

próprio punho desse ato de última vontade do testador, sem testemunhas, que poderá ser confirmado a critério do juiz, no ato de publicação e registro judicial do testamento (art. 1.879).

Na ordem formal, o Projeto simplifica, sem comprometer a validade do ato, os requisitos exigidos pela codificação de 1.916. As três modalidades de testamento comum podem ser escritas manual ou mecanicamente, esta por qualquer instrumento mecânico, inclusive por digitação, desde que todas as páginas sejam numeradas e autenticadas com a assinatura do testador ou por quem a seu rogo o escrever (arts. 1.864 e 1.868, respectivos parágrafos únicos e art. 1.876, § 2º). Os testamentos cerrado e particular podem ser escritos em língua estrangeira, naturalmente se o testador e as testemunhas forem versadas na língua escolhida (arts. 1.871 e 1.880).

Quanto ao número de testemunhas que devem obrigatoriamente estar presentes no ato, o Projeto as reduziu para duas, no testamento público e no cerrado, as cinco testemunhas exigidas pelo Código vigente (arts. 1.864, I e

1.868, I) e para três, pelo menos, no testamento particular (art. 1.878, § 1º), quando para esta modalidade são também exigidas cinco no estatuto de 1.916. Para a modalidade especial de testamento marítimo são exigidas duas testemunhas, como na codificação anterior e para a outra modalidade especial do testamento aeronáutico, ora criada, as mesmas duas testemunhas (art. 1.888), enquanto que, para a modalidade especial do testamento militar, são mantidas as duas testemunhas exigidas no estatuto anterior, ou três, se o testador não puder ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma das testemunhas (art. 1.893).

Aqui, nesta breve exposição, apresentada de maneira sumária por exigência de espaço no período em que será publicada, traz-se a notícia dos novos institutos da ordem civil moderna, acolhidas pelo Projeto, e bem assim as principais modificações e supressões dos contemplados na codificação de 1.916, com o escopo de substituí-la em sua integralidade por um novo estatuto consentâneo com as conquistas humanas, sociais, culturais e econômicas da Nação.

Relações de Consumo na pós-modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos Artigos 2º e 29 do CDC¹

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.
Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen e Especialista em Integração Européia pelo Europa-Institut, Saarbrücken, Alemanha

INTRODUÇÃO

Neste belo encontro sobre os Desafios do direito atual, gostaria de aprofundar a análise do campo de aplicação do CDC,² concentrando-me em dois aspectos ainda polêmicos das relações de consumo e que me parecem decisivos na prática: no campo de aplicação subjetivo do CDC, a ainda viva discussão sobre o sujeito de direito consumidor, e, em especial, so-

bre quais os critérios usados para a identificação deste sujeito tutelado na doutrina e na jurisprudência, mister, pois, analisar este novo sujeito pós-moderno de direitos, o consumidor, destacar sua pluralidade, fluidez e finalismo impostos pela técnica do CDC, propondo critérios, ao mesmo tempo, atualizados e sólidos para sua identificação nas relações de consumo (Parte I)³ e, no campo de aplicação material do CDC, útil parece-me uma reflexão mais detida sobre

¹ Versão atualizada da palestra apresentada no Seminário "Desafios do Direito Contemporâneo" do Mestrado em Direito da Faculdade de Campos (RJ), 1999. A autora agradece à Profª. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi e ao Prof. Dr. Gustavo Tepedino as instigantes discussões sobre o tema e o agradável e estimulante trabalho conjunto na cadeira "Relações de consumo" no Mestrado Acadêmico de Campos.

² Em meu artigo, "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", publicada em *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 79 a 122, analisei as relações de consumo, com especial ênfase nas prestações envolvendo de serviços, analisando seus elementos intrínsecos, a nova noção de obrigação, total e cooperativa, a idéia de vinculação própria por atos pré-negociais e os seus elementos externos, os sujeitos (consumidor e fornecedor), o objeto, e a finalidade destas relações de consumo como reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

³ Esta parte da exposição será desenvolvida também para o V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, a acontecer em Belo Horizonte, de 2 a 5 de maio, a ser publicada em seus anais com o título: "Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos", ainda inédito.

as relações de consumo envolvendo serviços, em especial o seu objeto e finalidade, uma vez que tratam-se hoje de relações complexas, com múltiplas e conexas prestações, e que se analisadas superficialmente, poderiam até ser consideradas relações gratuitas frente ao consumidor-vítima, apesar do serviço ser em si “remunerado”, direta ou indiretamente, como exige o CDC para sua aplicação (Parte II).⁴

A relação de consumo é intrinsecamente “relacional”,⁵ isto é, depende da presença simultânea de dois agentes especiais interagindo, um consumidor e um fornecedor,⁶ e é “finalística”, pois concretiza-se na sua causa, causa inicial e final, na sua finalidade, que é naturalmente de consumo. Segundo 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.... 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).⁷

Em resumo, na relação de consumo estão presentes, relacionando-se, atores econômicos específicos, agentes que a lei denomina de “fornecedor”, o profissional que fornece produtos ou serviços e “consumidor”, o outro, aquele destinatário final do produto ou do serviço (Art. 2 do CDC) ou aqueles a ele equiparados (Parágrafo único do Art. 2º, Art. 17 e Art. 29 do CDC). O campo de aplicação do CDC é, portanto, especial, no que se refere aos sujeitos (*ratione personae*) e geral, no que se refere aos contratos em espécie (*ratione materiae*), incluindo as relações envolvendo serviços em geral, e as especialmente mencionadas atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excluídas apenas as relações de caráter trabalhista (Art. 3º § 2º do CDC). Analisariamos neste artigo, pois, dentre os elementos externos das relações de consumos, nos sujeitos da relação, apenas o consumidor (Parte I), o objeto e a finalidade da relação de consumo envolvendo serviço (Parte II), deixando de analisar o sujeito fornecedor, o objeto das relações de fornecimento de produtos e o elemento forma.⁸

A opção pela estudo apenas das relações de consumo envolvendo serviços é oportuna, pois permite uma análise pós-moderna.⁹

⁴ Sobre este tema, iniciamos as reflexões no referido artigo, 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, que nos servirá de base.

⁵ Assim concorda Antonio Janyr DALL'AGNOL, citando Fábio Ulhoa COELHO, in Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - Aplicação do CDC nas atividades bancárias, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27 (1998), p. 9.

⁶ Veja nossa obra MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3. ed., 1999, p. 140 e seg.

⁷ NERY, Nelson Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 342.

⁸ Nestes pontos, remeto-me às análises já realizadas em nosso artigo, Proposta de uma teoria geral dos serviços, vol. 33 (2000), p. 79 a 122.

⁹ Esta análise pós-moderna é uma homenagem ao mestre orientador de Doutorado, Prof. Dr. Dr. h. c. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, que em seu brilhante curso de Haia lançou sua teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito que agora trazemos para o direito civil e expandimos, com a devida vênia. Veja JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne* - in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, pg. 36 e seg.

Hoje o economicamente relevante, na sociedade atual, é prioritariamente, o imaterial, os fazeres e serviços complexos do novo mercado brasileiro.¹⁰ Seria inútil, porém, analisar estas relações de consumo fora de seu contexto atual (pós-moderno). Eis, porque, queremos analisá-las no contexto da sociedade brasileira deste final de século XX, pois como afirma o título deste conclave, este é o desafio do direito atual, em uma década evoluímos da

“modernidade” dos parques industriais fordistas¹¹ para a “pós-modernidade” das relações virtuais,¹² desmaterializadas,¹³ cada vez mais fluidas e instáveis, para a globalização niveladora das culturas¹⁴, para a riqueza especulativa pós-fordista,¹⁵ para o renascimento das identidades,¹⁶ e ainda convivemos com a “idade média” das favelas,¹⁷ tudo na mesma sociedade, inter-agindo entre tolerância e radicalismo, exclusão¹⁸ e setores de excelência.¹⁹

¹⁰ Veja minha obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 89 e seg. Nesta, defendo a idéia que a crise da pós-modernidade no direito advém também da modificação dos bens economicamente relevantes, que na idade média eram os bens imóveis, na idade moderna, o bem móvel material e que na idade atual seria o bem móvel imaterial ou o desmaterializado “fazer” dos serviços, do soft ware, da comunicação, do lazer, da educação, da saúde, do crédito. Se são estes bens imateriais e fazeres que são a riqueza atual, os contratos que autorizam e regulam a transferência destas “riquezas” na sociedade também têm de mudar, evoluir do modelo de dar da compra e venda para modelos novos de serviços e dares complexos, adaptando-se a este desafio desmaterializante “pós-moderno”.

¹¹ Sobre o fordismo do “consumismo” e da produção de bem móveis em massa, veja Gherzi, Carlos Alberto, *La Postmodernidad jurídica*, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 53.

¹² Sobre o tema veja a interessante análise do jus-filósofo argentino Cúro Caldani, Miguel Angel, *La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo*, in *Investigación y Docencia*, nr. 28 (Rosário, Ed. FJJ), 1997, p. 33 e seg.

¹³ Veja sobre “desmaterialização” nosso livro, *Contratos*, p. 89 e seg. Os sociólogos preferem estudar o fenômeno na mudança dos meios de produção: pré-industrial, industrial e pós-industrial ou informacionalismo (*informationalism*), veja Castells analisando os ensinamentos de Tourraine, Castells, Manuel, *The rise of the network society*, vol. I, *The Information age: economy, society and culture*, Blackwell, Massachusetts, 1996/1999, p. 14 e seg.

¹⁴ Escolhemos a expressão “nivelamento” para denominar esta nova forma de universalismo cultural despersonalizador causado ou potencializado pela globalização e não homogeneização, em virtude das críticas de Featherstone, Mike, “Cultura global: Introdução”, in Featherstone, Mike (Org.), *Cultura Global, Vozes, Petrópolis*, 1994, p. 8: “O pós-modernismo é ao mesmo tempo um símbolo e uma poderosa imagem cultural do desvio da conceptualização da cultura global, menos em termos dos alegados processos de homogeneização (por exemplo, teorias que apresentam um imperialismo cultural, americanização e uma cultura de consumo de massa como cultura proto-universal que se propaga às expensas da dominação econômico-política do Ocidente), e mais em termos de diversidade, de variedade e da riqueza dos discursos populares e locais, dos códigos e das práticas que resistem e produzem a sistematização e a ordem.”

¹⁵ Sobre o pós-fordismo dos serviços, dos fazeres e “dares” de bens imateriais, veja Gherzi, *La posmodernidad*, p. 48 a 55.

¹⁶ Sobre o significado nova da “identidade” na “network society”, veja os ensinamentos de Castells, Manuel, *The Power of Identity*, vol. II “The information age: economy, society and culture”, Blackwell, Massachusetts, 1997, p. 6: “By identity, as it refers to social actors, I understand the process of construction of meaning on the basis of a cultural attributes, that is/are given priority over other sources of meaning.” Sobre identidade cultural como instrumento de renascimento do direito, veja Jayme, p. 56 e seg.

¹⁷ Veja comparando a hierarquia feudal e violenta da idade média às áreas pobres latino-americanas, Calderón, Fernando, *Latin American Identity and Mixed Temporalities; or How to Be Postmodern and Indian at the Same time*, in *The Postmodernism Debate in Latin America*, Duke University Press, Durham, 1995, p. 56 e seg.

