devedor. A garantia de efetivação do vínculo obrigacional sempre foi a subordinação do devedor ao poder do credor, sujeição de seu patrimônio à satisfação do interesse do credor.<sup>102</sup> No sistema do CDC, a garantia é intrínseca a relação e imperativa. É garantia direcionada para o cumprimento da primeira obrigação, para as prestações principais (e de conduta) e não para as eventuais perdas e danos ou para a responsabilidade resultante do descumprimento. É uma garantia positiva, de atuação, que coloca o fornecedor em uma posição de “dever”, de sujeição bastante ampla e nova frente as pretensões concretas que nascem para os consumidores. É garantia, pois, do consumidor de cumprimento da obrigação de fazer e sob esta nova ótica protetiva deve ser estudada.

### 1. Finalidade da relação de serviço: causa, expectativas legítimas e remuneração direta ou indireta dos serviços

A relação de consumo concretiza-se na sua causa (*Zweckursache*), causa inicial e final, na sua finalidade, que é naturalmente de consumo. Esta certeza ajudará em muito o exame do plano da existência, isto

é, a caracterização da relação envolvendo serviços como de consumo ou não, pois é sempre possível perguntar se a *causa (inicial e final) principal, a causa do contrato acessório de consumo ou por conexidade (até mesmo a causa do acidente)* foi de consumo ou de produção. Para entender um fenômeno, a natureza de um ato ou relação, a primeira pergunta a se realizar é sobre o porquê deste fenômeno (“*Warum*”).<sup>103</sup> Na interpretação das normas, o porquê é questionado enquanto *ratio legis* (“*Grund*” e “*Zweck*”, interpretação teleológica). Já, na aplicação das normas aos fenômenos da vida, o porquê é questionado enquanto base e *causa* (“*Grund*” e “*Ursache*”) para a atuação do ser humano. O fenômeno em si (ato ou relação) é visto como simples resultado (*consequentia, effectus*).

Assim, da análise das características do fenômeno é que se descortinará sua causa, sua base, o seu porquê.<sup>104</sup>

Efetivamente *causa* e *effectus* relacionam-se entre si, são um o pressuposto do outro, mas somente a causa é elemento intrínseco, básico do fenômeno,<sup>105</sup> no caso, da relação jurídica. Segundo ROBERTO SENISE LISBOA, o “Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é ‘o destinatário final do

102. Assim ensina COSTA JÚNIOR, p. 47.

103. Assim LAUN, Rudolf, *Der Satz vom Grunde- Ein System der Erkenntnistheorie*, 2. ed., Tuebingen, 1956, p. 58. Trata-se, segundo Aristóteles, do início de toda investigação e base do conhecimento daí resultante (“*berste Anfang des Wissens*”).

104. LAUN, *op. cit.*, pp. 51 e ss.

105. Estamos utilizando os conceitos de base (*Grund*) e causa (*Ursache*) como sinônimos, de forma a facilitar e reduzir a análise, mas estes são em sentido estrito e filosófico, diferenciáveis, veja detalhes em LAUN, *op. cit.*, p. 52.

produto ou serviço”<sup>106</sup>. Esta diferenciação entre *efeitos* (“*Wirkungen*”), conseqüências materiais e fáticas do ato (“*sein*”), e a *causa*, em especial a *causa finalis* (“*Zweckursache*”), aquilo que se pretendia alcançar com o ato e a *causa efficiens*, causa inicial (“*Wirkursache*”), aquilo que movimentou o indivíduo a contratar, pode ser muitas vezes útil para caracterizar um ato como de consumo. Em outras palavras, os efeitos estão no mundo dos fatos (o que é, “*sein*”) e a causa, a base, a finalidade está no mundo do direito (o esperado “*sollen*”). A base contratual, a sua finalidade, é característica ou elemento intrínseco da relação juridicamente relevante, estudada no plano da existência. Assim, por exemplo, uma relação jurídica que vise beneficiar consumidores (equiparados) com planos de saúde, tem causa de consumo, não importando como aparecerá no mundo dos fatos, por exemplo, contrato assinado entre o empresário que emprega trabalhadores (beneficiários junto com seus dependentes do plano) e uma cooperativa.<sup>107</sup>

Relembre-se, por fim, também que muitas são as relações cativas de longa duração envolvendo serviços. Tratam-se de relações de serviço que se prolongam no tempo, não por sua natureza intrínseca, mas por sua característica finalística. Assim, por exemplo, quem possui uma conta corrente está vinculado a um fornecedor bancário por anos e geralmente concluirá com este mais de um negócio jurídico neste tempo (seguro de vida, de acidentes, de roubo do

cartão, de saúde, etc.), outro bom exemplo é a poupança popular, quem possui uma poupança deixará lá seu dinheiro por mais de 30 dias, apesar de poder retirá-lo antes, justamente porque a finalidade do contrato prevê a remuneração direta do consumidor somente ao fim deste período.

