A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DE SETEMBRO DE 1990 A JULHO DE 2013

Luiz Antonio Rizzatto Nunes
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado)
Mestre e doutor em Filosofia do Direito e Livre-Docente em Direito do Consumidor

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

EXCERTOS

"Ninguém mais duvida da mudança ocasionada pela legislação consumerista na relação fornecedor-consumidor e que fez com que não só a qualidade da produção melhorasse como também da comercialização, com ofertas mais honestas, informações mais adequadas, atendimento mais bem qualificado, enfim, a norma fez o mercado amadurecer"

"Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente este fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar"

"O caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 (data do início de vigência da atual Constituição Federal brasileira – CF) como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados"

"Para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado"

"Antes da Lei 8.078/90, nós consumidores, muito provavelmente ingerimos toneladas de produtos vencidos e sorvemos milhares de litros de bebidas ultrapassadas"

"O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final"

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

1. Introdução

Neste ano de 2013, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, isto é, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), completa 23 anos de existência. Como sempre dissemos, a boa notícia é que o CDC é daquelas leis que comemoram aniversário, sempre lembrada tanto em setembro (mês da edição) como em março (mês em que entrou em vigor e o mês em que também se comemora o dia mundial dos direitos dos consumidores). Isso tem colaborado para marcar sua presença, ajudando a manter viva em nossa mente a existência dessa lei tão importante para o exercício da cidadania no Brasil.

E, claro, com 23 anos de idade seria de se esperar que a lei fosse cumprida por todos o tempo todo. Infelizmente, não é bem assim. Todavia, os avanços sociais advindos da aplicação do CDC superam em muito as violações ainda praticadas. Há vários fatores que levaram ao sucesso da lei. Focaremos em alguns deles, especialmente apresentando o modelo principiológico da lei e seu caráter de abrangência, que permitiu regular todo o mercado de consumo capitalista, escapando da tradição privatista que tanto impediu que os consumidores fossem respeitados.

Com um início de vigência que, lembramo-nos bem, assustou empresários em geral, muitos publicitários e os grandes conglomerados em especial, aos poucos o CDC foi se firmando e deixando de ser o bicho-papão de que o acusavam injustamente. Ao que consta, ninguém mais duvida da mudança ocasionada pela legislação consumerista na relação fornecedor-consumidor e que fez com que não só a qualidade da produção melhorasse como também da comercialização, com ofertas mais honestas, informações mais adequadas, atendimento mais bem qualificado, enfim, a norma fez o mercado amadurecer.

Para ficarmos apenas com um exemplo: antes do CDC, a maior parte dos produtos não trazia estampada nas embalagens seu prazo de validade. Era de se espantar com o curto prazo de validade de alguns produtos. Até água em garrafa ou em copo plástico tem curto prazo de validade! Antes da Lei 8.078/90, nós consumidores, muito provavelmente ingerimos toneladas de produtos vencidos e sorvemos milhares de litros de bebidas ultrapassadas. (Ocorre-me um fato tão terrível quanto peculiar: sou da época dos refrigerantes em garrafa – apenas em garrafa – e agora me vem a memória de quantas vezes, quando garoto, retirei a tampinha e com a mão limpei as marcas de ferrugem que estavam no vidro do lado de fora do gargalo, antes de beber o refrigerante... Sabe-se lá, das vezes que adoeci, quantas não estavam relacionadas com produtos e bebidas deteriorados.)

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Pois bem, o susto dos empresários passou. A lei teve, como tem, muito boa eficácia – ou, como se costuma dizer no Brasil, é "uma lei que pegou".

2. Lei principiológica

Antes ainda de ingressarmos no exame das normas estabelecidas na Lei 8.078/90, é necessário colocar uma questão preliminar, que deve nortear o trabalho de todos aqueles que pretendem compreendê-la. É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, eis que foi criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro.

Além disso, os vários princípios constitucionais que o embasam são elementos vitais ao entendimento de seus ditames. Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente este fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar[1].

A edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do *sistema constitucional brasileiro*, ainda pouco explorado pela teoria do direito. Em primeiro lugar, a Lei 8.078/90 é código por determinação constitucional (conforme art. 48 do ADCT/CF), o que mostra, desde logo, o primeiro elemento de ligação entre ela e a carta magna.

Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no *sistema jurídico nacional*. Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentam o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da Lei 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

E mais e principalmente: o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 (data do início de vigência da atual Constituição Federal brasileira – CF) como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os *princípios fundamentais* da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

Assim, à frente de todos está o superprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível e, claro, a toda e qualquer norma de hierarquia inferior. A seguir, no texto constitucional estão os demais princípios e garantias fundamentais, que são reconhecidos no CDC e que aqui relembramos: o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso I); a garantia da imagem, da honra, da privacidade, da intimidade, da propriedade e da indenização por violação a tais direitos de modo material e também por dano moral (CF, art. 5º, V, c/c os incisos X e XXII); ligado à dignidade e demais garantias está o piso vital mínimo insculpido como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à maternidade etc. (CF, art. 6º); e unidos a todos esses direitos está o da prestação de serviços públicos essenciais com eficiência, publicidade, impessoalidade e moralidade (CF, art. 37, *caput*).

Com 23 anos de idade seria de se esperar que a lei fosse cumprida por todos o tempo todo. Infelizmente, não é bem assim

Não se pode olvidar que é também cláusula pétrea como dever absoluto para o Estado a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Resta ainda lembrar que a Constituição Federal estabelece que o regime econômico brasileiro é capitalista, mas limitado (CF, art. 1º, IV, c/c arts. 170 e ss.): são fundamentos da República os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), e a defesa do consumidor é princípio fundamental da ordem econômica (CF, art. 170, V).

Ora, o CDC nada mais fez do que concretizar numa norma infraconstitucional esses princípios e garantias constitucionais. Assim está previsto expressamente no seu art. 4º o respeito à dignidade, à saúde, à segurança, à proteção dos interesses econômicos, e a melhoria de qualidade de vida está também expressamente prevista no seu art. 4º, *caput*.

A característica de vulnerabilidade do consumidor prevista no inciso I do art. 4º decorre diretamente da aplicação do princípio da igualdade do texto magno. O CDC é categórico no que respeita à prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI), e o acesso à justiça e aos órgãos administrativos com vistas

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

à prevenção e reparação de danos é também outra regra manifesta (art. 6º, VII). A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é, da mesma forma, norma clara na lei (art. 6º, X) etc. Logo, fica patente o caráter principiológico da Lei 8.078/90.

3. Pressupostos para a interpretação do CDC

Explicitemos alguns pontos que são fundamentais para a compreensão das regras instituídas pela lei consumerista. Lembre-se que as bases jurídicas existentes no século XIX estão ligadas ao liberalismo econômico e às grandes codificações, que se iniciam com o Código de Napoleão de 1804. Os pressupostos do pensamento liberal aparecem no sistema jurídico codificado, como foi estabelecido, por exemplo, em nosso Código Civil de 1916 (e que entrou em vigor em 1917)[2]. Destaque-se, dentre os vários pontos de influência do liberalismo, a chamada autonomia da vontade, a liberdade de contratar e fixar cláusulas, o *pacta sunt servanda* etc.

Nessa mesma época, ou seja, no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento da oferta etc.

Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a estandartização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens. A partir da segunda guerra mundial o projeto de produção capitalista passou a crescer numa enorme velocidade, e, com o advento da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, das transações eletrônicas, da computação, da microcomputação etc., a velocidade tomou um grau jamais imaginado até meados do século XX.

A partir de 1989, com a queda dos regimes não capitalistas, o modelo de globalização, que já se havia iniciado, praticamente completou seu ciclo, atingindo quase todo o globo terrestre. O direito não podia ficar à margem desse processo e em alguma medida seguiu a tendência da produção em série, mormente a da especialização (outra característica desta nossa sociedade). Mas, de início, a alteração observada foi a do lado do fornecedor, que passou a criar contratos-padrão e formulários (que depois vieram a ganhar o nome de contratos de adesão) de forma unilateral e que foram impingidos aos consumidores.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

A Lei 8.078/90 tinha de vir, pois já estava atrasada. O Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, já não dava conta de lidar com as situações tipicamente de massa. É verdade que dispúnhamos de algumas normas tratando da questão da economia popular[3], bem como, no campo adjetivo, tínhamos a Lei da Ação Civil Pública, que é de 27 de julho de 1985 (Lei 7.347). Contudo, era necessário que tivéssemos uma lei capaz de dar conta das relações jurídicas materiais que haviam surgido e estavam em pleno vigor, porém sem um suporte legal que lhes explicitasse o conteúdo e que impedisse os abusos que vinham sendo praticados. É importante frisar que o regime privatista do Código Civil era inoperante em questões ligadas à sociedade de massa, como da mesma forma o era o sistema das ações judiciais individuais do Código de Processo Civil.