¹⁸ Sobre exclusão e marginalidade como conseqüências de nosso tempo, veja a socióloga gaúcha Soares, Maria Suzana Arroza, *Editorial do número especial “Modernidade” da Revista Cadernos de sociologia/UFRGS*, nr. 5, vol. 5, 1993, p. 1.

¹⁹ Para uma análise mais econômica da mudança do paradigma fordista para o pós-fordista e seus reflexos no direito e na sociedade de consumo, veja o mestre argentino Gherzi, *La posmodernidad*, p. 27 e seg. e sobre os reflexos no contrato, do mesmo autor, *Tercera Via - Âmbito jurídico*, Gowa, Buenos Aires, 2000, p. 49 e seg.

Mister, pois, analisar estas relações de consumo conscientes da crescente crise da pós-modernidade,²⁰ do perigo de desconstrução de nossa ciência do Direito²¹, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições,²² da necessidade da re-construção de uma doutrina e de uma prática mais adaptada aos desafios atuais da sociedade “desmaterializada”, “despersonalizada” e globalizada dos serviços.²³

A crise da pós-modernidade que vivenciamos é uma crise social. Não é diretamente crise do direito, mas tem reflexos em to-

das as ciências, em especial na nossa ciência que é o Direito.²⁴ Mesmo que a ousadia de escrever sobre a pós-modernidade possa ser motivo de críticas,²⁵ parece-nos útil, se pudermos com ela identificar, e eventualmente comprovar, se o sistema do CDC está adaptado aos desafios atuais das relações contratuais de serviços, típicas da sociedade pós-moderna.²⁶ Mister que o aplicador da lei, atualizado e atento, tenha consciência da potencialidade e da eficiência sistemática do CDC.²⁷ Mister também que esteja consciente do perigo de deturpação ou de má-utilização deste sistema protetivo dos mais

²⁰ Assim um dos grandes filósofos da pós-modernidade, escrevendo sobre “Postmodernism and consumer society”, Jameson, Frederic, *The cultural Turn - Selected Writings on the Postmodern, 1983-1998*, Verso, Londres, 1998, p. 1 a 20.

²¹ Sobre a crise da ciência do direito, veja Rosenau, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton University Press, Princeton, 1992, p. 71 e seg.

²² Desconstrução é a palavra do momento, o reflexo mais visível do discurso e da filosofia pós-moderna (Veja textos de bolso dos filósofos franceses, *Postmoderne und Dekonstruktion, Texte französischer Philosophen der Gegenwart*, Ed. Reclam, Stuttgart, 1990) inclusive no direito, veja sobre a geração “desconstrucionista” da escola norte-americana *Critical Legal Studies*, Minda, Garry, *Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end*, New York University Press, New York, 1995, p. 116 e seg.,. Veja sobre os reflexos na pesquisa e na ciência do direito, meu artigo A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, nr. 6 (1999), p. 237 e seg. (republicado na *Revista Arquivos do MJ* e pela editora da UFRGS).

²³ O alerta mais contundente é de Rosenau, p. 50,91 e 124: “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”

²⁴ Assim Rosenau, p. 124: “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.”

²⁵ Como explica Featherstone, p. 17, qualquer referência à pós-modernidade imediatamente expõe o autor a críticas, críticas de estar “na moda”, de estar “ultrapassado” pelo pós-pós-modernismo, de usar “palavra sem sentido”, de defini-la de forma “errada”, de “exagerar” seu uso, de “menosprezar” seu uso, enfim, críticas de todos os sentidos e matizes. (Featherstone, Mike, *Cultura de Consumo e pós-modernismo*, Trad. Júlio Assis Simões, Studio Nobel, São Paulo, 1995, p. 17)

²⁶ Esta reação “afirmativa” e de “reconstrução” já defendemos em dois artigos, A crise..., in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, nr. 6 (1999), p. 237 e seg.

²⁷ Segundo Pauline Marie Rosenau (ROSENAU, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1992, p. 53 e 57), com a atual crise das ciências sociais, dois tipos de reações estão acontecendo, há os que desconstruem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas, mas acabam paralisados, minoritários, a utilizar os mesmos instrumentos jurídicos dos séculos passados, agora subjetivados ao extremo (p. 53, “the skeptical's post-modern individual”). Há os que, saudosos de algumas certezas da modernidade, procuram reconstruir as teorias em novas narrativas, frisam o diálogo de fontes, constata a existência de novos paradigmas e verdades, verdades que mesmo mais tolerantes, fluidas, menos universais e agora microsistêmicas, povoam de sentido o ordenamento atual (p. 57, “affirmative post-modernists”). Aos primeiros, denominou a autora pós-modernos cépticos, os segundos, pós-modernos afirmativos, e fotografou assim a crise atual de nossa ciência; concluindo que somente após retomar ao estudo do objeto (que poderia ser, em nosso caso, a Justiça ao consumidor de serviços no Brasil) é que aabalada ciência, o Direito, poderia, enfim, revitalizar-se (p. 57).

fracos na sociedade de consumo, daí a importância do estudo do sujeito tutelado, o consumidor. Esta consciência e receio é que devem guiar-nos para uma interpretação, concreção e aplicação do CDC cada vez mais voltadas para a realização dos seus princípios motores e dos ideais antigos e atuais de igualdade material de desiguais, de liberdade racional e informada, de solidariedade e Justiça distributiva no mercado.²⁸ Apesar da complexidade das relações atuais e do sistema do Direito, há que prevalecer uma ética reconstrutiva,²⁹ uma dogmática renovada³⁰ e uma interpretação protetiva e útil para este agente econômico privilegiado, o consumidor, modo a tornar eficaz o CDC e o Direito do Consumidor.

I - AS PLURAIS DEFINIÇÕES DE CONSUMIDOR NO CDC: ENTRE PÓS-MODERNIDADE E INTERPRETAÇÃO FINALISTA

O novo do CDC é ter identificado este

sujeito de direitos, o consumidor e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos.³¹ A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não-iguais, de vulneráveis parece-me ter fortes conotações pós-modernas.³² No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado³³ para o consumidor (Art. 5, XXXII da CF/88). O consumidor foi identificado constitucionalmente (Art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial.

A. Crise da pós-modernidade e a pluralidade de sujeitos

Se desejamos verificar se o consumidor, se este sujeito de direitos “novo”, possui as qualidades de um sujeito de direitos pós-moderno, e estaria adaptado ao atual pluralismo de sujeitos e de leis, mister analisar a crise da pós-modernidade e seus reflexos no direito. Para conduzir esta análise iremos nos basear na teo-

²⁸ Em sua obra *Beyond Interpretation*, Gianni Vattimo propugna a volta da hermenêutica a seus ideais antigos, como forma de reconstruir a filosofia e as ciências sociais: “The task of contemporary hermeneutics seems to be that of articulating in an ever more complete and explicit form this original inspiration...” (Vattimo, Gianni, *Beyond Interpretation - The Meaning of Hermeneutics for Philosophy*, Stanford University Press, Stanford, 1997, p. 111).

²⁹ Assim propugna também Leonard, Peter, *Postmodern Welfare- Reconstructing an Emancipatory Project*, Sage Publications, Londres, 1997, p.164: “If we are to pursue the idea that welfare has an emancipatory potential as yet only half-revealed in the modern welfare state, then we must consider how we are to navigate our way through the turbulent waters produced by two moral obligations which in practice have often stood in conflict with each other: to difference and to solidarity.”

³⁰ Assim também Ladeur, Karl-Heinz, Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas, in *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV série, V. LXXXIII, n. 3, 1996, p. 480 a 511.

³¹ Veja sobre o tema, menção de Azevedo, Antonio Junqueira de, O Direito pós-moderno e a codificação, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 124.

³² Assim identifica Minda, p.74, o início da desconstrução da “modern jurisprudence” e dos “postmoderne legal movements” justamente na decisão da Suprema Corte americana no caso Brown, sobre direitos iguais das pessoas de raças diferentes: “In Brown, the Supreme Court rejected the theory of separate but equal because legal analysis had failed to take into account inequality arising from cultural context, and because the theory itself failed to take account of the role law played in reinforcing the cultural values of race discrimination.”

³³ Sobre o tema do direito à alguma coisa (Rechte auf etwas), no caso uma ação positiva (Rechte auf positive Handlungen), veja Alexy, p. 179 e seg.

ria de Erik Jayme³⁴ sobre os reflexos da cultura pós-moderna no direito atual.

Como afirmamos anteriormente, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução,³⁵ de desdogmatização do Direito,³⁶ para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o Direito,³⁷ que aumenta a liberdade dos indivíduos,³⁸ mas diminui o poder da crítica, da evolução histórica³⁹ e da verdade no Direito,⁴⁰ fenômeno contemporâneo à globalização⁴¹ e à perda da individualidade moderna⁴², mas que assegura novos Direitos individuais à diferença⁴³ e aumenta o radicalismo⁴⁴ das linhas tradicionais. A pós-modernidade é um jogo de palavras, um con-

ceito aberto, para alguns até mesmo inexistente, uma moda, "postis" como afirma Habermas.⁴⁵ Particularmente, parece-me ser apenas uma tentativa, uma denominação sucinta para descrever a crise deste final de século nas artes, na cultura, nas ciências⁴⁶ em geral e no Direito em especial, e as modificações contrárias ou "posteriores" aos ideais do Direito moderno de igualdade, liberdade e fraternidade. É uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais.⁴⁷ Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rom-

³⁴ *Veja Curso de Haia, p. 36 e seg. Veja do mesmo autor seu artigo sobre Direito Comparado pós-moderno, publicado na Revista dos Tribunais nr. 759, janeiro 1999, p.24 a 40, Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado. Veja também de minha autoria, utilizando sua teoria, os artigos, in Revista Direito do Consumidor, vol 22, pg. 64-86, Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos e in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, pg. 19-38, Contratos bancários em tempos pós-modernos- primeiras reflexões.*

³⁵ *Assim CARTY, Anthony (Ed.), Post-Modern Law, Edimburg, Univ. Press, 1990, p. viii: "Pos-modernism as a method of legal deconstruction can as well be applied to the English and other legal orders."*

³⁶ *SANTOS, Boaventura de Souza, Introdução a uma ciência pós-moderna, Ed. Graal, Rio, 1989, p. 17.*

³⁷ *Assim, JAYME, p. 36 e seg. Veja sobre cultura e Direito LOPES, José Reinaldo de Lima, Direito e Transformação Social, Belo Horizonte, Ed. Nova Alvorada, 1997, p. 77. Veja também nosso Artigo Cem anos de BGB e o Código Civil Brasileiro, in Revista dos Tribunais vol. 741, p. 21 e seg.*

³⁸ *FRIEDMAN, Lawrence, The Republic of Choice, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 61.*

³⁹ *VATTIMO, Gianni, O fim da modernidade- nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. XII.*

⁴⁰ *FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, 4 R., Barcelona, 1996, p. 80.*

⁴¹ *JAYME, Curso, p. 36.*

⁴² *GHERSI, La posmodernidad, p. 56, menciona relações econômicas sem sujeito, relações de grupos.*

⁴³ *JAYME, Curso, p. 37.*

⁴⁴ *GELLNER, Ernest, Pós-modernismo, Razão e Religião, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, p. 11.*

⁴⁵ *Como afirma Habermas, reconhecer, nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e, mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação, "pós", mas, por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do "Zeitgeist", do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança, assim HABERMAS, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 12.*

⁴⁶ *Veja HARVEY, David, The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change, Cambridge/Massachusetts 1994, p. 3 a 42 e KAUFMANN, Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München, Beck, 1994, p. 224 e seg.*

⁴⁷ *Como explica Vattimo em sua introdução, "O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...", veja VATTIMO, 1996, p. VII.*

pimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.⁴⁸ Chame-se como desejar o momento atual de crise e de mudança, a sua realidade supera qualquer expectativa⁴⁹ e seus reflexos no Direito⁵⁰ não podem mais ser negados.