Seria impossível finalizar esta análise da “finalidade” nas relações de serviço, sem enfrentar mais afundo o tema da expectativa legítima do fornecedor de ser remunerado, como elementos categoriais dos contratos de serviço regidos pelo CDC no plano da existência: só será serviço de consumo a atividade “remunerada” (art. 3º, § 2º do CDC). Mister aqui frisar a evolução que o CDC propõe entre “onerosidade” e “remuneração” e que nem sempre está sendo compreendida pela Jurisprudência.

Quanto a este aspecto, vale frisar mais uma vez 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. 3º 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” signi-

fica 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.

Só existem três possibilidades, ou o serviço é remunerado diretamente ou o serviço não é oneroso, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente), e se for “remunerado” indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes.

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, re-

muneração 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 contra-prestação 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)<sup>108</sup> para este frente ao outro. A questão principal é descobrir se a necessidade de prestar (*condictio*) tem origem contratual,<sup>109</sup> 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*) te-

106. LISBOA, op. cit., p. 34.

107. Veja MACEDO, *Relação de consumo sem contratação de consumo direta*, pp. 42 e ss.

108. Veja por todos LOEWENHEIT, Ulrich, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munique, 1989, pp. 13 e ss.

109. Assim ensina magistralmente MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht II*, Beck, Munique, 1987, p. 286.

ria 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, *quase-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.<sup>110</sup>

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 movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestações futuros 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. O próprio fundador do movimento, RICHARD A. POSNER, em já famoso estudo, alerta: “*Why would ‘economic man’ ever make a promise without receiving in exchange something of value from the promisee, whether it be money, a promise of future performance beneficial to the promisor, or something else of value to him? It is tempting to answer this question simply by involving ‘interdependent utilities’... The approach taken here is that a gratuitous promise, to the extent it actually commits the promisor the promised course of action (an essential qualification), creates utility for the promisor over and above the utility to*

110. 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, in Revista dos Tribunais 760, p. 127.

*him of the promised performance. At one level this proposition is a tautology: a promise would not be made unless it conferred utility on the promisor. The interesting question is how it does so. I shall argue that it does so by increasing the present value of an uncertain future stream of transfer payments”*.<sup>111</sup>

Em decisão do 1º TACiv.SP, o eminente Relator Juiz SILVEIRA PAULILO afirmava: “O Código de Defesa do consumidor quando define serviço, dispõe ser ele qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito... A caderneta de poupança é, sem dúvida, um serviço colocado à disposição do consumidor pelos bancos, que lucra com isso. A “remuneração” à qual alude a lei não é somente uma contraprestação pecuniária paga pelo interessado, mas qualquer tipo de lucro que se possa extrair da atividade oferecida”.<sup>112</sup>

Se a relação de consumo tem como finalidade algum tipo de remuneração, mesmo que indireta do fornecedor está ela incluída no regime do CDC, como comprova até mesmo o art. 39, III e parágrafo único que visam regular relações “gratuitas”, mas claramente de consumo.

## 2. Garantia: prevalência da execução específica e uma nova visão do adimplemento

O CDC introduz um efetivo sistema de garantia legal (e imperativa) das obriga-

ções (também as envolvendo serviços) em seus artigos 18, 20, 23, 24 e 25. A garantia contratual será voluntária e complementar à legal e imperativa. Esta garantia legal envolve a idéia de qualidade adequação dos serviços (art. 23), continuidade e eficiência (art. 22, para os serviços públicos e expúblicos, em especial os essenciais), qualidade nas peças de reposição e consertos (art. 21, todos do CDC).

