

O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil

Adalberto Pasqualotto*

1. INTRODUÇÃO

O surgimento do CDC no cenário jurídico brasileiro ocorreu num momento de grande defasagem do direito civil frente à realidade social. O Código Civil de 1916, superado pelas grandes transformações políticas, econômicas e sociais havidas no século XX, sofreu dois desgastes acentuados. De um lado, matérias que eram objeto de sua regulação foram transformadas em leis especiais, dando lugar aos chamados micro-sistemas, para cuja existência Orlando Gomes alertava em 1983.¹ A primeira grande migração foi a das leis trabalhistas, ainda na década de 40. O direito de família refletiu a mudança dos costumes. A concentração urbana ditou a necessidade de sucessivas leis especiais de inquilinato. Um sistema foi estruturado para proporcionar acesso à casa própria, com articulação de diversos negócios jurídicos, desde a incorporação imobiliária até o financiamento aquisitivo através de mútuo bancário, além dos seguros com função de garantia do mutuante e de quitação em favor dos beneficiários do mutuário. Tudo isso levou a um desprestígio do Código Civil como lei básica reguladora da vida do cidadão, abalando a idéia de hegemonia legislativa, dominante no conceito de codificação. Por outro lado, a parte principiológica do direito das obrigações carecia substituir os princípios do individualismo e do voluntarismo, consectários do liberalismo, por outros que refletissem a realidade desigual emergente da sociedade massificada, que, mercê da concentração de poder econômico nas grandes empresas, derrotou a idéia de liberdade contratual, colocando em seu lugar a indefectibilidade dos contratos de adesão. Se a lei não mudava, já que o projeto de Código Civil, remetido ao Congresso em 1975 não lograva progredir, a jurisprudência fez a sua parte, em grande medida instigada por uma doutrina de vanguarda, apesar de assim a todos não parecer, e lentamente passou a reger à margem do Código Civil e de seus princípios superados uma nova dinâmica das relações contratuais, inspirada na superação das desigualdades por uma dimensão solidarística, que colocava o contrato na perspectiva de uma cooperação em busca de uma finalidade comum, com base na boa fé.²

Quando a jurisprudência começava a jogar esse importante papel, decidindo, por exemplo, que nos contratos de adesão a interpretação devia favorecer ao aderente, surgiu em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, tocado pelos novos ventos que sopraram da Assembléia Constituinte, em virtude da retomada da plenitude democrática, e da Constituição cidadã de

1988. Foram nela traçadas as diretrizes básicas do Código de Defesa do Consumidor: um direito subjetivo público do cidadão frente ao Estado (art. 5º inciso XXXII) e princípio impostergável da atividade econômica (art. 170, inciso V).

Era inevitável que o caráter principiológico do CDC contagiasse o direito privado, carente de renovação. Deu-se então um desencontro de idéias sobre os limites de aplicação do CDC: deveriam ser contidos na regulação das relações de consumo ou se expandiriam, a partir da própria ferramentaria conceitual do CDC, regendo também relações jurídicas extraconsumo? No centro do debate estava a verdadeira compreensão de relação de consumo ou, mais especificamente, a precisão do conceito de consumidor.

Como observou Antônio Herman BENJAMIN ainda em 1988, contemplando então apenas o direito estrangeiro, considerações políticas atuam no sentido de ampliar ou restringir o conceito de consumidor, a partir do qual se estabelecerá a dimensão da comunidade a ser tutelada pela lei especial³.

Mais de dez anos após a entrada em vigor do CDC, a polêmica ainda não está superada, não obstante a existência de elementos doutrinários e jurisprudenciais significativos. É nesse cenário ainda indefinido que vem a lume o novo Código Civil, fato que, paradoxal apenas em aparência, contribui para o esclarecimento da questão.

2. OS LIMITES DE APLICAÇÃO DO CDC

O CDC tem quatro conceitos de consumidor. O conceito básico é o do art. 2º caput, que define: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

A este são acrescentadas três estipulações equiparativas.

O parágrafo único do mesmo art. 2º, dando atenção aos interesses coletivos, dispõe: "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

O art. 17, visando proteger aqueles que circunstancialmente possam sofrer danos em consequência da fatalidade de se encontrarem nas adjacências de um lugar onde aconteça um acidente causado pelo defeito de um produto ou serviço, determina que, para os efeitos da responsabilidade do fornecedor pelo fato assim qualificado, "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".

Finalmente, o art. 29 estende a proteção legal a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas a práticas comerciais e contratuais.

