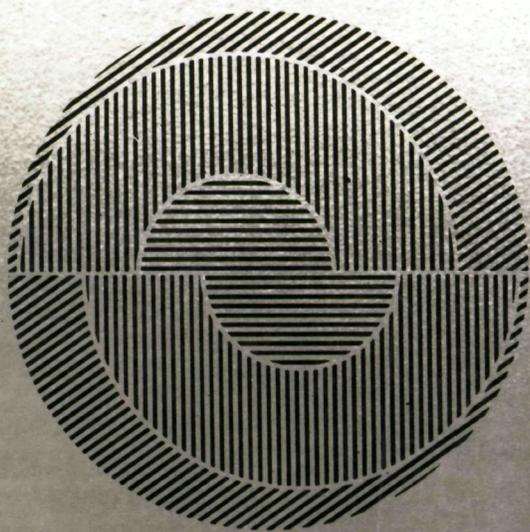


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1991

ANO 28 • NÚMERO 111

O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras

ARNOLDO WALD

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ

"Se a justiça social impõe a proteção do contratante economicamente mais fraco e leva a desconhecer o princípio da força obrigatória dos contratos, a segurança e a estabilidade das convenções impõem, ao contrário, o seu respeito.

É, pois, com prudência, que, para corrigir o desequilíbrio entre o profissional e o consumidor, o legislador e, dentro de sua competência, o juiz, estão aumentando as obrigações dos profissionais e, por outro lado, aliviando as dos consumidores" (GÉRARD CAS e DIDIER FERRIER, *Traité de Droit de la Consommation*, p. 430).

1. Introdução

1. A sociedade industrial adotou uma nova concepção das relações econômicas e sociais que, ultrapassando o princípio da igualdade formal assegurada constitucionalmente, procura corrigir as desigualdades naturais ou existentes de fato, entre os seus participantes. Há, assim, uma tendência no sentido de proteger o economicamente mais fraco contra o mais forte, o

(*) PARECER solicitado pela Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN) e apresentado em dezembro de 1990, no Rio de Janeiro.

leigo contra o profissional. Assim sendo, surgiu e desenvolveu-se, especialmente a partir do início do século, um conjunto de regras que constituem, hoje, a ordem pública econômica. No passado, alguns autores chegaram a enfatizar a importância crescente de um direito novo, que chamaram *direito social*, enquanto outros lhes respondiam, adequadamente, que todo direito era social. Mas, de qualquer modo, entendeu-se necessário estabelecer uma proteção especial que atendesse os casos concretos, nos quais as normas jurídicas gerais podiam levar a injustiças (1).

2. Se os juristas do século passado, ultrapassada a fase da *exegese* vinculada às novas legislações encabeçadas pelo Código de Napoleão, deram maior importância à sociologia, foi à economia e, conseqüentemente, ao direito econômico e do desenvolvimento, que se dedicaram com mais afinco os estudiosos do direito, especialmente a partir da década de 1950 (2). A chamada *sociedade de consumo*, que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, foi caracterizada, pelos economistas, como sendo o império de produtores, fabricantes e distribuidores, que, utilizando a máquina agressiva da propaganda e técnicas próprias de embalagem, publicidade e *marketing*, conseguiram convencer os consumidores a comprar, cada vez mais, maior número de artigos (3).

3. Quando os economistas passaram a reconhecer que as necessidades do consumidor não dependiam mais de suas escolhas racionais, mas eram condicionadas pelos fabricantes (4), que induziam o público a comprar os seus produtos, mediante promessas de qualidade, que nem sempre existiam, os juristas, os políticos e os legisladores reconheceram que podiam existir, no caso, abusos de direito, que deviam ser evitados e corrigidos para que se restabelecesse a justiça e se respeitasse a real vontade das partes.

4. O direito do consumidor surge, assim, na medida em que se impõe aos fabricantes e intermediários, respectivamente, a responsabilidade pela qualidade do seu produto e a transparência (*disclosure*) dos seus defeitos ao público e o Estado intervém para evitar que cláusulas contratuais sejam impostas unilateralmente pelos produtores e vendedores aos adquirentes de bens de consumo para uso próprio.

5. Embora a condenação do abuso de direito já constasse, de forma explícita ou implícita, nos Códigos Civis (5) ou em leis especiais, e a jurispru-

(1) GEORGES RIPERT, *L'Ordre Economique et la Liberté Contractuelle*, in *Études Gény*, e Gérard Farjat, *Droit Economique*.

(2) ARNOLDO WALD, *O Direito do Desenvolvimento*, Relatório apresentado ao Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil.

(3) JOHN GALBRAITH, *A Sociedade Afluente e O Novo Estado Industrial* e J. SAINT-GEOURS, *Vive la Société de Consommation*, Hachette, 1972.

(4) JOHN GALBRAITH, *O Novo Estado Industrial*.

(5) Art. 160 do Código Civil. Conf. ARNOLDO WALD, *Direito Civil — Parte Geral*, 6ª edição, 1989, n.º 92, p. 190.

dência e a doutrina tivessem consagrado a sua importância e aplicação no direito hodierno, sentiu-se a necessidade de criar uma *legislação especial* para proteger o consumidor, do mesmo modo que se concebeu o direito do trabalho, a partir do fim do século XIX e, de forma mais sistemática em nosso País, desde 1930, para reger as relações entre empregado e empregador.