1. O aparecimento de um novo sujeito e a interpretação de sua codificação especial

Interessante observar que as primeiras análises dos reflexos da crise da pós-modernidade na sociedade de consumo⁵¹ indicavam que a despersonalização das relações, iniciada com as relações massificadas de adesão e métodos mecânicos de contratação, levaria ao nascimento de "contratos sem sujeito"⁵² ou mesmo de uma decantada "morte do sujeito"⁵³, em uma desconstrução total deste sujeito.⁵⁴ Certo é que

as noções de indivíduo e sujeito mudaram,⁵⁵ mas também mudou nosso direito e nossa maneira de ver o sujeito: o sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi "resignificado".⁵⁶ Parece-nos que, ao contrário, este sujeito qualificou-se com direitos,⁵⁷ multiplicou-se, hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam - diretamente ou através de representantes- seus direitos. Aceita esta premissa, interessa-nos, a afirmação de Erik Jayme que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade, qualifica-se quando recebe direitos fundamentais e acaba por modificar as instituições em que está.⁵⁸

Sobre este sujeito novo de direitos, que é o consumidor poderíamos inicialmente frisar que como sujeito de direitos apareceu não faz muito tempo. Surgiu nos anos 60-70, identifica-

⁴⁸ *Veja LYOTARD, Jean-François, Das postmoderne Wissen - Ein Bericht, [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena, Ed. Passagen, 1994, p. 13.*

⁴⁹ *TOURRAINE, Alain, Uma Visão Crítica da Modernidade, in Cadernos de Sociologia/ UFRGS, vol. 5, 1993, 1995, pg. 37.*

⁵⁰ *GHERSI, La posmodernidad, pg. 27.*

⁵¹ *Como ensina Tourraine, Alain, Crítica da Modernidade, Instituto Piaget, Lisboa, 1994, p. 304, a sociedade de consumo e a sociedade de informação "fizeram nascer um individualismo que se opõe mais eficazmente, hoje em dia, à idéia de sujeito do que o antigo poder absoluto da razão".*

⁵² *A expressão é criação de Ghersi, La postmodernidad, p. 56.*

⁵³ *A expressão "the death of the subject" é usada por Jamenson, p. 5, mas no sentido-não de objeto/tema- mas de sujeito ou de "end of individualism as such".*

⁵⁴ *Veja, muito crítico quanto à veracidade histórica deste decantado (e cínico) discurso pós-moderno de desconstrução, Bewes, Timothy, Cynism and Postmodernity, Verso, London, 1997, p. 45 e seg.*

⁵⁵ *Esta é a conclusão de Jamenson, p. 6 e Ghersi, La postmodernidad, p. 56.*

⁵⁶ *Na literatura estrangeira, veja o tomo 34 dedicado ao tema (Le sujet de droit) dos Archives de Philosophie du Droit, Sirey Ed, Paris, 1989.*

⁵⁷ *Esta é a interessante proposta da Leonard, p. 32 e seg, de reconstrução do sujeito através de um projeto que chama de "antecipatório", como a protegê-lo das pressões do mundo atual, como a qualificar sua autonomia de vontade, agora informada e protegida, como a garanti-lo dos riscos múltiplos e complexos de nossa sociedade para que possa nela bem (e racionalmente...) contratar. sobre autonomia racional (tese de Chardin), veja nosso artigo Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor, publicado na Revista Direito do Consumidor, vol 18, pg. 53-76.*

⁵⁸ *Esta foi a afirmação básica de seu curso "Direito Patrimonial de Família na pós-modernidade", em 1996, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ainda inédito. Veja também, no mesmo sentido geral, sobre respeito ao indivíduo e seus direitos humanos, Jayme, Curso, p. 49 e seg.*

do então entre os contratantes, como cliente, como comprador, como aquele que é o transportado, o locatário, o mutuário, enfim, aquele cliente bancário e securitário, beneficiário, contratante ou terceiro-vítima.

Do seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para “surgir” legislativamente no Brasil, apesar de ter conquistado facilmente a Europa e todos os países capitalistas da época.⁵⁹ Dai a importância da Constituição de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, assegurado sua proteção (Art. 5, XXXII e Art. 170, inciso V da CF/88) e mandado (*Gebot*) legislar sobre seus direitos (Art. 48 dos ADCT). O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (*caput*), mas limitada pelos direitos subjetivos do consumidor (inciso V). Hoje, ter direitos constitucionais assegurados é ter liber-

dades e garantias especiais.⁶⁰

A Constituição de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil. Esta lei protetiva é uma micro-lei, lei privilegiadora, microsistema⁶¹ que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o “novo” sujeito, o Direito Privado. Trata-se da necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, o mais fraco.⁶² Note-se que a lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de Igualdade.⁶³

Segundo Erik Jayme,⁶⁴ os direitos humanos seriam as novas “normas fundamentais”⁶⁵ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito civil, a ponto do Direito assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.⁶⁶ A teoria elaborada por Erik Jayme é coinciden-

te com a de muitos autores do primeiro mundo⁶⁷ O mestre de Heidelberg ensina: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual Direito Contratual são os direitos humanos.⁶⁸ Iremos reconstruir a abalada ciência do Direito Privado através da valorização dos direitos do homem, da Igualdade que está nessa idéia.⁶⁹

Interessante observar que também Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados.⁷⁰ Historiadores do direito, como Bartolomé Clavero na Espanha, afirmam que para uma nova codificação⁷¹ é necessário uma crise social, mesmo uma revolução, a qual imponha uma nova Constituição, uma lista nova de direitos fundamentais. Da crise nascerá a resposta. No caso concreto, essa lista de direitos está na nossa Constituição Fede-

ral de 1988. Depois da crise da ditadura militar, veio a “revolução” democrática e a lista de direitos presente na Constituição Federal de 1988 foi capaz de forçar o Estado a mudar seu ordenamento jurídico interno.⁷² É o que parece ter acontecido no Brasil, onde a Constituição de 1988 prima pela lista de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o definido pelo inciso XXXII do art. 5: “*O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.*” O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em plena era da descodificação.⁷³

Assim, desta lista de direitos fundamentais nascerá a legislação infraconstitucional, os novos códigos, uma codificação já diferente.⁷⁴ É a reconstrução através de nova microcodificação.⁷⁵ O Código de Defesa do Consu-

⁶⁷ Veja ARNAUD, André-Jean, O Juiz e o auxiliar judiciário na aurora do pós-modernismo, in *Revista AJURIS* vol. 53 (1991), p. 223 e seg. . Em seu recente livro, ARNAUD, André-Jean, O direito entre modernidade e globalização, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 201 e 202. Veja nos Estados Unidos, partindo de idéias economicistas a análise de MINDA, Garry, Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end, New York University Press, New York, 1995 e, na Alemanha, KAUFMANN, Arthur, Grundprobleme der Rechtstphilosophie, München, Beck, 1994, p. 224 e seg.

⁶⁸ Veja JAYME, Curso, p. 247 e seg.

⁶⁹ Sobre as dificuldades para efetivar e concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, veja CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, Os direitos econômicos, sociais e culturais no início da década de noventa, in *Revista Jurídica Mimeira*, vol. 104, nov/dez. 1993, p. 24 e seg.

⁷⁰ Jayme, Curso, p. 36 e seg.

⁷¹ Assim a definição de Nolde: „La Codification pourrait être définie comme la création de „système“ de règles de droit logiquement unifiées“, citado por Erik Jayme, „Considerations historiques et actuelles sur la codification du Droit International Privé“, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, n. 177 (1982, IV), p. 23. Pela sobrevivência da idéia de codificação no Brasil, veja Andrade, Fábio Siebeneichler de, Da Codificação-Crônica de um Conceito, Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1997, p. 172.

⁷² Clavero, Bartolomé, Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio, in *Quaderni Fiorentini*, Nr. 18 (1989), p. 81 e 82.

⁷³ A expressão constitui o título da famosa obra de 1979 do italiano Natalino Irti [L'età della decodificazione], na qual previa o fim das codificações que marcaram os sécs. XVIII e XIX. Os códigos superados pelas leis esparsas passariam a fonte residual do direito privado. Apesar de realista a observação, contra ela levantaram-se autorizadas vozes, no XI Congresso da „Académie de Droit Comparé“, em 1982, em Caracas, alertando que legislar em forma de Código trazia em si muitas vantagens.

⁷⁴ Defendendo uma codificação diferenciada, souple e especializada em tempos neo-liberais, Nusdeo, Fábio, Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 169 e seg.

⁷⁵ Segundo Filomeno, p. 19, o CDC é um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, Filomeno, José Geraldo Brito, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁵⁹ Sobre a evolução no direito comparado e a tramitação do projeto no Brasil, veja a introdução de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 1 a 13.

⁶⁰ Na expressão de Alexy, estes direitos asseguram/garantem/estimulam a efetivação da Dignidade do Homem, sua Liberdade e Igualdade (“...was die Verwirklichung von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit fordert”), ALEXY, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p.15.

⁶¹ Segundo Filomeno, o CDC é um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, FILOMENO, José Geraldo Brito, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁶² Veja ALEXY, p. 357 e seg., sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual dos desiguais, p. 371 e seg.

⁶³ Veja ALEXY, p. 410 e seg., sobre o direito à uma ação positiva (e protetiva) do Estado.

⁶⁴ JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 37.

⁶⁵ Assim LORENZETTI, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 249 e seg.

⁶⁶ Neste sentido, veja belíssima passagem sobre a força normativa do Direito Constitucional Brasileiro, no voto do eminente autor e Juiz Almeida Melo, in *RJTAMG* 69, p. 369, em caso de empréstimo bancário envolvido pessoa física e Banco, em que esta foi equiparada a consumidor ex vi Art. 29 do CDC por sua vulnerabilidade, APC 246.629-5, j.11.11.97, em benefício de Emanuel C. M., Rel. Juiz Almeida Melo.

midor, Lei 8.078/90, nasce, pois, da Constituição brasileira. O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (*caput*), mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). E por fim, o artigo 48 das disposições transitórias, determina elaborar lei tutelar exatamente em forma de código: um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial. O instrumento de renovação teórica, o instrumento de renovação dos direitos fundamentais do cidadão, estava dada, estava posto na Constituição.

Em outras palavras, em tempos pós-modernos este sujeito identificado pelo Direito reivindicará sua própria lei, leis especial subjetiva, lei geral para todas as relações que atua como consumidor. Esta lei protetiva é uma micro-lei, lei privilegiadora, microsistema que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o sujeito, no caso, o Direito Civil. Trata-se, porém, de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerá-

vel, mais fraco.⁷⁶ A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de Igualdade.⁷⁷

Podemos, pois, comprovar a hipótese de que a identificação constitucional deste sujeito⁷⁸ importou na declaração de seus direitos, que por sua vez levou à micro-codificação tutelar. Cabe agora examinar se o aparecimento deste sujeito, com sua lei especial tutelar, realmente teve o condão de abalar a teoria contratual existente e de rejuvenescer os ramos do direito em que há a presença deste sujeito de direitos novo. Isto é, tentaremos estudar o consumidor como sujeito de reconstrução ou como nas palavras belíssimas do desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol, um sujeito de "oxigenação", de reconstrução do Direito Civil como um todo.