Por tudo isso, consigne-se que, para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor –, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.

4. O CDC: um sistema próprio

Lamentavelmente, existe ainda uma série de interpretações equivocadas da Lei 8.078/90, em função do desconhecimento do fato de que o CDC é um sistema próprio, que tem autonomia em relação às demais normas, funcionando como lei principiológica.

Com efeito, a partir de 11 de março de 1991, com a entrada em vigor da lei consumerista, não se cogita mais em pensar as relações de consumo (as existentes entre fornecedores e consumidores) como reguladas por outra lei. O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. Dir-se-á um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro.

Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da carta magna, e, de outro, todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista. Caso não haja, não há por que nem como pensar em aplicar outra lei diversa da 8.078. O CDC, como sistema próprio que é, comporta, assim, que o intérprete lance mão de seus instrumentos de trabalho

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

a partir e tendo em vista os princípios e regras que estão nele estabelecidos e que interagem entre si. O uso da técnica de interpretação lógico-sistemática é tão fundamental para o entendimento das normas do CDC como a de base teleológica, que permitirá entender seus princípios e finalidades.

Assim, como a Lei 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, ela é prevalente sobre todas as demais normas anteriores, ainda que especiais, que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores. As regras básicas que justificam essa forma de interpretar são, em primeiro lugar, a preponderância dos princípios, e, depois, a estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (cujo nome anterior e como ficou conhecida era Lei de Introdução ao Código Civil), que dispõe: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Poder-se-ia objetar que a hipótese do conflito entre norma posterior e geral e norma anterior especial se resolveria pelo § 2º do mesmo artigo, que diz: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

Mas acontece que:

a) na ordem do art. 2º a primeira regra a ser utilizada é a do § 1º;

b) ela é suficiente para resolver a questão, pois a norma geral principiológica sempre tangencia para afastar as anteriores incompatíveis, quer estas sejam gerais ou especiais;

c) por isso, a hipótese do § 2º fica afastada.

Dito de outro modo: a norma jurídica principiológica, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, atinge para afastar toda e qualquer norma jurídica da mesma hierarquia que com ela conflite. A outra não é revogada, mas é deixada de lado da incidência do caso concreto, sendo substituída pelos princípios e regras da lei consumerista.

5. A relação jurídica de consumo

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Insta, portanto, que estabeleçamos em que hipóteses a relação jurídica pode ser assim definida. Conforme se verá na sequência, haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Vejamos, então, como é que a Lei 8.078/90 define consumidor, fornecedor, produto e serviço.

5.1. Conceito de consumidor

5.1.1. Questão preliminar

O CDC resolveu definir consumidor. Sabe-se que a opção do legislador por definir os conceitos em vez de deixar tal tarefa à doutrina ou à jurisprudência pode gerar problemas na interpretação, especialmente porque corre o risco de delimitar o sentido do termo. No caso da Lei 8.078/90, as definições foram bem-elaboradas[4]. É verdade que na hipótese do conceito de "consumidor" restam alguns obstáculos a serem superados, para cuja suplantação vamos propor alternativas.

Apesar de algumas dificuldades, a definição de consumidor tem a grande virtude de colocar claramente o sentido querido na maior parte dos casos. De qualquer maneira, antes de buscarmos a delimitação do conceito, é necessário dizer que ele está basicamente exposto no art. 2º, *caput* e seu parágrafo único[5], sendo completado por outros dois artigos. São eles os arts. 17 e 29[6].

5.1.2. Destinatário final

Para bem elucidar a definição de consumidor, parece-nos mais adequado começar a interpretar o *caput* do art. 2º, que é exatamente o que apresenta a maior oportunidade de problemas, especialmente pelo uso do termo "destinatário final".

Temos dito que a definição de consumidor do CDC começa no individual, mais concreto (art. 2º, *caput*), e termina no geral, mais abstrato (art. 29). Isto porque, logicamente falando, o *caput* do art. 2º aponta para aquele consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço, e o art. 29 indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado.

Entre um e outro, estão as outras formas de equiparação. Comecemos, então, a tratar do *caput* do art. 2º. A mera interpretação gramatical dos termos da cabeça do artigo não é capaz de resolver os problemas que surgem. Todavia, devemos lançar mão dela, porquanto permitirá a explicitação da maior parte das questões.

Diga-se, de início, o que decorre da obviedade da leitura. Consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. Quanto a esta última, como a norma não faz distinção, trata-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma microempresa, quer seja uma multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação etc.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A lei emprega o verbo "adquirir", que tem de ser interpretado em seu sentido mais lato, de obter, seja a título oneroso ou gratuito. Porém, como se percebe, não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou o serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtém) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome. Assim, por exemplo, se uma pessoa compra cerveja para oferecer aos amigos numa festa, todos aqueles que a tomarem serão considerados consumidores[7].

A norma fala em "destinatário final". O uso desse termo facilitará, de um lado, a identificação da figura do consumidor, mas, por outro, trará um problema que tentaremos resolver. Evidentemente, se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor.

Assim, por exemplo, se uma pessoa – física ou jurídica – adquire calças para revendê-las, a relação jurídica dessa transação não estará sob a égide da Lei 8.078/90. O problema do uso do termo "destinatário final" está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção. Por exemplo, o usineiro que compra uma usina para a produção de álcool. Não resta dúvida de que ele será destinatário final do produto (a usina); contudo, pode ser considerado consumidor?

E a empresa de contabilidade que adquire num grande supermercado um microcomputador para desenvolver suas atividades, é considerada consumidora?

Para responder a essas questões e tentar elucidar todas as possíveis alternativas que o quadro interpretativo denota, examinaremos, detalhadamente, cada situação.

Não se duvida do fato de que, quando uma pessoa adquire um automóvel numa concessionária, estabelece-se uma típica relação regulada pelo CDC. De um lado, o consumidor; de outro, o fornecedor.

Em contrapartida, é evidente que não há relação protegida pelo código quando a concessionária adquire o automóvel da montadora como intermediária para posterior venda ao consumidor.

Nas duas hipóteses acima as situações jurídicas são simples e fáceis de serem entendidas. Numa ponta da relação está o consumidor (relação de consumo). Na outra estão fornecedores (relação de intermediação/distribuição/comercialização/produção). O Código de Defesa do Consumidor regula o primeiro caso; o direito comum, o outro.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Mas o que acontece se a concessionária se utiliza do veículo como "destinatária final", por exemplo, entregando-o para seu diretor usar? A resposta a essa questão é fácil: para aquele veículo a concessionária não aparece como fornecedora, mas como consumidora, e a relação está tipicamente protegida pelo Código (o que será confirmado pela exposição que se segue).

Todavia, existem outras situações mais complexas. Quando, por exemplo, a montadora adquire peças para montar o veículo, trata-se de situação na qual as regras aplicadas são as do direito comum. São típicas relações entre fornecedores partícipes do ciclo de produção, desde a obtenção dos insumos até a comercialização do produto final no mercado para o consumidor.

Os avanços sociais advindos da aplicação do CDC superam em muito as violações ainda praticadas

A visualização da hipótese é simples. Estamos diante de situações cíclicas da produção, em que num dos polos aparece alguém adquirindo o produto como "destinatário final".

No entanto, vamos recolocar o exemplo da usina: um fazendeiro resolve transformar-se em usineiro e para tanto encomenda uma usina para produção de álcool. Seria esse usineiro "destinatário final" da usina? Denotaria essa relação uma típica situação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor?

Examinemos: a situação parece diversa da anterior, porque, diferentemente da montadora, que envia as peças com o automóvel para o consumidor, na produção do álcool, este vai para o consumidor, mas a usina fica. Contudo, há coisas na montadora que também não vão para o consumidor. Por exemplo, o prédio utilizado para a montagem do veículo. Nesse caso, a montadora é "destinatária final" do prédio e, portanto, consumidora? Mas não serão simplesmente a usina e o prédio "bens de produção", e, assim, não se pode querer aplicar ali a lei consumerista?

O problema está em que o CDC não fala em bens de produção ou de consumo. Limitou-se a dizer "consumidor" como "destinatário final" e a definir o fornecedor (art. 3º). Há meios, porém, de solucionar a pendência.