6. O direito do consumidor se caracteriza, pois, como um direito especial destinado a corrigir os chamados *efeitos perversos* da sociedade de consumo, restabelecendo uma *igualdade jurídica que deve compensar a desigualdade econômica* e mantendo, assim, o equilíbrio entre as prestações de ambas as partes, que deve existir nos contratos co-mutativos, com base nos princípios da boa fé e da lealdade entre os contratantes.

7. A especialidade do novo direito, em relação às normas de direito comercial e civil, deflui da área específica de sua atuação e da visão própria que tem dos fatos. Como o direito do trabalho, trata-se de legislação que pretende proteger a *parte economicamente mais fraca, em determinadas operações específicas* definidas pelo legislador como constituindo a *relação de consumo*, do mesmo modo que o direito do trabalho destacou, para nela incidir, uma parte da área da locação de serviços, que denominou *contrato de trabalho*. Cabe, assim, definir o direito do consumidor, como o conjunto de leis e regulamentos que protegem o consumidor, quando destinatário final, garantindo-lhe uma informação adequada e assegurando-lhe meios eficientes de defesa, que abrangem, inclusive, a ação das associações e a *mobilização do Ministério Público*.

8. A partir da idéia da especialidade do direito do consumidor, conclui-se que não substitui as demais normas de direito civil ou comercial, e, muito menos, do direito bancário, do mesmo modo que o direito do trabalho não afetou a aplicação da locação de serviços fora do âmbito trabalhista e, particularmente, nas relações entre empresas ou na contratação de profissionais liberais sem vínculo de emprego. Aplica-se, no caso, o princípio básico da Lei de Introdução, de acordo com o qual

“A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga, nem modifica a lei anterior.” (6)

9. A analogia entre o direito do consumidor e o direito do trabalho chegou a ser reconhecida pela doutrina, que assinalou a similitude das condições em que ambos surgiram, decorrentes de movimentos populares e de convicções da opinião pública, liderada pela doutrina e pelos próprios políticos. Na realidade, as idéias de estabilidade e de segurança estão presentes, tanto no direito do trabalho, como no do consumidor, significando, para o primeiro, a continuidade no emprego e, para o segundo, a manu-

(6) Art. 2º, § 2º da Lei de Introdução.

tenção de condições adequadas do fornecimento e, ainda, a defesa da integridade física, tanto do empregado como do consumidor, num caso, contra os acidentes de trabalho e, no outro, contra os acidentes decorrentes do produto. Aliás, não é, por acaso, que a responsabilidade civil em geral e a do produtor, em particular, têm sofrido uma ampliação e um desenvolvimento paralelos à garantia dada, pela lei e pelos tribunais, aos direitos do consumidor.

10. Mas, por outro lado, cabe salientar que o direito do consumidor não é um direito de classe, razão pela qual não abrange todos os consumidores, mas, tão-somente, aqueles que necessitam de uma proteção especial. Assim, já se afirmou que "o direito do consumidor destina-se, especialmente, a proteger os consumidores os mais fracos" (7). Por outro lado, é preciso reconhecer que, atualmente, muitas pessoas se apresentam como sendo simultaneamente consumidoras e profissionais (8). Assim, o profissional, fora do exercício de sua profissão, é um consumidor e o consumidor perde essa qualidade quando atua profissional ou empresarialmente.

11. O direito do consumidor é, pois, um direito aplicável não a pessoas específicas, mas sim a atos determinados, que podemos denominar os atos ou as relações de consumo (9). Examinando-o, no tocante às suas finalidades, podemos dizer que o direito do consumidor traz, aos mecanismos econômicos, os corretivos sociais indispensáveis para a adequada defesa do consumidor, colocando-o em situação de igualdade com o produtor. Por outro lado, no plano contratual, a sua finalidade consiste em restabelecer o equilíbrio contratual, que deve existir entre as partes na relação de consumo e que muitas vezes é rompido pela superioridade fática do profissional, que, no plano técnico e econômico, tem condições e conhecimentos muito mais amplos do que o consumidor. Já se falava, no passado, na responsabilidade acrescida do profissional em relação ao não-profissional (10). Agora, essa responsabilidade passa a ser institucionalizada para restabelecer um equilíbrio jurídico que se presumia existir, mas que se verificou ter desaparecido, em virtude da desigualdade de fato existente entre as partes (fornecedor e consumidor).

12. A consagração do direito do consumidor e a ampliação da responsabilidade civil do fabricante e do profissional em geral constituem uma verdadeira revolução jurídica, especialmente pela transferência do ônus da prova, que a jurisprudência e a lei determinaram. Enquanto, no passado,

(7) J. CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, nº 12.

(8) ROGER PRIOURET, prefácio do livro de D. PONS, *Consomme et tais-toi*, 1972.

(9) J. CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, nº 13.

(10) ANDRÉ TUNC, *Ebauche du Droit des Contrats Professionnels*, in *Etudes offertes a GEORGES RIPERT*, Paris, tomo II, pp. 136 e ss. e ARNOLDO WALD, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2ª série, 1979, p. 9.

a vítima devia comprovar o dolo ou a culpa do responsável, a tendência da nova legislação é no sentido de fazer do produtor uma espécie de garantidor do seu produto, do mesmo modo que a recente doutrina da responsabilidade civil pretende assegurar os direitos das vítimas, afirmando a existência de um direito à vida e à segurança, que, quando violado, deve encontrar um responsável, eventualmente presumido, que indenize o prejuízo. Essa alteração da visão dos problemas jurídicos implica, necessariamente, em modificação da conduta do profissional ou do fornecedor, que deverá procurar garantir-se, inclusive, pelo seguro, contra eventuais indenizações que terá que pagar, repassando, geralmente, o custo da operação para o consumidor. Assim sendo, nesta verdadeira guerra civil que se trava entre profissionais e consumidores⁽¹¹⁾, é preciso ponderar que a radicalização, em alguns casos, pode prejudicar o consumidor, retirando-lhe o acesso a determinados produtos ou serviços ou tornando-os mais onerosos, nem sempre no interesse da sociedade e dos próprios consumidores.

