CARLOS EDUARDO MANFREDINI HAPNER

DIREITO DO CONSUMO

(ASPECTOS DE DIREITO PRIVADO)

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Curitiba

1989

DIREITO DO CONSUMO

(ASPECTOS DE DIREITO PRIVADO)

por

CARLOS EDUARDO MANFREDINI HAPNER

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Marçal Justen Filho

_____

_____

Curitiba, de 1989

Ao Thiago, filho querido e cúmplice da vida.

S U M Á R I O

I. APRESENTAÇÃO 1

II. PARTE GERAL - DIREITO DO CONSUMO E SEU CONTEXTO 13

i. PRIMEIRA SEÇÃO - O CONTEXTO GERAL 13

ii. SEGUNDA SEÇÃO - O CONTEXTO ESPECÍFICO 35

III. PARTE ESPECÍFICA - ASPECTOS DE DIREITO PRIVADO 75

i. PRIMEIRA SEÇÃO - A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO 75

ii. SEGUNDA SEÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS 103

IV. CONCLUSÕES 192

V. ANEXO I 197

VI. BIBLIOGRAFIA 200

ÍNDICE ANALÍTICO 206

I. A P R E S E N T A Ç Ã O

A. PALAVRA INICIAL

1. A Constituição brasileira de 1988, ao fixar em seu artigo 5º., inciso XXXII, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", inaugurou em nosso Direito uma nova fase no que se refere aos direitos dos consumidores. Na verdade, é possível localizar inúmeras disposições legais e administrativas que tratam do assunto, editadas muito antes de se pensar na inserção da referida norma constitucional no contexto jurídico nacional. São regras que, no entanto, não alcançaram seus objetivos de forma plena, quer por imporem restrições ao seu próprio alcance, quer por regularem - na maioria dos casos - apenas parcialmente uma situação, que por seus contornos e características, é extremamente complexa e de difícil construção legislativa adequada.

2. O texto da nova Carta optou pela proteção do consumidor através de dispositivo de característica fundamentalmente programático. Salta evidente que a preocupação do constituinte chegou a perceber a gravidade do tema e, acertadamente, deixou que a legislação infra-constitucional se ocupasse das dificuldades naturais de sua efetivação. Nessa linha é que a nova Constituição determinou fosse elaborado um Código de Defesa do Consumidor, o que, nos termos do artigo 48 das Disposições Transitórias, deveria ter ocorrido dentro dos cento e vinte dias que se seguiram à promulgação da Constituição, tarefa da qual ficou incumbido o Congresso Nacional.

Em apoio à linha programática adotada pela Carta, escreveu-se ainda sobre o consumidor no título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), notadamente no artigo 170, inciso VI e artigo 175, parágrafo único, inciso II, além de regra fixando a competência de União para editar normas a respeito (artigo 24, inciso V), bem como outra, determinando o esclarecimento do consumidor a respeito da tributação incidente sobre o produto ou serviço que está a adquirir (artigo 150, parágrafo 5º).

3. Será importante ressaltar, no entanto, que a preocupação dos juristas quanto ao importante tema ora posto sob enfoque é seguramente anterior à iniciativa constitucional.

O Direito como um todo e inclusive desde a ótica do direito internacional, pode ser visto, relativamente à matéria, dividido em dois períodos bastante nítidos: o primeiro, derivado da interpretação que lhe era fornecida pelos conceitos da economia clássica, construída principalmente sob os alicerces da chamada "Revolução Industrial", cravado ainda na idéia até certo ponto ingênua de uma economia de mercado perfeita, onde as relações econômicas seriam dirigidas pelas noções da necessidade e da oferta; o segundo período, já bastante recente, que passou a exigir do Direito uma postura mais realista, desde que colocado em destaque o redimensionamento sofrido pela Economia capitalista, inaugurado com a reestruturação dos Estados Ocidentais após a Segunda Grande Guerra. Aqui já não é mais possível falar nas noções clássicas oferecidas pela Economia.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que este segundo período teve como fato marcante de seu início o famoso discurso

proferido pelo Presidente JOHN F. KENNEDY, em 1962 (1), frente ao Congresso Americano, fixando uma linha de Política Jurídica de Proteção ao Consumidor. Apesar de não poder ser catalogado como a primeira iniciativa moderna sobre o tema, o discurso de KENNEDY repercutiu mais do que qualquer outra iniciativa semelhante (2), desencadeando uma série de estudos e escritos nos países tidos desenvolvidos.

4. Também o direito brasileiro recebeu importantes contribuições sobre o tema. Destacou-se pelo espírito inovador e pela angústia com que detectou a situação de desproteção do consumidor o eminente professor FÁBIO KONDER COMPARATO (3), além dos reconhecidos mestres WALDÍRIO BULGARELLI (4) , J. M.

---

(1) O discurso do Presidente norte-americano é referido como fato marcante pelo Professor HIPPEL, "Verbraucherschutz", pg. 6 e 44. Trata-se da "Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest".

(2) Também em termos de conscientização política e início de nova fase legislativa, teve repercussão o conhecido Relatório "Molony", derivado de comissão instituída na Grã-Bretanha em 1959, sob a liderança desse jurista, que, em 1962, apresentou sugestões para a criação de uma instituição central de proteção dos consumidores e a instalação de órgãos locais de consultas pelos consumidores.

(3) "A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito do Consumidor", in "Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial", Rio de Janeiro, Forense, 1978.

(4) WALDÍRIO BULGARELLI; "A Tutela do Consumidor na Jurisprudência Brasileira e 'de lege ferenda', in RDM 49/83, pp. 41/55.

OTHON SIDOU [5], JOSÉ WILSON NOGUEIRA DE QUEIROZ [6] e WASHINGTON PELLUSO ALBINO DE SOUZA [7].

5. A análise bibliográfica prévia, no entanto, não é no sentido de se apreender claramente os contornos deste aflitivo tema. Vasta a bibliografia estrangeira, nem tanto a nacional, resta com freqüência a idéia de que o tema novo ainda não foi suficientemente sistematizado, levando à certas perplexidades próprias do caráter multifacetário do assunto, principalmente quando a ele se contrapõem as noções da Ciência Econômica com as da Ciência do Direito.

Há algo no exame dos conceitos básicos sobre o consumidor muitíssimo semelhante ao que já se passara com os comercialistas que buscaram conceituar e definir o comerciante. Os autores costumam se deparar com noções econômicas não muito precisas para "consumidor", exatamente da mesma forma como os comercialistas se debatiam em torno do conceito de comerciante, bem como na delimitação do vastíssimo senso da palavra "empresa".

Tal se passa com a noção de consumidor. Desde logo se torna visível a completa impossibilidade de se enfocar juridicamente a noção de consumidor sem que se leve em consideração a realidade econômica do momento do enfoque e a característica eminentemente multifacetária do fenômeno. Com

---

(5) "Proteção ao Consumidor", Forense, Rio de Janeiro, 1977.

(6) "Direito Econômico", Forense, Rio de Janeiro, 1982.

(7) "Direito Econômico", Saraiva, São Paulo, 1980.

esta constatação inicial - absolutamente inquestionável - quer-se afirmar a postura básica deste trabalho, através da qual assumirá proporções consideráveis o aspecto preponderantemente funcional do instituto, não se prescindindo da análise histórica e muito menos da atenta observação da realidade (8).

6. A dissertação que segue procura atender ao requisito acadêmico mínimo da sistematização da matéria. O caráter amplo e heterogêneo do tema praticamente impõe essa postura, tornando atrativa a proposta de fornecer uma idéia tanto abrangente quanto possível, buscando, com isso, despertar o interesse para o delicado tema, ainda nascituro em nosso ordenamento. Esse, pois, o objetivo básico: a tentativa de sistematização do assunto e a notícia sobre os seus avanços científicos nos países desenvolvidos.

B. DEFINIÇÃO DE PROBLEMAS E OBJETO SOB ANÁLISE

7. O paralelo com a figura geométrica de um poliedro talvez seja a melhor maneira de imaginar o caráter multifacetário que possui o chamado "direito do consumidor". As diferentes definições para a expressão "consumidor", as inúmeras relações jurídicas que se podem idealizar com sua presença, as formas de proteção e de defesa do consumidor, as relações de direito público e de direito privado, enfim, as mais variadas questões envolvendo a noção genérica de

---

(8) A metodologia do trabalho procura reunir as idéias de NORBERTO BOBBIO quanto à análise funcional do direito e os ensinamentos de MANUEL BROSETA PONT, sobre a investigação histórica e a atenta observação da realidade (ALFREDO ROCCO também assim ensinava).

consumidor são atraídas ao campo do ainda não bem definido ramo do direito do consumo.

8. A figura geométrica do poliedro vale ainda para ilustrar a interligação entre todas as questões referentes ao direito do consumo, não sendo possível a concepção do instituto sem que se admita uma unidade teórica que sirva de modelo básico, de matéria prima, a partir da qual serão delineados seus principais contornos.

Assim é que, de alguma maneira, estão inter-relacionados os problemas que envolvem o consumidor do ar atmosférico (intimamente ligado ao chamado "direito ambiental") e o consumidor de produtos farmacêuticos perigosos à saúde; ou são interdependentes as questões derivadas do direito à informação sobre bens ou serviços e as questões relativas ao comércio exterior, notadamente quando a legislação nacional não é rígida o suficiente para impedir a entrada de produtos no país, cujo consumo é proibido, v.g., na Comunidade Européia.

9. A extensão do tema e sua importância e grandeza no cenário jurídico nacional tornam arriscada a tarefa de dedicar um estudo que se repute completo sobre o direito do consumo, já se disse. Inobstante, os problemas existem e merecerão, em algum momento, a análise detida por parte dos doutos, esclarecendo-se, novamente, que o trabalho tem por objeto o estudo de uma ou poucas faces desse complexo poliedro.

Mas convém fixar algumas das indagações centrais e importantes sobre o tema, como a definir os rumos possíveis em qualquer investida científica em matéria de direitos do

consumidor e que seriam: (a) existe um direito do consumo como ramo autônomo do Direito?; (b) é possível a construção de um direito do consumo sem o auxílio das noções da Economia?; (c) na chamada relação de consumo, quem poderá ser considerado "consumidor" e quem será considerado "fornecedor"?; (d) constitui o "consumidor" uma categoria própria da teoria geral do direito?; (e) qual a melhor forma de proteção do consumidor? Auto-regulamentação do mercado, estabelecimento de regras preventivas ou repressivas, intervenção do Estado na Economia?; (f) por que as nações desenvolvidas ainda não estão alinhadas quanto à normatização e conseqüente codificação do direito do consumo?; (g) seria o direito posto insuficiente para regular as chamadas relações de consumo?; (h) quais os aspectos mais críticos do direito do consumo, em termos privatísticos?

Algumas dessas indagações serão objeto de análise direta e a ordenação das respostas se constituirá na estrutura básica do trabalho. Ao final, no entanto, são referidos aspectos interessantes e importantes do direito do consumo, como a demonstrar que não foram esquecidos, embora aqui não tratados por motivo estritamente metodológico.

10. A esta altura passa a ser razoável identificar a preocupação central do trabalho. É sabido que a proteção aos consumidores e, conseqüentemente, o tratamento mais detalhado do "consumo" é fenômeno recente na teoria do direito. No direito brasileiro, o caráter de novidade ainda é muito sen-

tido[9], tendo por resultado a ausência de debates amplos junto à população em geral e à comunidade científica (econômica, sociológica, jurídica e outras importantes áreas do conhecimento) em especial. Daí a eleição para o tratamento da matéria desde uma parte introdutiva, geral, onde se pretende sejam abordados tèmas gerais, não só estritamente jurídicos, mas também relacionados à política do Direito e suas conseqüências na elaboração do direito positivo.

De outro lado, a edificação de noções básicas para as figuras que serão brevemente objeto de tratamento legal (como o próprio consumidor, o fornecedor, enfim, a definição dos elementos integrantes da relação de consumo) assume especial relevância, ainda que a tarefa esteja intrinsecamente ligada aos aspectos privatísticos de que se ocupará a pesquisa em sua última parte.

Em parte específica do trabalho, por fim, será objeto de detalhamento da relação jurídica de consumo, além de dois pontos, identificados como críticos, cuja compreensão avista-se fundamental para a instalação do direito do consumo em países de economia capitalista, que são: (a) o princípio da responsabilidade dos fornecedores de bens e serviços; e (b) o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais. As

---

(9) Ao tempo da redação desse trabalho os jornais ainda publicavam com destaque o surgimento, no Brasil, de um "Código de Defesa do Consumidor". Essa característica da novidade assumirá sua importância na constatação de que a construção de um direito dos consumidores não é, no Brasil, uma conquista política, o que, a princípio, compromete a implementação e fixação da nova legislação no contexto social brasileiro. A este propósito, ver igualmente o anexo I deste trabalho.

referências à jurisprudência vão assinaladas em notas de rodapé, bem assim eventuais aspectos de relevância do Projeto de Código de Defesa do Consumidor.

Cabe aqui um esclarecimento, a respeito do Anteprojeto a que me refiro. Trata-se do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor publicado no Diário Oficial da União do dia 4 de janeiro de 1989. Foi elaborado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, através de comissão especial formada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, DANIEL ROBERTO FINK, KAZUO WATANABE E ZELMO DENARI.

Poucos dias antes de expirar o prazo para a entrega deste trabalho os jornais noticiaram que foi encaminhado ao Congresso Nacional um Projeto de Código de Defesa do Consumidor, material que me chegou às mãos apenas momentos antes do término do prazo.

C. A IMPORTÂNCIA DO TEMA E SUA LIGAÇÃO COM A REALIDADE.

11. O Brasil ainda se caracteriza por seu contexto sócio-econômico deficiente, em relação aos países mais adiantados, havendo correspondente carência no sistema de proteção aos economicamente mais fracos. Temos, contudo, uma particularidade: temos sido capazes de esboçar, de quando em quando, sinais próprios de países desenvolvidos, na incessante busca de melhoria das condições de vida de nossa população.

A Constituição de 1988 já sugere essa nova postura, incluindo diversos dispositivos típicos de ordenamentos

jurídicos de países economicamente estáveis e socialmente organizados. Não há demérito ao constituinte: ao menos já consagramos constitucionalmente princípios de Direito que um dia, ainda que tardem, estarão gravados no espírito dos cidadãos como algo absolutamente natural e decorrente de um Estado de Direito legitimamente conquistado.

Assim ocorre com o dispositivo constitucional que prevê a proteção dos consumidores. Não há qualquer movimento social que sustente a inclusão da norma na lei maior. Antes o contrário: a população recebe com surpresa o Código de Defesa do Consumidor e, na maioria das vezes, desconhecerá a origem de sua instituição.

12. A ignorância da população, todavia, não infere seja o assunto de menor importância. Outro é o ponto de vista a ser explorado. A bem da verdade, a ereção da proteção do consumidor à categoria de princípio constitucional pode ser tida como conseqüência e decorrência direta das conquistas sociais do cidadão comum. Não seria demais incluir a proteção ao consumidor, desde seu aspecto privatístico, como um dos direitos da personalidade(10). A esse propósito muitos já se referiram, valendo a lembrança do ensinamento do espanhol EDUARDO POLO: "(...) o problema do consumidor é, levado a suas últimas conseqüências, o problema do indivíduo e sua proteção

---

(10) Sobre a análise dos direitos da personalidade na França, é interessante o enfoque fornecido por RAYMOND LINDON, em seu "Les Droit de la Personalité", Dalloz, Paris, 1974.

não é senão a proteção da pessoa"[11]. O direito privado, aliás, está intimamente ligado ao direito do consumo, concretamente no que respeita ao direito contratual, como será visto [12].

Do lado do direito público, há todo um debate em torno da questão do intervencionismo estatal na economia, mais precisamente na atividade privada. A proteção do consumidor derivada de normas ditadas pelo Estado, seja influindo diretamente nas relações econômicas de mercado, seja alterando a equação básica da economia capitalista (teoricamente fundada no princípio da auto-regulamentação do mercado), sofre reações diretas da área empresarial, que não dispõe, ainda, de elementos suficientes para aferir todos os reflexos que essa intervenção rígida do Estado na relação de consumo poderá impor.

Falando sobre a mesma moeda, mas de sua outra face, estão os próprios consumidores, acostumados com a conduta paternalista do Estado brasileiro e que têm dificuldades sociais e culturais acentuadas para buscar proteção através de organizações associativas de natureza privada, nascidas da iniciativa dos próprios cidadãos. Será sempre mais cômodo que

---

(11) EDUARDO POLO; "A Proteção do Consumidor no Direito Privado", in "Estudios en Homenaje al Profesor ANTONIO POLO, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

(12) Mesmo que, na opinião de importantes autores a efetiva proteção dos consumidores só seja possível com a intervenção direta do Estado (cf. CRANSTON, "Consumers and the Law", p. 399 e ROSARIO FERRARA, "Contributo allo Studio della Tutela del Consumatore - Profili Pubblicistici", pp. 1/3. Ver também a nota de rodapé número 14, infra).

ao Estado seja confiada a tarefa de protegê-los contra os abusos praticados pelos "fornecedores" de bens e serviços.

13. Faz parte desse complexo panorama, também, a constatação de que o consumidor comum está sendo diariamente seduzido a adquirir bens e serviços, cuja real necessidade é duvidosa. O caráter institucional da propaganda, em níveis ostensivos, de bens e serviços, em rádios, televisão, "outdoors", faixas, "neons", revistas, jornais, é motivo de preocupação por parte de todas as legislações a respeito do consumo. Esses veículos - e notadamente a imprensa falada e escrita - assumem dimensões assustadoras em termos de capacidade de "sedução". A proteção ao consumidor que se pretenda efetiva deve enfrentar, necessariamente, essa realidade, orientando-se no sentido de que a propaganda seja encarada como uma verdadeira proposta contratual e os termos dos anúncios integrem-se nas cláusulas - escritas ou não - dos contratos encenados com os consumidores.

É necessária, igualmente, a referência ao fato de que é lançada no mercado quantidade incomensurável de produtos e bens cujas qualidades técnicas anunciadas são de difícil comprovação prática. Exemplo disso são os constantes avanços tecnológicos da indústria, pródiga em provocar o consumidor com nomenclatura pseudo-técnica e promessas futurísticas que jamais serão objeto de comprovação científica (ao menos por parte do consumidor que adquire bens ou serviços com tais características).

II. PARTE GERAL - DIREITO DO CONSUMO E SEU CONTEXTO

i. PRIMEIRA SEÇÃO - O CONTEXTO GERAL

A. CONSIDERAÇÕES GERAIS

14. A disciplina jurídica do consumo tem merecido, recentemente, cuidadosa atenção por parte de juristas do mundo inteiro. A bibliografia é vastíssima e oferece estudos sobre os mais variados ângulos que o instituto comporta.

Talvez pela liderança que a CEE tem exercido na Europa Ocidental, em especial pelas inúmeras diretivas que com freqüência orientam os Estados-membros sobre o assunto, a produção jurídica que mais se destaca vem exatamente do velho continente. Em igual grau de importância, mas sob o enfoque próprio e característico do "common law", destacam-se os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha.

15. Essa larga oferta de escritos, no entanto, não implica seja a matéria "consumo" de fácil apreensão pela Ciência do Direito. A amplitude do termo - antes referida - proporciona sejam exploradas as mais diferentes facetas de um instituto cuja natureza é eminentemente econômica e que o Direito como ciência tem notável dificuldade de compreender.

Basta verificar alguns desses autores, que supostamente estariam escrevendo sobre o mesmo tema e desde logo se nota a veracidade do que até aqui se mencionou. Uns falam de direito do consumo; outros, de direito do consumidor; outros, ainda, de direitos dos consumidores.

Essa subdivisão - que de início já soa artificial - sugeriria que "o direito do consumo" abrange toda e qualquer relação de consumo, envolvendo ou não o consumidor final. Os direitos do consumidor (no singular) estariam a se referir às relações jurídicas do consumidor individualmente consideradas, enquanto direitos dos consumidores (no plural) pressuporia a tutela dos interesses difusos ou coletivos dos consumidores(13).

Outros insígnes mestres preferiram um critério mais racional, tratando as relações de consumo desde seu lado publicístico ou privatístico, identificando a divisão de seus trabalhos à partir desse critério geral(14).

O primeiro ramo se ocuparia de um sem número de ramificações: a intervenção do Estado, a repressão do abuso do poder econômico, a proteção do consumidor pela via administrativa, o direito constitucional do consumidor, o processo de elaboração das leis sobre os consumidores, o direito penal do consumidor (citações meramente exemplificativas).

---

(13) Sobre essa estranha metodologia, conferir GONZALES RUS, Juan Jose; "Los Intereses Economicos de los Consumidores", "Instituto Nacional del Consumo - Ministerio de Sanidad e Consumo", Madrid, 1986.

(14) FERRARA, Rosario; "Contributo allo Studio della Tutela del Consumatore - Profili Pubblicistici", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983; RUFFOLO, Ugo; "Interessi Collettivi o Diffusi e Tutela del Consumatore - Il problema e il metodo - Legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali", Dott. A. Giuffrè Editore, 1985; e, ainda, RUFFOLO, Ugo; "La Tutela Individuale e Colletiva del Consumatore - Profili di Tutela Individuale (I)", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

O direito privado, de seu lado, teria a regular as relações contratuais, o importante capítulo da responsabilidade dos fabricantes e produtores, o direito à informação, os chamados contratos de adesão (ou por adesão), a publicidade enganosa, a produção e a distribuição em massa, a concorrência (a distribuição è a concorrência comportariam, inclusive, disciplinas autônomas, desde o enfoque que se adota neste trabalho - cf. número 76, infra).

Seria incompleto o leque de perplexidades se faltasse expressa referência às mais variadas posturas político-ideológicas dos autores, ora defendendo princípios típicos da escola econômica liberal, ora evidenciando a falácia da economia capitalista, com isso emprestando às noções de consumidor e fornecedor características obviamente contra-postas, conforme se os veja perfeitamente integrados no regime do mercado livre, no primeiro momento, ou explorando e sendo explorados, respectivamente, de maneira engenhosa e sofisticada, no segundo momento.

B. DIREITO E ECONOMIA

16. Tem-se procurado colocar em evidência a acentuada interdependência entre as ciências do Direito e da Economia. As dissertações jurídicas modernas, com especial atenção àquelas nascidas na Itália e Alemanha, têm buscado salientar a importância e mesmo a necessidade de que o Direito seja estudado desde uma interpretação de natureza econômica. Autores renomados salientam essa conotação, buscando orientar

seus estudos e conclusões desde uma perspectiva extraída da própria realidade econômica. São exemplos disso os ensaios colecionados por GUIDO ALPA, FRANCESCO PULITINI, STEFANO RODOTÀ e FRANCO ROMANI (15), a magnífica obra de FRANCESCO GALGANO (16), e, em matéria de direito público - concretamente Direito Tributário - HEIRICH BEISSE (17), dentre inúmeras outras a que se poderia referir.

Essas concepções devem ser associadas à outras, que na prática se completam, na esfera do direito do consumo. Na verdade, espera-se alcançar a possibilidade de uma interpretação razoável do contexto brasileiro à partir do texto constitucional; e, precedentemente a ele, estudar o importante fenômeno do poder, com especial atenção ao poder econômico.

Constitui objetivo deste capítulo o tripé assim formado: (a) a compreensão do pensamento econômico moderno em matéria de direito do consumo; (b) a inarredável manifestação do poder econômico nas economias capitalistas; e (c) a fixação das idéias básicas definidoras da ordem econômica constitucional brasileira.

---

(15) "Interpretazione Giuridica e Analisi Economica", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982.

(16) "Diritto Privato", Quarta Edizione, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1987.

(17) O enfoque desse reconhecido professor da Universidade de Munique e Juiz do Tribunal Federal de Finanças da Alemanha Ocidental refere-se ao "Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias segundo a mais Recente Jurisprudência Alemã" (in NOGUEIRA, Ruy Barbosa; "Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Ruy Barbosa Nogueira" (Vários Autores) Coordenador BRANDÃO MACHADO, Editora Saraiva, São Paulo, 1984, p. 5).

17. No Brasil, já em 1965, o Prof. FÁBIO K. COMPARATO reforçava a preocupação da doutrina moderna relativa ao distanciamento que o Direito vinha sofrendo em relação à realidade dentro da qual está inserido. Mais especificamente, referiu-se o ilustre professor paulista a que o "direito econômico", ao contrário de ser tratado como um direito marginal, inadequado aos debates acadêmicos e não digno de freqüentar as discussões doutrinárias, deveria ser visto como absolutamente indispensável nessa busca da aproximação do Direito à realidade(18). A conclusão de COMPARATO é ligada à necessidade de que o direito econômico seja definido e estudado, notadamente para evitar o divórcio apontado, que reputa perigoso para o desenvolvimento do Direito. Sugere seja abandonado o enfoque sistêmico do Direito, reconhecendo-se, de vez, pois, esse direito "menos qualificado" sobre o qual pareceria heresia referir.

18. A Economia exerce sobre o Direito, pois, uma influência incontestável. De outro lado, vale a advertência de que a contínua ignorância desse relacionamento tem contribuído para o atraso científico do Direito, que continua a se utilizar de fórmulas acadêmicas, ultrapassadas e estáticas para a solução de pendências oriundas de uma sociedade modificada e moderna, influenciada significativamente pelo contexto econômico que se criou à sua volta.

---

(18) "O Indispensável Direito Econômico", transcrito posteriormente em seus "Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial", Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 453/472.

19. Assim parece ocorrer com o Direito do Consumo. A definição de seu campo e conteúdo agride à idéia de sistema que impera no mundo jurídico. Não há espaço próprio para tal pretenso ramo do Direito. Seria Direito Público ou Privado? Integra o Direito Comercial ou o Direito Civil? Seria um capítulo do Direito Administrativo?

Constata-se que seria praticamente impossível incluir com sucesso o Direito do Consumo nessa árvore milenar onde se penduram os galhos do Direito. Tal como constatou o Professor COMPARATO relativamente ao chamado Direito Econômico, também ao Direito do Consumo seria reservada a marginalidade.

20. Daí a inevitável conclusão no sentido de ser absolutamente inócuo o esforço sistêmico de inclusão do Direito do Consumo na classificação tradicional. Igualmente inevitável admitir-se a essencialidade do fenômeno econômico permeando o campo do Direito, fornecendo as luzes necessárias ao aprendizado de questões novas e que o direito tradicional se tem mostrado incapaz de resolver satisfatoriamente. Justificam-se, pois, as preocupações apontadas, bem assim as considerações que seguem.

1) O PENSAMENTO ECONÔMICO

21. Não se espera aqui repassar toda a história do pensamento econômico. Parece inevitável, no entanto, que algo desse extenso panorama seja visto.

Em recente publicação nacional, o enfoque de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS mostra, em boa síntese, a existência de

quatro estilos econômicos precedentes aos pensadores do século XIX. Assim a escola espanhola, com bases mercantilistas; a escola inglesa, do liberalismo econômico de Adam Smith; a escola fisiocrata francesa, de bases agrícolas; e a eclética escola holandesa, introdutora do moderno sistema financeiro, com o mérito de ter reciclado as vantagens das três outras escolas(19).

Na mesma obra, em capítulo seguinte, o professor IVES MARTINS (p. 82) analisa o pensamento econômico dos séculos XIX e XX, reduzindo-o basicamente a duas correntes: a corrente liberal e a corrente socialista. Será razoável admitir-se que a maioria das constituições modernas estão sedimentadas numa ou noutra corrente, quando não em ambas.

22. Especificamente em relação ao direito do consumo, no entanto, foi sobretudo louvável a contribuição de GUIDO ALPA, renomadíssimo autor italiano que tem oferecido preciosos escritos em matéria de direito econômico, mais precisamente sobre direito do consumo.

Em sua "Tutela del Consumatore e Controlli sull'Impresa", o escritor italiano assim expõe os pensamentos econômicos tradicional e moderno, em matéria de direito do consumo.

23. Parte ALPA do reconhecimento de que a ciência econômica é responsável pelo fato de primeiro edificar a categoria conceitual do "consumo". Uma categoria que requer, como

---

(19) BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra; "Comentários à Constituição do Brasil", 1º. Volume, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 70 ss.)

se nota, uma atenção particular à história do pensamento econômico clássico. Explica que "é sobretudo razoável entender o fato que somente com o advento da revolução industrial se aprofundaram os problemas ordenados em torno do fenômeno do consumo. A integração por assim dizer natural que se verifica entre a categoria do consumo e a da produção induz os economistas a se ocuparem do consumidor como destinatário dos produtos da indústria, no período em que esta conhece, na segunda metade do século XVIII e no primeiro decênio do século XIX a sua maior expansão. O público de consumidores constitui-se no centro da demanda; os empresários no centro da oferta. No recíproco interagir da demanda e oferta e no equilíbrio alcançado pelo ponto de encontro das duas curvas se pode individuar o preço do produto, que resulta aceitável por parte do fabricante (porque remunerativo dos custos e da atividade de organização dos fatores de produção) e satisfatório ao consumidor, porque paga pela mercadoria um justo preço. Manobrado por uma mão invisível, que tudo controla e ordena, deixando livres as forças conflitantes, o mercado se transforma num lugar no qual o consumidor encontra ao mesmo tempo a satisfação de suas necessidades e o lugar para investir o seu dinheiro"(20).

Na seqüência de sua análise, ALPA invoca as conhecidas lições de SMITH e RICARDO, concluindo que "o consumo, enfim, constitui-se numa subtração de riquezas para acumulação; somente a acumulação é o "motor do desenvolvimento", segundo o cânone da economia clássica".

---

(20) ALPA, Guido; "Tutela del Consumatore e Controlli sull'impresa", Società editrice il Mulino, Bologna, 1977, p. 13 ss.

24. Na observação de ALPA, após a teoria clássica do consumo, inspirada eminentemente na filosofia do liberalismo, foram-se edificando sucessivamente novas teorias, já detectando certas insuficiências na concepção tradicional do consumidor como "consumidor-rei".

25. Com o advento da sociedade capitalista avançada, a nova realidade impõe que se proceda a uma sensível correção da teoria clássica; da mesma forma, o estudo do papel e da função do consumo é colocado em uma perpectiva diversa.

Galbraith, Baran e Sweezy, economistas de formações diferentes, estão de acordo que consumidor e mercado estão sujeitos à estratégia de lucro das grandes empresas. O mercado não é mais o lugar de encontro da demanda e da oferta, o lugar de conflito, mas sim o lugar de medição de forças opostas, bem assim o teatro de estratégia de atuação dos grupos monopolísticos. "Hoje, o capitalismo da concorrência encontra-se desmontado, escreve FORTE, citado por ALPA. "Em seu lugar, o mercado suporta condições de monopólio, oligopólio, concentração industrial, comercial, financeira e contratual (...)"(21). Na concorrência monopolística, "a demanda não é mais uma fato natural anterior à oferta, mas resulta manipulada e distorcida pelo jogo desta, sem que se possa dizer que o mercado "faz a vontade do consumidor" senão depois de deixar esclarecido que este, a sua volta, vê-se quase que transtornado pela publicidade intensiva e sensivelmente confuso pela ausência de conhecimento de uma série de elementos relativos à

---

(21) ALPA, Guido; "Tutela...", p. 14.

real qualidade dos produtos. Soma-se a isso a impossibilidade de fazer valer aquilo que realmente deseja, não sabendo, por vezes, sequer onde encontrar aquilo que busca.

ALPA colhe, por fim, as observações feitas por RODOTÀ ("Grande impresa e strutture istituzionali", inserto no "Il controllo sociale della attività private", Genova, 1972) concebendo o consumidor "não mais como o rei do mercado; não apenas não reina como ainda tenta defender-se, não só dos "impérios" das grandes empresas industriais, mas também dos pequenos e "fastidiosissimi" "ducados e condados" que assolam a rede de distribuição" (ob. e p. cit.).

Destaca, como conclusão e ainda sublinhando as palavras de RODOTÀ, que a grande empresa, 'protagonista da atividade econômica' exercita uma influência que se estende bem além do setor econômico propriamente dito, mas se coloca sobretudo no 'complexo sistema institucional', ora subtraindo-se a qualquer controle, ora, ao contrário, integrando-se a ele, dissolvendo a contraposição entre organização do governo e grupos operantes no setor econômico. (ob. e p. cit).