Antes de tentar responder, analisemos um outro exemplo, o de uma pessoa que pretende constituir-se como despachante. Para isso vai a uma loja e compra uma máquina de escrever, que utilizará para o exercício de seu trabalho. É o despachante "destinatário final" da máquina e, portanto, consumidor?

Passemos, agora, às respostas, segundo nosso ponto de vista.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Poderíamos responder no caso do álcool que o usineiro é "destinatário final" da usina e assim aquela relação estaria protegida pelo código. Da mesma maneira, a montadora seria "consumidora" do prédio utilizado para montagem de veículos. E, assim, resolvido estaria o caso do despachante, que é "destinatário final" da máquina de escrever.

Contudo, todos esses bens não são típicos "bens de produção"? A máquina de escrever pode ser e pode não ser. Os outros dois são. Seria adequado dizer, então, que o código regula aquelas três situações? Sem dúvida que não. Em casos nos quais se negociam e adquirem bens típicos de produção, o CDC não pode ser aplicado por dois motivos óbvios: primeiro, porque não está dentro de seus princípios ou finalidades; segundo, porque, dado o alto grau de protecionismo e restrições para contratar e garantir, o CDC seria um entrave nas relações comerciais desse tipo, e que muitas vezes são de grande porte. A resposta para o caso da usina e da montadora é, portanto, a aplicação do direito comum.

Acontece que essa resposta não resolve o problema do despachante. Quer dizer, então, que a máquina de escrever é um bem de produção, e quando ela tiver vício o despachante não poderá utilizar-se da Lei 8.078/90? Ora, que diferença existe entre o despachante pessoa jurídica, que utiliza a máquina para preencher guias, e o despachante enquanto pessoa física, que leva a máquina para casa e escreve uma carta de amor?

A solução não pode ser a mesma que a da usina e a da montadora. Tem de ser outra.

O código ajuda em parte, pois o despachante é "destinatário final", mas o bem é de produção. Porém, para encontrarmos uma solução, precisamos utilizar certos princípios do Código e transferi-los para a noção de bens – aliás, conforme fizemos para falar de "bens de produção", excluindo-os de sua abrangência.

O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo, fabricados em série, levados ao mercado numa rede de distribuição, com ofertas sendo feitas por meio de dezenas de veículos de comunicação, para que alguém em certo momento os adquira.

Aí está o caminho indicativo para a solução. Dependendo do tipo de produto ou serviço, aplica-se ou não o código, independentemente de o produto ou serviço estar sendo usado ou não para a "produção" de outros.

É claro o que estamos falando: não se compram "usinas" para produção de álcool em lojas de departamentos, ao contrário de máquinas de escrever. Para

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

quem fabrica máquinas de escrever em série e as coloca no mercado de consumo não é importante o uso que o destinatário delas fará: pode muito bem empregá-las para a produção de seu serviço de despachante.

Não podemos esquecer que, no mesmo sentido, uma simples caneta esferográfica pode ser "bem de produção", como da mesma forma o serviço de energia elétrica é bem de produção para a montadora de automóveis.

Assim, podemos responder que, como o despachante adquiriu a máquina de escrever produzida e entregue ao mercado como um típico bem de consumo, a relação está protegida pelo CDC.

5.1.3. Caso exemplar

Suponhamos que um professor esteja dirigindo-se ao prédio de uma faculdade para dar aula no curso de especialização em direito do consumidor. Digamos que ao chegar ao prédio ele constate que esqueceu de levar caneta. Como sempre ele usa caneta durante as exposições para fazer marcações e, na parte do seminário, para anotar as questões dos alunos. Portanto, antes de ir para a sala, deve adquirir uma caneta.

Vamos supor, então, que, ao chegar à papelaria, ele se encontre com um aluno do mesmo curso que também estava em busca de uma caneta. Este por outro motivo: para anotar a aula. E que na papelaria haja para vender apenas um estojo com duas canetas esferográficas iguais. Constatando o problema, o professor e ele resolvem comprar o estojo e dividir o preço ao meio: 50% para cada um; uma caneta para cada um.

Note-se que as tais duas canetas foram fabricadas no mesmo dia, hora e minuto, na linha de montagem do mesmo fabricante, tendo a mesma classificação seriada: são idênticas. Vamos supor também que ambas, exatamente por serem idênticas, produzidas na mesma série, tenham as mesmas características e, no caso, o mesmo vício de fabricação: se ficarem na posição vertical por mais de dez minutos a tinta vai sair pelo bico. Bem. O professor e o aluno compraram as canetas, cada um pegou a sua e foram juntos para a sala.

Veja-se claramente: até aquele momento, ali na papelaria, eram, o professor e o aluno, dois consumidores típicos. Porém, ao ingressarem na sala, toma o professor posição atrás da mesa e o aluno se acomoda numa das cadeiras da sala. No momento em que ingressaram na sala, a caneta do professor tornou-se bem de produção; a do aluno, bem de consumo. Na verdade, desde o início a caneta do professor era bem de produção (foi para isso que ele a adquiriu) e a do aluno, de consumo. O professor aparece lá como prestador do serviço, dando aula, e o aluno, como consumidor-aluno, assistindo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Digamos que no intervalo o professor coloque a caneta no bolso do paletó e o aluno, no bolso do seu paletó. Dez minutos depois as canetas vazam, manchando e inutilizando ambos os paletós. De onde se extrairia o princípio lógico ou jurídico a garantir ao aluno como consumidor o direito de pleitear indenização, com base na responsabilidade civil objetiva do fabricante (art. 12 do CDC), e ao professor o direito de pleitear também indenização fundado nas normas do Código Civil, que não dá a mesma proteção?

Isso não só seria ilógico como feriria o princípio de isonomia constitucional; além do mais, não está de acordo com o sistema do CDC. Na realidade, o exemplo singelo que aqui relatamos tem a grande virtude de elucidar a questão: a Lei 8.078 regula o polo de consumo, isto é, pretende controlar os produtos e serviços oferecidos, postos à disposição, distribuídos e vendidos no mercado de consumo e que foram produzidos para serem vendidos, independentemente do uso que se vá deles fazer.

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo

Quer se use o produto (ou o serviço) para fins de consumo (a caneta do aluno), quer para fins de produção (a caneta idêntica do professor), a relação estabelecida na compra foi de consumo, aplicando-se integralmente ao caso as regras do CDC [8].

Dessa maneira, repita-se, toda vez que o produto ou o serviço puderem ser utilizados como bem de consumo, incidem na relação as regras do CDC. Vale para a caneta do exemplo *supra*, mas vale também para a água e a eletricidade que se fornece e para o dinheiro que é emprestado por um banco[9], porque tais bens são utilizados tanto por consumidores como por fornecedores.

É verdade que se pode fazer uma objeção ao que até aqui apresentamos, relativa aos bens que, apesar de serem típicos de produção, sejam adquiridos por consumidores enquanto tal e destinatários finais.

Na argumentação acima apresentamos o exemplo do usineiro que adquire a usina – bem que não é de consumo – como destinatário final e dissemos que, claro, a relação jurídica dele com o fabricante da usina era tipicamente comercial. No entanto, pode acontecer – e ocorre mesmo, na realidade – de um produto ser típico de produção e ser adquirido por um consumidor para seu uso pessoal. É o exemplo de um grande avião, digamos, um Boeing 737. Não há dúvida de que esse avião é típico de produção (utilizado no transporte comercial de cargas e passageiros), porém há milionário que o adquire para seu

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

uso pessoal. Nessa hipótese, temos de aplicar, pela via de exceção, a regra geral do destinatário final – consumidor. É que, no caso, atuando como comprador-consumidor que quer o bem para uso próprio, mesmo que ele não tenha sido planejado, projetado e montado para o fim de consumo, foi vendido e adquirido para tal. Daí, nessa relação jurídica específica também incidem as regras da Lei 8.078/90.

O problema, no caso, será apenas o da identificação da relação jurídica de consumo, que se dará pela pessoa do adquirente: surgindo disputa de direitos, lide, processo, caberá ao consumidor-comprador demonstrar que comprou o produto (no exemplo, o avião) como bem de consumo.

5.1.4. Pessoa jurídica – destinatária final

Além de tudo o que já demonstramos, existe ainda uma outra norma no CDC que justifica nossa teoria para explicar a definição de consumidor na relação de consumo. É a do inciso I do art. 51, especificamente a segunda parte da proposição.

No entanto, antes de analisá-la, desde logo se acrescente uma constatação: o *caput* do art. 2º coloca a pessoa jurídica como consumidora. Ora, afinal o que é que uma pessoa jurídica pode consumir? Pessoa jurídica não come, não bebe, não dorme, não viaja, não lê, não vai ao cinema, não assiste à aula, não vai a shows, não assiste a filmes, não vê publicidade etc. Logo, para ser consumidora, ela somente poderia consumir produtos e serviços que fossem tecnicamente possíveis e lhe servissem como bens de produção e que fossem, simultaneamente, bens de consumo.