13. Se o direito do consumidor é um direito revolucionário e modernizador, é preciso, todavia, compatibilizá-lo com os conceitos e os institutos do direito tradicional, para que ambos se completem e se conciliem, em vez de criar um conjunto de normas incoerentes e conflitantes umas com as outras, uma verdadeira colcha de retalhos, que não corresponde à noção hoje dominante do sistema jurídico característica do próprio Estado de Direito, pela generalidade e abstração dos comandos que emanam do mesmo.

14. Assim sendo, não só descabe abandonar as normas jurídicas tradicionais, que continuam em vigor, como é necessário definir as áreas de competência do direito novo e do direito antigo, interpretando ambos dentro de óticas diferentes, mas utilizando conceitos e institutos idênticos elaborados pela lei e pela ciência jurídica e consagrados no tempo.

15. Veremos, assim, que, na realidade, o direito do consumidor não abandona os padrões éticos e as finalidades do direito privado, cujos princípios básicos adota, e que pretende desenvolver e aprimorar, dando-lhes maior flexibilidade em casos específicos, em que a rigidez das normas atuais importaria em desvio do direito, abuso de poder ou, até mesmo, verdadeira injustiça. Definiremos, em seguida, o campo específico de atuação das novas normas, examinando as suas repercussões, especialmente no tocante às instituições financeiras.

II. O direito do consumidor e os princípios básicos do direito contratual

16. Tanto defensores, como críticos, do direito do consumidor nele vislumbraram uma quebra do atual sistema jurídico, com um afastamento

(11) LAURENCE E. DRIVON, *The Civil War On Consumer Right*, Berkeley, 1990.

de autonomia da vontade e uma forma de declínio do contrato, substituído pela decisão do legislador ou do juiz. Na realidade, não é o que acontece, pois o novo direito se inspira nos princípios clássicos, que desenvolve e aprimora, aplicando-os a determinadas categorias de situações concretas a exigirem tratamento especial que a legislação anterior não previu, nem podia prever.

17. Efetivamente, as nossas leis civis e comerciais inspiradas das velhas Ordenações lusitanas, do Código de Napoleão e do Código Civil Alemão (BGB), refletem e pressupõem um mundo de estabilidade, de moedas cujo poder aquisitivo parecia não variar, de contratos negociados, um a um, pelas partes interessadas, de uma economia que não chegara a sentir todos os efeitos da primeira revolução industrial do século passado e, muito menos, os da segunda, que ocorreu após a segunda guerra mundial, com a informática, a utilização da inteligência artificial, o aproveitamento da energia atômica, a produção em massa, a globalização da economia, as empresas que adquiriram as dimensões de verdadeiros Estados e a mídia que se tornou um instrumento de formação subconsciente de opinião pública.

18. Do mesmo modo que em Roma, o direito pretoriano foi complementando o *ius civile*, na Inglaterra a *equity* evitou as injustiças eventuais da *common law* e, mais recentemente, o direito comercial flexibilizou as relações entre negociantes, superando o formalismo do direito civil, o direito do consumidor está hoje aprimorando e especificando a velha teoria dos contratos, para que a autonomia da vontade seja considerada de modo dinâmico e não apenas de forma estática.

19. Neste sentido, podemos afirmar que as novas técnicas e as soluções ora introduzidas pela legislação do consumidor não significam um declínio do contrato e o advento do dirigismo contratual, mas, ao contrário, o restabelecimento da autonomia da vontade e do princípio *pacta sunt servanda*, do mesmo modo que a correção monetária não alterou as prestações dos contratantes, mas, ultrapassando as soluções nominalistas e o mito da estabilidade da moeda, permitiu que continuassem a ser firmadas convenções a longo prazo.

20. Na realidade, o direito do consumidor, pretende assegurar a autonomia da vontade na formação do contrato e um equilíbrio dinâmico na sua execução, desenvolvendo, com maior densidade, as técnicas tradicionais do direito privado, que asseguravam a liberdade da manifestação da vontade dos contratantes (erro, dolo, coação, lesão, abuso de direito) e a comutatividade das prestações, especialmente diante de fatos imprevisíveis e inevitáveis (teoria da imprevisão, cláusula *rebus sic stantibus*).

21. No momento em que o direito adquire aspectos multidisciplinares, no sentido de não poder desprezar as importantes contribuições das demais

ciências humanas, tornou-se imprescindível apelar para a psicologia e a sociologia, a fim de determinar o verdadeiro grau de liberdade do contratante, como também se utilizou dados econômicos para garantir a continuidade da equação contratual, que já era consagrada no direito público e chegou até a ser matéria constitucional, nos contratos administrativos nos quais se determinou a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro⁽¹²⁾.

22. Assim sendo, o direito do consumidor procura definir a vontade real, consciente e informada do contratante, retirando da sua manifestação alguns dos vícios que a distorcem, embora não estivessem previstos e enquadrados na regulamentação vigente de direito privado. No fundo, o que o legislador e o juiz pretendem é desintoxicar e purificar a manifestação de vontade, dela retirar os *efeitos perversos* exógenos, para retificá-la e ratificá-la na forma que teria, se o consumidor conseguisse obter a mesma soma de informações que o seu fornecedor.

