

TUTELA DO CONSUMIDOR

CONSUMER PROTECTION

*Eduardo CAMBI**

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Relação de consumo; 3. Conceito de consumidor (art. 2º/CDC): 3.1. Conceito padrão; 3.2. Coletividade; 3.3. Vítimas do evento danoso ou consumidores por equiparação; 3.4. Todas as pessoas expostas às práticas comerciais abusivas do artigo 29 e seguintes do CDC, mesmo que não possam ser identificadas; 4. Conceito de fornecedor (art. 3º/CDC); 5. O Estado como fornecedor; 6.Conclusões; 7.Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a relação de consumo e suas repercussões mais importantes no sistema do Código de Defesa do Consumidor. Destaca o conceito padrão de consumidor, a coletividade como consumidora, as vítimas de eventos danosos (consumidores por equiparação), além daqueles que sejam expostos às práticas comerciais abusivas, mesmo que não venham a ser identificados. Por outro lado, estuda o conceito de fornecedor, inclusive quando o Estado pode ser colocado nesta posição. Posiciona-se sobre a noção mais adequada da relação de consumo à Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Conceito – Consumidor – Fornecedor – Estado – Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: This article discusses the relationship of consumption and its impact on the system the most important of the Code of Consumer Protection. Highlights the standard concept of consumer, the community as consumers, victims of harmful events (by comparing consumers), and those who are exposed to abusive marketing practices, even that will not be identified. On the other hand, studies the concept of supplier, even if the State can be placed in this position. It is positioned on the most appropriate sense of the relationship of consumption to the Federal Constitution.

KEYWORDS: Concept - Consumer - Supplier - State - Consumer Protection Code

* Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Paiva (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual da Universidade Estadual do Norte Pioneiro e da Universidade Paranaense. Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Artigo submetido em 28/02/2011. Aprovado em 06/06/2011.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto se destina a depurar o conceito de relação de consumo no direito brasileiro, confrontando as possíveis interpretações dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90, com o escopo de buscar a exegese que assegure a maior proteção ao direito fundamental contido no artigo 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal¹.

Paralelamente, objetiva-se contextualizar o Código de Defesa do Consumidor com o *direito fundamental à efetiva e adequada tutela jurisdicional* (art. 5º, inc. XXXV, CF), analisando os instrumentos processuais sob a égide do dever de proteção dos direitos do consumidor.

Procura, ainda, examinar as respostas que o Poder Judiciário vem dando, ao longo da história recente aberta pela Lei 8.078/90, às questões consumeristas.

2. RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação de consumo é, antes de qualquer definição, uma *relação jurídica* e, assim, deve ser conceituada como “*como um vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada*” (Savigny)².

Para se saber o que é relação de consumo, é imprescindível analisar quais são os elementos formadores da relação jurídica, isto é, os *sujeitos* (ativo e passivo), o *vínculo de atributividade* e o *objeto*³.

Na relação de consumo, sujeito ativo é o consumidor, titular de situações jurídicas ativas protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, e passivo, o fornecedor, o qual possui deveres jurídicos, traduzidos em condutas ou prestações, a serem prestadas em benefício do consumidor.

O vínculo de atributividade são os parâmetros normativos e contratuais que conferem aos sujeitos da relação jurídica o poder de pretender ou exigir algo determinado ou determinável⁴. Na relação consumerista, assume enorme relevância, entre outros, o artigo 1º da Lei 8.078/90, ao estabelecer, com fundamento nos artigos 5º, inc. XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e do artigo 48 das suas Disposições Transitórias, um conjunto de regras *protetivas* ao consumidor.

O objeto da relação de consumo, como se depreende dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, pode ser tanto um *produto* quanto um *serviço*.

Considerando que os direitos do consumidor são *direitos fundamentais* (art. 5º, inc. XXXII, CF), os quais possuem *dimensão objetiva* de proteção, impõe ao Estado (Legislativo-Executivo-Judiciário) *deveres de proteção*⁵.

Esta perspectiva tem se mostrado importante à luz do direito fundamental à

¹ “Art. 5º. (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

² Cfr. José María Rodríguez Paniagua. Madri: Tecnos, 1976. Pág. 69.

³ Cfr. Paulo Nader. Introdução ao estudo do direito. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Pág. 294.

⁴ Cfr. Miguel Reale. Lições preliminares. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976. Pág. 214.

⁵ Cfr. Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Pág. 507. Verificar, ainda, Daniel Sarmento. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. Arquivos de direitos humanos, vol. IV, 2002. Pág. 80; Luiz Guilherme Marinoni. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004. Pág. 168.

tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, porque exige do processualista a criação de *técnicas processuais* adequadas à realização dos direitos do consumidor, bem como vincula o Estado-Juiz, cuja atuação deve estar voltada à maior efetivação destes direitos⁶.

Portanto, saber o que é relação de consumo interessa não só ao estudioso do Direito Material. Afinal, a partir da perspectiva metodológica da *instrumentalidade do processo*, a necessária compreensão do processo, a partir do direito material, passou a ser o *norte do processualista* e de todos aqueles que discutem e aplicam os direitos do consumidor em juízo. Sem saber o que é relação de consumo, não é possível identificar as partes, a causa de pedir e o objeto da relação processual. Esta preocupação não se reflete apenas nos elementos ou mesmo nas condições da ação, mas, o que é mais grave, na não aplicação de técnicas processuais voltadas à efetivação dos direitos do consumidor.

A Lei 8.078/90 é um manancial fecundo de regras protetivas do consumidor, mas, com exceção do Título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo), por força do artigo 21 da Lei 7.347/85, de alcance restrito às relações específicas de consumo. Por isto, várias normas processuais *diferenciadas* (como a inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inc. VIII e a invalidade da cláusula de foro de eleição, constante do artigo 51, inc. IV, todos do CDC) poderiam, em tese⁷, serem excluídas de outras relações processuais.

O texto, contudo, se limita a definir relação de consumo, sem se preocupar com aspectos específicos do direito processual. No entanto, sem antes saber o que é relação de consumo, seria *logicamente impossível* verificar se as normas protetivas da Lei 8.078/90 seriam ou não aplicáveis aos casos concretos.

3. CONCEITO DE CONSUMIDOR (ART. 2º/CDC)

Pelo artigo 2º do CDC, consumidor “*é toda pessoa física ou jurídica que*

⁶ A partir de modelos processuais pré-definidos à luz do direito material (tutela inibitória, da remoção do ilícito, do adimplemento na forma específica e do ressarcimento na forma específica), Luiz Guilherme Marinoni é bastante enfático quanto a responsabilidade do juiz na concretização da técnica processual mais adequada à proteção do direito do consumidor, afirmando que “para a correta interpretação da regra que institui as técnicas processuais, é preciso que o juiz tenha plena consciência do que o direito material espera da sua atuação. Nesse sentido, a interpretação da regra processual deve construir os modelos processuais adequados à prestação das tutelas prometida pelo direito material”(A conformação do processo e o controle jurisdicional a partir do dever estatal de proteção do consumidor . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1147, 22 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8835>>. Acesso em: 25 jun. 2009.).

⁷ Diga-se, em tese, porque, a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, inc. XXXV, CF), tem-se construído uma proeminente doutrina capaz de visualizar, na própria Constituição, a possibilidade do juiz construir, no caso concreto, técnicas processuais voltadas a melhor realização do direito material. Por exemplo, a possibilidade de inversão do ônus da prova para a tutela dos direitos ambientais, independentemente de lei específica. Sobre este assunto, conferir: Eduardo Cambi. A prova civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006; Luiz Guilherme Marinoni. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. www.abdpc.org.br. Acesso em 01.11.2006. Quanto a possibilidade de se decretar a invalidade da cláusula de foro de eleição para os contratos de adesão em geral, a recente Lei 11.280/2006 modificou os artigos 112, par. ún., e 114 do Código de Processo Civil para possibilitar que o magistrado, de ofício, decrete a sua nulidade, quando verifica a vulnerabilidade do demandado e a dificuldade que a cláusula traz ao acesso à justiça. Cfr. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina. Breves comentários à nova sistemática processual civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2006. Pág. 17-24.

adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (Parágrafo único).

O Código de Defesa do Consumidor apresenta **quatro** conceitos distintos de consumidor, os quais merecem análise singular.

3.1 Conceito padrão

Pelo artigo 2º, *caput*, do CDC, consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*.

Inicialmente, é preciso ter claro que o destinatário final pode ser tanto aquele que *adquire* o produto ou o serviço, quanto o que o *utiliza* ou *consome*, mesmo não o tendo adquirido. Por exemplo: i) se alguém compra cerveja para oferecer aos amigos, em uma festa, e a garrafa explode e atinge o convidado; este, ainda que não tenha adquirido o produto, será considerado consumidor⁸; ii) os convidados de uma festa de casamento que, ao comerem a comida, intoxicam-se também são destinatários finais, embora não tenham adquirido os alimentos.

Mais complexo é definir o sentido da expressão *destinatário final*, que varia conforme a teoria (finalista ou maximalista) que se adote.

Pela teoria finalista ou subjetiva, é destinatário final todo aquele que não é *intermediário* no ciclo de produção.

Em outras palavras, o *destino final* é aquele para o uso próprio, privado, individual, familiar ou doméstico⁹. Não está incluído, neste conceito, aquele que funciona como *intermediário*, ou seja, compra com o objetivo de revender, após montagem, beneficiamento ou industrialização.

Com efeito, a operação de consumo deve encerrar-se no consumidor que utiliza ou permite que o bem ou o serviço seja utilizado *sem revenda* (v.g., é consumidor quem compra um computador para usar em sua casa, e não é consumidor o aquele que compra computadores no exterior, para revendê-los no Brasil).