26. Considero a análise de GUIDO ALPA verdadeira. Entendo, contudo, que o descrever da empresa como um protótipo de monstro, pronta a atacar e desfacelar o indefeso consumidor é exagero, debitado à adoção declarada da corrente econômica socialista por parte do respeitado mestre da Itália. Por ora, prefiro defender a idéia de que os exageros são sempre contraproducentes, pois pecam por negar validade às posturas opostas, mesmo naquilo que tenham de melhor.

Reconheço, no entanto, que será mais difícil abandonar a posição de que o consumidor é realmente a parte mais fraca da relação econômica de consumo depois das lições de GALBRAITH, que me pareceram excelentes e muito apropriadas ao presente tema. É o que se vê em seguida.

2) A QUESTÃO DO PODER ECONÔMICO

27. Como conseqüência natural da interpretação econômica do Direito, é possível se extrair do estudo do Direito do Consumo uma série de capítulos específicos, fornecendo elementos capazes de instruir a formação desse ramo do Direito em ligação tão íntima quanto possível com a realidade. Nos limites desse trabalho e a essa altura, assume relevância o discurso que eventualmente se possa eregir em torno da noção de "poder" e, mais especificamente, da noção de "poder econômico".

28. Tem méritos o Professor COMPARATO quando identifica o poder como sendo elemento diretivo das relações sociais e econômicas e, conseqüentemente, das relações jurídicas. Essa linha de raciocínio, aliás, é inerente à própria obra do mestre paulista (22).

---

(22) São de conhecimento e leitura obrigatórias os escritos de COMPARATO em campo do Direito Comercial, notadamente seus "Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa" e o "Poder de Controle nas Sociedades Anônimas", onde o discurso sobre o poder - e, concretamente, o exercício do poder jurídico em derivação direta da manifestação do poder econômico - assumem relevância significativa.

Ao introduzir ensaio jurídico sobre o direito dos consumidores, COMPARATO busca recursos na análise econômica do tema e destaca:

> "Hoje, os economistas reconhecem que a realidade primária, a ser levada em consideração, na análise do mercado, não são as necessidades individuais dos consumidores e sim o poder econômico dos organismos produtores, públicos ou privados. Tirante algumas necessidades vitais - que, aliás, continuam em larga medida a ser atendidas, na economia capitalista, em função da capacidade econômica do consumidor - as demais são controladas, isto é, abafadas ou estimuladas, pelos organismos produtores, em função de seus programas de expansão ou de rentabilidade (cf. John Keneth Galbraith, "A Economia & o Objetivo Público", São Paulo, 1975, especialmente o Cap. XIV). (23)".

29. Merecem apoio as considerações de COMPARATO. Se é que há algum consenso em sede de direitos dos consumidores, pode-se dizer que a existência de um poder econômico ditando os rumos das relações de mercado é um destes pontos comuns, levando à opinião quase unânime de que o consumidor é sempre a parte mais fraca da relação de consumo, posto que manipulado e influenciado, direta ou indiretamente, pelas fontes que exercitam o poder.

O professor COMPARATO cita GALBRAITH e é desse reconhecido economista uma das mais lúcidas análises do poder que nos é dada conhecer. Na agradável análise de sua "Anatomia do Poder" (24), GALBRAITH disseca essa a interessante manifestação social, identificando, basicamente, os instrumentos

---

(23) "A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito do Consumidor", em "Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial", p. 474.

(24) GALBRAITH, John Keneth; "A Anatomia do Poder", Tradução de Hilário Torloni, 2ª. Edição, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1986.

para realização do poder e as fontes das quais ele emana. Após esse estudo, analisa as possíveis reações de oposição ao poder. Seriam considerados instrumentos do poder: o poder condigno, que se manifesta pela opressão; o poder compensatório, manifestado pela oferta de recompensas em busca da subserviência; e o poder condicionado, exercido explícita ou implicitamente, conforme seja fruto da persuasão e educação ditadas pela fonte do poder ou derivado de sedimentação manipulada da própria cultura.

Ainda em seus ensinamentos, o citado economista ressalta serem fontes do poder a personalidade, a propriedade e a organização, conforme se visualize a irradiação do poder da pessoa que o exerce, dos bens que integram uma determinada entidade imputada de poderosa, ou da organização de que disponha certa entidade para exercício do poder.

30. Mesmo que o estudo do poder extrapole sobremaneira o âmbito desse trabalho, seu enfoque serve de reforço à constatação do professor COMPARATO. Isso porque o apontado poder econômico - atualmente considerado e visualizado em contexto de economia capitalista - estaria perfeitamente incluído na anatomia de GALBRAITH, manifestando-se essencialmente através do "poder condicionado" e tendo como fonte a "organização dos organismos produtores, públicos ou privados". Senão, é de se ver.

31. O consumidor é considerado a parte mais fraca da relação de consumo, e assim se diz porque alguém lhe é contraposto como sendo mais forte. Em outras palavras, o consumidor pode ser tomado como "dominado" enquanto os

organismos produtores são os "dominadores". A ligação entre essa constatação e a lição de GALBRAITH torna-se agora mais visível. A dominação ou o poder são instrumentalizados através do condicionamento social: o consumidor é "educado" ou persuadido a adquirir ou utilizar bens e serviços através de campanhas publicitárias ou técnicas de vendas intensivas e sensivelmente sutis; o consumo de determinado bem ou serviço passa a ser símbolo de "status", inteligência, bom gosto, etc.; não há sensação de obrigação nessa conduta, pois o consumidor se sente inteiramente "livre" para adquirir bens ou serviços; alcança-se a fase definitiva do exercício do poder condicionado quando não há mais necessidade de educação ou persuasão, ficando institucionalizado na sociedade (e no mercado) que o consumo de determinado bem ou serviço é absolutamente essencial e vital (quando geralmente assim não é).

Devem ser ressalvadas, no entanto, as diversas hipóteses em que o poder é exercido de forma opressiva, em virtude de não ser dada ao consumidor qualquer outra opção. Observe-se, no entanto, que aí não se fala de "poder condicionado", antes, talvez, do poder "condigno" de GALBRAITH.

Já quanto à fonte do poder, fixa-se que em matéria de direito do consumo o poder irradia substancialmente da organização, já que o seu exercício através da personalidade ou da propriedade, com o desenvolvimento das idéias liberais, tornou-se agressivo sobremaneira à sociedade em geral. A organização surge como a fonte ideal do poder, na medida em que alcança resultados muito mais satisfatórios com um mínimo de reação por parte da comunidade. Nada aparece, ninguém é

apontado como "poderoso", há a sensação de liberdade para todos os consumidores, que não vêem e majoritariamente não sentem o exercício do poder e a conseqüente dominação (25).

Ora, a relação de consumo parece ser o espelho da dissertação de GALBRAITH.

Este tipo de raciocínio leva à absoluta necessidade de que qualquer análise que se faça em termos de direitos dos consumidores venha precedida da interpretação econômica do fenômeno (26). Ignorar essa circunstância pode significar a construção de um ordenamento jurídico completamente ineficiente aos fins a que se destina(27).

---

(25) Na verdade, o ponto de vista assim esposado é discutível. São inúmeros os exemplos em que os cidadãos percebem e realmente "sentem" os efeitos dessa "organização invisível", e, por óbvio, não se sentem livres como observou GALBRAITH. No entanto, em matéria de direitos dos consumidores, cujo sujeito pode realmente ser apontado como em estado de verdadeira alienação (que só gradualmente desaparece, com a informação e com a educação), as considerações de GALBRAITH tornam-se extremamente pertinentes.

(26) Ainda sobre a noção de poder, escreveu CELSO RIBEIRO BASTOS (ob. cit., p. 132 e ss.), sob o ângulo da contraposição do exercício do poder pelo Estado, de um lado, e o Direito, do outro.

(27) Há aqui que se fazer uma observação: a interpretação econômica da qual se fala deve ser posterior à norma jurídica. Isto significa que em primeiro lugar, extrai-se as conseqüências normais ditadas pela lei, para, em momento posterior, interpretar-se seu conteúdo. Nesse momento é que se fala na aproximação da norma ao contexto econômico, valorando-se a realidade e interpretando-se a lei de acordo com esta realdiade econômica. Reconhece-se, pois, em princípio, a impossibilidade de uma "interpretação econômica" autônoma, desvinculada da própria lei.

C. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E O CONTEXTO BRASILEIRO

32. A inteligência do contexto brasileiro no que respeita à ordem econômica deve iniciar-se, basicamente, com as constituições anteriores à de 1988, perfazendo-se com a atual. Isso porque as constituições anteriores à atual não trataram mais amiúde das idéias econômicas modernas, deixando larga margem para a atuação livre, praticamente impune e desregrada de todos os agentes econômicos, inclusive, e com especial destaque, do próprio Estado. Não se quer dizer, com a observação, que jamais tenha havido preocupação com o tema. Apenas que, à ausência de dispositivos constitucionais mais explícitos, abandonou-se completamente ao Estado a tarefa de disciplinar as relações de consumo. Uma vez verificada a completa ausência de vocação do Estado para intervir repressivamente na economia sem a participação conjunta dos denominados agentes econômicos, restou, de um lado, a ineficiência da estrutura estatal de repressão aos abusos ao exercício do poder econômico e de outro, a quase impunidade de tantos quantos tenham, de fato, sido agentes desses abusos.

33. Esse quadro pretendeu-se alterado com a Constituição de 1988. Em recentíssima e já festejada obra, o eminente Juiz Federal JOSÉ CARLOS CAL GARCIA salientou que a concepção constitucional no que refere à ordem econômica antevê uma "sociedade aberta, pluralista, dotada de dinamismo econômico e social, dispondo de mecanismos institucionais que

permitam resolver, de forma democrática, os problemas originários de tal dinamismo" (28).

34. Convém colocar frente a frente, pois, os textos sobre ordem econômica das constituições brasileiras de 67/69 e 88. Relativamente à primeira, tratou-se da ordem econômica aqui especialmente analisada em seu artigo 160, que se repete:

> "Art. 160 . A ordem econômica e social têm por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
>
> I - liberdade de iniciativa;
>
> II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
>
> III - função social da propriedade;
>
> IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;
>
> V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e
>
> VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.

35. Já o texto de 1988 adotou um título exclusivamente para tratar da ordem econômica e financeira, deixando a ordem social para outro. As disposições econômicas vieram assentadas nos artigos 170 e seguintes, também reproduzidos:

---

(28) CAL GARCIA, José Carlos; "Linhas Mestras da Constituição de 1988", Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 166 ss.

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - a soberania nacional;

II - a propriedade privada;

III - a função social da propriedade;

IV - a livre concorrência;

V - a defesa do consumidor;

VI - a defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

.....

Art. 173. .....

Par. 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Par. 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

A transcrição dos artigos das constituições justifica-se para facilitar a comparação entre os textos.

36. Em reforço, lembra-se que RAUL MACHADO HORTA [29] teve o cuidado de analisar a matemática das constituições brasileiras, desde 1934. Especificamente em relação às duas constituições acima enfocadas, observou o diligente autor que a Constituição de 1967 tratou no Título III "Da Ordem Econômica e Social (arts. 157/166) através de 10 artigos e 26 parágrafos e que a Constituição de 1988 tratou da "Ordem Econômica e Financeira (arts. 170/192) através de 23 artigos, 4 capítulos, 51 incisos e 42 parágrafos.

Pelo simples uso do ábaco constitucional se extrai a mentalidade da Constituinte em matéria de Direito Econômico.

37. Retornando aos textos antes transcritos, no entanto, percebe-se que vários dos conceitos da constituição velha aparecem literalmente repetidos na nova, em especial a disposição que trata do abuso do poder econômico. Essa posição - a de proteger a dominação dos mercados, a concorrência e os lucros arbitrários - todavia, não se pode citar como sendo moderna[30].

38. As diferenças da Carta de 1988 fazem-se sentir no maior detalhismo com que trata de determinados assuntos, mas avança sobretudo no que respeita à proteção do economicamente mais fraco e na outorga de legitimação ativa processual à

---

(29) "A Ordem Econômica na Nova Constituição: problemas e contradições" in "A Constituição Brasileira de 1988 - Interpretações" - II Forum Jurídico da Fundação Dom Cabral, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1988, p. 390.

(30) PONTES DE MIRANDA, ("Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969", Tomo VI, p. 50) enfatizou o cunho essencialmente programático do referido dispositivo constitucional.

entidades como associações, sindicatos, etc., para a defesa dos interesses de seus integrantes (31). Explicita a proteção do meio ambiente, incentiva a diminuição das desigualdades sociais e regionais e, finalmente, estabelece, pela primeira vez em sede constitucional brasileira, a defesa do consumidor.

Centrando-se, a partir de agora, a análise na defesa do consumidor, é interessante ressaltar o fato de que esse princípio constitucional econômico está igualmente assegurado no artigo 5º., inciso XXXII da Constituição de 1988, onde se reservou espaço ao consumidor na qualidade de titular de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Há aí, pois, uma inovação importante. O consumidor passa a ser considerado constitucionalmente como verdadeiro agente econômico (veja-se que sempre o foi; apenas que não expressamente reconhecido pelo direito positivo) e merecedor de tutela legal por parte do Estado.

39. Cabe aqui referir que o espírito otimista de muitos em relação à eficiência mesma das novas regras constitucionais precisa ser contido quando se entra no campo do direito do consumo. Já aqui não será possível falar no perfil institucional-democrata do Estado brasileiro, mormente frente à

---

(31) A legitimação ativa para entidades de classe, a propósito, tem sido um dos pontos mais debatidos da nova Carta. Parece majoritária, no entanto, a corrente que admite como acertada a iniciativa do Constituinte, principalmente porque permite, em maior extensão, os danos que por ventura sejam produzidos aos mesmos integrantes de determinada entidade de classe. São exemplos o mandado de segurança coletivo (art. 5º., LXX, b) e a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX). O Projeto de Código de Defesa do Consumidor também confere legitimidade ativa às associações de consumidores.

constatações da ordem daquelas extraídas do discurso do poder de GALBRAITH, bem como às características modernas adotadas para o direito do consumo pelas nações desenvolvidas.

40. Não será simples exercício de retórica colocar em evidência o fato de que o direito do consumo é positivamente inaugurado na recente ordem constitucional sem que a tivesse precedido qualquer movimento social, político ou econômico relevante. As poucas instituições oficiais de defesa do consumidor queixam-se da apatia com que o cidadão-consumidor se comporta diante das lesões físicas e patrimoniais que diariamente sofre, sendo certo que um número estatisticamente reduzidíssimo de reclamos são levados ao conhecimento dessas instituições; em termos políticos, pouco se sabe ou se ouviu falar de debates políticos a respeito do tema (direitos dos consumidores parecem ser relegados ao grau inferior das "minorias menos representativas"); e, em termos econômicos, parece existir nas relações do mercado a sensação de maré mansa (ninguém reclamando é indício de que as coisas estão certas).

41. É nesse contexto que surge - como um meteoro caído do céu - o princípio constitucional da defesa do consumidor, que já recebeu um minucioso Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor: o Estado, sem um mínimo de condições de prover as expectativas mais insignificantes dos consumidores; os empresários, absolutamente surpreendidos com regras novas que, instaladas, poderão inclusive inviabilizar a atividade que desenvolvem; e o consumidor, esse ser aculturado e alienado, deseducado e mal-informado, incapaz de entender ou compreender o que está a se passar em sua volta.

42. Se o quadro é de descrédito, acho razoável que se busque encontrar algo em que se possa acreditar. Será, pois, menos traumático admitir-se que o direito do consumo ainda não nasceu definitivamente entre nós. Foi, sim, concebido. Deve existir tempo para amadurecimento da sociedade enquanto durar a penosa gestação, até que essas regras venham a ter convívio pacífico com a comunidade.

Dessa idéia extraio o mérito da Constituição de 1988: ter despertado os cidadãos para um dos problemas centrais de qualquer economia capitalista, que é o aprimoramento e a busca de equilíbrio das relações de consumo. A partir daí, será possível detectar as insuficiências e falhas que ainda nos são orgânicas, prover o Estado das condições necessárias a bem desempenhar seu real papel na economia moderna, conscientizar os empresários da responsabilidade que lhes é inerente quando da colocação de bens ou serviços no mercado; e, talvez principalmente, informar e educar o consumidor a respeito desses seus novos direitos fundamentais. Estou convencido de que assim se poderá iniciar uma caminhada consciente e frutífera para a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos.

ii. SEGUNDA SEÇÃO - O CONTEXTO ESPECÍFICO

A. AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO CONSUMO

43. As peculiaridades do direito do consumo, visto em sentido amplo, ou dos direitos dos consumidores, se a preferência for o foco estreito, dão margem a que se identifiquem, não sem algum esforço, algumas caracterísiticas consideradas próprias deste particular ramo do direito.

Naturalmente que tais características não estarão ocupando o ponto central da presente análise. Não será possível, no entanto, chegar fundo do trabalho sem fornecer as bases sobre as quais o direito do consumo vem construindo seus principais conceitos. Essas bases ou alicerces, reunidos, justificam falar-se em características próprias desse ramo, das quais, em princípio, não se afastam a maioria dos estudos a respeito dos consumidores.

44. GERARD CAS e DIDIER FERRIER, em obra exemplar sobre o direito do consumo(32), na busca dos contornos fisionômicos do ramo que estudam, chegaram a nele identificar três caracteres básicos: (a) o caráter repressivo; (b) o caráter institucional; e (c) o caráter coletivo.

---

(32) CAS, Gerárd e FERRIER, Didier; "Traité de Droit de la Consommation", Presses Universitaires de France, Paris, 1986.

1) SOBRE O CARÁTER REPRESSIVO

45. Na verdade, o enfoque fornecido pelos professores franceses exclui, de início, a importância do caráter repressivo. O motivo vem atrelado à suposta ineficácia das normas puramente repressivas para combater os abusos praticados em matéria de direito do consumo. Esse aspecto penal da matéria, - aliás objeto de magnífico e laureado trabalho espanhol (33) - qual seja, a proteção do consumidor com a utilização de normas penais repressivas, tem-se mostrado ineficaz, mormente por diversas insuficiências do próprio sistema, dentre as quais se apontam a falta de meios de determinados serviços encarregados da constatação das infrações, falta de coordenação entre esses serviços, dificuldades de acesso dos consumidores à justiça, insuficiência na formação dos magistrados em questões econômicas, insuficiência na formação dos próprios consumidores... (fala-se aqui do sistema francês e, por extensão, do sistema europeu continental).

46. A idéia assim plantada merece dois tipos de considerações: a primeira, relacionada diretamente com a posição dos professores franceses, que permite a interligação dessas insuficiências com as duas outras características apontadas. O aspecto institucional e o aspecto coletivo seriam conseqüências diretas das falhas apontadas no sistema

---

(33) GONZALES RUS, Juan Jose; "Los Intereses Economicos de los Consumidores", Instituto Nacional del Consumo - Ministerio de Sanidad e Consumo, Madrid, 1986.

repressivo, permitindo a formação de um direito do consumo eminentemente institucional e coletivo.

Em segundo, merece destaque o fato de que uma das falhas apontadas - aquela relativa aos magistrados - pela ausência total ou parcial na formação para a solução de problemas jurídico-econômicos, é injusta e incompleta, ao menos no contexto do direito brasileiro. A lacuna na formação não é só dos magistrados e sim de todos os que lidam com o Direito. Como bem salientado antes, a interpretação econômica do Direito tem sido relegada a plano inferior na escala de prioridades para a formação dos profissionais do Direito, sendo que apenas mais recentemente se tem destacado, com tímida ênfase, a importância da Economia na evolução do Direito. Mas a observação merece registro, como a antecipar uma das muitas dificuldades que serão experimentadas na aplicação das regras do nascituro direito do consumo brasileiro.

De qualquer forma, o que merece observação é o fato de que o caráter repressivo que o direito francês procura excluir da nova proposta de proteção dos consumidores é o caráter preponderantemente repressivo pelo Estado. Na verdade, o repensar das funções do Estado em matéria de proteção aos consumidores indica que o caráter repressivo não desaparece totalmente, apenas deixa de ser preponderante, abrindo-se chance para que outras características do instituto assumam maior grau de importância, intimamente comprometidas com a nova postura do Estado, como antes referido.

47. Ante à apontada ineficácia do sistema puramente repressivo, admite-se gradualmente tenha o Estado mudado de postura e assumido um papel diferente na realização da proteção dos consumidores. Passa a incentivar o debate entre os produtores/distribuidores e os consumidores, posicionando-se como intermediário e mediador. A intervenção do poder público muda de natureza e passa a ser exercida através da criação de novas instituições, onde os diversos agentes econômicos - produtores, distribuidores, prestadores de serviços, consumidores - são convidados a definir e edificar uma política global de consumo(34). O aspecto repressivo perde, assim, muito de sua importância histórica e inicial, passando a simples componente dos dispositivos de defesa dos consumidores (35).

48. A evolução do papel do Estado em relação aos consumidores passa, necessariamente, pela anotação de que há, historicamente, uma tradicional ambigüidade nas relações entre o Estado e os consumidores, estes últimos ora clamando por sua emancipação, ora exigindo maior proteção. Da mesma forma, o Estado, chamado a regular e garantir o equilíbrio das relações de consumo, por vezes se acha - ele próprio - na posição de produtor, distribuidor, prestador de serviços, e outras vezes

---

(34) O Anteprojeto, no seu art. 4º., define os objetivos da "Política Nacional de Consumo": atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a transparência e harmonia das relações de consumo, a proteção dos seus interesses econômicos, bem como a melhoria da sua qualidade de vida. Fixa os princípios que regem esta política em oito incisos que seguem o referido artigo.

(35) F. FALETTI, "Réflexions sur la place du droit pénal de la consommation", citado por CAS e FERRIER, ob. cit., p. 26.

na posição de consumidor. Desta forma, o Estado, em situações assim vistas, é obrigado a abandonar o papel de árbitro ou mediador para o qual quase que naturalmente foi conduzido, para participar ativamente dos debates sobre política de consumo, na qualidade de verdadeiro agente econômico.

49. O estudo dessa evolução da participação do Estado nas relações de consumo é pressuposto para a compreensão do apontado caráter institucional. O Estado, ao mesmo tempo que inevitavelmente exerce a função de controle na oferta de bens e serviços aos consumidores, é também prestador de inúmeros serviços, avivando a já referida ambigüidade de relações e exigindo de si um mimetismo que não lhe é particularmente próprio.

50. Será importante a verificação do caráter institucional do direito do consumo a partir de dois aspectos, inteligentemente percebidos pela doutrina francesa (36). O primeiro, através do papel controlador exercido (ou a ser exercido) pelo Estado, e o segundo, pela atualmente inafastável condição do Estado como prestador de serviços públicos (e também serviços prestados pela administração pública indireta).

51. Relativamente ao papel controlador do Estado, diz-se que o exercício desse controle se dá judicial e administrativamente. Os autores costumam apontar falhas e insuficiências em ambas as formas, não como a demonstrar a ineficiência de todo o sistema assim construído, mas com a finalidade de melhorá-lo, admitindo, em princípio, pois, a

---

(36) GERARD CAS e DIDIER FERRIER, "Traité...", p. 30 ss.

ineficiência de todo o sistema assim construído, mas com a finalidade de melhorá-lo, admitindo, em princípio, pois, a eficiência potencial do modelo. Dentre essas falhas, são apontadas: (a) obstáculos naturais de acesso dos consumidores à justiça (lentidão dos processos, insuficiência na formação dos profissionais do Direito em matéria jurídico-econômica, insuficiência de educação e formação dos próprios consumidores, o pensamento geral de descrédito nas instituições do Poder Judiciário); (b) obstáculos jurídicos de acesso dos consumidores à justiça, que podem ser divididos em (b.1) obstáculos inerentes à organização judiciária (pluralidade de jurisdições) e (b.2.) obstáculos contratuais (cláusulas inseridas nos contratos visando a impedir ou dificultar a propositura de ações, tais como as de eleição do foro judicial). Vê-se aqui alguma semelhança com as deficiências antes já apontadas para a viabilização do papel repressivo do Estado. Nota-se, todavia, que a perspectiva é diferente, na medida em que se admite o modelo institucional como viável e que as deficiências são, em princípio, passíveis de diminuição, desde que se implemente adequadamente o modelo institucional.

52. O controle administrativo também apresenta diversas insuficiências, ainda que a parte majoritária da doutrina entenda a participação administrativa do Estado imprescindível. Tal ocorre na criação de inúmeros órgãos e instituições estatais encarregados de exercer as mais variadas formas de controle sobre produtos e serviços. Essas instituições teriam finalidades como (a) velar pela aplicação das leis e regulamentos, através de controle repressivo; (b)

a manutenção de laboratórios oficiais para análise de produtos cuja composição possa ser alterada ou adulterada sem a correspondente capacidade do consumidor perceber tais circunstâncias.

Integra essa atividade administrativa do Estado o controle da concorrência e dos preços, através de técnicas e mecanismos de intervenção(37) que tenham por objetivo a manutenção do equilíbrio das relações de consumo.

Ainda administrativamente, exerce o Estado o papel de incentivador na criação, formação e atuação efetiva de associações particulares de proteção de consumidores. Os resultados práticos desse tipo de proteção aos consumidores, no entanto, não têm sido muito animadores, devendo-se isso a inúmeros fatores, com especial destaque à descrença geral na efetiva obtenção de resultados positivos(38).

---

(37) Este tipo de constatação coloca em absoluta evidência a necessidade de se conhecer com certa profundidade conceitos de Economia. Admitir-se que o Estado tenha a função de controlar preços implica no necessário conhecimento, por parte do consumidor, do empresário e - por que não - dos integrantes do Judiciário, de equações econômicas básicas que permitam conclusões sobre a correção ou incorreção, sobre a lesividade ou não das medidas que sejam eventualmente adotadas pelo Estado controlador.

(38) Sempre muito diligentes na elaboração de estatísticas e no colecionar de dados que refletem os custos mínimos de qualquer atividade, os ingleses chegaram a calcular os custos do consumidor para levar adiante uma reclamação relativa a um produto ou serviço defeituoso. "Taking a very conservative figure for the cost of a consumer's time (50p. per hour) and costing telephone calls, visits and letters, it found that the mean agregate cost was just under 8,00 pounds". ("Annual Report of the Director General of Fair Trading 1976, p. 18). Estes registros estão na obra de CRANSTON, "Consumers and the Law", p. 82.

inúmeros fatores, com especial destaque à descrença geral na efetiva obtenção de resultados positivos(38).

53. Convém registrar, ainda, que a formação desse caráter institucional do direito do consumo tem estreita ligação com atuação estatal na qualidade de prestador de serviços públicos. Vale referir - porque está-se analisando a experiência francesa - que o assunto assume especial importância dadas às sensíveis reformas socialistas ocorridas na França a partir de fevereiro de 1982. Não será despropositada a referência, posto que o direito brasileiro igualmente experimenta situação semelhante, ainda que em grau quantitativamente menor. A atuação do Estado, como prestador de serviços públicos, no Brasil, está temperada com episódios acintosos contra os consumidores, que enfrentam arduamente as mudanças de administradores e conseqüentes políticas de atuação, isto quando não sujeitos às mínimas alterações de humor do mesmo administrador.

54. Passa a ser de inquestionável relevância, nessa linha, admitir que o caráter institucional do direito do consumo reserva espaço privilegiado ao consumidor de serviços públicos. A principal conseqüência dessa constatação reside no

---

(38) Sempre muito diligentes na elaboração de estatísticas e no colecionar de dados que refletem os custos mínimos de qualquer atividade, os ingleses chegaram a calcular os custos do consumidor para levar adiante uma reclamação relativa a um produto ou serviço defeituoso. "Taking a very conservative figure for the cost of a consumer's time (50p. per hour) and costing telephone calls, visits and letters, it found that the mean agregate cost was just under 8,00 pounds". ("Annual Report of the Director General of Fair Trading 1976, p. 18). Estes registros estão na obra de CRANSTON, "Consumers and the Law", p. 82.

fato de que os serviços públicos, como um todo indissociável, precisam ser revistos a partir da satisfação mínima dos consumidores, não apenas em relação à qualidade dos serviços prestados, mas também no que respeita à melhoria das relações entre os consumidores e o próprio Estado.

Trata-se, em verdade, de capítulo especial do direito do consumo, que comportaria extensa análise sob a ótica exclusiva do direito administrativo. Para efeitos deste estudo, no entanto, há que se deslocar o centro de atenção até o direito privado, e visualizar o Estado prestador de serviços públicos na mesma posição jurídica que qualquer outro prestador de serviços particular. Sob este ângulo é que fará sentido falar-se em defesa do consumidor: a proteção contra a atuação desregrada do Estado, sujeito passivo potencial de qualquer ação individual ou coletiva movida por consumidores que sejam lesados e, por conseguinte, desejem obter a pronta reparação dos danos sofridos. Em outras palavras, trata-se de responsabilizar o Estado prestador de serviços pela via das mesmas regras jurídicas destinadas aos particulares(39).

---

(39) É importante ressalvar que o direito administrativo francês considera a prestação de serviços públicos pelo Estado matéria típica de direito administrativo e, portanto, alheia ao direito privado. Caberia, aqui, talvez a ressalva de que estaria no âmbito interno da administração pública as relações encetadas por esta e os eventuais prestadores de serviços públicos (concessionárias, organismos da administração indireta, etc.), mas que seria objeto de tratamento pelo direito do consumo as relações dos prestadores de serviços com os consumidores/usuários. Mas fica a afirmativa: havendo prestação de serviços pelo Estado, por qualquer forma, o consumidor deve restar protegido contra os abusos verificados por intermédio das regras próprias de proteção dos consumidores, equiparando, para essa finalidade específica, o Estado e os fornecedores privados.

55. Como arremate deste ponto, relembra-se a colocação de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, em memorável evento cultural realizado em Curitiba, patrocinado pelo Instituto dos Advogados do Paraná, e que teve como tema "Os Direitos dos Consumidores". Naquela oportunidade, IVES MARTINS ensinou que o consumidor deve se defender principalmente do Estado, o qual, exatamente pela completa ausência de vocação para a atividade empresarial, se transforma em notável veículo de lesão aos direitos básicos de todos os consumidores, primeiro pela ineficiência com que exerce seu papel, e depois pela invejável capacidade de extrair de sua ineficiência um sem número de danos à comunidade(40).

56. Há, assim, motivo de sobra para justificar o caráter institucional do direito do consumo. Não fossem os já delineados e perfeitamente compreensíveis papéis exercidos pelo estado moderno - controlador e prestador de serviços -, seria a própria organização administrativa dos países desenvolvidos, em matéria de proteção dos consumidores. Países como a França, Itália, Alemanha e Espanha, para apenas exemplificar, dispõem de vários organismos estatais, para-estatais e particulares com funções e papéis vários, mas com finalidade única de garantir o equilíbrio das relações de consumo. Como antes dito, tentando, de alguma forma, diminuir o poder econômico de uns (produtores,

---

(40) cf. os "Anais do Congresso sobre Direitos do Consumidor", Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, 1986.

distribuidores, prestadores de serviços) e a debilidade de outros (consumidores)(41).

3) SOBRE O CARÁTER COLETIVO

57. Os mesmos autores analisados até aqui procuram associar o direito do consumo ao direito do trabalho e, com isso, distinguir a existência de uma dimensão individual e uma dimensão coletiva. O aspecto individual é aquele em que o consumidor e o vendedor são colocados face à face, seguindo-se a isso o argumento de que o consumidor sempre sai perdendo. Apesar da existência de vasta legislação de caráter protecionista, é extremamente difícil que o consumidor participe em grau de igualdade de um jogo contra vendedores ou prestadores de serviços profissionais, sempre munidos de interessantes técnicas e métodos comerciais e incontáveis artifícios de "marketing".

58. Por tais razões, sustentam os mestres franceses que a relação de consumo tende a se equilibrar a partir do momento em que se passe da dimensão individual para a dimensão coletiva. Isto significaria que as condições desvantajosas normalmente impostas ao consumidor não mais seriam objeto de negociação individual, caso a caso, mas sim fruto de discussão e negociação prévias entre as organizações representativas dos agentes econômicos.

---

(41) Uma completa idéia das instituições ligadas à política de defesa dos consumidores na França, inclusive com referências à sua estrutura organizacional, pode ser encontrada em CAS & FERRIER, "Traité...", pp. 83/105.