O CDC inova o sistema brasileiro ao introduzir uma noção de vício do serviço em seu art. 20, garantia legal imperativa (art. 1º, 24 e 25 do CDC). Não que no sistema do direito civil tradicional não existisse remédio jurídico para a falha na execução do serviço contratado; simplesmente, o caso era considerado como inadimplemento contratual e não como vício redibitório. Os prazos de prescrição e decadência estendem-se a favor do consumidor, agente normalmente passivo e sem conhecimento de seus direitos (arts. 26 e 27 do CDC).

A segunda inovação é a preferência dada pelo sistema ao cumprimento (voluntário ou não) da primeira obrigação (*Schuld*), isto é, enquanto o sistema tradicional está mais voltado para a responsabilidade civil, isto é, os deveres de indenizar, o sistema do CDC está mais voltado para os deveres de conduta e de fazer, deveres primários na relação. Na figura de linguagem de KARL LARENZ, a obrigação (*Schuld*) é um edifício, formado por tijolos

111. POSNER, Richard A., *Gratuitous Promises in Economic and Law*, in *The Economics of Contract Law*, Kronman, Anthony e Posner, Richard A., Ed. LB, Boston, 1979, p. 46, artigo publicado originalmente em 6 J. Legal Studies 411(1977).

112. Ap. Civ. 581.830/6, j. 25.04.1996, Rel. Juiz Silveira Paulilo, 1º TACiv.-SP.

chamados deveres, e este edifício projeta necessariamente uma sombra, a responsabilidade (*Haftung*).<sup>113</sup> A quem for imputado o dever, é ele que será responsabilizado (*haftet*).<sup>114</sup> Em face da imputação do dever (*ex lege*) não mais importa se o débito ou obrigação (*Schuld*) é própria, a fonte comum é a lei tutelar, há obrigação do fornecedor direto e indireto de serviços, responsabilidade plúrima e solidária por um só débito frente aos consumidores, eventualmente também plúrimos.

O sistema do CDC, ao permitir a reexecução do serviço (art. 20, I do CDC), assim como a sanção do vício (art. 18 do CDC), dá uma nova opção para que o consumidor consiga realizar suas expectativas legítimas, ligadas diretamente ao fazer, da prestação principal e primária, não ao indenizar (outra opção do art. 20, II do CDC) ou ao ver reduzido o preço do serviço (outra opção do art. 20, III do CDC). A opção é do consumidor, que pode escolher alternativamente entre estas opções, preservando assim seus interesses no caso.

No sistema do CDC em matéria de serviço, a preferência pelo cumprimento da obrigação primária é tão valorada que o CDC traz todo um regime (processual) específico para as relações jurídicas de consumo de serviços, incluindo a possibilidade do juiz conceder a “tutela específica da obrigação” ou determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente

ao do adimplemento” (art. 84) e criando medidas efetivas para tal (§ 5º do art. 84 do CDC) até liminarmente tal (§ 3º do art. 84 do CDC). O caminho clássico da conversão em perdas e danos (dever de indenizar, obrigação secundária) “somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente” (§ 1º do art. 84 do CDC). Além do que permite-se e indica-se como caminho de pressão deste cumprimento da obrigação primária de fazer, as *astreintes* ou multas diárias tal e a fixação de prazo para a realização da obrigação esperada pelo consumidor (§ 4º do art. 84 do CDC). A evolução no Direito Civil que este sistema do CDC representa só pode ser bem valorada se relembrarmos que a execução forçada ou a execução específica era antes considerada “violência à liberdade”<sup>115</sup> do fornecedor, hoje é seu risco profissional de colocar seu serviço no mercado de consumo. O sistema também não conhece limitações quantitativas à responsabilidade do fornecedor de serviços, ao contrário beneficia o consumidor com a pretensão de uma “efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (art. 6º, VI do CDC).

Quanto à nova visão do adimplemento, basta destacar que se o “legitimamente esperado” (programa de prestações, *Leistungsprogramm*) nos contratos envolvendo obrigações de fazer mudou,