Com a análise do inciso I do art. 51 o ciclo de nossa explanação nesse aspecto se encerra. Vejamos.

A disposição normativa da segunda parte do inciso I do art. 51 foi feita exatamente pensando no consumidor-pessoa jurídica que adquire produto ou serviço de consumo para fins de produção. Trata-se de previsão legal a permitir que o fornecedor em circunstâncias especiais justificáveis possa estabelecer cláusula contratual limitando seu dever de indenizar.

Leia-se especificamente a parte final da proposição da norma do inciso I do art. 51: "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. *Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis*."

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Pergunta-se: por que é que a lei resolveu excetuar do amplo e expresso sistema de responsabilidade civil objetiva, no qual o fornecedor não pode, de maneira alguma, desonerar-se de seu dever de indenizar, exatamente um caso especial de aquisição de produto ou serviço quando o consumidor é pessoa jurídica? Justamente porque *sabe* que é possível adquirir produto e serviço de consumo para *fins de produção.* Explica-se.

A regra geral é a do dever de o fornecedor indenizar por vícios e defeitos (arts. 12 a 14 e 18 a 20). Não pode ele, mediante cláusula contratual, exonerar-se dessa obrigação, mesmo que seja em parte, por expressa disposição do *caput* do art. 25, que dispõe, *verbis*: "Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores."

O CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no sistema jurídico nacional

Logo, essa é a regra geral para todas as relações jurídicas de consumo regulares. Mas a lei resolveu abrir uma exceção (a do citado inciso I do art. 51). E não foi para os casos comuns, mas apenas os que envolvam o consumidor-pessoa jurídica em "situações justificáveis". E quais seriam elas?

A exceção legal de permissão para fixação de cláusula contratual limitadora do dever de indenizar pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade:

a) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo;

b) que a qualidade de consumidor-pessoa jurídica, por sua vez, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora.

Para o fornecedor exercer a prerrogativa de negociar a inserção de cláusula contratual limitadora de seu dever de indenizar é necessário que estejam presentes as duas situações previstas nas letras "a" e "b", simultaneamente.

Examine-se a letra "a": não basta que a compra seja fora do padrão para que ele possa incluir a cláusula. Por exemplo, se um consumidor-pessoa física quiser adquirir vinte microcomputadores para distribuir a seus amigos e parentes[10], isso não é suficiente para a negociação e inclusão da cláusula. A compra está fora do padrão, mas não está presente o outro requisito.

E, quanto à letra "b", o mesmo ocorre com duas alternativas:

b.1) Não é suficiente que o consumidor seja pessoa jurídica fazendo uma aquisição dentro do regular. Por exemplo, a pessoa jurídica que adquire um microcomputador numa loja de departamentos ou diretamente do fabricante.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Essa é uma aquisição comum, que recebe as garantias gerais das disposições regulares do sistema de responsabilidade civil instituído no CDC. Não pode o fornecedor limitar sua responsabilidade.

b.2) Não é suficiente que a compra seja fora do padrão. É necessário que a pessoa jurídica consumidora seja também de porte razoável para que a cláusula limitadora possa ser negociada e inserida no contrato. Evidente que cada caso terá suas particularidades, na medida em que a norma se está utilizando de termos indeterminados, que remetem a situações concretas variáveis.

Contudo, é possível dizer que pessoa jurídica "de porte", para os fins instituídos no inciso I do art. 51, é aquela que tem corpo jurídico próprio ou pode pagar consultor jurídico, que negocie em nome dela a cláusula contratual limitadora. Sem isso, isto é, sem que se estabeleça um equilíbrio prévio para a negociação da cláusula, esta não poderá ser inserida no contrato.

Voltando, então, aos nossos argumentos para a definição de consumidor, percebe-se, pelo que se examinou do inciso I do art. 51, que o CDC abraça nossa tese no sentido de que há bens de consumo (produtos e serviços) que são adquiridos com o fim de produção, *sem* que a relação jurídica estabelecida *deixe* de ser de consumo, tanto que recebe ela o tratamento diferencial da norma do inciso I do art. 51 comentado.

5.1.5. Resumo e conclusão

Resumindo e concluindo esta parte:

a) o CDC regula situações em que haja "destinatário final" que adquire produto ou serviço para uso próprio sem finalidade de produção de outros produtos ou serviços;

b) regula também situações em que haja "destinatário final" que adquire produto ou serviço com finalidade de produção de outros produtos ou serviços, desde que estes, uma vez adquiridos, sejam oferecidos regularmente no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente lhes vai dar;

c) 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 como de produção; o consumidor comum não o adquire. Por via de exceção, contudo, haverá caso em que a aquisição do produto ou serviço típico de produção será feita pelo consumidor, e nessa relação incidirão as regras do CDC.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

5.1.6. A coletividade de pessoas

Continuando nossa análise da definição de consumidor, temos agora de avaliar o parágrafo único do art. 2º e depois os arts. 17 e 29. O parágrafo único do art. 2º amplia a definição, dada no *caput,* de consumidor que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, nos moldes já apresentados, equiparando a ele a coletividade de pessoas, mesmo que não possam ser identificadas e desde que tenham, de alguma maneira, participado da relação de consumo.

A norma do parágrafo único do art. 2º pretende garantir a coletividade de pessoas que possam ser, de alguma maneira, afetadas pela relação de consumo. Na realidade, a hipótese dessa norma diz respeito apenas ao atingimento da coletividade, indeterminável ou não, mas sem sofrer danos, já que neste caso o art. 17 – examinado na sequência – enquadra a questão.

Dessa maneira, a regra do parágrafo único permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. Por exemplo, a massa falida pode figurar na relação de consumo como consumidora ao adquirir produtos, ou, então, o condomínio, quando contrata serviços.

É essa regra que dá legitimidade para a propositura de ações coletivas para a defesa dos direitos coletivos e difusos, previstas no título III da lei consumerista (arts. 81 a 107), e particularmente pela definição de direitos coletivos (inciso II do parágrafo único do art. 81) e direitos difusos (inciso III do parágrafo único do art. 81) e na apresentação das pessoas legitimadas para proporem as ações (art. 82).

Com isso, pode-se dizer que a completa designação do amplo sentido da definição de consumidor começa no *caput* do art. 2º, passa por seu parágrafo único, segue até o 17 e termina no 29. É o que ainda veremos.

5.1.7. Vítimas do evento

Com efeito, a dicção do art. 17 deixa patente a equiparação do consumidor às vítimas do acidente de consumo que, mesmo não tendo sido ainda consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso.

Exatamente a seção na qual o art. 17 está inserido é a que cuida da responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo (e que abordaremos na oportunidade própria).

Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área urbana,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC.

5.1.8. Todas as pessoas estão expostas às práticas comerciais

No capítulo V do CDC, que trata das práticas comerciais, o legislador inseriu o art. 29, para equiparar ao consumidor todas as pessoas, mesmo as que não puderem ser identificadas, que estão expostas às práticas comerciais.

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já estará exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.

Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e ss. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contrariado.

Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição, que, partindo do elemento mais concreto – daquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final –, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir.

5.2. Conceito de fornecedor

5.2.1. Sem exclusão

O conceito de fornecedor está definido no *caput* do art. 3º do CDC[11]. A leitura pura e simples desse *caput* já é capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no país, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc.

5.2.2. A atividade e a relação jurídica de consumo

O uso do termo "atividade" está ligado a seu sentido tradicional. Têm-se, então, atividade típica e atividade eventual. Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce a atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista, o que pode dar-se de maneira rotineira ou eventual. E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria. Por exemplo, uma estudante que, para pagar seus estudos, compra e depois revende *lingerie* entre seus colegas exerce atividade que a põe como fornecedora para o CDC. Se essa compra e venda for apenas em determinada e específica época, por exemplo, no período de festas natalinas, ainda assim ela é fornecedora, porque, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial.

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos polos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá de existir no outro polo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC. Por exemplo, se uma loja de roupas vende seu computador usado para poder adquirir um novo, ainda que se possa descobrir no comprador um "destinatário final", não se tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora. A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo. Será um ato jurídico regulado pela legislação comum civil ou comercial.