A partir dessa concepção, pretendem identificar ao consumidor uma nova cidadania - "a cidadania econômica", valendo a reprodução do texto original:

> "Dès lors que l'action et la négociation collectives affirment l'accession du consommateur à la "citoyenneté économique", le rôle joué par l'Etat se modifie, se diversifie. Il ne se borne plus à sanctionner, par ses tribunaux, les profissionels coupables d'infractions commises au préjudice de consommateurs. Il aide, en outre, les consommateurs à prendre conscience de la nécessité d'une action collective et leurs organisations à se renforcer. Il incite les partenaires économiques à negocier. Par le jeu d'institutions appropriées, l'Etat exerce la function d'un arbitre, d'une charnière entre les partenaires du marché et associe les organisations de consommateurs à l'action administrative". (42).

4) BALANÇO.

59. Não parece tenham restado dúvidas quanto à possibilidade de retratar o direito do consumo a partir da identificação de determinadas características básicas. A atividade do Estado no papel de controlador das relações de consumo se apresenta, ao menos por ora, insubstituível. Da mesma forma, até por questão constitucional, o Estado não se afastará da função de prestador de serviços. De outro lado, ainda, é razoável admitir-se que a solução ideal para o equilíbrio das relações de consumo ainda seja a mobilização coletiva dos consumidores.

Há algo, todavia, de que não pode olvidar o estudioso brasileiro do assunto. As características acima elencadas são extraídas da experiência da Europa continental, que, juntamente com as experiências norte-americana e inglesa,

---

(42) CAS E FERRIER, "Traité...", p. 108.

possui, hoje, a posição social, jurídica e econômica mais avançada do mundo em termos de direito do consumo. Os registros bibliográficos e a constatação pessoal do autor - ao menos nos países europeus - demonstram que, apesar da incontestável evolução, certamente impulsionada pela marcante atuação da CEE sobre a matéria, muito ainda há que se caminhar.

60. O Brasil recém incluiu no texto constitucional a proteção dos consumidores. Está na iminência de recepcionar no ordenamento positivo um Código de Defesa do Consumidor, elaborado às pressas para cumprir o prazo fixado nas disposições transitórias (já vencido e de vez não cumprido).

Não será de se esperar um resultado muito promissor. As dificuldades dos países que já convivem com o assunto há tempos devem se multiplicar, em especial pela completa ausência de cultura econômico-jurídica em matéria de relações de consumo. O Estado definitivamente não está preparado para assumir de forma eficaz e eficiente seu papel controlador, o que, ao lado da desinformação e da falta de educação dos consumidores, serão as circunstâncias responsáveis pela tardia manifestação do essencialíssimo caráter coletivo do direito do consumo.

61. Evidentemente que as insuficiências já apontadas e a completa desestruturação do Estado para fazer valer as futuras regras não serão óbice a que breve tenha vigência entre nós o texto do Código de Defesa do Consumidor. No entanto - e a exemplo de tantas outras experiências brasileiras - corre-se o duplo e grave risco de, a uma, ter copiado algo que é bom para o direito estrangeiro mas não se

sabe como será para o Brasil, e, a duas, de ter copiado tão mal que será praticamente impossível reconhecer na cópia algo que se assemelhe ao original.

B. O CONTEÚDO DO DIREITO DO CONSUMO

1) GENERALIDADES

62. Há a convicção de que as regras do direito tradicional não são suficientemente eficientes para proteger o consumidor. O que se extrai da realidade, em verdade, é que a utilização de princípios jurídicos que tradicionalmente se aplicam a determinadas relações, tornam-se absolutamente ineficientes em matéria de direito do consumo. No curso deste trabalho serão objeto de detalhamento dois desses institutos: o princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais e o princípio da responsabilidade. Ter-se-á chance de verificar que a utilização dos conceitos tradicionais será sempre de relativa utilidade quando se estiver tratando de proteger o consumidor.

Outra idéia bastante clara, extraída de grande parte dos autores europeus (43), é a de que as disciplinas jurídicas especializadas não tradicionais (direito securitário, direito bancário, direito dos transportes, direito imobiliário) são fortemente influenciadas pelos movimentos dos profissionais aos quais essa legislação se aplica; já quanto ao direito dos

---

(43) O assunto vai bem explorado em CALAIS-AULOY, Jean; "Droit de la Consommation", Deuxième Edition, Dalloz, Paris, 1986, p. 17.

consumidores não existe esse elemento "profissional", restando pouca ou quase nenhuma organização em favor dos consumidores.

63. Esse quadro autoriza o pensamento de que uma efetiva proteção do consumidor deve ocorrer a partir de regras novas. Regras que permitam, por exemplo, evitar a comercialização de produtos defeituosos ou perigosos, de manter os preços a níveis razoáveis, de assegurar o equilíbrio nas relações contratuais, de proibir a publicidade enganosa e os métodos comerciais agressivos. Essas razões já levaram CARBONNIER a referir-se a um "aspecto macro-jurídico", identificando no direito do consumo um fenômeno de massa (e como tal compreendido), abandonando-se o enfoque isolado, que deverá ser mera conseqüência e decorrência do tratamento massificado(44).

Essa concepção, de se proteger coletivamente os interesses dos consumidores, tem motivado a edição de regras novas, que se multiplicam nos países de economia liberal. A reunião dessas regras é que forma o direito do consumo.

64. Há que se levar em conta um aspecto particular do assunto. A proliferação de regras de proteção pode, em alguns casos, apresentar seus inconvenientes, como bem observa a doutrina francesa (45). Como todo direito formado por regras múltiplas, também o direito do consumo assim formado corre o risco de não ser eficazmente aplicado. De outra parte, não tem

---

(44) CARBONNIER, in "Flexible droit", LGDJ, 1971, p. 227, apud CALAIS-AULOY, "Droit de la ...", p.17.

(45) CALAIS-AULOY,"Droit de la Consommation", p. 18; e CAS & FERRIER, "Traité...", p. 2.

sido opinião pacificamente aceita em campo de política do direito dar ao consumidor a sensação de proteção total e completa contra os abusos que são praticados. Na verdade, diz-se mesmo ser perigosa a atitude paternalista do Estado, tratando os cidadãos (e em especial os consumidores) como incapazes, que sempre precisam ser assistidos.

A idéia que tem encontrado maior eco nas discussões sobre política de defesa dos consumidores é aquela que se inclina a incentivar os consumidores a assumir o encargo de sua própria defesa. Ou seja: abandona-se modernamente o editar maciço de regras protetoras e investe-se na modificação dos comportamentos dos consumidores, pela educação e pela informação.

65. A respeito de política legislativa de proteção do consumidor, será imperioso que se traga ao texto um registro - talvez único na bibliografia consultada - que procura explicar essa controvérsia, sobre o regramento excessivo e o não regramento. Trata-se da obra de HARVEY (46), que contém um interessante capítulo sobre a necessidade (ou não) de se fazer uma análise "cost-benefit" a respeito da legislação de proteção do consumidor.

Refere o citado autor inglês que a Comissão Molony teve o cuidado, já em 1962, de detectar a existência de um custo para que fosse implantada na Grã-Bretanha uma proteção ao

---

(46) HARVEY, Brian W. & PARRY, Deborah L.; "The Law of Consumer Protection and Fair Trading", pp. 20/23.

consumidor. Dita comissão tornou pública uma de suas preocupações centrais:

> "Nós recebemos uma série de críticas relacionadas ao sistema de proteção ao consumidor existente, acompanhadas de sugestões para sua substituição. Embora a maioria delas se justificasse, quase que unanimemente, verificamos que algumas delas eram extravagantes ao extremo - extravagantes em termos de custo monetário bem como nas suas concepções. O consumidor, ao contrário de algumas classes definidas, são todos a todo tempo. O consumidor é o contribuinte de impostos, e nós achamos de pouco mérito a criação de um novo sistema para protegê-lo em uma de suas capacidades, quando ele próprio terá que pagar por ela em outra. Ademais, em considerando as sugestões para reformular o sistema de proteção ao consumidor, foi necessário, em nossa opinião, não apenas considerar o custo monetário, mas também o grau de interferência nos métodos de produção e distribuição, em relação aos benefícios para os consumidores, reclamados pelos proponentes da reforma. Estes fatores tiveram peso entre nós no sentido de serem estabelecidas previsões legais em proveito do consumidor mais "restritivas", melhor que um extenso aparato legal de proteção, operando administrativamente a custos consideráveis (47).

66. As razões da "Comissão Molony" foram bem detalhadas, ao ponto de levar em consideração os custos com as entidades privadas, ou seja, os grupos de pessoas, organizados como Associações de Consumidores. Mas uma larga parcela dos custos é suportada pelo Governo, através de seus vários órgãos de proteção do consumidor, custos estes que somente podem ser arcados através de impostos ou empréstimos.

67. Outra situação a ser considerada é a de que o aumento de custos que uma legislação rígida com relação aos produtos pode ocasionar corresponde a respectivas elevações nos

---

(47) HARVEY, Brian W. & PARRY, Deborah L.;"The Law of...", p. 19.

custos das próprias indústrias. Naturalmente que este aumento de custos será repassado ao consumidor!

Bem observa HARVEY que uma super-regulamentação pode matar a galinha dos ovos de ouro, e exemplifica com as regras de segurança contra fogo para hotéis. Uma legislação mais branda permitiu que os pequenos hoteleiros continuassem a operar (caso contrário não teriam condições para realizar os melhoramentos exigidos pela lei), proporcionando ao consumidor uma opção menos segura, porém mais barata.

68. Há outro registro interessante em HARVEY: em 1979, um Grupo de Monitoramento da Legislação Comercial estimou o custo da legislação de proteção ao consumidor em aproximadamente 150 milhões de libras esterlinas por ano, ou 14 centavos de libra em cada 100 libras dos custos do comerciante. A legislação complementar, especialmente aquela relacionada com a rotulação dos produtos foi objeto de severas críticas. O Conselho Nacional do Consumo (subsidiado pela Unidade da Inteligência Econômica) estimou estes custos em aproximadamente 0,5 centavos de libra para cada 10 libras dispendidas pelo consumidor.

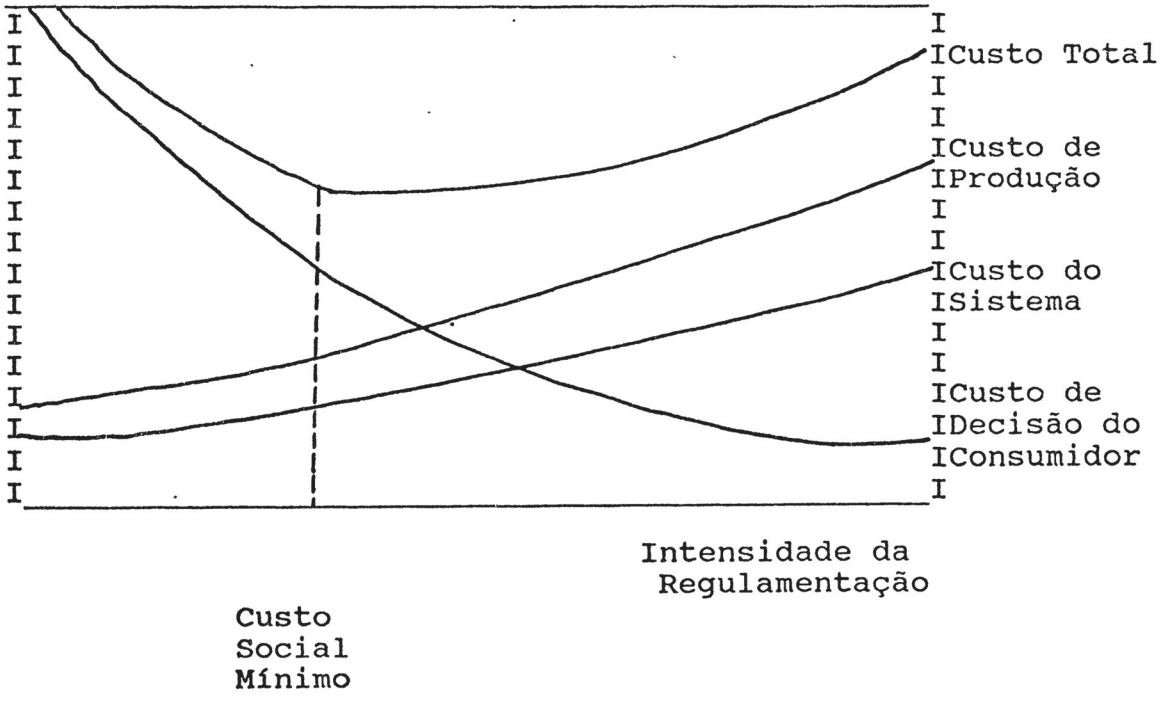
69. LAYTON & HOLMES(48), a despeito das dificuldades normais para se alcançar uma análise de custo-benefício com cifras próximas da realidade, lograram encontrar uma forma de demonstrar a existência de um "custo social mínimo" suportável pela comunidade para as ações de defesa do consumidor.

---

(48) HARVEY, "The Law of...", p. 23.

"No que se refere à legislação, "mais" não significa necessariamente "melhor". Para a determinação dos custos totais das medidas corretivas de proteção ao consumidor, conjugam-se três elementos básicos. O primeiro é o custo transacional que o consumidor incorre em termos de tempo de pesquisa, inconvenientes e riscos; um custo que presumivelmente é diminuído à proporção que a regulamentação aumenta. Mas com a extensão da legislação, um segundo custo passa a ser relevante, qual seja, o de colocar em movimento a máquina administrativa para tornar esta legislação eficaz. Em conseqüência, um terceiro custo passa a ser computável, associado aos custos adicionais dos empresários destinados a tornar seus produtos adequados à nova legislação. Parece que ao se pretender a implantação de qualquer programa de proteção do consumidor, é necessário considerar estes três aspectos, de forma a determinar um certo equilíbrio entre a exploração e a super-proteção, o que revela, ao final, um custo social mínimo para a comunidade" (49). (ver figura abaixo).

"COST OF PROTECTION"



(49) Por tempo de pesquisa se entende o custo pela busca de qualidade de bens e serviços através das informações sobre eles, incluindo as despesas com testes de alternativas.

70. Parece que a solução se encontra a meio caminho das duas posições (a completa omissão do Direito e a excessiva proteção normativa). As regras de proteção, para terem eficácia, não devem ser nem muito numerosas, nem insuficientes. É uma questão de equilíbrio na política legislativa, que estará sempre comprometida com o fato de serem as regras de proteção dos consumidores a própria essência do direito do consumo.

2) UMA DEFINIÇÃO PARA DIREITO DO CONSUMO

71. CALAIS-AULOY parte de duas concepções distintas para tentar formular a conceituação do direito do consumo.

A primeira conceberia o direito do consumo como sendo o conjunto de regras aplicáveis aos atos de consumo.

A outra trataria o direito do consumo como sendo o conjunto de regras que tem por finalidade a proteção dos consumidores.

Dadas essas duas posições pretende o autor citado que nenhuma é suficientemente satisfatória. A primeira falha porque exclui normas de proteção ao consumidor; a segunda porque não trata de outras relações jurídicas de consumo(50) tão importantes quanto a proteção dos consumidores. Para esse

---

(50) A doutrina francesa trata como "direito de consumo" as relações jurídicas entre produtores/distribuidores/comerciantes no que respeita aos reflexos de suas atividades frente aos consumidores, ainda que com estes últimas não se relacionem a não ser no momento "consumo".

autor francês, em raciocínio bastante simples, a melhor definição para direito do consumo decorreria da reunião das duas concepções (algo cientificamente nada original...), entendendo a conceituação, para os limites de sua obra, como o conjunto das regras aplicáveis aos atos de consumo e também das regras destinadas a proteger o consumidor, mesmo que não se apliquem diretamente a eles (51).

72. O direito do consumo contém ainda algo que escapa à idéia concebida por CALAIS-AULOY. Na verdade, seria no mínimo razoável que o direito do consumo fosse igualmente destinado a modificar, por via normativa, o comportamento dos consumidores, posto que essa vocação é presente em todas as legislações nacionais e supranacional (CEE) européias (52). Daí a extensão dessa conceituação, bem percebida por CAS & FERRIER (53), para quem ainda há, na disciplina jurídica do consumo, a finalidade de racionalizar os comportamentos dos consumidores. Salientam os renomados mestres franceses que a sociedade de consumo de hoje, comparada com seu modo primitivo, encontra-se em plena revolução. O aumento dos preços do petróleo e, em contrapartida, das outras fontes de energia, alimentam a

---

(51) CALAIS-AULOY, "Droit de la ...", p. 19.

(52) As idéias de NORBERTO BOBBIO sobre a função promocional do direito se aplicam com rara oportunidade à dissertação dos autores franceses ora analisados, e referidos na nota de rodapé seguinte (cf. "Dalla strutura alla funzione", pp. 13/32).

(53) CAS & FERRIER, "Traité ...", pp. 2/3.

inflação [54], conduzindo os governantes dos países ocidentais a tomar consciência da importância de se enfrentar determinados problemas e, concretamente, da necessidade de lutar contra o desperdício. O direito do consumo não é mais somente constituído de leis protetoras dos consumidores. Ele comporta um número de regras imperativas e um conjunto de mecanismos de incentivo ou de dissuasão, através dos quais busca-se modificar, racionalizar, os comportamentos dos consumidores. O direito do consumo, em um de seus desenvolvimentos mais recentes e, ainda, dentro de determinada ótica, propor-se-ía a colaborar com a direção da própria economia nacional, participando da ordem pública.

3) O PARENTESCO DO DIREITO DO CONSUMO COM OUTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

a. A Autonomia do Direito do Consumo

73. Será natural que em algum momento se enfrente a questão de ser o direito do consumo um ramo autônomo do Direito ou tratar-se de um dos capítulos das diversas disciplinas sediadas no direito público ou no direito privado.

---

(54) Fôssemos utilizar o mesmo enfoque na realidade brasileira e teríamos a enorme dificuldade de identificar as verdadeiras causas da inflação, e seus conseqüentes reflexos na vida dos cidadãos. Por aqui aprendemos a conviver com um malefício crônico, e, com toda a segurança, o direito do consumo e o evitar de desperdícios, seria a última preocupação, em grau de prioridade, de governantes e governados, na contenção do processo hiper-inflacionário, lamentavelmente.

Determinar o direito do consumo de acordo com os critérios adotados pela classificação tradicional do Direito não é tarefa fácil, talvez impossível. Como visto, a característica multifacetária desse ramo é responsável pela ausência de homogeneidade no estudar da matéria e conseqüentemente, pelas mais variadas posições ocupadas pelo direito do consumo na doutrina jurídica moderna.

74. Essa dificuldade, no entanto, merece ser enfrentada. O pensamento jurídico moderno tem sido objeto de evolução constante, a partir da qual a sistematização linear e estrutural do direito deixa de ocupar a posição de destaque absoluto antes inquestionável. Qualquer instituto novo de direito devia, necessariamente, passar pelo desgastante processo de "aproximação" e "identificação" com institutos afins ou próximos para, com isso, justificar a preocupação dos juristas com a "natureza jurídica" do fenômeno. Nessa mesma linha, tratava-se de ponto absolutamente obrigatório da investigação o rotular do novo instituto jurídico como integrante de uma das disciplinas jurídicas tradicionalmente connhecidas. Seria, pois, objeto de estudo pelo direito público ou pelo direito privado; e dentro desses campos, ainda, direito constitucional, administrativo, criminal, tributário, processual ou direito civil, comercial...

75. Estudar o direito do consumo como disciplina separada dentro da Ciência do Direito tradicionalmente classificada só é possível através da inclusão das regras próprias do direito do consumo em cada uma das disciplinas tradicionais. Assim, em matéria de contratos e

responsabilidade, os princípios de direito privado são os que prevalecem; na repressão penal, invoca-se o direito penal; na intervenção do Estado na economia, para fixar preços e garantir a qualidade de determinados produtos, fala-se em direito administrativo; e assim por diante.

É natural que as classificações tradicionais das disciplinas jurídicas tenham sua relevância. No caso do direito do consumo, de caracterísitica interdisciplinar, exige-se que, à falta de regra específica, ou mesmo na presença de regras próprias inadequadas, se recorra às normas jurídicas de maior proximidade, conforme se esteja visualizando um interesse público ou privado.

Mas o tratamento estático que o método da classificação tradicional impõe - não há discórdia nisso - limita a abrangência natural da nova disciplina. É nesse ponto, pois, que assume especial valor o ponto de vista de BOBBIO, defendendo a ineficiência do tratamento do Direito a partir dessa visão preferencialmente estrutural. Para a consideração do ilustre e respeitado mestre italiano - de chegada lamentavelmente tardia entre nós - há que se reordenar o Direito a partir da função que ele exerce no seio da sociedade. E, via de conseqüência, da função das regras

jurídicas editadas para o cuidado legal de segmentos dessa sociedade (55).

76. A partir, portanto, dessa visão funcional, torna-se possível a construção de uma classificação que tenha em conta a função das regras jurídicas. Bem observou CALAIS-AULOY (56) quanto a esse aspecto, dizendo que à classificação tradicional "os juristas opõem, atualmente, uma outra classificação, fundada sobre a função da regra jurídica. O direito do trabalho se constituiu, sem dúvida, no primeiro exemplo destas disciplinas novas; o direito econômico, o direito da distribuição, o direito do meio ambiente, o direito do consumo relevam a mesma classificação funcional". Menos incisivo em seu ponto de vista do que o mestre italiano, o professor francês prefere, no entanto, sedimentar a idéia de que essa classificação funcional somente existiria em posição perpendicularmente inferior à classificação tradicional, à qual, de uma forma ou de outra, a nova classificação se ligaria.

---

(55) BOBBIO, Norberto; "Dalla Struttura alla Funzione - Nuovi Studi di teoria del diritto", Seconda edizione, Edizioni di Comunità, Milano, 1984. Do mesmo autor, "Contribucion a la Teoria del Derecho", Edición a cargo de Alfonso RUIZ Miguel (Universidad Autónoma de Madrid), Fernando Torres - Editor S.A., Valencia, 1980. A leitura de ambas as obras é suficiente para fornecer uma boa idéia do pensamento de BOBBIO. O presente trabalho, no entanto, afina-se especialmente com o conteúdo dos textos assim referidos: (a) na primeira obra, pp. 63/88 ("Verso una teoria funzionalistica del diritto"); e (b) na segunda, pp. 365/390 ("Hacia una teoria funcional del derecho").

(56) CALAIS-AULOY,"Droit de la ...", p. 21.

77. Não vejo assim. Acredito ser razoável conceber sem restrições o aspecto funcional, na medida em que se torna possível lidar com uma disciplina jurídica formada por um conjunto de regras que tenham a mesma finalidade, pouco importando se, em níveis de classificação tradicional, estejam elas sediadas geograficamente em locais diferentes.

78. As considerações gerais acima feitas permitem que se afirme, até sem muito receio, que ocorre um certo esvaziamento da questão de ser o direito do consumo um ramo autônomo do direito tradicional ou não. Por outras palavras, é irrelevante saber se o direito do consumo pertence a esse ou a aquele ramo tradicional do direito, desde que se tenha em mente o direito do consumo como um conjunto de regras jurídicas, codificadas ou não, que tenha por <u>função</u> regular as relações de consumo.

Poderá ser sempre lembrado o argumento de que o fato de a nova constituição referir-se expressamente ao consumidor. Isto, de <u>per si</u>, já induziria a tendência ao estudo do direito do consumo como ramo autônomo do direito (57).

De qualquer forma, falar-se em autonomia de ramos do Direito tem hoje uma conotação quase que pejorativa. A febre de "especializações" atinge os mais variados campos da Ciência do Direito. Não deve haver lugar para esse tipo de preconceito, no entanto. Acredito ser perfeitamente possível o estudo de uma

---

(51) Posição com a qual poucos podem concordar, pois a alusão constitucional a "consumidor" não significa existir aí um ramo autônomo do direito. A autonomia derivaria da impossibilidade ou inconveniência de estudar um conjunto de normas e princípios no seio de outra disciplina.

disciplina jurídica que, pelas suas particularidades, princípios, regras e, eventualmente, por um corpo legal, comportam tratamento autônomo.

Deve ser feita uma ressalva, no entanto, sendo que agora a referência é em campo do direito do consumo. A alusão a um "direito do consumo" autônomo é possível não tanto pela "natureza" das normas que o integram, mas pela "função" que as mesmas exercem, quando conjugadas entre si, qual seja, a de proteger o consumidor (ou equilibrar a relação jurídica de consumo, em sentido mais amplo). A função assim identificada far-se-á, então, por regras especialmente construídas para tal fim e, igualmente, por regras pertencentes a outros "ramos" do Direito. Isto pode implicar que as regras integrantes dessas disciplinas tradicionais sofram algum tipo de adaptação quando trazidas à realidade do direito do consumo. As regras do direito civil tradicional não cumpririam sua função se fossem aplicadas na defesa do consumidor nos mesmos moldes que tradicionalmente são aplicadas para a solução dos conflitos civis.

Será nesse sentido, portanto, que o direito do consumo pode ser tratado como um ramo autônomo do Direito, mormente diante da idéia de que essa autonomia apenas é apreensível tendo-se em mente a função das regras que o compõem(58).

---

(58) O saudoso professor ORLANDO GOMES proferiu brilhante conferência no Congresso Brasileiro sobre Direito dos Consumidores, em Curitiba, assinalando posição contrária, no sentido de que o direito do consumidor não alcançou maturidade necessária à sua emancipação como direito autônomo (cf. ANAIS).

79. A concepção assim posta, no entanto, não exclui a possibilidade de que se estabeleçam, quer com as disciplinas integrantes da classificação tradicional, quer com as outras que compõe a classificação funcional, íntimas ligações de relacionamento interdisciplinar. Valem, por isso, as considerações que seguem.

b. A Pluridisciplinariedade do Direito do Consumo

80. A utilização da classificação funcional permite falar em algumas disciplinas jurídicas que são consideradas vizinhas ao direito do consumo.

81. Em primeiro lugar, é conveniente salientar o direito econômico, admitindo-se que o direito do consumo é parte integrante dessa disciplina, de objeto naturalmente mais extenso. O direito econômico, visto de forma abrangente e não comprometida com suas largas e interessantes facetas, é o direito das relações econômicas. O direito do consumo pode ser então facilmente compreendido como uma parte daquela disciplina maior.

82. O direito da concorrência igualmente tem grande afinidade com o direito do consumo, a partir do momento em que a concorrência entre as empresas e a proteção dos consumidores devem exercer influências recíprocas uma sobre a outra. Algumas matérias são próprias do direito da concorrência (concorrência desleal, propriedade industrial), enquanto outras são características do direito do consumo (fraudes e

falsificações, publicidade enganosa, captação de clientela a domicílio).

83. O direito da distribuição, assim entendido como aquele concernente às atividades intermediárias entre a produção e o consumo, procura ser situado acima do direito do consumo. Algumas regras de direito do consumo, todavia, afetam diretamente o direito da distribuição, como aquelas que proíbem certos métodos comerciais agressivos.

84. O direito do meio ambiente também tem estreito parentesco com o direito do consumo. Além de possuírem a mesma filosofia, será até certo ponto razoável entender os cidadãos como "consumidores" do ar que respiram, da água que bebem, da natureza, enfim, de todos os elementos naturais que a prodigalidade humana não tem medido esforços em agredir.

85. Já em relação à classificação tradicional, também encontra o direito do consumo apoio em diversas disciplinas.

86. Assim é o caso do direito civil, pois a maior parte dos atos de consumo são constituídos por contratos de direito privado. Determinadas regras como as relativas à responsabilidade, às condições gerais dos contratos, às obrigações de informação e garantia sobre a coisa vendida, enfim, são particularmente importantes para os consumidores.

87. O direito penal, ao seu turno, tem lugar considerável. As obrigações legais objetivando a proteção dos consumidores normalmente vêm acompanhadas de sanções penais, muito concretamente em matéria de publicidade enganosa, de

oferta de crédito, de vendas à domicílio ou ofertadas ao público indeterminado. A inclinação da doutrina, no entanto, é fornecer à sanção penal uma configuração preventiva, mais do que repressiva (59).

88. Já o direito processual tem sua ligação ao direito do consumo vinculada à idéia de fornecer ao consumidor normas objetivas que facilitem a realização das regras subjetivas. O acesso à Justiça e a determinação de regras processuais céleres e simples fazem parte desse contexto. Igualmente, tem assumido destacada importância a idéia de conferir legitimidade ativa à associações de consumidores para litigar em defesa dos interesses coletivos dos consumidores.

89. O direito administrativo, de seu lado, tem aproximação com o direito do consumo em matéria de serviços públicos, posto que todos os cidadãos são, de certa forma, consumidores dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelo Estado. Também o direito administrativo deve ser responsável pelo incremento da proteção do consumidor através do regramento das reclamações administrativas perante os organismos públicos encarregados de atividades de controle e mediação.

90. Vale ainda referir-se ao direito tributário, pois a maioria dos bens e serviços adquiridos pelos consumidores são objeto de tributação pelo Estado. Torna-se necessário que o consumidor tenha em mente a exata composição

---

(52) Em algum momento virá à lume, no contexto brasileiro, a proposta de BOBBIO sobre a função promocional do Direito, ainda pouco explorada.

do preço que está a pagar por determinado bem ou serviço, de forma a evitar seja lesado pela conduta menos ortodoxa do empresário na fixação do preço (60).

91. Essas ligações do direito do consumo fazem-no uma disciplina jurídica pluridisciplinar, e, em princípio, profundamente heterogênea. Sedimenta-se a crença, mais recentemente, no entanto, que essa característica heterogênea é apenas aparente, mormente pelo fato de existir, subjacente ao direito do consumo, uma idéia comum, para a qual em tese devem convergir todas as disciplinas jurídicas: a idéia de que o consumidor necessita de regras jurídicas para protegê-lo contra o poder de seus parceiros econômicos. Essa lição conciliatória, extraída de CALAIS-AULOY, traz junto a esperança de que desapareçam as barreiras que possam eventualmente separar o direito do consumo das disciplinas tradicionais.

---

(60) cf. Constituição Federal de 1988, art. 150, parágrafo 5º.

c. Parentesco do Direito do Consumo com o Direito do Trabalho

92. Traçar um paralelo entre o direito do trabalho e o direito do consumo implica em que se verifique, preliminarmente, o contexto em que se procede a análise. A circunstância de se realizar o estudo no ordenamento jurídico de países com tradição nas conquistas sociais ou, por outro lado, em países que foram reprimidos por longos períodos de ditadura, faz com que as possibilidades de aparentar o direito do trabalho com o direito do consumo igualmente sejam diferentes.

Como desde o início assinalou-se, o direito dos consumidores é praticamente desconhecido da doutrina nacional. Não por outro motivo, este fato é devido à completa ausência de um movimento prévio que sustentasse, socialmente, a necessidade de os consumidores receberem proteção legal.

Se assim ocorre com o nosso Direito, o mesmo não se diz de outros sistemas legais, onde o recolhimento de uma política global de proteção dos consumidores pela lei foi derivado de conquistas sociais e políticas dos próprios consumidores.

93. O grau de parentesco entre o direito do consumo e do direito do trabalho, assim, é condicionado às referidas conquistas. No Brasil, pelas próprias circunstâncias que ditaram a defesa do consumidor a partir da regra constitucional, não se pode falar exista a apontada proximidade. Serve a análise que segue, portanto, como uma

tentativa de explicar o grau de desenvolvimento do instituto do consumo em outros países, bem como a sugestão de que o direito do consumo somente será reconhecido pelo ordenamento positivo desde que se faça acompanhar da movimentação social e política dos cidadãos no que respeita à sua absoluta necessidade, principalmente em relação ao comércio internacional.

94. CAS & FERRIER explicam que o direito do consumo e o direito do trabalho são disciplinas irmãs(61).

Pode-se comparar a formação dos movimentos dos consumidores na segunda metade deste século ao nascimento das organizações sindicais no final do século passado. Trata-se de dois movimentos que representam uma reação contra um desequilíbrio. A partir desta constatação, as aproximações entre os dois movimentos tornam possível o tratamento do direito do consumo analogamente ao direito do trabalho. As primeiras palavras de ordem contra o consumo de determinados produtos ou serviços (boicotes) foram dadas em total paralelismo com a greves dos trabalhadores.