ampliando-se as exigências de conduta tanto no aspecto subjetivo do crédito (maior número de consumidores, ex-terceiros agora envolvidos), quanto no aspecto qualitativo (teoria da qualidade adequação e qualidade de segurança do CDC), com destaque para o cumprimento também dos deveres anexos de boa-fé (informação, cooperação e cuidado), evolui – ou ampliou-se – o que se pode chamar de adimplemento/inadimplemento.<sup>116</sup> Cabe destacar que a inexecução ou descumprimento dos deveres anexos leva, no sistema do CDC, ao mesmo regime de inadimplemento do descumprimento dos deveres principais, como exemplifica os artigos 14 e 20 do CDC, garantindo os mesmos direitos e pretensões em caso de descumprimento do dever de informar e do dever de qualidade da prestação principal. Trata-se da já conhecida figura da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*) do direito alemão, resultado da aplicação do princípio da boa-fé.<sup>117</sup> É uma visão binária da obrigação, pois se o princípio da boa-fé cria (e o CDC impõe) estes deveres de informar, cuidar e cooperar, há *Schuld* (obrigação, crédito), logo, há *Haftung* (responsabilidade, dever de indenizar). A diferença é que esta “responsabilidade” não substitui-se, mas une-se, à responsabilidade pela obrigação principal de prestação e, normalmente, é limitada ao máximo desta.<sup>118</sup> É espécie de descumprimento obrigacional (parcial, daí o nome “positivo, referindo-se ao cumpri-

mento do dever principal de prestação). Há aqui, pois, expansão, multiplicação dos deveres e obrigações do fornecedor de serviços.

#### **D) Forma: formalismo informativo e um novo controle formal da vontade do consumidor**

A maioria dos contratos de consumo envolvendo serviços é não formal, isto é, sua forma é livre. Dois aspectos, porém, devem ser destacados aqui: há um novo controle formal dos contratos de serviços e há uma nova formalidade informativa.

Mesmo havendo liberdade de forma no sistema do CDC, se utilizados pelos fornecedores de serviços determinados métodos de *marketing* ou de oferta massificada de contratos, o CDC traz regras específicas sobre o direito de reflexão e arrependimento do consumidor (art. 39 do CDC), sobre a identificação da publicidade (art. 36 do CDC), sobre a inclusão de todas as informações suficientemente precisas (art. 30 do CDC), prestadas diretamente ou por representantes autônomos (art. 34 do CDC), inclusão de pré-contratos, recibos e escritos particulares (art. 48 do CDC), assim como regras específicas para a redação clara dos contratos em geral (art. 46 do CDC), redação clara e destaque das cláusulas limitadoras em caso de contratos de adesão.

113. Veja LARENZ, Bd. I, pp. 23-24.

114. Sobre esta teoria dualista da obrigação, veja COSTA JÚNIOR, p. 53 e minha crítica as traduções portuguesas e espanholas do alemão, in *Contratos*, pp. 427 e ss.

115. Exemplo desta visão tradicional encontra-se em COSTA JÚNIOR, p. 40.

116. Veja doutrina alemã, resumida para juristas não oriundos do sistema, in PÉDAMON, Michel, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 156 e ss. Assim também TIMM, pp. 94 e ss.

117. Veja sobre o tema, em português, FRADERA, Vera Jacob de, *A quebra positiva do contrato*, in *Revista AJURIS*, vol. 44 (1988), pp. 44 e ss.

118. Assim relembra, PÉDAMON, p. 159.

Em sua nova obra sobre o direito contratual europeu HEINZ KÖTZ destaca um fator considerado até então meta-jurídico, como cada vez mais relevante na solução dos conflitos contratuais do momento: a pressão (*der Zwang*). Encontrando-se um dos contraentes em posição vulnerável de pressionado (*Zwanglage*), de estruturalmente submisso (*strukturelle Unterlegenheit*), o exercício de determinados direitos por parte do outro contratante profissional, em posição de poder (*Machtposition*), pode ser um abuso do direito ou um ato contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico.<sup>119</sup>

Parece-me que realmente podemos identificar na nova relevância jurídica deste fator “pressão”. Trata-se de um novo controle formal da vontade dos consumidores. Esta nova relevância jurídica da pressão parece-me ser a origem das normas sobre o direito de reflexão, sobre o direito de arrepende-se sem causa dos contratos concluídos sob a pressão das vendas diretas e agora, por comércio eletrônico. São normas que impõem um grande formalismo informativo para o consumidor, como que tentando protegê-lo de sua condição de inferioridade, de leigo, de vulnerável. São normas tentando protegê-lo da pressão do *marketing*, dos métodos de venda, do consumismo exagerado, do superendividamento, das posições monopolistas dos fornecedores e das novas necessidades criadas pela sociedade de consumo.<sup>120</sup>

