Atualidades

CONCEITO DE RELAÇÃO DE CONSUMO E ATIVIDADES PRESTADAS POR ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

Ensaio sobre o alcance do Código de Defesa do Consumidor

BERNARDO STROBEL GUIMARÃES

1. Um problema recorrente — Dificuldades para a fixação do âmbito de abrangência do CDC. 2. Relação de consumo, sua identificação legal e seu valor metodológico — Importância essencial e autonomia do seu objeto. 3. O conceito de remuneração e elementos para sua correta identificação. 4. Ainda da remuneração e da sua posição privilegiada na relação de consumo e das hipóteses onde ela não se verifica mesmo havendo pagamento. 5. Breves comentários acerca das personalidades sem finalidade econômica (o chamado terceiro setor) e da necessidade de demonstração fática deste requisito. 6. À guisa de conclusão, algumas meditações constitucionais. 7. Conclusões pontuais.

1. Um problema recorrente — Dificuldades para a fixação do âmbito de abrangência do CDC

A implantação de um microsistema jurídico com vistas à proteção do consumidor, inaugurado com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei 8.078/1990), desde sua origem, vem rendendo ensejo a discussões acerca de quais as relações jurídicas sujeitas a este diploma. Sem exagero, pode se afirmar que um dos grandes focos de controvérsia envolvendo o direito do consumidor reside na correta identificação da sua abrangência.

Concorrem para o fenômeno razões jurídicas relevantes que tornam o problema intrincado. Primeiramente, a própria disciplina específica no CDC, por exorbitar do direito civil ordinário, é, por si só, fonte de controvérsia. Não bastasse tanto, é de se ver que inúmeras matérias que configuram relações de consumo possuem regra-

mentos específicos em relação a alguns de seus aspectos (v.g., legislação securitária, bancárias, de planos de saúde etc.) o que leva à necessidade de se questionar qual o regime jurídico a que se sujeitam tais disciplinas em relação a pontos bastante específicos. Por fim, é de se notar que o CDC não se aplica apenas onde haja relações de consumo conforme por ele definidas (arts. 2^o e 3^o), há extensões legais (arts. 17 e 29) que predicam a aplicação do diploma para além do trato das relações entre consumidor e fornecedor, quando verificadas hipóteses específicas. Ou seja, o CDC não se aplica exclusivamente onde haja relação de consumo.

Em raso esforço de síntese, podem ser apontadas as razões jurídicas de relevo acima vistas que demonstram a dificuldade de se fixar com precisão o âmbito de abrangência do CDC, que justificam o desconforto sentido no trato com este diploma. Em

que pese algumas das questões originariamente postas já se encontrarem praticamente pacificadas, a própria evolução da sociedade acaba por gerar novos desafios (por todas cite-se as questões que envolvam a *internet*).

Neste quadro é que se insere o tema objeto do presente estudo, *qual seja os limites e possibilidades de aplicação do CDC face às personalidades jurídicas que desempenham atividades econômicas sem o intuito de lucro (chamado Terceiro Setor)*. Com efeito, o tema a ser abordado é em última instância é saber se aplica o CDC a quem não persegue lucro em suas atividades. A novidade do tema justifica plenamente o presente esforço que tem apenas a pretensão de lançar algumas luzes sobre o tema, ainda bastante carente de análise jurídica.

Para responder com acerto à questão, no entanto, é mister repisar os próprios elementos que configuram juridicamente a relação de consumo objeto imediato da tutela legislativa, explicitando nuances que por vezes passam sem ser notadas, por análises, não raro, feitas de afogadilho.¹ Ou seja, ainda antes de se pretender responder à questão fundamental é necessário definir uma série de elementos referentes ao próprio direito do consumidor que, se adotados sem reserva, podem conduzir a desacertos.

1. Importa destacar desde logo que divide-se a presente análise, *grosso modo*, em duas ordens de cogitações: uma parte geral destinada a explicitar as premissas em relação ao sistema do CDC (itens 2, 3, 4) e outra destinada à análise de como a questão se passa em relação às personalidades cuja missão institucional não é a persecução de lucro (5, 6). Esse esclarecimento metodológico se faz pertinente para que o texto não seja lido de maneira desarticulada; embora a primeira parte possa parecer, em um primeiro momento, não referenciada ao tema posto em análise, mas, ao fim, referem-se às conclusões obtidas vestibularmente com o todo do texto. A divisão em duas partes um tanto quanto distintas foi julgada imprescindível, sob pena de fazer grassar equívoco em relação às premissas adotadas. Sentiu-se, pois, necessidade de se discorrer acerca da própria noção legal de relação de consumo para evitar alguns pre-conceitos que devem ser elididos acerca do tema.

2. *Relação de consumo, sua identificação legal e seu valor metodológico* — *Importância essencial e autonomia do seu objeto*

Nos termos dos artigos que regem a matéria (CDC, arts. 2^o e 3^o), vê-se desde logo que *a relação jurídica de consumo tem em um de seus pólos o consumidor e noutra o fornecedor, tendo por objeto um produto ou serviço, estando todos os elementos definidos legalmente.*²⁻³⁻⁴ É necessário pois analisar a estrutura desta relação para desvelar o problema do âmbito de aplicação do CDC com base nela. Reveste-se o conceito de relação de consumo de inestimável valor metodológico para se trabalhar com acerto em relação ao direito do consumidor; sem embargo de sua importância, carece ainda o tema de estudo haja vista habitualmente ser tomado como pressuposto que dispensaria maiores meditações acerca de seu conteúdo (fundamento óbvio).⁵

2. Neste sentido, fazendo síntese harmoniosa da doutrina de escol, consulte-se Antônio Carlos Efig, *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, Curitiba, Juruá, 2003, pp. 33 e ss.

3. Ainda, é de se trazer, por clássica, a definição de relação de consumo dada por Nelson Nery Jr. como sendo a "relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou a utilização de serviços pelo consumidor" (in *RDC 3/46-47* e, ainda, em Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 6^a ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 429).

4. É o tipo de tutela dita "estatutária", ou seja, que depende não da vontade (como os contratos) e sim de um *status* que implica na aplicação de um dado regime jurídico. *Status* pode ser definido nos seguintes termos: "relação jurídica pessoal por natureza, não temporária e não resolúvel por meio da vontade das partes, situação essa que resguarda tantos os interesses de terceiros quanto do Estado" (cf. Pietro Rescigno, "Situazione e *status* nella 'esperienza del dirrito", in *Rivista de Diritto Privado*, v. I, p. 211, 1973). Conforme o autor, citado a tutela pela via de *status*, em detrimento do contrato, teria o condão de assegurar maior justiça em casos onde há o desnivelamento entre as partes.

5. Adotado no sentido atribuído por Alfredo Augusto Becker in *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3^a ed., Campinas, Lejus, 1998, pp. 11 e ss.

É o que se busca fazer, sob pena de sequer poderem ser arranhadas as questões postas em discussão, analisando-se a estrutura da própria relação de consumo em seus diversos elementos.⁶

No primeiro pólo, temos a figura do consumidor que se identifica nos termos da Lei (CDC, art. 2º) como: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Percebe-se que o elemento que caracteriza o conceito é a qualidade de destinatário final de produto ou serviço. Ambas as condições não de estar perfeitas para estarmos diante do consumidor definido legalmente. A sutileza a ser destacada consiste no fato de que o consumidor é definido em função — *em última instância* — como aquele que recebe, como usuário final, “produto” ou “serviço”. Logo, o próprio conceito de consumidor depende fundamentalmente do objeto da relação (produto/serviço).

Ou seja, “produto” e “serviço” são, nos termos legais, conceitos essenciais para que se caracterize a própria figura do consumidor, que é quem irá fruí-los como destinatário final.

O fornecedor, outro pólo da relação de consumo, ao seu turno, é conceituado como: “*pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*”.

É de se notar que, novamente, a conceituação legal remete a “produto” e “serviço” como elementos de essência para se definir afinal quem é o fornecedor.

Isto, pois, as atividades postas em elenco só se fazem relevantes quando afetadas a “produtos” e a “serviços”, de sorte que se pode reputar o rol como meramente exem-

plificativo.⁷ Neste particular, sequer o elemento subjetivo (tipo de personalidade jurídica) é importante na medida em que a definição legal alcança qualquer arranjo jurídico (inclusive os despersonalizados) capaz de operar (seja de que forma for, sendo indiferente o elenco legal dos verbos), em tese, com “produtos” ou “serviços”.

Conforme já se pode concluir, ainda antes da análise do objeto, a relação de consumo se caracteriza mais pelo seu conteúdo do que por qualidades dos integrantes de seus pólos.

Com efeito, a qualidade de consumidor ou fornecedor (em suas formas ordinárias, excluindo, então, as equiparações que se submetem a outro regime) só é alcançada em se levando em conta o objeto/conteúdo da relação (*i.e.* produtos ou serviços).

Não por outra razão, ambos os conceitos, conforme legalmente definidos (arts. 2º e 3º, *caput*), aludem expressamente a produtos e serviços. Deste modo, *o objeto é essencial para a identificação da relação de consumo, condicionando a própria definição dos seus sujeitos.*

Em verdade, os únicos elementos que atinam exclusivamente aos sujeitos da relação de consumo são: (i) a qualidade de destinatário final no que toca à definição do consumidor e (ii) a habitualidade/profissionalismo das atividades do fornecedor,⁸ todo o resto, no que toca aos pólos,

7. Neste sentido, a lição de James Marins: “Todavia, dadas as características desta lei de proteção ao consumidor, não nos parece que devam ser entendidas como taxativas, mas sim como exemplificativas (*numerus apertus*) das atividades que normalmente envolvem as relações de consumo e que possam gerar ao consumidor direitos exercitáveis por meio deste Código, sem que se possa excluir de estar regulada por este Código outra atividade de natureza similar, semelhante ou de natureza equivalente às atividades enumeradas” (in José Manoel Arruda Alvim *et alii*, *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 35, comentários ao art. 3º).

8. Os conceitos de habitualidade e de profissionalismo possuem em certo grau inter-relação com o objeto da relação de consumo conforme será visto adiante, desvelando-se o alcance possível dos con-

6. A cisão dos elementos da relação obedece a fins meramente metodológicos, o conceito de relação de consumo é realidade íntegra e una.