Da mesma forma que o empregado, o consumidor reclama estabilidade nas relações contratuais, segurança dos produtos (segurança do trabalho) e deseja ser consultado quando são tomadas decisões a seu respeito.

95. Posto em foco o aspecto social, afirma-se que o direito do trabalho é um ramo do direito social que vislumbra os aspectos internos da empresa, enquanto que o direito do consumo corresponderia aos aspectos externos da atividade

---

(61) "Traité ...", p. 19.

empresarial, destinado a proteger os consumidores, considerados "parceiros econômicos" externos do empresário.

Além destes pontos, costuma-se defender a íntima ligação entre as duas disciplinas aqui vistas com o argumento de que seria perfeitamente possível a promoção de "convenções coletivas de consumo", onde o Estado homologaria os acordos celebrados entre consumidores e empresários a respeito de todos os aspectos relativos ao consumo.

96. Há que se impor limites à analogia. Nos dizeres de CAS & FERRIER, "é necessário desafiar a imagem simplista e aliás errônea, de que os consumidores se identificariam a uma espécie de proletariado"(62). Os consumidores, ainda que se possa parcialmente defender o contrário, não formam uma categoria jurídica homogênea tal qual os trabalhadores. Basta a simples referência de que o cidadão do mundo moderno se assemelha ao centauro, famoso personagem da mitologia grega metade homem metade cavalo, ou seja, metade produtor, metade consumidor.

Quanto ao mais, a impossibilidade de se oferecer uma definição precisa de consumidor contribui para que sejam impostos limites à analogia inicialmente proposta, como também assim o é quando se contrapõem os grupos de pressão de consumidores e de trabalhadores. "Uma greve de consumidores não se desenrola como uma greve de trabalhadores, pois estes dispõem de um passado e de uma experiência que os consumidores não possuem; ou, ainda, engajar os consumidores numa greve é

---

(62) CAS & FERRIER, "Traité ...", p. 20.

consideravelmente mais difícil do que mobilizar os trabalhadores"(63).

d. O Direito Comercial e o Direito do Consumo

97. Bem a propósito, deixou-se a análise da ligação do direito do consumo com o direito comercial para o fim. Compreende-se, pois tem sido natural tratar do direito dos consumidores em capítulo do direito comercial, sob as mesmas bases metodológicas e, o que causa surpresa, ideológicas. Essa concepção pode levar a conseqüências perigosas e indesejáveis, razão pela qual se enfrenta a questão.

Há que se partir de duas constatações iniciais. O direito tradicional, quando invocado para a solução de questões derivadas das relações de consumo, usualmente socorre-se do direito comercial. De outro lado, as normas de direito comercial são insuficientes ou mesmo inaplicáveis à muitas questões derivadas do direito do consumo.

Em campo histórico, percebe-se com facilidade que o direito comercial foi edificado em bases exclusivamente classistas, sendo certo que as normas assim editadas tinham por objetivo proteger ou regular uma única categoria de pessoas, e que se denominavam "comerciantes". Esse processo não encontra correspondência na construção do direito dos consumidores (64).

---

(63) CAS & FERRIER, "Traité ...", p. 20/21.

(64) Sobre a perspectiva histórica do direito comercial, cf. FRANCESCO GALGANO. "Storia del Diritto Comerciale", Società Editrice il Mulino, Bologna, 1976.

A existência de um direito do consumidor não supõe tenha ele sofrido esse mesmo processo. O consumidor não forma uma categoria semelhante ao comerciante, e seu direito não é uma conquista política, ao menos até o presente momento. A formação de um direito do consumidor não nasce da exigência de uma "classe de consumidores" que busca regras para regular sua conduta e se proteger de outros cidadãos, "não consumidores". Em outras palavras, pode-se dizer que há aí uma cisão ideológica e política irreversível entre os dois ramos do direito e definitivamente inconciliável.

98. Esta mesma análise pode ser feita sob o ângulo das relações obrigacionais em que se vêem envolvidos, de um lado, os comerciantes e de outro, os consumidores.

Tomando-se por base a seguinte cadeia relacional hipotética: fornecedor de matéria prima > industrial (produtor) > atacadista > varejista > consumidor, pode-se extrair que o direito comercial, em princípio, não se ocupará de algo que não diga respeito ao comerciante. No entanto, a partir do instante em que seja privilegiado o "momento consumo", o direito do consumo invade o direito comercial, ao ponto de inverter princípios e regras vigorantes para os momentos anteriores do mesmo processo econômico.

99. Um exemplo pode tornar de fácil percepção a constatação que se diz. Dada a mesma cadeia acima indicada, suponha-se que o comerciante varejista tem em seu estoque um produto defeituoso. Se o comerciante varejista recusa-se a colocar esse produto no mercado, porque defeituoso, a eventual

demanda que poderá ser instalada com os demais integrantes da cadeia será exclusivamente regulada pelo direito comercial.

A outro lado, se esse mesmo comerciante varejista efetivamente coloca o produto defeituoso no mercado, vendendo-o ao consumidor final, a demanda que se estabelecerá entre esse e aquele será objeto de enfoque do direito do consumidor.

Ocorre aqui talvez o mesmo antagonismo que se verifica entre o direito civil e o direito do trabalho, mais especialmente entre o contrato de prestação de serviços e o contrato de trabalho. Ou seja: a partir de determinado momento histórico, concretamente com a inauguração de um direito do trabalho reconhecido pela ordem jurídica, o contrato de prestação de serviços civil praticamente deixou de existir no campo do direito civil e, se e quando ocorrente, choca-se frontalmente com as regras do direito do trabalho.

100. Conclui-se esse capítulo: apesar da proximidade entre o direito do consumo e o direito comercial, o objeto de tratamento entre uma e outra disciplina pode ser manifestamente diverso. Em direito comercial trata-se do empresário comercial, das sociedades comerciais e suas manifestações em campo específico de direito privado. O direito do consumo, ao seu turno, busca o equilíbrio da relação de consumo e a efetiva proteção dos consumidores, situação que, em última análise, sugeriria uma virtual contraposição entre o consumidor e o comerciante.

101. Não é esta a melhor forma de conclusão do ponto. A perspectiva deve ser outra, a exigir o repensar inteiro do direito do consumo frente ao Direito.

Se, de um lado, podem ser levantados interessantes debates a respeito da classificação do direito do consumo e sua eventual autonomia, por outro e talvez com maior ênfase, é necessário verificar e mais do que isso, constatar a evolução do direito privado e as vantagens que esse desenvolvimento pode propiciar.

102. Em primeiro lugar, veja-se que o direito do consumo, especialmente quanto ao consumidor, ganhou reconhecimento constitucional e isto tem profunda incidência no direito comercial.(65).

Paralelamente a este reconhecimento constitucional, outro fenômeno vem sendo, desde há muito tempo, alertado pela doutrina, que diz com a "generalização do direito comercial"(66). Na verdade, uma série de circunstâncias - a massificação dos negócios e da produção é destacado exemplo - tem contribuído para que o direito comercial se generalize, ou seja, para que normas originariamente nascidas no direito mercantil passem a integrar os códigos civis. Estas mesmas circunstâncias fazem com que normas tipicamente comerciais

---

(65) Registra-se que a proteção dos consumidores é objeto de estudo pela disciplina do direito comercial, muito embora, mais recentemente, venha ocupando lugar no direito processual (interesses difusos) e no direito administrativo (pela mão da escola francesa do direito administrativo).

(66) MANUEL BROSETA PONT, "Manual de Derecho Mercantil", pp. 53/59.

sejam aplicadas a outros âmbitos de atividade, como a indústria e os serviços.

Em conseqüência da objetividade das regras do direito comercial, acabam sendo elas aplicadas a todas as pessoas, inclusive aos consumidores, os quais, em princípio, nada têm a ver com o tráfico mercantil propriamente dito.

103. Diante dessas observações é que se questiona até que ponto é possível manter o direito comercial como um "direito especial", à imagem e semelhança do direito comercial do antigo comerciante.

A reflexão diante deste quadro normalmente leva a uma resposta mais ou menos comum, que é a tendência da unificação do direito privado. Em matéria de direito dos consumidores, esta orientação é certamente aplaudida, pois um sem número de problemas seriam evitados "ab initio". Dentre eles o de se saber qual a natureza do contrato que o consumidor está a celebrar - se civil ou se mercantil - respostas que inclusive a doutrina tem encontrado dificuldades em fornecer.

104. Os principais aspectos críticos, no entanto, já indicam ser conveniente a unificação, mesmo porque a perfeita inclusão deste pontos contundentes, num ou noutro campo do direito privado seria, de per si, tarefa penosa. É o caso das condições gerais dos contratos, de diversas modalidades da compra e venda mercantil e a questão da responsabilidade do produtor.

105. Arrisca-se, assim, à conclusão deste assunto, que o direito do consumo, nos aspectos que lhe são peculiares,

deverá provocar no direito privado um fenômeno semelhante ao que o direito mercantil já tem experimentado - a generalização - ainda que de forma mais tímida. Os princípios e regras de interpretação, construídos para o direito do consumo deverão migrar para o direito comum, a eles se integrando e utilizados sistematicamente quando o direito comum enfrentar uma relação de consumo, mais precisamente, para proteger o consumidor.

III. PARTE ESPECÍFICA - ASPECTOS DE DIREITO PRIVADO

i. PRIMEIRA SEÇÃO - A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A. GENERALIDADES

106. Atende a requisito de forma compor a parte específica desse trabalho com os fundamentos lançados na parte geral, antecedente. De lá, extraem-se os seguintes assentos: (a) o direito do consumo é intimamente relacionado ao direito econômico e à economia, merecendo, por isso, tratamento especial à luz da interpretação jurídico-econômica (67); (b) o direito brasileiro não possui nenhuma tradição jurídica em matéria de direito econômico ou de direito do consumo, o que resulta (b.1) na necessidade inafastável de conhecimento da experiência estrangeira; e (b.2) na igualmente necessária consciência de que a instalação do direito do consumo no seio jurídico nacional não se fará sem inevitáveis atropelos e equívocos, o que se agrava pela completa ausência de ambiente social, político ou econômico para a absorção das referidas regras.

107. Dois motivos justificam essa preâmbulo: o primeiro, abrandar os ânimos nacionalistas de alguns, que

---

(67) Não se deve esquecer que a utilização da aludida interpretação econômica deve se dar com as cautelas antes referidas (cf. número 31, último parágrafo, supra).

buscarão e não encontrarão bibliografia vasta em língua portuguesa; o segundo, para sedimentar de vez a idéia de que jamais terá sido pretensão desse autor fornecer um modelo autêntico para o direito do consumo brasileiro. As angústias e dificuldades na realização atual do direito do consumo nos países desenvolvidos servem-nos, antes de mais nada, como rigorosa advertência. De modo que uma certa perplexidade ou casual desconforto por parte dos estudiosos brasileiros deve ser qualificada, no mínimo, como normal.

1) AS FINALIDADES DO DIREITO DO CONSUMO

108. Assunto próprio da parte geral, deixou-se o estudo das finalidades do direito do consumo propositalmente para essa nova parte. As finalidades gerais do instituto são quase que decorrentes da análise do seu conteúdo.

Merecem ser explicitadas, no entanto, as finalidades do direito do consumo em termos privatísticos, porque essa a preocupação presente.

109. Os autores mais modernos definem as finalidades do direito do consumo como sendo (a) a adaptação da atividade econômica às exigências sociais; (b) promover o equilíbrio dos contratos de consumo [68]; e (c) a defesa dos consumidores contra os abusos do poder econômico [69].

---

(68) CAS & FERRIER, "Traité...", pp. 2/3.

(69) CALAIS-AULOY, Jean; "Propositions pour un nouveau droit de la consommation", pp. 11/14.

EIKE von HIPPEL, festejadíssimo autor alemão (70), afina-se com seus colegas franceses, ao sustentar que o direito do consumo deve se ocupar da proteção do economicamente mais fraco. Ao enfrentar o tema desde a perspectiva do próprio consumidor, HIPPEL assinala que a proteção do consumidor pertence, em linhas gerais, a um dos mais atuais temas e indagações de Política Jurídica Internacional. O consumidor está em posição mais fraca em relação aos fornecedores de mercadorias e serviços e isto tem inúmeras conseqüências, nos mais variados campos de atividade. E a orientação do consumidor está cada vez pior: (a) as ofertas - principalmente em questões internacionais - não podem ser examinadas; (b) o consumidor tem, cada vez menos, condições de discutir qualidade, preços e mesmo as condições básicas de contratar; (c) com o desenvolvimento industrial e novas técnicas, cada vez menos há preocupação com a segurança ou com a saúde do consumidor; (d) as técnicas comerciais são incrementadas a cada dia (venda por correspondência, "faça você mesmo", centrais de vendas); (e) as propagandas intensivas estão cada vez mais aperfeiçoadas para influenciar e sugestionar os consumidores; (f) em conseqüência, os consumidores estão cada vez menos organizados e com mais problemas a serem resolvidos. Em função destas inúmeras dificuldades, vem-se exigindo uma melhor proteção do

---

(70) von HIPPEL, Prof. Dr. Eike; "Verbraucherschutz", p. 25.

consumidor, inclusive e principalmente, em níveis internacionais (71).

110. Definindo preocupações gerais, HIPPEL extrai as finalidades específicas do direito do consumo, relativamente aos consumidores: a proteção contra produtos perigosos ou defeituosos; a proteção contra a publicidade enganosa; a proteção contra as práticas negociais abusivas; a proteção contra os aumentos indiscriminados de preços; e possibilidade de tornar efetivas as reclamações formuladas pelos consumidores.

A linha específica adotada pelo jurista alemão - ademais extraída da experiência comunitária européia - demonstra com razoável clareza que, à exceção da última finalidade acima apontada, todas as demais estão relacionadas com a proteção privada dos consumidores, individual ou coletivamente.

Caminha-se mais: ainda em sede de direito privado, os direitos básicos antes mencionados refletem a necessidade de invocação de dois de seus campos específicos, que são a responsabilidade civil (e a conseqüente reparação de danos) e

---

(71) Não se pode esquecer que HIPPEL, ao preocupar-se especificamente com a política jurídica internacional, o faz no contexto europeu ocidental, onde a integração comercial internacional é uma realidade pela efetiva atuação da CEE (talvez a maior potência mundial a partir de 1992). Em solo brasileiro, será desde já interessante que nos preocupemos com o comércio internacional na América Latina e desta com o resto do mundo, lembrando que a cada ano ganha vulto a idéia de ser criada uma "Comunidade Econômica Latino-Americana".

os contratos de consumo (e as chamadas condições gerais dos contratos).

2) OS DIREITOS BÁSICOS DOS CONSUMIDORES

111. Penso ser rigorosamente majoritária na bibliografia sobre direitos dos consumidores a referência expressa ao discurso do presidente norte-americano JOHN F. KENNEDY, perante o Congresso de seu país, em 1962. Dirigindo-se ao parlamentares, KENNEDY teve chance de analisar o problema do consumo:

> "Afortunados que somos, não podemos, no entanto, sustentar desperdícios no consumo, mais do que podemos aturar ineficiência nos negócios ou no Governo. Se são oferecidos aos consumidores produtos inferiores, se os preços são exorbitantes, se os remédios são perigosos ou inúteis, se o consumidor é incapaz de se decidir em bases informadas, então seu dinheiro é desperdiçado, sua saúde e segurança podem estar ameaçadas, e os interesses nacionais são afetados. De outro lado, o aumento dos esforços para fazer de sua renda o melhor uso possível pode contribuir mais para o bem estar de muitas famílias que equivalentes esforços para aumentar as suas respectivas rendas" (72).

112. Ainda hoje, as observações de KENNEDY seriam lúcidas e de extrema utilidade para muitas nações. Valem mais, no entanto, por terem sido proferidas em época onde o consumismo era algo que apenas principiava a ocupar espaço entre os pensadores. De ser lembrado que esse pronunciamento foi lançado em momento de particular euforia com o desenvolvimento econômico, onde se dava especial vazão às idéias do liberalismo (tradicional) e à máxima da livre

---

(72) A íntegra do referido discurso pode ser lida em HIPPEL, "Verbraucherschutz", pp. 281/290.

iniciativa privada a qualquer custo. Uma suposta proteção dos consumidores seria assunto quase que inferior, marginal, e que teria sempre importância relativa diante do quadro progressista que estava desenhado.

Há outro mérito no pronunciamento. Com ele e através de linguagem mais política do que econômica, pretendeu KENNEDY demonstrar que a proteção dos consumidores não é concebida contrariamente aos interesses da economia capitalista, sendo prova disso, pelo menos, o fato de que essas considerações foram feitas em território tradicionalmente capitalista e liberal.

113. Nesse mesmo discurso, KENNEDY forneceu aqueles que considerava serem direitos subjetivos mínimos dos consumidores, nos seguintes termos:

> (a) direito à segurança - de ser protegido contra a comercialização de produtos perigosos à saúde e à vida;
>
> (b) direito à informação - de ser protegido contra práticas fraudulentas, enganosas, ou informação, anúncios ou etiquetagem falsas; e de ser informado sobre todos os fatos que precisa conhecer para fazer uma escolha bem informada;
>
> (c) direito de escolher - de lhe ser assegurado, sempre que possível, acesso a vários produtos e serviços a preços competitivos; e, naquelas indústrias onde a concorrência não ocorre, lhe ser assegurado a segurança de qualidade satisfatória e preços justos;
>
> (d) o direito de ser ouvido - de lhe ser assegurado que seus interesses receberão total e solidária consideração na formulação da política governamental, e que suas reclamações terão tratamento justo e célere nos tribunais;

114. GUIDO ALPA [73] bem percebe, todavia, que apontar os direitos dos consumidores pressupõe, antes, seja afastado aquilo que definitivamente não integra esse conceito. Por isso exclui o estudo de determinados interesses que não são considerados juridicamente relevantes e outros interesses, cuja proteção não integra o fenômeno do "consumerism". Assim, falar-se em "direitos dos consumidores" enquanto meros adquirentes, vítimas de danos, contratantes mais fracos, etc., é um equívoco, pois muitas situações subjetivas são objeto de proteção legal sem que se refiram especificamente aos consumidores. Excluir-se-ia desse âmbito, também a tutela processual dos chamados interesses difusos.

Permaneceriam como integrantes desse universo as regras próprias e imediatas de defesa dos consumidores, revelando, assim, com substancial clareza, o fenômeno do consumerismo. De conseqüência, e na linha de KENNEDY, individualiza aqueles que considera os direitos subjetivos dos consumidores:

(a) o direito de ser informado e educado;

(b) o direito de ser ouvido;

(c) o direito de ser representado;

(d) o direito de ser ressarcido.

115. De pronto deve surgir uma proposição: para ser considerado titular desses direitos subjetivos, não há necessidade de ser "consumidor". Trata-se, em verdade, de direitos constitucionais extensíveis a todo e qualquer cidadão.

---

(73) ALPA, Guido; "Tutela del Consumatore e Controlli sull'impresa", pp. 58 e ss.

Ao meu ver, a perplexidade é bastante procedente, aliás como já tive oportunidade de salientar linhas acima (cf. nº. 12, supra). Nada impediria que tais direitos fossem identificados como inerentes à própria personalidade, não sendo necessário, em princípio, a criação de um cidadão novo - o cidadão-consumidor (ou cidadão-econômico, na acepção francesa) - para a titularidade dos direitos subjetivos dos consumidores.

Ocorre que a visão unifocal será sempre insuficiente para atingir o universo novo proposto, onde se colocam em evidência os efeitos da nova realidade econômica, à qual o direito positivo precisa se harmonizar. É diante, pois, das considerações de natureza jurídico-econômicas que faz sentido falar-se em direitos subjetivos dos consumidores, admitindo-se a identidade própria desse novo cidadão, como um verdadeiro agente econômico, mas em condições de extrema debilidade quando contraposto aos seus outros parceiros, considerados economicamente mais poderosos.

116. Essa nova realidade é reconhecida pelo texto da Carta Constitucional de 1988, o que permite que dela se trate sem maiores esforços. Assim, os apontados direitos subjetivos dos consumidores encontram um terreno juridicamente sólido para serem desenvolvidos, ainda que tenha sido relegada à legislação infra-constitucional a tarefa de cuidar para que tais direitos sejam, de fato, garantidos.

O Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor indica como os direitos básicos dos consumidores, em seu artigo 6º.:

"Art. 6º. - São direitos básicos dos consumidores:

I - a proteção da vida, da saúde e segurança (...);

II - a informação adequada e clara sobre os diferentes bens e serviços (...);

III - a educação e a divulgação sobre o consumo adequado de bens e serviços (...);

IV - a proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais agressivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas (...);

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão por fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - (...);

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos (...);

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos (...);

IX - a participação e consulta na formulação das políticas que os afetem (...);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Do exame de cada um destes direitos básicos extrai-se a possibilidade perfeita de serem os mesmos realinhados segundo os critérios definidos por ALPA, acima, até com certa facilidade, fixando, por fim, que os direitos básicos dos consumidores podem ser perfeitamente previstos pela legislação, devendo-se admitir que se trata de um elenco meramente exemplificativo.

117. Definem-se, pois, as finalidades básicas do direito do consumo: a busca do equilíbrio das relações de

consumo através de substrato legal que assegure a garantia de direitos subjetivos mínimos dos consumidores (74).

3) DOIS ASPECTOS IMPORTANTES: O ENFOQUE TERMINOLÓGICO E A ANÁLISE PRIVATÍSTICA

118. Ainda em termos gerais, mas com objetivos voltados ao desenvolvimento que se fará em seguida, convém que sejam fixados dois aspectos singulares do problema analisado, quais são, o enfoque terminológico e a percepção de dois pontos críticos em termos privatísticos.

a. Quanto ao enfoque terminológico

119. Até o presente momento foram utilizadas quase que como sinônimas as expressões "direito do consumo" e "direitos dos consumidores". A única referência aqui antes feita deu-se no número 15, supra, para chamar a atenção aos diferentes tratamentos que a doutrina tem emprestado ao estudo da matéria.

Com o aprofundamento do tema, torna-se necessário precisar, tanto quanto possível, a terminologia adequada. Na

---

(74) Apenas a título de referência, é possível extrair este tipo de enfoque dos sistemas vigentes nos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Japão, Alemanha Ocidental, México, França, Áustria, Israel, Portugal, Luxemburgo, Espanha,. além das regras supra-nacionais ditadas pela ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), pelo CONSELHO EUROPEU, pela COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA (CEE), e pelas NAÇÕES UNIDAS. As íntegras dos principais atos normativos podem ser estudadas no livro do professor von HIPPEL, "Verbraucherschutz", pp. 281/493).

expressão copiada de CARBONNIER (75), o direito do consumo seria considerado um gênero do qual o direito dos consumidores é espécie. Evidente que em determinados pontos as matérias são perfeitamente coincidentes, tornando a sub-divisão, em tese, desnecessária. Mas o aspecto "macro-jurídico" do direito do consumo, quando contraposto ao exame particularizado dos direitos dos consumidores torna imperiosa a distinção.

120. Esse tipo de preocupação é mais visível quando se estreita o foco da análise. Tendo sido definido o direito privado como ponto de apoio desta parte do trabalho, é mera conseqüência metodológica o enquadramento do consumidor como o centro das atenções e preocupações presentes.

As relações contratuais, o direito obrigacional, a responsabilidade civil e a reparação dos danos, enfim, há aí um leque de assuntos que têm ligação direta com o direito privado e que forçam seja colocada em destaque exatamente o consumidor, principal (mas não único) destinatário do conjunto de regras que integram os direitos dos consumidores.

121. Aliás, a lógica matemática nos auxilia nessa tarefa. Dada uma determinada equação, costuma-se colocar as incógnitas "em evidência", para facilidade na construção do raciocínio matemático que solucionará a referida equação.

Aqui se faz o mesmo: o objeto da análise passa a ser o consumidor, um dos integrantes dessa complexa equação jurídica de consumo. Colocá-lo em evidência será mera

---

(75) CARBONNIER, in "Flexible droit", LGDJ, 1971, p. 227, apud CALAIS-AULOY, "Droit de la ...", p.17.

conseqüência, desde que se pretenda compreender o lado privatístico do tema. O paralelo serve, ainda, para sugestionar a interligação obrigatória do consumidor com os demais elementos da equação econômica de consumo (de onde deve derivar a relação jurídica de consumo), aqui hipotética.

Justifica-se, pois, que a especialização ora buscada traga consigo a correspondente terminologia especializada, muito embora se continue a dissertar sobre o mesmo fenômeno

b. Quanto aos pontos críticos

122. Dessa especialização decorre a constatação de que o direito privado irá se ocupar de dois aspectos essenciais da relação jurídica de consumo, e que importam, sobremaneira, ao consumidor. Em matéria contratual, o "princípio da liberdade negocial ou contratual", e em matéria de responsabilidade civil, o "princípio nenhuma responsabilidade sem culpa". Estes os pontos centrais desta parte especial do trabalho.

B. A NOÇÃO DE CONSUMIDOR

123. Linhas atrás referiu-se ao famoso discurso de KENNEDY. No importante documento, o presidente americano iniciou dizendo: "Consumers, by definition, include us all". De fato, todos nós, em algum momento, somos atuais ou potenciais consumidores de algo.

No entanto, como já visto, esse tipo de consideração pouco ou quase nada acresce ao assunto aqui estudado, a não ser que venha acompanhada de sustentação de

que venha acompanhada de sustentação de natureza jurídica. Essa a razão pela qual assume-se como pré-existente à própria definição de consumidor a indagação objetiva no sentido de se saber quem será o consumidor do qual se ocupará a lei.

A resposta satisfatória à indagação trará, como conseqüência, a definição de consumidor que mais costumeiramente se tem buscado. Falar-se-á, neste caso, de uma noção concreta de consumidor.

A acepção utilizada por KENNEDY tem, por outro lado, razoável sustentação jurídica, sendo de oportuna menção a proposta de BERCOVITZ - adiante vista - no sentido de visualizar nessa concepção geral uma noção abstrata de consumidor, atrelada à preocupações de política do Direito (76).

124. Ao lado das idéias abstratas ou concretas sobre a noção de consumidor, outra metodologia é com freqüência sugerida, igualmente extraída da doutrina sobre direitos dos consumidores. Segundo essas novas regras, a noção de consumidor pode ser alcançada a partir de enfoque extensivo ou restritivo da definição que se lhe empreste, mas segundo as diretrizes centrais de política legislativa de proteção dos consumidores adotada pelos ordenamentos em específico.

---

(76) ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores", pp. 106/108.

Em verdade, a proposta assim colocada como autêntica será mera decorrência do âmbito da noção concreta de consumidor adotado em um contexto legal específico(77).

125. FÁBIO K. COMPARATO, no ensaio jurídico antes citado (78), enfrenta o problema ao adotar a fórmula restritiva para a definição do consumidor. Ainda que tenha solidamente afirmado que "o consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares dos bens de produção" (aqui, noção abstrata), o faz de forma a excluir da noção aqueles que adquirem bens ou serviços no curso da atividade produtiva (noção concreta restritiva). Sua definição, assim, coincide com outra já posta em lei sueca de 1973, segundo a qual é consumidor "a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado, e que é vendida no quadro da atividade profissional do comerciante" (79).

126. Adotando enfoque ainda restritivo, HIPPEL sustenta ser consumidor a pessoa que adquire bens ou serviços para uso privado, aliás em posição afinada com a da Carta de Proteção ao Consumidor do Conselho Europeu (17.05.1973), para a qual o consumidor é "a physical or legal person to whom goods as supplied and services provided for private use"(80).

---

(77) cf. neste trabalho, nos números 132 a 139, infra, sobre a noção concreta de consumidor.

(78) "Ensaios e Pareceres...", p. 476.

(79) "Ensaios e Pareceres...", p. 477.

(80) EIKE VON HIPPEL, "Verbraucherschutz", p. 3 e, muito especialmente, a nota de rodapé nº. 1, supra.

127. GUIDO ALPA[81], ao seu lado, sugere a utilização de um critério mais amplo observando, antes de mais nada, a existência de diversas acepções para a palavra "consumidor". Na verdade, o consumidor é referido diversas vezes na legislação civil, podendo ele ser o adquirente, o mutuário, o locatário, o contraente mais fraco (nos contratos por adesão), os portadores de interesses difusos, etc. Tais denominações também podem ser facilmente localizadas em outros códigos, na legislação esparsa e todos querendo referir-se, de algum modo, ao que hoje se entende como consumidor.

Ensina o autor que, em realidade, a noção de consumidor conhecida desde a sociologia e a economia determina que deva ser considerado consumidor aquele que adquire bens ou serviços para a satisfação de suas necessidades privadas. O que ocorre é que, dependendo da amplitude da noção que se adote, existirão situações distintas, sendo certo que uma estará contida na outra, assim como dois círculos concêntricos.

Continua, asseverando que de um lado, será possível identificar o consumidor como sendo aquele que adquire bens ou serviços destinados a sua própria sobrevivência. De outro lado - em conotação mais ampla - visualiza-se um consumidor como aquele que adquire bens ou serviços para satisfação de "qualquer necessidade".

Nessa linha, o autor pretende adotar uma conotação mais ampla para a noção de consumidor, assim entendendo-o como

---

(81) "Tutela...", pp. 53 ss.

"aquele que faz parte ou institui uma relação jurídica relativa ao consumo".

A tendência desta definição é ampliar-se, levando à conseqüência de que cada vez mais relações jurídicas sejam consideradas como sendo de consumo.

128. Não sem razão, pois, referiu-se BERCOVITZ que a noção de consumidor deve possuir um núcleo flutuante, para igualmente abranger pessoas físicas ou jurídicas, mesmo empresários, quando a situação de inferioridade em que se encontrem seja equiparável a do consumidor final, atendendo, assim, a finalidade última da norma(82).

1) SOBRE A NOÇÃO ABSTRATA

129. A noção de consumidor adotada por ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afasta-se sobremaneira dos perfis extensivo ou restritivo usualmente utilizados pela doutrina. O renomado autor madrilenho preferiu subdividir a noção geral de consumidor em duas outras, quais sejam, (a) a noção abstrata e (b) a noção concreta e legal (83).

130. É de particular relevância a distinção proposta por BERCOVITZ, de forma a reforçar a idéia de que a concepção jurídica de consumidor não coincide com a noção

---

(82) ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Reflexiones Críticas sobre la Proteccion de los Consumidores en el Derecho español", in "Estudios ...", pp. 28/29.

(83) ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores", pp. 106/108, especialmente p. 107.

jurídica de "cidadão". Evidente que a diferenciação somente é possível mercê de tratamento próprio que a lei empreste ao consumidor propriamente dito. Por isso a referência a ROSARIO FERRARA (84), citado também por BERCOVITZ. FERRARA refere-se a um "cidadão-consumidor", exprimindo a idéia de que "todos somos consumidores, não apenas enquanto realizemos atos concretos de consumo, mas simplesmente porque temos uma faceta de nossas vidas - a de consumidores - à qual interessam distintos aspectos da vida social" (85).

131. A partir desse raciocínio é que se torna viável extrair da Resolução da CEE, de 14.04.1975, (relativamente a um programa preliminar da CEE para uma política de proteção e informação dos consumidores) a denominada noção abstrata de consumidor: "o consumidor não é considerado somente como um comprador ou usuário de bens ou serviços para uso pessoal, familiar ou coletivo, mas também como uma pessoa a quem concernem os diferentes aspectos da vida social, que podem afetá-lo, direta ou indiretamente, como consumidor" (86).

---

(84) "Contributo allo studio della tutela del consumatore", pp. 2,13 e 16/17.

(85) BERCOVITZ, "Estudios...", p. 107.

(86) BERCOVITZ, "Estudios...", p. 107.

2) SOBRE A NOÇÃO CONCRETA E A NOÇÃO LEGAL

132. Ao lado da construção abstrata da noção de consumidor, BERCOVITZ indentifica uma noção concreta, pela qual são atribuídos direitos que possam ser exercitados individualmente pelos consumidores. Essa noção concreta não se confunde com a noção ou definição legal. Ademais, a noção legal, na verdade, não é apenas uma, mas várias, na medida em que vários são os pontos de abrangência da legislação de proteção aos consumidores e vários são os consumidores.

133. Assim é que o conceito legal de consumidor pode variar significativamente conforme se esteja tratando de um ou outro lado do fenômeno. Vê-se que a lei de proteção contra abusos no comércio de alimentos definirá um tipo de consumidor, enquanto a lei em matéria de responsabilidade do fabricante poderá utilizar-se de outro conceito.