Neste último exemplo, a pessoa que compra os produtos, para revendê-los, não é destinatário final, mas *intermediário do ciclo de produção*, não estando tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim pelo Código Civil.

A teoria finalista visa a atender ao escopo político do Código de Defesa do Consumidor, protegendo a *parte vulnerável* na relação de consumo.

A teoria maximalista, por sua vez, se opõe à finalista, considerando que o revendedor, o distribuidor e o montador estariam todos inseridos na cadeia de consumo e, portanto, submetidos à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Esta teoria não leva em consideração à vulnerabilidade, considerando suficiente à

⁸ Cfr. STJ – AGA 398.820 – 3º T. – rel. Min. Castro Filho.¹

⁹ Cfr. João Batista de Almeida. A proteção jurídica do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹⁰ Cfr. Toshio Mukai. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 6.

mera *destinação fática*¹⁰.

O conceito de consumidor, contido no artigo 2º da Lei 8.078/90, segundo os autores do anteprojeto, deve ser restrito àquele que não reintroduz, *de qualquer forma*, o produto no mercado de consumo (logo, se o advogado compra o computador, para uso pessoal, é consumidor; se o adquire para o trabalho, é fornecedor, aplicando-se, neste caso, o direito comum)¹¹. Portanto, o consumidor é o *elo final* da cadeia de consumo, destinando-se o bem ou o serviço à sua *utilização própria ou pessoal*, não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial ou profissional¹². Desta maneira, protege-se o *bem de consumo*, não o bem de produção, embora o Código de Defesa do Consumidor não faça esta distinção.

No direito estrangeiro, também se tem buscado restringir o conceito de consumidor. No direito italiano, a Lei 281, de 30 de julho de 1998, que “disciplina os direitos dos consumidores e dos usuários”, afirma, no artigo 2º, 1, “a”, serem “*consumidores e usuários: as pessoas físicas que adquirem ou utilizem bens ou serviços com objetivos não referentes à atividade empreendedora e profissional eventualmente desenvolvida*”.¹³ No mesmo sentido, pode se depreender do Anteprojeto de Código do Consumidor português, pelo qual, no artigo 10º, 1: “*Considera-se consumidora pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito de sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional*”.

No entanto, o conceito-padrão de consumidor não pode se afastar dos parâmetros constitucionais.

O artigo 4º, inc. III, da Lei 8.078/90 afirma que a “*Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos interesses econômicos, a melhoria das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*”.

Com efeito, o artigo 2º do CDC, por não conter um significado explícito de destinatário final, é uma *norma plurissignificativa*¹⁴, devendo ser interpretada à luz

¹¹ Cfr. José Geraldo Filomeno. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. Pág. 25.

¹² Cfr. Carlos Alberto Bittar. Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. Pág. 28.

¹³ No original: “1. Ai fini della presente legge si intendono per: a) “consumatori e utenti”: le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta; (...)”.

¹⁴ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe uma espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela” (Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1995. Pág. 230).

da Constituição Federal, por força do próprio artigo 4º, inc. III, do CDC. Com isto, é possível dimensionar um conceito de consumidor com fundamento na sua *vulnerabilidade* no mercado de consumo (art. 4º, inc. I, CDC), devendo a noção de vulnerabilidade ser buscada nos princípios constitucionais que fundam a ordem econômica (art. 170/CF).

A vulnerabilidade, conforme Cláudia Lima Marques, pode ser *técnica* (falta ao consumidor conhecimento sobre o produto ou o serviço que está adquirindo), *jurídica* (o consumidor não possui conhecimento jurídico, econômico ou contábil específico) ou *fática* ou *socioeconômica* (resultado da posição do fornecedor no mercado)¹⁵.

Desse modo, é possível atribuir ao artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor uma *maior efetividade* de sentido ao conceito de consumidor, abarcando as pessoas *jurídicas* vulneráveis. Afinal, o artigo 170, inciso IX, da Constituição (com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 6, de 1995), por exemplo, afirma que se deve dar tratamento favorecido para as *empresas de pequeno porte* constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Assim sendo, as empresas de pequeno porte justificam a proteção especial do Código de Defesa do Consumidor, quando estiverem diante de fortes grupos econômicos ou de grandes empresas multinacionais. Logo, um pequeno bar que revende produtos de uma gigante empresa de refrigerantes ou um dentista (proprietário de uma pequena clínica) que importa materiais ou equipamentos de indústria de grande porte, para seu consultório, poderia ser considerado consumidor, para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor¹⁶. Contudo, tal interpretação deve ser restrita à relação entre os empresários de pequeno porte e a multinacional, não servindo para eximir as responsabilidades da pessoa jurídica frente aos consumidores de refrigerantes ou dos serviços odontológicos, os quais estarão respaldados pela lei protetiva, em eventual demanda ajuizada em face da empresa de pequeno porte¹⁷.

Este entendimento nada mais é do que a concretização do princípio constitucional da *isonomia*, dando-se tratamento igual a situações iguais. Em outras palavras, tanto o consumidor (pessoa física) quanto à empresa de pequeno porte (v.g., a revendedora de bebidas ou a clínica odontológica) podem estar em *situação de vulnerabilidade* frente ao fornecedor a justificar a tutela diferenciada do Código

¹⁵ Cfr. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. 3ª ed. São Paulo: RT, 1991. Pág. 147-8.

¹⁶ Cfr. Tiago Cardoso Zapater. A interpretação do Código de Defesa do Consumidor e a pessoa jurídica como consumidor. Revista de direito do consumidor, vol. 40. Pág. 191.

¹⁷ Entretanto, quando a pessoa jurídica é considerada consumidora final, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 51, inc. I, afirma que a indenização pode ser limitada, em situações justificáveis, não se aplicando a regra do artigo 25, pelo qual é vedada a estipulação de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar. São situações justificáveis de limitação da indenização: a) a operação de venda e compra com caráter especial, fora do padrão regular de consumo; b) a hipótese da qualidade do consumidor-pessoa jurídica (empresa de grande porte) justificar uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora.

¹⁸ “Se admitirmos o princípio finalista – o Código se destina a proteger a pessoa física, vulnerável -, sempre que a pessoa jurídica, inclusive o revendedor, se encontrar na situação da pessoa física, aplicaríamos o Código” (Tiago Cardoso Zapater. Op. Cit. Pág. 193).

de Defesa do Consumidor¹⁸.

Porém, o conceito-padrão de consumidor não está pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que ora interpreta de forma restritiva, considera apenas o destino final do produto ou do serviço, ora estende tal noção, levando em consideração a vulnerabilidade.

Interpretando de forma restritiva o conceito de destinatário final, para excluir a aplicação da Lei 8.078/90, e considerar que só é consumidor aquele que se coloca no final da cadeia produtiva, utilizando o produto ou o serviço para satisfazer necessidade própria, isto é, não para o desenvolvimento de comércio ou profissão, vale mencionar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

i) Obtenção de crédito para financiar atividade comercial – destinatário intermediário (e, portanto, não final) – não aplicação do CDC¹⁹;

ii) Responsabilidade Civil - Concessionária de Telefonia - Serviço Público – Interrupção - Incêndio não criminoso - Danos materiais - Empresa provedora de acesso à Internet - Destinatário intermediário - Inexistência de relação de consumo²⁰;

iii) Empresa adquirente de produto – insumo (p. ex., aparelho de ultrasonografia) para a prestação de serviços²¹.

No entanto, a qualificação de destinatário final, por si só, como já foi acima salientado, não é suficiente para abranger todos os casos na cadeia das relações jurídicas. Um conceito único e inflexível de consumidor simplificaria o complexo conceito de consumo, redundando na aplicação mecânica da noção de consumidor como destinatário final (ou seja, como elo final da cadeia produtiva). Isso excluiria a possibilidade de análise da vulnerabilidade, nos casos concretos, em detrimento de

¹⁹ “Competência. Relação de Consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartões de crédito. Destinação final inexistente. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca” (STJ - REsp. 541.867-BA – 2ª Seção – rel. Min. Barros Monteiro - j. 10.11.2004 – pub. DJU 16.05.2005, pág. 227). Entretanto, tal entendimento não é unânime, havendo posicionamento divergente, como se verá abaixo.

²⁰ “No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica” (STJ – REsp. 660.026-RJ – 4a. T. – rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 03.05.2005 – pub. DJU 27.06.2005, pág. 406).

²¹ Contudo, o conceito de insumo é de difícil percepção, a depender da situação fática analisada. Para Fábio Ulhoa Coelho são insumos os bens ou serviços adquiridos pelos empresários para emprego na empresa de acordo com a estrita indispensabilidade para o correspondente processo produtivo, sendo bens ou serviços de consumo os demais (O empresário e os direitos do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. Pág. 47). Embora maquinaria e matéria-prima sejam claramente insumos, outros itens como material de escritório e equipamentos de trabalho ficariam em uma zona cinzenta de difícil determinação. Por exemplo, um advogado que comprasse 400 (quatrocentas) canetas estaria ou não inserido no conceito de consumidor. Com efeito, o conceito de indispensabilidade nem sempre é de fácil caracterização. Cfr. Tiago Cardoso Zapater. Op. Cit. Pág. 180-1.

situações que, pela desproporção entre os contratantes, mereceriam a proteção diferenciada de um dos sujeitos da relação contratual²².

Duas situações mostram a dificuldade de conceituar consumidor, exclusivamente, como sendo destinatário final, sem considerar a noção de vulnerabilidade: i) a do taxista que adquire um veículo para usá-lo, em sua atividade lucrativa, como instrumento de trabalho; ii) a relação entre a fábrica de automóveis e os seus fornecedores de peças (insumos).

