

O CONSUMIDOR COMO SUJEITO JURÍDICO DIFERENCIADO

Idemir Luiz Bagatini

1 - INTRODUÇÃO

O tema do consumidor é sempre atual. Já no século XVII, através de Leis Filipinas, havia uma preocupação, ao menos indireta, com o consumidor, tentando penalizar aqueles que abusassem dele. No Brasil, iniciou-se sua proteção através de leis esparsas, culminando com a Constituição Federal, prevendo a defesa do consumidor com norma pública e de interesse social. Surge a Lei 8.078/90, dispondo de maneira ampla a respeito da relação entre fornecedor e consumidor. Destaco os diversos sentidos de consumidor, bem como uma rápida conceituação de fornecedor. Ao final, pretendo mostrar que o tratamento dado pela legislação em foco foi diferente para o consumidor e para o fornecedor, selando de uma vez por todas um tratamento desigual entre os desiguais.

2 - OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O Brasil, desde seu descobrimento até sua independência política, regeu-se por leis da coroa portuguesa. Não havia nada de anormal, pois as leis da metrópole regiam as colônias. Ocorre que, em 1822, por ato de D. Pedro I, o Brasil separa-se de Portugal, proclama sua independência. A nação não dispunha de legislação pertinente a oferecer à sua população, agora separada de Portugal. Socorre-se então da antiga legislação da metrópole lusitana.

Interessa-nos neste momento averiguar a legislação pertinente em relação ao consumidor. Invocaremos as Ordenações Filipinas, que regulavam a matéria penal até o Código Penal brasileiro de 1830 e que indiretamente protegiam o consumidor. São dispositivos rigorosos que aparecem com o intuito de proteção. Para não sermos exaustivos, invocaremos apenas algumas normas, que servem de exemplo, na proteção do consumidor.

Lê-se no Título LVII do código filipino que "se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assi como cêra, ou outra qualquer, se a falsidade, que nella fizer, valer hum mano de prata, morra por isso" (apud Nascimento, p.12). Do mesmo código, Título LVIII, lê-se que "toda pessoa, que medir, ou pesar com medidas, ou pesos falsos, se a falsidade, que nisso fizer, valer hum mano de prata, morra por isso. E se for de valia de menos de dito mano, seja degradedado para sempre para o Brasil" (apud Nascimento, p.12).

Apesar de tratar-se de uma norma penal, havia uma defesa indireta do consumidor. Não constava direito algum do consumidor, aparecendo apenas a pena aplicada ao infrator. Era uma legislação que tentava evitar que os fornecedores não se aproveitassem do mais fraco, o consumidor.

O Código Civil brasileiro que entrou em vigor em 1917 e também o Código Comercial de 1850 não tiveram dispositivo algum que mencionasse qualquer proteção ao consumidor. São legislações que surgem a partir do pensamento liberal e neste sentido todos eram livres para contratar, partindo do princípio de que todos eram iguais. Apenas em 1951, através da Lei 1.521, de 26 de dezembro, que trata dos crimes contra a economia popular, o consumidor é tutelado diretamente. É uma tutela ainda tímida, mas já dirigida à proteção do consumidor.

Apontamos apenas alguns incisos do artigo segundo da lei antes referida, sem a pretensão de esgotar o tema, mas como exemplo:

"o art. 2º - São crimes desta natureza:

I - recusar indiretamente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

[...]

III - expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

[...]

"V - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros;

[...]

"IX - fraudar pesos e medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados."

Constatamos não ser uma legislação completa mas que pretende defender o consumidor de forma mais significativa que a anterior.

Posteriormente, aparece a Lei Delegada nº 4, de 26 de dezembro de 1962, com a intenção protetiva do consumidor, pois dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

O artigo onze prevê multa a quem

"c - não mantiver afixada, em lugar visível e de fácil leitura, tabela de preços dos gêneros e mercadorias, serviços ou diversões públicas populares;

[...]

"f - produzir, expor ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição, transgridam determinações legais, ou não correspondam à respectiva classificação oficial ou real;

"g - efetuar vendas ou oferta de venda, compras ou oferta de compra que incluam, sob qualquer forma, uma prestação oculta;

[...]

"i - subordinar a venda de um produto à compra simultânea de outro produto ou à compra de uma quantidade imposta."

Além deste, outro diploma de não menos importância é a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que, em seu artigo primeiro, diz: "*Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados [...] ao consumismo*".

Esses danos causados ao consumidor legitimam a propositura de ação de responsabilidade pelo Ministério Público estadual e federal, autarquias, empresas públicas e associações de classe.