é acidental. Veja-se, que o próprio conceito de fornecedor só se alcança levando-se (imediatamente) em conta o objeto da relação e é condicionado sobremaneira por ele.⁹

Tanto para definir o consumidor, quanto o fornecedor, não basta considerar apenas a natureza deste sujeito, há sempre elíptica uma questão de essência um “*adquirir ou utilizar o que*”, ou ainda “*produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar o que*”. Somente quando a resposta às questões acima formuladas for “produto ou serviço” é que haverá consumidor ou fornecedor nos termos das respectivas definições legais.

Ou seja, dizer que a relação de consumo é a que se estabelece entre consumidor de um lado e fornecedor de outro (como usual na doutrina) embora esteja correto deixa de chamar a atenção a um ponto fundamental para a compreensão do fenômeno, qual seja, que esta relação tem necessariamente por objeto produto ou serviço (e que o seu conteúdo condiciona a própria identificação dos seus atores).

Mais ainda, *atribuir a condição de consumidor e de fornecedor a quem quer que seja pressupõe uma averiguação prévia acerca do objeto da relação de consumo e sua identificação preliminar como sendo produto ou serviço.*

Tal constatação inverte o trato habitual que se dá à questão, na medida em que, usualmente, coloca-se o objeto da relação de consumo como elemento menor, mera decorrência de haver trato entre fornecedores e consumidores. Tal orientação é por

ceitos e seus desdobramentos. Assim o enquadramento destes requisitos como autônomos e vinculados à figura do fornecedor é feito para fins didáticos respeitando a opinião corrente da doutrina acerca do tema.

9. Neste sentido novamente o magistério de James Marins: “(...) poder-se-ia dizer, sinteticamente, que fornecedor é todo ente que provisione o mercado de consumo, de produtos ou serviços” (in Arruda Alvim, ob. cit., p. 32).

tudo falaz na medida em que ignora que as qualidades consumidor/fornecedor somente podem ser assumidas quando o objeto da relação havida for produto/serviço. Isto por força do que está contido na própria lei.

Tal ordem de coisas (e até a disposição dos artigos do CDC) levou a se tratar do objeto da relação de consumo (produto/serviço) como elemento de menor importância cuja definição remeteria, *i.e.* seria inferida, da correta identificação dos pólos da relação.¹⁰

Cumpra, pois, examinar com a devida atenção o objeto da relação de consumo, ou seja, o conceito de produto e serviço e os condicionantes por ele impostos aos outros elementos da relação (*i.e.* os pólos: consumidor e fornecedor), haja vista sua importância fundamental já devidamente ressalvada anteriormente.

Como ponto de partida, tem-se as prescrições do CDC que definem o objeto da relação de consumo: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (cf. CDC, art. 3º, § 1º) e “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes

10. À guisa de ilustração, por ser de reconhecida importância, consulte-se a definição de relação de consumo cunhada nos comentários do CDC de lavra dos autores do anteprojeto que é passada nos seguintes termos: “Pode-se dessarte inferir que toda a relação de consumo: a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (‘consumidor’), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (‘produtor/fornecedor’); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhes são destinados, arrisca-se ao submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços” (in Ada Pellegrini Grinover *et alli*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*..., cit., 6ª ed., p. 28, comentários ao Capítulo I de autoria de José Geraldo de Brito Filomeno). No texto citado fica clara a falta de autonomia que é dada aos conceitos de produto e serviço sem embargo de sua natureza essencial para a definição da relação de consumo.

das relações de caráter trabalhista” (cf. CDC, art. 3^a, § 2^a).

Ambas as definições caracterizam-se pela grande amplitude imprimida pelo texto legal que busca não permitir eventuais derrogações do sistema por haverem eventuais lacunas quanto ao objeto da relação de consumo, risco freqüente quando a lei se vale de conceituações expressas. É preciso então olhar além da amplitude dos conceitos para buscar encontrar os caracteres ontológicos do objeto da relação de consumo.

Dito em outras palavras, é necessário buscar o que efetivamente caracteriza o objeto da relação de consumo e aproxima os conceitos de produto e serviço enquanto integrantes desta mesma categoria legal (*i.e.* explicitação de seu núcleo comum).

Em relação ao conceito de produto, é necessário de antemão repugnar qualquer conceituação tendente a reduzir o problema da definição de produto a uma tautologia insolúvel. Isto, pois, não raro, se define como produto quaisquer bens, desde que objetos de uma relação de consumo; ou ainda como os bens fornecidos (escusada a redundância) pelo fornecedor. Ambos os conceitos, ignoram o fato que para a caracterização, nestes casos, tanto da relação de consumo quanto do fornecedor, é necessário que se esteja diante do objeto da relação como sendo produto.

É inviável, desde um ponto de vista lógico, identificar “produto” na acepção do CDC com base na sua afetação à relação de consumo ou ao fornecedor se ambos estes conceitos são definidos com base no mesmo elemento “produto”.

A análise deve ir mais além sob pena de se fazer grassar contradição tautológica invencível.

Neste ponto, cumpre retomar uma discussão acerca do conceito do próprio vocábulo “produto”, contraposto ao vocábulo “bem”, de largo uso em direito. Por ocasião da promulgação do CDC travou-se discussão acerca de qual a terminologia mais

adequada.¹¹⁻¹² Tal discussão, reflete nas entrelinhas a própria dificuldade da correta identificação do conceito de produto.

Com efeito, o que se pode concluir da análise do conceito de “produto” é que ele não coincide com o conceito de “bem”; embora a redação legal possa dar tal impressão em uma análise precipitada (“*Produto é qualquer bem*”). Se é verdade que produto sempre é um bem, não é verdade que todo bem seja um produto. Não há relação de identidade entre ambos os conceitos. Ou seja, o conceito de “bem” é condição necessária, mas não suficiente, para definição adequada de “produto”, isto é, objeto possível de relação de consumo.

Isto decorre da interpretação sistemática do parágrafo que define produto com as outras prescrições que tratam das “*disposições gerais*” do Código. Neste sentido, há de se remeter às próprias características que se imputam ao fornecedor, especialmente, à lista de ações que podem ser praticadas. Ao aludir, ainda que não de maneira taxativa, a desenvolver as seguintes atividades: “*produzir, montar, criar, construir, transformar, importar, exportar, distribuir ou comercializar*” fica claro que é relevante, por dar ensejo à relação de con-

11. “O § 1^o do mencionado Código fala em ‘produto’, definindo-o como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Melhor, entretanto, no nosso entendimento, seria falar-se em ‘bens’ e não ‘produtos’, mesmos porque, como notório, o primeiro termo é bem mais abrangente que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, aliás, a boa técnica jurídica, bem como a economia política”. É a opinião acerca dos termos de José Geraldo Brito Filomeno que prefere a dicção “bem” em detrimento de “produto” (in Ada Pellegrini Grinover *et alli*, ob. cit., p. 43).

12. “No Código de Defesa do Consumidor, a palavra ‘produto’ é empregada em sentido econômico, como ‘fruto da produção’. Produto é, portanto, um bem. Algo elaborado por alguém, com o fim de colocá-lo no comércio, para a satisfação de uma necessidade humana”. É a opinião de João Marcello de Araújo Júnior, que confere autonomia ao conceito de “produto” em relação ao conceito de “bem”, por aquele ser qualificado como resultado de um processo de produção (in José Cretella Júnior *et alli*, *Comentários...*, cit., p. 57).

sumo, que haja organização econômica desse processo.

Em verdade, o conceito aproxima-se bastante do moderno conceito de empresa (tomado em sentido amplo), na medida em que este se compreende como a organização racional de fatores econômicos (trabalho, capital, insumos etc.) para produção de utilidades passíveis de exploração econômica (*i.e.* com o intuito de lucro).¹³⁻¹⁴ Tal, fica ainda mais claro quando se percebe que deve haver habitualidade ou profissionalismo no desenvolvimento destas atividades, como assevera em uníssono a doutrina. Aliás, habitualidade e profissionalismo são justamente reflexos desta exploração revestida de organização econômica e devem ser aferidas no caso concreto para serem identificadas com propriedade.

Habitualidade e profissionalismo, características que se imputam necessariamente para que se perfaça o conceito de fornecedor, conectam-se intimamente com a problemática da definição do objeto da relação de consumo. Há um invencível condicionamento mútuo que deve ser levado em conta pelo intérprete, não sendo lícito fazer análise dissociada destes conceitos (o tema será retomado mais adiante).

A conjugação do conceito de “produto” com o de “fornecedor” (absolutamente necessária) indica que não basta que se oferte um bem a alguém, tal procedimento

13. Neste sentido, tem valor metodológico a prescrição do Código Civil, em seu art. 966, *caput*, que caracteriza o que seja empresário (e por via reflexa, empresa): “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

14. Isto na verdade não significa que o CDC só se aplica às empresas, pois, o CDC não retirou os “profissionais liberais” (cf. art. 14, § 4º) do rol dos fornecedores como fez o CC em relação às “*profissões intelectuais*” do rol dos empresários. Assim, os “profissionais liberais” (*i.e.* que prestam atividades intelectuais, nos termos do CC) são fornecedores, apenas com as salvaguardas quanto à forma de responsabilização feita pelo CDC.

*deve revestir-se do mínimo de organização econômica para ser objeto de uma relação de consumo.*¹⁵

É esta nota de organização econômica, com vistas ao lucro, que separa o conceito de “bem” (que dela pode prescindir) do de “produto”.

Produto, assim, na acepção do CDC requer um *plus* em relação a bem para ser caracterizado como objeto da relação de consumo. Nesta linha, todo produto é um bem (como afirma taxativamente o CDC), mas nem todo bem é um produto. A linha de distinção entre eles existe na medida em que para que haja um “produto” é absolutamente necessário que se revista o processo de um intuito econômico, no caso de bens isto não se faz necessário, ou seja, não é imprescindível.

Escusando novamente a redundância: *produto é resultado de um processo de produção que, para fins do direito do consumidor, reveste-se de organização econômica com intuito de lucro.* É esta a inteligência do vocábulo utilizado pelo CDC que corretamente remete à noção de organização de fatores econômicos com o intuito de lucro.