2. Sujeito qualificado por direitos fundamentais e o Princípio da Igualdade

Em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, explicitou o Prof. Erik Jayme que este sujeito de direitos pós-moderno é um sujeito qualificado, identificado com direitos constitucionais fundamentais,⁷⁹ direitos humanos básicos⁸⁰ e

⁷⁶ Veja Alexy, p. 357 e seg., sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual dos desiguais, p. 371 e seg.

⁷⁷ Veja Alexy, p. 410 e seg., sobre o direito à uma ação positiva (e protetiva) do Estado.

⁷⁸ Veja Alexy, p. 177 e seg., sobre direitos fundamentais como direitos subjetivos.

⁷⁹ Sobre as dificuldades para efetivar e concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, veja Camargo, Ricardo Antônio Lucas, Os direitos econômicos, sociais e culturais no incício da década de noventa, in *Revista Jurídica Mimeira*, vol. 104, nov/dez. 1993, p. 24 e seg.

⁸⁰ A teoria de Jayme é baseada nos direitos humanos, pois foi concebida para o direito internacional privado, a sua "nacionalização" teria como correspondente os direitos fundamentais, no caso brasileiro aqueles recebidos pela CF/88, a qual, porém, apresenta (à semelhança do art. 7º do CDC) uma interface aberta para os demais direitos humanos reconhecidos em Tratados Internacionais que o Brasil seja parte (Art. 5º 2 da CF/88). Criticando Habermas por usar apenas os direitos fundamentais em seu capítulo sobre paradigmas do Direito na teoria do discurso, veja HÖFFE, Otfried. "Una conversione della teoria critica sulla teoria del diritto e del estado di Habermas" in *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV série, v. LXXI, n.1, 1994, p. 285.

que, por isso, mesmo é o sujeito novo a ser protegido, tutelado pelo Direito.⁸¹ Para Erik Jayme o *Leitmotive*, isto é, o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI serão os direitos humanos.⁸² Uma afirmação bastante forte no momento em que são justamente esses direitos humanos menosprezados em tantas guerras, violências, barbarismo, tanto individualismo, tanto egocentrismo realmente na nossa sociedade. Por vezes, parecemos uma sociedade darwiniana, onde somente os fortes sobreviverão, deixando os outros pelo caminho. Na teoria de Jayme, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento guia, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microsistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas "normas fundamentais"⁸³ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limi-

te, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. A teoria elaborada por Jayme é coincidente com a de muitos autores do primeiro mundo⁸⁴ O mestre de Heidelberg insiste: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual direito são os direitos humanos. Iremos reconstruir a abalada ciência do direito através da valorização dos direitos do homem, da Igualdade que está nessa idéia.

Realmente identificar no outro um sujeito de direitos fundamentais, de direitos humanos básicos é uma idéia de igualdade. Reconhecer que o outro é totalmente pessoa, tem os mesmos direitos do que eu, logo, os meus direitos não podem sobressair, abafar, diminuir, impedir o exercício e a efetividade dos direitos do outro, é a base do igual. Como pregam os doutrinadores da *Law and Economics*, assegurar direitos a um agente é limitar o exercício dos direitos e das escolhas possíveis do outro...tem custos e externalidades.⁸⁵ Aqui asseguram-se direitos humanos de proteção a um. Para o mestre de Heidelberg a solução de

⁸¹ Esta foi a idéia básica de seu curso "Direito Patrimonial de Família na pós-modernidade", em 1996, ainda inédito. Veja, defendendo conclusões similares, seu Curso de Haia, Jayme, Curso, p. 49 e seg.

⁸² Jayme, Curso, p. 37.

⁸³ Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 249 e seg.

⁸⁴ Veja Arnaud, André-Jean, O Juiz e o auxiliar judiciário na aurora do pós-modernismo, in *Revista AJURIS* vol. 53 (1991), p. 223 e seg. . Em seu recente livro, Arnaud, André-Jean, O direito entre modernidade e globalização, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 201 e 202 resume esta superação destacando: "...minhas teses são as que seguem: 1º) que a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação dialética do paradigma "moderno" fundado sobre um feixe de conceitos englobando abstração e axiomatização do direito, subjetivismo, simplicidade e segurança das relações jurídicas, separação da sociedade civil e do Estado, universalismo e unidade da razão jurídica; 2º) que a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça...bem poderia ter como causa um esgotamento das raízes de nossas instituições...;3º) que a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno...um direito pós-moderno...se caracterizaria por uma vontade de pragmatismo e derelativismo, pela aceitação do descentramento do sujeito, por uma pluralidade das racionalidades, pelo risco que lhe é inerente, pelo retorno da sociedade civil e pela apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas." Veja nos Estados Unidos, partindo de idéias economicistas a análise de Minda, Garry, Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end, New York University Press, New York, 1995 e Mercurio, Nicholas e Medema, Steven, Economic and the Law- from Posner to post-modernism, Princeton University Press, Princeton, 1997, na Alemanha, ZIMA, Peter, Moderne/ Postmoderne, UTB, Francke, Tübingen, 1997.

⁸⁵ Assim ensina acriticamente Mercurio/Medema, p. 115 a 117.

antinomias e da complexidade das relações atuais está na interpretação guiada e hierarquizada pelos direitos humanos.⁸⁶ Se os direitos humanos recebidos nas Constituições são direitos fundamentais, serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais péticas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional.⁸⁷

Este *revival* dos direitos humanos, e nos países do direito civil constitucional, tem uma explicação simples. O direito civil perdeu em importância científica. Se nós na pós-modernidade já não acreditamos na ciência em geral, nem na ciência do direito, nem mesmo que o direito positivado do tipo germânico-romano seria um sistema fechado, se trabalhamos hoje com a possibilidade que seja um sistema aberto, aberto a fatores antes externos como a ideologia e a economia para que lhe sirvam de verdadeiros legitimadores...se coisas que estavam fora do Direito, que não eram juridicamente relevantes, passam a ser juridicamente relevantes.⁸⁸ Bem, neste sistema de vazio dogmático e científico, de incertezas e probabilidades, será justamente através da interpretação

constitucional dos direitos humanos, reconhecidos nas constituições dos países, que encontraremos nós a linha para reconstruir o Direito.⁸⁹ A igualdade é uma das grandes meta-narrativas da modernidade⁹⁰, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes novos direitos humanos⁹¹, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material.⁹² No caso do CDC, asseguraram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia de vontade dos consumidores nos contratos. Difícil dizer se esta seria uma qualidade pós-moderna, pois a autonomia da vontade domina tanto o direito moderno quanto pós-moderno.

Segundo Brilmayer⁹³ tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança (institucional), a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos fundamentais como resultados de um objetivo de política legislativa (narrativa), de um interesse

⁸⁶ Veja Jayme, Curso, p. 247 e seg.

⁸⁷ Assim também conclui Lorenzetti, Ricardo, *El juez y las sentencias difíciles- Colision de Derechos, principios y valores*, in *La Ley*, 25.02.1998, p. 1 e seg.

⁸⁸ Trilhando outros caminhos, assim conclui Menezes Cordeiro, Antônio, “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 48, Dez. 1988, p. 75, ao concluir que o sistema presente do direito é “aberto, móvel, heterogêneo e cibernético.”

⁸⁹ Veja Rizzatto Nunes, Luiz Antonio, Comentários ao CDC, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 2 a 69, que examina o CDC a partir dos direitos fundamentais presentes na CF/88.

⁹⁰ Defendendo que a isonomia de tratamento é uma das conquistas da modernidade, manifesta-se Lima, Paulo Roberto de Oliveira, Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional, Ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1993, p. 14.

⁹¹ Assim Brilmayer, Lea, Post-modernism in American Choice of Law, in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxel, 1989, p. 702 e 705.

⁹² Também a modernidade permite a desigualdade formal para atingir a igualdade material, a pergunta é de grau, de qualificação, de tonalidades mais seguras (moderno) ou mais caóticas, inseguras, desreferenciadas (pós-moderno).

⁹³ Assim Brilmayer, p. 702 e 705.

ou de um discurso social. Neste sentido, o sistema do CDC coaduna-se mais com a pós-modernidade, à procura da efetivação dos direitos humanos... direitos do consumidor no mercado atual. Certo é que o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas são em sua maioria direitos “negativos” de igualdade (*Abwehrrechte* - direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa - *Rechte auf negative Handlungen*).⁹⁴ Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente⁹⁵ (*droit à la différence*),⁹⁶ é o direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*)⁹⁷ do Estado em pró do indivíduo identificado com determinado grupo.⁹⁸

Assim, podemos concluir que a análise de Jayme traz duas contribuições importantes: 1) fornecer base científica para a concentração hoje existente no sujeito de direito consumidor, como o mais vulnerável no mercado de consumo. É aquele sujeito a merecer especial proteção do direito, principalmente no que se refere ao exercício de seus direitos e em caso de conflito eventual de interesse com outros agentes (fornecedores etc.); 2) destacar a hierarquia dos direitos ora em conflito, no caso, direitos humanos, direitos fundamentais do consumidor, a exigir maior cuidado do aplicador da lei. A exigir capacidade para dar *efeito útil* para este mandamento constitucional, realizando um verda-

deiro *diálogo de fontes*. Em outras palavras, aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o CDC, não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva. O CDC não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.

Mister, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado de identificação do sujeito beneficiado. Isto porque o CDC brasileiro não é um Código de “consumo”, como a consolidação legal francesa denominada *Code de la Consommation*, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis, concentrada no método do uso das cláusulas contratuais gerais, como lei alemã de 1976, *AGBGesetz*.⁹⁹ O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger *este sujeito*, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É *Código* (todo construído sistemático) de *Proteção* (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor!*

⁹⁴ Veja as lições de Alexy, p. 174.

⁹⁵ O retorno ao sentimento busca resgatar um conceito de ‘felicidade individual’ em todas as searas jurídicas, especialmente em matéria de Direito de Família. Como bem destaca Carlos Alberto Ghersi, “es necesario antes de desarrollar estos derechos derivados, marcar o insistir en algo previo: el concepto posmodernista de la felicidad, pues condiciona y explicita toda esta temática de recreación de derechos individuales desde el derecho personalísimo. (...) Esto comienza a ser la base de la nueva felicidad, el placer y el vivir sin culpa. Se presenta como algo realista, que corregía utopías, se exaltaba la calidad de vida, por sobre la vida” (in *La posmodernidad jurídica*, Ed. Gowa, 1995, p. 33).

⁹⁶ Jayme, Cours, p. 251.

⁹⁷ Veja sobre estes direitos subjetivos, Alexy, p. 179.

⁹⁸ Veja Sarlet, Ingo W., A eficácia dos direitos fundamentais, *Livraria dos Advogados*, Porto Alegre, 1998, p. 48.

⁹⁹ Sobre Direito Comparado, veja Nery, Nelson Jr., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto Ed. *Foresense Universitária*, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 429 e seg.