Em caso de defeito do produto, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor na primeira situação, em razão não do destino final do produto, mas da *vulnerabilidade* de uma das partes da relação contratual, que não existe na segunda situação por se tratarem de partes com porte econômico elevado²³.

O próprio Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, considerando o usuário do produto ou do serviço destinatário final²⁴, ainda que não tenha sido empregado diretamente na sua atividade, nos seguintes casos:

i) Contratos bancários: a circunstância de o usuário dispor do bem recebido mediante operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento a outros bens e serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição²⁵. Do mesmo modo, o tomador do crédito é o seu destinatário final, ainda que a contratação do serviço de crédito não tenha ligação

²² Silney Alves Tadeu, apesar de discordar da categoria especial do consumidor, entendendo que as situações discriminatórias positivas em favor do contratante vulnerável deve ser resolvida no âmbito da teoria geral dos contratos, partilha da crítica a um conceito único de consumidor, asseverando: “A configuração de uma categoria única de consumidor, entendida como condição subjetiva a qual toda política legislativa há de procurar um adequado âmbito de proteção e tutela pode gerar riscos; primeiro, de excluir, de modo inicial, casos que também deveriam haver sido merecedores de proteção ante a presença de sujeitos que se encontrariam em situação de desequilíbrio na relação jurídica, e segundo de ser empregada de um modo mecânico, extrapolando-se seu uso em campos alheios para os quais foi inicialmente concebido”(O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária. Revista do consumidor, vol. 47. Pág. 189).

²³ Cfr. Sálvio de Figueiredo Teixeira. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. Revista de direito do consumidor, vol. 43. Julho/Setembro 2002. Pág. 82.

²⁴ “O conceito de “destinatário final”, do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio” (STJ - AgRg no Ag 807.159/SP – 3ª T. – rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. 09.10.2007 – pub. DJ 25.10.2007, pág. 168).

²⁵ “Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Contrato de adesão. Relação de consumo (art. 51, I, da Lei 8078/90) – Foro de Eleição – Cláusula considerada abusiva – Inaplicabilidade da Súmula 33/STJ –Precedentes da Segunda Seção. I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através de operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pela instituição.II - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se “abusiva”, o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário. Pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação daquela cláusula dificultar gravemente a defesa do réu em Juízo. Precedentes da Segunda Seção. III - Incidência da Súmula 126/STJ. IV - Recurso não conhecido” (STJ – REsp. 190.860-MG – 3ª T. – rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 09.11.2000 – pub. DJU 18.12.2000, pág. 183).

²⁶ “Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação,

direta com a atividade empresarial (v.g., distribuição de medicamentos)²⁶;

ii) Contratos bancários (contrato de repasse de empréstimo externo para compra de colheitadeira por agricultor – agricultor como destinatário final – incidência do CDC): O agricultor que adquire bem móvel, com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do art. 2º do CDC²⁷. Tal decisão tem apoio inclusive na noção de vulnerabilidade consumidor, que serve para relativizar a teoria finalista;

iii) Compra de adubo: o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio pode ser considerado destinatário final, na medida em que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia de produção respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento²⁸. O argumento, todavia, utilizado pelo STJ é forçado, podendo melhor se justificar e legitimar o resultado pretendido (i.e., aplicação do CDC), caso o Tribunal se valesse do critério da vulnerabilidade;

iv) Prestação de serviços: é destinatária final a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utiliza destes serviços em benefício próprio, não se transformando para prosseguir na cadeia produtiva (v.g., clínica médica que contrata os serviços de empresa que presta serviços de contabilidade estaria protegida pelo CDC)²⁹.

v) Contrato de leasing: a Lei 8.078/90 se aplica aos contratos de leasing, sendo certo que a arrendatária final é consumidora final do serviço prestado pela arrendadora³⁰;

vi) Fornecimento de água: empresa prestadora de serviços médicos, que utiliza a água para a manutenção predial e o desenvolvimento de suas atividades, é destinatária final, pois o consumo se dá em benefício próprio, podendo a empresa

montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. - O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa” (STJ – CC 41.056-SP – 2ª Seção – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 23.06.2004 – pub. DJU 20.09.2004, pág. 181).

²⁷ “Contratos bancários – Contrato de repasse de empréstimo externo para a compra de colheitadeira – Agricultor – Destinatário Final – Incidência – Código de Defesa do Consumidor – Comprovação – Captação de recursos – Matéria de prova – Prequestionamento – Ausência. I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. (...)” (STJ – REsp. 445.854—MS – 3ª T. – rel. Min. Castro Filho – j. 02.12.2003 – pub. DJU 19.12.2003, pág. 453).

²⁸ “Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes. I. A expressão “destinatário final”, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento” (STJ – REsp. 208.793-MT – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – j. 18.11.1999 – pub. DJU 01.08.2000, pág. 264).

²⁹ Cfr. STJ-REsp. 4888274-MG.

³⁰ Cfr. STJ - REsp. 331.082-SC. Em sentido contrário (REsp. 264.126-RS), tratando-se de financiamento (em contrato de alienação fiduciária em garantia) obtido por empresário destinado, precipuamente, a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, pois, como destinatário final, não se caracterizando a relação de consumo e não se aplicando o CDC.

³¹ Cfr. REsp 102.5472/SP – 1ª T. – rel. Min. Francisco Falcão – j. 03.04.2008 – pub. DJE 30.04.2008.

ser enquadrada no conceito de consumidora³¹.

Por fim, é de se perguntar se o Estado, quando se utiliza de um bem ou de um serviço, pode ser enquadrado no conceito de consumidor. Se for levado em consideração apenas o conceito de *destino final*, a resposta é afirmativa, quando o Estado não reintroduz o produto ou o serviço no mercado de consumo. Entretanto, tomando o conceito mais amplo de consumidor, que considera não só o destino final do produto, mas também a vulnerabilidade do contratante no mercado de consumo, não será possível, em princípio, a aplicação da Lei 8.078/90 em benefício do Estado³². Tendo o Poder Público a tarefa de velar pelos interesses da coletividade, a Administração possui o privilégio de um *regime jurídico próprio*, capaz de derrogar as disposições contrárias de direito privado (princípio da supremacia do interesse público sobre o particular)³³.

O Estado não pode ser considerado parte vulnerável, pois, ao pretender consumir, estabelece, prévia e unilateralmente, as condições que pretende contratar, as quais estão sujeitos os fornecedores³⁴. Ao consumir o Estado deve impor ao fornecedor um procedimento objetivo, sempre favorável ao interesse público (art. 37, inc. XXI, CF). Faculta-se a Administração, mediante cláusulas exorbitantes, alterar e rescindir, unilateralmente, qualquer contrato administrativo. E, mesmo quando o Poder Público contrata sob o regime primordialmente privado (v.g., contrato de locação), há que estar presente o interesse público capaz de derrogar, parcialmente, os interesses privados.

A questão de ser ou não o Estado consumidor ressalta a importância do conceito de consumidor não se restringir, exclusivamente, ao conceito de destinatário final. Afinal, o Estado, mesmo sendo destinatário final, não poderá ser consumidor, por não ser parte vulnerável da relação contratual.

3.2 Coletividade

Ampliando o conceito de consumidor, o artigo 2º, par. ún., da Lei 8.078/90 equipara-se a consumidor a *coletividade* de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O que se busca proteger são os interesses difusos e coletivos, considerando que há certos interesses que concernem à parte ou a toda a sociedade

³² Neste sentido, vale ressaltar julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Energia Elétrica. Ação revisional ajuizada pelo Município perante a comarca que o jurisdiciona. Relação de consumo não-caracterizada. Exceção de incompetência. Art. 100, IV, do CPC. Rejeição. 1. Para se enquadrar o Município no art. 2º do CDC, deve-se mitigar o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade, tal como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado. 2. Pretende-se revisar o critério de quantificação da energia fornecida a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, bem como não se extrai do acórdão recorrido uma situação de vulnerabilidade por parte do ente público. 3. A ação revisional deve, portanto, ser ajuizada no foro do domicílio da réu (art. 100, IV, a, do CPC). 4. Recurso especial provido” (REsp. 913.711-SP – 2ª T. – rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 19.08.2008 – pub. DJe 16.09.2008).

³³ Cfr. Fábio Juan Capucho. O poder público e as relações de consumo. Revista de direito do consumidor, vol. 41. Pág. 102-5.

³⁴ Cfr. Fábio Juan Capucho. Op. Cit. Pág. 103—4.

(art. 81 da Lei 8.078/90).

Dessa forma, é possível tutelar, coletivamente, por exemplo, os diabéticos e os obesos contra a venda de produtos, que se dizem dietéticos ou *light*, mas são nocivos à saúde, bem como impedir a veiculação de propaganda nociva, discriminatória às pessoas da raça negra, às mulheres, aos homossexuais etc.

Nesse aspecto, assume relevo toda a problemática envolvendo a tutela coletiva de direitos, sendo úteis os modelos processuais esculpidos pela moderna processualística (tutela inibitória, da remoção do ilícito, do adimplemento na forma específica e do ressarcimento na forma específica).

3.3 Vítimas do evento danoso ou consumidores por equiparação

Por força do artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, devem ser tuteladas pela Lei 8.078/90, as pessoas que sofrem danos em razão do defeito no produto ou no serviço, mas que não são usuários ou adquirentes finais (consumidores).

Aqui, não se tem um novo conceito de consumidor, mas uma mera equiparação dos estranhos à relação de consumo aos consumidores.

São exemplos de aplicação deste dispositivo: i) se um avião cai em área residencial, provocando danos à população urbana, deve a companhia aérea responder, objetivamente, pelos danos, ainda que tais pessoas não tenham participado da relação de consumo; ii) se, em razão da explosão de uma loja de fogos de artifícios, os vizinhos ou as pessoas prejudicadas podem ser considerados consumidores por equiparação, devido a potencial gravidade decorrente do fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança³⁵.