Se tal constatação fica um pouco obscurecida quando está a se tratar de produto, crê-se que a conceituação de serviço tem o condão de tornar a matéria sobremaneira mais clara, expondo o ponto fulcral da questão, a pedra de toque para desvelar o conceito de relação de consumo.

Na letra da lei configura-se serviço como — “*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*”.

15. Tal organização deve ser aferida caso a caso e não decorre da existência de caracteres formais (p.ex., constituição de uma empresa). É perfeitamente possível reconhecer organização econômica no sentido empregado em atividades informais, que não deixam de constituir “empresas”, na acepção ora empregada.

Do cotejo das disposições legais que configuram produto e serviço, vê-se desde logo que o grau de detalhamento da conceituação deste é superior em larga medida ao grau daquele. O conceito de serviço recebeu maiores atenções por parte do legislador de modo que se pode, a partir dele, colocar com precisão cirúrgica pontos que porventura tenham ficado anuviados da análise do conceito de produto (onde houve grande esforço retórico para demonstrar pontos que agora hão de ficar mais bem postos).

O que se fazia de certa forma elíptico no conceito de produto, e obriga a uma discussão acerca do intuito econômico da produção, está posto de maneira clara no que toca ao conceito de serviço. Isto, pois está consignado expressamente no conceito — “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, o que põe a salvo de dúvida que tal processo possui uma imediata dimensão econômica.

Se não bastasse a menção ao mercado de consumo, que evoca as idéias já citadas, há alusão expressa à remuneração como integrante do conceito, o que põe o raciocínio antes exposto indene de dúvida (em uma primeira análise, pelo menos, acerca dos serviços). Eis o ponto (remuneração) que merece análise detida para fins de uma correta identificação da relação de consumo.

É justamente o conceito de remuneração que sedimenta as conclusões até o presente momento lançadas. Tal atributo, se bem que mencionado apenas para serviços, condiciona toda análise do objeto da relação de consumo (e, por consequência, de fornecedor), sendo de fundamental importância para defini-la. Para que se perceba tanto é necessário liminarmente afastar preconceito hermenêutico comum.

O preconceito a ser afastado é de uma interpretação gramatical restritiva que no caso em mira residiria na identificação do conceito de remuneração integrando apenas o objeto “serviço”. Tal postura ofende os postulados da interpretação sistemática e implicaria, se adotado, em última instân-

cia, em conferir tratamento distinto a duas realidades que se equivalem. Fácil é demonstrá-lo.

Com efeito, seria inviável conferir tratamento distinto, no que toca à remuneração, a “produto” e a “serviço”, ambos objetos de uma relação que predica a aplicação de um plexo de normas específicas. Não há razão para legitimar o discrimen, no que pertine à remuneração entre produtos e serviços.¹⁶

Invertendo a ordem da formulação para fins didáticos fica mais clara a idéia. Para que se perceba tanto, é apenas necessário visualizar que não teria sentido, no caso de não haver remuneração, razão para se conferir tutela jurídica distinta para o adquirente final de produto e para o destinatário final de serviço. Ambos hão (*respeitadas as especificidades do CDC*) de receber o mesmo tratamento jurídico, não sendo lícito lhes discriminar o tratamento, para fins de incidência, ou não, do CDC, em função do elemento que vier a integrar a relação de consumo como objeto (se produto ou serviço). O tratamento a ambos deve ser em linhas gerais, parêlo.

Como argumento de reforço, tem-se ainda a própria unidade no mesmo artigo dos conceitos de fornecedor, produto e serviço que no mínimo reclama que o intérprete procure o entrelaçamento (condicionamentos recíprocos) entre estes elementos.

Veja-se que como ambos os conceitos destinam-se a fazer as vezes de objeto da relação de consumo, predicando em suma a aplicação de regime jurídico qualificado (de especial proteção ao consumidor por injunção constitucional) não teria sentido fazer diferença no que concerne à remuneração para franquear regimes díspares, favorecendo o adquirente de produto em detrimento do adquirente de serviços.¹⁷ A

16. Neste passo estão sendo seguidos os ensinamentos célebres de Celso Antônio Bandeira de Mello, in *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

17. Exemplo de produto que é fornecido sem remuneração direta é a amostra grátis, que acaba por

Constituição não se compraz com a distinção sendo a proteção ao consumidor (tanto de produto como de serviço) o bem a ser tutelado, não sendo conforme a constituição a interpretação de uma remuneração dizer respeito apenas a serviços.

Ou seja, o fornecimento de produtos, para ser juridicamente relevante para o CDC, não prescinde que haja remuneração; a uma, por ser produto dicção que evoca que o fornecimento se dê de modo economicamente organizado (distinguindo-o de bem) e, a duas, por não poder se operar distinção juridicamente válida no que toca à remuneração, cotejando este conceito com o de produto, especialmente face à Constituição, que não distingue o consumidor de serviços do de produtos.

Dito o que se disse até o presente instante, pode-se começar a evocar a idéia fundamental do presente ensaio, que condiciona as inferições lançadas e justifica a pesquisa levada a efeito até o presente momento, por ponto de partida inesquivável. O esforço de sistematização que teve em mira a relação de consumo teve por ensejo justamente colocar na ribalta o elemento "remuneração" e seu papel para correta compreensão do CDC enquanto sistema de proteção ao consumidor.

Pelo que se expôs, pode-se lançar conclusão sobremaneira importante para análise da relação de consumo e do procedimento lógico para sua definição. Em verdade, além dos elementos expressamente mencionados pelo CDC (consumidor, fornecedor e objeto) *há de se acrescentar a remuneração que deve estar presente para que incidam as regras definidas no Código* (no que toca ao seu conceito ordinário, que exclui as equiparações que se sujeitam a outra lógica).¹⁸

receber o mesmo tratamento de serviços prestados indiretamente, demonstrando a inviabilidade de conferir tratamento diferenciado a ambas as hipóteses.

18. As inferições lançadas neste estudo conectam-se apenas ao regime ordinário do CDC, haja vista a nota de reprobabilidade ínsita às extensões do CDC não permitir a imediata aplicabilidade do

Ou seja, *o elemento remuneração é essencial para que se verifique a relação de consumo conforme ordinariamente definida pelo CDC em seus arts. 2º e 3º.*

Em que pese a alegação causar certa espécie, é de se adiantar que o conceito escoreito de remuneração tem a aptidão de submeter ao regime do CDC o grosso das situações que se identificam de maneira leiga com gratuidade (v.g., os casos de remuneração indireta).

Frise-se, entretanto, que a correta identificação do conceito de remuneração é pressuposto elementar, na linha apresentada, para que se trabalhe com correção o direito do consumidor, fixando com acerto seu âmbito de aplicação no que tange à relação de consumo.

3. O conceito de remuneração e elementos para sua correta identificação

Para identificar com acerto o conceito de remuneração, partir-se-á de julgados cuja análise tem aptidão de demonstrar a sua correta caracterização de modo mais proveitoso que a mera enunciação abstrata. Diz a mansa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento do supermercado. Embora inexistente pagamento direto, a empresa tem manifesto interesse econômico em oferecer local apropriado ao estacionamento de carros, eis que atualmente este é fator o mais ponderável no angariar e atrair clientes. Presumível, assim, assunção da obrigação de guarda e vigilância dos veículos ali estacionados.*¹⁹

Direito civil. Indenização. Estacionamento em supermercado. Furto de veículo. Responsabilidade pela guarda da coisa. Recurso provido. A empresa que, em aten-

raciocínio ora exposto nos casos por elas previstos. É necessário analisar as particularidades de cada caso o que desborda dos limites da presente análise.

19. STJ, 4ª T., REsp 27.452-SP, Rel. Ministro Athos Gusmão Carneiro, j. 9.11.1992, DJ 30.11.1992, p. 22.624, destacou-se em itálico.

ção aos seus objetivos empresariais, oferece local presumivelmente seguro para estacionamento, assume obrigação de guarda e vigilância, o que torna civilmente responsável por furtos em tal local ocorridos.²⁰

A matéria, por encontrar-se pacificada no âmbito das Turmas de direito privado do Superior Tribunal de Justiça foi sumulada nos seguintes termos: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículos ocorridos em seu estabelecimento” (Súmula 130).

Analisando os precedentes colacionados, para mais do que se fixar a obrigação de reparar danos havidos em estacionamento, há importante contribuição para que se apreenda o conceito jurídico de remuneração. Isto, pois, nesta espécie de julgado não há remuneração direta sendo que para o consumidor o serviço (no caso de estacionamento) não é cobrado.²¹

20. STJ, 4ª T., REsp 30.033-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 8.2.1993, DJ 8.3.1993, p. 3.124, in *RSTJ* 72/381, destacou-se em itálico.

21. Esclarece os conceitos, Antônio Carlos Efig: “A remuneração direta é a compensação imediata, ou a retribuição instantânea pelo serviço prestado: há a prestação, e sua conseqüente remuneração, que se dá de forma perfeitamente visível. Sujeita-se ao arbítrio das partes, que a convencionam livremente. Assim, normalmente importa em prestação pecuniária, mas nada impede seu ajuste em outras espécies, como alimentos, vestuário, etc. É a forma mais comum de remuneração, sujeitando-se ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Indireta, por sua vez, podemos chamar a remuneração que se traduz num benefício econômico, numa vantagem auferida pelo prestador do serviço que será verificada não no exato momento da prestação, mas da qual poderá este desfrutar futuramente. Para elucidar o conceito, podemos mencionar o caso dos estacionamentos de supermercados: a princípio, o consumidor não está pagando — ao menos não diretamente — pelo serviço ofertado, havendo então prestação, sem a devida remuneração. Num segundo momento, ao analisarmos a vantagem auferida pelo dono do estabelecimento, que consegue com a prestação aparentemente gratuita de um serviço atrair a clientela, que além de pagar o valor equivalente ao estacionamento de forma embutida no preço dos produtos que adquire, acaba por aumentar a venda dos produtos e conseqüentemente o lucro do fornecedor,

Aliás, esta nota é frisada por Cláudia Lima Marques:²² “Parece-me que a opção pela expressão ‘remunerado’ significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o ‘benefício gratuito’ que está recebendo. A expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos considerados ‘unilaterais’, como o mútuo, assim como na poupança popular, possuem um sinalagma escondido e são remunerados”.