23. A finalidade da legislação do consumidor consiste, pois, em restabelecer a plena autonomia efetiva da vontade das partes, substituindo-a às declarações que decorreram de uma vontade aparentemente livre mas, na realidade, subordinada a fatores externos, mesmo que não conhecidos pelas partes.

24. Se opusermos a autonomia da vontade como liberdade de contratar (firmar ou não o contrato) e a liberdade contratual (liberdade de definir as cláusulas contratuais) à *heteronomia*, considerada como sujeição do consumidor à vontade de outrem, em virtude de dolo ou coação, poderemos afirmar que, na sociedade atual, são numerosos os casos de contratos nos quais a autonomia da vontade é substituída pela heteronomia.

25. A psicologia e a sociologia de grupos evidenciam que, em diversas ocasiões, o consumidor adquire bens ou contrata serviços sob pressões internas (hábitos, costumes) ou externas (publicidade, informações inadequadas) que deformam o contrato de consumo, fazendo com que ele não seja mais um ato voluntário, mas sim um ato condicionado, a lembrar, em certos aspectos, os reflexos aos quais aludia o fisiologista russo PAVLOV.

26. O eminente jurista francês JEAN CARBONNIER chegou a afirmar que enquanto a geração passada vislumbrava, no contrato de consumo, um ato de vontade, atualmente, com mais realismo, cabe caracterizá-lo como um ato de emoção, sensibilidade e paixão, que deve ser controlado *a posteriori* pela razão e pela lógica⁽¹³⁾.

(12) Art. 167 da Constituição de 1967 com a redação da Emenda Constitucional nº 1 e art. 55 do Decreto-Lei nº 2.300.

(13) JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, 3ª edição, 1976, p. 229.

27. Em certo sentido, a moda e a publicidade, o *marketing*, a forma agressiva de encaminhamento das vendas são formas de coação, que o Código Civil não previu, nem podia prever, mas que equivalem, pela sua densidade e efeitos, àquelas que os doutrinadores do passado citavam como exemplos de vícios da vontade.

28. Do mesmo modo, o contrato de adesão, as chamadas condições gerais das quais o consumidor, algumas vezes, só toma conhecimento por mera remissão, que consta no verso do contrato em letras ilegíveis, sem conhecer o seu texto, a desigualdade, nos planos técnico, jurídico e financeiro, entre o fornecedor e o consumidor, substituem a normal negociação do contrato entre as partes, pela imposição de um texto, no qual o erro do consumidor ocorre com certa frequência, inclusive por não ser especialista na matéria e, conseqüentemente, não ter a formação e as informações do seu co-contratante.

29. Essas circunstâncias peculiares, que envolvem tanto o ato de comprar um bem ou solicitar um serviço (liberdade de contratar), como a negociação do contrato (liberdade contratual) e, finalmente, a sua execução justificam, dentro do próprio espírito do direito privado e do consensualismo, uma proteção especial para o consumidor, que não é muito diferente daquela tradicionalmente concedida aos absoluta e relativamente incapazes, ensejando, no fundo, uma incapacidade relativa específica para determinados fins.

30. Verifica-se, assim, que longe de se criar um *direito alternativo*, rompendo com o sistema tradicional, a elaboração do direito do consumidor foi uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado e os desenvolve com maior densidade em relação a atividades e situações específicas. Efetivamente, a sistemática do novo Código do Consumidor foi inspirada pelas normas do Código Civil, que vedam o abuso de direito (art. 160) e determinam a prevalência da vontade real sobre a sua manifestação (art. 85), e as do Código Comercial que mandam atender, na interpretação dos contratos, aos princípios da boa fé e à estrutura e natureza do negócio jurídico, aos usos e costumes locais e, no caso de dúvida, beneficiar o devedor (art. 131), assim como pelas posições da jurisprudência e dos vários projetos de código, que deram um tratamento próprio aos contratos de adesão e adotaram, excepcionalmente, a teoria da imprevisão.

31. Esta análise é feita para mostrar que o direito do consumidor mantém, na sua terminologia, nos seus conceitos e na sua referência aos institutos, as definições do direito privado e que a diferença de ótica não deve ensejar uma visão do novo ramo da ciência jurídica que esteja em conflito ou em confronto com os princípios tradicionais, especialmente nas matérias não reguladas ou não inovadas pelo Código do Consumidor.

32. Firmados esses princípios, examinaremos, agora, o campo de incidência da nova legislação, analisando os conceitos de *consumo*, *consumidor*, *produção*, *poupança*, *destinatário final* e *fornecedor*, que são essenciais para a compreensão da nova legislação e a delimitação do seu campo de atuação.

III. Do campo de incidência do Código do Consumidor

A) Dos fundamentos constitucionais

33. A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, especifica, no seu art. 1.º, os seus fundamentos constitucionais, referindo-se aos seguintes textos da Magna Carta:

a) O art. 5.º, inciso XXXII:

“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

b) O art. 170, inciso V:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I —

V — defesa do consumidor.”

c) O art. 48 das Disposições Transitórias:

“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor.”

34. Verifica-se, assim, que a nova legislação que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”, se limita a tratar dessa matéria, não abrangendo — e conseqüentemente não revogando, nem substituindo — quaisquer outras disposições de direito privado ou do sistema financeiro nacional, que continuam em vigor inalterados.