Eis porque identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são “do consumidor”, assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Dai hoje as constantes discussões judiciais de agentes econômicos, especialmente pessoas jurídicas comerciantes querendo ser identificadas como consumidores. Esta “vontade” de ser identificado como consumidor apenas comprova que o regime imposto no CDC é um regime de excelência, funcional e funcionando com certo sucesso no direito brasileiro.

O aplicador da lei tutelar deve relembrar-se, porém, que os direitos básicos do CDC foram assegurados somente aos consumidores, motivo pelo qual todos querem esta “posição”, este papel, este *status*, único que assegura a subjetivação destes direitos, a entrada destes “interesses”/“expectativas” em seu patrimônio, que assegura o acesso aqueles instrumentos efetivos e práticos de proteção e realização dos direitos impostos e criados pelo CDC. Hoje todos querem ser consumidores do CDC. Este, porém, não é o sistema do CDC, que visa proteger só ao “consumidor”, aquele que ele mesmo define de forma estrita (Art.2 do CDC) ou aqueles que ele equipara a consumidor (Art. 2,§ único, Art. 17 e Art. 29 do CDC), sempre com base em sua norma objetivo¹⁰⁰ do Art. 4,inciso I do CDC: a proteção do vulnerável.

¹⁰⁰ Veja sobre normas-objetivo em geral, Grau, Eros Roberto, “Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas”, in *Direito do Consumidor* 5, p. 183 e seg.

¹⁰¹ Veja CAMARGO, p.24 e seg.

¹⁰² Veja, neste sentido, decisão de líder da 5ª Câmara Cível do TAMG concedendo a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica com base no Art. 28 do CDC, justamente em benefício de consumidores pessoas físicas lesadas por um fornecedor. (5ª Câmara Cível, Ap. Civ. 114.409-4, rel. Juiz Aloysio Nogueira, j. 12.03.92, publicado in *Revista Jurídica Mineira*, vol. 102, julho/agosto de 1993, p.108-120). Em belíssimo e erudito voto vencedor, este leading case supera (do italiano, superamento) os dogmas comercialistas para proteger os mais vulneráveis, pessoas físicas, face à sucessão de empresas e a fraude à execução.

B. As várias definições de consumidor no CDC e pluralismo de sujeitos

1. A definição de consumidor *destinatário final*: por uma interpretação finalista e superadora da proteção apenas do contratante

O CDC define consumidor *stricto sensu* no Art. 2º como “*toda aquela pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final.*” Tive a oportunidade de afirmar que esta definição é bastante objetiva, mas que sua interpretação pode e deve ser finalística.¹⁰³ Parece-me uma boa oportunidade tecer algumas considerações em defesa desta interpretação finalista do conceito indeterminado “destinatário final” do Art. 2º do CDC.

a. Necessária utilização conjunta dos métodos de interpretação

Interpretar é estabelecer o sentido e o alcance da norma (“ação cujo evento útil é entender”).¹⁰⁴ Subsumir o caso à lei e interpretar esta são atividades normais do aplicador da lei,¹⁰⁵ sempre submetidas aos métodos de interpretação clássicos: interpretação gramatical, lógico-sistemática e teleológica.¹⁰⁶ Eis porque me sinto muito a vontade para defender uma interpretação finalística, sistemática e teleológica do Art. 2º do CDC, que denomino em minha obra de interpretação “finalista” da definição de consumidor *stricto sensu*.

¹⁰³ Veja nosso livro, *Contratos*, p. 141.

¹⁰⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 88 (citando Emílio Betti)

¹⁰⁵ MIRANDA, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁶ Assim, incluindo a interpretação histórica e evolutiva, REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, 16.ed., São Paulo, 1988, p. 277 e seg., e também MIRANDA, *op. cit.*, p. 121 e seg.

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

Em outras palavras, este conceito indeterminado ou expressão legal “destinação final” merece também interpretação na lógica e no sistema do CDC, que é micro sistema

protetivo, de origem constitucional, sistema tutelar apenas do consumidor. Consumidor “destinatário final” do serviço securitário é neste sistema tanto o consumidor-contratante, como o consumidor-beneficiário do seguro. Interpretação sistemática esta que deve cumprir - ou considerar - (sempre) os princípios impostos pelo Art. 4 do CDC, especialmente, o princípio da vulnerabilidade de seu inciso I. O sistema do CDC construiu-se com esta idéia base de proteção do vulnerável, de tratamento protetivo e desigual do desigual, do mais fraco na sociedade de consumo; logo, a expressão “destinação final” contém a idéia base de seu sistema: regulação e re-equilíbrio (Art. 4,III do CDC). Por fim, para realizar a Justiça no caso concreto, o Art. 2º do CDC deve ser interpretado conforme a sua *ratio legis*, sua finalidade atual, como ensina o método de interpretação teleológica defendido pelo grande jurista Jhering.¹⁰⁷ A *ratio legis* de todas as normas do CDC está positivada, narrada, esclarecida no art. 4º do CDC,¹⁰⁸ que impõe respeito, lealdade, transparência e harmonia nas relações de consumo, atendido o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Ao interpretar o Art. 2º do CDC, segundo este métodos simultaneamente, parece-me não bastar mais a “destinação final” fática do produto ou serviço. Se bastasse todos os contratos que envolvessem dinheiro, como os contratos bancários, financeiros e securitários submeter-se-iam sempre ao CDC, uma vez que faticamente alguém (contratante ou terceiro)

recebe, em algum momento, uma quantia. Assim também, em todos os serviços absolutamente imateriais (fazer economicamente relevantes, como informações), seria difícil identificar um consumidor, destinatário final fático. Mister interpretar “destinatário final” como destinatário final econômico e fático, permitindo assim uma melhor identificação deste sujeito a proteger na complexidade e imaterialidade das relações contratuais atuais.

Segundo ensina um dos autores do CDC, José Geraldo Brito Filomeno, o conceito de adotado pelo Art. 2º é “*exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.*”¹⁰⁹ Este abalizado autor conclui que no CDC: “*entendemos por consumidor, qualquer pessoa física ou jurídica que, isoladamente ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.*”¹¹⁰

Eis porque, como declarada “finalista”,¹¹¹ considero que a definição de consumidor do Art. 2º do CDC deve ser interpretada “restritivamente” dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Trata-se do pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe

¹⁰⁷ *Veja Reale, op. cit., p.286.*

¹⁰⁸ *Segundo Eros Roberto Grau trata-se de “norma objetivo”, norma guia do sistema, veja GRAU, Roberto, Interpretando o código de Defesa do Consumidor: algumas notas, in Revista Direito do Consumidor, vol. 5, p. 183 e seg.*

¹⁰⁹ *FILOMENO, op. cit., pg. 26.*

¹¹⁰ *FILOMENO, op. cit., p. 27.*

¹¹¹ *MARQUES, Contratos, p. 149.*

porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no Art. 4.º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do Art. 2º de maneira restrita, como destinatário final fático e econômico¹¹², como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no Art. 4º e 6º.

Parece-me que “destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o

bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem,¹¹³ incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, no seus cálculos do preço da licitação, como insumo da sua produção.¹¹⁴ Neste sentido já decidiu a jurisprudência brasileira,¹¹⁵ excluindo

¹¹² *Contra esta posição, considerando que “não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu”...porque “subverter-se-ia a estrutura do sistema, transformando-se o aplicador da lei em legislador, o que não pode ser infenso à críticas”, ROBERTO SENISE LISBOA, Contratos Difusos e Coletivos, Ed. RT, São Paulo, 1997, p. 300 e 301.*

¹¹³ *Assim decisão da 4ª Câmara Cível, AI 172.292-9, Rel. Juiz Jarbas Ladeira, j. 23.05.1994, que em nenhum momento considerou o comerciante, que alugava o espaço em shopping center como parte necessária da sua profissão, como consumidor. Publicado na íntegra, in Revista Jurídica Mineira, vol. 115, setembro/outubro de 1995, p.162-165. A ementa é a seguinte: “LOCAÇÃO COMERCIAL - SHOPPING CENTER - ALUGUEL - TEORIA DA IMPREVISÃO - REVISIONAL. Em face das peculiaridades da locação em shopping center, cujo aluguel é fixado em porcentagem sobre o faturamento das empresas, com estipulação mínima, a redução acentuada do movimento comercial da locatária, em decorrência da crise econômica, implica fato imprevisível que modifica o equilíbrio existente entre as partes, hipótese em que o reajuste excessivo de aluguéis configura periculum in mora, a justificar a concessão de liminar para fixação provisória daqueles, podendo eventual diferença ser exigida ao término da ação revisional.”*

¹¹⁴ *MARQUES, Contratos, p. 146.*

¹¹⁵ *CONTRATO DE FINANCIAMENTO-PESSOA JURÍDICA-FINANCIAMENTO DESTINADO AO INCREMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA - INEXISTÊNCIA DE PROVA DA VULNERABILIDADE E DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA - INAPLICABILIDADE DE LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. A pessoa jurídica, que tome recursos no mercado financeiro para incrementar atividade econômica não caracteriza destinatária final, que o CDC quer proteger, qual seja o efetivo destinatário final, ou seja, o destinatário econômico, não mais do serviço bancário, mas do produto ou serviço cujo fomento se deu pelo aporte de recursos tomados junto às instituições financeiras. Tratando-se de pessoa jurídica, cabe-lhe o ônus de provar sua vulnerabilidade perante o banco agravado, demonstrando, assim, o desequilíbrio contratual entre as partes, situação que depende da instauração da relação processual, afastando a aplicação, de ofício, das normas do Código de Defesa do Consumidor.” Ementa do Acórdão da 3ª Câmara Cível, TAMG, AI 0276419-8, rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 28.04.1999, decisão unânime. Fonte www.ta.mg.gov.br/consulta Acórdão 22971*

do contratantes bancários com finalidade de repasse (aquisição de bens de capital) da definição de consumidor *stricto sensu*.¹¹⁶

b. Importância do princípio da vulnerabilidade

Daí a importância do elemento vulnerabilidade na interpretação finalista do Art. 2º do CDC. Com base no princípio da vulnerabilidade do consumidor, disposto no Art. 4º, inc. I do CDC, identificamos em nossa obra três tipos de vulnerabilidade: 1. a *vulnerabilidade técnica* (falta de conhecimentos específicos e técnicos sobre o objeto que está adquirindo o serviço necessário, suas características, sua utilidade, seus riscos), 2. a *vulnerabilidade jurídica* (como é o caso do consumidor pessoa física leiga ou do profissional liberal frente a uma instituição bancária ou financeira) e 3. a *vulnerabilidade fática* (neste caso, o ponto de concentração é o possível parceiro contratual, a posição monopolista de fato ou de direito, a especialidade ou a redução da oferta, o seu grande poder econômico).¹¹⁷

Em se tratando de pessoa física, milita *ex vi lege* uma presunção de sua vulnera-

bilidade, vulnerabilidade esta que é bastante importante em se tratando de contratos bancários com pessoas físicas e que leva a aplicação do CDC aos contratos bancários em geral, concluídos com pessoas físicas, até prova em contrário. O mesmo se pode afirmar em se tratando de contratos de seguros concluídos ou beneficiando consumidores-pessoas físicas.¹¹⁸ Aceita esta presunção, esta inverte a lógica da prova da destinação final a favor do consumidor pessoa física, protegendo mais eficazmente o vulnerável nestas relações desequilibradas. A pessoa jurídica, ainda mais quando atua na sua área de atividade profissional, não se beneficia da presunção geral de vulnerabilidade do Art. 4º, I do CDC (válida somente para pessoas físicas), mas pode provar sua vulnerabilidade *in concreto*, sempre que destinatário final-econômico do produto ou serviço (Art. 2º do CDC).¹¹⁹