Citando autores austríacos, BERCOVITZ enfim assinala: "No existe, pues, una noción legal única de consumidor, sino una pluralidad de nociones que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen atendiendo específicamente a la protección que la norma pretende ofrecer" (87).

134. É importante observar que apesar da possibilidade de serem elaboradas várias definições legais para

---

(87) NORBERT REICH-KLAUS TONNER-HARTMUT WENEGER, "Verbraucher und Recht", Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1976, p. 15, apud BERCOVITZ, ob. cit., p. 109.

consumidor, dependentes do contexto da lei que se toma em análise, isto não quer significar que não existe relação entre essas várias noções. Em todas elas deve estar presente, em nível subjacente, o tipo de consumidor que se está a proteger. Vale referir que, apesar da heterogeneidade existente em matéria de consumidores, não apenas em termos de tratamento legal, mas também em termos de definições e noções aplicáveis aos diversos tipos de consumidores, há que se ter presente a idéia de um "protótipo" de consumidor, equivalente à figura do "consumidor médio típico", definido como aquele que segundo a experiência diária se encontra diante dos empresários em posição de inferioridade (88). Para alcançar a noção de consumidor médio típico devem, da mesma forma, estar presentes certas características, dentre as quais possuir nível econômico e formação correspondentes à camada média da população. Este quadro leva à conclusão de que o destinatário das normas de proteção não é o consumidor marginal, extremamente débil em função de sua posição sócio-econômica (89).

135. Se é certo que a utilização de um "protótipo" é conveniente ao legislador na elaboração de normas de proteção dos consumidores, não menos correto é a idéia de que este "protótipo" tem utilidade restrita aos casos em que se estejam definindo os direitos dos consumidores em termos não individualizados. Por outras palavras, a figura do "consumidor

---

(88) HEINZ KOSEGNIK-WEHRLE, "Konsumentenschutz-gesetz", Juridica-Verlag, Wien, 1979, p. 22, apud BERCOVITZ, ob. cit., p. 110.

(89) ROSARIO FERRARA, ob. cit., pp. 13/14, apud BERCOVITZ, ob. cit., p. 110.

médio" tem sua importância nas condutas legais que visem estabelecer critérios gerais de atuação dos empresários, não apenas frente aos consumidores, mas também frente aos demais empresários.

136. Diferente é a perspectiva quando se trata de direitos dos consumidores que devam ser individualizados. Nestes casos há necessidade de que a lei contenha o maior número de parâmetros possíveis, com a finalidade de definir precisamente o consumidor que está sendo protegido. A partir, portanto, daquele protótipo antes idealizado, o legislador alcança a noção do consumidor, já vizualizando a finalidade específica da norma.

A análise assim realizada permite, pois, que a noção de consumidor seja "ampliada" ou "reduzida", não em relação ao contexto econômico-social onde se implanta a norma, mas tendo como referencial esse hipotético protótipo de "consumidor médio típico".

137. A assunção desse modelo não deixa de apresentar alguns inconvenientes e que decorrem do fato de que, em determinadas ocasiões, o legislador poderá incluir pessoas que não se enquadrariam no modelo de consumidor médio, ou excluir pessoas que, ao contrário, reuniriam todas as suas caracterísiticas.

Mas nesses casos não poderá ser olvidado que esse protótipo funciona, na verdade, como mero referencial genérico ao legislador. O que deve prevalecer - nas hipóteses em que a noção do consumidor é reduzida à lei, é que não se poderá negar

proteção às pessoas que se enquadrem na definição legal. Por outras palavras, o cuidado e as indagações devem preceder à elaboração da lei. Uma vez posta, pode-se dizer que a determinação da lei (sobre a noção de consumidor) implica na presunção de que todas as pessoas nela incluídas estão em situação de inferioridade que, ademais, originou a intervenção protetiva do legislador (90) (91).

138. As idéias acima lançadas são extraídas da experiência de países que já enfrentam o problema há pelo menos duas décadas. Milita em seu favor, portanto, a presunção de que o alcance de tais posicionamentos se deu a raiz de alguma meditação e da própria experiência legislativa na matéria.

As preocupações do legislador, e as próprias dificuldades decorrentes do caráter heterogêneo da noção de consumidor, devem ser enfrentadas, pois, precedentemente à aprovação da lei. O direito brasileiro, no entanto, está se mostrando extremamente desatento a estas circunstâncias, vez que o Código de Defesa do Consumidor está em vias de tornar-se lei (cogita-se inclusive de implementá-lo pela via oblíqua da Medida Provisória), e não teve - ao menos de público - debates

---

(90) BERCOVITZ, "Estudios ...", p. 111.

(91) Em nota de rodapé, BERCOVITZ dá notícia de interessante experiência durante a tramitação da lei austríaca sobre consumidores, em 1979, através da qual foi rejeitada uma emenda cujo objetivo era permitir que os empresários evitassem a aplicação da lei, desde que comprovado, perante o caso concreto, que não se verificava a típica situação de inferioridade do consumidor frente ao empresário (ob. cit., p. 111, nota 41).

suficientemente amplos para identificar o perfil do consumidor brasileiro (92).

139. Correm-se os perigos das leis impostas e não debatidas amplamente: o de não proteger quem realmente necessita de proteção e de se ter criado um modelo que não exprime a realidade brasileira. Em ambos os casos, a conseqüência é apenas uma: a lei não será aplicada. As considerações que são feitas em um dos capítulos que a este se seguirá se ocuparão do problema mais amiúde.

3) CONSUMIDOR-CLIENTE E CONSUMIDOR-FINAL

140. Na busca de uma noção precisa sobre o consumidor, CAS & FERRIER (93) utilizaram-se de uma definição administrativa francesa, colocada para suprir as deficiências da própria lei, em matéria de publicidade e preços. Partindo dessa definição, afirmam os autores que é tarefa difícil - senão impossível - alcançar uma definição precisa para o consumidor. A citada circular administrativa assim define o consumidor:

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

---

(92) O Anteprojeto analisado, do Ministério da Justiça, dá conta da formulação de emendas ao Código e que, em princípio, sugerem que o texto tenha sido objeto de discussão, pelo menos entre as entidades que constam da publicação oficial.

(93) "Traité...", pp. 9/10.

"Pour les prestations des services, il s'agit de leur bénéficiaire sous la forme soit de travaux sur les biens corporels qui lui apparttiennent déjà - par example - travaux d'entretien ou de réparation -, soit de services dont sa personne même est l'objet". (94)

141. A análise dessa definição coloca em destaque a distinção já posta pela Ciência Econômica entre "consumidor intermediário" e "consumidor final", cuja utilidade para a análise jurídica é relativa. Na verdade, identificar-se dois tipos de consumidores - intermediário e final - nada mais representa do que colocar na mira do observador duas etapas diferentes da própria atividade econômica.

142. Há que se entender a preocupação francesa com o problema: o sistema francês de proteção do consumidor - legalmente recolhido - funda a noção do consumidor na separação categórica entre "profissionais" e "não-profissionais"; os primeiros posicionados na etapa intermediária da atividade econômica - não protegidos na qualidade de consumidores - e os segundos, os não-profissionais, posicionados na última etapa do processo produtivo - na qualidade de consumidores finais, legítimos destinatários das normas de proteção dos consumidores.

Em termos de direito positivo francês, a simplicidade do enfoque antes posto se justifica, pois, plenamente.

---

(94) Circular de 14.02.1972, relativa a marcas, etiquetas e afixação de preços, apud CAS & FERRIER, "Traité...", p. 9.

143. O exame das experiências italiana, alemã, austríaca e, especialmente, a espanhola, no entanto, demonstram que a unanimidade em termos de noção concreta do consumidor está longe de ocorrer.

144. BERCOVITZ (95), com base na doutrina e na experiência do direito positivo relativos aos sistemas antes referidos, oferece ao nosso estudo luzes de rara oportunidade. Torna-se, assim, apropriado o exame detalhado da perspectiva eleita pelo autor espanhol.

Sustentando - ao meu ver acertadamente - que cada lei deve estabelecer sua própria noção de consumidor, de acordo com o âmbito da proteção que pretende estabelecer, o autor chama a atenção para a existência de basicamente duas noções concretas de consumidor: (a) uma que se refere ao consumidor como "cliente"; e (b) outra que destaca o denominado "consumidor final".

145. A noção de consumidor como cliente compreenderia todos aqueles que contratam com empresários a aquisição de bens ou serviços por eles oferecidos, indepedentemente de ser para satisfação de necessidades pessoais ou para integrar um ou vários aspectos de sua atividade profissional. Dentro dessa noção, não é relevante se o consumidor é empresário ou não, apenas que adquire bens ou serviços de outros empresários. Essa concepção não exige, por outra forma de falar, que o

---

(95) "Estudios...", pp. 111/116.

consumidor ("cliente") adquira os bens ou serviços para uso privado (96).

O autor aqui analisado vale-se da definição fornecida por JOSÉ BERMEJO, para quem "qualquer pessoa que intervém em relações jurídicas situado na posição de demanda em um hipotético e convencional vínculo com o titular da oferta" será considerado consumidor (97).

146. A noção de consumidor como consumidor final é significativamente mais restrita e caracteriza-o basicamente como sendo a pessoa que adquire bens ou serviços para uso estritamente privado, valendo a referência de que o uso familiar ou doméstico estaria incluído na noção (98).

147. Do confronto das duas noções fornecidas extrai-se a diferença: o consumidor final não pode ser um empresário, que realize a operação no âmbito de sua atividade empresarial. De outro lado, há também fixada a idéia de que o consumidor final deve utilizar os bens ou serviços adquiridos

---

(96) São exemplos da adoção positiva dessa noção as diretivas comunitárias (da CEE) a respeito de "trust" (direito anti-trust), bem assim as disposições legais da Alemanha Federal sobre responsabilidade do fabricante.

(97) JOSÉ BERMEJO VERA; "Aspectos jurídicos de la Protección del Consumidor", Revista de Administración Pública, nº. 87, septiembre-diciembre 1978, pp. 251 e ss., apud BERCOVITZ, ob. cit., p. 102 e 112.

(98) Cita-se como exemplo de legislações que se utilizaram dessa noção o direito francês, o direito inglês ("Fair Trading Act de 1973"), o direito português (1981), a Carta de Proteção dos Consumidores (do Conselho europeu, reunido em assembléia em 1973), a lei austríaca de 1979 e, por fim, o Convênio da Comunidade Econômica Européia sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (1980, em Roma).

privadamente, ou seja, usá-los em níveis domésticos ou familiares. Vê-se que ambos critérios podem ser utilizados: (a) não realizar a operação em âmbito empresarial; e (b) realizar a operação para uso privado, doméstico ou familiar.

A dificuldade está em se detectar, em termos objetivos, qual dos critérios é de percepção mais sensível. E nesse ponto torna-se muito mais atrativo o desenho do consumidor final a partir da realização ou não de operações em âmbito empresarial. Por motivos que parecem evidentes, "será muito mais fácil saber quando uma pessoa está atuando ou não como empresário ou profissional, do que determinar se um produto determinado será utilizado com finalidades puramente domésticas" (99).

148. De qualquer forma, o que salta como evidência é que a utilização dos critérios sugeridos para identificar o consumidor final devem ser objeto de obrigatória e minuciosa definição legal, sendo certa a assertiva de que a finalidade é apenas uma; mudam, todavia, os meios - no dizer de BERCOVITZ, os matizes - desenhados para a consumação do fim desejado.

149. As noções de consumidor em sentido concreto - quaisquer que sejam, não autorizam se fale tenha o consumidor adquirido um "status" jurídico próprio, equiparável, v.g., ao comerciante ou empresário. Na verdade, "a caracterização do consumidor em sentido concreto se produz sempre com referência a um ato determinado, consistente na realização de uma certa operação, a aquisição de um bem ou de um serviço, ou o consumo

---

(99) BERCOVITZ, ob. cit., p. 114.

de algum produto, ou a utilização material de produtos ou serviços"(100). Um empresário pode muito bem ser consumidor, mas somente assim será considerado na dependência do ato que praticar(101).

4) A NOÇÃO DE FORNECEDOR

150. Afigura-se bem mais fácil a tarefa de definir uma noção concreta de fornecedor (ou empresário, nos limites e no âmbito do direito dos consumidores).

Na verdade, existem duas possibilidades concretas utilizadas pelo direito positivo comparado para definir o fornecedor de bens ou serviços. A primeira, trazendo para o texto da lei um elenco completo de todos os potenciais agentes econômicos que poderão ocupar a posição de fornecedores (102). A segunda - da qual é exemplo a lei portuguesa - mencionando

---

(100) BERCOVITZ, ob. cit., p. 116.

(101) O Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, de responsabilidade do Ministério da Justiça, estabelece no seu art. 2º.: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza bens ou serviços, como destinatário final" (grifei). O critério adotado, para seguir a metodologia aqui analisada, é o do consumidor final, ao contrário do critério do consumidor cliente (BERCOVITZ). A noção concreta é, pois restrita e, em princípio, limita o âmbito de aplicação da proteção.

(102) A lei mexicana de 1975 obriga, na qualidade de fornecedores, a "comerciantes, industriais, prestadores de serviços, empresas estatais e de participação estatal (sociedades de economia mista), organismos descentralizados e órgãos estatais, enquanto desenvolvam atividades de produção, distribuição ou comercialização de bens ou prestação de serviços a consumidores".

ser fornecedor qualquer pessoa individual ou coletiva que exerça de maneira profissional uma atividade econômica (103).

O Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça adota um critério amplo e explícito na definição do fornecedor, bem ao perfil da lei mexicana (104).

---

(103) Mais uma vez se vê o predomínio da noção jurídica que elege o profissionalismo como definidor da conduta do legislador e das conseqüências daí decorrentes para os consumidores.

(104) Diz o art. 3º. do Anteprojeto: "Fornecedor de bens e serviços é qualquer pessoa que, seja, industrial, comerciante, agricultor, pecuarista, prestador de serviços de qualquer natureza, a título individual ou societário, bem como o Estado e outros organismos públicos, descentralizados ou não, empresas públicas, de economia mista, concessionárias de serviço público, e outras entidades privadas ou públicas que desenvolvam atividades de produção, montagem, importação, distribuição ou comercialização de bens e prestação de serviços, inclusive os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo os decorrentes das relações de caráter trabalhista".

ii. SEGUNDA SEÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTRATOS

A. PERSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMO EM MATÉRIA CONTRATUAL E DE RESPONSABILIDADE CIVIL

151. A análise que segue é extraída de um dos principais registros bibliográficos em matéria de direitos dos consumidores. Trata-se do excepcional livro de GUIDO ALPA sob o título "Tutela del consumatore e controlli sull'impresa" (105).

152. Inicia ALPA com a referência geral de que nos anos sessenta começou o desenvolvimento e a evolução da disciplina das relações econômicas vista desde o ângulo do consumidor. É o período no qual o consumidor passa a ser visto como detentor de um "status", que se não é ainda jurídico, ao menos o coloca em posição de relevo que antes não possuia (106).

Releva-se a necessidade de discussão do assunto, até para fixar as opções ideológicas que servem de base à teorização dos "direitos" dos consumidores e dos objetivos do

---

(105) Nesta obra, ALPA oferece um estudo bastante abrangente, que inclui, dentre outros assuntos, o controle social da atividade da empresa, os direitos dos consumidores, modos e formas de tutela dos consumidores e propostas, projetos e programas de tutela dos consumidores. A parte analisada está nas pp. 69/86.

(106) CRANSTON observa que apesar de o consumidor ter adquirido na atualidade um "status" jurídico, isto não significa tenha ele sido retirado da posição de inferioridade que, por assim dizer, lhe é inerente ("Consumers and the Law, p. 3).

"consumerism". Essa análise histórica somente é reputada completa desde que se inicie a investigação há pelo menos dois séculos atrás, mais especialmente no primeiro decênio do século XIX.

153. A sistematização do autor parte de duas histórias paralelas: história da responsabilidade do produtor de bens de consumo, pelos danos causados ao público na difusão de produtos danificados, defeituosos ou perigosos e a história da disciplina dos contratos "standard" (ou contratos padronizados).

A análise histórica assim posta deve ser entendida como uma indagação sobre as fases evolutivas dos ordenamentos em relação aos institutos tradicionais, como a responsabilidade civil e a venda, enquanto respeitam à responsabilidade do produtor e a autonomia e a liberdade negocial, no que respeitam às condições gerais dos contratos e às cláusulas de exoneração da responsabilidade (107).

O autor destaca, aliás como já antes notado, a contraposição dos interesses dos consumidores e os interesses das empresas, do mundo do consumo e do mundo da produção, assim como tradicionalmente se concebe uma ambigüidade entre as relações entre o Estado e o consumidor.

---

(107) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, atento ao mesmo fenômeno, observa que as bases do sistema tradicional do direito privado sempre foram a propriedade e o contrato, aquela estaticamente considerada, porque instrumento produtivo, e este visto sob a caracterísitica da dinamicidade, como meio privilegiado da circulação. ("Os direitos dos consumidores"). A respeito, cf. também a obra de PIETRO BARCELLONA, "Diritto Privato e Processo Economico".

BESSONE (108) enfatiza essa contraposição - aliás sempre existente - explicando que "d'un coté, em effet, on a esseyé d'offrir la plus grande protection aux victimes; de l'autre, on a essayé d'emprecher que les objectifs de 'consumerism' puissent être en conflit avec les stratégies de l'entreprise".

154. A investigação proposta por ALPA deve se mover desde o princípio fundamental acolhido e codificado em todos os ordenamentos do século XIX: a regra da liberdade de mercado ("laissez-faire, laissez-passer") expressava a máxima liberdade do indivíduo, que se traduzia, em matéria contratual, no princípio da "liberdade negocial ou contratual" ("libertà negoziale", "freedom of contract", "Vertragsfreiheit", "liberté contractuelle"); em matéria de responsabildiade civil, no princípio da liberdade de agir, com imputação ao agente somente dos danos deliberadamente desejados ou causados por negligência (com a conseqüente construção do princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa"), e, sobretudo, em matéria de propriedade privada, com o absoluto poder do "dominus".

Os capítulos que seguem o presente terão por finalidade o estudo dos dois primeiros aspectos assim anotados pelo autor italiano.

155. Esses princípios derivam diretamente daqueles de liberdade e igualdade, consagrados pela Revolução Francesa; todos eram iguais na celebração dos contratos e todos

---

(108) MARIO BESSONE, "Profils de la responsabilitè du fabricant dans le droit italien", "Atti del Congr. Naz. Dir. Comparato, Budapest, 1976, p. 158, apud ALPA & BESSONE, "La responsabilità...", p. 21.

igualmente livres no exercício de suas atividades negociais; todos eram iguais na promoção da atividade econômica e todos igualmente livres para agir, salvo o ressarcimento dos danos causados com dolo ou culpa (109).

156. O autor cita J. FLEMING ("Contemporary Roles of the Law of Torts", p. 2)(110) para asseverar que os efeitos derivados desses princípios eram vantajosos à liberdade econômica dos empresários e serviam egregiamente aos interesses da empresa.

Sob o ponto de vista da empresa, o princípio da "liberdade contratual" e o princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa" resultava em um modelo normativo que deixava grande liberdade de agir. A empresa podia atuar sem se preocupar com os danos que pudesse causar a terceiros; o ressarcimento era negado pela ausência de uma relação direta entre o causador do dano (agente) e a vítima. Da mesma forma, o ressarcimento não era concedido porque a vítima não foi capaz de comprovar concretamente a culpa do empresário. Permitia-se, ainda, que a empresa desenvolvesse atividade para produção de bens danosos ou perigosos sem quaisquer vínculos ou limites, tudo em homenagem aos princípios antes fixados (111).

---

(109) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA ("Direitos dos Consumidores", p. 12) reforça o argumento no sentido de que a evolução dos princípios de igualdade e de liberdade sustetavam o próprio sistema jurídico da época.

(110) apud ALPA, "Tutela...", p. 71.

(111) Este aspecto é bem analisado por FRANCESCO GALGANO no capítulo "Il diritto commerciale delle codificazioni borghesi" in "Storia del Diritto Commerciale", pp. 69 ss.

157. Chega-se além, já em matéria contratual. A empresa podia determinar em seu próprio favor o conteúdo do contrato, dirigindo unilateralmente suas operações econômicas e envolvendo seus clientes; podia estabelecer com larga margem os preços dos produtos e serviços; e podia, enfim, repassar ao público um amplo número de riscos, suportando única e exclusivamente eventuais danos decorrentes do dolo ou culpa com que atuasse.

Em suma, tais princípios representavam um alto custo social, justificado, todavia, no sistema econômico de então, com a vantagem que todos assinalavam existir, que era o desenvolvimento da indústria e o progresso econômico.

158. Continua ALPA, observando que com a aplicação do princípio benthamiano da "aritmética da felicidade", qualquer um era livre para buscar seu próprio lucro, ainda que disso resultassem danos para terceiros (112).

Em reforço de sua sustentação ALPA cita um comentário de L. GREEN ("Traffic Victims, Tort Law and Insurances", Evanston, Ill., 1958, pag. 31) (113):

> "As empresas não tinham finanças sólidas; a sociedade era jovem e dependia em larga medida de homens sem escrúpulos, que desejam se prevalecer de uma classe de cidadãos igualmente sem escrúpulos, investindo pequenas somas na perspectiva de grandes lucros em pouco tempo (...). Utilizavam máquinas ruins e imperfeitas e seus operários eram pouco competentes e pouco hábeis. Era muito duro construir a fábrica e comprar o maquinário (...).

---

(112) São particularmente influenciadas pelo pensamento de BENTHAM as idéias divulgadas pela "Chicago School of Econimists" (cf. CRANSTON, "Consumers and the Law", p. 21.

(115) apud ALPA, "Tutela...", pp. 73/74,

"Esse modo de pensar, no entanto, não refletia somente a exigência de proteger os interesses do empresário. A empresa era uma força na comunidade. Criava empregos, proporcionava bens, ela mesma era uma boa consumidora, agia ora como credor de uns, ora como devedor de outros, promovia a implantação de outras empresas, pagava impostos para financiar escolas, estradas e outras necessidades sociais. A fortuna da sociedade era devida à fortuna da classe industrial. 'Querer mais' significava querer mais a si e ao próximo".

159. Sob o império do individualismo - persiste GUIDO ALPA -, o princípio da liberdade contratual assumia pois, uma <u>função ideológica</u>; KESSLER (114) identificou nesse princípio um "instrumento de ordem de uma sociedade que, fundada na igualdade formal dos indivíduos, reconhecia a qualquer um igual poder contratual, consentindo que, ao mesmo tempo, o mais poderoso perseguisse seus interesses, de modo legítimo, mesmo causando dano ao mais fraco. Aplicado inicialmente ao contrato de trabalho, onde a desigualdade dos poderes negociais entre as partes era institucional, logo se estendeu a todo tipo de contrato.

No contrato de compra e venda, o consumidor e a empresa eram postos num mesmo plano de igualdade formal, onde cada qual era livre para fazer o seu próprio jogo; a empresa era, assim, legitimada a transferir ao consumidor o maior número de riscos possíveis, compatíveis com as leis do mercado".

160. Utilizando-se de enfoque contemporâneo da teoria geral do direito, o professor italiano informa que o

---

(114) F. KESSLER, "Contract as a Principle of order", <u>in</u> F. KESSLER e G. GILMORE, "Contracts. Cases and Materials, Boston-Toronto, 1970, pp. 11 e ss., <u>apud</u> ALPA, "Tutela...", p. 73.

princípio da liberdade de forma era "funcional" à exigência de uma rápida circulação da riqueza; o tratamento jurídico do consumo era subtraído por imposições externas; os princípios em matéria de vícios da vontade (cada um soporta os riscos de seus próprios erros) tendia a retirar das contratações os excessivos controles externos; a "vinculação da promessa" obrigava a todos a perseguir o cumprimento da prestação até o limite da impossibilidade. O contrato, enfim, era uma coisa sacra, que todos deviam respeitar ("sanctity of the contract") (115).

A propósito dessa "santidade", colhe-se a observação de CARLOS DE ALMEIDA FERREIRA, ligando os princípios tradicionais com a realidade contemporânea, no sentido de que "a vontade impera nas ordens jurídicas liberais em nome do sacrossanto princípio da liberdade individual, mas que a liberdade autêntica pressupõe realmente uma paridade de situações que se transforma facilmente em falta de liberdade, quando, nos negócios bilaterais, só uma vontade se consegue impor (e essa será a vontade das empresas mais fortes)(116).

161. Conclui GUIDO ALPA esse intróito histórico, demonstrando que o princípio da liberdade negocial e o princípio da liberdade de agir se constituíram nas pilastras sobre as quais se fundava a estrutura da sociedade capitalista nascente e pode "garantir ao sistema da empresa um relevante coeficiente de acumulação de capital".

---

(115) ALPA, "Tutela...", p. 74.

(116) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Direitos dos Consumidores", p. 27.

"Nessa perspectiva, resulta evidente que a relação empresa-consumidor era resolvida, necessariamente, em vantagem à primeira. Era o sistema econômico de então que levava obrigatoriamente a essa solução". (117).

1) RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA

162. Ainda em seu escorço histórico, ALPA coloca em destaque as codificações do século XIX, onde se acolhe o princípio "nenhuma responsabilidade sem culpa", em sintonia com o individualismo da época. Só seria indenizável o dano voluntariamente causado ou devido à negligência, imperícia ou imprudência CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA ("Direitos dos Consumidores", p. 12)(118). A ausência de controle público(119) e o dogma da "liberdade de empresa" proporcionaram condições para o progresso econômico e o "bem comum" da comunidade.

Observa ALPA que em todos os ordenamentos da época, ao que se juntava a farta produção doutrinária, a idéia era limitar tanto mais quanto possível os custos da atividade empresarial e transferir à coletividade os riscos e danos derivados dessa atividade industrial. Nesse sentido a experiência da "common law" é sintomática.

---

(117) ALPA, "Tutela...", p. 74.

(118) HARVEY, enfrentando o assunto desde a perspectiva inglesa, chega a ensino coincidente, ao lembrar o dogma do "cavet emptor" ou "let the buyer beware" (HARVEY, "The law of consumer protection and fair trading", p. 72).

(119) À época, o dever do Estado restringia-se ao mantenimento da ordem pública e ao incentivo ao comércio exterior, explicando-se a ausência de controles efetivos sobre a atividade econômica, comportamento fulcrado na liberdade de comportamento junto ao mercado.

Na experiência do direito consuetudinário afirmam-se as regras dos danos ressarcíveis: nem todos os danos podem ser ressarcidos, tão somente aqueles causados com culpa ou dolo do agente.

163. Continua o autor afirmando que estas decisões são baseadas em acentuado moralismo. Os princípios morais dirigiram a disciplina do ilícito que aceitou o complexo conceito de "culpa" e o modelou em um sistema geral e extenso de "responsabilidade fundada sobre a culpa" e "nenhuma responsabilidade sem culpa", substituindo-o ao sistema da época mais antiga do "common law", fundado sob a responsabilidade objetiva. Os danos inevitáveis não eram ressarcíveis, mesmo que se procurasse previni-los, vetando o exercício de determinadas atividades consideradas de per si potencialmente danosas. Esse princípio foi adotado por todas as codificações da Europa continental.

164. Para sedimentar o ponto de vista esposado, ALPA sugere o estudo de dois pronunciamentos (um inglês e outro norte-americano), da segunda metade do século passado, que bem delinearam a responsabilidade civil da empresa concebida na época (120).

Refere ALPA que o desenvolvimento da rede ferroviária, que inevitavelmente comporta desvantagens e danos ao proprietário da estrada de ferro, foi objeto de decisões que formaram tendência jurisprudencial no sentido de excluir a incidência de indenização relativamente aos danos acometidos ao

---

(120) ALPA, "Tutela...", p. 75.

proprietário. Esse favor, que se manifesta primeiro na indústria de transporte, é estendido a todos os tipos de atividades empresariais, até o momento de se transformar em opinião corrente que a indústria não está em grau de suportar os ônus derivados do ressarcimento dos eventuais danos causados a terceiros em função da atividade exercitada.

> "Em presença de uma controvérsia entre um cocheiro, que sofreu lesões pelo capotamento de uma diligência, provocado por um defeito de reparação, e o fornecedor do veículo, obrigado a prover a manutenção com base em contrato celebrado com a sociedade que gerenciava o serviço de transporte, a "Court of Exchequer" negou o ressarcimento à vítima. O nexo causal entre o evento danoso e o prejuízo sofrido pelo cocheiro era evidente, em função da negligência do serviço de manutenção. E, todavia, o temor de que a condenação ao ressarcimento pudesse se tornar um ônus muito gravoso para a posição econômica da empresa, os juízes ingleses não exitaram em negar a legitimidade da pretensão da vítima, proferindo uma decisão no sentido de que os interesses da empresa (equiparados, como óbvio, aos interesses sociais), deveriam ser privilegiados a qualquer custo" (121)(122).

165. Adverte, então ALPA, que foi sendo maturada a idéia de que só o que estivesse diretamente ligado ao agente poderia obter o ressarcimento dos prejuízos injustamente sofridos.

E a equiparação dos interesses da empresa aos interesses da coletividade - lógica conseqüência do postulado benthamiano segundo o qual a busca do lucro por parte do particular satisfaz seus interesses egoísticos, mas incrementa,

---

(121) ob. cit., pp. 75/76.

(122) Sobre o sistema tradicional de responsabilidade civil baseado na culpa, especialmente quanto ao seus aspecto histórico, cf. DEMETRIO DE MARTINI, "I fatti produttivi di danno risarcibile", p. 78.

ao mesmo tempo, o bem da sociedade - justifica se retire à empresa o reparo dos riscos e ônus da atividade particularmente gravosa (123).

2) A LIBERDADE NEGOCIAL

166. Praticamente todas as codificações ocidentais em termos de liberdade contratual tiveram inspiração direta ou indireta no Código Napoleônico de 1804, o qual, em seu art. 1.134, 1., dispôs que: "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

Citado por ALPA, CORRADINI ainda reproduz os ensinamentos básicos decorrentes da postura contratual do século XIX e recolhida pelos ordenamentos ocidentais (art. 1108 do Código Napoleônico), especialmente quanto aos requisitos de validade dos acordos de vontade: (a) o consentimento; (b) a capacidade para contratar; (c) existência de objeto certo; e (d) causa lícita da obrigação. Afirma, ainda, o princípio de que "o particular é o melhor juiz de seus próprios interesses e a lei deve assistir o indivíduo nessa realização" (124).

O mesmo CORRADINI assenta a observação de que o direito tratava um negócio jurídico econômico da mesma maneira com que tratava de um negócio jurídico não econômico (direito comercial, por exemplo, tratado da mesma forma que o direito de família). Colocava-se em relevo a <u>vontade particular</u>.

---

(123) ob. cit., pp. 76.

(124) D. CORRADINI, "Le codificazioni civilistiche nell'Ottocento", <u>in</u> "Il diritto privato nella società moderna", p. 51, <u>apud</u> ALPA, ob. cit., pp. 76/77.

167. Relativamente ao poder da empresa, indica ALPA que o seu instrumento mais persuasivo são as cláusulas de exoneração da responsabilidade (transferência dos riscos e perigos inerentes à execução da prestação). Essa linha de argumentação infere - enfim, e em níveis conclusivos - a existência de um discurso paralelo, que é o surgimento dos instrumentos de controle da liberdade contratual, ausentes quase que totalmente no passado.

3) A COMPRA E VENDA E A GARANTIA PELOS VÍCIOS

168. Dando seguimento a sua análise, ALPA sustenta que a ampla liberdade negocial privilegiava a atividade empresarial, em prejuízo dos consumidores. Essa constatação permite a construção de raciocínio semelhante para os contratos de venda (compra e venda). O contrato tratado pela lei era aquele enfocado sob seu aspecto individual, não importando fosse ele celebrado entre particulares ou envolvendo empresas, intermediários ou consumidores. A idéia assim posta pelo direito civil buscou ser corrigida pelo direito comercial, mas de forma não eficiente, posto que acabou por privilegiar apenas os comerciantes.