B) Dos conceitos de consumidor e de fornecedor

35. No caput do art. 2.º, a lei define o consumidor:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

36. Há, pois, na conceituação de consumidor, dois conceitos básicos que devem ser aprofundados: a relação de *consumo* e o *destinatário final*. O consumo decorre tanto da aquisição ou utilização de produto, como da prestação de serviço, sempre ao destinatário final.

37. Para definição de produtos e de serviços, aplicam-se os conceitos do art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, que examinaremos em seguida.

38. O parágrafo único do art. 2.º equipara ao consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”, consagrando assim a defesa dos interesses difusos.

39. O artigo 3.º define o fornecedor como sendo:

“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.”

40. Nos seus §§ 1.º e 2.º, o art. 3.º define:

“§ 1.º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2.º 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.”

41. Cabe, inicialmente, esclarecer que a lei, sendo de proteção do consumidor, só abrange as relações de consumo, às quais, aliás, se refere em seguida ao tratar da “política nacional de relações de consumo” (capítulo II, artigos 4.º e seguintes). Somente são objeto de incidência da nova lei as relações de consumo, que se travam entre fornecedor e consumidor, desde que este seja o “destinatário final”.

42. Assim sendo, partindo das distinções clássicas em economia entre *consumo* e *poupança* e *investimento*, e entre *produção* e *consumo*, a lei de defesa do consumidor não se aplica nem à poupança, nem às operações que constituem o ciclo da produção, tanto assim que o produtor é considerado fornecedor (art. 3.º, *caput*).

43. O consumo é a destruição de um bem pelo seu uso e constitui uma das finalidades da produção, tanto assim que, para consumir, é preciso produzir e não se produz, se não houver consumo.

44. Por sua vez, os recursos financeiros do indivíduo são utilizados para fins ou de consumo ou de poupança, esta ensejando o investimento ou podendo permitir o consumo (dos recursos poupados).

45. Os dicionários definem o consumo como “gasto”, “destruição pelo uso”, “meio pelo qual se extinguem as coisas consumíveis”, “satisfação das necessidades humanas pelo aproveitamento dos produtos próprios para esse fim que se desgastam ou se extinguem com o uso”. O verbo *consumir* significa “destruir pelo uso ou pela utilização um bem ou um serviço para atender a uma necessidade”.

46. DE PLACIDO E SILVA esclarece que:

“No sentido amplo, consumidor designa a pessoa que consome uma coisa. Mas, no sentido do Direito Fiscal, possui o vocábulo significado próprio: entende-se como consumidor toda pessoa que adquire mercadoria de um comerciante, para seu uso ou consumo, sem intenção de revendê-la.”

E acrescenta:

“Consumível, em tal circunstância, é tomado em sentido realmente de destrutível pelo primeiro uso, ou deteriorável, pelo uso continuado.

Entretanto, na acepção jurídica, há consumo não somente quando a coisa se destrói, como quando é adquirida para uso, mesmo permanente, isto é, sem imediata destruição.

Daí é que vem, então, a idéia do consumo absoluto e do consumo relativo, em que se distinguem as duas modalidades do sentido de consumo, isto é, tanto o gasto da coisa utilizada, como a aquisição para uma utilidade de” (14).

47. A doutrina faz ainda a distinção entre consumo próprio e impróprio e consumo físico e econômico, assim como entre bens de consumo propriamente ditos — que são absolutamente consumíveis e se destroem, de imediato, pela sua utilização — e bens relativamente consumíveis, também denominados bens de uso, que se deterioram gradativamente com o decorrer do tempo, todos eles abrangidos no conceito genérico de bens de consumo.

48. Na legislação brasileira, o art. 51 do Código Civil abrange os bens natural e juridicamente consumíveis, ao elucidar que:

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

(14) DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, vol. I, p. 417.

49. A doutrina explica que, ao lado dos bens naturalmente consumíveis, como os alimentos, existem os juridicamente consumíveis, destinados à alienação, como seria o caso dos livros numa livraria ou de jóias numa joalheria (15).

50. A lei de defesa do consumidor amplia, num sentido, e restringe, no outro, o conceito de bens de consumo do Código Civil, pois abrange tanto os de consumo como de uso (*que se degradam com o tempo*), mas exclui da sua aceção os bens juridicamente consumíveis mantendo, tão-somente, os naturalmente consumíveis, pelo fato de se referir (a defesa do consumidor) aos produtos adquiridos pelo *destinatário final*, o que não ocorre com os produtos utilizados para a alienação a terceiros (os livros e jóias acima referidos), pois quem aliena, evidentemente, não é destinatário final.

51. Aliás, a melhor doutrina entende que a defesa do consumidor, em todos os países, se aplica aos “consumidores materiais” e não aos “consumidores jurídicos” (ou seja, aqueles que a lei equipara aos consumidores, mas que não o são efetivamente) (16).

52. Complementando, assim, sistematicamente, a interpretação da norma da lei de defesa do consumidor pelas regras do Código Civil, verificamos que todos os bens destinados à produção ou à alienação pelo adquirente não são bens de consumo para o fim específico. “A relação de consumo se refere, pois, tão-somente, aos bens de consumo ou de uso adquiridos pelo destinatário final para uso próprio” e de sua família.