Diante das possibilidades exegéticas do conceito de consumidor, podem ser sintetizadas as seguintes alternativas para definir um ato de consumo:

- Um bem pode ser adquirido com de negócio oneroso, para ser alienado no mesmo estado de sua aquisição. É a atividade típica do comerciante. Alguma voz isolada chegou a defender essa aquisição como consumo⁴. Não vingou por absoluta falta de sustentação. É uma aquisição meramente intermediária, ato de comércio puro;

- A aquisição pode ter finalidade de transformação e incorporação do bem adquirido em outro bem. É atividade tipicamente industrial. O bem adquirido constitui insumo do bem a ser produzido, voltando ao mercado depois de sofrer transformação ou incorporação. É o caso das matérias-primas, como a borracha que se transforma em pneu. Também pode dar-se a incorporação: os pneus como componentes do automóvel;

- O bem não é adquirido com finalidade de transformação ou incorporação, mas para uso instrumental em uma atividade-fim, Sua utilização ocorre conforme a finalidade específica do bem adquirido, porém, em caráter auxiliar de uma atividade produtiva. É o caso dos computadores e de todo material próprio de escritório, que são utilizados na divisão administrativa de uma indústria;

- Para uma última e mais restrita concepção, só é consumo a aquisição ou utilização sem finalidade vinculada diretamente (com insumo) nem indiretamente (com uso instrumental) a qualquer atividade econômica.

As três últimas correntes são as mais importantes, sendo fundamental desde logo estreimar as posições diametrais, posto que o uso instrumental ou acessório é concepção intermediária. Essas duas posições mais extremas divergem em torno da aquisição fática ou econômica de um bem.

2.1. A polêmica doutrinária entre maximalistas e finalistas

A expressão destinatário fático é usada como oponente de destinatário econômico⁵. O primeiro seria o adquirente ou o usuário que retira o bem de circulação, independentemente da finalidade particularmente vai atribuir-lhe. Realiza, portanto, o fato da retirada do bem de circulação. Para a teoria maximalista, esse ato é de consumo, mesmo que o praticante seja uma empresa que venha a utilizar o produto como insumo de sua produção. Já na expressão destinatário econômico só é compreendido como consumidor quem se encontra na etapa derradeira da atividade econômica. Esta corrente aproveita conceitos da teoria econômica, segundo a qual as atividades econômicas compreendem produção, circulação, distribuição e consumo. Portanto, só seria protegido pelo CDC o destinatário final da produção, um consumidor stricto sensu. Os seguidores desse pensamento são identificados na doutrina do direito do consumidor como finalistas. O conceito econômico do consumidor foi exposto por Geraldo VIDIGAL, que afirma ser impossível confundir bens finais e bens intermediários. Por isso mesmo, a empresa nunca é consumidora, porque se dedica a atividades produtivas. Conclui que o conceito de consumidor no CDC é eminentemente econômico, tutelando apenas o destinatário final das atividades econômicas⁶.

Na posição oposta está, dentre outros, Antônio Carlos EFING, para quem o CDC é um regulamento geral do mercado de consumo. Entende a definição do art. 2º como sendo

puramente objetiva, não importando a finalidade da aquisição ou do uso do produto ou serviço, podendo até mesmo haver intenção de lucro 7.

Um critério técnico-contábil foi proposto por Zelmo DENARI. Os insumos utilizados no processo produtivo da empresa integram o ativo circulante, enquanto que os insumos, que não são incorporados ao processo de produção, compõem o ativo imobilizado. Só os bens que fazem parte do ativo imobilizado são objetos de relação de consumo 8.

Thierry BOURGOIGNIE aceita profissionais como consumidores, desde que não exista similitude entre o bem ou o serviço objeto do pretendido ato de consumo e a sua atividade produtiva habitual e, cumulativamente, que o volume de seus negócios na qualidade de fornecedor não exceda um certo limite (por hipótese: que se tratasse de uma microempresa). 9

Marcos Maselli GOUVÊA serve-se do conceito de fundo de comércio para adotar uma linha conciliadora entre as correntes maximalista e finalista. Não seria consumo a aquisição de insumos com finalidade de incorporação ou transformação, mas comportaria classificação como destinatário final o comerciante que se vinculam ao seu fundo de comércio, como as prateleiras de uma loja, desde que se destinassem, em última análise, ao atendimento do consumidor 10.