O mesmo se dá quando a pessoa física vende seu automóvel usado. Independentemente de quem o adquira, não se pode falar em relação de consumo, pois falta a figura do fornecedor. No exemplo a situação é daquelas reguladas pelo direito comum civil, inclusive quanto a garantias, vícios etc. É por isso que a definição da relação de consumo é fundamental para se descobrir se é aplicável ou não o CDC.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Agora, é evidente que, conforme dissemos, basta que a venda tenha como base a atividade regular ou eventual para que surja a relação de consumo. Usando os mesmos exemplos, define-se como relação de consumo a venda do computador pela loja de roupas, se tal estabelecimento imprime uma regularidade a esse tipo de venda, visando a obtenção de lucro. Da mesma maneira, haverá relação de consumo se a pessoa física compra automóveis para revender, fazendo disso uma atividade regular. Claro que, em casos assim, em eventual discussão judicial provocada pelo consumidor, haverá problemas de prova da atividade regular (ou eventual). Mas essa é uma questão processual, que não desfigura a definição do direito material ora tratado.

5.2.3. Qualquer pessoa jurídica

Já tivemos oportunidade de dizer que a pessoa jurídica pode ser consumidora, ao examinarmos o conceito de consumidor estabelecido no *caput* do art. 2º. Lá a norma apenas faz referência à "pessoa jurídica" sem qualificá-la. Aqui, no *caput* do art. 3º, como a lei trata de adjetivar a pessoa jurídica como "pública ou privada, nacional ou estrangeira", poder-se-ia indagar se no art. 2º não se estaria falando menos ou até o contrário, ou, em outros termos: se no *caput* do art. 3º a norma não estaria, de alguma maneira, cuidando apenas daquelas pessoas jurídicas indicadas.

Na realidade, a resposta é bastante simples. Tanto no caso do conceito de consumidor quanto no de fornecedor, a referência é a "toda pessoa jurídica", independentemente de sua condição ou personalidade jurídica. Isto é, toda e qualquer pessoa jurídica. O legislador poderia muito bem ter escrito no *caput* do art. 3º apenas a expressão "pessoa jurídica" que o resultado teria sido o mesmo. Não resta dúvida de que toda pessoa jurídica pode ser consumidora e, evidentemente, por maior força de razão, pode ser fornecedora.

Ao que parece, o legislador, um tanto quanto inseguro[12], tratou a pessoa jurídica como consumidora sem se importar muito com o resultado de sua determinação, e quis garantir-se de que, no caso do fornecedor, nenhuma pessoa jurídica escapasse de se enquadrar na hipótese legal.

Assim, tem-se de definir como fornecedor toda e qualquer pessoa jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A referência à pessoa jurídica estrangeira tem relevo na hipótese da pessoa jurídica admitida como estrangeira em território nacional e que, nessa qualidade,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

presta serviços ou vende produtos. Por exemplo, a companhia aérea que aqui faz escala ou a companhia teatral estrangeira que vem ao país para apresentações. Haverá em ambos os exemplos prestação de serviços, e pode haver venda de produtos: a empresa aérea que vende presentes a bordo; a companhia teatral que vende pequenos objetos – camisetas, bichos de pelúcia etc.

5.2.4. Ente despersonalizado

Ao lado da pessoa jurídica, a lei coloca a pessoa física e o ente despersonalizado. Da pessoa física trataremos a seguir. Já a colocação do termo "ente despersonalizado" leva-nos a pensar primeiramente na massa falida, o que é adequado. Importante notar que, apesar de uma pessoa jurídica falir, existirão no mercado produtos e, eventualmente, resultados dos serviços que ela ofereceu e efetivou, que continuarão sob a proteção da lei consumerista. Por exemplo, a quebra de um fabricante de televisores não deve eliminar – nem pode – a garantia do funcionamento dos aparelhos: garantia contratual ou legal[13]. Há, também, a hipótese da quebra da pessoa jurídica com a continuidade das atividades, o que não gerará, então, a solução de continuidade do fornecimento de produtos e serviços.

Além disso, é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas "pessoas jurídicas de fato": aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc. A figura do "camelô"[14] está aí inserida. O CDC não poderia deixar de incluir tais "pessoas" pelo simples fato de que elas formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo.

5.2.5. Pessoa física

No que respeita à pessoa física, tem-se, em primeiro lugar, a figura do profissional liberal como prestador de serviço e que não escapou da égide da Lei 8.078. Apesar da proteção recebida da lei (o profissional liberal não responde por responsabilidade objetiva, mas por culpa – cf. o § 4º do art. 14), não há dúvida de que o profissional liberal é fornecedor.

Há, ainda, outra situação em que a pessoa física será identificada como fornecedora. É aquela em que desenvolve atividade eventual ou rotineira de venda de produtos, sem ter-se estabelecido como pessoa jurídica. Por exemplo, o estudante que, para pagar a mensalidade da escola, compra joias para revender entre os colegas, ou o cidadão que compra e vende automóveis – um na sequência do outro – para auferir lucro. É verdade que em tais hipóteses poder-se-ia objetar que o caso é de "ente despersonalizado", uma vez que se trata de "comerciantes

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de fato". Do ponto de vista prático, a objeção não traz nenhum resultado, porque em ambos os casos identifica-se o fornecedor, e isso é o que realmente interessa.

Contudo, diga-se que a pessoa física que vende produtos, especialmente aquela que o faz de forma eventual, não é exatamente comerciante de fato e muito menos sociedade de fato. Um "camelô" constitui-se como verdadeira "sociedade de fato". Tem local ("sede") de atendimento, horário de funcionamento, até empregados etc. O aluno que vende joias não passa de pessoa física que desenvolve, de maneira rústica e eventual, uma atividade comercial, visando auferir certo lucro. Situa-se, então, entre a pessoa física que nada vende e a sociedade de fato. Mas, para fins de aplicação do CDC, essa pessoa física é fornecedora. E, também, será fornecedora a pessoa física que presta serviços mesmo sem ser caracterizada como profissional liberal, tal como o eletricista, o encanador etc.

5.2.6. Fornecedor é gênero

Finalmente, apresente-se a distinção feita pelo CDC e que diz respeito ao conceito de fornecedor. Este é gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies[15]. Na verdade, quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo "fornecedor". Quando quer designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc.

5.3. Conceito de produto

O CDC definiu produto no § 1º do art. 3º[16] e, de maneira adequada, seguindo o conceito contemporâneo, em vez de falar em bem ou coisa, como fazia o Código Civil de 1916 e também o de 2002[17], emprega o termo "produto" (e depois vai falar em "serviço").

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

5.3.1. Produto móvel ou imóvel

Na definição de produto, o legislador coloca então "qualquer bem", e designa este como "móvel ou imóvel", e ainda "material ou imaterial". Da necessidade de interpretação sistemática do CDC nascerá também a hipótese de fixação do produto como durável e não durável, por previsão do art. 26 (acontecerá o mesmo no que tange aos serviços). Então vejamos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A utilização dos vocábulos "móvel" e "imóvel" nos remete ao conceito tradicional advindo do direito civil. O sentido é o mesmo[18].

5.3.2. Produto material ou imaterial

No que respeita ao aspecto da materialidade do produto, vimos que ele pode ser material ou imaterial. Mas, por conta do fato de o CDC ter definido produto como imaterial, é de perguntar que tipo de bem é esse que poderia ser oferecido no mercado de consumo. Afinal, o que seria um produto imaterial que o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir?

Diga-se em primeiro lugar que a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso fixou conceitos os mais genéricos possíveis ("produto é *qualquer* bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial"). Isso é que é importante. A pretensão é que nada se lhe escape.

Assim, a designação "produto" é utilizada, por exemplo, nas atividades bancárias (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos etc.). Tais "produtos" encaixam-se, então, na definição de bens imateriais[19].

5.3.3. Produto durável

Outra novidade da lei consumerista, no que se refere aos produtos, é quanto à sua durabilidade. A divisão dos produtos em duráveis e não duráveis já era de há muito conhecida do mercado (o código tratou também de dar o adjetivo aos serviços, como se verá). O direito só agora, tardiamente, incorporou tal divisão. Os conceitos de durável e não durável aparecem na seção que trata da decadência e da prescrição, mais especificamente no art. 26, I e II[20].

Produto durável é aquele que, como o próprio nome diz, não se extingue com o uso. Ele dura, leva tempo para se desgastar. Pode – e deve – ser utilizado muitas vezes. Contudo, é preciso chamar a atenção para o aspecto de "durabilidade" do bem durável. Nenhum produto é eterno. Todos tendem a um fim material. Até mesmo um imóvel construído se desgasta (o terreno é uma exceção, uma vez que dura na própria disposição do planeta). A duração de um imóvel, enquanto tal, comporta arrumações, reformas, reconstruções etc.; com idêntica razão, então, é claro que um terno se desgaste, uma geladeira se desgaste, um automóvel se desgaste etc.