Rapidamente juntamos alguns diplomas legais que, antes da Constituição de 1988, já prescreviam normas atinentes à proteção do consumo e do consumidor. Não se trata de legislação específica, mas, mesmo assim, concorre para defender o consumidor. Não há necessidade de fazermos uma explicação dos diversos incisos, pois são claros pela sua leitura, mas importa recordar que houve uma evolução favorável ao consumidor até o chegar da Constituição de 1988.

3 - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DEFESA DO CONSUMIDOR

A questão do consumidor apresenta-se de grande importância na década de 80. O mundo do mercado torna-se complexo e o legislador constituinte, de forma arguta, introduz no texto constitucional a exigência de legislação específica. Várias nações já dispunham de texto especial na proteção do consumidor. No artigo quinto, inciso XXXII, a Constituição Federal destaca que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". No segundo momento, o artigo 170, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, diz que "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.", e arrola, entre os "princípios" a serem "observados", os da "defesa do consumidor" (item V).

Já, no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 48, consta: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor."

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, com base nos dispositivos antes referidos. Diga-se, de passagem, que, sendo de ordem pública e interesse social, equivale a dizer que o que consta na legislação é princípio inderrogável por vontade dos interessados na relação de consumo. As partes não podem dispor diferentemente, ferindo o disposto no Código de Defesa do Consumidor. Não são normas que podem, mas devem ser observadas. Em alguns dispositivos aparece claramente que são normas cogentes, fulminando com nulidade, por exemplo, quando trata de cláusulas abusivas (artigo 51 do CDC).

4 - O CONCEITO DE CONSUMIDOR

O CDC, Lei 8.078/90, não apresenta um conceito único de consumidor. Veremos no desenrolar do trabalho os diversos conceitos referentes ao consumidor. Também não foi preocupação do Código fornecer uma conceituação sociológica, psicológica ou filosófico-literária de consumidor e sim econômica.

O artigo segundo da legislação em análise refere-se ao consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou

serviço como destinatário final". Numa primeira análise podemos ter a impressão de que a relação de proteção se dá entre um não-profissional (consumidor) e um profissional (fornecedor). Na realidade, a única restrição que o Código faz é no sentido de ser destinatário final. Pelo visto, a relação pode ocorrer entre profissionais, desde que um seja o destinatário final, isto é, retire o produto do mercado. Mas, se esse bem for usado profissionalmente e constituir fonte de lucro, ainda assim seu proprietário será consumidor?

Não podemos avaliar o consumidor de forma isolada, mas na relação de consumo, isto é, ante o fornecedor/produzidor. A regra é um tratamento desigual entre desiguais, sendo o consumidor a parte fraca, vulnerável ou hipossuficiente. De acordo com o artigo quarto do Código,

"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 de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo," atendendo, entre outros, o princípio do "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo" (CDC).

O tratamento garantido pelo CDC ao consumidor é correto, uma vez que é o pólo de menor resistência nessa relação de consumo. O consumidor é o destinatário final do produto ou do serviço. Esse destinatário pode ser pessoa física ou jurídica. Em regra não oferece dúvida quanto a qualquer pessoa física, mas em relação à jurídica colocam-se algumas interrogações.

Duas correntes doutrinárias aparecem para definir o campo de aplicação do Código: os finalistas e os maximalistas.

Para os finalistas essa tutela existe porque o consumidor é a parte vulnerável, dependente na relação contratual de mercado, como afirma o artigo quarto, inciso primeiro. Esta corrente afirma que há necessidade de se definir especificamente quem é o consumidor e propõe que a expressão "destinatário final" seja interpretada restritivamente. "Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica" (Marques, p.100).

Segundo essa interpretação teleológica o consumidor é aquele que retira o produto do mercado, sendo destinatário fático, destinatário econô-

mico, não podendo usar o bem como intermediário, mas sim como consumidor final. Nesse sentido o consumidor será sempre um não-profissional. Essa interpretação restringe o sentido de consumidor, sendo ele o adquirente que utiliza o produto para uso próprio ou de sua família.

Essa concepção mais restrita de interpretação do artigo segundo do CDC sofreu influência externa, principalmente dos belgas e franceses, aceitando a possibilidade de o judiciário incluir como consumidor pequenas empresas e profissionais, adquirentes de produtos fora de suas áreas de competência.

Os maximalistas consideram a definição do artigo segundo de forma objetiva, entendendo consumidor tanto a pessoa física ou jurídica que tenha ou não lucro na condição de consumidor.

“Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado que adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família.” (Marques, p.101-2)

Aquela empresa que contrata suprimentos alimentícios para seus operários ou equipamentos de segurança, ou mesmo a que está legalmente obrigada por lei a providenciar a dedetização, é consumidora.