Nos casos mencionados, há a chamada remuneração indireta, onde, mesmo não havendo por parte do consumidor pagamento, admite-se que haja uma vantagem econômica, não sujeita à apropriação imediata pelo fornecedor, que o autoriza ser responsabilizado pelos danos causados aos veículos.

Não por outra razão, frisam os julgados colacionados esta faceta: “(...) a empresa tem ‘manifesto interesse econômico’ em oferecer local apropriado ao estacionamento de carros (...)”; “(...) A empresa que, em atenção aos seus ‘objetivos empresariais’, oferece local presumivelmente seguro (...)”.

Enfim, reduzindo os julgados à essência, no que tange à remuneração, admite-se que ela é indireta quando o fornecedor frui de algum benefício econômico advindo da prestação que não é cobrada (diretamente) do consumidor.²³ Indiretamente, este raciocínio define o que seja propriamente remuneração e o alcance do conceito.

constatamos a existência da remuneração indireta” (ob. cit., p. 72).

22. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, arts. 1º a 74 — *Aspectos Materiais*, São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 93, comentários ao art. 3º.

23. Para fins didáticos, o fenômeno que estamos chamando de “pagamento” é vocábulo tomado de maneira coloquial, isto é, como ato de transferir um numerário a outrem, e não constitui, necessariamente, o ato jurídico formal que é modalidade de extinção das obrigações, definido pela legislação civil. Quer mais significar a transferência de alguma importância ao fornecedor do que se referir a um ato jurídico que será definido por seu conteúdo.

Cumpra explorar, ainda mais, as conseqüências advindas da conceituação de remuneração indireta (espécie) que condicionam o próprio gênero em análise. É de se notar que remuneração não pressupõe — necessariamente — pagamento em pecúnia, tradição de dinheiro, podendo ser evidenciada mesmo quando não estiver presente esta característica, como no caso dos julgados citados.

Ou seja, *a tradição de dinheiro (ou qualquer outro fenômeno que lhe faça as vezes) não é elemento integrante do conceito de remuneração, que se perfaz mesmo que não se evidencie nenhum pagamento direto. A circulação de dinheiro entre os sujeitos é meramente accidental e não se conecta à essência da remuneração, tanto que esta pode subsistir sem aquela.*

Embora o pagamento de determinada quantia em dinheiro seja a maneira mais habitual para que se configure a remuneração (enquanto vantagem econômica) não é este elemento condição necessária para que se perfaça tal realidade. Supor o contrário seria incidir frontalmente na falácia do raciocínio indutivo; o fato de remuneração comumente estar associada à transferência de dinheiro não *induz* à identidade entre os conceitos.

Frise-se, remuneração diz respeito a uma vantagem econômica fruída por quem oferece uma utilidade (produto/serviço), não se conectando necessariamente à transferência de dinheiro.

Esta é conseqüência do maior relevo para identificação precisa do que seja remuneração, verdadeira chave de abóbada para que se compreenda o conceito na sua correta extensão. Tanto, basta para que se rompa com o juízo equivocado (verdadeiro pré-conceito) que leva, não raro, à afirmação insustentável de não haver remuneração quando não houver pagamento, por exemplo, para um serviço. É justamente a hipótese afastada pelos julgamentos colacionados.

Contudo, as conseqüências da correta identificação não param por aí, levando à outra conclusão igualmente importante, que

por vezes tende a ficar elíptica haja vista não se seguir com o raciocínio até suas últimas conseqüências.

Partindo-se da premissa (acatada, v.g., nos acórdãos), de que o pagamento não é elemento caracterizador de haver remuneração, além de admitirmos a hipótese de ela poder dar-se de maneira indireta (sem transferência aparente de valores), temos de admitir que pode não haver remuneração, mesmo havendo tradição de pecúnia.

Ou seja, se é verdade que *pode haver remuneração sem pagamento é também verdade que poder haver pagamento sem que se efetive remuneração*. Ambas as hipóteses são suportadas pelo conceito escoreito de remuneração, enquanto vantagem econômica.

Tanto, decorre do próprio conceito de remuneração que, como visto, não se caracteriza ou depende do pagamento (elemento accidental) e, em verdade, diz respeito à fruição por parte de quem oferta uma utilidade (bem ou serviço) de uma vantagem econômica que reverte em seu favor. Assim, é perfeitamente admissível que possa também não haver remuneração mesmo com a troca de dinheiro; mesmo havendo pagamento não há efetiva vantagem econômica para aquele que oferece a utilidade a ser fruída.

O que pode ser tortuoso é identificar corretamente estas hipóteses onde não há vantagem econômica; contudo, o raciocínio é por todo o exposto válido, sendo perfeitamente sustentável desde um ponto de vista teórico. Apenas, faz-se necessário fixar com acerto onde não se perfaz a remuneração, mesmo havendo pagamento. É necessário demonstrar na prática aquilo que em tese é perfeitamente possível.

4. Ainda da remuneração e da sua posição privilegiada na relação de consumo e das hipóteses onde ela não se verifica mesmo havendo pagamento

Vista a possibilidade teórica de se efetivar remuneração mesmo sem pagamento e

do seu contraponto lógico, isto é, da possibilidade de, *mesmo havendo pagamento*, não haver remuneração, é de se voltar ao próprio conceito de relação de consumo para ver como tais constatações a influenciam.

Como visto, a remuneração é critério ínsito para que se perfaça a relação de consumo (cf. ordinariamente posta pelo CDC), contudo é de se posicionar topologicamente este requisitos para que se possa entender com exatidão quando se estará diante desta espécie de relação, que predica a aplicação das normas especiais de proteção do consumidor.

Como enunciado de antemão, a remuneração deve ser entendida como a vantagem econômica fruída pelo fornecedor pela disponibilização de uma utilidade (produto/serviço) que há de ser fruída pelo consumidor (como destinatário final). A pergunta que se põe é saber onde a remuneração passa a integrar o conceito de relação de consumo, ou seja, onde ela há de se agregar para que incida seu efeito jurídico, qual seja, perfeição do vínculo entre consumidor/objeto/fornecedor.

Uma visão precipitada tenderia a afirmar que a remuneração acaba por unir o consumidor ao fornecedor, onde aquele paga para este, gerando-se a vantagem econômica que a define. Novamente, contudo, tal idéia incide na falácia de se raciocinar indutivamente; o fato de geralmente a remuneração obedecer a este esquema não basta para que se desvele a estrutura.

Com acerto, embora não sem surpresa, pode-se dizer que a remuneração situa-se entre objeto da relação e o fornecedor, não condicionando a figura do consumidor. *Em essência, o que há de ser remunerado é a outorga pelo fornecedor de produto ou serviço.*

Mais que bizantino capricho de taxonomia, este fato rende ensejo a duas importantes conseqüências que auxiliam a práxis do direito do consumidor.

A uma, este enlace entre fornecedor/objeto que é a remuneração (isto é, a van-

tagem em estar fornecendo produtos e serviços) condiciona a análise do requisito habitualidade/profissionalismo. Tais elementos estarão perfeitos quando se efetivar uma remuneração, que perfeitamente pode ser indireta, na atividade do fornecedor em disponibilizar produtos ou serviços, que deve ser organizada do ponto de vista econômico. Eis a chave do nó górdio da caracterização escurreita do fornecedor.

Ou seja, a habitualidade e o profissionalismo não de ser verificados quando estiver correlacionada à atividade de fornecimento de produtos ou serviços uma remuneração, que remete a um processo organizado para fins econômicos.

Outra conseqüência prática que se extrai do fato da remuneração vincular o objeto e o fornecedor é que ela não necessariamente precisa vincular o consumidor. Em outras palavras, não é necessário que o consumidor remunere (direta ou indiretamente) a utilidade que está fruindo, podendo ser ela remunerado por outrem, para que incidam as normas de proteção do consumidor.

Ainda que nada seja cobrado do consumidor, mesmo indiretamente, podem incidir as normas do CDC se quem disponibiliza as utilidades ao destinatário final esteja sendo remunerado por outrem.²⁴ Neste caso, ambos, por serem remunerados, são compreendidos como fornecedores para as finalidades do CDC.

Tal fato, válida empiricamente a assertiva da remuneração estar compreendida entre o objeto da relação e o próprio fornecedor, não tocando diretamente ao consumidor, que não precisa pagar diretamente pela utilidade para fazer jus à proteção legal.

24. Seria a hipótese de, por exemplo, de uma empresa de cosméticos patrocinar uma campanha onde se ofertassem tratamentos capilares gratuitos aos consumidores, disponibilizados por uma equipe de um salão de beleza, paga diretamente por quem desenvolve a campanha. Embora o salão de beleza não se remunere nem indiretamente dos consumidores ele é fornecedor, pois o serviço que está a oferecer é remunerado, ainda que por outrem.

Vista a posição da remuneração na relação de consumo, cumpre efetivamente analisar quando não se verifica a remuneração mesmo havendo recebimento de dinheiro por parte de quem está a ofertar a utilidade (serviço/produto), que em verdade é a hipótese de análise do presente estudo.

Em se partindo da premissa de que remuneração é uma vantagem econômica fruída por quem a oferta a utilidade, por evidente, ela só não se efetivará a remuneração quando não houver benefício econômico quando do seu fornecimento.

Ou seja, *só não haverá remuneração quando não houver exploração econômica (com intuito de lucro) das utilidades ofertadas*. Frise-se, que, por vezes, inclusive, pode ser que haja um pagamento pela utilidade, contudo, caso não haja vantagem econômica para quem a oferta não haverá remuneração efetivamente.²⁵

O grande problema destas considerações (*que decorrem apenas e tão-somente do conceito ora adotado de remuneração*) é enxergar onde pode haver a prestação destas utilidades (fornecimento de produtos e serviços) sem haver vantagem econômica, mesmo ocorrendo pagamento.