2.2 As posições da jurisprudência

As decisões dos tribunais refletiram o dissenso doutrinário, algumas se pautando pela teoria finalista, outras pela maximalista. Nesse passo, alcançou grande importância a aplicação do CDC aos contratos de mútuo bancário, através do art. 29, CDC, o que somou pontos em favor da teoria maximalista, muito mais por um erro de perspectiva do que por maior correção de sua posição relativamente à teoria finalista.

2.2.1 Contratos com instituições financeiras

O erro de perspectiva consiste em pensar que tão-somente a teoria maximalista justificaria a aplicação do CDC aos mútuos bancários. O art. 29 é um permissivo de aplicação analógica do CDC a relações extraconsumo, nas quais, todavia, esteja presente a vulnerabilidade. Sendo o CDC lei especial das relações de consumo, é possível sua aplicação em relações jurídicas outras, que apresentem a mesma nota típica da vulnerabilidade, e que não disponham de disciplina particular.

Antonio Janyr DALL'AGNOL JÚNIOR, em artigo de doutrina, sintetizou a hermenêutica dominante do art. 29, ao afirmar que, em face da estipulação equiparativa ali ostentada, não há razão para se lançar mão do conceito de consumidor em sentido estrito, constante do art.2º, caput.11.

À base desse entendimento foi construída a jurisprudência favorável à aplicação do CDC aos contratos bancários, a partir de dois acórdãos do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul.

O primeiro tratava de uma empresa que mantinha contrato de crédito rotativo.

Como os juros não estavam expressamente estipulados no contrato, o bando aplicou livremente a variação das taxas no mercado. A empresa ajuizou ação declaratória negativa do débito, foi julgada improcedente, mas o Tribunal reformou a sentença, anulando os lançamentos considerados abusivos e limitando os juros à taxa legal de 6% ao ano. Para acolher a pretensão da devedora, o Tribunal aplicou o conceito ampliativo de consumidor, através do art. 29, CDC 12.

No segundo caso, ao contrário, os juros estavam expressamente estipulados no contrato, mas o banco dispunha de poderes que o autorizavam a alterar a taxa unilateralmente. Novamente o Tribunal aplicou o conceito ampliativo de consumidor do art. 29, afirmando que o CDC rege as operações bancárias que sejam relações de consumo. Considerou que os juros são "o preço" do mútuo e anulou a cláusula contratual que permitia a sua alteração unilateral, bem como outra, que continha mandato em favor do banco 13.

No Rio Grande do Sul essas duas decisões fizeram escola, sendo seguidas de outras, de alcance variável, ora aplicando o art. 29 irrestritamente ao financiamento da aquisição de bens 14 ou em razão das práticas do mercado 15, ora restringindo a aplicação do CDC a não haver o repasse dos custos de financiamento 16.

Em outros tribunais, nem sempre houve aplicação do CDC para beneficiar a empresa. Assim o acórdão mineiro, que proclamou: "A pessoa jurídica, que se dedica à atividade mercantil, não é destinatária final de capital mutuado, pois este é o meio para a execução da mencionada atividade". 17.

A jurisprudência de Minas Gerais parece ter assumido posição oposta à do Rio Grande do Sul. Outro acórdão decidiu que "a pessoa jurídica, que se dedica à atividade mercantil não é destinatária final de capital mutuado, pois este pe meio para a execução da mencionada atividade". 18.

O STJ respaldou entendimento semelhante ao decidir que, "tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário fina, inexistente é a pretendida relação de consumo" negando aplicação ao caso do Código de Defesa do Consumidor. 19

A orientação geral do STJ, no entanto, generaliza a aplicação do CDC aos contratos bancários, sem maior distinção entre consumidores stricto sensu e equiparados. Assim: "As instituições bancárias são regidas pela disciplina do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a revisão dos contratos sob a sua ótica;" 20. "O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável sobre todos os contratos de financiamento bancário firmados entre instituições financeiras e seus clientes; 21. "As disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos bancários". 22 Faz exceção a essa tendência a decisão da 4ª Turma, em acórdão relatado pelo Min. Barros Monteiro: "Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo". 23

Uma decisão mineira exigia prova da vulnerabilidade da empresa e do desequilíbrio do contrato com o banco como condição de reconhecimento da existência da relação de consumo, cabendo à empresa o ônus de provar 24.