Grande parte da doutrina concorda também com estas ponderações,¹²⁰ pois esta interpretação considera que consumidores *stricto sensu* são aqueles mais fracos, os leigos, os não-empresários, ou como afirma o pioneiro do consumerismo no Brasil, Konder Comparato são aqueles “que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes.”¹²¹

¹¹⁶ APELAÇÃO...MÚTUO. PESSOA JURÍDICA. RELAÇÃO DE CONSUMO INOCORRENTE...3. Consumidor, nos termos da Lei 8.078, de 1990, é o destinatário final do produto ou serviço. 4. A pessoa jurídica que se dedica à atividade mercantil não é destinatária final de capital mutuado, pois este é meio para a execução da mencionada atividade. A aplicação da Lei 8.078, de 1990, resta afastada. *Ementa de Acórdão da 2ª Câmara Cível, TAMG, APC 0288088-4, j. 14/09/99, Rel. Juiz Manuel Saramago. No mesmo sentido, Acórdão da 2ª Câmara Cível, APC 0279609-4, j. 05/04/99, Rel. Juiz Manuel Saramago. Decisões unânimes. Fonte www.ta.mg.gov.br/consulta Acórdão 26918 e 27290.*

¹¹⁷ MARQUES, Contratos, p. 147 e 148.

¹¹⁸ Assim nos manifestamos, MARQUES, Contratos, p. 155.

¹¹⁹ Assim nos manifestamos, MARQUES, Contratos, p. 155.

¹²⁰ Veja FILOMENO, José Geraldo Brito, in Código de Defesa do Consumidor- comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5.Ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 27 e seg.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder, A proteção ao consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico”, in RDM, 15/16, 1974 apud FILOMENO, op. cit., p. 27.

A interpretação finalista aqui defendida restringe conscientemente a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Considero que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede.¹²² O sistema do CDC foi construído para este fim, e sua origem constitucional deve ser a guia de sua interpretação: um direito do consumidor efetivo que concretize direitos fundamentais, direitos subjetivos para o mais fraco que mereceu receber esta tutela especial constitucional, o consumidor pessoa física. Nas relações inter-comerciantes, o direito do consumidor serve apenas de orientação da conduta profissional, limite à própria liberdade de iniciativa e autonomia privada.

Em dezembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal, no caso TEKA v. AIGLON,¹²³ apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do CDC, em decisão que merece nossa atenção

Neste caso entre duas grandes empresas, a Tecelagem brasileira comprara algodão para fazer seus produtos e fora condenada a pagar certa quantia por laudo arbitral estrangeiro. No momento da homologação da sentença arbitral pelo STF, alegou a pessoa jurídica brasileira ser

“consumidora” do algodão e que, como tal, não teria o contrato seguido os cuidados necessários de destaque das cláusulas limitadoras de direitos do consumidor (Art. 54 do CDC), assim como os deveres de informação frente ao consumidor não teriam sido cumpridos (Art. 18, 30, 46, 54 do CDC), que tal cláusula de eleição do foro (no caso, do árbitro) seria nula, uma vez que não se aplicam a consumidores por força do Art. 51 VII do CDC (instância “compulsória”).

Neste *leading case*, o STF deixou bem claro que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como comércio internacional de produção não está abrangido pelo CDC e que a destinação final exigida pelo Art. 2º do CDC deve levar em conta as circunstâncias do caso:

“De igual forma, o laudo exarado pela Liverpool Cotton Association Ltd. nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado ao consumidor final, conforme prevê o art. 2º, que define o consumidor como toda “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”¹²⁴

O Item 5 da referida ementa chega a afirmar, mais do que finalisticamente: “HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO... INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR... 4. O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO

¹²² MARQUES, Contratos, p. 142.

¹²³ SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.847-1, Acórdão promulgado em 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹²⁴ Frase de fls. 253 do original. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.847-1, Acórdão promulgado em 01.12.1999, Min. Maurício Corrêa.

CONSUMIDOR, CONFORME DISPÕE SEU ARTIGO 2, APLICA-SE SOMENTE A PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE ADQUIRE OU UTILIZA PRODUTO OU SERVIÇO COMO DESTINATÁRIO FINAL

Se a todos considerarmos “consumidores”, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto. A definição do Art. 2º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua *ratio legis*. É esta mesma *ratio* que incluiu no CDC possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção. O direito é a arte de distinguir e a *ratio legis* do CDC não pode ser desconsiderada de forma a levar a própria destruição do que representa, logo, da própria *ratio legis* de proteção preferencial dos mais fracos, mais vulneráveis no mercado. Defendemos, pois, a necessária a conjunção de fatores finalísticos, destinação final fática e econômica do serviço, com base no Art. 4, I do CDC (*ratio* de vulnerabilidade).

c. A destinação final como superação do status de “contratante”

Note-se que, mesmo finalista, a interpretação do Art. 2º do CDC inclui muitos e muitos

fragmentados e plurais sujeitos. Segundo o art. 2º do CDC consumidor nos contratos de serviço na sociedade atual é tanto o contratante, como o terceiro. A definição básica do caput do art. 2 do CDC conecta na característica da destinação final do serviço, não na relação contratual, eventualmente direta, de consumo. Isto permite a primeira pluralidade da definição de consumidor do CDC: o destinatário final do serviço pode ser um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um incapaz absolutamente e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço.¹²⁵

Quando o destinatário final é contratante, mister destacar também que pode haver uma multiplicidade de vínculos contratuais de serviços e o consumidor estar ligado apenas a um deles, sendo terceiro nos outros, mas se destinatário final destes serviços, consumidor será. Também podem existir, nesta pluralidade de vínculos de serviços, alguns que não sejam de consumo, mas se a expectativa legítima, o interesse, a pretensão, aquilo que movimenta o contratante é o consumo, bastará que um destes vínculos conexos seja de consumo, que o contrato serviço que é destinatário final será considerado de consumo e o sujeito consumidor por conexidade.¹²⁶

A segunda pluralidade daí oriunda é a fragmentação do sujeito.¹²⁷ O sujeito que paga não é o sujeito que se beneficia. Alguém enri-

¹²⁵ Sobre a superação do status de terceiro, veja nosso artigo “Proposta”, revista *direito do Consumidor*, vol. 33, p. 94 a 98.

¹²⁶ O exemplo mais interessante foi o das linhas telefônicas, onde antigamente o consumidor, para ter este serviço, acabava acionista da empresa. hoje, o consumidor é muitas vezes levado a ser “cooperativado” ou sócio de uma empresa só para consumidor ou ter lazer.

¹²⁷ A própria utilização da expressão “sujeito” (ator) no lugar da antiga denominação indivíduo (quid) já indicia esta pluralidade. Sobre fragmentação do sujeito, veja, citando Stuart Hall, Doll, Johannes, Avaliação na pós-modernidade, in Paiva, Maria da Graça Gomes e Bruggali, Marlene (Org.), Avaliação- Novas Tendências -novos Paradigmas, Ed. Mercado Aberto, Porto Alegre, 2000, p. 33: “Na modernidade, o indivíduo - a tradução latina desta palavra significa “o que não pode ser dividido” - é conceituado como um ser inteiro e integrado que possui uma identidade própria, um núcleo existencial. Em uma perspectiva pós-moderna, este núcleo existencial não existe, o “indivíduo” pode ser dividido, fragmentado até o ponto em que um lado deste pode ser considerado morto, enquanto o outro continua vivo...”

quece ou, na linguagem do CDC, é remunerado pelo serviço, mas a lei não exige que alguém empobreça a pagar diretamente este serviço (pobre, no sentido, que suporta a onerosidade do serviço). A remuneração pode ser indireta e por terceiro...¹²⁸ O serviço de consumo é que deve ser “remunerado”, não se exige que o consumidor o tenha remunerado diretamente. Mesmo serviços gratuitos são regulados pelo CDC (Art. 39 regula as amostras grátis), pois remunerados indiretamente no negócio principal, na fidelidade daí oriunda e no marketing usado, enfim no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor. Assim, se a sogra de um empregado de fábrica é a destinatária final de um serviço médico organizado por uma operadora de saúde é esta sogra consumidora, mesmo se sequer o empregado “pagou” algo à organizadora da cadeia (a operadora do plano de saúde), mas esta teve seu serviço remunerado pela empresa (consumidora indireta), que por sua vez não cobrou do empregado, nem da sogra. O serviço de consumo é que é remunerado, não se exige a remuneração pelo consumidor direto (destinatário final), mas sim por alguém, consumidor indireto ou por seu representante, consumidor-equiparado.

B. A equiparação a consumidor: técnica adaptada à fragmentação do sujeito e à complexidade das relações de serviços

Quanto às definições de consumidor equiparado, são elas por excelência plurais e

uma das mais interessantes tentativas do CDC de adaptar-se à complexidade material das relações de fornecimento de serviços e produtos no mercado e à crescente pluralidade de sujeitos dos tempos pós-modernos. São consumidores equiparados *ex vi* o parágrafo único do art. 2º do CDC a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço, *ex vi* o Art. 17 do CDC, todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo, os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço e *ex vi* o Art. 29 do CDC, todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*.

1. Superação da destinação final na equiparação

Segundo leciona um dos pais do Código de Defesa do Consumidor, Antônio Herman Benjamin, em matéria de “equiparação” à consumidor o requisito da “destinação final” do produto ou serviço é irrelevante.¹²⁹ Efetivamente, na técnica do CDC de “equiparação” de pessoas “*intervenientes em relações de consumo*” (§ único do Art.2º), pessoas “*vítimas*” de fato do produto ou serviço (Art. 17) e pessoas “*expostas às práticas nele previstas*” (Art. 29) à consumidor, o essencial não é o requisito da “*destinação final*” do produto ou serviço. Ao contrário, a lei tutelar equipara pessoas que não são necessariamente destinatários finais fáticos e econômico do serviço ou produto incluindo-as

¹²⁸ Interessante observar que as leis da Argentina, Uruguai e Paraguai todas preferem a expressão “onerosidade do serviço”, dando a entender que deve haver *umminis*, pois na origem da palavra está o ônus ou “peso”, uma efetiva transferência de riqueza entre parceiros identificados, enquanto a lei brasileira é a única que conecta no “plus”, no fato do fornecedor não fazer este serviço em ação benemérita, mas sim negocial, em lucrar ele (plus) direta ou indiretamente com este serviço, isto é, no fato de haver enriquecimento de um, mesmo sem empobrecimento do outro na prestação efetiva deste serviço principal ou acessório, simples ou complexo, que foi colocado no mercado de consumo brasileiro e usado por consumidores.