Em se tratando de relações contratuais cativas, parece-me importante destacar a nova relevância jurídica deste fator estrutural-social de pressão. A “pressão” está no próprio objeto do contrato, que versando sobre saúde e sobre emergências deve considerar o natural abalo do consumidor e renovar os seus deveres de informar e de cooperar. A “pressão” está na estrutura do contrato, que garantindo riscos futuros, acaba por interessar ao consumidor quanto mais tempo durar e menos interessa a seguradora, quanto mais tempo ou mais sinistros ocorrerem. Em outras palavras, fixe-se que, neste tipo de contrato, o interesse legítimo do consumidor é no sentido da continuidade da relação contratual.<sup>121</sup>

As exigências tradicionais de forma tinham como função a prova do ato (*Beweiszwck*), a prevenção através da cautela e aviso (*Warnzwck*), a determinação do momento de fim das tratativas ou negociação (*Trennungslinie zw. Vertragsverhandlung und Vertragsabschluss*), e função informativa (*Informationszwck*).<sup>122</sup> No sistema do CDC estas funções são exercidas pela imposição de deveres informativos e pela inclusão de todas as informações na oferta *ex vi lege* sempre do fornecedor (arts. 30, 31, 34, 46, 48, 54 do CDC). Também a função de aviso e indício de seriedade foi regulada (art. 39 e 49 do CDC).

119. Veja KÖTZ, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen, 1996, pp. 200 e ss.

120. Sobre a nova importância da informação veja, por todos, LORENZETTI, *Fundamentos*, pp. 238-239.

121. Sobre o tema veja nossa obra, *Contratos*, pp. 68 e ss.

122. Assim KÖTZ, pp. 121/124.

Formalismo informativo é a expressão européia para descrever a importância da informação ao parceiro mais vulnerável, no caso o consumidor, no direito atual, o que não deixa de ser um “formalismo”, um requisito a mais do plano da validade. A diferença esta que o requisito aparece no mundo dos fatos como “formal” (foi o consumidor informado, aconselhado pelo *expert*, foi lhe dado acesso as condições contratuais?), exigido pelos artigos 30, 31, 46 e 54 do CDC, mas em verdade, trata-se de requisito de validade da vontade manifestada pelo consumidor.<sup>123</sup> O sistema do CDC exige – para lhe conceder efeitos e validade plena – que a vontade do consumidor tenha sido livre de pressões e informada. É na formação desta vontade “racional”<sup>124</sup> do consumidor que se incluem as exigências informativas do CDC.

### Considerações finais

Sem querer traçar uma conclusão a esta análise e repetir as observações já realizadas, parece-me possível afirmar que o objetivo desta proposta foi alcançado: Há efetivamente um arquétipo, um modelo de relação jurídica de serviço, um esquema abstrato comum a todas as relações jurídicas de serviço envolvendo um ou cadeia de fornecedores e um ou vários consumidores.

Serviço no CDC seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que en-

volver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fazer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor. Serviços de consumo tem caráter eminentemente negocial, não são neutros, são vinculativos e seu regime impoito pelo CDC é imperativo (risco profissional).

O CDC dedica-se aos serviços como poucas leis brasileiras e a tendência é que um maior número de leis especiais seja aprovado cuidado de serviços de consumo (a exemplo do ocorreu em matéria de planos e seguros de saúde). O CDC traz um modelo contratual compatível e apto para diminuir os problemas e desafios atuais do mercado de serviços de consumo. O sistema do CDC propõe um regime de proteção dos mais fracos na sociedade e de preservação de sua liberdade e autonomia, mesmo frente a serviços essenciais e ex-públicos. Neste sentido podemos agora responder as perguntas formuladas no início desta análise, afirmando que tendo sido identificados uma série de elementos em comum destes fazeres de serviço e um só regime, mesmo assim o CDC sabiamente não criou uma

123. Veja exemplo na jurisprudência do STJ: “Segundo o disposto no § 3º do art. 54 do CDC, ‘os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor’. Caso em que o titular não teve prévia ciência de cláusulas estabelecidas pela administradora, não lhe podendo, portanto, ser exigido o seu cumprimento”, REsp 71.578/RS, j. 05.11.1996, Min. Nilson Naves, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22, pp. 180 e ss.