Em São Paulo, contratos com instituições financeiras também encontraram restrições a conceito ampliado de consumidor na área do leasing: "Arrendamento mercantil - 'Leasing'. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. A empresa nunca é consumidora." 25

2.2.2. Outros contratos

A mesma exigência foi repetida em outra decisão mineira, em questão que não envolvia contrato bancário: "A pessoa jurídica que exerce atividade econômica visando obter lucro com serviço ou produto adquirido de terceiros, sem demonstrar condição de vulnerabilidade na realização do negócio jurídico, não é consumidor para efeito da tutela do CDC". 26

Fora dos contratos bancários, a jurisprudência do Rio Grande do Sul também demonstrava tendência maximalista. Por exemplo: "A pessoa jurídica que adquire máquina a ser utilizada em seu processo produtivo caracterizava-se como consumidor, frente à empresa que lhe vendeu o equipamento. Trata-se, no caso, de bem cujo destinatário final é a compradora." 27

Esse mesmo tema mereceu tratamento oposto em São Paulo: "No conceito legal de consumidor, destaca-se a destinação final da aquisição de produto ou serviço. Assim, a empresa que adquire bens, produtos ou serviços 'para utilizá-los como insumos, ou como instrumento de trabalho' não será consumidora para efeito de tutela do CDC (...)" 28

Um acórdão do STJ sinalizou uma posição intermediária no uso instrumental de um produto que não sofra transformação ou incorporação: "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, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento." 29

A interpretação generosa do CDC no Rio Grande do Sul estendeu-se inclusive à área de responsabilidade civil do fornecedor por vício do produto, favorecendo o comerciante frente ao industrial. Assim aconteceu quando um sorveteiro obteve indenização do fabricante porque uma máquina derreteira e temperadeira de chocolate que adquirira apresentava vazamento de óleo. 30

Nesse mesmo sentido, de verdadeira substituição do Código Civil pelo CDC, foi decidida pelo tribunal gaúcho demanda em favor de uma academia de ginástica que adquirira uma piscina cujo sistema de aquecimento revelou-se ineficiente. A empresa adquirente obteve indenização do fabricante com fundamento no CDC. 31

Também na área de responsabilidade pela qualidade do produto divergia a jurisprudência mineira: "Compra e venda. Vício redibitório. Consumidor. Indenização. Decadência. Prazo.

A pessoa jurídica que exerce atividade econômica visando obter lucro com serviço ou produto adquirido de terceiro, sem demonstrar condição de vulnerabilidade na realização do negócio jurídico, não é o consumidor para efeito da tutela do CDC (...)" 32

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro igualmente demonstrou tendência finalista ao decidir que "o serviço de hospedagem, contrato por pessoa jurídica, como meio de realização de sua finalidade social, não está sujeito às regras do Código de Proteção ao Consumidor, por não se tratar de relação de consumo, já que aquela não será a sua destinatária final". Tratava-se de empresa de eventos que contratara hospedagem em hotel para convidados por ocasião de um grande prêmio automobilístico internacional e posteriormente cancelara unilateralmente as reservas, recusando-se ao pagamento da multa contratual. A devedora alegou que o contrato era de adesão e feria as normas do CDC, não logrando êxito na tentativa de se caracterizar como consumidor. 33

A decisão mais importante na matéria foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal. A empresa brasileira Teka, fabricante de toalhas e produtos afins, foi vencida pela exportadora irlandesa de algodão, Aiglon, em demanda contratual decidida por arbitragem no exterior. A vencedora ingressou no STF com pedido de homologação de sentença estrangeira, que foi contestado pela vencida. Um dos argumentos principais da empresa brasileira era que a arbitragem fora convencionada em contrato de adesão, sem a cautela de redação da cláusula compromissória em negrito. O STF decidiu que o contrato não era de adesão e que "o laudo exarado [na decisão arbitral] nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado a consumidor final, conforme prevê o art. 2º, que define o consumidor como toda 'pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final' (grifo do acórdão). 34

Induvidosamente, a corte suprema interpretou o conceito de consumidor em sentido econômico, segundo a teoria finalista, afastando a hipótese de que um insumo caracterize objeto de relação de consumo.

Comentando a decisão do STF, Cláudia LIMA MARQUES e Eduardo TURKIENICZ sintetizaram admiravelmente os argumentos da corrente finalista. 35

"Efetivamente, se a todos considerarmos 'consumidores' , a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo Código de Defesa do Consumidor passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. (...) A definição do art. 2º é a regra básica do código de Defesa do Consumidor e deve seguir seu princípio e sua ratio legis. É esta mesma ratio que incluiu no código de Defesa do Consumidor possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção. (...) Defendemos, pois, a necessária conjunção de fatores finalísticos, destinação fática e econômica do serviço, com base no art.40 , I, do CDC (ratio de vulnerabilidade)".