Notadamente, a resposta a estas questões está para além da atividade propriamente considerada, haja vista o foco do conceito de remuneração estar na própria

25. Neste ponto, ousa-se discordar do magistério de Cláudia Lima Marques quando assevera: "Na prática só há três possibilidades: a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado por ele indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente) e nem o fornecedor é remunerado de nenhuma maneira, pois se este fosse 'remunerado' indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes" (ob. cit., p. 95). Crê-se que a opinião, ao não distinguir "remuneração" de "transmissão de pecúnia" confunde conceitos díspares, que, aliás, servem para que se efetive a remuneração indireta.

natureza daquele que está a prestar as utilidades (e aí reside a importância dos conceitos de *habitualidade/profissionalismo*).

Para verificar-se se há remuneração, ou não, é de se empreender uma dupla pesquisa; primeiramente, é de ver se a própria estrutura do prestador da utilidade se orienta ao lucro (*i.e.* à obtenção de vantagem econômica) e, posteriormente, é de se analisar se efetivamente não está havendo de fato nenhuma apropriação econômica indevida das vantagens advindas do oferecimento dos produtos ou serviços. Somente em se conjugando os dois elementos é que se pode identificar que não há remuneração, mesmo que se admita em tese pagamento por alguma utilidade.

Cumpra, pois, que se examinem os requisitos que permitem que haja pagamento mesmo sem remuneração de modo a fixar quando efetivamente se está diante deste fenômeno, e, por conseqüência, não se perfaz relação de consumo.

5. Breves comentários acerca das personalidades sem finalidade econômica (o chamado terceiro setor) e da necessidade de demonstração fática deste requisito

Em relação ao primeiro requisito apontado (arranjo jurídico contrário ao lucro), é de se consignar, desde logo, que há arranjos jurídicos que, efetivamente, mesmo disponibilizando produtos ou serviços não o fazem visando vantagens econômicas e, pois, não se remuneram na acepção que estamos empregando no presente estudo.

A título de exemplo, pode-se citar o Estado agindo diretamente,²⁶ bem como

26. O Estado atuando no mercado (desenvolvendo tanto serviços públicos em sentido estrito, quanto atividades econômicas) *não o faz com o intuito de lucro*. O faz, ou por ser titular da atividade (CF, art. 175), ou por razões de ordem pública (CF, art. 173), ainda que nesse último caso deva adotar o regime de direito privado. Contudo, a questão por sua complexidade desborda dos limites do presente estudo.

entidades beneficentes e de benemerência (filantrópicas) que se destinam ao atendimento de finalidades socialmente relevantes. As entidades privadas sem fins lucrativos (ausência de finalidade econômica) são o objeto imediato da análise do presente artigo (é o chamado terceiro setor). São justamente as entidades privadas que atendem a finalidades de interesse socialmente relevantes, cuja atividade desempenhada não visa ao lucro,²⁷ que devem ser analisadas quanto à incidência ou não do CDC, na categoria ordinária de relação de consumo.

É necessário, no entanto, desde logo fixar o sentido que será adotado de atividade socialmente relevante com vistas a prevenir indevidas distorções interpretativas. *O conceito é adotado em referência a atividades que são tuteladas pela ordem legal, reconhecidas como dimensões fundamentais para a realização da dignidade da pessoa humana.*

A relevância se afere face à ordem legal e não por critérios outros como o número de pessoas atendidas ou a gratuidade das prestações que são critérios casuísticos. Ou seja, uma determinada personalidade não econômica que atenda a um grupo limitado de pessoas, em uma área de interesse restrita, pode perfeitamente estar a desenvolver uma atividade socialmente relevante. Tal juízo é qualitativo face à ordem jurídica e não comporta restrições de ordem subjetiva, tanto se dá pela própria multiplicidade de vértices que se realizam os potenciais humanos.

É o que se chama hoje de terceiro setor, cuja característica mais marcante é o desenvolvimento pela sociedade civil organizada de atividades socialmente relevantes (inclusive econômicas), sem fins lucrativos.²⁸⁻²⁹

27. Sobre o tema terceiro setor, consulte-se a inédita análise jurídica empreendida por Leandro Marins de Souza, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, São Paulo, Dialética, no prelo (original gentilmente cedido pelo autor).

28. "O nome Terceiro Setor indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal.

Tais entidades (filantrópicas) se caracterizam exatamente por não terem objetivos econômicos, gozando por isso de tratamento legislativo diferenciado (favorecido) em relação a diversos aspectos de suas atividades (normas tributárias, societárias, civis etc.).

O fenômeno vem sendo objeto recente de estudos, demonstrando a importância do fenômeno, contudo poucas obras dedicam-se ao tema que se caracteriza, notadamente, pela novidade. Se o tema em si já é carente de trato, em relação ao direito do consumidor tal realidade se faz sentir com maior intensidade, buscando o presente estudo lançar algumas luzes sobre o tema, sem pretensão de esgotar a matéria e sim fixar alguns pontos para uma discussão inicial.

Para início da análise, é mister tomar como ponto de partida as formas de manifestação destas personalidades jurídicas que têm por característica afastar a idéia de lucro. Tais entidades podem ser organizadas, de acordo com a legislação vigente, na forma de associações ou fundações privadas.³⁰

Os entes que interam o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços de relevante interesse social e público" (in Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro Setor*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 13).

29. Assinala Leandro Marins de Souza as seguintes características apontadas pela doutrina acerca do terceiro setor: "Em suma, portanto, enumeramos exemplificativamente algumas características extraídas dos conceitos normalmente difundidos sobre o Terceiro Setor: a) finalidades não coercitivas; b) entidades não estatais; c) finalidades não lucrativas; d) entidades fora do Mercado; e) visam a atender necessidades coletivas; f) visam a atender necessidades públicas; g) são organizações estruturadas; h) são organizações autogovernadas; i) contam com expressivo serviço voluntário; j) são organizações da sociedade civil; k) é expressão das práticas de caridade, filantropia e mecenato; l) é forma de exercício da cidadania; e m) vinculação ao conceito de solidariedade" (ob. cit., sem página).

30. Excluiu-se do rol as cooperativas, pois, sua definição pela legislação civil prevê distribuição de resultados para os cooperados proporcionais às operações efetuadas com a sociedade (cf. CC, art. 1.094,

São estas as formas de atribuição de personalidade jurídica (associação/fundação privada) que não se vinculam ao desenvolvimento de atividades com finalidades econômica (por expressa injunção legal), impedindo que se trabalhe com o conceito de remuneração.

Ou seja, tais arranjos de personalidade impedem, por sua própria natureza jurídica, que se trabalhe com o conceito de remuneração, consoante se depreende do Código Civil (Lei 10.406).³¹

Como se depreende da legislação de regência destas personalidades jurídicas, ambas possuem objetivos institucionais que não se comprazem com o desenvolvimento de atividade com finalidade econômica,³² contudo, é necessário fixar o alcance desta expressão e seu sentido para definir com exatidão no que ela consiste de fato e quais suas implicações para o objeto em análise.

VII). Assim em tese é possível que haja remuneração. Sem prejuízo disto, inúmeros são os dispositivos (inclusive de índole constitucional) que dão tratamento favorecido a esta espécie de sociedade que representa inegável valor social.

31. "Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. (...) Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes. Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência."

32. Contrapondo-se ao conceito, tem-se a definição de empresa que se infere do conceito de empresário (cf. CC, art. 966: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"), embora tivesse sido mais técnica a utilização no conceito da expressão "atividade com finalidade econômica", haja vista poder se explorar "atividade econômica" sem "finalidade econômica".

Como se aludiu acima, *remuneração consiste em uma vantagem essencialmente econômica que cresce, ainda que indiretamente, o patrimônio dos que prestam utilidades (produtos/serviços) aos consumidores. É justamente a possibilidade de fruir desta vantagem advinda da prestação de utilidades que deve se entender por "finalidade econômica" e contrapõem-se à "finalidade não econômica" havida nas pessoas em mira.*

Assim, ao se aludir a estas entidades deve-se entender que "não desenvolver atividade com finalidade econômica" se conecta justamente à ausência de remuneração, e não (como se poderia supor de afogadilho) que é vedada a prestação de utilidades no mercado. Ou seja, que seria vedada a prática de atividades econômicas. Isto, pois, a prestação de serviço ou o oferecimento de produtos no mercado (atividade econômica) pode perfeitamente não ter intuito de lucro, vulnerando interpretação em sentido diverso.

Deste modo, quando se alude à ausência de finalidade econômica está a se tratar da ausência de remuneração e não da impossibilidade de associações e fundações atuarem em atividades reservadas à livre iniciativa (aliás, somente essa conclusão se alcança da Constituição em face da titularidade estatal sobre os serviços públicos).

*Em suma, pode desenvolver-se atividade econômica sem finalidade econômica.*³³

Volviendo ao conceito de ausência de finalidade econômica, que se conecta à impossibilidade de se efetivar remuneração, é de se ver quando efetivamente as vantagens advindas da prestação da utilidade, não caracterizam este intuito.

Tal requisito só é perfeito em não havendo distribuição — a que título seja —

33. À guisa de exemplo podem ser citadas as universidades que não possuem fins lucrativos, contudo cobram pelo serviço de ensino ou ainda entidades que editem livros, e os vendam, para difundir certas áreas do conhecimento, sem, contudo, o fazer com intuito econômico.

de resultados financeiros positivos para os que integram estas personalidades, impedindo assim que se trabalhe com o conceito de remuneração, por haver exclusão lógica entre os conceitos.

É tal característica — não distribuição de resultados — que caracteriza a ausência de finalidade econômica e que, por conseqüência, fulmina a possibilidade lógica de haver remuneração, na medida em que qualquer benefício que venha a se agregar não se reveste de natureza econômica.

Novamente tal conclusão alcança-se, inexoravelmente, da legislação civil quando define o contrato de sociedade nos seguintes termos (CC, art. 981): “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Da definição (mais precisa do que a de empresário que não alude a resultado) percebesse que as sociedades empresárias — para serem encardas como tanto — dependem cumulativamente da verificação de duas condições: (i) *exercício de atividade econômica*³⁴ e (ii) *partilha dos resultados*. Somente quando evidenciadas estas duas notas haverá sociedade empresária.

Tal constatação torna clara a posição adotada de que atividade econômica pode ser explorada sem o intuito de lucro, isto é, sem distribuição dos resultados. Entretanto, neste caso o exercício não se dá por sociedades e sim por entidades organizadas na forma de associações e fundações (que são, então, o oposto de sociedades empresárias).