Assim, é compreensível que qualquer produto durável acabe, com o tempo, perdendo sua função, isto é, deixe de atender à finalidade à qual se destina ou, pelo menos, tenha diminuída sua capacidade de funcionamento, sua eficiência. Por exemplo, o tubo do aparelho do televisor não funciona mais ou, então, as imagens transmitidas pelo tubo têm cores fracas. Nesses casos de desgaste natural

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

não se pode nem se falará em vício do produto. Não há proteção legal contra o desgaste, a não ser que o próprio fabricante tenha assumido certo prazo de funcionamento (conforme permite o CDC: arts. 30, 31, 37, 50 etc.). A norma protege o produto durável, em certo prazo, por vício (arts. 18, 26, II, e 50), para garantir sua finalidade e qualidade.

Hodiernamente utiliza-se a expressão "produto descartável". "Descartável" não deve ser confundido com "não durável", que tem características diversas daquele termo.

Um produto "descartável" (termo não definido em lei) é o "durável" de baixa durabilidade, ou que somente pode ser utilizado uma vez. É uma invenção do mercado contemporâneo, que acaba aproximando o produto "durável" em sua forma de desgaste ao produto "não durável" em sua forma de extinção. Um prato de papelão para comer um doce ou um copo de papelão para beber algo são exemplos de produtos "descartáveis". Usados, joga-se-os fora.

Surge, então, um problema: o produto descartável, do ponto de vista da garantia legal, segue os mesmos parâmetros fixados para os produtos "duráveis" ou "não duráveis"? Qual deles seguir?

Como a norma não cuida de produto "descartável" e como o produto "não durável" tem características diversas (como veremos a seguir), pensamos que tal produto deve ser entendido como durável, aplicando-se-lhe todos os parâmetros e garantias estabelecidos no CDC.

5.3.4. Produto "não durável"

O produto "não durável", por sua vez, é aquele que se acaba com o uso. Como o próprio nome também diz, não tem qualquer durabilidade. Usado, ele se extingue ou, pelo menos, vai-se extinguindo. Estão nessa condição os alimentos, os remédios, os cosméticos etc. Note-se que se fala em extinção imediata, como é o caso de uma bebida, pela ingestão ou extinção consumativa sequencial, como é o caso do sabonete: este se vai extinguindo enquanto é usado[21].

Estão nessas condições também os chamados produtos *in natura*, ou seja, os que não passam pelo sistema de industrialização, tais como o simples empacotamento, engarrafamento, encaixotamento etc., ou mesmo transformação industrial por cozimento, fritura, mistura e o decorrente de processo de armazenamento em potes, latas, sacos etc.

O produto *in natura*, assim, é aquele que vai ao mercado consumidor diretamente do sítio ou fazenda, local de pesca, produção agrícola ou pecuária, em suas hortas, pomares, pastos, granjas etc. São os produtos hortifrutigranjeiros, os grãos, cereais, vegetais em geral, legumes, verduras, carnes, aves, peixes etc.[22]

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

A não durabilidade vai ocorrer também com os demais produtos alimentícios embalados, enlatados, engarrafados etc. O fato de todo o produto não se extinguir de uma só vez não lhe tira a condição de "não durável". O que caracteriza essa qualificação é sua maneira de extinção "enquanto" é utilizado[23].

É exatamente daí que surge a diferença específica do *produto durável descartável*. Enquanto este permanece quase tal como era após utilizado, o produto "não durável" perde totalmente sua existência com o uso ou, ao menos, vai perdendo-a aos poucos com sua utilização.

5.3.5. Produto gratuito ou "amostra grátis"

Ao examinarmos no próximo item os serviços, veremos que a lei faz referência àqueles "sem remuneração". Lembremos, por isso, aqui, a questão do produto gratuito ou a chamada "amostra grátis". Há uma única referência à "amostra grátis", no CDC: a constante do parágrafo único do art. 39 e apenas para liberar o consumidor de qualquer pagamento. A amostra grátis diz respeito não só ao produto mas também ao serviço, posto que é sanção imposta ao fornecedor que descumpre as regras estabelecidas

Aqui, ao que nos interessa, refira-se que o produto entregue como amostra grátis está submetido a todas as exigências legais de qualidade, garantia, durabilidade, proteção contra vícios, defeitos etc.

5.4. Conceito de serviço

O CDC definiu serviço no § 2º do art. 3º[24] e buscou apresentá-lo de forma a mais completa possível. Porém, na mesma linha de princípios por nós já apresentada, é preciso lembrar que a enumeração é exemplificativa, realçada pelo uso do pronome "qualquer". Dessa maneira, como bem a lei o diz, serviço é qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo[25].

5.4.1. Serviço bancário, financeiro, de crédito, securitário etc.

A norma faz uma enumeração específica, que tem razão de ser. Coloca expressamente os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, antecedidos do advérbio "inclusive". Tal designação não significa que existia alguma dúvida a respeito da natureza dos serviços desse tipo. Antes demonstra que o legislador foi precavido, em especial, no caso, preocupado com que os bancos, financeiras e empresas de seguro conseguissem, de alguma forma, escapar do âmbito de aplicação do CDC. Ninguém duvida que esse setor da economia presta serviços ao consumidor e que a natureza

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

dessa prestação se estabelece tipicamente numa relação de consumo. Foi um reforço acautelatório do legislador, que, aliás, demonstrou-se depois, era mesmo necessário.

Apesar da clareza do texto legal, que coloca, com todas as letras, que os bancos prestam serviços aos consumidores, houve tentativa judicial de se obter declaração em sentido oposto. Chegou-se, então, ao inusitado. O Poder Judiciário teve de declarar exatamente aquilo que a lei já dizia: que os bancos prestam serviços.

Em 1995 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência do CDC[26] e, depois de muita disputa, editou em 2004 a Súmula 297 com o seguinte teor: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Havia, é verdade, um risco de eventual declaração de inaplicabilidade da lei em função da ADIn proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, mas que não existe mais, pois ela foi julgada improcedente por nove votos a dois, em junho de 2006[27].

5.4.2. Atividade

Serviço é, tipicamente, atividade. Esta é ação humana que tem em vista uma finalidade. Ora, toda ação se esgota tão logo praticada. A ação se exerce em si mesma. Daí somente poderia existir serviço não durável. Será uma espécie de contradição falar em serviço que dura. Todavia, o mercado acabou criando os chamados serviços tidos como duráveis, tais como os contínuos (p. ex., os serviços de convênio de saúde, os serviços educacionais regulares em geral etc.). Com isso, o CDC, incorporando essa invenção, trata de definir também os serviços como duráveis e não duráveis, no que andou bem.

5.4.3. Serviço durável e não durável

A hipótese dessa divisão, da mesma forma que quanto aos produtos, está tratada no art. 26, I e II. Mas, para encontrar o verdadeiro sentido da durabilidade e não durabilidade do serviço, será preciso ampliar o significado de serviço não durável. Assim, serviços não duráveis serão aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem etc.

Serviços duráveis serão aqueles que:

a) tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo;

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

b) embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de *buffet*, a colocação de um boxe, os serviços de assistência técnica e de consertos (o conserto de um veículo) etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado (o que gerará diferenciais no aspecto de responsabilidade, como se verá), o produto faz parte do serviço – às vezes até com ele se confundindo, como acontece, por exemplo, com a pintura de uma parede.

5.4.4. Não se vende produto sem serviço

É preciso dizer que modernamente o serviço passou a ter uma importância excepcional no mercado. Os profissionais de marketing, por exemplo, dão hoje prevalência ao aspecto do atendimento ao consumidor no que respeita à oferta de produtos e serviços em geral. Ora, atendimento ao consumidor é prestação de serviços. Temos de lembrar, então, que qualquer venda de produto implica a simultânea prestação de serviço. O inverso não é verdadeiro: há serviços sem produtos. Assim, por exemplo, para vender um par de sapatos, o lojista tem de, ao mesmo tempo, prestar serviços: vai atender o consumidor, trazer os sapatos por ele escolhidos, colocá-los nos seus pés para que os experimente, dizer como pode ser feito o pagamento, passar o cartão de crédito na maquineta etc. Já na prestação do serviço de consulta médica, por exemplo, há apenas serviço.

5.4.5. O serviço sem remuneração

Voltando à leitura da redação do § 2º do art. 3º, tem-se ainda de tratar do aspecto da "remuneração" lá inserido e da exclusão do serviço de caráter trabalhista. Comecemos por este último, que não demanda qualquer dificuldade. A lei pura e simplesmente exclui de sua abrangência os serviços de caráter trabalhista, no que está certa, pois a relação instaurada nesse âmbito tem conotação diversa da instaurada nas relações de consumo. Já o aspecto da remuneração merece comentários mais cuidadosos.