"(...) o Código de Defesa do Consumidor brasileiro não é um Código de 'consumo', como a consolidação legal francesa denominada Code de la consommation, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis, concentrada no método do uso das cláusulas

contratuais gerais, como a lei alemã de 1976, AGBGesetz. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito 'diferente' da sociedade de consumo: o consumidor".³⁶

"Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do caput do art. 170 da CF/88".

"A teoria finalista, que defendemos, nada mais é do que uma interpretação conforme à Constituição (princípio constitucional da igualdade e direito fundamental do cidadão à proteção do Estado, enquanto consumidor, art. 5º, caput e inciso XXXII, da CF/88), interpretação conforme a nova ordem econômica constitucional (art.170 da CF/88) e a importância da identificação do sujeito de direitos a tutelar de maneira especial, o consumidor".

3. O NOVO CÓDIGO CIVIL

Após 27 anos de tramitação legislativa foi promulgado o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 10/1/2002), a entrar em vigor findo um ano de *vacatio legis*. Não há unanimidade a respeito da sua oportunidade e do seu mérito. No primeiro aspecto, críticos lembram a tendência à descodificação; no segundo, afirmam que o Código Civil nasce desatualizado, deixando à margem temas atuais, como a fertilização, agora a clonagem, o comércio eletrônico, e assim por diante.

3.1. Posição de centralidade

Ainda que não seja o lugar para discutir o novo Código Civil, é oportuno lembrar os três princípios fundamentais que orientaram a comissão de redação do anteprojeto, no dizer do seu coordenador, Miguel Reale: a *eticidade*, implicando a substituição do formalismo verificado no Código de 1916 por modelos hermenêuticos, de modo a permitir a contínua atualização dos preceitos legais levando em conta valores éticos como a boa-fé, os bons costumes e a função social dos direitos subjetivos; a *socialidade*, que marca o objetivo de superação do individualismo jurídico, temperando a liberdade contratual com a função social do contrato, estatuidando o princípio da interpretação mais favorável ao aderente nos contratos de adesão, reduzindo os prazos de usucapião, valorizando a natureza social da posse e submetendo o direito de propriedade à sua função econômica e social; a *operabilidade*, estabelecendo soluções normativas facilitadoras da interpretação e aplicação do Código, tais como a clareza de distinção entre prescrição e decadência, a disciplina apartada das associações e das sociedades, a utilização de cláusulas gerais (boa-fé, probidade) e de preceitos de conteúdo indeterminado (onerosidade excessiva).³⁷

O novo Código Civil não tem a pretensão hegemônica, própria das primeiras vagas codificatórias. A idéia que o anima é de centralidade do direito privado, articulando-se com as leis extravagantes numa relação do geral para o particular.

3.2 O CDC como lei especial e o CC como lei geral

O CDC é a lei especial das relações de consumo. O que justifica a sua existência é a desigualdade provocada pelo mercado, onde um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte fraca. O desequilíbrio estrutural decorre da organização inerente às empresas e da concomitante desorganização própria dos consumidores individuais, que procuram atender suas necessidades com os bens e serviços oferecidos em condições impostas unilateralmente pelos fornecedores, de modo geral desfavoráveis aos seus interesses. 38

A preservação do CDC como lei dos consumidores situa-se na raiz da corrente finalista, que deplora a aplicação indiscriminada como uma forma de regresso à igualdade formal, subvertendo o princípio de que a justiça deve tratar desigualmente os desiguais.

O novo Código Civil traz elemento importante na definição da questão que gerou a polêmica entre finalistas e maximalistas.

Ao promover a unificação das obrigações civis e comerciais, o Código Civil apresenta um novo livro na parte especial, que trata do direito de empresa. O empresário é assim caracterizado:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

O conceito é harmônico com o CDC, que define fornecedor no caput do art. 30 como quem desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, ou presta serviços. É interessante notar que a celeuma entre maximalismo e finalismo parece ter ignorado este texto, que é expresso em considerar a transformação como atividade própria do fornecedor, além de consignar todas as etapas do processo econômico, antecedentes ao consumo: produção, distribuição e comercialização, além de algumas derivações (montagem, criação e construção, equivalentes à produção; importação e exportação, correspectivas da comercialização).

O art. 966 igualmente converge com a decisão do STF, que excluiu do conceito de destinatário final a utilização de algodão como matéria-prima da fabricação de toalhas (atividade de transformação).