169. POTHIER, citado por ALPA, concebeu um sistema para a interpretação dos contratos de compra e venda e, em especial, para a análise das garantias pelos vícios da coisa. Na análise do jurista francês, buscava-se timidamente um distanciamento do modelo tradicional e já se acenava para um princípio que é hoje bastante atual: a necessidade de quem

exerce uma atividade empresarial assumir os riscos próprios de sua atividade (125).

Essa idéia será de extrema utilidade quando do estudo dos aspectos ligados à responsabilidade civil da empresa.

4) CONCLUSÕES A PARTIR DE UM JUÍZO DE VIVANTE

170. Em complemento das idéias postas acima, ALPA invoca os ensinos de VIVANTE em matéria comercial (a lei, os usos, as práticas comerciais), ramo do direito que se construiu com a finalidade primordial de defender os interesses corporativos daqueles que pertenciam à classe mercantil.

Na codificação do direito comercial, iniciada com o Código Francês de 1807, a doutrina mais moderna tem tido oportunidade de assinalar que lá se manifesta uma das formas mais explícitas de "particularismo jurídico" (o autor aqui cita F. GALGANO, Storia del Diritto Commerciale, já antes referido)

171. ALPA, à respeito das considerações acima, faz o seguinte comentário: "em outros termos, à lei civil, própria da classe dos proprietários, ligada à economia agrícola, se contrapõe a lei dos comerciantes, funcional ao desenvolvimento do tráfico e do comércio. Trata-se de uma lei "imposta" em primeiro lugar para disciplinar as relações "entre" os

---

(125) cf. capítulo sobre a teoria do risco de empresa, infra.

comerciantes, e, depois, para disciplinar todas as relações que os comerciantes mantém com os consumidores"(126).

172. No "Code de Commerce" se verifica a subjetivação do direito comercial, levantado em torno da qualidade de comerciante. O Código Civil italiano de 1882 introduz nesse ordenamento a inclinação objetiva, fazendo a matéria comercial ser definida em razão da prática de atos de comércio.

O Código de Comércio, codificando regras mais favoráveis ao comerciante, subordinava os interesses dos consumidores aos interesses da classe mercantil.

173. VIVANTE assim interpretou o fenômeno, à luz do então vigente Código italiano:

> "Forte pela sua lei profissional, o comerciante tem direito de negar qualquer dilação de prazo aos seus devedores (art. 42) ... ; pode provar o seu direito amplamente, e impingir aos seus clientes prazos decadenciais inflexíveis (arts. 67, 69, 70, 458, 915); pode invocar o juiz para fazer valer seus provimentos de exceção, como o seqüestro, a perícia e a venda em leilão público, sem que seu devedor tenha sequer tempo para se defender (arts. 68, 70, 458, 687, 871); pode recorrer ao procedimento judicial abreviado ou sumário; e pode constranger o devedor e defender-se no local onde mantenha o centro de seus negócios... O Código de Comércio (italiano) contém exclusivamente as normas que o comércio, espécie do grande comércio, vem criando para proteger seus próprios interesses, dessa forma constrangendo a todos os cidadãos que contrataram com um comerciante a se submeterem a uma lei que foi feita em favor dessa classe, infinitamente menos numerosa..." (127).

---

(126) Sobre esse enfoque, verificar GALGANO, "Diritto Commerciale. L'imprenditore", pp. 3 ss.

(127) C. VIVANTE, "Trattato di diritto commerciale. I: I commercianti", Milano, pp. 16 ss., apud ALPA, "Tutela...", p. 84.

174. Por fim, arremata ALPA, dizendo que não se pode afirmar que haja uma fase intermediária entre o período "ottocento" e a fase atual. A partir dos anos 30 começa a se desenvolver, lentamente, o conceito da responsabilidade direta da empresa quando esta é confrontada com o consumidor lesado por um produto e, igualmente, a título de pura exceção, delineia-se uma responsabilidade objetiva do produtor.

Outras regras surgem, a respeito dos contratos "standard", mas que limitam apenas em parte o poder normativo das empresas.

Mas é igualmente verdade que muitos dos princípios do "laissez-faire" se estenderam no tempo e sobrevivem até hoje. De outra parte, as primeiras manifestações em favor do consumidor fazem emprego de esquemas lógicos e de argumentações capciosas, que muitas vezes, em vez de promover uma inversão da tendência tradicional, trazem argumentos justamente em favor desta. É o caso da "common law", onde é necessário ser identificada uma relação direta entre empresa produtora e o consumidor e, paralelamente, se enuncia a regra que a garantia pelos vícios - acoimada ao produtor - não se circunscreve unicamente à relação jurídica de venda celebrada entre este e o revendedor, mas se estende a todas as relações sucessivas, terminando com aquela celebrada com o usuário final, porque é este quem "fica com a coisa" (128).

Como última colocação crítica, constata o autor que os ordenamentos atuais, dentre os quais se inclui o ordenamento

---

(128) cf. ALPA, "Tutela...", p. 85.

italiano, continuam a tratar os contratos e as relações jurídicas de massa como se individuais fossem.

B. A RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR

1) PRESSUSPOSTOS DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA

175. Falar-se em responsabilidade civil e da conseqüente pretensão ao ressarcimento pressupõem-se, preliminarmente, deixar fixada a idéia de que não se pode, em nenhum momento prescindir da existência de um evento danoso. Seja em campo de responsabilidade contratual, seja em responsabilidade extracontratual, a pretensão ao percebimento de uma indenização, quaisquer que sejam os critérios de sua composição, exige tenha ocorrido - e sido devidamente comprovado - um dano.

176. A doutrina afirma que é de direito comum o princípio segundo o qual o dano insere-se como pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual (129). No mesmo sentido já se colocava a doutrina italiana, consignando que "(...) em caso algum se pode prescindir do evento danoso: a só irregularidade ou ilegalidade do ato que se verifique sem danos a terceiros, não pode produzir nenhuma responsabilidade, mas apenas, quando for o caso, a invalidade do ato" (130).

---

(129) CAHALI, YUSSEF SAHID, "Dano e indenização", p. 119 apud "A responsabilidade civil do Estado", p. 49.

(130) GUIDO ZANOBINI, "Corso di Diritto Amministrativo", I, p. 269 apud CAHALI, "A responsabilidade...", p. 49.

Não sem razão já demonstrara JAIME SANTOS BRIZ (131) que o dano como elemento necessário para gerar responsabilidade sofre "(...) uma transformação consistente em perder, ao menos em parte, seu caráter individual, em favor do caráter social". A observação é pertinente quando se a liga com a concepção mais moderna de responsabilidade do produtor, abarcando o aspecto social da atividade empresarial, mais recentemente objeto de tratamento especial, em contraposição à idéia tradicional, de tratá-la individualmente.

177. Poucas são as situações em que a lei admite a responsabilidade pelo risco criado, baseando-se na chamada culpa imprópria, responsabilidade por fato de outrem (art. 1.521 do Código Civil), ou no caso de interesse social, em que a culpa complementa o risco, fundamentando a garantia do direito de regresso. A responsabilidade é vista, à luz do direito romano, com uma conotação subjetiva: o problema está na imputação de quem vai suportar o prejuízo e não na responsabilização de quem é o responsável pelo evento danoso. O fundamento da responsabilidade civil no direito pátrio encontra-se na exigência de um nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o evento danoso. Encontra-se o risco contratual na primeira e o risco evitável pela previsibilidade de dano na segunda (132).

---

(131) JAIME SANTOS BRIZ, "La responsabilidad del fabricante frente a terceros en el derecho moderno", in "Estudios de derecho civil en honor del profesor CASTAN TOBEÑAS", Pamplona, EUNSA, 1969, p. 506.

(132) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, "Responsabilidade civil em debate", p. 30.

2) ASPECTOS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR

178. Viu-se que o tema da responsabilidade civil, quando estudado em relação ao direito dos consumidores, comporta uma série de considerações, na medida em que os princípios sobre responsabilidade, fixados na lei sob a inspiração do liberalismo tradicional do século XIX, não servem em sua plenitude para a solução das mais interessantes e complexas questões que surgem no âmbito da relação de consumo(133).

É a partir da bipartição das relações jurídicas, em relações individuais ou singulares e em relações de massa, que passa a ser de notável interesse a reavaliação do instituto da responsabilidade civil, pois o tratamento jurídico que se empresta às primeiras dificilmente coincide com àquele que se exige pelas segundas. A idéia é mais perceptível quando se adota como razoável o ponto de vista que concebe o direito civil (e a responsabilidade civil) como um direito de natureza imutável, estática, e o direito comercial (e as conseqüências em sede de responsabilidade, de mesma forma) como um direito em constante mutação e aperfeiçoamento. A responsabilidade do produtor caberia melhor no direito comercial e, portanto, carecendo de um tratamento conforme as exigências que o desenvolvimento empresarial coloca.

179. O objetivo deste capítulo é, pois, fornecer as linhas mestras que informam a responsabilidade em campo de

---

(133) cf. GUIDO ALPA, "Tutela...",p. 74 ss., reproduzido acima nos números 151 e ss.

direito do consumo, analisando as regras tradicionais e confrontando-as com o ambiente jurídico-econômico da atividade da empresa moderna e do consumo.

Faz-se, no entanto, uma ressalva preliminar: o instituto da responsabilidade civil sugere as mais diversas perquirições, que vão desde o plano ideológico da obrigação de indenizar, passam pelo estudo da responsabilidade civil contratual e extracontratual e terminam com as interessantes discussões em matéria de extensão do dano e sua liquidação. Em cada um destes pontos cabem, ademais, outras incontáveis considerações, seguramente pertinentes e importantes.

Contudo, como n'outra parte deste trabalho já se teve chance de anotar, a extensão do conteúdo do tema aqui posto obriga a uma reflexão prévia: ou se caminha para a investigação minuciosa de um ou alguns dos aspectos controvertidos da responsabilidade civil (os quais estão igualmente presentes em matéria de responsabilidade do produtor); ou, por outra lado, segue-se pela via panorâmica, aparentemente mais apropriada para o tipo de enfoque proposto no início desta tarefa.

180. A opção pela segunda sugestão - ora feita - implica sejam excluídos do estudo que segue discussões de fundo da teoria da responsabilidade civil. Por igual razão, não vão

aqui debatidos os aspectos da liquidação dos danos e da sua composição (134).

Serão, por outro lado, questões abordadas nas linhas seguintes as relativas ao suporte do risco pela colocação de produtos defeituosos ou perigosos no mercado; à possibilidade ou impossibilidade da utilização da responsabilidade civil contratual na solução de litígios envolvendo os consumidores; ao questionamento do princípio da "nenhuma responsabilidade sem culpa" em matéria de direito de consumo; à aplicação da teoria civilista da responsabilidade civil em matéria de responsabilidade do produtor (para referir-se apenas em níveis introdutórios).

Não se pode esquecer, todavia, que a assunção da eventual não aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil aos casos de responsabilidade do produtor se faz de "lege ferenda", pois a lei brasileira regula a responsabilidade

---

(134) O tema da liquidação dos danos, aliás, provocou o prof. JOÃO CASILLO ("Dano à Pessoa e sua Indenização", RT, São Paulo, 1987) a registrar em comentado livro as dificuldades e perplexidades da doutrina e da experiência judicial no que se refere aos valores das indenizações. O tema é, sem dúvida, muito oportuno e sugere seja, em matéria de direitos dos consumidores, aprofundado, em algum momento. Relativamente aos danos físicos ao consumidor, questões como "quanto vale uma dor de barriga provocada pela ingestão de alimentos estragados?"; ou "qual o valor da indenização devida ao adquirente de um eletrodoméstico que leva um choque elétrico provocado por defeito de fabricação do produto?" são sem dúvida pertinentes. Quanto às lesões aos interesses econômicos dos consumidores, outras questões semelhantes, tais como "qual o valor da indenização ao contratante mais fraco pela inserção no contrato, pelo empresário, de uma cláusula extorsiva (abusiva, portanto)?"; ou "quanto vale a angústia de uma família que enfrenta o aumento desregrado e abusivo de prestações mensais da casa, da escola, do automóvel...?"

derivada das relações de massa, ainda que de forma idêntica à das relações individuais, civis. O posicionamento de vanguarda da doutrina e da jurisprudência estrangeira tem a finalidade de, se assim for, sugerir a reformulação do ordenamento jurídico nacional em conformidade com a evolução já registrada.

3) A INSUFICIÊNCIA DO DIREITO VIGENTE

181. O desenvolvimento econômico dos últimos anos provocou um completo redimensionamento da realidade social, protagonizado pela economia massificada. Na análise da perspectiva histórica das relações de consumo, por mais de uma vez se disse que as codificações tradicionais e que ainda hoje tem vigência, objetivaram contemplar as relações jurídicas de uma escassa economia industrial, onde as atividades produtivas atendiam fundamentalmente ao setor de bens de produção e aos serviços básicos, ignorando por completo as noções modernas da empresa produtiva, ademais desconhecidas.

Os codificadores do direito civil parecem não ter atentado para as alterações econômicas então nascentes e optaram por manter fidelidade ao dogma do direito romano, segundo o qual o direito das obrigações é imutável e, em princípio, inacessível à lei da evolução, isso como expressão

ideal da lógica jurídica: "o direito romano havia descoberto a geometria euclidiana das obrigações" (135)(136).

182. Argumenta-se, com a utilização das leis comerciais, que o industrial não era figura desconhecida à época. Se a afirmativa é verdadeira, não menos correto é o fato de que o industrial não era visto desde a perspectiva da produção mas, antes, pela sua eventual condição de sujeito interveniente na circulação dos bens. Nesse compasso, pois, sempre foi visto como comerciante. Por outras palavras, o que de fato o conduzia à codificação comercial era a sua atuação ativa na distribuição dos resultados de sua atividade.

183. Ante essas considerações percebe-se, até com certa facilidade, que o tema da responsabilidade civil do

---

(135) ANGÉL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, "La responsabilidad civil del fabricante", p. 30 (ver especialmente a nota número 13, pp. 30/32 dessa obra). A expressão "geometria euclidiana" é de CARBONNIER, "Flexible Droit", p. 6, apud obra citada nesta nota

(136) EDUARDO POLO ("La Protección..." in "Estudios en homenaje...", pp. 882/883) já consignava que "un ejemplo de agravamiento de la responsabilidad contratual del vendedor es el estabelecido por la jurisprudencia francesa y belga que, siguiendo la doctrina de POTHIER, presume en el vendedor empresario el conocimiento de los vicios de la cosa vendida".

produtor seja de fato estranho aos códigos de direito privado (137).

A ausência de previsão normativa implicou que o enfoque habitual do problema ficasse reduzido à questão da comprovação de o evento danoso ter-se dado ou não pela violação das obrigações contratuais. Em conseqüência, a proteção que a lei confere não é ao consumidor enquanto tal, mas ao contratante, ao adquirente (138).

184. É o que se extrai, por exemplo, de nossa legislação comercial e civil em matéria de contratos de compra e venda, concretamente no que se refere aos defeitos ou vícios ocultos da coisa (Código Comercial brasileiro, artigos 197, 202, 206 e, especialmente, 210 e 211; Código Civil brasileiro, artigos 1.101 a 1.117). São de especial nota a fixação, por ambas as leis, de exíguos prazos prescricionais para que o comprador reclame a respeito de vícios ou defeitos ocultos: o Código Civil o fixa em quinze dias (artigo 178, Par. 2º.) e o Código Comercial, em dez dias (artigo 211).

---

(137) Em interessante anotação, ÁNGEL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO ("La Responsabilidad...", p. 34, nota de rodapé 15) destaca que, ao contrário dos códigos clássicos, o código civil italiano de 1942 já poderia certamente se ter ocupado do assunto. Não o fez, no entanto, porque o legislador optou por cuidar de não aumentar as cargas que, no momento da codificação, incidiam sobre as empresas de produção, isso na justificativa de GHIDINI ("La responsabilità der produtor di beni di consumo. I. Profili precontrattuali", Milano, 1971, pp. 46 ss., apud ÁNGEL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, ob. e p. cit. aqui.

(138) ÁNGEL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, "La responsabilidad ...", p. 34.

185. A perspectiva puramente contratual invoca algumas dificuldades básicas para a solução de problemas concretos em matéria de responsabilidade do produtor. De início, veja-se que a responsabilidade prevista na lei civil é imputável unicamente ao vendedor, na maioria dos casos pessoa distinta do produtor ou vendedor; além disso, o vendedor não é responsável pelos defeitos de fabricação do produto, ocasião em que o comprador se vê praticamente impossibilitado de obter a justa composição dos prejuízos sofridos, a não ser que comprove que, à época da venda, o vendedor sabia ou conhecia os defeitos ocultos (tarefa das mais difíceis, é conveniente observar).

Outra dificuldade é relacionada aos casos em que o consumidor final não é o comprador, ou que, mesmo sendo, não está ligado ao produtor ou fabricante por qualquer vínculo negocial. Nessas circunstâncias, o consumidor tem à sua disposição somente as hipóteses legais relativas aos atos ilícitos e à culpa extracontratual. Mesmo assim, a indenização pelos danos sofridos dependerá da prova inequívoca do evento danoso e do nexo de causalidade, ao encargo da própria vítima, situação de igual dificuldade ou impossibilidade de se realizar, mormente quando a vítima desconheça as peculiaridades do processo de fabricação.

Resulta daí que o consumidor, nos casos em que se adote a responsabilidade contratual, dificilmente estará acobertado pela proteção da lei civil; nos casos da responsabilidade extracontratual, as dificuldades de realização da proteção efetiva esbarram na demonstração do nexo causal e

da prova do dano. As deficiências existem, pois, e merecem o eventual cuidado do legislador.

186. Ainda em terreno de responsabilidade extracontratual, é interessante registrar que a evolução da jurisprudência contribuiu para que se passasse a adotar, gradualmente, a responsabilidade aquiliana relativamente ao produtor, obra da "common law". Como já assinalara CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, a construção consuetudinária foi responsável pelo alargamento da responsabilidade do empresário, introduzindo a idéia de um "dever geral de diligência razoável" no fabrico do produtos ("reasonable care") e de "informação sobre as condições de seu uso" ("duty of warn") (139). Resulta que as decisões judiciais passaram a reconhecer o dever de indenizar do produtor nos casos em que este colocasse no mercado produtos defeituosos ou perigosos. Compete agora ao empresário provar que não agiu com culpa (observe-se que a prova de que agiu diligentemente exime o produtor de qualquer responsabilidade).

O citado autor português faz, ainda, referência à sistemática desenvolvida na Alemanha Ocidental, onde a jurisprudência estabeleceu um "dever de segurança" ("Verkerssicherungspflicht"). Há outra contribuição válida do direito alemão, ao distinguir os produtos que guardam defeitos na própria construção e que atingem toda uma série de produtos ("Konstructionsfehlern") dos defeitos que atingem um produto isoladamente ("Fabrikationsfehlern"), tendo cabido à

---

(139) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os direitos dos consumidores", p. 134.

jurisprudência decidir que quanto aos primeiros existe a responsabilidade integral do produtor pelos danos causados aos consumidores, enquanto, relativamente aos segundos, sempre se abriria possibilidade ao produtor para que provasse ter agido com observância de seus deveres mínimos de segurança (140).

187. De uma forma ou de outra, o que se extrai desde logo é uma evolução do instituto da responsabilidade civil em matéria de consumo, iniciando-se com a eventual inaplicabilidade das regras relativas à responsabilidade contratual e analisando-se o fenômeno, desde a construção aquiliana até a responsabilidade objetiva. Aliás, é o que faz EDUARDO POLO, quando lembra que a prova do defeito ou perigo do produto e a prova da relação de causalidade entre este e o dano, invertem, na prática, a carga da prova da ausência de culpa, em prejuízo do consumidor. Por outro lado, se o fabricante ou produtor demonstra que agiu com diligência, ou que o defeito ocorreu por caso fortuito, o consumidor fica totalmente desprotegido. Daí porque a matéria tem se orientado progressivamente para o estabelecimento da responsabilidade objetiva do produtor, baseada no risco profissional.

Deste pensamento decorre que o sistema de responsabilidade proposto para o produtor comporta dois efeitos: em primeiro lugar o efeito repressivo, onde o produtor seria obrigado a indenizar os danos causados por seus produtos; e, depois, um efeito preventivo, apresentado pela doutrina como o principal, através do qual seria extraído do produtor maior

---

(140) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os direitos dos consumidores", p. 135.

empenho e diligência no processo de industrialização de seus produtos, que beneficiaria a todos os consumidores[141].

188. A respeito do que se disse, recolhe-se de ANGÉL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO[142] a seguinte nota conclusiva:

> "(...) si ha sido logro de la evolución jurídica hacer entrar en el contrato de compraventa a partir de un momento histórico determinado la garantía por vicios o defectos, la tarea que se ofrece en la actualidad es la de trascender esta visión contractual, independizar esta garantía - cualquiera que sea su extensión - y adaptarla a los nuevos hechos; en otros términos quizá mas expresivos, pasar del contrato al "status", de la posición de adquirente a la de consumidor o usuario."

189. A bem da verdade, a problemática assim posta transcende inclusive o aspecto evolutivo legal lembrado pelo autor espanhol. O fenômeno que se coloca é muito mais abrangente e se expressa, em termos gerais, pela discussão mesmo da responsabilidade da empresa.

O sistema positivo tradicional (codificado) visualiza as relações jurídicas pelo seu aspecto individual, singular, ou seja, a prática de atos de forma pessoal e isolada. Não há preocupação, assim, com a prática de atos realizados de forma conjugada, em massa [143]. A tentativa de isolar um dos atos praticados em massa e tratá-lo como se individual fosse, implica na assunção do considerável risco de

---

(141) EDUARDO POLO, "La Protección...", p. 883/885.

(142) "La responsabilidad...", pp. 35 e 36.

(143) O direito comercial conhece a teoria dos atos de comércio praticados em massa. Mesmo assim, o centro das atenções ainda é o aspecto da comercialidade (intermediação), e não o aspecto produtivo.

maltratar o caso concreto, forçando-lhe a aplicação de tratamento jurídico-legal impróprio.

Se existem riscos de que um determinado produto seja defeituoso ou perigoso, visualizada a relação jurídica em termos individualizados (ou seja, que um determinado produto cause um dano ou um prejuízo a uma determinada pessoa), riscos estes estatisticamente mensuráveis, parece evidente que eles sejam multiplicados na exata proporção em que se prolifere, empresarial, organizada e massificadamente, a prática de atos 'a priori' considerados isolados.

190. Disso são retiradas duas proposições: por primeiro, a de que o simples exercício da atividade empresarial implica na existência de riscos constantes, muito concretamente no que refere à atividade produtiva; por segundo, a de que estes riscos são perfeitamente previsíveis, detectáveis a partir dos dados estatísticos mais rudimentares, ainda mais quando contrapostos a determinados níveis de exigência qualitativa(144).

191. Em matéria de responsabilidade civil é natural que se coloque em evidência o fato risco, pois. Relativamente a ele, assinalou-se linhas atrás que o desenvolvimento econômico calçado nas idéias do liberalismo tradicional importava que se retirasse às empresas o máximo de ônus possíveis, o que se traduzia na possibilidade de que a empresa transferisse para

---

(144) A este respeito, conferir ÁNGEL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, "La responsabilidad ...", pp. 38 ss.

fora de seus limites os riscos inerentes ao desenvolvimento da atividade industrial(145).

Essa idéia, à qual se somam os argumentos teóricos que buscam circunscrever os casos de responsabilidade da empresa a meras exceções, vem sendo mais recentemente submetida a um robusto processo de superamento, haja visto as preocupações atuais com o "custo social" (juntamente com a "cost-benefit analysis" da "commom law") (146).

Uma vez adotada a existência de um risco inerente ao próprio exercício da atividade industrial, há necessidade de que a construção da responsabilidade do produtor se faça com abstração do conceito de culpa do agente, inclusive porque passa a ser impossível referir-se ao evento danoso como sendo decorrente de uma ação ou omissão específica de um sujeito determinado.

192. O substrato concreto para a preocupação atual dos juristas relativamente ao assunto foi bem apreendida por BERCOVITZ, que elencou aquelas que considera as falhas do regime geral da responsabilidade civil no direito espanhol (aparentado ao brasileiro) e que são suportadas pelos cidadãos--consumidores. Estas deficiências seriam:

> "i) dificuldade de provar o nexo causal existente entre a conduta do produtor (que determina defeitos em seus produtos) e o dano sofrido pelo consumidor;

---

(145) É a essência do pensamento benthamiano (cf. números 158 e 165, supra.

(146) ÁNGEL-ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, "La responsabilidad ...", pp. 38, fornece farta bibliografia norte-americana sobre o assunto.

ii) possibilidade de que o produtor (e outros sujeitos que intervêm na comercialização dos bens) se exonere de responsabilidade quando a atuação culposa proceda de seus dependentes (alegando e provando que atuou diligentemente na sua escolha e vigilância);

iii) possibilidade de que o produtor fique livre de responsabilidade em geral se prova que atuou diligentemente;

iv) excessiva brevidade dos prazos que se concedem para o exercício das ações (...);

.....

vii) falta de caminhos procedimentais suficientemente rápidos e acessíveis para assegurar a realização verdadeira de um direito à indenização dos danos sofridos, que as normas reconhecem."(147)

4) SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRODUTOR

193. Com as dificuldades decorrentes da aplicação dos princípios decorrentes da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, anotou-se a tendência contemporânea de adoção da responsabilidade objetiva do produtor, independentemente da perquirição do elemento culpa.

A tendência assim manifestada acredita-se seja fruto do desenvolvimento jurisprudencial norte-americano a

---

(150) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La responsabilidad por los danos y prejuicios derivados del consumo de bienes e servicios", in "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", p. 222.

respeito do "strict liability tort"[148][149]. O "leading case" foi "Greenman v. Yuba Power Products", no qual se discutiu a pretensão de indenização por lesões sofridas por uma pessoa atingida no rosto por um pedaço de madeira, integrante de um conjunto de ferramentas, que lhe tinha sido presenteado pela mulher. Consta ser essa a tendência uniformizada em matéria de produtos defeituosos ("Restatement (second) of torts, Section 402-A, 1965 Redaction")[150].

A respeito do direito consuetudinário norte-americano, GUIDO ALPA fez perceber que o sistema da "product liability" do "Restatement (second) of torts" apresenta algumas falhas, dentre elas o fato de que algumas pessoas podem sofrer danos por pura casualidade, sem que tenham, de fato, ocupado a posição de consumidores ou usuários (como é o caso dos "bystanders").

De qualquer forma, o mecanismo desenvolvido através desse "Restatement" apresenta características positivas, a serem referidas:

(a) a redução do custo social, pois o ressarcimento a cargo da empresa, por vezes,

---

(148) A noção de "strict liability tort" não coincide exatamente com a noção de responsabilidade objetiva, muito embora sejam bastante próximas, como registrou GUIDO ALPA,("La responsabilità del produtore", in, "La responsabilità dell'impresa...", p. 175, apud CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os direitos dos consumidores", p. 136).

(149) Ver também GUIDO ALPA, "Una Postilla sui modelli di 'lettura' della circulazione di prodotti difettosi nell'esperienza nord-americana" in "DAnno da prodotti e responsabilità dell'impresa", p. 99.

(150) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os direitos dos consumidores", p. 137.

> significar uma quantia insignificante, enquanto que para o consumidor a verificação da culpa acarreta pesados ônus;
>
> (b) a facilitação do ressarcimento do dano, com conseqüente incremento das medidas de prevenção; e
>
> (c) opera uma distribuição "ottimale" (ideal) da perda, uma vez que o ressarcimento encontra-se incorporado ao preço do produto (151).

194. A orientação que emerge dos diversos estados norte-americanos, a partir das dificuldades detectadas na tentativa de conciliação do controle judicial e do controle administrativo (desde a edição do "Consumer Product Safety Act", de 1973) é a de reavaliação do "developement risk" (risco do desenvolvimento), buscando separar os defeitos de construção dos defeitos de fabricação, a exemplo do que hoje ocorre na Alemanha Ocidental (152).

A questão é delicada, todavia. Sugere aprofundamento, ficando, por ora, assinalada apenas a tendência percebida por ALPA (153).

195. Paralelamente ao progresso verificado nos E.U.A., os estudiosos da responsabilidade objetiva do produtor têm se valido do desenvolvimento do direito supranacional, para antever as tendências do direito moderno, relativamente à matéria. A referência às Diretivas da Comunidade Econômica

---

(151) CASSOTANA, "Responsabilità del produttore e analisi economica del diritto", p. <...>.

(152) cf. número 186, supra.

(153) GUIDO ALPA, "Danno...", pp. 109 e 110.

Européia e às resoluções do Conselho Europeu é comum, sendo razoável buscar seu apoio, "de lege ferenda" até (154).

Ainda que tal progresso seja verificado, há quem sustente, com verdadeira autoridade, que a matéria da responsabilidade civil do produtor poderá sempre albergar-se nas normas gerais que definem a responsabilidade dos códigos civis (artigo 1902 do Código Civil espanhol e artigo 159 do Código Civil brasileiro, no caso). Com estes preceitos o direito formula um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico: "neminem laedere" (155). É verdade que aí está se falando de responsabilidade por culpa. Mas em casos de responsabilidade objetiva, assevera ANGÉL ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO que o artigo 1903, Par. 4º. do Código Civil espanhol consagra como um dos casos de responsabilidade civil objetiva por fato de terceiro aquela relativa aos donos ou diretores de um estabelecimento ou empresa, relativos aos danos causados por seus dependentes (muito semelhante ao artigo 1521, III, do Código Civil brasileiro). É óbvio que a construção normativa codificada não teve presente a imagem da empresa moderna e tampouco os avançados meios de produção e distribuição em massa. Contudo, a inadequação do Par. 4º. do artigo 1903 do Código Civil espanhol (leia-se artigo 1521, III do Código Civil

---

(154) As Faculdades de Direito dos países integrantes da Comunidade Econômica Européia vivem momento de especial euforia com a Unificação do Mercado Comum Europeu, que ocorrerá a partir de 1992. O estudo do direito comunitário assumiu, desta forma, proporções enormes, e que atingem todas as disciplinas jurídicas, ao ponto de antecipar as tendências do próprio Direito.

(155) ANGÉL ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, "La responsabilidad...", p. 125.

brasileiro) "à empresa moderna não implica seja tão ampla que torne a sua aplicação impossível. Ainda que a norma tenha sido estabelecida para hipóteses muito distintas da produção industrial, constitui um possível caminho para alcançar o empresário (produtor)"(156).

196. A fixação dos requisitos para a existência da responsabilidade do produtor com base em dispositivos de orientação legislativa supra-nacionais (a Convenção Européia sobre a Responsabilidade derivada de produtos em caso de lesões corporais ou morte, do Conselho Europeu, em 27.01.1977 e a Diretiva da CEE sobre a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade por danos de produtos defeituosos, de 09.08.1976). Com base nessas orientações, foram definidos os requisitos para a ocorrência da responsabilização do produtor por colocar produtos defeituosos no mercado:

> i) a ação - ou seja, colocar em circulação um produto defeituoso ou perigoso;
>
> ii) o sujeito da ação (sujeito passivo da responsabilidade) - o fabricante de produtos acabados, partes componentes ou matérias primas (definindo a solidariedade entre eles); e os importadores de produtos para dentro da CEE;
>
> iii) o dano - no Conselho Europeu: só a morte ou a lesão corporal; na CEE: inclui estragos materiais (nenhum dos textos contempla, todavia, os "danos econômicos", correspondentes aos prejuízos materiais;
>
> iv) o lesado - o consumidor, excluindo-se os produtores, enquanto tal; e
>
> v) o nexo de causalidade - não existe responsabilidade quando o dano não tenha resultado de

---

(156) ANGÉL ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, "La responsabilidad...", p. 128.

> uma ação voluntária do produtor (que consiste simplesmente em colocar um produto em circulação), ou quando o dano não tenha resultado de defeito na coisa. Para essas circunstâncias, presume-se o nexo de causalidade, cabendo ao produtor fazer a prova de sua existência, no caso concreto (157).

197. Estudando o mesmo assunto, inclusive sob a perpectiva do direito comunitário, FRANCESCO GALGANO admite como possível a extensão da responsabilidade objetiva tradicional, para abarcar, também, os casos de responsabilidade do produtor. GALGANO embasa seu pensamento a partir da noção de segurança, qualidade essencial para qualquer produto, pois supõe-se que possa ser utilizado sem qualquer prejuízo à integridade física ou ao bem dos usuários (158).