3.4 Todas as pessoas expostas às práticas comerciais abusivas do artigo 29 e seguintes do CDC, mesmo que não possam ser identificadas

O artigo 29 abre o Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor sobre “Práticas Comerciais”, sendo aplicável a todas as seções do capítulo, quais sejam as seções sobre oferta (arts. 30 a 35), publicidade (36 a 38), práticas abusivas (arts. 39 a 41), cobrança de dívidas (art. 42), bancos de dados e cadastros de consumidores (arts. 43 e 44), bem como ao capítulo VI, dedicado à “Proteção contratual”. É, portanto, a mais importante norma extensiva do campo de aplicação do CDC³⁶.

Esse artigo 29 amplia o conceito do artigo 2º, par. ún., quando afirma que, para fins de tutela contra práticas comerciais e proteção contratual, equiparam-se

³⁵ “Processual Civil. Ação civil pública. Explosão de Loja de Fogos de Artifício. Interesses individuais homogêneos. (...) Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores. (...) I – (...) II – Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vema sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança” (STJ – REsp. 181.580-SP – 3ª T. – rel. Min. Castro Filho – j. 09.12.2003 – pub. DJU 22.03.2004).

³⁶ Cfr. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 451.

aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Com efeito, não é imprescindível que estas pessoas tenham intervindo *diretamente* na relação de consumo, para serem protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque, para serem tuteladas, não precisam se quer ser identificadas.

Exemplos: i) as potenciais vítimas da propaganda enganosa, ainda que não tenham consumido o produto ou o serviço, podem ser tuteladas pela Lei 8.078/90 (v.g., a oferta de carros novos com juros reduzidos ou de preços mais baixos que o da concorrência); ii) bancos de dados com informações inverídicas: não há relação de consumo entre o administrador do banco de dados e a pessoa que tem suas informações arquivadas; iii) entre uma pessoa que recebe uma mensagem publicitária (inclusive, as vítimas do *spam*, isto é, mensagem eletrônica não solicitada) e o seu remetente.

Além disso, quando se afirma que o conceito de *consumidor equiparado* atinge todas as pessoas *expostas às práticas abusivas* (que são exemplificadas no artigo 39 do CDC), permite-se asseverar que mesmo os não-consumidores *stricto sensu* (consumidores-padrão do artigo 2º) podem merecer a tutela específica do CDC³⁷. Isso permite estender à aplicação das regras protetivas com intuito de reprimir, eficazmente, os abusos do poder econômico, atingindo, inclusive, os empresários vulneráveis no mercado de consumo, por estarem expostos às práticas comerciais abusivas.

Tal orientação encontra respaldo no artigo 4º, inciso VI, do CDC, ao estipular a Política Nacional das Relações de Consumo, a qual fixa como princípio a “*coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo*”, quando puderem causar prejuízo aos consumidores.

O que importa considerar é que *produção, comércio e consumo* não se dissociam na prática. Assim, toda a forma de produção deve respeitar os direitos do consumidor, podendo-se depreender do artigo 6º da Lei 8.078/90 o princípio da *função social da produção*. A oferta, a informação veiculada, as práticas comerciais, a publicidade devem obedecer aos parâmetros do CDC não por causa do conceito

³⁷ “Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido” (STJ – REsp. 476.428-SC – 3º T. – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 19.04.2005 – pub. DJU 09.05.2005, pág. 390).

³⁸ Cfr. Tiago Cardoso Zapater. Op. Cit. Pág. 194.

de consumidor final, mas em respeito ao princípio da *função social da produção*³⁸.

Com efeito, a prática abusiva da *venda casada*, ainda que a venda tenha sido no atacado, ou a *elevação injusta* de preços, mesmo que não diretamente ao consumidor final, são prejudiciais ao mercado de consumo, podendo ensejar a violação do princípio da *função social da produção*. Afinal, se a questão é tutelar o consumidor em sua totalidade e como o custo da produção ao final é repassado ao consumidor, ao se proteger a produção, em última análise, estar-se-á tutelando o consumidor³⁹.

Isso permite buscar uma interpretação ao artigo 51, inciso I, do CDC que seja compatível com o princípio da função social da produção.

Pelo artigo 51, inc. I, do CDC, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Destaca-se a parte final do dispositivo pelo qual, nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em *situações justificáveis*.

Saber quando a situação é justificável implica verificar se existe vulnerabilidade técnica, fática ou jurídica da pessoa jurídica consumidora. Presente a vulnerabilidade, a cláusula será nula de pleno direito.

Entretanto, tratando-se de *danos potenciais*, como, por exemplo, propaganda comparativa, oferta, venda casada ou qualquer outra prática abusiva, pelo princípio da função social da produção, mesmo antes da celebração do contrato de compra e venda de insumos produtivos, em razão da vulnerabilidade da pessoa jurídica consumidora, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor⁴⁰.

Também, com base no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, um comerciante pode exigir, por exemplo, a abstenção do outro comerciante que está vinculando uma propaganda enganosa (art. 37, par. 1º) ou a nulidade de uma cláusula presente nas condições gerais de venda, mesmo em contrato comercial (arts. 51 e 54), alegando prejuízo *indireto* para os consumidores (na verdade, ao mercado de consumo)⁴¹. Desse modo, um empresário ao pedir um empréstimo bancário, pode ser considerado um consumidor por equiparação para pedir a nulidade da cláusula contratual, com base no artigo 51 da Lei 8.078/90, quando, por exemplo, o banco altera unilateralmente a taxa de juros ou aplica, sem previsão legal, a capitalização dos juros através da Tabela Price.

Ao optar por esse caminho, conclui-se que não há de ser aplicada a teoria maximalista, bastando, para fazer ensejar o Código de Defesa do Consumidor, que

³⁹ Cfr. Tiago Cardoso Zapater. Op. Cit. Pág. 194.

⁴⁰ Cfr. Tiago Cardoso Zapater. Op. Cit. Pág. 194.

⁴¹ Cfr. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Op. Cit. Pág. 452.

as pessoas jurídicas empresárias estejam expostas às práticas abusivas. Deve ser comprovado, contudo, no caso concreto, a vulnerabilidade da empresa⁴², para que o tratamento especial de discriminação positiva, contido do CDC, possa ser justificado⁴³.

4. CONCEITO DE FORNECEDOR (ART. 3º/CDC)

Complementa a noção de relação de consumo, o artigo 3º da Lei 8.078/90 que dispõe: “*Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 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*”.

O rol do artigo 3º, *caput*, é meramente exemplificativo (produção, montagem, criação etc.), embora não se possa ignorar o conceito anterior de *atividade*, pelo qual se exige *regularidade* (reiteração ou habitualidade)⁴⁴. Assim, a simples venda de produtos sem o caráter de *atividade* regular não transforma em fornecedor um vendedor eventual (v.g., se uma fábrica de fios vende seus computadores velhos para adquirir novos, o comprador, ainda que seja um “destinatário final”, não pode invocar a Lei 8.078/90, por não se tratar de uma relação de consumo)⁴⁵.

Por “entes despersonalizados”, compreendem-se as chamadas “pessoas

⁴² Não obstante ser possível distinguir vulnerabilidade e hipossuficiência, considerando aquela expressão uma presunção absoluta (= todos os consumidores são vulneráveis no mercado de consumo) e esta uma circunstância a ser aferida no caso concreto, diante da qualidade das partes e dos interesses contrapostos, neste estudo optou-se pela expressão “vulnerabilidade”, no sentido empregado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como sinônimo de hipossuficiência. Isso para não desqualificar tão importantes precedentes diante de uma polêmica cuja necessidade de distinção serve, apenas, como um critério de inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII). Ainda que se afirme que todos os consumidores são vulneráveis no mercado de consumo, na análise do caso concreto, será indispensável verificar se uma das partes é vulnerável (no sentido empregado por Cláudia Lima Marques, acima referido, adotado pelo STJ) ou hipossuficiente para fins de conceituar consumidor e, conseqüentemente, fazer recair o Código de Defesa do Consumidor.

⁴³ “Direito do consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação na hipótese dos autos. Foro de eleição. Exceção de incompetência. Rejeição. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. - Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. - É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça. Recurso especial não conhecido” (STJ – REsp. 684613 / SP – 3ª T. – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 21.06.2005 – pub. DJU 01.07.2005, pág. 530).

⁴⁴ Cfr. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Op. Cit. Pág. 113.

⁴⁵ A exigência de que o fornecedor seja um profissional foi acatada pelo Anteprojeto de Código do Consumidor português, no artigo 10º, 1, onde se depreende: “Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito de sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional” (grifos nossos).

jurídicas de fato”, isto é, aquelas que sem terem personalidade jurídica desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc. (v.g., o camelô, a massa falida etc.).

Produto, na definição proposta pelo artigo 3º, par. 1º, é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. A definição de bem móvel está no artigo 82 do Código Civil, abrangendo os “bens de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da sua substância ou destinação econômico-social”. Já os bens imóveis são definidos por exclusão, sendo conceituados como aqueles que não podem ser transportados sem perda ou deterioração⁴⁶. Ainda, os bens materiais (ou corpóreos) têm existência tangível, vale dizer, podem ser percebidos pelos nossos sentidos (como um automóvel, um terreno, um livro etc.), ao contrário dos imateriais (ou incorpóreos), como os direitos reais, obrigacionais e autorais⁴⁷.