53. Assim sendo, entre os produtos referidos no art. 2.º da Lei n.º 8.078 não se incluem nem o dinheiro, nem o crédito. Este consiste em promessa de pagamento diferido, implicando troca de bens atuais por bens futuros, ensejando uma circulação de mercadorias ou valores, ou ainda a permuta da mesma coisa em momentos diferentes, “uma troca diferida no tempo” ou, ainda, “uma inserção do tempo na troca” (17). Efetivamente, a entrega de dinheiro sob qualquer forma (mútuo, desconto, etc. . . .) ou a promessa de entrega do mesmo, ao contratante ou a terceiro, não constitui aquisição de produto (bem móvel ou imóvel) pelo destinatário final, pois, pela sua própria natureza, a moeda circula e só constituiria operação com o destinatário final se se tratasse de um colecionador de moedas que não as transferisse a terceiros, hipótese suficientemente excepcional para que não se possa generalizá-la.

(15) ARNOLDO WALD, *Direito Civil — Parte Geral*, 6ª edição, 1989, p. 146; CLÓVIS BEVILACQUA, *Código Civil Comentado*, vol. I, pp. 296/297; CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 1944, pp. 41 a 44.

(16) CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, n.º 1, e CAS e FERRIER, *ob. cit.*, nota 46, p. 11.

(17) Sobre os vários conceitos de crédito, confira-se a *Enciclopédia do Direito* (Saraiva), vol. 21, p. 130.

54. O consumidor protegido pela lei é, pois, a pessoa que, para as suas necessidades pessoais, não profissionais, contrata o fornecimento de bens e serviços, não os repassando a terceiros, nem os utilizando como instrumentos de produção (18).

55. A doutrina estrangeira enfatiza a caracterização do consumidor como:

a) um não profissional;

b) que contrata a aquisição ou utilização de bens e/ou serviços para as suas necessidades pessoais e familiares de consumo;

c) funcionando como destinatário final.

56. No direito estrangeiro, a legislação francesa esclarece, na matéria, que:

“Pour les produits, il convient d'entendre par là le consommateur final, c'est-à-dire celui qui les emploie pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge, et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession.”

“Pour les prestations de services, il, s'agit de leur bénéficiaire sous la forme soit de travaux sur les biens corporels qui lui appartiennent déjà — par exemple, travaux d'entretien ou de réparation —, soit de services dont sa personne même est l'objet.” (19)

57. Discute-se, também, no direito estrangeiro, se a pessoa jurídica pode ser ou não consumidora, entendendo a doutrina, na sua maioria, que o fato pode acontecer quando adquire bens ou contrata serviços sem qualquer ligação direta ou indireta com a sua atividade básica. O *destinatário final* tem, assim, sido oposto, pela doutrina e pelos textos legais, ao *destinatário* ou *consumidor intermediário*, que compra produtos para transformá-los ou revendê-los e não goza da proteção especial assegurada ao consumidor pela legislação especial.

58. E dentro do conceito da empresa moderna, a idéia dominante é no sentido de considerar todas as atividades empresariais, direta ou indiretamente, vinculadas às suas finalidades, partindo-se da presunção de que a empresa só adquire bens e só contrata serviços quando úteis ou necessários à realização de seus fins sociais, conforme determinam a lei e os estatutos.

(18) JACQUES GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, vol. II, p. 36.

(19) CAS e FERRIER, *ob. cit.*, p. 9.

59. O legislador brasileiro não exclui a proteção do consumidor em relação a todas as pessoas jurídicas, entendendo, no seu art. 2.º, que dela gozam as que forem destinatárias finais, nas suas contratações, nos casos de ocorrência de relação de consumo. Assim sendo e partindo do pressuposto que o legislador não inclui em textos legais palavras inúteis, podemos admitir duas hipóteses. Ou o legislador cogitou de certas pessoas jurídicas de direito civil sem caráter empresarial, como as fundações e as associações, ou admitiu que as pessoas jurídicas de direito comercial também pudessem invocar a proteção da lei especial, mas, tão-somente, nos casos nos quais a contratação de bens ou serviços de consumo não tivesse vinculação alguma com a sua atividade produtiva ou empresarial, não se tratando de bens ou de serviços utilizados ou utilizáveis, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização.

60. As dúvidas suscitadas, no particular, pela redação da nossa lei, também surgiram no exterior e, em particular, no direito francês, que conta, na matéria, com ampla bibliografia. A tese dominante na doutrina francesa é no sentido de vincular a condição do consumidor à situação de um não profissional que contrata para atender exclusivamente a necessidades pessoais, entendidas como tais as suas e as de sua família⁽²⁰⁾. Considera-se, assim, ato de consumo, "o ato jurídico que permite obter um bem ou um serviço para a satisfação de necessidade pessoal ou familiar"⁽²¹⁾. É consumidor quem pratica atos de consumo, e quando os pratica do mesmo modo que comerciante é aquele que realiza atos de comércio⁽²²⁾.

61. Para evitar dúvidas e confusões, algumas legislações estrangeiras, como, por exemplo, a inglesa, caracterizam, sempre, o consumidor como pessoa física. No mesmo sentido, a Proposta de Diretriz da Comunidade Econômica Européia esclarece que consumidor é "toda pessoa física que não atua, principalmente, no quadro de uma atividade comercial ou profissional". Em outras legislações, a ênfase é dada ao caráter não profissional do consumidor, sem que seja feita a distinção explícita entre pessoas físicas e jurídicas.

62. A conclusão à qual se chega é, pois, que no direito brasileiro, compatibilizando-se a letra e o espírito da lei e atendendo-se à lição do direito comparado, a pessoa jurídica, tão-somente, pode ser considerada *consumidor* ou a ele equiparada, nos casos em que não atua profissionalmente, ou seja, quando a empresa não opera dentro de seus fins sociais.

(20) GÉRARD CORNU, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Canadiennes de 1973, *La Protection des Consommateurs*, Paris, p. 135.