Parece, assim, selada a sorte da disputa sobre o campo de aplicação do CDC, devendo prevalecer o postulado básico da corrente finalista, que sempre defendeu a preservação do CDC como lei especial.

De outra parte, o novo CC também irá contribuir para a correta aplicação do art. 29, CDC. Como já referido acima, foi especialmente através do art. 29 que a jurisprudência firmou-se na aplicação do CDC às atividades bancárias, sem maior discriminação entre destinatários de crédito de consumo (clientes pessoas físicas, portadoras de cartões de crédito, mutuários dos sistemas de financiamento habitacional etc.) e clientes ou mutuários empresariais. A interpretação benévola do mesmo dispositivo igualmente propiciou desvios hermenêuticos em outros contratos não bancários, como também foi supra-referido. A segunda

contribuição trazida pelo novo Código Civil a esse propósito vem no parágrafo único do já citado art. 966.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Os comandos principal e acessório (caput e parágrafo único) do art. 966 determinam a aplicação da lei geral (Código Civil) ao empresário, excluindo dessa categoria, porém, os que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, aos quais será aplicável, por conseguinte, a lei especial (Código de Defesa do Consumidor), embora a atividade deles tenha natureza econômica, desde que não estejam organizados empresarialmente. Será o caso de profissionais liberais que trabalhem por conta própria, pesquisadores, escritores, artistas. Na aquisição e utilização de instrumentos de trabalho e de material afim, não será levado em conta o seu uso instrumental e sim a condição prevalecente de vulnerabilidade inerente ao conceito equiparativo de consumidor, do art. 29, CDC.

3.2.1. Disposições comparadas entre o CDC e o novo CC

Em breve comparação, sem a intenção de exaurir ou aprofundar a matéria, é possível separar em três grupos as disposições conexas do novo CC e do CDC. Algumas são convergentes, outras divergentes e outras mais, complementares.

No primeiro grupo, estão alguns princípios que revolucionaram a orientação do Código Civil de 1916, especialmente na área contratual, indo ao encontro do caráter solidarista do CDC. Estão neste caso a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa-fé.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

No segundo grupo, encontram-se algumas disposições do novo Código Civil que estabelecem nítido contraste com matérias correlatas do Código de Defesa do Consumidor.

O CDC prevê como causa de revisão contratual a desproporcionalidade das prestações (art.6o, V) e como prática abusiva o premelecimento, pelo fornecedor, da fraqueza ou inexperiência do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe produtos ou serviços (art. 39, IV). O novo CC inclui a lesão entre os defeitos do negócio jurídico, 39 definindo-a como a assunção de obrigação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta, em razão de premente necessidade ou inexperiência. Como se observa, a regra do art. 6O, V, CDC, não inclui o elemento subjetivado do dolo do aproveitador, o que está presente no art. 39, IV. Neste, por

outro lado, está ausente a manifesta desproporção das prestações, que é exigida no novo Código Civil, bem com o elemento subjetivo.

O art. 423, do novo CC, dispõe que os contratos de adesão devem ser interpretados de maneira mais favorável ao aderente quanto houver cláusulas ambíguas ou contraditórias. O art. 47, CDC, determina a interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, prescindindo de ambigüidade ou contradição. A interpretação pró-consumidor justifica-se pelo desequilíbrio estrutural do mercado, como já referido acima.

Ao prever a resolução do contrato por onerosidade excessiva, o novo CC exige a extrema vantagem da parte favorecida pelo desequilíbrio, o qual terá que decorrer de fatos extraordinários e imprevisíveis, como é próprio da teoria da imprevisão. O CDC não exige a vantagem do fornecedor correspondentemente à desvantagem do consumidor, e deixa ao exame judicial, sem exigência expressa, o caráter imprevisível e extraordinário do fato causador do desequilíbrio.

Finalmente, no último grupo, o novo CC apresenta disposições plenamente compatíveis com o intuito protetivo do CDC, inclusive amplas. Assim o parágrafo único do art. 927, que dispõe:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

As regras de responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço independentemente de culpa, previstas nos artigos 12 e 14, CDC, incluem-se na remissão do novo Código Civil a previsões legais específicas. Outras atividades de risco geradoras de dano fora das relações de consumo estarão abrangidas pela cláusula geral contida na parte final da disposição transcrita.

Outra inovação do CC, que poderá ser aproveitada supletivamente na aplicação do CDC, é o estado de perigo, assim definido:

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

O estado de perigo é considerado defeito do negócio jurídico e a obrigação assumida nessa circunstância é anulável.