¹²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Coord. Juarez Oliveira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 81.

excepcionalmente, por sua característica de fraqueza ou vulnerabilidade, como “consumidor equiparado”.¹³⁰

Parte da doutrina,¹³¹ considera que o Art. 29 do CDC protege apenas o consumidor “potencial”. Protegeria apenas aqueles “destinatários finais” típicos do produto ou serviço, mas como estes ainda não teriam contratado (potencialidade) mereceriam proteção “abstrata” contra abusos através do Art. 29 do CDC. Neste caso estariam incluídas, por exemplo, as pessoas que, após receberem mensagem publicitária, dirigem-se a loja do servidor e este nega-se a contratar.¹³² Parece-nos que o Art. 29 do CDC inclui também (e necessariamente) o “consumidor equiparado” concreto exposto à prática comercial (sujeição/fraqueza), logo, não concordamos com esta visão reducionista em excesso do Art. 29 do CDC. Como esclarece Antônio Herman Benjamin, em interpretação histórica: “o conceito do Art. 29 integrava, a princípio, o corpo do Art. 2º. Como consequência de lobby empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão minha, para o Capítulo V... O conceito de consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’ (Art. 2º), mas igualmente as pessoas expostas às práticas previstas no Código (Art. 29). Vale dizer: pode ser visto concretamente (Art. 2º) ou abstratamente (Art. 29).” (grifos do autor).¹³³

O potencial do Art. 29 do CDC parece concreto. Concordamos com Antônio Janyr Dall’Agnol, ao afirmar que, se o legislador pensou no parágrafo único do Art. 2º do CDC apenas na “propensão a intervir”, assim não o disse no Art. 29 da mesma lei tutelar (“expostos às práticas”).¹³⁴ Assim, as expressões hoje presentes no Art. 29 do CDC, em sua interpretação teleológica e sistemática, acabam por indicar uma aplicação mais ampla do que a simples aplicação para proteger consumidores *abstratos* ou *prováveis*, isto apesar do Art. 29 constituir-se em “exceção”, não a regra do sistema do CDC, logo, de interpretação naturalmente restrita e limitada. O que estão os autores do CDC a dizer é que basta a exposição em abstrato (para a ação coletiva pelo Ministério Público, por exemplo) e não que a exposição em concreto, em um caso específico e individual, não seja suficiente para acontecer a equiparação do Art. 29 do CDC.¹³⁵ Quem pode o mais (abstrato), pode o menos (exposição *in concreto*).

2. Importância do princípio da vulnerabilidade e “exposição” às práticas comerciais

O desafio básico desta técnica de equiparação é, pois, a sua correta determinação. Parece-me necessário exigir também para a interpretação do Art. 29 do CDC o cumprimento

do princípio da vulnerabilidade, basilar do CDC e afastar aqueles que, por não vulneráveis, não estão “expostos” às práticas comerciais mencionadas no CDC. A pessoa jurídica ainda mais quando atua na sua área de atividade profissional, não se beneficia da presunção geral de vulnerabilidade do Art. 4, I do CDC (válida somente para pessoas físicas), mas pode provar sua vulnerabilidade *in concreto*, o mesmo valendo para o Art. 29 do CDC.¹³⁶

Como afirma Dall’Agnol, a pluralidade de sujeitos protegidos assegurada pela técnica de equiparação é grande, mas não generalizante e ilimitada: “*Confira-se o que ocorre com o Art. 2º, parágrafo único, o Art. 17 e, sobretudo, o Art. 29. Não parece exagerado, porém, antes recordar que “equiparar”, segundo os dicionaristas, tem o sentido de “igualar”, ordinariamente o de “igualar em sorte, em condição. Não se pense, porém, que em razão disso, se amplia, sem mais, o universo dos destinatários. A correta interpretação do Art. 29, sobre não possibilitar desconsideração para com o corpo legislativo em que está inserido, passa, como de ordinário pelo que lhe é nuclear - o verbo. Quem está exposta é a pessoa que não se encontra, diante de outrem, em pé de igualdade real. Está exposto o pequeno figurante do negócio jurídico diante do grande... em outros termos, estende-se a rede protetiva àquele que se encontra em situação de vulnerabilidade - de modo restrito, pois limitada ao conjunto de regras que compreendem os capítulos V e VI-pouco relevando que não haja relação estrita de consumo.*”¹³⁷

As definições de consumidor do CDC visam justamente equiparar para incluir. O terceiro pode ser o garantidor, que antes não aparecia e poucos direitos possuía. O garantidor

era o fiador, o avalista. Bem, agora ele é consumidor, consumidor equiparado. A definição de consumidor terá que incluir esses sujeitos de direitos. E o mais interessante é que estes novos sujeitos de direito possuem direito fundamental à proteção, têm direito a não ver violada a sua dignidade, a sua honra, o seu patrimônio, possuem também os mesmos direitos contratuais (mesmo se não concluíram os contratos) que os contratantes diretos (veja Art. 20 do CDC) e os mesmos direitos processuais para defender seus direitos (Art. 81 e 83 do CDC). São novos sujeitos de direito “perfeitos”, “pós-modernos”, mesmo a coletividade, difusa e o grupo. No CDC não houve graduação ou limitação de direitos, se o consumidor é *stricto sensu* ou equiparado (exceção feita ao Art. 51, I *in fine* do CDC). Isto leva a superação do status do terceiro e ao pleno reconhecimento de direitos do consumidor para estes, se em relações de consumo. Em resumo este pluralismo de sujeitos muda o direito civil, porque muda o direito das obrigações para incluir a proteção plena destes novos sujeitos.

II- CAMPO DE APLICAÇÃO MATERIAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO ENVOLVENDO SERVIÇOS: ANÁLISE DO OBJETO E FINALIDADE DESTAS RELAÇÕES PLURAIS E “IMATERIAIS”

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 § 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 consu-

¹³⁰ Assim nos manifestamos, MARQUES, Contratos, p. 155.

¹³¹ DALL’AGNOL, p. 9 (primeiras frases) e p. 13 (onde consta, por erro, a expressão “só”, corrigida na citação).

¹³⁰ Assim concorda Antonio Janyr DALL’AGNOL, Antonio Janyr, Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - Aplicação do CDC nas atividades bancárias, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27 (1998), p. 13.

¹³¹ Especialmente COELHO, Fábio Ulhoa, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Coord. Juarez Oliveira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 148. Veja-se também SILVEIRA, Reynaldo Andrade da, Práticas Mercantis no Direito do Consumidor, Ed. Juruá, Curitiba, p. 80.

¹³² Veja-se caso “Mesbla” e parecer de TOMASETTI, Alcides Jr., Oferta contratual em mensagem publicitária, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4 (1992), p. 241-255.

¹³³ BENJAMIN, Antonio Herman, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1997, p. 210-211.

¹³⁴ Assim DALL’AGNOL, op. cit., p. 12 e 13, que reproduz o projeto inicial do Parágrafo único do Art. 2 do CDC: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que se encontra sujeito ou propensa a intervir nas relações de consumo” (p. 11).

¹³⁵ Assim inclui Antônio Herman BENJAMIN um título específico em seus comentários “A suficiência da exposição”, op. cit., p. 211.

mo envolvendo serviços, relações contratuais (Art. 20), pré-contratuais (Art. 30, 31, 34, 39, 40, 84), pós-contratuais (Art. 9, 10, 42 e 43) e extracontratuais *ex delicto* (Art. 14), como também se pode notar nas amplas definições de consumidor (Art. 2º e § 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 objetivo¹³⁸ do Art. 4º, (especialmente incisos I, III, V e VI).

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 está a indicar, pode ser direta ou mesmo indireta, fato cada vez mais comum no mercado de consumo complexo atual.¹³⁹

A. Objeto da relação de serviço no CDC

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.¹⁴⁰ Aqui vários fenômenos podem ser destacados: totalidade, cooperação, equilíbrio, conexidade.

1. Objeto das prestações nos atuais serviços

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 (Art. 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.¹⁴¹

Quanto à conceituação de “fornecimento de serviços”, as análises brasileiras geralmente concentram-se na prestação principal, no objeto desta prestação.¹⁴² 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.¹⁴³ 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 necessário inicialmente frisar dois problemas. De um lado, visualizamos hoje - em virtude do princípio criador, limitador e hermenêutico da boa-fé (objetiva)¹⁴⁴ - 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.¹⁴⁵ 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, 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 (ministrar corretamente o remédio, alcançar asseio e precisão nos 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 multi-propriedade, 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.¹⁴⁶ 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 fa-

¹³⁸ Expressão de Eros Roberto Grau, veja Grau, Roberto, Interpretando o código de Defesa do Consumidor: algumas notas, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 183 e seg.

¹³⁹ 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 prestares 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, cando 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.

¹⁴⁰ Assim ensina COSTA JUNIOR, p. 41.

¹⁴¹ 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 correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de, Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. 1, Reimpressão do original de 1944, Almedina, Coimbra, 1997, p. 2.

¹⁴² 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.

¹⁴³ Boa revisão em COSTA JUNIOR, Olímpio, A relação jurídica obrigacional, Ed. Saraiva, São Paulo, 1994, p. 1 a 7.

¹⁴⁴ 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, p. 409 e seg.

¹⁴⁵ Veja, por todos, LARENZ, Bd. I, p. 26 e seg. e, em português, COSTA JUNIOR, p. 56 e seg.

¹⁴⁶ Assim também LÔBO, Paulo Luiz Netto, Responsabilidade por vício do produto ou do serviço, Brasília Jurídica, Brasília, 1996p. 83 e seg. Para um bom repassar da evolução da doutrina alemã, das teorias chamadas “personalistas” às “patrimonialistas” das obrigações, veja TIMM, p. 76 a 80.

zer 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.

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

2. A conexidade de prestações nos atuais serviços complexos

Um outro fenômeno a destacar, que bem poderia ser examinado quando do exame da finalidade, mas parece-nos que sua análise junto ao objeto da relação de serviços é mais útil a uma visão real da multiplicidade e complexidade das relações de serviço atuais, é a conexidade. Não podemos mais examinar as relações de serviço e 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 § 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸

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 de redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes.¹⁴⁹ Na doutrina,¹⁵⁰ 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

¹⁴⁷ Veja decisão sobre o caso na jurisprudência, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 29, p. 173 e seg: “...a Lei 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. 22.09.98, p. 176, 177 e 178)

¹⁴⁸ 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, p. 161 e seg., também publicada in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 28 (1999), p. 22 e seg.

¹⁴⁹ Veja por todos, LORENZETTI, p. 22 e seg.

¹⁵⁰ 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” (ATTYAH) e da doutrina brasileira sobre coligamento e contrato relacional (Orlando GOMES e Ronaldo PORTO MACEDO), em classificação que esperamos unificadora.

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.¹⁵¹

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.¹⁵²

3. *Contratos conexos 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 conexão 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 consumo 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 sistemática 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 conexão haverá reflexos claros no plano da eficácia, com o nascimento de direitos e deveres para um maior número de participantes.¹⁵³

Como ensina Lorenzetti,¹⁵⁴ considerado o fenômeno das cadeias de fornecimento, das redes coligadas de contratos principais e acces-

¹⁵¹ 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).

¹⁵² Assim concorda o grande jurista argentino em sua novel obra, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos Conexos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 119 e seg. Destaca o autor, op. cit., p. 46, que existem "cadeias independentes de contratos" de fornecedores onde pode haver conexão, mas não "nexo funcional", pois estes contratos não têm destinação comum, por isso preferimos a expressão de LORENZETTI, "redes".

¹⁵³ Assim LORENZETTI, Ricardo, Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceros, in Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese, v. 16, 1999, p. 161 e seg.