Invoca, então, como reforço da idéia de segurança (ademais integrante do texto constitucional italiano, art. 41, c. 2º.) a recente Diretiva da Comunidade Econômica Européia de 25.07.1985/ nº. 374, em matéria de responsabilidade por danos derivados de produtos defeituosos.

A citada Diretiva define, já em seu artigo 1º., a responsabilidade do produtor, dizendo que "o produtor é responsável pelos danos causados por um defeito de seu produto" e, no artigo 6º., informa o conceito de produto defeituoso,

---

(157) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os direitos dos consumidores", p. 138.

(158) FRANCESCO GALGANO, "Diritto Privato", p. 356.

assim considerado "quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar dada a circunstância(...)"[159].

198. Anota GALGANO que a proposta da Diretiva não deve ser considerada como inovadora, tampouco original, nem na ordem comunitária [160], nem no próprio ordenamento italiano [161]. Na verdade, a utilização deste princípio parece decorrer de uma relação de continuidade com outros princípios da responsabilidade civil desde há muito fixados, sendo o da responsabilidade objetiva do produtor o mais importante.

Nos E.U.A. e na França, por exemplo, a responsabilidade objetiva do vendedor é decorrência das regras já assinaladas para os contratos de compra e venda, especialmente no que se referem aos vícios da coisa. Nesses sistemas, procura-se adequar as regras comuns às situações de vendas "em cadeia" de produtos industriais, estendendo a possibilidade de ingressar com ações de reparação de danos a todos os participantes dessa cadeia, desde o produtor e seus primeiros intermediários até o adquirente final do produto (os juízes americanos dizem que "a responsabilidade do produtor corre junto com o produto").

---

(159) No original se lê: "Article 1. The producer shall be liable for damage caused by a defect in his product". "Article 6. 1. A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circunstances into account, (...) 2. A product shall not be considered defective for the sole reason that a better product is subsequently put into circulation".

(160) cf. número 196, supra.

(161) FRANCESCO GALGANO, "Diritto Privato", p. 357.

199. Em outros sistemas opta-se por privilegiar a cláusula geral de responsabilidade aquiliana, pretendendo, com isso, melhor responder à exigência de proteção do consumidor que, de regra, não é o contratante direto com o produtor; ainda assim, o consumidor é dispensado do ônus de provar a culpa do produtor, objetivando, desta forma a sua responsabilidade, sob a noção de presunção de culpa (tal como na Alemanha e Itália)(162).

Pela clareza com que expõe seu raciocínio conclusivo, valem esses esclarecimentos finais de GALGANO, para quem a responsabilidade fixada na Diretiva Comunitária antes referida é, de fato, uma responsabilidade objetiva, mas não é uma responsabilidade por "risco de empresa", se com esta locução se deseja aludir à responsabilidade do produtor apenas enquanto produtor (a exemplo do artigo 2.049 do Código Civil italiano e do artigo 1.521, III, do Código Civil brasileiro). A responsabilidade é, ao contrário, ligada ao fato de haver o produtor colocado em circulação um produto defeituoso, no senso antes referido; além disto, a Diretiva fixa no artigo 4º. a imposição à vítima do ônus de provar o defeito e o nexo de causalidade entre o defeito e o dano (163). Por fim, é válido o registro de que o defeito ou o dano a ser provado pela vítima, na proposta comunitária, não é aquele proveniente do defeito de fabricação ou oculto, mas o decorrente da periculosidade ou

---

(162) FRANCESCO GALGANO, "Diritto Privato", p. 358.

(163) No original se lê: "Article 4. The injured person shall be required to prove the damage, the defect and tha causal relationship between defect and damage".

insegurança do produto, que se manifesta no simples uso a que é destinado(164).

200. A respeito da diferença existente entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade por "risco de empresa", esclarece-se que a primeira admite a prova liberatória, ou seja, a prova da não imputabilidade causal do evento danoso ao fato próprio, tal como dispôs o artigo 7º. da Diretiva (165).

a. Teoria do Risco de Empresa

201. O estudo da responsabilidade objetiva do produtor traz consigo a possbilidade de uma ampla reflexão em

---

(164) FRANCESCO GALGANO, "Diritto Privato", p. 358.

(165) No original se lê: "Article 7.The producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves:
(a) that he did not put the product into circulation; or
(b) that have regard to the circumstances, it is probable that the defect which cause the damage did not exist at the time the product was put into circulation by him or that his defect came into being afterwards; or
(c) that the product was neither manufactured by him for sale or any form of distribution for economic purpose nor manufactured or distributed by him in the course of his business; or
(d) that the defect is due to compliance of the product with mandatory regulations issued by the public authorities; or
(e) that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered; or
(f) in the case of a manufacturer of a component, that the defect is attributable to the design of the product in which the component has been fitted or to the instructions given by the manufacturer of the product".

torno da racionalização do sistema econômico. A própria evolução do Direito Comercial (166) demonstra que o papel da atividade empresarial tem sido determinante na fixação de novas regras e princípios. Em igual modo, a Ciência do Direito vale-se, cada vez mais, do princípios basilares da Economia, ditando métodos de inteprètação a cada dia mais comprometidos com a realidade.

A responsabilidade objetiva do produtor vai inserida neste contexto de intenso desenvolvimento econômico e tecnológico e merece, da mesma forma, o esforço no sentido de se aproximar a verdadeira função do direito da responsabilidade civil à atual realidade sócio-econômica.

202. Em se tratando de danos provocados por produtos, é de cristalina evidência que este contexto contemporâneo se faz presente, mormente pela constatação dos diuturnos avanços tecnológicos, que se fazem acompanhar de novos e imprevisíveis danos aos consumidores.

Assim posta a questão, é possível colocar o problema central da responsabilidade do produtor em seus termos exatos, como o fez PIETRO BARCELLONA e que se traduz na necessidade de o legislador escolher um sistema de ressarcimento de danos inevitáveis (167). Uma análise presa à lei demonstra que o legislador dos códigos civis (mesmo em níveis mais modernos como o italiano), não desejou (e nem poderia) obstar o desenvolvimento tecnológico; apenas tentou solucionar o problema dos

---

(166) cf. números 97 a 105, supra.

(167) PIETRO BARCELLONA, "Diritto Privato e Processo Economico", p. 319.

danos inevitáveis, garantindo ao menos o ressarcimento pelo empresário - que constitui, cria e mantém a empresa - que é quem está em condições de suportar os riscos conexos à sua atividade. O sistema legal assim posto expressa uma "lei de conexão entre o lucro e o risco". Na prática, quem é o titular dos meios de produção deve ressarcir quem não está em condições de suportar o dano. Esta é, pois, a noção básica do risco de empresa.

203. Esta doutrina sedimenta a idéia de que toda a atividade econômica comporta a criação de um risco para a comunidade, isto é, a probabilidade de um dano. O problema passa a ser a definição das condições em que pode ser considerado justo que o risco seja suportado ou pelo autor da atividade econômica ou pela vítima do dano, isto é, estabelecer quais riscos são lícitos criar e quais, ao contrário, são proibidos (168).

204. Em um primeiro momento vigorou o princípio através do qual, havendo um dano entre duas pessoas, era obrigado a ressarcir aquela que estivesse em melhores condições de pagar ("richesse oblige"). Seguiu-se a este momento um outro, derivado do desenvolvimento do sistema de seguros, fazendo com que aquele princípio fosse substituído pelo "assurance oblige". Daí decorre que o risco que deve ser suportado pela empresa é o "risco assegurável", enquanto possa ser prevenido e diretamente ligado à atividade econômica do empresário. Na mesma linha, mas em sentido contrário, não estariam incluídos

---

(168) PIETRO BARCELLONA, "Diritto Privato e Processo Economico", p. 320.

na esfera da responsabilidade da empresa todas as hipóteses de riscos difundidos de forma homogênea e constante sobre toda a comunidade, e que não podem ser reputados como criados pela empresa.

205. Resulta daí que o fundamento da responsabilidade do empresário seria extraído da interligação existente entre o "empreendimento" e o "risco" (169). A fórmula legal semelhante à do artigo 2049 do Código Civil italiano (170) parece resolver o problema, de um lado, permitindo o desenvolvimento da atividade econômica e, de outro, imputando os riscos ao empresário.

A vantagem desse sistema - apontada por seus defensores - é permitir uma maior racionalização dos custos da atividade econômica, sob o argumento de que o empresário está em condições de neutralizar o risco de dano através do sistema securitário. Desta forma, o risco de dano passa a compor o preço do produto, que, por sua vez, é repassado ao consumidor.

Daí decorrem duas conseqüências importantes: (a) uma melhor distribuição do risco da atividade econômica; e (b) uma boa solução para o problema da "economicidade" ou

---

(169) Nos limites do direito italiano, a norma visualizada pelo comentarista é a do artigo 2.049 do Código Civil, que dispõe: "Art. 2.049. **(Responsabilidade dos patrões e dos comitentes)** Os patrões e os comitentes são responsáveis pelos prejuízos causados por ato ilícito de seus empregados ou comissionados no exercício das incumbências a que estão adstritos". cf. BARCELLONA, "Diritto...", p. 321.

(170) Acaso se emprestasse à norma do artigo 1521, III, do Código Civil brasileiro uma interpretação extensiva, seria possível - como ademais acredito de fato ser - a congruência da posição do direito italiano com o direito brasileiro.

"viabilidade econômica" do empreendimento, ou seja, evitar que se destrua uma riqueza maior.

A responsabilidade por risco de empresa apresenta, assim, a vantagem de compor as duas exigências acima postas, já que, imputando ao empresário o risco pela riqueza destruída, o faz integrando-o nos custos da produção (171)(172).

206. Em favor, ainda, do princípio da responsabilidade objetiva por risco de empresa alinha-se o argumento de que o risco introduzido pela empresa na sociedade faz parte de seu passivo, e deve ser sustentado pelo empresário como parte dos custos da produção; desta forma se introduz um critério fácil de valoração da utilidade e da produtividade da empresa. "Un'impresa che produce un rischio eccessivo rispetto al profitto è socialmente indesiderabile" (173).

207. Por fim, é de relevância registrar a interessante proposição de BARCELLONA - na linha da teoria econômica da distribuição dos custos e dos lucros - que a responsabilidade objetiva por risco de empresa desenvolve uma função econômica que se justifica diante da difusão da previdência individual, ou mesmo diante de um sistema geral de previdência

---

(171) PIETRO BARCELLONA, "Diritto Privato e Processo Economico", p. 321.

(172) Sobre as vantagens da adoção da responsabilidade objetiva por risco de empresa, conferir as idéias lançadas pela "Law Comission Report n. 82/1977" sobre "Liability for Defective Products" (Responsabilidade por Produtos Defeituosos), pp. 6/7 e 11/12, apud CRANSTON, "Consumers and the Law", p. 157.

(173) PIETRO BARCELLONA, "Diritto Privato e Processo Economico", pp. 321/322.

social, que garantisse a segurança contra quaisquer danos (174).

b. Aspectos do Direito Brasileiro e crítica

208. De tudo o que até o momento se disse a respeito de responsabilidade civil, estimo seja possível alcançar algumas idéias básicas sobre o tema, concretamente no que respeita à tentativa de sua sistematização.

Em linhas gerais, falar-se em responsabilidade do produtor indica, necessariamente, sejam levadas em consideração as colocações tradicionais, codificadas, que regem a matéria de responsabilidade civil. É de ser bem visto que, a despeito da oportunidade e da eventual razoabilidade de quase todas as idéias já colocadas em matéria de responsabilidade do produtor, se faz importante conceber o instituto como integrado dentro de um sistema positivo já posto e com o qual supostamente se deva trabalhar, com vistas à solução das diversas questões que podem ser levantadas em relação à chamada responsabilidade do fabricante.

209. Em primeiro lugar, deve ser feita uma separação bastante nítida entre os aspectos ou interesses contratuais e os aspectos ou interesses extracontratuais que envolvem a colocação de um produto no mercado(175). É óbvio que muitas das questões atinentes ao consumidor são nascidas e, eventualmente,

---

(174) ob. cit., p. 322.

(175) Aqui não se fala de responsabilidade civil contratual ou extracontratual; busca-se isolar o conteúdo e os efeitos da relação produtor/consumidor.

concluídas no âmbito restrito do contrato, podendo ser enfrentadas com as regras próprias, vigentes, para o direito contratual.

210. Da mesma forma, e em segundo lugar, torna-se necessário que sejam separadas as situações em que haja relacionamento direto do consumidor com o produtor, daquelas em que não há qualquer relação jurídica entre ambos. Quanto a este aspecto, é necessário enfatizar que o direito civil não contempla a proteção dos cidadãos que não estejam diretamente vinculados por uma relação jurídica com seu eventual oponente (176). Podem existir - e são até freqüentes - os casos em que o consumidor seja alguém que jamais esteve em relação com o produtor ou intermediários (quando esteja na qualidade de simples usuário, por exemplo, situação em que sequer adquirente terá sido).

211. Relativamente aos aspectos e interesses meramente contratuais, a responsabilidade do produtor circunscreve-se claramente às hipóteses que a lei civil já prevê a respeito do inadimplemento das obrigações (artigo 1.092 do Código Civil, especialmente seu parágrafo único), desde que haja uma relação jurídica contratual entre o produtor e o consumidor (neste caso, até confundido com o adquirente, comprador). O direito comum conformará, pois, a lesão ao consumidor-contratante às hipóteses da devolução do preço ou à substituição da coisa defeituosa, por exemplo.

---

(176) Note-se que mesmo a hipótese de contratos entre ausentes pressupõe a existência de um vínculo jurídico direto.

Dentro deste campo podem ser identificados alguns problemas, principalmente no que respeita às disposições contratuais consideradas abusivas ao consumidor. É de ser observado, no entanto, que as discussões levantadas quanto aos dispositivos contratuais abusivos integram o outro ponto crítico identificado dentro do direito privado e que exige tratamento especial em relação ao consumidor, qual seja, a questão que envolve os princípios relativos à liberdade negocial. Neste aspecto, pois, as questões devem ser debatidas e resolvidas em campo de direito contratual(177).

212. Mais delicada é a questão que envolve o consumidor quando não relacionado diretamente com o produtor ou qualquer de seus intermediários. Não existindo a ligação jurídica contratual direta, o consumidor, em princípio, não teria à sua disposição a construção positiva já existente, ficando, então, literalmente desprotegido. Nestas situações é que o desenvolvimento da jurisprudência norte-americana contribui em muito, ao admitir que "a responsabilidade pela colocação de um produto no mercado acompanha o produto até que este alcance o consumidor final" (178).

Há duas formas de conceber a orientação do direito norte-americano: de um lado, admitindo que o produtor será sempre responsável no que diz respeito aos danos que o produto possa causar a terceiros, não importando que o produto seja objeto de vários negócios jurídicos prévios ao consumo; de

---

(177) cf. o capítulo específico sobre os contratos, a partir do número 231, infra.

(178) cf. GALGANO, "Diritto Privato", pp. 356/358.

outro lado, pode-se igualmente entender que o fato da "responsabilidade correr junto com o produto" implica que todos os integrantes dos negócios jurídicos prévios ao consumo são solidariamente responsáveis perante o consumidor, inobstante entre eles exista sempre a possibilidade de exercer o direito de regresso até que se alcance o produtor (179).

213. Ao lado desse raciocínio, seria necessário emprestar ao consumidor um "status" jurídico de verdadeiro contratante, adquirente, adotando-se a ficção legal de que o consumidor (comprovada esta condição), equipara-se, para os efeitos de responsabilidade do produtor, ao contratante. Com a responsabilidade solidária e sendo considerado, nos termos da lei como contratante, o consumidor que não está inserido em nenhuma relação jurídica - direta ou indireta - com os outros agentes da cadeia econômica, poderia valer-se da lei civil para a solução dos conflitos.

214. Junto aos interesses meramente contratuais, existem outros que, igualmente, se fazem presentes em matéria de consumo e que merecem referência. É o caso do consumidor que sofre prejuízos ou danos, físicos ou econômicos, provocados por produtos defeituosos ou perigosos. Não interessa mais ao consumidor lesado as soluções contratuais, como a devolução do

---

(179) Seria o caso, inclusive, de se construir um raciocínio analógico à disciplina dos títulos de crédito, na medida em que todos os endossantes e seus respectivos avalistas são solidariamente responsáveis perante o portador de boa-fé, ainda que possam exercer o regresso entre eles. O produto - pela linguagem metafórica - receberia a "assinatur"a de cada um dos integrantes da cadeia econômica de produção, distribuição e comercialização, chegando às mãos do consumidor "purificado".

preço ou a substituição do produto. O consumidor que sofre um prejuízo físico ou econômico terá a pretensão de ser justa e amplamente indenizado. Já aqui são colocadas em foco as duas situações: existência ou inexistência de relação direta entre o consumidor e o produtor.

Para tanto, terá à sua disposição as regras comuns da responsabilidade civil e que, em matéria de relação consumidor/empresário, resumem-se a duas: á do artigo 159 e a do artigo 1.521, III, ambas do Código Civil brasileiro.

A primeira relaciona-se com os casos em que o agente do dano (o empresário) tenha agido com culpa ou dolo e, nestas hipóteses, o consumidor deverá comprovar - à sua carga - o comportamento culposo ou doloso apontado (além do próprio dano e do nexo de causalidade).

A segunda, como antes visto, é mais interessante: a lei prevê a hipótese de responsabilidade objetiva do patrão pelos danos ou prejuízos causados a terceiros por seus prepostos ou empregados.

Admitindo-se a extensão do preceito para contemplar, igualmente, os casos de responsabilização do empresário por danos que seus produtos causem a terceiros (consumidores), teríamos a seguinte situação: o consumidor não necessitaria comprovar a culpa do fabricante ou produtor (e, eventualmente, de todos os demais integrantes da cadeia pré-

consumo), que seria considerada presumida [180], mas não se exime, por óbvio, da comprovação (i) da existência do dano; e (ii) da relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano.

215. Na prática essa solução seria de pouca validade para o consumidor. Dentre outros aspectos igualmente relevantes, lembra-se que o produtor poderia sempre se valer da escusa legal de que agiu diligentemente, com o que se eximiria da responsabilidade; além disso, a realização da prova, pelo consumidor, de que o produto defeituoso foi a causa de um

---

(180) A expressão "presunção de culpa" é largamente utilizada pela doutrina italiana quando se refere à responsabilidade objetiva (cf. GALGANO, "Diritto Privato", p. 358.

determinado dano é extremamente difícil, quanto mais em se tratando de produtos de complexa composição ou fabrico (181).

216. As sugestões legais mais freqüentes estão se alinhando em torno da proposta de inversão do ônus da prova, o que levaria a que o produtor efetuasse a prova negativa de que o dano concreto não poderia, em nenhuma circunstância, ocorrer com a utilização adequada (correta) do dado produto. Liberar-se-ia o consumidor, então, do reconhecidamente pesado ônus de provar o "nexo de causalidade", ou seja, o nexo de causalidade seria presumido, cabendo, então, ao consumidor, unicamente comprovar a existência de um dano.

217. Poucos se apercebem, todavia, que a pretendida inversão do ônus da prova em praticamente nada

---

(181) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, colaborador de certo semanário de jurisprudência de circulação nacional, colecionou dois casos muito interessantes sobre responsabilidade do produtor no direito brasileiro, curiosamente um de interpretação moderna e o outro de aplicação tradicional. O primeiro caso refere-se a um pedido de indenização pela explosão de um botijão de gás, por defeito de fabricação do produtor. A 3ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro(Apelação Cível nº. 1758/86) decidiu pela obrigação do produtor, do distribuidor e da companhia seguradora de indenizar a vítima. O fundamento da decisão, na informação do autor antes nomeado, foi a responsabilidade objetiva, não tendo sido questionado a respeito da culpa . Apenas que, relativamente à vítima, entendeu ter ela contribuído para o evento, reduzindo a indenização em 1/3 pelo fato.
Já o segundo caso não andou tão bem. Tratou-se de responsabilidade civil de fabricante de medicamento apontado de ineficaz. Sob o argumento de que o dano não ficou suficientemente caracterizado, pois nenhum dos médicos chegou a reputálo efetivo, a indenização foi negada (se bem que também pela iliquidez da sentença, contra o entendimento do artigo 459, parágrafo único do C.P.C.). Percebe-se com facilidade a dificuldade da vítima em comprovar fatos que não conhece e dificilmente teria condições de conhecer com profundidade.

alteraria a situação em favor do consumidor. Bastaria à empresa demandada mandar eleborar um detalhado laudo técnico do produto, que indubitavelmente concluiria que a utilização do produto, em condições normais, é insuscetível de causar dano, e logo o consumidor seria visto, novamente, na desconfortável situação de demonstrar que o laudo técnico não representa a realidade. O trabalho técnico, aliás, uma vez elaborado, serviria para instruir todo e qualquer processo onde se imputasse um dano a determinado produto.

O expediente da inversão do ônus da prova - a não ser em determinadas situações muito especiais - em nada auxilia, quiçá inclusive prejudique o consumidor. Os inconvenientes são maiores do que as vantagens, o que, em princípio, sugere uma atenta reflexão antes de sua eventual adoção pelo ordenamento positivo (182).

218. Há outro aspecto de igual importância. Toda a tentativa de aproximação da responsabilidade objetiva do dono do estabelecimento (artigo 1.521, III, do Código Civil brasileiro) à responsabilidade do produtor não é de todo desprezível. Ao contrário, sedimentando a possibilidade de resolver os casos de responsabilidade do produtor com a regra já posta (ainda que com os inconvenientes já fartamente apontados), abre-se chance a que se possa aparentar a responsabilidade do produtor à responsabilidade do Estado.

---

(182) Os Projetos de Código de Defesa do Consumidor, em discussão nas comissões próprias da Câmara dos Deputados recolhem a idéia da inversão do ônus da prova (cf. anexo I, ao final do trabalho).

A concepção moderna da responsabilidade civil do Estado (no Brasil muito estudada através da exegese do artigo 107 da Constituição de 1967, emendada em 1969) permite sejam identificados muitos pontos de coincidência, a inferir um estreito grau de parentesco entre os produtores, colocados frente aos consumidores e o Estado, frente a todos os cidadãos. O assunto não recebe tratamento aprofundado no espaço deste trabalho, mas alerta para que se possa desenvolver o sistema da responsabilidade do produtor em bases mais razoáveis, semelhantes às emprestadas ao Estado, e menos rígidas que as propostas nos vários projetos de Código de Defesa do Consumidor ora em estudo(183).

5) SOBRE A "STANDARDIZAÇÃO" DE PRODUTOS

219. De igual interesse são as idéias que embasam a adoção da responsabilidade objetiva do produtor com fulcro na "standardização" dos produtos. Essa matéria possui terreno fértil no direito da Comunidade Econômica Européia.

L. KRÄMER (184) noticia que existem pelo menos duas organizações européias de assessoria aos Estado-membros da CEE relativamente à "standardização": (a) a CEN ("Comité Européen de Normalisation"); e (b) a CENELEC ("Comité Européen de Normalisation Electrotechnique").

Trata-se de organizações privadas cujos objetivos são estabelecer "standards" europeus para os produtos. A

---

(186) Ver o Anexo I, no final do trabalho.

(184) L. KRÄMER, "EEC Consumer Law", p. 258.

importância crescente desse tipo de atividade é visível com clareza a partir dos números fornecidos pela entidades de "standardização". Em 1982, a CEN e a CENELEC estipularam 115 :"standards" europeus. Ao final de 1983, já existiam mais de 1000. Só a Alemanha Ocidental, em 1984, adotou 1498 "standards". Atualmente devem existir mais de 50.000 "standards" utilizados em toda a Europa.

220. O reflexo prático desta "standardização" é simples de perceber: os produtos, para poderem ser comercializados na esfera da CEE, devem necessariamente obedecer o mínimo fixado pelos "standards" aprovados. Caso isso não ocorra, os produtos não podem ser objeto de comércio na CEE.

221. Tem sido defendido que a utilização de "standards" contribui para a redução dos riscos de danos que os produtos possam eventualmente causar aos consumidores. Entendo que a defesa assim posta é procedente, pois o não atendimento da padronização mínima impede que o produto circule; além disso, atingido esse padrão mínimo, pressupõe-se tenha existido um controle prévio e preventivo capaz de reduzir os riscos do dano.

Este tipo de controle é de difícil viabilização, no entanto. Exige da organização que seja encarregada de fixar critérios mínimos e padronizados, um aparelhamento tecnológico de elevadas proporções, muitas vezes inviável para países pobres ou endividados, normalmente integrantes do Terceiro Mundo.

222. Por outro lado, o controle "standards" prévio à comercialização de produtos, como é o caso da CEE, impede que os consumidores dos seus Estados-membros sejam lesados pela má qualidade intrínseca de produtos inferiores. Os produtores que têm as portas de CEE fechadas dirigem-se a outros mercados, ou seja, outros países onde esse controle não é exercido, fazendo que se repita vez mais, a máxima "the poor pays more". Nos países subdesenvolvidos, a máxima é expressa de outra forma: "the poor pays more for the worse products".

6) CRITICA SOBRE A RESPONSABILIDADE POR RISCO DE EMPRESA

223. Apesar das críticas recebidas, a adoção da responsabilidade objetiva por risco de empresa parece ser a melhor forma de prever as hipóteses de lesão por produtos defeituosos ou perigosos.

Isto porque os pontos de deficiência do modelo não são tão sensíveis se comparados com as suas vantagens.

Dentre essas críticas costuma-se alinhar:

> (a) a transferência de responsabilidade às companhias de seguro, o que implica em que os prêmios sejam repassados aos produtos, aumentando o custo final em prejuízo dos consumidores; e
>
> (b) a redução nos cuidados com a fabricação, uma vez que o pagamento de eventuais indenizações recairá, em último grau, na entidade seguradora, o que implica no aumento dos riscos para os consumidores(185).

---

(185) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Os direitos dos consumidores", pp. 140/141.

224. Relativamente ao primeiro ponto, o aumento dos custos pela intervenção do elemento "seguro" pode ser considerado sobre dois aspectos: de um lado, estes custos são extremamente diluídos na característica da produção e, de outro, o aumento que se verificasse seria apenas inercial, ou seja, ocorreria em um dado momento, para após conformar-se naturalmente com o mercado.

225. A segunda crítica é fruto de uma visão menos objetiva do problema, pois supõe-se que, em primeiro lugar, tenham vigência as regras do próprio mercado, e que se estabelecem a partir de determinados níveis de exigência qualitativa dos produtos. É da essência da competição mercadológica buscar o incremento da qualidade dos produtos ou serviços (186). À ocorrência de um fato considerado anormal (embora previsível, como por exemplo, um defeito de fabricação), é que são invocados os recursos securitários, com a finalidade principal de compor os prejuízos causados aos consumidores.

226. De qualquer forma, o sistema da responsabilidade objetiva por risco de empresa, na feliz expressão de BARCELLONA (187), é valioso instrumento na racionalização do sistema econômico como um todo, em benefício dos consumidores.

---

(186) As exceções é que escapam desta linha, como é o caso dos monopólios e oligopólios, que reduzem a possibilidade de escolha do consumidor.

(187) PIETRO BARCELLONA, "Diritto Privatto e Processo Economico", p. 322.

Ao assinalar que a responsabilidade objetiva por risco de empresa desenvolve uma função econômica e que esta função conformar-se-ia, inclusive, a um sistema geral de previdência social que garantisse a segurança contra quaisquer danos, coloca sob perspectiva mais um dos interessantes aspectos do instituto.

227. Sabe-se que no direito dos acidentes do trabalho travou-se proveitosa discussão a respeito da responsabilidade do empregador pelos acidentes de trabalho ocorridos na sua empresa.

O sistema mais antigo vigente no Brasil perfilou-se em torno da responsabilidade do empregador, que deveria, sempre, indenizar seus empregados acidentados, independentemente da verificação de culpa.

Este sistema foi substituído por outro, mais recente, através do qual o Estado chamou para si o encargo de indenizar e atender às vítimas de acidentes do trabalho, sob o argumento de que se tratava de um ônus público e de caráter social, mormente pelo igual papel social que a empresa exerce no seio da comunidade.

O sistema assim idealizado passou a funcionar conjugado com o conceito da previdência social, devendo o empregador manter junto ao órgão estatal um seguro obrigatório para tais fins.

O empregador continua, no entanto, sendo responsável perante seus empregados nos casos em que tenha contribuído com dolo ou culpa grave (além da hipótese em que

contribuído com dolo ou culpa grave (além da hipótese em que não tenha efetuado o referido seguro).

228. Se fosse possível entender a atividade produtiva com a mesma conotação social que se emprestou à relação de trabalho, poder-se-ia, eventualmente, estender ao Estado a obrigação de indenizar os danos provocados por produtos defeituosos, mesmo porque totalmente previsíveis, excluindo-se os casos em que o produtor tivesse obrado culposa ou dolosamente para a produção do dano. Paralelamente seria instituído um sistema securitário público que acobertasse os danos derivados de produtos defeituosos.

229. Tudo sob o argumento de que a "regra" é a colocação de produtos com qualidade no mercado com a finalidade de atender às exigências mínimas da comunidade, que deles (dos produtos) necessita para sobreviver. A "exceção é o produto defeituoso, perigoso, lesivo e que, nos parâmetros normais da atividade produtiva, irão sempre existir, com razoável previsibilidade.

230. A idéia não me parece, a níveis de identificar a tendência evolutiva da responsabilidade do produtor, de todo despropositada, ainda que a realidade indique o completo absurdo da proposta, ao menos em países de características capitalistas.

C. ASPECTOS CONTRATUAIS ESPECÍFICOS

1) NOÇÕES GERAIS. O Clássico e o novo em matéria de contratos

231. Quando se fala em contrato, mais especialmente na figura tradicional do contrato, vem à mente uma imagem mais ou menos comum, que é a de duas pessoas sentadas frente à frente, discutindo as particularidades do acordo que buscam encetar em seus mínimos detalhes. Este cenário da mesa de discussão, onde se peleia, se discute, se negocia, até que seja possível a composição ou o ajuste dos interesses inicialmente contrapostos das partes, afigura-se perfeito para representar a figura clássica de contrato.

O quadro assim exposto pode-se dizer ideal na celebração de um contrato. O discutir detalhado de cada condição contratual, para se alcançar a fórmula que representa a verdadeira expressão da vontade das partes, autônoma e livremente manifestada, é a própria definição de contrato que nos chegou dos romanos. Dessa idéia perfeita é que surge, com toda pertinência, a máxima de que o "contrato faz lei entre as partes".

232. A massificação da economia moderna, no entanto, está freqüentemente a sugerir uma modificação substancial no cenário do contrato classicamente concebido. Os contratos mais comuns, de maior presença entre as pessoas do povo, não são mais nascidos a partir da discussão franca das condições que irão integrá-lo. Na verdade, a realização de negócios em massa não permite que isso ocorra, pois representaria a própria inviabilização da moderna economia capitalista de massa.

Passa a existir, então, a necessidade de padronização das condições contratuais, fixando um modelo de

contrato que possa satisfazer essa proposta massificadora de contratação. As conseqüências da prática contratual assim institucionalizada são as mais variadas e as implicações em campo obrigacional não têm merecido a atenção que o assunto comporta. Antes, manifestam-se dois fenômenos aparentemente contrapostos: a passividade e o esforço. A passividade reside no fato de que não se tem sentido manifestações jurídicas de adaptação da teoria contratual à nova realidade econômica, muito embora se reconheça, em princípio, que realidade clássica contratual não se coaduna com a prática negocial de massa. O esforço é sentido principalmente no Poder Judiciário, que se tem valido das regras positivas tradicionais para solucionar as questões judiciais chegadas de uma realidade econômica sensivelmente modificada. A adapatação da lei aos fatos passa a ser trabalho hercúleo, não sem o risco de serem construídas decisões que hoje integram a marginal teratologia jurídica.

233. REZZÓNICO (188) chega a questionar a validade dessa discussão, no entanto. Afirma que a passividade com que se observa a realidade levaria o investigador ao ponto limite de quase se conformar com o fenômeno, admitindo que a negociação em massa, com a sujeição do contratante mais fraco aos ditames do mais poderoso, tornou-se "algo patológico" dentro da disciplina contratual. Escapa daí que esse terreno torna-se extremamente propício à construção de raciocínios alienados da verdadeira problemática e que caminham, sempre, no

---

(188) REZZÓNICO, Juan Carlos; "Contratos con clausulas predispuestas - Condiciones Negociales generales", pp. 1/2.

sentido de que esses negócios massificados "podem e devem" ser tratados à luz da concepção contratual clássica.