(21) CALAIS-AULOY, *ob. cit.*, nº 1.

(22) ANNE-CATHERINE IMNHOF-SCHUEER, *Protection du Consommateur et Contrats Internationaux*, tese de doutorado, Genebra, Librairie de l'Université, 1981, pp. 16/17.

Cabe, aliás, em relação às sociedades comerciais, uma presunção de ser o consumo para fins profissionais e sociais, em virtude da própria estrutura e finalidade empresarial que as caracteriza.

C) Produtos e serviços

63. A distinção entre a aquisição ou utilização de produtos e a contratação de serviços deflui da diferença tradicional que existe entre as obrigações de dar e as de fazer. Nas primeiras, há uma transferência da propriedade ou da posse do bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, enquanto nas segundas, o fornecedor tem um comportamento determinado, uma conduta, que beneficia o consumidor, sob a forma mais ou menos ampla de locação de serviços. Já tivemos o ensejo de escrever que:

“É tradicional a distinção entre obrigações de dar, fazer e não fazer, que ainda hoje encontramos no Código Civil Brasileiro. A obrigação de dar consiste em transferir a posse ou transmitir a propriedade de um objeto ao credor, enquanto a obrigação de fazer importa na realização de atos ou serviços no interesse do credor.”⁽²³⁾

64. Em relação aos produtos, não se aplica a nova regulamentação de defesa do consumidor às instituições financeiras, por não se conceber a possibilidade de ser usado o dinheiro — ou o crédito — por destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação.

65. Conseqüentemente, a nova lei não determina a sua aplicação ao setor bancário, quanto aos produtos, e não abrange os empréstimos, descontos, avais, aberturas de crédito e demais operações bancárias nas quais há entrega imediata, diferida ou até condicional, de um produto, mas, ao contrário, manda que sejam aplicadas as suas normas exclusivamente aos serviços bancários.

66. Como tais devem ser entendidas as obrigações de fazer como, por exemplo, as que os bancos assumem na guarda de bens e valores, desde que caracterizada a relação de consumo. Assim, desde a locação de caixa-forte, considerada, pela doutrina, como contrato *sui generis* de guarda, que implica em manter o cofre à disposição do cliente e garantir o não acesso, ao mesmo, de terceiros, e até o eventual fornecimento oneroso de informações aos seus depositantes ou investidores, sempre que caracterizada a oferta do serviço aos consumidores, a prestação de serviços ensejará, eventualmente, a responsabilidade do fornecedor. Com base na lei de defesa do consumidor. É este o sentido que atribuímos à referência à atividade de natureza bancária e financeira mencionada no art. 3.º, § 2.º, da Lei n.º 8.078.

(23) ARNOLDO WALD, *Obrigações e Contratos*, 8ª edição, São Paulo, 1989, p. 13 e *Da Invalidade da Cláusula Penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente*, Parecer, Rio, 1974.

67. Ao definir o campo de incidência da lei de defesa do consumidor sobre as instituições financeiras, cabe salientar que a natureza específica da moeda não justifica a garantia do intermediário financeiro em relação ao produto, por existir uma garantia do produto — um tanto quanto precária — do próprio Estado. Essa situação e a própria função da moeda como “sangue da economia”, ensejando uma regulamentação do próprio sistema financeiro, que exerce, em certo sentido, uma função pública, estando subordinado ao Banco Central e ao Conselho Monetário Nacional, justificam que as normas de proteção ao consumidor obedçam ao disposto pelas autoridades monetárias competentes. Evitar-se-á, assim, conflitos de competência, que não contribuem para a estabilidade e segurança do sistema jurídico vigente. A multiplicação das competências para decidir a respeito dos mesmos assuntos pode, ao contrário, levar a sociedade a um verdadeiro labirinto de normas, ensejando o caos normativo.

68. Foi essa a razão pela qual, nos outros países, a proteção do consumidor, no campo financeiro e bancário, foi objeto de leis específicas. Foi o que aconteceu, na Inglaterra, com o *Consumer Credit Act* e, nos Estados Unidos, com uma série de diplomas legislativos, entre os quais se destacam o *Consumer Credit Protection Act*, o *Equal Credit Opportunity Act*, o *Fair Credit Billing Act*, o *Fair Credit Reporting Act*, o *Truth-in-Lending Act* e o *Uniform Consumer Credit Code*. Também a Bélgica, a França e a Suécia preferiram ter uma legislação própria com referência ao crédito ao consumidor, dando maior ênfase à transparência e estabelecendo normas gerais de direito bancário. Conforme os países, certas operações bancárias ficaram excluídas dessa proteção, como ocorreu na Bélgica, na Inglaterra e na França, enquanto, em outras legislações, ao contrário, deixaram de ser aplicadas as normas de defesa do consumidor às pequenas operações de curto prazo consideradas pouco relevantes, ou bagatelas (*Bagatell Geschäfte* do direito alemão). A ampla discussão existente na matéria, que envolveu a elaboração de importante bibliografia internacional, justifica a exclusão da incidência das normas de proteção ao consumidor no campo do crédito.

69. Na realidade, a Lei n.º 8.078 trata, no seu art. 52, do crédito ao consumidor, estabelecendo determinadas obrigações para o fornecedor que, embora não seja essa a nossa opinião, pelas razões que já aludimos, poderiam ser interpretadas, pela jurisprudência, como ensejando determinados deveres para as instituições financeiras, quando intervenientes ou participantes no ato.