124. Expressão de CHARDIN, Nicole, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, Paris, 1988, Bibliothèque de Droit Privé, Tome CXCIX, p. 216.

categoria contratual distinta dos contratos de serviço, são os mesmos contratos, característica e um só regime mais protetivo regime para os consumidores.

Concorde-se, pois, com a análise de Atiyah,<sup>125</sup> que desde 1980 há, pelo menos no direito dos contratos, um retorno aos princípios clássicos, justamente porque no mundo pós-moderno e liberal a autonomia de vontade é um dos instrumentos de eficácia econômica. Sempre é, porém, necessário “controlar” e “redistribuir”, função esta hoje repassada ao direito do consumidor e da concorrência, em um mercado livre e atuante, como hoje o brasileiro. É na ousadia da reconstrução, em tempos de desconstrução, que pode estar a função da Teoria Geral. Realizamos neste – talvez longo demais – artigo uma análise tradicional, fortemente abstrata e generalizante, mas com resultados que parecem-me altamente positivos, de descoberta dos instrumentos e normas atualizante e necessárias presentes no CDC. A proposta desta reconstrução é permitir cada vez mais uma melhor utilização prática deste ousado sistema.

Concluo, pois, que é possível propor uma teoria geral do fornecimento dos serviços com base no CDC. Este microsistema traz uma série de modificações e adaptações a seu espírito protetivo e privilegiador dos consumidores em geral, que deve ser leva-

do em conta, em verdadeira evolução necessária do sistema de prestação de serviços do direito comum. O grande desafio do aplicador da lei é conhecer tão bem este sistema especial, de forma a utilizá-lo cada vez mais na prática. Aos advogados, defensores públicos, procurados e membros do Ministério Público está lançado o desafio. Parece-me que a jurisprudência brasileira já está pronta para tal visão nova dos “serviços de consumo”. Assim, faço minhas as belas e ousadas palavras do TJ/RS em caso recente de consórcio:

“... a relação jurídica consorcial reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de ‘pós-moderna’, reflexiva da globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva as funções de modificação, adaptação à prestação contratual, ou mesmo à resolução do contrato”.<sup>126</sup> “A responsabilidade, no caso, não é só solidária, mas também objetiva. Se continuarmos a olhar o novo, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, com os olhos do velho, ou seja, do Código Civil Brasileiro, vamos passar a ser merecedores da crítica que Pontes Miranda já fazia: ‘O Brasil se especializou em fazer reformas que nada mudam’”.<sup>127</sup> No caso da teoria geral os serviços no CDC, a mudança já aconteceu...

125. ATIYAH, pp. 27 e ss.

126. Número 4 da ementa do acórdão TJRS, EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Des. Fernando Braf Henning Júnior.

127. Des. Elaine Harzheim Macedo do TJ/RS, voto, p. 20, in EI 599178050, 9º Grupo Cível, j. 17.08.1999, Rel. Des. Fernando Braf Henning Júnior.

## Códigos Únicos Y Restatements para Unificar La Regulación Internacional Del Contrato

(Su influencia en el Proyecto de Código Civil de 1998)

*Claudia R. Brizzio*

Profesora regular de Derecho Civil - Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (República Argentina). Profesora honoraria de la Universidad Católica Santa María de Arequipa (Perú). Profesora visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

**1.** Las circunstancias actuales. En la segunda mitad del siglo XX se asistió al fenómeno de creación de grandes bloques económicos, con formas políticas adecuadas a ellos.

Luego de la 2ª Guerra Mundial, en Europa se ensayaron mecanismos de integración. En 1948 Bélgica, Holanda y Luxemburgo formaron el Benelux. Luego, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero resultó del Tratado de París del 18 de abril de 1951, y fue integrada por Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo.

Estos mismos países firmaron, el 25 de marzo de 1957, el Tratado de Roma, constitutivo de la *Comunidad Económica Europea*, con la finalidad de formar gradualmente un mercado común (artículos 3 y 8 del Tratado), creando -entre otros órganos- el Consejo de Ministros, la

Comisión, y la Corte de Justicia. Conforme al artículo 189 del Tratado de Roma (según el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992), “el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas”; la directiva “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Las directivas tienden a “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común” (artículo 3, inciso h). A su vez, hay una Corte de Justicia de la Comunidad, que garantiza “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación” del Tratado de Roma (artículo 164), y resguarda al Derecho Comunitario, al propender a su aplicación uniforme por los Estados miembros, y evitar que los Derechos