Serviço, pelo parágrafo 2º da Lei 8.078/90, é a atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira⁴⁸, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Quanto à prestação de serviço advocatícios, há divergência na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à configuração de relação de consumo: i) para a 3ª Turma⁴⁹: o Código de Defesa do Consumidor se aplica aos profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas (v.g., a responsabilidade civil é subjetiva e não objetiva); ii) para a 4ª Turma⁵⁰: não há relação de consumo para os

⁴⁶ Cfr. Sílvio de Salvo Venosa. Direito Civil. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pág. 316.

⁴⁷ Cfr. Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. I. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Pág. 313.

⁴⁸ A submissão das atividades financeiras ao Código de Defesa do Consumidor foi objeto de importante decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 2591-DF – Tribunal Pleno – rel. Eros Grau – j. 07.06.2006 – pub DJU 29.09.2006, pág. 31): “Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170, V, da CB/88. Instituições Financeira. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia [art. 3º, § 2º, do CDC]. Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. (...)”.

⁴⁹ REsp. 364.158-SE – rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. 20.04.2004.

⁵⁰ “As normas protetivas dos direitos do consumidor não se prestam a regular as relações derivadas de contrato de prestação de serviços de advocacia, regidas por legislação própria. Precedentes.” (REsp. 914.105-GO – rel. Min. Fernando Gonçalves – pub. DJU 22.09.2008). Verificar, ainda: REsp. 532.377-RJ – rel. Min. César Asfor Rocha – j. 21.08.2003.

advogados, os quais se sujeitam às regras específicas, contidas na Lei 8.906/1994; as prerrogativas e as obrigações dos advogados (v.g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador – arts. 31, par. 1º, e 34, incs. III e IV, da Lei 8.906/94) evidenciam a natureza incompatível com a atividade de consumo.

O primeiro posicionamento está correto, porque não há razão para excluir os advogados tão somente por existir regras específicas que regulamentam os serviços prestados (como a Lei 8.906/94 e o Código de Ética da OAB). Afinal, essa legislação, ao lado da Lei 8.078, preza pela prestação de serviço com qualidade e responsabilidade. Além disso, se tal argumento prevalecesse, outros profissionais, como os médicos, além de serviços e produtos específicos, como publicidade, cigarros e bebidas, também poderiam ser excluídos da esfera protetiva do CDC⁵¹. Conseqüentemente, o posicionamento da 4ª Turma do STJ fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput* e par. 1º/CPC). Lembre-se que o princípio da igualdade foi concebido para tratar os casos iguais do mesmo modo, e os casos diferentes de maneira diversa⁵². A questão é saber quais são os casos iguais e quais são os diferentes; ou melhor, quais distinções são justificáveis e quais são discriminatórias. Por conseqüência, as diferenciações ou classificações, realizadas pelo STJ, para não serem consideradas discriminatórias, devem ser *razoáveis*. Por isso, para se distinguir (se o CDC é aplicável ou não aos serviços advocatícios), deve haver *razões*, isto é, *bons* argumentos ou justificações. Uma distinção é razoável, quando adequadamente justificada. E, para decidir se um argumento é bom, é indispensável fazer *juízos de valor*. Em conclusão, as razões apresentadas pela 4ª Turma, ao excluir a aplicação do CDC aos advogados, não são razoáveis (justificáveis), revelando-se discriminatórias, na medida em que ferem o princípio constitucional da igualdade.

A expressão, *mediante remuneração*, contida no parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, faz referência apenas aos *serviços*, excluindo os produtos. Com isso, por exemplo, as *amostras grátis* estão incluídas na Lei 8.078/90.

O termo remuneração, todavia, deve ser interpretado de modo a abranger os repasses de custos, direta ou indiretamente, cobrados.

O repasse *indireto* está embutido no preço do produto. São exemplos: i) os programas de milhagens oferecidos pelas empresas aéreas⁵³; ii) o cafezinho grátis do restaurante, que está inserido no preço da refeição; iii) ainda, o estacionamento gratuito de um shopping, pois o beneficiário, mesmo não adquirindo nenhum produto, pode ser considerado consumidor, caso o seu automóvel venha a ser furtado.

⁵¹ Cfr. Antônio Silveira Neto e Érica Cristina Paiva Cavalcanti. O mercado de consumo e a prestação de serviços advocatícios. Revista de Informação Legislativa (do Senado Federal), a. 43, n. 171, jul./set. 2006, pág. 220-223.

⁵² Cfr. Riccardo Guastini. Estudios de teoria constitucional. Trad. de Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2007. Pág. 47-48.

⁵³ TA/MG – Ap. Cív. 437.991-1 – rel. Juiz Pereira da Silva – j. 23.11.2004.

⁵⁴ REsp. 566.468-RJ – rel. Min. Jorge Scartezzini – j. 23.11.2004.

Caso interessante foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁴, envolvendo psicóloga que, inserida em *site* de encontros na Internet, sem a sua autorização, como “*pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual*”, inclusive com a indicação de seu nome completo e número de telefone do trabalho. O STJ entendeu que havia relação de consumo, inexistindo ofensa ao artigo 3º, par. 2º, do CDC, no acórdão recorrido, pois o serviço prestado pode se dar mediante remuneração obtida de forma indireta.

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem⁵⁵ fazem distinção entre serviços *remunerados* e serviços *onerosos*. O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos contratos remunerados, ainda que não onerosos ao patrimônio do consumidor. Assim, os idosos que tenham direito à gratuidade no transporte coletivo estão sujeitos à Lei 8.078/90, ainda que não tenham adquirido a passagem.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu esta distinção, no REsp. n. 238.676-RJ⁵⁶, ao estabelecer que o transportador, que celebra contrato com a empresa empregadora da vítima (empregada), assume obrigação de levar a viagem a bom termo, ainda que o transportado não tenha fornecido o dinheiro para o pagamento da passagem. Em outras palavras, embora o serviço não seja oneroso para a pessoa transportada, é remunerado pelo empregador, ensejando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, como o conceito de consumidor é demasiadamente amplo (já que incluem todos os que possam desenvolver atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços), e o CDC (art. 88) veda a denunciação da lide, o legislador, para evitar que a busca pelo responsável pelos danos redundasse na *irresponsabilidade generalizada*, consagrou, como direito básico do consumidor, a *solidariedade na reparação dos danos*.

Assim, o artigo 7º, parágrafo único, do CDC afirma que havendo “*mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo*”.

Há solidariedade, por exemplo, quanto à obrigação de reparar os danos: i) a comercialização de veículo fabricado em um ano (1999, p. ex.) como se fosse de outro ano (2000, p. ex.) gera a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor pelos danos morais causados ao adquirente⁵⁷; ii) é solidária a

⁵⁵ Cfr. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Cit. Pág. 114.

⁵⁶ 3ª T. – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 08.02.2000.

⁵⁷ “Processual civil e direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Venda de veículo. Ano de fabricação equivocado. Condenação por danos morais. Valor. Matéria não debatida no acórdão recorrido. Responsabilidade solidária. Fabricante e fornecedor. - A comercialização de veículo fabricado em 1999 como sendo do ano de 2000, caracteriza vício por inadequação, cuja falha na informação redundou na diminuição do valor do automóvel, o que atrai a responsabilidade solidária entre o fornecedor e o fabricante, expressa em lei (art. 18, caput, do CDC).- Contudo, mantém-se o acórdão recorrido, porquanto o pedido formulado no especial restringe-se ao reconhecimento da responsabilidade do recorrente em caráter subsidiário. Recurso especial não conhecido” (STJ – REsp. 713.284-RJ – 3ª T. – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 03.05.2005 – pub. DJU 17.10.2005, pág. 293).

responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa (v.g., existência de tampinhas premiadas, quando, na verdade, por erro de impressão, os prêmios não foram veiculados) e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto⁵⁸; iii) entre a agência de viagens e o hotel por ela contratada que prestou precário serviço de hotelaria ao consumidor, durante o pacote de turismo⁵⁹; iv) entre a agência de turismo e a companhia aérea, por aquela contratada, pelos danos morais decorrentes de atraso em voo internacional⁶⁰.

Questão que poderia, contudo, ser objeto de argumentação contrária é a regra especial do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, em relação à responsabilidade civil pelo fato do produto (acidentes de consumo), que exclui a responsabilidade do comerciante quando: i) o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; ii) o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; iii) não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Nestes casos, seria justificável a extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de condição da ação? O parágrafo único do artigo 13 do CDC parece responder negativamente a essa questão, ao afirmar que aquele “*que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso*”. Porém, é necessário ressaltar que tal regra somente deve ser aplicada quando for duvidosa a exclusão da responsabilidade do comerciante no evento danoso. Caso contrário, estando *evidente* a responsabilidade do fabricante, do construtor, do produtor ou do importador, exigir que o comerciante se submetesse ao processo e reparasse os prejuízos para somente, posteriormente, vir a ser ressarcido fere o bom senso, viola a lógica e mostra-se extremamente injusto, na medida em que prejudica a defesa. Com efeito, quando facilmente identificado o real fabricante, construtor, produtor ou importador, estando manifesta a irresponsabilidade do comerciante, não há outra solução justa senão a de extinguir o processo sem julgamento de mérito por ilegitimidade passiva *ad causam*⁶¹.

5. O ESTADO COMO FORNECEDOR

Neste tópico, cabe examinar em que dimensão o Estado pode ser considerado fornecedor.

Os **serviços públicos** também estão inseridos no Código de Defesa do Consumidor, conforme prevê o artigo 22: “*Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de*

⁵⁸ STJ - REsp 327257-SP – 3ª T. – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 22.06.2004 – pub. DJU 16.11.2004, p. 272.

⁵⁹ REsp. 287.849-SP – 3a. T. – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 17.04.2001.

⁶⁰ REsp. 305.566-DF – 4a. T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 22.05.2001.