“Diferentemente não pode ser considerada consumidora a empresa que adquire máquinas para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório e que venha apresentar algum vício. Isto porque referidos bens certamente entram na cadeia produtiva e nada têm a ver com o conceito de destinatário final.” (Filomeno, 1995, p. 30)

Existe uma distinção na interpretação do conceito de consumidor. A legislação estrangeira, bem como sua jurisprudência, tem influenciado na definição do sentido de consumidor na legislação brasileira.

Anteriormente acenamos que o Código não dispõe de um conceito ou de uma definição única de consumidor. Neste sentido podemos agregar o

parágrafo único do artigo segundo que “equipara a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Também “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (artigo 17). E no artigo 29 consta: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Vamos tentar entender por partes, uma vez que consumidor não tem um sentido unívoco.

Do *caput* do artigo segundo devemos entender que entre o fornecedor e o consumidor existe um desequilíbrio. Tanto a pessoa física como a jurídica, quando em condição desfavorável, principalmente nos contratos de adesão, em que o consumidor tem de optar por uma entre duas saídas (“aceita ou rejeita”) é flagrante a vulnerabilidade do consumidor. Sabemos que o contrato tem uma finalidade social e não é possibilitado ao consumidor discutir as cláusulas do referido contrato. Tanto a pessoa física como a jurídica, seja profissional ou não, devem ser protegidas pelo CDC. Muitas vezes o pequeno comerciante, um profissional, é constrangido a receber mercadoria a mais, prejudicando seus fregueses, porque não tem condições de impor-se de frente ao fornecedor. É o caso do recebimento de mercadoria casada, isto é, para ter determinado bem, deverá receber outro de pouco consumo.

Há três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática.

A vulnerabilidade técnica ocorre quando o comprador não tem conhecimentos a respeito do produto adquirido. Nesse sentido o CDC presume a vulnerabilidade técnica para os não-profissionais, estendendo ao profissional somente no caso de prova que a justifique.

A vulnerabilidade jurídica é presumida pelo CDC às pessoas físicas e aos não-profissionais, uma vez que não é comum o conhecimento, por exemplo, de contabilidade ou de economia, por parte do consumidor.

A vulnerabilidade fática ocorre na relação entre fornecedor oligopolista ou monopolista em relação ao comprador. Há uma superioridade de poder econômico, de frente ao qual o comprador não tem quase escolha.

O Código estabelece como consumidor o destinatário final do produto ou do serviço.

“Em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.” (Marques, p. 107)

É claro que há, como princípio, uma exclusão do profissional do amparo protetivo do CDC, mas as exceções existem e o judiciário as tem, em regra, interpretado bem, aplicando o Código ao caso concreto.

O parágrafo do artigo segundo equipara ao consumidor individual a coletividade de consumidores, ainda que indeterminável e que tenha intervenido na dada relação de consumo.

De acordo com o professor Waldrio Bulgarelli, o consumidor pode ser considerado “aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos” (apud Filomeno, p.34).

O Código tomou cuidado de também colocar sob manto de proteção como consumidores eventuais integrantes dessa relação obrigacional. Trata-se do reconhecimento dos chamados direitos difusos, que procura proteger a comunidade dos eventuais prejuízos a que poderia ser submetida. Quando uma mercadoria com prazo vencido está exposta é uma ameaça para o eventual consumidor e este está protegido pelo parágrafo único do artigo segundo do CDC.

Rapidamente se pode também fazer alguma consideração a respeito do artigo dezessete do CDC. Tem proteção também quem não participa da relação entre fornecedor e consumidor, mas carrega as consequências, ou seja, passa a ser vítima da desastrosa relação comercial. Trata-se de responsabilidade objetiva em que o fornecedor se responsabiliza pelos efeitos produzidos pela entrega de determinado bem ou prestação de serviço. Podemos tomar como exemplo a explosão de um botijão de gás que fere pessoas transeuntes. Estas passam a ser equiparadas a consumidores como vítimas. Também os clientes do pequeno comerciante que é obrigado a adquirir produtos de forma casada são considerados consumidores protegidos pelo artigo 17.

Por fim são considerados consumidores as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais. Essa regra está ao alcance de todas as pessoas, físicas ou jurídicas que como consumidores estão submetidas ou expostas aos abusos do poder econômico. O conceito de consumidor é ampliado quando se trata de práticas comerciais e contratuais. Facilmente os consumidores são vítimas principalmente de agentes financeiros que, em seus contratos, inserem cláusulas abusivas.