Tendo em vista o caráter de lei geral do CC e de lei especial do CDC, as disposições daquele que são convergentes ou complementares com as deste em nada prejudicarão ao consumidor, podendo ser eventualmente aplicadas supletivamente em seu benefício. As

disposições divergentes não serão aplicáveis ao consumidor, também em razão da especialidade.

4. CONCLUSÃO

A entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, em janeiro de 2003, nenhum prejuízo trará aos consumidores. O Código de Defesa do Consumidor é lei especial frente ao Código Civil e sua aplicação será beneficiada pela instituição do direito de empresa. Conceituando o empresário como quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, a vigência do novo CC contribuirá para superar a polêmica entre maximalistas e finalistas, ficando reservada a proteção especial do CDC ao destinatário final econômico, excluída a hipótese de que a transformação, a incorporação ou o uso instrumental de produtos e serviços como insumos sejam confundidos com atos de consumo.

De outra parte, certas disposições do novo CC que estipulem patamares de proteção inferiores aos estabelecidos no CDC em nada afetarão ao consumidor, em virtude do princípio de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, enquanto que normas convergentes e complementares ao CDC, eventualmente mais amplas ou benéficas, poderão ser aplicadas supletivamente em favor dos consumidores.

NOTAS

- Professor de Direito Civil e de Direito do Consumidor na PUCRS. Mestre e doutorando pela UFRGS. Presidente do Brasilcon-RS.

1 A caminho dos micro-sistemas. Novos Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.40-50

2 Como exemplos dessa doutrina podem ser destacados diversos textos de Orlando Gomes,, especialmente os reunidos no livro Transformações gerais do direito das obrigações, primeira edição de 1967 (Ed. Revista dos Tribunais); COUTO E SILVA, Clóvis V. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushtasky, 1976; e textos deste mesmo autor e de Mário Júlio de Almeida Costa em Estudos de direito civil brasileiro e português (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980), resultantes da I Jornada Luso-brasileira de Direito Civil, realizada em Porto Alegre.

3 O conceito jurídico de consumidor. Revista dos Tribunais no 628. São Paulo, fevereiro, 1988. p. 69-79.

4 Nesse sentido, decisão isolada da 3ª Câmara Cível do TJ-RS (AI 596.235.317), entendendo que "compra e venda de automóvel de empresa dedicada ao comércio de automóveis constitui relação de consumo amparada pelo CDC, ainda que o adquirente tenha por atividade a intermediação de veículos".

5 Nem sempre as expressões destinatário fático e destinatário econômico são empregadas uniformemente, havendo às vezes inversão de sentido. Resolvemos adotar aquele que é o dominante. Assim, temos por destinação fática a exclusivamente objetiva, que inclui a incorporação, a transformação e o uso instrumental, conforme definimos antes; e por destinação econômica, apenas a que corresponde à teoria finalista.

6 A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. Cadernos ICBC 22: lei de defesa do consumidor. São Paulo, ICBC, 1991, 5-27.

7 Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46.

8 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998: 166.

9 O conceito jurídico de consumidor. Direito do Consumidor. São Paulo, v. 2, p. 7-51 [1992].

10 O conceito de consumidor e a questão da empresa como destinatário final. Direito do Consumidor, n. 23-24. São Paulo: jul.-dez. 1997, p. 187-198.

" Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros: aplicação do CDC nas atividades bancárias. Revista de Direito do Consumidor, n. 27. São Paulo: jul.-set. 98, p. 7-17.

12 ACv 192.180.076,3ªCCv do TARGS, Rel. Dr. Paulo Herdt, 24/9/92.

13 ACv 193.051.216,7ªCCv do TARGS, Rel. Dr. Antonio Janyr Dall'Agnol Jr., 19/5/93.

14 ACv 197.267.792,21ªCCv TJ-RS, Rel. Des. Francisco José Moesch,j. 22/12/99

15 "A pessoa jurídica também se equipara a consumidor, se exposta às práticas previstas no CDC (art. 29) (...)" (ED 70-000.085.370, 10ªCCv TJ-RS, Rel. Des. Orlando Heeman Júnior, j. 1/6/2000).

16 "Não repassados os custos a terceiros, o tomador de empréstimo é destinatário final, sendo uma relação de consumo típica. (...) (ACv 599.102.183, 18ªCCv TJ-RS, Rel. Des. Wilson Carlos Rodycz,j. 12/8/99).