⁶¹ “Responsabilidade civil. Fornecimento de gás liquefeito de petróleo em botijão. Produto defeituoso. Ilegitimidade passiva do comerciante, porque identificado o fabricante real e o aparente. 1. O comerciante não responde pelo defeito do produto quando facilmente identificados os fabricantes real e aparente (Lei 8.078/90), arts. 12 e 13). 2. Agravo provido” (TJ/RS – Ag. In. 595.133.307 – rel. Des. Araken de Assis – j. 05.10.1996).

empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.

Não obstante o dispositivo mencione a expressão “por si” ou “suas empresas, concessionárias ou permissionária”, o artigo 22 tem sido aplicado, tão somente, aos serviços públicos *uti singuli*, tais como os serviços de água, energia elétrica e telefonia fixa e móvel, *remunerados* por tarifas. Não está sendo aplicado aos serviços públicos *uti universi*, tais como taxa de iluminação pública ou de coleta de lixo, remunerados pelos tributos em geral e por algumas taxas, como as judiciárias, onde não existe relação de consumo, mas sim de cidadania⁶².

Em uma primeira análise, tal distinção poderia ser justificada com fundamento no artigo 3º, par. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual exige que os serviços sejam *remunerados*. Porém, uma interpretação *sistemática* da Lei 8.078/90 leva a conclusão diversa. O artigo 4º, inc. VII, do CDC, ao estatuir a Política Nacional das Relações de Consumo, estatui como princípio norteador a *racionalização* e a *melhoria dos serviços públicos*. Não discrimina qual é a forma de remuneração do serviço público, pois está voltado à realização do interesse público: - serviço mais racional e melhor é aquele que atende de modo mais eficiente o usuário.

O artigo 22, junto com o artigo 4º, inc. VII, do CDC devem ser interpretados à luz do princípio da eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da CF. Em outros termos, deve ser dado ao artigo 22 do CDC um sentido que maior eficácia dê ao princípio constitucional da eficiência, o qual se aplica a Administração Pública direta e indireta.

Do mesmo modo, a redação do artigo 22 do CDC confirma a necessidade de vincular todos os serviços públicos, independentemente da forma de remuneração, ao sistema protetivo do consumidor, ao aduzir, expressamente, que os órgãos públicos, *por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento*.

Excluir da aplicação do CDC os serviços públicos, remunerados por tributos, significa retirar dos usuários um arsenal normativo protetivo, ignorando que a falta de qualidade, prestação e eficiência são características, infelizmente, associadas às prestações do Poder Público⁶³. Ainda, no plano do direito estrangeiro, o Anteprojeto de Código do Consumidor português não diferenciou serviços

⁶² Cfr. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Op. Cit. Pág. 390-1.

⁶³ Cfr. Fábio Juan Capucho. O poder público e as relações de consumo. Op. Cit. Pág. 109-110.

⁶⁴ Depreende-se do artigo 10º, n. 2, do Anteprojeto: “Não obsta à qualificação nos termos do número anterior o facto de essa relação ser estabelecida com organismos da Administração Pública, com pessoas colectivas públicas, com empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, com as Regiões Autónomas ou com as autarquias locais e com empresas concessionárias de serviços públicos”.

públicos *uti singuli e uti universi*, para fins de tutela dos direitos do consumidor⁶⁴.

Também não se tem aplicado o artigo 22 aos serviços públicos não remunerados (gratuitos), como os fornecidos por escolas e universidades públicas (já que o artigo 3º, par. 2º, do CDC, quando se refere à serviços exige que eles sejam *remunerados*), não ocorrendo o mesmo em relação às escolas e universidades privadas, ainda que versem sobre serviço público autorizado, delegado ou concedido pelo Estado⁶⁵.

À guisa de ilustração, cinco situações que ensejam a aplicação do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor merecem ser consideradas:

i) quando concessionária de serviço público cobra tarifa de água deve informar quantos litros foram consumidos.

Aliás, tramita, no Congresso Nacional, projeto de lei que institui a cobrança individual para o consumo de água em condomínios. Se aprovada cada habitação coletiva deverá conter hidrômetro para medir o consumo em cada domicílio. Assim, quer-se buscar a medida exata do consumo de água por cada morador, evitando o desperdício de água e a repartição justa da tarifa que, hoje, é dividida em partes iguais⁶⁶.

ii) As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela

⁶⁵ Cfr. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. Op. Cit. Pág. 381-2. Esta questão, todavia, não é pacífica, já tendo o Supremo Tribunal Federal, decidido que não há relação de consumo, mas relação de cidadania, entre os usuários e as escolas privadas: STF. Mensalidade escolar. Pagamento. Prazo. Fixação. Lei estadual. Inconstitucionalidade. Por vislumbrar ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito civil (CF/88, art. 22, I), o Plenário do STF, na ADIn 1.007 (rel. Min. Eros Grau – j. 19/9/2005), por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.989/93, do Estado de Pernambuco, que fixa o último dia do mês em que ocorrer a prestação dos serviços educacionais como prazo para pagamento das mensalidades escolares naquele Estado. Considerou-se que a norma impugnada trata de ordenação normativa de relações contratuais. Asseverou-se que, embora os serviços de educação possam ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, não se cuida de relação de consumo, a ensejar a competência concorrente do Estado para legislar sobre a matéria, haja vista que a relação contratual, na espécie, é firmada entre o prestador de serviço e o usuário do serviço público, isto é, um cidadão e não um mero consumidor.

⁶⁶ Senado. Consumidor. Aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) projeto que institui cobrança individual para consumo de água em condomínios. A matéria ainda será votada pelo Plenário. A CAE aprovou, no dia 20/06/2006, relatório do Senador Aelton Freitas (PL-MG) favorável a projeto de lei da Câmara (PLC 42/06) que institui diretrizes nacionais para a cobrança de tarifas incidentes sobre a prestação dos serviços de abastecimento de água. A essência do projeto, segundo o relator, é estabelecer que, nos edifícios destinados à habitação coletiva com alvarás de construção concedidos a partir da data de vigência da referida lei, a cobrança pela prestação do serviço público de abastecimento de água seja feita por domicílio. A proposta determina ainda que os prédios destinados à habitação coletiva a partir da vigência da lei deverão conter hidrômetro para medir o consumo em cada domicílio. O autor do projeto, Deputado Júlio Lopes (PP-RJ), diz que, atualmente, a água é desperdiçada em condomínios, uma vez que a tarifa é rateada em partes iguais, independentemente do consumo de cada unidade habitacional. Esse desperdício é calculado em aproximadamente 30% da água consumida nos condomínios, segundo Aelton. Tal situação, alega o Deputado Júlio Lopes, «coloca em risco a sobrevivência do bem natural mais precioso da terra». Com a proposta, haverá garantia de que o pagamento será realizado na medida exata do consumo de água, o que evitará seu desperdício, afirma ainda o relator da matéria. O projeto estabelece, também, diretrizes para cobrança de tarifas incidentes na prestação dos serviços públicos de abastecimento de água que envolvem produção de água potável, unidades de captação, estações de bombeamento, adutoras e estações de tratamento de água bruta, bem como serviços de água potável com reservatórios, subadutoras, estações de bombeamento, redes de distribuição e ramais prediais. Pelo projeto, caberá à Agência Nacional de Águas (ANA) determinar a punição pertinente às concessionárias do serviço de abastecimento de água que não cumprirem as regras estabelecidas. Fonte: BJI, vol. 415, em 30/6/2006.

própria natureza do serviço.

A concessão de serviços públicos serve para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia.

Assim, por exemplo, deve manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança.

Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, inclusive com a aplicação do artigo 101, do CDC⁶⁷, sendo a responsabilidade da concessionária *objetiva* (i.e., independente de culpa), pelos acidentes provocados por animais que cruzam a pista⁶⁸.

iii) Inadimplência no pagamento de água ou luz com aviso ao consumidor: o corte no fornecimento coloca o problema entre a legalidade da interrupção do serviço e a afronta a dignidade humana por ser este serviço essencial (esta opinião, contudo, é minoritária)⁶⁹:

Razões favoráveis ao corte do serviço: a) o artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, da Lei 8.987/95 autoriza a concessionária a interromper o fornecimento de energia elétrica se, *após aviso prévio*, o Município devedor não solve dívida oriunda de contas geradas pelo consumo de energia⁷⁰; b) A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura *descontinuidade* da prestação do serviço público, não havendo afronta ao artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor⁷¹; c) na hipótese de adulteração de medidor, o magistrado pode exigir *caução idônea* para evitar o corte do serviço; d) para que não seja considerado ilegítimo, contudo, o corte não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a afetar áreas cuja falta de energia colocaria em demasiado perigo a população, como

⁶⁷ REsp 467.883-RJ – 3.ª T. – STJ – j. 17.06.2003 – rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 1.º.09.2003.

⁶⁸ STJ. Consumidor. Concessionária de serviços públicos. Rodovia. Manutenção. Necessidade. Animais na pista. Acidente. Responsabilidade civil objetiva. Reconhecimento. CDC. Incidência. As concessionárias de serviços rodoviários estão subordinadas ao CDC pela própria natureza do serviço. O entendimento, firmado pela 3ª Turma do STJ, relator o Min. Castro Filho, se deu em caso em que, a presença de animais na pista mantida por concessionária de serviços públicos, no caso, provocou acidente na rodovia. Para a Turma, trata-se de responsabilidade objetiva (independente da prova de dolo ou culpa), pelo que a concessionária é responsável pela manutenção da rodovia, cabendo-lhe manter a estrada sem a presença de animais, para a segurança dos usuários, a fim de evitar maiores riscos, incidindo, no caso, o art. 14 do CDC (REsp. 647.710 – j. 05.07.2006).