O CDC define serviço como aquela atividade fornecida mediante "remuneração".

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Logo, quando a lei fala em "remuneração" não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto "remuneração" no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto. É preciso algum tipo de organização para entender o alcance da norma.

Para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço. Por exemplo, o médico que atenda uma pessoa que está passando mal na rua e nada cobre por isso enquadra-se na hipótese legal de não recebimento de remuneração. Mas o estacionamento de um *shopping*, no qual não se cobre pela guarda do veículo, disfarça o custo, que é cobrado de forma embutida no preço das mercadorias.

Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta "gratuidade". No caso do cafezinho grátis, pode-se entender que seu custo está embutido na refeição haurida pelo próprio consumidor que dele se beneficiou. No do estacionamento grátis no *shopping*, o beneficiário pode não adquirir qualquer produto e ainda assim tem-se de falar em custo. Nesse caso é outro consumidor que paga, ou melhor, são todos os outros consumidores que pagam.

5.5. Os serviços públicos

Note-se, ainda, quanto aos serviços, que eles são privados e também públicos, por disposição do *caput* do art. 22 do CDC[28]. O CDC, no art. 3º, como dito, incluiu no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública (e, claro, por via de consequência, todos aqueles que em nome dela – direta ou indiretamente – prestam serviços públicos), bem como, ao definir "serviço" no § 2º do mesmo artigo, dispôs que é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, excetuando apenas os serviços sem remuneração ou custo e os decorrentes das relações de caráter trabalhista.

No art. 22, a lei consumerista regrou especificamente os serviços públicos essenciais e sua existência, por si só, foi de fundamental importância para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir "teorias" para tentar dizer que não estariam submetidos às normas do CDC.

Aliás, mesmo com a expressa redação do art. 22, ainda assim há prestadores de serviços públicos que lutam na Justiça "fundamentados" no argumento de que não estão submetidos às regras da Lei 8.078/90. Para ficar só com um exemplo,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

veja-se o caso da decisão da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo no agravo de instrumento interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Nas razões do recurso do feito, que envolve a discussão a respeito de valores cobrados pelo fornecimento de água e esgoto (que o consumidor alega foram cobrados exorbitantemente), a empresa fornecedora fundamenta sua resignação "na não subordinação da relação jurídica subjacente àquela legislação especial (o CDC)". O tribunal, de maneira acertada, rejeitou a resistência da Sabesp: "Indiscutível que a situação versada, mesmo envolvendo prestação de serviços públicos, se insere no conceito de relação jurídica de consumo. Resulta evidente subordinar-se ela, portanto, ao sistema do Código de Defesa do Consumidor"[29].

5.5.1. Serviço público prestado direta ou indiretamente

Diz a norma: "órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento", vale dizer, toda e qualquer empresa pública ou privada que por via de contratação com a administração pública forneça serviços públicos, assim como, também, as autarquias, fundações e sociedades de economia mista.

O que caracteriza a pessoa jurídica responsável na relação jurídica de consumo estabelecida é o serviço público que ela está oferecendo ou prestando. No mesmo artigo a lei estabelece a obrigatoriedade de que os serviços prestados sejam "adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Examinemos o sentido de eficiência.

5.5.2. Eficiência

Em primeiro lugar diga-se que essa disposição da norma decorre do princípio constitucional estampado no *caput* do art. 37. É o chamado princípio da eficiência.

É verdade que tal princípio somente passou a integrar explicitamente o corpo constitucional com a edição da Emenda 19, de 4 de junho de 1998, data posterior à edição da Lei 8.078/90. Mas a emenda citada apenas tornou explícito o princípio outrora implícito em nosso sistema constitucional, como explicam os professores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior[30].

Como expõem esses autores: "O princípio da eficiência tem partes com as normas de 'boa administração', indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos, em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado."[31]

Hely Lopes Meirelles disciplina que a eficiência é um dever imposto a todo e qualquer agente público no sentido de que ele realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Diz o administrativista: "É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros."[32]

É fato que a lei designa outros adjetivos aos serviços prestados, além do relativo à eficiência: fala em *adequado*, *seguro* e *contínuo* (este último para os essenciais, tipo de serviço que ainda comentaremos).

A redação do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, antes da Emenda 19, era:

"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte..."

Após a emenda, ficou: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte..."

Ora, adjetivos expõem a qualidade de alguma coisa, no caso o serviço público. Então, quando o princípio constitucional do art. 37 impõe que a administração pública forneça serviços eficientes, está especificando sua qualidade. Ou, em outros termos, o tão falado conceito de qualidade, do ponto de vista dos serviços públicos, está marcado pelo parâmetro constitucional da eficiência.

E essa eficiência tem, conforme vimos, ontologicamente a função de determinar que os serviços públicos ofereçam o "maior número possível de efeitos positivos" para o administrado. Isso significa que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser *realmente* eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. O significado de eficiência, pois, remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona. A eficiência é um *plus* necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional pretende.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Assim, pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança e continuidade (no caso dos serviços essenciais) são características ligadas à necessária eficiência que devem ter os serviços públicos.

Realmente, o serviço público só é eficiente se for adequado (p. ex., coleta de lixo seletiva, quando o consumidor tem como separar por pacotes o tipo de material a ser jogado fora), se for seguro (p. ex., transporte de passageiros em veículos controlados, inspecionados, com todos os itens mecânicos, elétricos etc. checados: freios, válvulas, combustível etc.) e, ainda, se for contínuo (p. ex., a energia elétrica sem cessação de fornecimento, água e esgoto da mesma forma, gás etc.[33]).

Para uma classificação dos serviços públicos pelo aspecto da qualidade regulados pelo CDC, ter-se-ia, então, de dizer que no gênero eficiência estão os tipos *adequado*, *seguro* e *contínuo*.

Pode acontecer de o serviço ser adequado, mas não ser seguro. Ou ser seguro e descontínuo. Ou ser inadequado apesar de contínuo etc. No primeiro caso, cite-se como exemplo o serviço de gás encanado sem controle de inspeção das tubulações e válvulas. No segundo cite-se o serviço de fornecimento de energia elétrica que é interrompido. No terceiro aponte-se o fornecimento contínuo de água contendo bactérias.

Em todos esses casos há vício do serviço e, dependendo do dano sofrido pelo consumidor, haverá também defeito. Tudo nos exatos termos do estabelecido nas regras dos arts. 14 e 20 da Lei 8.078/90.

E, claro, como os serviços públicos hão de ser eficientes, as variáveis reais possíveis da junção dos tipos não são apenas as dicotômicas apresentadas (adequado-inseguro; seguro-descontínuo; inadequado-contínuo etc.), mas também podem ocorrer pela conexão das três características: adequado-inseguro-descontínuo; inadequado-seguro-contínuo; adequado-seguro-descontínuo etc.

Foi isso o que ficou estabelecido na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplinou o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, como decorrência do estabelecido no art. 175 da Constituição Federal. É que a carta magna dispõe que a lei deve regulamentar a obrigação da manutenção do serviço público de forma adequada. Leia-se a citada norma constitucional: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado."

Os §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei 8.987/95, então, dispõem: "Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço."

Vê-se, portanto, que há ampla determinação para que os serviços públicos sejam eficientes, adequados, seguros e contínuos.

5.5.3. Serviço essencial contínuo

Prosseguindo em nosso exame, chega-se ao aspecto da *essencialidade* do serviço que, na determinação da norma do *caput* art. 22, tem de ser *contínuo*. Há que distinguir dois aspectos: o que se pode entender por *essencial* e o que pretende a norma quando designa que esse serviço essencial tem de ser *contínuo*.

5.5.3.1. Serviço essencial

Comecemos pelo sentido de "essencial". Em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde etc. Nesse sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim, também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de telefonia etc.

Então, é de perguntar: se todo serviço público é essencial, por que é que a norma estipulou que somente nos essenciais eles são contínuos?

Para solucionar o problema, devem-se apontar dois aspectos:

a) o caráter não essencial de alguns serviços;

b) o aspecto de urgência.

Existem determinados serviços, entre os quais apontamos aqueles de ordem burocrática, que, de per si, não se revestem de essencialidade. São serviços auxiliares que:

a) servem para que a máquina estatal funcione;

b) fornecem documentos solicitados pelo administrado (p. ex., certidões).