17 ACv 0288088-4,2ª CCv TAMG, Rel. Juiz Manuel Saramago, 14/9/99

18 ACv 0288088-4,2ª CCv TAMG, Rei. Juiz Manuel Saramago, 14/9/99.

19 RESP 218.505-MG, Rel. Min. Barros Monteiro,j. 16/9/99.

- 20 RESP 341.672-RS, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 5/2/2002.
- 21 RESP 334.175-RS, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, 27/11/2001.
- 22 AGA 399.490-RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, 12/11/2001.
- 23 RESP 218.505-MG, 4ª T. STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 16/9/99, unânime.
- 24 AI 0276419-8, 3ªCCv TAMG, Rel. Juiz Edílson Fernandes, 28/4/99.
- 25 ACv. N°516.778 · 1ªCCv, 2ºTACSP, Rel. Juiz Magno Araújo, 18/5/98.
- 26 ACv 02174889-0, 4ªCCv TJ-MG, Rel. Juíza Maria Elza, j. 5/9/96.
- 27 AI 599.397.494, 10ªCCv, TJ-RS, Rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. 12/8/99
- 28 ACv 536.207-00/8, 2ºTAC-SP, Rel. Juiz Celso Pimentel, j. 26/11/98, in RT, 763:268.
- 29 RESP208.793, 3ª T. STJ, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, 18/11/99.

30 "CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DERRETEDEIRA E TEMPERADEIRA DE CHOCOLATE. EQUIPAMENTO INADEQUADO PARA A PRODUÇÃO DE ALIMENTOS. DEFEITO DE FABRICAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE RECONHECIDA, INDEPENDENTEMENTE DE MORA OU CULPA.

"Independentemente da mora na entrega do produto, ou de culpa, o fabricante responde, perante o adquirente, pelo defeito de máquina derreteira e temperadeira de chocolate, provado que a bomba existente no equipamento está sujeita a risco de contaminação por lubrificantes, revelando-se inadequada para a produção de alimentos. Inteligência dos arts. 12 e 18, do CDC" (ACv 598.410.884, 9ªCCv TJ-RS). No mesmo sentido: ACv 597.067.024, TJ-RS. Certas decisões lembram a jurisprudência sentimental, promovida pelo born juiz Magnaud no tribunal de primeira instância de Château-Thierry, França (1889-1904). Imbuído de idéias humanitárias, o magistrado mostrava-se clemente com os fracos e severo com os opulentos, fazendo variar a interpretação da lei por critérios religiosos ou políticos. Acabou por encontrar melhor acomodação ao seu estilo na Câmara dos Deputados (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 83).

31 RJTJRGs, 164:170.

32 ACv 02174889-0, 4ªCCv TJ-MG, Rel. Juíza Maria Elza, j. 5/9/96.

33 Acv 7.265/96, 4ªCCv, TJ-RJ, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, 18/12/97, in Direito do Consumidor, 23-24:329-331

34 STF, Pleno, SEC (Sentença Estrangeira Contestada) 5.847- 1, Rel. Min. Maurício Corrêa,01/ 12/99. Íntegra do acórdão in Revista de Direito do Consumidor, nº34. São Paulo, abr.:jun.2000, p. 253-263. A decisão do STF implicou julgamento de constitucionalidade da Lei nº9.307/96 (lei de arbitragem).

35 LIMA MARQUES, Cláudia; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. Revista de Direito do Consumidor, n. 36. São Paulo, out.:dez. 2000, p. 221-240.

36 LIMA MARQUES, Cláudia; TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. Revista de Direito do Consumidor, n. 36. São Paulo, out.:dez. 2000, p. 221-240 [236].

37 Pronunciamento de Miguel Reale na Academia Paulista de Letras, em 29/11/2001.

38 Sobre o ponto, LORENZETTI, Ricardo L. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 141.

39 Assim incorrendo na crítica feita por Orlando GOMES ao malogrado Projeto de Código das Obrigações. Dizia o mestre baiano que o relevante na lesão não é o eventual vício de vontade da vítima, mas sim o comportamento do explorador, cuja declaração de vontade não é, por óbvio, defeituosa, posto que intencional. E, sendo assim, já não se estaria diante de lesão, mas de usura, cujo fundamento é a reprovabilidade moral, por ofensa aos bons costumes, com a sanção conseqüente da nulidade, e não da anulabilidade. In Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 26-41.

*Procurador de Justiça – RS
Presidente Brasilcon - RS

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. Disponível em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=2554. Acesso em 26/10/06.