⁶⁹ STJ - REsp 691.516/RS – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. 11.10.2005 – pub. DJU 24.10.2005, pág. 193.

⁷⁰ STJ – REsp. 682.373-RS – 2ª T. – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 20.04.2006 – pub. DJU 06.06.2006, pág. 143.

⁷¹ STJ - AgRg na SLS n.º 216-RN – Corte Especial – pub. DJU de 10.04.06. “O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser temperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II, da Lei n.º 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público” (STJ - REsp. 845.982-SP – 2ª T. – rel. Min. Castro Meira – j. 27.06.2006 – pub. DJU 21.08.2006, pág. 244).

⁷² STJ – REsp. 682.373-RS – 2ª T. – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 20.04.2006 – pub. DJU 06.06.2006, pág. 143. Também decidiu que, se o serviço for essencial (p. ex., escola pública inadimplente), a interrupção do fornecimento de energia elétrica não é possível. Afirmou que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público inadimplente somente é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas – por analogia à Lei de Greve – como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”, aí incluídos, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches (REsp. 845.982-SP – 2ª T. – rel. Min. Castro Meira – j. 27.06.2006 – pub. DJU 21.08.2006, pág. 244).

as, ruas, hospitais e escolas públicas⁷².

Por outro lado, não obstante tenha prevalecido a orientação jurisprudencial favorável ao corte do serviço, após aviso prévio do consumidor, o Superior Tribunal de Justiça tem apontando os seguintes argumentos como favoráveis ao consumidor⁷³: a) o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, *extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana*, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto *essenciais* para a sua vida⁷⁴; b) o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido *a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça*. Tal dispositivo se aplica às empresas concessionárias de serviço público, por força do artigo 22 do CDC⁷⁵; c) Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afrontaria, se fosse admitido, os princípios constitucionais da *inocência presumida* e da *ampla defesa*⁷⁶. Afinal, o direito de o cidadão se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza⁷⁷; d) A Lei de Concessões (Lei 8.987/95) estabelece que é possível o corte considerado o *interesse da coletividade*, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma *pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta*, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança⁷⁸; e) A aplicação da *legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais*, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e que vem prestigiado na Constituição Federal⁷⁹; f) É mister considerar que essas empresas consagram um *percentual de inadimplemento* na sua avaliação de perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos⁸⁰.

Ademais, enquanto a cobrança é discutida *judicialmente*, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela ilegalidade da interrupção do

⁷³ Cfr. STJ - AgRg nos EDcl no REsp 1078096-MG - 2ª T. - rel. Min. Humberto Martins - j. 28.04.2009 - pub. DJU 11.05.2009.

⁷⁴ STJ - REsp 691.516-RS - 1ª T. - rel. Min. Luiz Fux - j. 11.10.2005 - pub. DJU 24.10.2005, pág. 193.

⁷⁵ STJ - REsp. 759.163-RS - 1ª T. - rel. Min. José Delgado - j. 01.09.2005 - pub. DJU 10.10.2005, pág. 254.

⁷⁶ STJ - REsp. 759.163-RS - 1ª T. - rel. Min. José Delgado - j. 01.09.2005 - pub. DJU 10.10.2005, pág. 254.

⁷⁷ STJ - REsp. 759.163-RS - 1ª T. - rel. Min. São José Delgado - j. 01.09.2005 - pub. DJU 10.10.2005, pág. 254.

⁷⁸ STJ - REsp 691.516-RS - 1ª T. - rel. Min. Luiz Fux - j. 11.10.2005 - pub. DJU 24.10.2005, pág. 193.

⁷⁹ STJ - REsp 691.516-RS - 1ª T. - rel. Min. Luiz Fux - j. 11.10.2005 - pub. DJU 24.10.2005, pág. 193.

⁸⁰ STJ - REsp 691.516-RS - 1ª T. - rel. Min. Luiz Fux - j. 11.10.2005 - pub. DJU 24.10.2005, pág. 193.

⁸¹ STJ. Consumidor. Energia elétrica. Débito. Discussão judicial. Companhia de energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Ilegalidade. Um consumidor de São Paulo garantiu no STJ o direito ao fornecimento de energia elétrica enquanto contesta judicialmente um débito, considerado por ele indevido, apresentado pela Eletropaulo. A empresa apurou unilateralmente uma suposta fraude, elaborou termo de irregularidade e passou a cobrar do consumidor a diferença entre o que alegou ser o real consumo e o valor pago durante cinco anos, inclusive cortando o serviço. Para a 2ª Turma do STJ, é ilegal a interrupção do fornecimento de energia porque configura constrangimento ao consumidor

fornecimento⁸¹.

É de ressaltar, também, precedente do STJ⁸² em que a empresa que comercializa pescados foi consumidora final no fornecimento de água. A companhia de saneamento, cobrando tarifas a mais, foi condenada a dever *em dobro* (aplicação do art. 42, par. ún., do CDC).

iv) Quanto à cobrança de assinatura básica de telefonia, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a sua legalidade⁸³.

Também, de modo reiterado, afirmou que a competência é da Justiça Estadual, porque a relação jurídica envolve o usuário e concessionária de serviço público federal, não havendo interesse jurídico da União, entidade autárquica ou empresa pública federal (art. 109, inc. I, CF), nem, tampouco, necessidade da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) integrar o pólo passivo⁸⁴.

Apesar do posicionamento do STJ, é necessário salientar a divergência quanto a legalidade da cobrança da assinatura básica de conta telefônica, apontando o contraste dos principais argumentos discutidos: i) a corrente favorável a cobrança afirma que há autorização legal e expressa previsão contratual, bem

que procura discutir na Justiça o débito que considera indevido. O Min. Castro Meira, relator do recurso, destacou haver entendimento no STJ de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da conta. No entanto, tornado o débito litigioso, o devedor não poderá sofrer nenhuma retaliação por parte do credor (Ag. 697.680 – j. 23/11/2005).

⁸² REsp. n. 263-229-SP – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – j. 14.11.2000 – pub. DJU 09.04.2001, p. 332.

⁸³ “(...) 5. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência. 6. Não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: ‘XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço’. 7. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada. 8. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos. 9. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997. 10. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários. 11. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame” (STJ – 1ª T. – Resp. 1036589-MG – rel. Min. José Delgado – j. 06.05.2008 – pub. DJe 05.06.2008).

⁸⁴ Processual Civil. Agravo Regimental. Conflito Negativo de Competência. Ação ordinária proposta contra concessionária de serviço público federal. Assinatura básica de telefonia. Ausência de interesse jurídico da União, Entidade Autárquica ou Empresa pública federal (art. 109, I, CF). Competência da Justiça Estadual. 1. As demandas em que não há interesse jurídico da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, sob qualquer das condições previstas no art. 109, I, da Constituição Federal, devem ser dirimidas no âmbito da Justiça estadual. 2. Reconhecimento da desnecessidade de a Anatel compor o pólo passivo da lide. Inteligência da Súmula n. 150 do STJ. 3. A diretriz jurisprudencial da Primeira Seção do STJ é firme em admitir como competente a Justiça estadual para processar e julgar as ações de rito ordinário ou cautelar, sob o procedimento comum, nas quais figuram como parte empresa privada concessionária de serviço público federal e usuário, envolvendo questão acerca da legalidade de cláusula relativa à “assinatura básica residencial ou não residencial” de contrato de prestação dos serviços de telefonia. 4. Agravo regimental improvido” (STJ – AgRg no CC 47.785/PB – 1ª Seção – rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 26.04.2006 – pub. DJU 29.05.2006, pág. 141).

como que tal tarifa serve para remunerar a infra-estrutura colocada à disposição do usuário de telecomunicações e sua manutenção⁸⁵; ii) a corrente desfavorável sustenta que não há previsão legal e que a resolução e o contrato de concessão, que admitem a cobrança, não envolvem o consumidor, além do que tal tarifa viola os direitos básicos dos usuários de serviços de telecomunicações (art. 3º da Lei Geral de Telecomunicações) e é abusivo, infringindo os artigos 22 e 39 do CDC. Com efeito, o consumidor tem direito à devolução das quantias pagas, com base nos artigos 27 e 42 do CDC⁸⁶.

v) Por fim, menciona-se ao problemática relacionada com a possibilidade de tutela coletiva dos consumidores em relação à prestação de serviços públicos.

De início, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, afirma não ser cabível ação civil pública

⁸⁵ Colacionam-se, à guisa de exemplo, duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: i) “Apelação. Ação Declaratória de Nulidade de Cobrança e Pedido de Repetição de Valores. Telefonia Fixa. Brasil Telecom. Autorização legal e expressa previsão contratual de cobrança da taxa básica mensal, que remunera a infra-estrutura colocada à disposição do usuário de telecomunicações e sua manutenção. Cancelamento da cobrança que pode inviabilizar a continuidade do serviço. Improvimento do apelo” (TJ/RS - Apelação Cível nº 70015319585, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 06/07/2006); ii) “Telefonia. Cobrança de Tarifa Básica de Telefone Fixo. Possibilidade. Não há ilegalidade na cobrança pela empresa de telefonia de uma tarifa básica mensal, que nada mais é do que a contraprestação de um serviço que concretamente está sendo disponibilizado e utilizado, gerando custos para sua manutenção. É importante consignar que esta tarifa básica cobrada é a contraprestação pela utilização efetiva, e não apenas potencial, de um serviço. Daí porque não há qualquer problema em enquadrá-la dentro do conceito de preço público, afastando-a do enquadramento como taxa. Tal constatação é significativa, porquanto os preços públicos, ao contrário das taxas, que são tributos, são fixados por contrato, independentemente de lei. E no caso dos autos pode-se verificar que tanto no contrato de concessão de serviço público (e seus anexos) celebrado entre a ANATEL e a ré, como no contrato celebrado entre esta e os autores, há previsão de pagamento de tarifa de assinatura mensal. Assim, há que concluir que a cobrança da chamada tarifa básica é perfeitamente cabível, estando perfeitamente de acordo com o regramento jurídico e com as estipulações contratuais que envolvem as partes. Apelação Desprovida” (Apelação Cível nº 70016793457, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 11/10/2006).