¹⁵⁴ LORENZETTI, op. cit., p. 198.

sórios 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 conexão 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.¹⁵⁵ 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, 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)¹⁵⁶ 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 conexão é o método de comercialização e marketing, é a consequência, que hoje pode ser facilmente fotografada no mercado nacional.¹⁵⁷

B. Finalidade da Relação de serviço no CDC

1. A finalidade intrínseca das relações de consumo

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.¹⁵⁸ 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"

¹⁵⁵ 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, p. 42 e seg.).

¹⁵⁶ 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 p. 99 e seg. e p. 239 e seg.

¹⁵⁷ Veja o nosso, Contratos bancários em tempos pós-modernos, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 21.

¹⁵⁸ Assim LORENZETTI, Tratado de los contratos, p. 23.

lato sensu. Já que estamos aqui no exame dos elementos da relação jurídica, mister destacar aqui como característicos 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 movimentam 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.¹⁵⁹

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 conexão (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*).¹⁶⁰ 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.¹⁶¹

Efetivamente *causa e effectus* relacionam-se entre si, são um o pressuposto do outro, mas somente a causa é elemento intrínseco, básico do fenômeno,¹⁶² 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 produto ou serviço.”*¹⁶³ 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

¹⁵⁹ 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.”

¹⁶⁰ 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 („oberste Anfang des Wissens“).*

¹⁶¹ LAUN, *op. cit.*, p. 51 e seg..

¹⁶² 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.

¹⁶³ LISBOA, *op. cit.*, p. 34.

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.¹⁶⁴

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.

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

tência, 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 conexão (até mesmo a causa do acidente)* foi de consumo ou de produção.¹⁶⁵

Concordam com esta necessária diferenciação mesmo autores maximalistas. Roberto Senise Lisboa afirma: *“Daí porque parece razoável o entendimento segundo o qual o legislador, apesar de não ter se preocupado com a dicotomia bem de custeio-bem de insumo, fixou a diretriz da diferenciação da relação de consumo e da relação ordinária na causa determinante. Caberá, pois, à doutrina e à jurisprudência, na análise de cada caso a elas submetido, explorar a noção de relação de consumo sempre à luz da doutrina da causa das obrigações, para dirimir a questão...”*¹⁶⁶ Por sua vez, afirma Luiz Antônio Rizzatto Nunes: *“...o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas de produção; o consumidor comum não o adquire.”*¹⁶⁷ O necessário exame da finalidade/causa da relação contratual

¹⁶⁴ Veja MACEDO, Relação de consumo sem contratação de consumo direta, p. 42 e seg.

¹⁶⁵ Assim também José Reinaldo de Lima Lopes, distingue entre *“crédito ao consumo”* e *“crédito à produção”*. Afirma o professor da USP: “Desnecessário dizer que o primeiro está abrigado no Código de Defesa do Consumidor, o segundo não. Isto não significa que o tomador de crédito não ao consumo esteja desprotegido: significa apenas que o seu sistema de proteção não é o de consumo. O crédito ao investidor dá-se sob a forma de financiamentos e muitas vezes de repasses de fundos públicos ou estrangeiros, desconto, faturização, adiantamentos sobre contratos de câmbio, operações de garantia etc. Não creio que seja necessário - e nem juridicamente correto - usar o Código de Defesa do Consumidor para proteger tomadores de empréstimo para investimento.” Veja LOPES, José Reinaldo de, *Consumidor e Sistema Financeiro*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22 (1997), p. 95.

¹⁶⁶ LISBOA, Relação, p. 30, que critica, como antes mencionado, o uso das expressões *“bem de produção”/“bem de consumo”* e de *“bem de custeio”/“bem de insumo”*, e exame da vulnerabilidade, realizando então este exame material do contrato ou da causa/finalidade do contrato para chegar à Justiça no caso concreto de tratamento desigual dos desiguais.

¹⁶⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio, Comentários ao CDC, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 87 e 88.

para a eventual aplicação do Art. 2º do CDC pelo Judiciário, é, pois, uma unanimidade entre finalistas e maximalistas.

2. Finalidade negocial e remuneração direta ou indireta dos serviços

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 elemento categoriais dos contratos de serviço regidos pelo CDC no plano da existência: só será serviço de consumo a atividade “remunerada” (Art.3§2º do CDC). Mister aqui frisar a evolução que o CDC propõe entre “oneriosidade” 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 §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” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido

(contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo. aqueles contratos considerados “unilaterais”, como o mútuo, sem problemas, assim como na poupança popular.

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, remuneração causal-implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante, tanto que, se não existisse, haveria enriquecimento ilícito dos Bancos (*condictio indebiti*).

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

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)¹⁶⁸ para este frente ao outro. A questão principal é descobrir se a necessidade de prestar (*condictio*) tem origem contratual¹⁶⁹, logo, neste caso, a relação contratual é a *causa* de não necessitar o Banco indenizar pelo enriquecimento que efetivamente atinge ao “operar” com a poupança alheia, ou se, por absurdo, a necessidade de prestar (*Leistungskondition*) teria origem extracontratual, logo, não haveria causa contratual, e conseqüentemente haveria necessitar indenizar por todo e qualquer enriquecimento sem causa dos Bancos... No caso das contas poupança e do serviço (teoricamente, gratuito) prestado pelos Bancos aos clientes salta aos olhos que há *condictio*, mas que esta é *contratual*, sendo assim, não há enriquecimento ilícito, nem sem causa dos Bancos (pois o contrato sinalagmático é a sua causa), há apenas remuneração indireta através deste enriquecimento - repito - legal e contratual.

Comprovar esta afirmação é fácil, basta retirar a causa e repetir o mesmo “fato/ato 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 de-

volver o que sem causa ganhou. A única hipótese de não ter de devolver o resto, é que este figurasse - contratualmente ou, no caso da gestão, *quasi*-contratualmente - como “remuneração” pela prestação de serviços de gestão, administração, assunção de riscos etc. Este teste da retirada da causa contratual, para fazer aparecer a “causa” da remuneração lícita e existente, mesmo que implícita, os alemães denominam de *condictio ob causam finitam*. Se a causa contratual desaparecesse ou, no caso, não existisse, o sistema jurídico haveria que, necessariamente, impor a volta ao *status quo ante*, impedir o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.¹⁷⁰

Hoje, pois, juridicamente, a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. Também economicamente esta denominada “gratuidade” é ilusória. É o 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*

¹⁶⁸ Veja por todos LOEWENHEIT, Ulrich, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munique, 1989, p. 13 e seg.

¹⁶⁹ Assim ensina magistralmente MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht II*, Beck, Munique, 1987, p. 286.

¹⁷⁰ 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.

*of future performace 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 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.*¹⁷¹

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."¹⁷²

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 § único que visam regular relações "gratuitas", mas claramente de consumo.

CONCLUSÕES

A teoria finalista, que defendo, nada mais é do que uma interpretação conforme à Constituição (Princípio constitucional da Igualdade e Direito fundamental do cidadão à proteção do Estado, enquanto consumidor - Art. 5º caput e inciso XXXII da CF/88), interpretação conforme a nova ordem econômica constitucional (Art. 170 da CF/88) e a importância da identificação do sujeito de direitos a tutelar de maneira especial, o consumidor! É interpretação do Art. 2º do CDC utilizando todos os métodos clássicos de interpretação: literal, lógico-sistemático e teleológico. A teoria contrária -maximalista-propugna uma interpretação apenas literal da expressão "destinatário final", concluindo que basta ser destinatário final fático do produto ou serviço. A origem constitucional do CDC hierarquiza esta lei, a qual materializa direito fundamental (apenas) das pessoas físicas, e conduz necessariamente o aplicador da lei a interpretação cuidada desta lei especial tutelar. Segundo pensamos, o destinatário final é o que retira o bem ou serviço do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem ou seguro para continuar a produzir, utilizando-o como parte, insumo ou garantia da sua produção.

Interpretando-se a expressão legal "destinatário final" no sistema do CDC ou pelo método lógico-sistemático, observamos que este Código positiva os princípios que devem guiar a interpretação de suas normas no Art. 4º do CDC, reconhecendo a necessidade de proteção do vulnerável (princípio da vulnerabilidade do Art. 4º, inciso I do CDC), da boa-fé e do

equilíbrio (princípio da boa-fé e proteção da confiança do Art. 4º, inciso III do CDC). Interpretando a expressão "destinatário final" pelo método teleológico ou finalístico, observamos que sua ratio é a proteção do consumidor-final, aquele que retira da cadeia de produção o bem ou serviços, o destinatário final econômico, que não repassa estes custos para terceiros, aquele que não detém os meios de produção, aquele que consome de maneira realmente "final" e que o valor protegido pela norma é a igualdade, a proteção dos vulneráveis, dos não-iguais (Art. 4, I e III do CDC). Esta interpretação conforme a Constituição (Art. 5º, XXXII, Art. 170 da CF/88 e 48 da ADCT) e conforme os princípios positivados no CDC para definir o campo de aplicação desta lei (Art. 1º, 2º, 3º, 4º e 7º do CDC) destaca a importância da vulnerabilidade do agente para que possa ser considerado consumidor. Defendo que, face ao Art. 2º do CDC e ao Art. 4, inciso I desta lei especial, milita uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço. A jurisprudência tem exigido a prova da vulnerabilidade in concreto para que pessoas jurídicas beneficiem-se das regras protetivas do CDC. A equiparação a consumidor por força do Art. 29 do CDC pode beneficiar o não-destinatário final de produtos e serviços, quando contratante, e também à pessoa jurídica. Para beneficiar-se da aplicação do Art. 29 do CDC, a jurisprudência exige hoje a prova de vulnerabilidade in concreto. Efetivamente, a aplicação do Art. 29 do CDC exige

que as pessoas por ele equiparadas a consumidores estejam "expostas" a práticas comerciais do outro contratante e só está "exposto" quem é vulnerável, não igual, mais fraco, leigo ou necessitado.

Parece-me comprovada a afirmação de Erik Jayme de que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade qualifica-se quando recebe direitos fundamentais, como aconteceu no Brasil com os consumidores, e acaba este sujeito por modificar as instituições em que está presente, como o contrato massificado e complexo de serviços atual. As plurais definições de consumidor do CDC (Art. 2º, parágrafo único do Art. 2º, Art. 17 e Art. 29 do CDC) visam justamente incluir os não contratantes, os terceiros beneficiários, os que pagaram direta e indiretamente os serviços de consumo, os terceiros vítimas, os terceiros garantidores, os vulneráveis expostos às práticas comerciais abusivas. Visam definir, com base nos princípios expostos no Art. 4, I e III do CDC, quem é consumidor, visam equiparar para proteger os desiguais. O sujeito de direitos do CDC (código protetivo apenas deste agente econômico vulnerável, o consumidor) é um sujeito pós-moderno, plural e destruidor dos dogmas contratuais antigos, tais como o efeito inter partes dos contratos e a não conexão das relações complexas, acabando por superar mesmo a figura do terceiro contratual ao defini-lo como "consumidor" stricto sensu ou equiparado.

¹⁷¹ 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 in *6 J. Legal Studies* 411 (1977)

¹⁷² Ap. Civ. 581.830/6, j. 25.04.96, Rel. Juiz Silveira Paulilo, 1º TACiv.-SP.