5 - O FORNECEDOR

Não seria justo tratar dos diversos conceitos de consumidor e não tratar uma breve referência ao fornecedor. Por fornecedor podemos entender

“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços.” (artigo terceiro do CDC)

O legislador preferiu o termo genérico “fornecedor de produtos e serviços” em vez de “industrial”, “comerciante”, “banqueiro” e outros. Englobou todos, tanto pessoa física como jurídica, que regularmente oferecem produtos e serviços ao consumidor, sob o termo “fornecedor”. Seja o desempenho de atividade civil ou mercantil, não havendo diferença entre pessoa pública ou particular, nacional ou estrangeira, conforme o referido no próprio artigo da legislação.

A relação, no consumo, dá-se entre fornecedor e consumidor necessariamente.

6 - O CONSUMIDOR É IGUAL OU DIFERENTE?

O direito com inspiração liberal sempre tratou a todos de forma igualitária. Em qualquer contrato (no consumo há contrato) as partes são tratadas em igualdade de condições, pois para todos os efeitos, cada parte participa com sua vontade livre, independente de suas situações econômicas ou sociais. Dessa forma todos são iguais perante a lei e este tratamento visa a mostrar que a lei não faz distinção entre pobres e ricos, entre negros e

brancos, entre habitantes da cidade e do campo. A própria Constituição da República Federativa do Brasil proclama formalmente em seu artigo quinto que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Mas não é assim que se apresenta a sociedade.

"Os sistemas de desigualdade e de exclusão não são o *deusex-machina* da modernidade capitalista. A sua constituição, a sua consolidação e as suas metamorfoses ocorrem num campo de relações sociais conflituais, onde intervêm grupos sociais constituídos em função da classe, do sexo, da raça [...], do capital escolar, cultural ou simbólico, do grau de desvio face a critérios hegemônicos de normalidade e de legitimidade." (Santos, p. 39)

Essa desigualdade de classes perpassa a sociedade e se instala no consumo, que é uma das relações mais antigas da humanidade. A sabedoria do legislador do Código de Defesa do Consumidor foi no sentido de não mascarar essa pretensa igualdade propalada, mas definitivamente tratar os desiguais de forma desigual, assumindo a diferença entre fornecedor e consumidor.

Essa diferença não foi ressaltada para inferiorizar. Segundo Boaventura de Sousa Santos, "sempre que estamos perante diferenças não inferiorizadoras, a política de igualdade que as desconhece ou descaracteriza, converte-se contraditoriamente numa política de desigualdade" (p. 41).

O CDC, como já referimos no artigo quarto, inciso primeiro, "reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". Ele é diferente na relação com o fornecedor e não pode ter o mesmo tratamento. No artigo sexto, que trata dos direitos do consumidor, se ressalta no inciso oitavo "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

O consumidor, em juízo, com a inversão do ônus da prova, não é um privilegiado, mas tem apenas uma forma concreta de exercer sua defesa. O fornecedor é detentor de conhecimento, de tecnologia, de poder econômico, ao passo que se torna muito difícil ao consumidor, como autor, fazer a prova diante de seus poucos conhecimentos e de nenhum domínio da tecnologia.

Quando o juiz entende verossímil o pedido do consumidor, não significa que é verdade, mas que se assemelha à verdade, que tem aparência de verdade. Pode o juiz atribuir ao fornecedor o ônus da prova dos fatos alegados pelo consumidor. Vulnerável o consumidor sempre o é de frente ao

fornecedor. Além disso, pode o mesmo consumidor, mostrar-se hipossuficiente, não por ser economicamente mais fraco, mas porque não possui informações que estão de posse e ao alcance do fornecedor.

As diferenças são patentes entre o consumidor e o fornecedor. A aceitação dessa diferença é fundamental neste mundo de inevitável pluralidade. A linguagem do fornecedor não é a linguagem do consumidor. A celebração dessa diferença deve ser feita através do diálogo, sem perspectiva de festejar a homogeneidade, mas respeitar as diferenças, sem com isso o consumidor ser inferiorizado.

7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa intenção foi destacar as diversas possibilidades de enquadrar o consumidor na legislação em apreço. O elemento principal deste trabalho foi diferenciar o consumidor do fornecedor, justificando o tratamento desigual da lei. Diferente não significa inferior. E esse tratamento não significa privilégio, mas sim reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Serem diferentes não implica a impossibilidade de estabelecer um diálogo processual justo entre fornecedor e consumidor.

BIBLIOGRAFIA

- CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. 3.ed. Rio de Janeiro : Editora UFRJ, 1997. 266 p.
- GRINOVER, Ada P. et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 4.ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1975. 730 p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 478 p.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Direito do consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 161-169, jul./set. 1994.
- OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo : Saraiva, 1991. 403 p.
- NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3.ed. Rio de Janeiro : Aide, 1990. 189 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A construção multicultural da igualdade e da diferença*. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, VII, 1995, Rio de Janeiro. *Anais...* 56 p.