⁸⁶ Menciona-se, como ilustração, dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: i) “Declaratória de inegibilidade c/c reparação de danos. Cobrança de assinatura básica residencial. Improcedência. Apelação: cobrança sem fundamento legal e em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor. Decisão reformada. 1. A ausência de previsão em lei para a cobrança de tarifa de assinatura é indicativa de sua ilegalidade (art. 5º, inc. II, da CF) - há previsão para a tarifa em Resolução e em Contrato, que não envolve as partes ora em litígio. Além disso, a infringência das regras que prevêm os direitos dos usuários de serviços de telecomunicação - art. 3º da Lei Geral de Telecomunicações - e os direitos do consumidor - arts. 22 e 39/CDC - reforçam a abusividade da cobrança da referida tarifa. 2. Reconhecida a inexigibilidade da tarifa, deve a concessionária devolver as quantias despendidas pelos consumidores, nos últimos cinco anos (arts. 27 e 42/CDC), com os acréscimos legais” (TJ/PR - 11ª Câm. Cív. - Ac. 2.448 - rel. Des. Accácio Cambi - j. 12.04.2006); ii) “Apelação Cível - Declaratória c/c repetição de indébito - Assinatura básica residencial - Telefonia Fixa - Cobrança sem fundamento legal e em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor - Restituição devida - Devolução em Dobro (parágrafo único do art. 42 do CDC) e Danos Morais. Inviabilidade. Matéria controvertida nos Tribunais. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Decisão reformada em parte. Apelação parcialmente provida. “- A ausência de previsão em lei para a cobrança de tarifa de assinatura é indicativa de sua ilegalidade (art. 5º, inc. II, da CR) - há previsão para a tarifa em Resolução e em Contrato, que não envolve as partes ora em litígio. Além disso, a infringência das regras que prevêm os direitos dos usuários de serviços de telecomunicação - art. 3º da Lei Geral de Telecomunicações - e os direitos do consumidor - arts. 22 e 39/CDC - reforçam a abusividade da cobrança da referida tarifa. - Reconhecida a inexigibilidade da tarifa, deve a concessionária devolver as quantias despendidas pelos consumidores, nos últimos cinco anos (arts. 27 e 42/CDC), com os acréscimos legais”. (Apelação Cível nº 317.335-5, de Ibiporã, Rel. Des. Accácio Cambi). - De acordo com a jurisprudência do STJ, não se aplica o art. 42, parágrafo único do CDC, quando houver controvérsia jurisprudencial acerca do objeto da cobrança, o mesmo ocorrendo em relação à pretendida condenação por danos morais” (Ap. Cív. 366.846-5 - 11ª Câm. Cív. - Ac. n. 4086 - j. 04.10.2006 - pub. DJ 7232).

para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

No V Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor, concluiu-se ser possível a discussão, em sede de ação coletiva, da alíquota de tributos que incidem sobre serviços públicos, quando estes tributos impeçam ou dificultem substancialmente o acesso a serviço essencial⁸⁷. No entanto, tal redação foi modificada, por maioria, pela Plenária.

Os Tribunais Superiores têm obstado, sistematicamente, a possibilidade de discussão de serviços públicos, remunerados por taxas, pela via da ação coletiva⁸⁸.

Está ressalvado, tão somente, a possibilidade de tutela coletiva em relação aos serviços públicos remunerados por tarifas públicas (v.g., passagem de transporte coletivo ou de pedágio), onde, por não se tratar de matéria tributária, tem-se admitido ação civil pública, por exemplo, para minorar o seu valor⁸⁹.

Esse posicionamento reduz o alcance do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos *uti singuli*, o que retira do usuário normas de proteção, dá sentido reduzido ao princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF), contraria a letra da lei (art. 22/CDC), além de amesquinhar os instrumentos de tutela coletiva, constituindo fatores que contribuem para precariedade ordinária do serviço público, o que recai na violação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva ao consumidor (art. 5º, inc. XXXV, da CF). Portanto, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, ao limitar o objeto da tutela coletiva dos direitos, fere o direito fundamental à efetiva proteção aos direitos do consumidor (artigo 5º, incs. XXXII e XXXV, CF)⁹⁰.

⁸⁷ Conclusão do V Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor, realizado em Natal/RN entre os dias 17 e 19 de agosto de 2005.

⁸⁸ Verifique-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: i) “Constitucional. Ação Civil Pública: Ministério Público: Tributos: Legitimidade. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25 . C.F., artigos 127 e 129, III, I. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança de tributos ou para pleitear a sua restituição. É que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) relação de consumo, nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis”. (C.F., art. 127). II. - Precedentes do STF: RE 195.056-PR, Ministro Carlos Velloso, Plenário, 09.12.99; RE 213.631-MG, Ministro Ilmar Galvão, Plenário, 09.12.99, RTJ 173/288. III. - RE conhecido e provido. Agravo não provido” (STF – RE-AgR 248.191-SP – 2ª T. - rel. Min. Carlos Velloso – j. 01.10.2002 – pub. DJU 25.10.2002, pág. 64); ii) “Processual Civil Ação Civil Pública. Cobrança de taxa de iluminação pública. Ilegitimidade ativa. Ministério Público. Natureza tributária. Violação do artigo 535 do CPC. Inocorrência. 1. É juridicamente impossível a propositura de ação civil pública que tenha como objeto mediato do pedido a Taxa de Iluminação Pública - TIP. 2. O artigo 1º, § único da Lei de ação civil pública (Lei nº 7.347/85) dispõe que: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Vide Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)” (grifou-se)” (STJ – REsp. 825.677-MT – 1ª T. – rel. Min. Luiz Fux – j. 05.10.2006 – pub. DJU 30.10.2006, pág. 256).

⁸⁹ Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Transporte Coletivo. Passagem. Preço. O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública voltada a infirmar preço de passagem em transporte coletivo” (STF – RE 379.495-SP – 1ª T. – rel. Min. Marco Aurélio – j. 11.10.2005 – pub. DJU 20.04.2006, pág. 15).

⁹⁰ Conforme Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva vincula tanto do juiz quanto o legislador; “obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas procedimentais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, i) nos procedimentos que

6. CONCLUSÕES

Passados quase duas décadas do advento da Lei 8.078/90, alguns aspectos fundamentais ainda constituem obstáculos à efetiva tutela do consumidor, podendo sintetizar:

a) a teoria finalista, ao procurar restringir o conceito de consumidor ao de *destinatário final* (art. 2º/CDC), não contemplou a complexidade do fenômeno do consumo, tendo se mostrado inadequada para tutelar adequadamente agricultores e empresas de pequeno porte, os quais, pelas sua vulnerabilidade, também exigem proteção mais efetiva e diferenciada;

b) o CDC deve ser aplicado, indistintamente, a todos os profissionais liberais, revelando-se discriminatórias as decisões que excluem a aplicação da Lei 8.078/90 dos serviços advocatícios, baseadas na existência de legislação específica;

c) a restrição da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos *uti singuli* contraria a redação do artigo 22, esbarra na interpretação sistemática deste dispositivo com o artigo 4º, inc. VII, além de diminuir a eficácia do princípio da eficiência, contido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal;

d) o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, ao restringir o alcance da ação coletiva, fere o direito fundamental à tutela efetiva, pois inviabiliza a adequada tutela dos direitos transindividuais;

e) a jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao limitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relação aos serviços públicos e ao considerar constitucional o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, torna a tutela do consumidor menos efetiva, contrariando os princípios da máxima efetividade e da força normativa do artigo 5º, incisos XXXII e XXXV, da Constituição Federal⁹¹.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

restringem a produção de determinadas provas ou ii) na discussão de determinadas questões, iii) nos procedimentos dirigidos a proteger direitos transindividuais, iv) na técnica antecipatória, v) nas sentenças e vi) nos meios de execução diferenciados” (Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. Pág. 113).

⁹¹ Como bem explica José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da máxima efetividade deve ser entendido da seguinte maneira: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”; e o princípio da força normativa da Constituição significa que “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental” (Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 1224 e 1226).

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPUCHO, Fábio Juan. O poder público e as relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*, vol. 41.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILOMENO, José Geraldo. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoria constitucional*. Trad. de Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____. A conformação do processo e o controle jurisdicional a partir do dever estatal de proteção do consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1147, 22 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8835>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

_____. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. www.abdpc.org.br. Acesso em 01.11.2006.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MUKAI, Toshio Mukai. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PANIAGUA, José Maria Rodriguez. Madri: Tecnos, 1976.

REALE, Miguel. *Lições preliminares*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *Arquivos de direitos humanos*, vol. IV, 2002.

SILVEIRA NETO, Antônio Silveira; CAVALCANTI, Érica Cristina Paiva. O mercado de consumo e a prestação de serviços advocatícios. *Revista de Informação Legislativa* (do Senado Federal), a. 43, n. 171, jul./set. 2006.

TADEU, Silney Alves. O consumidor como categoria especial: uma perspectiva comunitária. *Revista do consumidor*, vol. 47.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, vol. 43. Julho/Setembro 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2006.

ZAPATER, Tiago Cardoso. A interpretação do Código de Defesa do Consumidor e a pessoa jurídica como consumidor. *Revista de direito do consumidor*, vol. 40.