70. Embora vinculadas ao fornecimento de produtos ou serviços (para o destinatário final) que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, as obrigações previstas no artigo 52 recaem, exclusivamente, sobre o fornecedor (do produto ou dos serviços) que não é instituição financeira. Mas dentro dos limites em que a operação seja de crédito ao consumidor, funcionando a instituição financeira como inter-

veniente ou participante, as obrigações específicas do art. 52, que abrangem a informação (incisos I a V), o limite da multa (§ 1.º) e possibilidade de pagamento antecipado do débito (§ 2.º), poderão ser consideradas como aplicáveis, em parte, à instituição financeira que concedeu o crédito vinculado, participando da relação de consumo, tese que só admitimos *ad argumentandum*.

71. A regulamentação legal das normas referentes ao crédito ao consumidor constituiu, aliás, matéria polêmica no direito comparado. ANNE-CATHÉRINE IMHOFF-SCHEUER, em monografia sobre a proteção do consumidor e os contratos internacionais, que se dedica, também, ao direito estrangeiro, comenta a este respeito que:

“Un problème épineux se pose lorsque l'acquisition d'un bien ou d'un service de consommation a crédit n'est pas financée directement par le fournisseur du bien ou du service, mais par l'intermédiaire d'un tiers, en général d'une banque. Le plus souvent par l'entremise du vendeur, l'acheteur contracte un prêt auprès d'une banque, prêt lié au financement de son achat qui devra être remboursé à la banque en plusieurs versements. Bien que sur le plan économique une telle opération constitue un tout, sur le plan juridique, elle se divise en deux contrats distincts. Cette dualité juridique entre le contrat de vente et le contrat de prêt pose notamment la question de savoir si le contrat de prêt échappe à la réglementation protectrice malgré son lien indiscutable avec le contrat de fourniture de biens ou de services. D'un autre côté, elle peut avoir pour fâcheuse conséquence d'obliger le consommateur à continuer à rembourser le prêt bien que le vendeur se trouve en défaut, le bien livré étant défectueux ou non conforme au contrat.”⁽²²⁾

72. A estudiosa suíça lembra que a solução dada, no caso de crédito ao consumidor, tem dependido da natureza do mesmo, fazendo-se a distinção entre os créditos vinculados ou afetados à aquisição do bem ou contratação do serviço e os créditos livres, desvinculados e sem afetação. Em relação a estes, não é aplicável a regulamentação específica que protege o consumidor, podendo ser diferente a situação daqueles, nos quais o fornecimento e o financiamento passam a constituir verdadeiros contratos coligados, com repercussões mútuas e recíprocas. Sob outro ângulo, os efeitos da coligação dos contratos têm sido discutidos no direito brasileiro, com estudos doutrinários e manifestações jurisprudenciais, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal feito referência às convenções que constituem “verdadeiros irmãos siameses”⁽²³⁾.

73. Assim sendo, não há dúvida que, independentemente da interpretação técnica e científica a ser dada à Lei n.º 8.078, a incidência das disposições do art. 52 — mas somente das mesmas — ao contrato de crédito ao consumidor, é matéria que deverá ser debatida pelos tribunais

e risco que as instituições financeiras devem estar preparadas a enfrentar, ressalvada a nossa opinião pessoal da não-aplicação dos mesmos aos bancos por se tratar de produto entregue a quem não é destinatário final.

IV. Conclusões

74. Após a visão geral dos problemas suscitados, especialmente quanto ao campo de incidência da nova legislação em relação às instituições financeiras, concluímos que:

a) a nova lei não se aplica às operações de produção, poupança e investimento, ou seja, à captação de recursos pelas instituições financeiras, sob qualquer forma;

b) a nova lei também não se aplica às operações de empréstimos e outras análogas realizadas pelos bancos, pois o dinheiro e o crédito não constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, sendo, ao contrário, instrumentos ou meios de pagamento, que circulam na sociedade e em relação aos quais não há destinatário final (a não ser os colecionadores de moeda e o Banco Central quando retira a moeda de circulação);

c) o consumidor, de acordo com a lei, é o destinatário final de bens e serviços consumíveis, absoluta ou relativamente, abrangendo as pessoas físicas, dentro dos limites em que atendem às suas necessidades pessoais e familiares, e as pessoas jurídicas, quando não atuam empresarial ou profissionalmente (associações civis, fundações etc. . . .);

d) assim sendo, as instituições financeiras, nas contratações de bens e serviços para a sua atividade empresarial, não são consideradas consumidores para os fins legais específicos;

e) os serviços bancários aos quais se aplica a lei abrangem, tão-somente, atividades e comportamentos, ou seja, obrigações de fazer — e não de dar — tais como a guarda de bens e documentos e outras, quando caracterizadas como relações de consumo;

f) nos casos de crédito ao consumidor, nos quais a instituição financeira é interveniente ou participante, em virtude da concessão de crédito vinculado à compra de bem ou à prestação do serviço, poder-se-á entender que cabe aplicar-lhe o disposto no art. 52 da lei, o mesmo não ocorrendo na hipótese de crédito livre ou desvinculado e não se lhe aplicando, de modo algum, as demais disposições da lei do consumidor;

g) as novas normas contidas na Lei n.º 8.078 provavelmente exercerão uma influência sobre todo o sistema jurídico, fortalecendo tendências jurisprudenciais que apreciavam com mais severidade os contratos de adesão, a repressão aos abusos de direito e a aplicação mais ampla da própria teoria da imprevisão, justificando-se, assim, um trabalho preventivo de revisão dos modelos contratuais e o eventual reexame de alguns modelos operacionais.