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

Se se fosse levantar algum caráter de essencialidade nesses serviços, só muito longínqua e indiretamente poder-se-ia fazê-lo. Claro que existirão até mesmo emissões de documentos cujo serviço de expedição se reveste de essencialidade, e não estamos olvidando isso. Por exemplo, o pedido de certidão para obter a soltura de alguém preso ilegalmente. É o caso concreto, então, nessas hipóteses especiais, que designará a essencialidade do serviço requerido.

O outro aspecto, sim, é relevante. Há no serviço considerado essencial uma perspectiva real e concreta de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação. O serviço de fornecimento de água para uma residência não habitada não se reveste dessa urgência. Contudo, o fornecimento de água para uma família é essencial e absolutamente urgente, uma vez que as pessoas precisam de água para sobreviver. Essa é a preocupação da norma.

Consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica

O serviço público essencial revestido, também, do caráter de urgente não pode ser descontinuado. E no sistema jurídico brasileiro há lei ordinária que define exatamente esse serviço público essencial e urgente. Trata-se da Lei de Greve – Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Como essa norma obriga os sindicatos, trabalhadores e empregadores a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, acabou definindo o que entende por essencial.

A regra está no art. 10, que dispõe, *verbis*: "Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III –distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV– funerários; V – transporte coletivo; VI – captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais; X – controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária."

Dessa forma, nenhum desses serviços pode ser interrompido. O CDC é claro, taxativo e não abre exceções: os serviços essenciais são contínuos. E diga-se em reforço que essa garantia decorre do texto constitucional.

Com efeito, conforme examinamos no início deste trabalho, a legislação consumerista deve obediência aos vários princípios constitucionais que dirigem suas determinações. Entre esses princípios encontram-se os da

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do art. 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput* do art. 6º) etc.

Ora, vê-se aí a inteligência da lei. Não é possível garantir segurança, vida sadia, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos.

5.5.3.2. Serviço público: serviço ou produto?

Em relação aos serviços em geral há os puros (prestados por meio da própria atividade) e os que são prestados com produtos que compõem o próprio serviço (a tinta do serviço de pintura, a cola da instalação do carpete etc.).

É importante frisar esse aspecto do serviço que se faz acompanhar do produto, para evitar dúvidas quanto ao serviço público, pois ainda que ele entregue algum produto (p. ex., água), continua sendo caracterizado como serviço.

Para elucidar a questão aproveitemos uma objeção feita por ocasião do famoso *blackout* ocorrido no país em abril de 1999. A questão colocada foi: água é produto, eletricidade também. Então, a distribuidora de energia elétrica, como revendedora do produto "energia", não pode ser responsabilizada pelo acidente de consumo que vitimou centenas de pessoas, em função do *blackout*. É que, em sendo ela distribuidora (comerciante) do produto, simplesmente não fez a sua entrega, porque não o recebeu das linhas de transmissão.

O argumento, entretanto, é falacioso e desconhece a essência do significado do serviço. Como dissemos, há serviços que se prestam acompanhados de produtos. E os serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, gás encanado etc. são típicos nesse caso. Na realidade é o "fornecimento" o serviço prestado. A montagem de toda a rede de transmissão, encanamento, saneamento etc. é feita para que o serviço seja prestado, isto é, para que o "fornecimento" de água, energia elétrica, gás, seja realizado. É, repita-se, serviço essencial, que, por suas características, entrega produto, o que não o descaracteriza como serviço. Assim, na hipótese do *blackout*, a distribuidora responde pelo enquadramento no art. 14 do CDC (defeito do serviço prestado) ou no art. 20 (vício) e em todas as demais regras do sistema legal que cuidam dos serviços.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

6. Conclusão

Por tudo o que examinamos neste artigo, pode-se, então, concluir que o CDC incide nas relações jurídicas chamadas de consumo, sempre que num dos polos estiver presente o consumidor e no outro o fornecedor.

Incidirá também quando a prática comercial puder desde logo, mesmo *in abstrato,* vir a tornar-se relação jurídica de consumo, pelo simples fato de poder expor e se impor a um consumidor em potencial. Traduzindo: a aplicação do CDC se dá mesmo antes que qualquer consumidor em concreto compre, contrate, tenhas seus direitos violados etc. Basta a potência, a possibilidade, a virtualidade de ocorrência da relação.

É isto que vai permitir, por exemplo, o controle da publicidade enganosa ou abusiva, ainda que nenhum consumidor real seja enganado; vai permitir o controle prévio e *in abstrato* de cláusula contratual abusiva antes da assinatura ou surgimento da relação contratual efetiva entre fornecedor e consumidor etc.

Aí está, pois, um dos aspectos mais relevantes da Lei 8.078/90 – o da fixação de uma relação jurídica muito abrangente – e que fez com que ela tivesse forte eficácia.

Notas

[1] A designação do alcance específico da Lei 8.078/90 se dá pela explicitação do sentido de relação de consumo, fixada no estabelecimento da definição do conceito de consumidor, de fornecedor, de produto e de serviço. Leia-se à frente, nossos comentários a respeito.

[2] No novo Código Civil esses pressupostos do pensamento liberal, embora ainda presentes, sofreram mitigação pela inserção de outras de cunho social e ético. Assim, por exemplo, está assegurada a função social do contrato (art. 421), estabelecendo-se a boa-fé objetiva como o modelo de conduta (art. 422) etc.

[3] Por exemplo, a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que regula crimes contra a economia popular; a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, que trata da repressão ao abuso do poder econômico; a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, que regulamenta a intervenção no domínio econômico para assegurar a distribuição de produtos necessários ao povo etc.

[4] Há também, como se verá, definições de fornecedor, produto e serviço.

[5] *"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."*

[6] *"Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento."*

"Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas."

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

[7] Bem como os que, não as tendo tomado, participarem de um acidente de consumo. Por exemplo, a garrafa de cerveja explode, atingindo os convivas. Comentaremos esse aspecto mais adiante no subitem 5.1.7.

[8] Claro que na relação, do outro lado, tem de estar o fornecedor, como veremos no item 5.2.

[9] Assim está, por exemplo, no REsp 57.974, da 4ª Turma do STJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995, v. u., *DJ* de 29-5-1995, p. 15524.

[10] Ou qualquer outro motivo, que é de sua exclusiva esfera privada.

[11] *"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços."*

[12] Aliás, isso é característica do CDC. O uso de elementos tautológicos, repetições e exageros denota esse aspecto.

[13] Previstas estas nos arts. 26 e 50. Ver comentários no capítulo 19.

[14] É verdade que há "camelôs" constituídos em pessoas jurídicas. Nesse caso, obviamente, enquadram-se como fornecedores regulares do tipo pessoa jurídica.

[15] O elenco é exemplificativo.

[16] *"Art. 3º (...) § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial."*

[17] Código de 1916, arts. 43 e s.; Código de 2002, arts. 79 e s.

[18] Código Civil*: "Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.*

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio."

[19] São produtos, claro, que sempre estão acompanhados de serviços. Aliás, como acontece com qualquer produto.

[20] Na legislação civil a classificação apresentada é de coisas fungíveis e consumíveis: Código Civil: *"Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.*

Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação."

[21] O conceito remete a parte do significado de bem consumível do Código Civil (art. 86), como apresentamos acima.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br

[22] Os produtos ditos *in natura* não perdem essa característica quando são vendidos embalados em sacos plásticos após serem limpos, lavados e selecionados.

[23] Os serviços, como se verá, seguem disposição similar.

[24] *"Art. 3º (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."*

[25] Os chamados serviços essenciais têm, também, regulação complementar no art. 22, e que examinaremos na sequência, no item 5.5.

[26] A questão, que estava pacificada na jurisprudência, foi definitivamente resolvida com a edição da Súmula 297 do STJ, que assim dispõe: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Foi uma evolução advinda de centenas de decisões, dentre as quais cite-se como exemplo o reconhecimento da aplicação do CDC nas operações bancárias no REsp 57.974-0, da 4ª T. do STJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995, v. u. (*DJU*, I, 29 maio 1995, p. 15524, e IOB 3/11001, ementário).

[27] Para uma análise mais detalhada, ver artigo de nossa autoria, A ADIn dos bancos terminou: a vitória da cidadania, in www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigos.cfm

[28] *"Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos."*

[29] 124. AI 181.264-1/0, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 9-2-1993, v. u., *RTJE* 132/94.

[30] *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 235.

[31] Idem.

[32] *Direito administrativo brasileiro,* 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais1987, p. 90.

[33] Na sequência trataremos do aspecto da *continuidade* do serviço essencial.

BDJur http://bdjur.stj.jus.br