34. É de se ver que “atividade econômica” é vocábulo que não diz nada a respeito do intuito lucrativo ou não da sua exploração, tanto que expressamente o Estado as desenvolve por razões de interesse público (CF, art. 173). A dicção não se opõe à ausência de finalidade lucrativa e sim se opõe a serviço público que são atividades reservadas à exploração Estado onde de regra o particular não pode atuar em nome próprio.

Além disto, o referido comando legal torna indene de dúvida que finalidade econômica traduz-se na distribuição de resultados aos que exploram atividade econômica.³⁵

Voltando ao objeto de análise, no caso das associações e das fundações pode-se afirmar que elas não se remuneram das atividades (inclusive as de caráter econômico) quando não distribuírem aos seus integrantes resultados, pois neste caso o benefício havido com a prestação de utilidades não se destina à apropriação privada e sim para satisfação exclusiva dos objetivos sociais, que no mais das vezes vinculam-se a finalidades incentivadas pela ordem jurídica.

Assim é que deve ser entendida a ausência de finalidade lucrativa das associações e das fundações, como ausência de distribuição de resultados advindo da exploração de atividade econômica.

Isto é, o primeiro requisito para se sindicarem se efetivamente há remuneração é perquirir se existe a possibilidade de haver qualquer distribuição do resultado advindo da exploração das atividades desenvolvidas. Tal requisito diz tipicamente com a própria forma em que está organizada a pessoa que está a prestar as utilidades (requisito estático).

De regra, por explícita previsão legal, associações e fundações não desenvolvem atividade com finalidades econômicas (embora possam desenvolver atividade econômica), contudo, a simples presença destas formas não basta para provar-se que não há possibilidade de haver remuneração.

Além da necessidade da organização da personalidade vedar por definição a remuneração (requisito estático) é necessário evidenciar que este comando de fato se concretiza e não há qualquer desvio entre as atividades prestadas e os objetivos a se-

35. Tal constatação já se alcançava do Código Civil de 1916 como se infere dos seguintes artigos: 22, 24, 25 e 26, dentre outros.

rem perseguidos sem fins lucrativos (requisito dinâmico).

Isto, pois, a ausência de remuneração é requisito a ser aferido no caso concreto haja vista ser possível — mediante indevida utilização da personalidade jurídica de associações e fundações — a apropriação indevida de resultados, que não pode resultar na derrogação indevida do regime geral do CDC. Ou seja, o juízo de não haver distribuição dos resultados da exploração de atividade econômica, a par de estar suportado pela própria forma pela qual se organiza a personalidade jurídica, deve ser verificado face ao caso concreto. A caracterização da não distribuição não deve ser vista apenas de maneira formal e precisa ser demonstrada caso haja qualquer discussão acerca do tema.

Caso haja qualquer apropriação dos resultados (mesmo que disfarçada) haverá remuneração e, pois, haverá relação de consumo, advindo daí todos os efeitos legais insitos à perfeição deste vínculo jurídico.

A remuneração é algo que deve ser verificada face a cada caso, devendo restar demonstrado que não há distribuição de resultados de espécie alguma e que a missão institucional das personalidades sem fins lucrativos está efetivamente sendo cumprida sem qualquer desvirtuamento.³⁶

Como sabido, o regime do CDC é de especial segurança para o destinatário final de produto ou serviço sendo esta nota interpretativa (hipossuficiência) vetor hermenêutico que informa também o tema em análise. Deste modo, para poder derrogar-se o regime geral do CDC mister que haja

36. Isto, contudo, não implica em se reconhecer que não possa haver remuneração (como uma vedação absoluta) aos que prestam serviços para as entidades sem fins lucrativos. O que não pode ocorrer é que sob a rubrica de pagamento de salário estejam sendo distribuídos lucros de maneira indevida, contudo, o pagamento por serviços prestados efetivamente em valores condizentes com a realidade de mercado é lícito. Enfim, tal juízo por necessitar ser feito caso a caso não prescinde de análise criteriosa do caso concreto, não sendo lícito lançar juízos *a priori*.

prova inequívoca da finalidade não econômica de quem está a prestar utilidades.

Neste sentido, possuem valor informativo, comportando, entretanto, prova em contrário (presunção de legitimidade), as declarações advindas do Poder Público no sentido de determinada entidade não visar ao lucro. É o caso dos títulos jurídicos (v.g., OSCIP,³⁷ OS,³⁸ CEBAS³⁹) que são outorgados caso estejam cumpridos requisitos impostos pelo Poder Público,⁴⁰ de sorte a, fundamentalmente, atestar a finalidade não econômica de determinadas entidades.

Além desta faceta mais evidente de haver remuneração por apropriação ilegal dos resultados da atividade econômica (abuso de personalidade jurídica) é necessário investigar outro ponto, mais sutil, em que se afigura indevida a invocação das personalidades sem fins lucrativos de modo a não configurar a relação de consumo. Isto, pois, é possível haver desvirtuamento do próprio objeto explorado. É, portanto, necessário analisar inclusive a estrutura do prestador das utilidades para ver se as atividades por ele desenvolvidas estão consoantes os objetos por ele explorados, conforme definidos nos estatutos.

Nesta toada, ainda dentro da perspectiva dita dinâmica, é de se ver se as atividades

37. Organização da Sociedade Civil Organizada (cf. Lei 9.790/1999).

38. Organização Social (cf. Lei 9.637/1998).

39. Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (cf. Lei 8.742/1993).

40. Conceitua o fenômeno Paulo Modesto: "(...) essas designações consistem apenas em títulos jurídicos. Em princípio, títulos jurídicos que podem ser conferidos, suspensos ou retirados. Essas expressões não traduzem uma forma de pessoa jurídica privada. Nem informam uma qualidade inata ou traço original de qualquer espécie de entidade. Dizer de alguma entidade que ela é 'de utilidade pública' ou 'organização social' significa dizer que ela recebeu e mantém o correspondente título jurídico" (in "Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil", in *Mudança Social e Reforma Legal: Estudos para uma Nova Legislação do Terceiro Setor*, Joaquim Falcão e Carlos Cuenca (orgs.), Brasília, DF, Conselho da Comunidade Solidária, UNESCO, 1999, p. 139).

des desenvolvidas por associações e fundações estão suportadas por seus objetos sociais de modo a haver efetiva adequação entre ambos os planos. *Caso haja exacerbamento do objeto (desvio) estar-se-á diante de uma prática irregular face aos estatutos, o que autoriza a desconsideração da personalidade sem fim econômico o que faz também incidir o regime ordinário do Código de Defesa do Consumidor, por não ser a utilidade ofertada condizente com o que deve ser explorado sem o intuito de lucro.*⁴¹

A entidade estará neste caso explorando indevidamente uma atividade e não pode se beneficiar de nenhuma invocação de ausência de finalidade econômica; tal característica somente existe na medida em que esteja definida de maneira juridicamente idônea. Só há ausência de finalidade econômica na medida em que o direito a reconheça, o que não ocorre quando há desvio de objeto.

Sintetizando as meditações postas no presente tópico, é de se frisar que a simples presença de associações ou fundações não garante, por si só, que não haja relação de consumo por não haver remuneração. É fundamental, em homenagem ao próprio sistema do CDC que a ausência de remuneração se verifique de fato, isto é que não haja distribuição alguma de resultado ou exacerbamento dos objetivos estatutários. Somente se evidenciados todos os elementos postos em elenco é que se pode afastar a idéia de remuneração e da não configuração da relação de consumo.

6. À guisa de conclusão, algumas meditações constitucionais

Vistas as minudências referentes ao tema em análise, referentes à relação de

41. Esta solução é conforme o art. 50 do Código Civil: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

consumo, à remuneração e à finalidade econômica, cumpre, à guisa de concluir a discussão, urdir o tema à Constituição. Tal esforço justifica-se não apenas por ser a Lei Maior fundamento de validade de toda ordem jurídica, mas também porque o tema possui imediata referibilidade à Constituição, devendo então ser analisado por este vértice. Tal análise é ponto de partida necessário para as inferências lançadas, sendo que, apenas por fins didáticos, foi ela reservada ao fim.

Tanto a defesa do consumidor como o incentivo à participação de entidades sem finalidades econômicas na prestação de utilidades à coletividade com fins de dar cumprimento aos objetivos da República Federativa do Brasil são elementos dotados da mais alta dignidade constitucional, justificando este derradeiro (todavia, essencial) esforço teórico.

Com acerto, a doutrina consumeirista de escol invoca em suas meditações desde logo com suporte no *status* constitucional da "defesa do consumidor" (cf. CF, arts. 5^o, XXXII e 170, V). Assim, é a defesa do consumidor garantia fundamental que irradia seus efeitos sobre a ordem econômica que, para cumprir seus ditames de justiça (cf. art. 170, *caput*), não pode prescindir de tutelar a parte vulnerável do mercado de consumo.

Ao seu turno, diversas são as passagens da Constituição que demonstram o apreço que teve o constituinte com as entidades filantrópicas (que integram o chamado Terceiro Setor), ou seja, prestam atividades de inegável relevo social sem intuito econômico. Entretanto, a identificação desta realidade é mais fluída face à própria topologia constitucional. Isto é, o fomento constitucional a estas atividades encontra-se espalhado por toda a Constituição não havendo propriamente disposições que cuidem do tema de modo muito explícito.

Assim, para cuidar-se da questão com acerto é necessário ferir a questão inicialmente pelos próprios objetivos a que se

propôs a Constituição, especialmente no âmbito social, para ver onde se abre ensejo à participação das entidades sem finalidades econômicas nas atividades relevantes, desde um ponto vista constitucional.

À guisa de roteiro, pois este espírito impregna toda Constituição, pode-se partir do art. 6^o que põe em elenco os seguintes direitos sociais: *educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados*. Todos estes, pois, são objetivos incentivados pela ordem jurídica constitucional, sem prejuízo de inúmeros outros fixados ao longo de seu texto (frise-se, este espírito anima toda Constituição e são os direitos sociais um exemplo dentre outros possíveis — v.g., assistência judiciária).⁴²

Posteriormente, ao tratar da Ordem Social (Título VIII) a constituição vem a dar contornos mais definidos aos direitos sociais anteriormente gizados. É neste momento que se demonstra com clareza o espaço reservado à prestação de utilidades socialmente relevantes por parte da iniciativa privada, sem o intuito de lucro.⁴³

42. Tal referência se faz imperioso, pois, não só os direitos sociais postos em elenco impõem a necessidade de prestações positivas, a própria evolução do Estado levou a se reconhecer que os direitos e garantias fundamentais, além de uma função negativa configurada em um não agir do Estado, detêm um conteúdo positivo que consiste na adoção de medida para efetivar tais comandos normativos. Assim a referência feita não é exaustiva e sim exemplificativa, podendo-se fazer o raciocínio para direitos que não estão arrolados no rol dos direitos sociais *strictu sensu*.

43. Neste sentido inúmeras passagens dão conta da necessidade da participação, das quais, a título de mera exemplificação, destacam-se:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1^o. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

Da análise da dimensão que atingem os direitos sociais na ordem social percebe-se com clareza que a sua nota essencial trata da complementaridade entre o setor público e privado para atingir sua concre-

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I — a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II — o amparo às crianças e adolescentes carentes; III — a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV — a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V — a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I — comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II — assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.”

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:”

“Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

tização. Assim, a par da enorme missão institucional reservada ao Estado no que toca à efetivação dos direitos sociais (bem como de uma série de direitos e garantias fundamentais) tem-se em posição de relevo à atuação dos particulares.

Ou seja, *há o reconhecimento da Constituição que para efetivar os direitos sociais não basta apenas a atuação do Estado, sendo lúdima a participação dos particulares, com vistas a dar tangibilidade ao que está previsto apenas no plano abstrato*. Ao lado do Estado, é reservado espaço para a atuação dos particulares, operando-se o reconhecimento constitucional que para implementar os direitos sociais freqüentemente não só basta a presença pública, mas também é essencial a presença particular.

Contudo, a atividade reservada aos particulares não se esgota na possibilidade de exploração econômica (em regime de livre mercado) de alguns elementos integrantes da ordem social (v.g., previdência privada, saúde, educação), é também reservada a participação dos particulares sem o intuito de lucro e, pois, para além do regime de livre iniciativa e livre concorrência.

Isto é, partilhando o *mesmo espaço não estatal* (e, pois, passível de atuação pelos particulares) há duas possibilidades de atuação, distintas exatamente por conta dos objetivos que estão sendo perseguidos por quem está a lhes explorar conforme o caso.⁴⁴

Veja-se que ambas as dimensões são importantes para concretizar objetivos socialmente relevantes e possuem dignidade constitucional, todavia não há de se confundí-las, pois cada qual ocupa um espaço bem delimitado.

44. Assim, a mesma atividade econômica de prestação de serviços de saúde pode ser explorada com o intuito de lucro por um hospital particular e por uma Santa Casa de Misericórdia, mantida por uma Associação; o que distingue os dois regimes é exatamente o intuito com que é explorada a atividade. Frise-se, entretanto, que a utilidade prestada é a mesma.

Uma coisa, é a exploração com intuito de lucro que, em regime de livre iniciativa e livre competição, visa a difundir o fornecimento de utilidades aumentando a oferta e a margem de escolha da população, contribuindo — *ainda que de maneira mediata* — à promoção dos direitos sociais e, pois, do bem comum. Neste ponto reside o reconhecimento da ordem constitucional que a participação de particulares em regime de livre mercado por vezes contribui para a consecução de objetivos sociais relevantes, permitindo-se não raro sua participação em áreas cuja promoção não deixa de competir ao próprio Estado.

Não se confunde com este regime a participação dos particulares sem o intuito de lucro que, *de maneira imediata*, visa a fomentar os direitos sociais promovendo concretamente (sem remuneração) a oferta de utilidades destinadas a possibilitar o gozo dos direitos sociais (dentre outros possíveis). Nesta modalidade de participação o particular passa a colaborar diretamente com o Estado e concorre, por conta interesses altruísticos, junto a ele para a promoção dos direitos sociais e outros igualmente relevantes. É este o espaço denominado atualmente de Terceiro Setor.

Assim, cada órbita de atuação (quais sejam: *Primeiro Setor — público, Segundo Setor — particular em regime de livre iniciativa e Terceiro Setor — particular sem intuito de lucro*), sujeita-se a um regime jurídico próprio com responsabilidades e deveres distintos. A advertência tem o especial condão de frisar que o Estado tem sua missão para a promoção do bem social constitucionalmente delimitada e não caracteriza (ou não deve caracterizar) a participação do Terceiro Setor transferência desta responsabilidade a particulares. Insista-se que a Constituição delimitou os papéis de cada um dos atores (*suum cuique*) não sendo lúdimo operar confusão entre diferentes regimes jurídicos.

A este regime de colaboração com a realização de objetivos não econômicos é prestada especial deferência por nossa or-

dem Constitucional, o que não pode ser negado enquanto realidade constitucional inferida de diversas passagens.⁴⁵ Há nítido suporte constitucional que demonstra haver um espaço de atuação reservado a particulares que desenvolvem atividades relevantes para o bem comum sem o intuito de lucro.

Sem exagero, pode-se inclusive invocar que a participação dos particulares sem intuito econômico se dá sob o regime de função⁴⁶ na medida em que a exploração das atividades não é feita em seu interesse próprio e sim no interesse daqueles que estão a receber as prestações. Embora não se possa, ordinariamente, reconhecer prerrogativas de direito público aos particulares, é de se ver que, nos casos em análise, sua possibilidade de autodeterminação (autonomia da vontade) cumpre objetivos que transcendem seus próprios interesses.

Assim, a autonomia dos particulares quando no exercício de finalidades socialmente relevantes sem intuito de lucro não significa apenas a capacidade de perseguir seus próprios interesses, tal faculdade de autodeterminação visa precipuamente a dar o melhor atendimento a demandas de

45. Não por outra razão estas entidades são, cumpridos os requisitos da lei, imunes do recolhimento de impostos conforme se infere do art. 150, VI, c, bem como de contribuições para a seguridade social conforme art. 195, § 7^o, ambos da CF.

46. Conceitua o instituto, com a agudeza que lhe é ínsita, Celso Antônio Bandeira de Mello: "Em direito, esta voz função que designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que *deve ser* obrigatoriamente atendida por alguém, mas *no interesse de outrem*, sendo que, este sujeito — o obrigado — *para desincumbir-se de tal dever*, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do *interesse alheio* que está a seu cargo prover" (in *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 13). A única ressalva a ser feita é que o conceito em tela envolve um ator estatal (sujeito de direito público), contudo sendo o conceito aproveitável para o caso em tela no que toca ao seu elemento de essência, qual seja, potencialidades jurídicas (no caso autonomia da vontade) aplicadas em prol de outrem (destinatários da prestação).

terceiros que recebem tais prestações (produtos ou serviços), configurando-se o regime de função.

Didaticamente, a finalidade desta esfera de atuação (cf. ora definida) é a própria satisfação dos que recebem as prestações (que podem ser produtos ou serviços) e não realizar qualquer interesse do particular em si considerado. O interesse particular está condicionado à satisfação dos destinatários, sendo a autonomia o modo de tornar eficiente o atendimento das demandas socialmente relevantes. Esta é a lógica que governa tais iniciativas. A autonomia não existe por si só e sim para possibilitar o máximo atendimento de demandas socialmente relevantes.

O fato do tónus da relação estar na própria figura do destinatário da prestação, sendo que o particular ordena suas ações para tanto, permite que se invoque a figura do regime de função. A autonomia da vontade dos particulares que operam neste regime é tutelada pela ordem jurídica como forma de dar o melhor atendimento (exclusivamente nesta esfera de atuação) às demandas coletivas. Se assim não fosse, sequer seria prevista a possibilidade da participação dos particulares neste regime sendo todas as prestações fornecidas diretamente pelo Estado, sob o regime de direito público (*i.e.* sob o influxo das balizas da lei estrita) ou seriam ofertadas por particulares com intuito econômico (*i.e.* lógica exclusivamente privada). O próprio espaço reservado constitucionalmente à atuação dos particulares sem visar a resultados econômicos demonstra a pertinência das inferências.

Vistas, pois, a pujança constitucional da defesa do consumidor bem como do espaço reservado para entidades que desenvolvem finalidades atinentes ao bem comum sem finalidades lucrativas é de se ver quais os seus enlaces possíveis face ao Texto Constitucional.

Especialmente, há de se sindicarem se há efetivamente um conflito constitucional

entre ambas as dimensões, haja vista ter-se defendido abertamente a não incidência do CDC (em relação ao ser regime ordinário, qual seja, da relação de consumo), quando não se operar remuneração, mesmo havendo a outorga de produtos ou serviços.

A defesa do consumidor configura-se um direito individual fundamental do homem quando este atua no mercado de consumo; ou seja, o ser humano é tutelado constitucionalmente na sua dimensão de consumidor (bem como em diversas outras como homem trabalhador, sujeito de direitos políticos, contribuinte etc.). A par disto, projeta-se esta dimensão (defesa do consumidor) também como princípio da ordem econômica, haja vista estar a organização de nosso modo de produção orientada ao regime de mercado consagrador da livre iniciativa. O nosso modo de produção, destarte, não pode prescindir da figura de um consumidor tutelado de maneira adequada desde um prisma jurídico.

A questão de essência a ser investigada diz respeito se, ao afastar-se a efetivação da relação de consumo (e, pois, a derrogar o regime ordinário de defesa do consumidor), estaria configurada alguma ofensa aos primados constitucionais da defesa do consumidor.

A resposta só poderia ser positiva se partisse de invencível vício lógico já explicitado, qual seja, supor liminarmente que toda a prestação de utilidades configura, por si só, uma relação de consumo. Como visto, este raciocínio sequer se amolda à inteligência dos dispositivos que definem a relação de consumo, que exigem que se faça remuneração para que exista a relação de consumo. É, entretanto, de se ver se esta interpretação se faz conforme aos ditames constitucionais ou implicaria em ofensa elíptica aos predicados mais amplos da defesa do consumidor, sendo contrária à Constituição.

Fugindo da resposta elementar da defesa do consumidor se efetivar nos termos da lei (que já suporta a conclusão esposada),

é de se ver que o destinatário de prestações na relação de consumo e o destinatário de prestações sem intuito econômico se sujeitam a dois regimes constitucionais distintos que não podem ser confundidos.

Isto, pois, o destinatário de prestações a título não econômico constitucionalmente não pode ser configurado como consumidor (apenas o poderia numa acepção leiga), pois sua tutela se dá sob influxo de uma relação funcional, enquanto na relação de consumo o interesse do prestador é o seu mesmo. *Ou seja, enquanto o consumidor é um meio para o particular que atua perseguindo o lucro satisfazer seu intuito econômico, o destinatário de prestação que não visa a lucro é a própria razão de ser ofertada a utilidade.*

Ambas as dimensões recebem tratamento distinto em relação à incidência do CDC por não se equivalerem as hipóteses (isonomia) face à Constituição. O destinatário de prestações filantrópicas é a própria razão do particular que age sob este regime prestar as utilidades, o que lhe confere um estatuto que não pode ser entendido (em termos constitucionais) com o estatuto jurídico de consumidor.

Como visto, constitucionalmente, predica-se de um lado um regime de proteção ao consumidor (e, pois, de responsabilização severa do fornecedor) e, de outro, um regime de incentivo aos que se coadjuvam com o Estado, prestando diretamente utilidades sem intuito econômico.

Frisa-se, pois, a idéia de que os destinatários de prestações ofertadas em relações de consumo ocupam um espaço distinto do sujeito que recebe prestações ditas assistenciais, ofertadas por outros (particulares ou Estado) em seu próprio benefício.

O cidadão enquanto "consumidor" ocupa um papel distinto do cidadão que está a receber prestações sociais de particulares sem intuito econômico; no primeiro caso as prestações são ofertadas para a satisfação de interesses exclusivamente

privados e no outro elas visam à tutela do favorecido, atingindo uma dimensão coletiva, sob o influxo de uma relação funcional.

De um lado, tem-se o consumidor que possui elementos para atuar no mercado de consumo, detendo o mínimo de condições jurídicas que lhe permitem atuar nesta qualidade. A condição de “consumidor” permite um mínimo de liberdade essencial ao ingresso no mercado de consumo, sujeitando-se o cidadão neste papel à lógica de mercado, onde ambas as partes satisfazem seus interesses individuais na relação entre elas instauradas.

De outro, se tem sujeito que necessita receber utilidades, ínsitas à dignidade humana, que o Estado não está a ofertar ou que não poderia satisfazer (como consumidor) junto à livre iniciativa, de lógica eminentemente privada e orientada ao lucro.⁴⁷

É seguramente verdade que fornecedor persegue na relação de consumo o lucro, entretanto, não é menos verdade, que o consumidor persegue a satisfação de seu interesse pessoal; a relação é fruto, pois, da comunhão de dois interesses essencialmente individuais contrapostos. Todavia, por ser o consumidor a parte vulnerável ele recebe uma tutela jurídica diferenciada (defesa do consumidor) apta a garantir sua satisfação, que poderia quedar frustrada ante a possibilidade do fornecedor fazer valer seus interesses a ponto anular os interesses da outra parte. Esta é a lógica da relação de

47. Não se deve incidir no vício de que receber prestações assistenciais tem haver com miserabilidade ou pobreza, inúmeros exemplos demonstram o contrário. As prestações são das mais diversas ordens e não podem ser reduzidas a necessidades prementes dos necessitados. A própria sofisticação da sociedade que impõe maiores demandas a serem satisfeitas impõe a prestação de prestações que podem ser assistenciais bastante sofisticadas (p.ex., o ensino superior, acesso à cultura, a meios tecnológicos). Caso assim não fosse estaria se correndo o sério risco de deixar sem concretização uma série de objetivos que também são fundamentais por ausência de prestação do Estado e impossibilidade de aquisição no mercado. Pensar de modo diverso seria indevida nivelação por baixo.

consumo e da própria “defesa do consumidor” constitucionalmente posta.

A prestação de utilidades a título não econômico desborda completamente desta lógica, por *não estar configurado um interesse individual de quem esta a prestar serviços ou ainda a oferecer produtos*. Como frisado anteriormente, a relação se dá sob o influxo de uma função sendo que o próprio destinatário das prestações é a razão mesma dela estar sendo disponibilizada pelo particular, que o faz sem intuito econômico.

Esta nota de prestação de utilidades no interesse de terceiros, de modo a realizar e dar concretude a interesses socialmente relevantes provendo a dignidade da pessoa humana em suas diferentes dimensões, é insuscetível de ser reduzida ou confundida com uma relação de índole exclusivamente privada.

Assim, o destinatário das prestações ofertadas sem intuito econômico é figura que não se confunde com o consumidor, não sendo a derrogação do CDC proposta (por não estar perfeita a relação de consumo) qualquer ofensa aos primados constitucionais da defesa do consumidor.

7. Conclusões pontuais

Fazendo rasa síntese das idéias principais do que está contido no texto, apresenta-se recolha de conclusões pontuais para que se sintiquem as inferências nele propostas:

1. A relação de consumo é relação jurídica que une dois pólos, a saber, consumidor e fornecedor, em face de um objeto que pode ser produto ou serviço;

2. O objeto da relação de consumo (produto/serviço) é elemento autônomo, ou seja, possui definição própria, e é essencial para a caracterizar o vínculo relacional que une consumidor e fornecedor;

3. O objeto da relação de consumo condiciona — por expressa injunção legal — a caracterização dos consumidores e dos fornecedores, em especial;

4. O conceito de fornecedor é definido pelo objeto da relação (fornecedor é quem o presta) e a ele fica intimamente vinculado; é impossível qualificar o fornecedor sem fazer análise do conteúdo do objeto;

5. Deste modo os conceitos de fornecedor, produto e serviço (e aí seu agrupamento em um único artigo) se complementam e se condicionam mutuamente;

6. "Produto", no CDC, é conceito que se distingue de "bem" por, necessariamente, se apresentar como decorrente (*i.e.* consequência) de um processo economicamente organizado, que se identifica com o conceito de empresa (tomado como atividade e em sentido amplo);

7. Na inter-relação intrínseca entre produto e fornecedor, ambos os conceitos se condicionam, reforçando-se a idéia de que a atividade do fornecedor reveste-se de habitualidade ou profissionalismo, o que em última análise remete a uma ponderação acerca da avaliação desta atividade do ponto de vista econômico;

8. Tal raciocínio fica sobremaneira mais claro quando se analisa o conceito de serviço que expressamente faz menção ao "mercado de consumo" e "remuneração";

9. Sem prejuízo do conceito de produto não enunciar expressamente o elemento remuneração ele também se faz presente nesta categoria por decorrência da interpretação sistemática dos termos do artigo e por não haver como se distinguir o adquirente de produto e serviço quanto a esse particular — relação de consumo versando "produto" ou "serviço" predica o mesmo regime legal;

10. A remuneração pode se dar de maneira direta ou indireta e se caracteriza pela fruição de uma vantagem econômica por quem está a prestar utilidades, que no caso da remuneração indireta não é sujeita à apropriação imediata por que está a oferecê-las;

11. A tradição de dinheiro (ou qualquer outro fenômeno que lhe faça as vezes) não é elemento integrante do conceito

de remuneração, que se perfaz mesmo que não se evidencie nenhum pagamento direto, a circulação de dinheiro entre os sujeitos é meramente acidental e não se conecta à essência da remuneração, tanto que esta pode subsistir sem aquela;

12. Logo, tanto pode haver remuneração sem que haja transferência de dinheiro (remuneração indireta), quanto pode haver transferência de dinheiro sem que haja remuneração, por contingência expressa do conceito escorreito de remuneração que é vantagem econômica sujeita à apropriação;

13. A ausência de finalidade econômica de quem está a prestar as utilidades permite que se concretize a previsão de haver transferência de dinheiro (pagamento) sem, contudo, haver remuneração;

14. É a não distribuição de resultados (apropriação do resultado) que caracteriza a ausência de finalidade econômica e que, a reboque disto, fulmina a possibilidade lógica de haver remuneração, na medida em que qualquer benefício que venha a se agregar não se reveste de natureza econômica; ao seu turno, finalidade econômica ou intuito lucrativo é justamente a possibilidade de apropriação em proveito próprio do resultado da exploração de determinada atividade, sendo que remuneração só pode haver quando estiver configurado este intuito;

15. Há expressa previsão legal de personalidades jurídicas que por definição não possuem finalidade econômica, podendo, todavia desenvolver atividades econômicas (ou seja, passíveis de exploração particular) são elas as associações e as fundações, nestes casos não há apropriação do resultado;

16. O juízo de não haver distribuição dos resultados da exploração de atividade econômica, a par de estar suportado pela própria forma pela qual se organiza a personalidade jurídica, deve ser verificado face ao caso concreto;

17. Caso haja qualquer apropriação dos resultados (mesmo que disfarçada) ha-

verá remuneração e pois haverá relação de consumo, advindo daí todos os efeitos legais ínsitos à perfeição deste vínculo jurídico;

18. Tanto a defesa do consumidor quanto o fomento à prestação de utilidades socialmente relevantes são elementos presentes em nossa Constituição sendo necessários compatibilizar ambos os espaços constitucionais, de modo a demonstrar que não ocorre menoscabo à “defesa do consumidor” quando se advoga pela derrogação da relação de consumo nos casos de utilidades prestadas por entidades que não visam a objetivos econômicos;

19. O cidadão enquanto “consumidor” ocupa um papel distinto do cidadão que está

a receber prestações sociais de particulares sem intuito econômico; no primeiro caso as prestações são ofertadas para a satisfação de interesses exclusivamente privados e no outro elas visam à tutela do favorecido, atingindo uma dimensão coletiva, sob o influxo de uma relação funcional;

20. Esta nota de prestação de utilidades no interesse de terceiros, de modo a realizar e dar concretude a interesses socialmente relevantes provendo a dignidade da pessoa humana em suas diferentes dimensões, é insuscetível de ser reduzida ou confundida com uma relação de índole exclusivamente privada como a relação de consumo separando dois espaços constitucionais distintos.