234. A passividade, refletida na assunção do caráter patológico sugerido por REZZÓNICO e tampouco o esforço para solucionar problemas da economia de massa com regras erigidas em tempos de economia artesanal não parecem refletir as melhores saídas para o problema. Outra deve ser a perspectiva para o enfoque.

Na verdade, há que se curvar à constatação de que o contrato clássico e o contrato de massa são derivados de realidades frontalmente contrapostas e que a impossibilidade de tratamento jurídico-legal uniforme para ambas é mera conseqüência desse antagonismo. CARBONNIER, citado por REZZÓNICO (189) exemplifica a constatação, com a ironia que lhe é própria: quem entra em uma banca de revistas para comprar um periódico realiza um contrato de compra e venda que, tradicionalmente, seria exatamente o mesmo contrato celebrado por alguém que, após complexas operações, conversas, reuniões, avaliações e perícias, adquire uma grande indústria.

235. Em matéria de direito do consumo, o assunto torna-se ainda mais relevante e empolgante, pois exige que se proceda à revisão de vários conceitos da teoria contratual clássica (não sem gerar um certo desconforto quando os direitos dos consumidores são privilegiados diante de posições mais conservadoras do direito civil).

---

(189) CARBONNIER, Jean; "Droit Flexible", p. 263, apud REZZÓNICO, "Contratos...", p. 3.

236. O "consumidor-massa" perde totalmente sua identidade; não importa ao vendedor a pessoa que compra, apenas que mais um número estatístico adquiriu um bem ou um serviço; não resta nada mais de subjetividade, pois os negócios são cada vez mais impessoais; o desenvolvimento da tecnologia permite que as situações mais curiosas sejam criadas: hoje é possível celebrar um contrato de compra e venda de um refrigerante com uma máquina, que eventualmente poderá lhe agradecer pela preferência, assim como é comum mantermos diálogos completos com computadores que foram "treinados" para fornecer saldos bancários, receber e efetuar pagamentos, etc; os vendedores das grandes empresas são militarmente treinados para vender serviços e produtos através de técnicas questionáveis, mas que invariavelmente implicam na celebração de um contrato com letras pequenas e ilegíveis, ou, acaso legíveis, impossíveis de serem modificadas, "pois já vêm impressas..."; a discussão de cláusulas contratuais com bancos, financeiras, seguradoras, consórcios, empresas ou órgãos públicos é prática que não se reserva ao simples consumidor; os preços e as prestações nas vendas a crédito (os conhecidos carnês) são com freqüência fixados pelo computador em índices e prazos cada vez menos conhecidos, sempre mutáveis de acordo com as diretrizes da "matriz" ou das "novas medidas econômicas do governo"; enfim, quantos outros e numerosos exemplos não seriam lembrados a demonstrar a perda de identidade do consumidor, esse importantíssimo mas explorado e maltratado sujeito da relação de consumo.

237. É este panorama que sugere seja o problema das relações contratuais de consumo amplamente revisto. Pretendendo fornecer um enfoque que exprima com fidelidade essa realidade, serão tratados em seguida os pontos relativos à contratação em massa no direito positivo, as chamadas condições gerais dos contratos e as novas figuras contratuais.

2) A AUTONOMIA PRIVADA E OS CONTRATOS DE MASSA

238. É relevante, nesse contexto, demonstrar que o conceito de autonomia privada contém aspectos de discutível validade em matéria de direitos dos consumidores.

Partindo-se da perda de identidade do consumidor nas diversas relações jurídicas contratuais das quais participa, pode-se facilmente alcançar a etapa seguinte do raciocínio, que está ligada à forma pela qual o contratante mais forte subjuga o mais fraco.

Isto não significa que em todos os contratos de massa esta disparidade de poder se verifique. Apenas que, em se tratando de proteção dos consumidores, deve haver a presunção de que a parte mais fraca da relação será sempre ocupada pelo consumidor.

239. Assumem distinguida importância, então, duas dissertações básicas da doutrina contratual. A primeira, ligada ao conceito de autonomia privada e, a segunda, referente às condições gerais dos contratos e aos contratos de adesão. Estes dois aspectos, assim, complementam o estudo dos contratos de massa, relativamente aos consumidores, pois será do

reconhecimento do caráter relativo do conceito da autonomia privada e do estudo das condições gerais dos contratos e dos contratos de adesão que se alcançará a forma de tratamento mais adequada aos consumidores inseridos na teia dos contratos dirigidos, com cláusulas predispostas.

240. A doutrina civilista costuma estabelecer a distinção entre o que se entende por autonomia da vontade e autonomia privada, salientando que, com a perda de importância dos dogmas do voluntarismo jurídico, a primeira expressão foi substituída pela segunda. ORLANDO GOMES bem ensina que "a força da vontade deriva do direito objetivo e não da própria vontade", levando, com isso que os efeitos jurídicos derivados da manifestação da vontade só existem se sustentados pela lei(190).

Definir autonomia da vontade pressupõem, pois, admitir a existência de uma noção ampla, que designa a "esfera de liberdade do invidíduo para o exercício de seus direitos" ao lado da noção restrita, "que é o poder atribuído à pessoa para criar, modificar e extinguir, na forma da lei, relações jurídicas"(191).

Em termos gerais, é possível compreender o conceito de autonomia privada como o poder de auto-regulação de interesses, uma espécie de autodeterminação que vem garantida

---

(190) ORLANDO GOMES, "Contrato de Adesão", p. 30 e 31.

(191) ORLANDO GOMES, "Contratos de Adesão", p. 31.

inclusive em níveis constitucionais, para garantir a liberdade de iniciativa econômica dos cidadãos (192).

MESSINEO, a propósito, concebeu o conceito de autonomia privada como sendo "a faculdade concedida aos sujeitos de direito de celebrar os contratos idôneos à satisfação dos próprios interesses, determinando, de comum acordo, as respectivas cláusulas e substituindo, se houver mútua conveniência, por diverso regime voluntário, as normas de direito supletivo" (193).

241. Também as definições tradicionais de contrato contém a mesma inclinação, deixando antever, em nossos dias, as dificuldades de tratamento jurídico da realidade à luz de princípios construídos em outro contexto.

As definições de negócio jurídico como "a declaração de vontade para criação de efeitos jurídicos"; a "declaração de vontade com o fim imediato de criar, modificar ou extinguir direitos"; ou "o acordo por via do qual os particulares se propõem a conseguir um resultado jurídico", ditavam a própria conceituação pandectista de contrato. Observa-se que todas elas ligavam-se intimamente ao conceito de automia na declaração da vontade, convolada no princípio da autonomia privada.

242. Pode-se arriscar uma conclusão intermediária: as concepções tradicionais para o tratamento jurídico da

---

(192) ORLANDO GOMES, ob. cit, p. cit.

(193) MESSINEO, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale, vol. ii, par. 133, n. 23, apud ORLANDO GOMES, ob. cit., p. cit.

autonomia privada e dos contratos são incompletas - não totalmente inaplicáveis, para resguardar o que têm de positivo - para proteger os consumidores dos abusos de poder econômico contra si dirigidos através da utilização de contratos de adesão, ou contratos em que não é possível a discussão de suas disposições básicas. Mais adiante será visto que a correção das anomalias deve ser feita através de métodos de controle que limitem a utilização abusiva das condições gerais no conteúdo dos contratos.

243. Aliás, essa linha de estudo já era adotada por ALPA, ao afirmar que "o controle da empresa e os instrumentos jurídicos de tutela dos consumidores são dois modos de exprimir a mesma exigência" (194). Continua, dizendo que "através do controle das condições gerais dos contratos praticados pela empresa é possível avaliar até que ponto sua estratégia de lucro valeu-se do instrumento negocial (...); e através do controle das técnicas de venda de produtos e serviços é possível previnir a prática ilícita, as condições excessivamente onerosas ou manifestamente iníquas das quais se vale a empresa para a difusão de seus produtos ou serviços"(195).

244. Os contratos de massa, assim, tem já sua caracterização própria e seu estudo apresenta-se da mais alta oportunidade. Não sem razão que ALPA dedicou extensa parte de

---

(194) GUIDO ALPA, "Tutela...", p. 167.

(195) GUIDO ALPA, "Tutela...", p. 168.

seu trabalho ao estudo do instituto [196][197]. A idéia básica, no entanto, continua sendo a de que os contratos de massa são conseqüência da produção e da distribuição em massa, típicas da industrialização contemporânea. Trata-se, assim, de instrumento cuja utilidade à empresa é consideravelmente elevada e de manifestação universal.

Explicando mais em detalhes este fenômeno, ALPA assinala que a "prática negocial através de condições gerais consiste em: (a) praticar com todos os consumidores iguais condições negociais, com notável economia de tempo e de custos na contratação; (b) transferir aos consumidores riscos e ônus não negociáveis, operando uma distribuição da economia do contrato de modo mais vantajoso para o predisponente; e (c) centralizar os procedimentos judiciais eventualmente derivados da aquisição de bens e serviços em um único foro, que coincide com aquele onde está a sede da empresa" [198].

A partir deste enfoque passa a ser interessante a conceituação das chamadas condições gerais dos contratos.

---

(196) GUIDO ALPA, "Tutela...", p. 167/227.

(197) O tema tornou-se especialmente atrativo a ALPA e BESSONE, que dedicaram um volume com o título "Tecnica e controllo de contratti standard" (382 pp.), que adiante será estudado.

(198) GUIDO ALPA, "Tutela...", p. 170.

3) AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS (C.G.C.)

a. Justificativa Prévia

245. O estudo da disciplina das condições gerais dos contratos (c.g.c.), também conhecidas como condições gerais de negócios (199), como visto, está intimamente relacionado ao estudo do direito dos consumidores, muito concretamente em matéria contratual.

Deve ser assinalado, no entanto, que o campo de abrangência das c.g.c. é amplo e naturalmente extrapola o âmbito das relações jurídicas de consumo desde a ótica exclusiva do consumidor. Não bastasse esse rasgo de amplitude, existe ainda o fato de ser a matéria relativa às c.g.c. especialmente propícia ao desenvolvimento de inúmeras questões de altíssima indagação, que comportam pesados e longos trabalhos de rigorosa exclusividade ao tema (200).

Muito embora as c.g.c. assumam lugar privilegiado em qualquer obra que se refira ao direito do consumo ou ao direito dos consumidores, não receberão neste trabalho

---

(199) Na doutrina do direito comparado, "condiciones negociales generales" (REZZÓNICO), "condiciones generales de los contratos" (GARCIA-AMIGO), "condizioni generali di contratto" (Itália), "conditions general du contract" (França), "Allgemeinen Geschäftsbedinungen - AGB" (Alemanha).

(200) cf. M. GARCIA-AMIGO, "Condiciones Generales de los Contratos; REZZÓNICO, "Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales; HÉLENE BRICKS, "Les Clauses Abusives"; obras citadas como meros exemplos. Por homenagem, cito a extraordinária obra de professora da Faculdade de Direito de Lisboa, ANA PRATA, "Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual", com 820 páginas, onde há farto material complementar ao tema das c.g.c.

tratamento exaustivo, exatamente pela extensão e complexidade do assunto. A justificativa, assim, é procedente e pertinente, como a lembrar que o tema das c.g.c., antes de ser considerado desprestigiado é, ao contrário, tratado de forma limitada apenas e tão somente pelas próprias características metodológicas deste estudo (201).

b. O conceito de c.g.c

246. GARCIA-AMIGO conceitua as c.g.c. como "a série de cláusulas formuladas previamente em forma geral e abstrata com vistas à celebração de uma série indefinida de contratos que, ao serem aceitas pelas partes, passam a regular a relação contratual que se desejou criar, estabelecendo seu conteúdo normativo - e, por efeito reflexo, o conteúdo obrigacional e subjetivo - sem que, por outro lado, coincidam com normas legais ou consuetudinárias"(202).

247. A conceituação fornecida pelo autor espanhol exclui da definição de c.g.c. as disposições regulamentares ou legais - imperativas ou dispositivas - assim como os usos normativos que determinam positivamente o conteúdo da relação contratual. Por outro lado, considera integradas à definição fornecida as estipulações formuladas unilateralmente por uma

---

(201) A bibliografia sobre condições gerais dos contratos é ampla. Na obra de GARCIA-AMIGO, especialmente pp. 75 e ss., já há farta referência à literatura sobre a matéria. Sobre publicações mais recentes, e em número não inferior à citada por GARCIA-AMIGO, cf. EDUARDO POLO, "La proteccion del consumidor en el derecho privado", in "Estudios en homenaje al profesor ANTONIO POLO", pp. 868/870, nota de rodapé número 132.

(202) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", p. 132.

empresa ou por um grupo de empresas do mesmo ramo, estejam ou não sujeitas à aprovação administrativa prévia (203); ou, ainda, quando sejam estipuladas bilateralmente pelos interessados ou por representantes dos grupos contrapostos interessados no tipo de relação contratual tratada; ou ainda, quando são formuladas por terceiros alheios à relação contratual (mediadores) (204)(205).

248. REZZÓNICO, após justificar-se longamente sobre as dificuldades que usualmente são encontradas na construção do conceito de c.g.c., reputadas de difícil apreensão e bastante complexas - no que certamente tem razão - propõe que c.g.c. seja "a estipulação, cláusula, ou conjunto de cláusulas, reguladoras de matéria contratual, preformuladas e estabelecidas pelo estipulante sem negociação particular, concebidas com carater de generalidade, abstração, uniformidade e tipicidade, determinando uma pluralidade de relações, com independência de sua extensão e caracterísiticas formais de estrutura e localização"(206).

Extrai-se, portanto, uma noção bastante razoável do que são as c.g.c. Vai-se, inclusive, além: as constatações iniciais a respeito das relações contratuais das quais é parte

---

(203) É comum nos países europeus que determinados contratos sejam previamente submetidos a um órgão público para análise das condições contratuais que serão oferecidas generalizadamente ao público.

(204) Os dois últimos aparecem com muito menos freqüência. A grande parte das c.g.c. são ditadas unilateralmente.

(205) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", p. 134.

(206) REZZÓNICO, "Contratos...", p. 109.

um consumidor inferem a necessidade de que as c.g.c. sejam cuidadosamente tratadas pelo legislador, sendo certo que esse tipo de controle é valioso instrumento na busca do equilíbrio das relações de consumo.

c. Distinção de Figuras Afins

249. A preocupação de distinguir as c.g.c. de figuras conceitualmente afins é preocupação da doutrina civilista sobre o tema (207).

É de GARCIA-AMIGO, no entanto, de onde se extrai um exame comparativo muito oportuno, na tentativa de evitar que conceitos doutrinariamente distintos - que podem inclusive coincidir parcialmente - sejam utilizados indiscriminadamente pela doutrina ou pela jurisprudência, tratando como iguais noções que, na verdade, devem ser separadas (208).

(a) Contrato de Adesão e c.g.c.

250. Não se confundem as noções de contrato de adesão (ou contrato por adesão) com as c.g.c. Os contratos de adesão se caracterizam basicamente pela ausência de qualquer discussão a respeito das cláusulas predispostas. Mais do que isso, nos contratos de adesão o aderente simplesmente expressa o seu assentimento para integrar uma relação contratual rigidamente concebida e já estabelecida por uma das partes

---

(207) cf. nota de rodapé número 10.

(208) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", p. 135 ss.

(incluindo-se aqui os contratos celebrados pelos usuários com as concessionárias de serviços públicos).

251. Prossegue GARCIA-AMIGO, dando conta de que a construção pretoriana italiana, para aplicação dos artigos 1341, 1342 e 1370 do Código Civil daquele país, faz com que o conceito prático de contratos de adesão seja mais restrito do que a média das definições doutrinárias. Em 1963, a Corte de Cassação italiana estabeleceu que "para configurar a hipótese do art. 1341 não basta que o predisponente formule totalmente o contrato que o contratante deve aceitar ou recusar em bloco, sem permitir-lhe que concorra à sua formação; é necessário que esquema seja predisposto e que as c.g.c. se tenham fixado para servir a uma série indefinida de contratos"(209).

As c.g.c., ao contrário, são formuladas privadamente e não implicam, necessariamente, na impossibilidade da discussão de suas disposições.

Explica, por fim, o autor espanhol:

> "(...) las condiciones generales son redactadas previamente a la conclusión de los contratos y tienen sentido en cuato se celébrren muchos contratos o un número indefinido de ellos en base a las mismas; los contratos por adhesión, en cambio, son actos concretos que dan virtualidad jurídica normativa a las condiciones generales, ya redactadas, para cada relación contratual concreta y son perfectamente independientes de todos y cada uno de los demás contratos por adhesión que se celebren en base a las mismas condiciones generales" (210).

---

(209) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", pp. 135/136, nota de rodapé nº. 4.

(210) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", p. 137.

252. Sobre a distinção assim vista, o professor CLÓVIS DO COUTO E SILVA, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul observou que "o termo 'contrato de adesão' aponta para o fato de um dos participantes do contrato não possuir o poder de influir na formação das cláusulas contratuais. Sob a denominação 'condições gerais de negócios' alude-se a um certo tipo de contrato em que as cláusulas já estão predeterminadas para se integrarem em futuros negócios jurídicos". Conclui essa passagem reafirmando que os termos não são coincidentes (211).

(b) Contratos normativos, contratos-tipo, contratos-formulário e c.g.c.

253. Costuma-se referir a contratos normativos como sendo aqueles celebrados entre duas ou mais pessoas para determinar o conteúdo normativo de contratos futuros que estabeleçam obrigações recíprocas para as partes.

254. Os contratos-tipo são referidos pela doutrina italiana como sendo uma sub-espécie dos contratos normativos (212). Há algo de formal na conceituação dos contratos-tipo que não integra o conceito de contratos normativos. Por outras palavras, pode-se dizer que os contratos-tipo são concebidos

---

(211) CLÓVIS DO COUTO E SILVA, "O princípio da boa-fé e as condições gerais de negócios", in "Anais Jurídicos 1", "Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica", Simpósio sobre Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica, Juruá Editora, Curitiba, 1988, 180 pp., pp. 30.

(212) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", p. 139.

como a formalização das estipulações contratuais celebradas através de um contrato normativo.

255. Os contratos-formulário são semelhantes aos contratos-tipo, e caracterizam-se basicamente por sua existência prévia, normalmente em documento impresso, limitando-se as partes a preencher os dados individuais e a assinar.

256. A noção de c.g.c. acima fornecida ilide a aproximação das figuras dos contratos normativos, contratos-tipo e contratos-formulário ao seu conceito. As c.g.c. são fixadas abstratamente - no que se afastam já dos contratos normativos; e o aspecto fundamentalmente formal dos contratos-tipo e contratos-formulário impede que sejam confundidos com a característica obrigacional ou subjetiva das c.g.c.

(c) Contrato Preliminar e c.g.c.

257. O conceito básico de contrato preliminar (ou pré-contrato) fá-lo ser entendido como um negócio jurídico através do qual se determina o conteúdo normativo e subjetivo de outro contrato futuro, juntamente com a obrigação de celebrar este contrato futuro. As. c.g.c. estabelecem critérios abstratos e gerais; os pré-contratos têm conteúdo próprio e individualizado. Além disso, os contratos preliminares são sempre bilaterais, enquanto que as c.g.c. são quase sempre unilaterais.

4) PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES EM MATÉRIA CONTRATUAL E IDÉIAS NUCLEARES SOBRE A PROBLEMÁTICA DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS

258. As noções até o momento sedimentadas permitem - até com certa tranqüilidade - se afirme que uma efetiva proteção dos consumidores passa, necessariamente, pelo direito contratual. Pode-se ir além, afirmando que o objetivo constitucional do art. 5º., XXXII não será integralmente alcançado sem que se proceda a uma prévia revisão da disciplina contratual, ainda que implantada no direito positivo uma legislação específica de proteção dos consumidores.

É fato, assim, que o desenvolvimento da norma constitucional não pode ser projetado com os olhos centrados unicamente na norma protetiva especializada, havendo, pois, que ser recomposta a disciplina contratual (como, ademais, já se referiu à disciplina de responsabilidade civil), para não mencionar todo o regramento público, notadamente o do direito administrativo.

259. O tema das c.g.c. - vez mais - mostra-se importante, colocando-se, ao lado das ditas cláusulas abusivas, como o núcleo central da problemática contratual de proteção do consumidor.

260. EDUARDO POLO, ao analisar o assunto, identifica de início três aspectos distintos para o estudo das c.g.c., quais sejam, (a) a formulação das c.g.c.; (b) o alcance

e a força obrigatória das c.g.c.; e (c) o controle das c.g.c. (213).

a. A Formulação das c.g.c.

261. No que se refere à formulação do que chama condições-tipo, o professor espanhol sugere se subdivida o enfoque em dois aspectos. O primeiro, através do qual as c.g.c. seriam objeto de formulação com a participação das organizações de consumidores em conjunto com as organizações empresariais e, eventualmente, com a participação mediadora da administração, pela formação de comissões especializadas. O segundo, pelo qual as c.g.c. ditadas pelas empresas seriam submetidas a um regime prévio de autorização ou controle por parte de uma autoridade que se determinasse.

262. Relativamente ao primeiro aspecto, a participação das organizações de consumidores na sua elaboração, deve-se ter presente que ela poderá se dar de duas formas: (a) o estabelecimento das c.g.c. ocorreria de forma conjunta com os empresários, algo muito semelhante ao que ocorre com os acordos coletivos do trabalho; e (b) o estabelecimento das c.g.c. se daria no seio de comissões

---

(213) EDUARDO POLO, "La proteccion del consumidor en el derecho privado" in "Estudios en homenaje al profesor ANOTNIO POLO", p. 868.

formadas por representantes dos agentes econômicos, com a mediação do Estado (214)(215).

Quanto à participação dos consumidores na formulação das c.g.c., há que se observar, no entanto, uma peculiaridade. As associações privadas ou públicas de consumidores não têm um nível de organização e desenvolvimento satisfatórios, implicando que, à raiz dessas falhas, dificilmente conseguiriam postar-se em situação de igualdade com os empresários. Basta ver que mesmo os sindicatos trabalhistas, com vocação institucional para a organização, sofrem dificuldades na busca da igualdade nas negociações trabalhistas. Esse outro aspecto, que pretende realizar a discussão das c.g.c. ao modo dos acordos coletivos de trabalho, é igualmente de difícil realização prática, pois suporia a criação de todo um instrumental jurídico novo, com custos financeiros e sociais desproporcionais à quantidade de casos que eventualmente fossem submetidos à essa jurisdição.

Será, pois, mais atrativa a outra hipótese, que prevê a criação de comissões ministeriais especializadas, composta por peritos, representantes dos empresários e representantes dos consumidores, com a mediação do próprio estado. Ainda que esta solução encontre uma dificuldade inicial, qual seja, as situações em que o próprio estado esteja na posição de empresário-fornecedor, esta idéia se afina com a

---

(214) EDUARDO POLO, "La proteccion...", p. 870

(215) Esta solução já foi aventada no presente trabalho, quando se estudou o caráter institucional do direito do consumo (cf. números 47 a 56, supra).

necessidade de realização de um dos direitos subjetivos dos consumidores - o direito de ser ouvido em suas reclamações. O Poder Público, portanto, através destas comissões especializadas, estaria abrindo oportunidade a que, previamente, fossem discutidas as c.g.c., ouvindo as posições dos agentes econômicos envolvidos e facilitando as negociações. (216).

263. Quanto à submissão das c.g.c à autorização e controle prévios muito haveria que se discutir. As vantagens, em princípio, desse sistema são muitas, e indicam que aí estaria um valioso instrumento para efetivação da proteção dos consumidores. À primeira vista, trata-se de um modelo mais factível do que o anteriormente analisado, pois prescinde da participação ativa das organizações dos consumidores.

Ressalta-se como vantagem, a possibilidade de se efetuar um controle prévio das c.g.c., que diminuiria as reclamações posteriores, mormente pelo fato de que os empresários estariam, em princípio, alicerçados no exame das cláusulas contratuais, e gozariam de uma presunção de licitude em seu favor. Além disso, as c.g.c. seriam objeto de análise em bloco, excluindo-se o inconveniente da análise isolada de uma ou determinadas cláusulas, com isso diminuindo as possibilidades de cláusulas abusivas ou ilícitas.

264. Por óbvio que o sistema assim edificado apresenta, por outro lado, sérias desvantagens e

---

(216) A Constituição espanhola, ao referir-se à proteção dos consumidores, dispõe expressamente sobre o direito de ser ouvido em suas reclamações (cf. EDUARDO POLO, "La proteccion...", p. 871.

inconvenientes. De início, percebe-se que a estrutura de controle e homologação prévias conferiria aos contratos com c.g.c. uma feição excessivamente rígida, que não se conforma com as exigências de rapidez e flexibilidade próprias dos contratos comerciais. A cada modificação, por mínima que fosse, seria necessário um novo processo para homologação das c.g.c. em bloco. Também é assustadora a idéia da criação de toda uma estrutura burocrática para atender às exigências desse sistema, pois admite-se que as finalidades do órgão público não se esgotariam na mera homologação das c.g.c., mas estender-se-iam à atividade de controle e fiscalização na utilização dos contratos, bem assim da aplicação das penalidades para o descumprimento de suas determinações (217).

265. Como último inconveniente - mas não menos importante - salta à evidência que o órgão da administração incumbido da análise e da homologação das c.g.c. restaria extremamente sensível às pressões dos empresários para que seus contratos fossem homologados, sem que se possa crer na existência de uma contra-pressão por parte dos consumidores, normalmente alheios a estes processos (218).

---

(217) EDUARDO POLO, "La proteccion...", pp. 872 e 873.

(218) A idéia não parece simpática quando se pensa na sua eventual utilização pelo ordenamento brasileiro. A estrutura burocrática de nosso país é um problema que tem sido muito questionado; criar-se estruturas novas é prática que, por ora, deve ser evitada, até que se dimensione com clareza as necessidades para o nascimento de novos órgãos públicos.

b. Alcance e Força das c.g.c. nos contratos de adesão

266. O problema do alcance e da força das c.g.c. nos contratos, especialmente nos contratos de adesão não é novo. Tem sido objeto de inúmeros estudos desde a metade deste século, e muito concretamente com o desenvolvimento que a doutrina alemã deu ao tema (219).

Mais recentemente, no entanto, a matéria assumiu novamente lugar de destaque nas publicações do direito comparado, devendo-se este impulso ser creditado ao desenvolvimento das discussões sobre os direitos dos consumidores. Relativamente ao assunto ora tratado, existem duas indagações centrais, que merecem atenção. De um lado, é necessário precisar o conceito das chamadas cláusulas abusivas; e, de outro, é importante determinar a sua eficácia em campo de c.g.c.

267. A primeira legislação que tratou do tema da determinação das cláusulas abusivas foi a italiana. Na verdade, a disposição já veio inserida no ordenamento da Itália desde a promulgação do Código Civil de 1942, através de seu artigo 1341. A vasta doutrina italiana, inclusa a mais recente, no entanto, aponta a norma como sendo insuficiente e contrária aos interesses do contratante mais fraco. O que se diz, em verdade, é que a disposição do código civil privilegia sobremaneira a

---

(219) A "Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedinungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976", da Alemanha Ocidental se constitui na lei mais moderna sobre c.g.c., e a ela precederam incontáveis contribuições doutrinárias, já referidas (cf. nota de rodapé 202, no número 245, supra).

empresa. Acredito que nem poderia ser de outra forma, pois o código italiano de 1942 ainda não visualizava a proteção do economicamente mais fraco, nos moldes definidos pelo capitalismo maduro. Tratava-se, na verdade, da expressão da experiência jurisprudencial em determinados tipos de contratos.

268. O tratamento atual das c.g.c., ao contrário do que pretendeu a lei italiana, não tem centro apenas no conhecimento ou desconhecimento das cláusulas, mas sobretudo no seu caráter abusivo ou ilícito. Este novo enfoque é recolhido por dois tipos de inclinações legislativas, bem determinadas. Em primeiro, as resoluções do Conselho Europeu sobre a celebração de contratos em massa, juntamente com a "AGB-Gesetz" (1976) da Alemanha Ocidental. Em segundo, o tratamento dispensado ao assunto pela lei inglesa ("Unfair Contracts Terms Act" (1977).

269. A apontada resolução do Conselho Europeu (concretamente nos números 2,3 e 4), definiu as cláusulas abusivas como "aquelas que comportam no contrato uma posição de desequilíbrio entre os direitos e obrigações em prejuízo dos consumidores, contrárias ao direito imperativo ou cuja redação seja inadequada e enganosa (220).

A lei alemã ("AGB-Gesetz") prevê no seu parágrafo 9º. que "são cláusulas abusivas as que prejudicam o consumidor de maneira desproporcionada ou não equitativa, e que sejam contrárias à boa-fé". Nos parágrafos seguintes o legislador alemão fornece uma lista das cláusulas consideradas abusivas,

---

(220) EDUARDO POLO, "La proteccion...", p. 876.

as do parágrafo 10 sujeitas à apreciação judicial e as do parágrafo 11 não sujeitas à essa revisão.

270. O sistema inglês já é construído a partir de uma concepção distinta, pois optou por fornecer diversos tipos de cláusulas abusivas, considerando-as como tais as que (a) limitem ou excluam a responsabilidade por culpa em casos de acidente corporal; (b) limitem ou excluam a responsabilidade por culpa em casos de dano ou perda de mecadorias; (c) limitem ou excluam a responsabilidade por violação do contrato; permitem modificar sua execução em relação ao que razoavelmente se poderia esperar; ou que se reservam o direito de eximir-se da execução total ou parcial da obrigação(221).

271. O Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabeleceu, a partir do seu artigo 35, regras de limitação e proibição da utilização de cláusulas abusivas nas c.g.c. Define inclusive regras de interpretação, e fixa um elenco de cláusulas que, inseridas em contratos de consumo, são consideradas nulas de pleno direito (cláusulas de exoneração, limitação ou transferência de responsabilidade).

---

(221) Sobre o direito inglês relativo ao tema, cf. a seguinte bibliografia básica: (a) SCHMITTHOFF, Clive M. e SARRE, David A.; "Mercantile Law" (Charlesworth's) , 14th. Edition, Stevens & Sons, London, 1984; (b) MARK, Michael; "Sale of Goods" (Chalmers), 18th. Edition, Butterworths, London, 1981; (c) HARVEY, "The Law of Consumer ..."; (d) CRANSTON, Ross; "Consumers and the Law", Weidenfeld and Nicolson, London, 1984; BORRIE, Gordon; "The Development of Consumer Law and Policy", Stevens & Sons, London, 1984; (e) LOWE, Robert; "Consumer Law and Practice", Sweet and Maxwell, Londom 1985; e (f) WHISH, Richard; "Competition Law", Butterworths, London, 1985.

No artigo 39, o Anteprojeto disciplina o contratos de adesão, definindo-o como "aquele cujas cláusulas tiverem sido aprovadas por alguma autoridade ou redigidas unilateralmente pelo fornecedor de bens ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo". A definição é razoável, mas induz se esteja a falar mais de c.g.c do que de contrato de adesão propriamente dito.

c. O Controle das c.g.c.

272. Inúmeros são os sistemas adotados pelo direito comparado para que se efetue o controle das c.g.c. Colhe-se de EDUARDO POLO uma análise simples, mas bastante objetiva, de modo a fornecer as noções básicas sobre a matéria que, ademais, é complexa a exemplo de toda a temática das c.g.c. (222).

273. O jurista ibérico define a existência de dois sistemas de controle, existentes na grande maioria dos ordenamentos que tratam especificamente das c.g.c.: (a) o sistema judicial, cujo incremento é necessário para a melhoria das condições contratuais em benefício dos consumidores; e (b) o sistema extrajudicial, normalmente exercido por um organismo público de defesa dos consumidores, à imagem do "Ombudsman" dos consumidores sueco (223).

---

(222) cf. GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", pp. 169/271; ALPA & BESSONE, "Tecnica...", pp. 59/130; ALPA, "Tutela...", 167/228; REZZÓNICO, "Contratos...", pp. 571/624; dentre inúmeros outros, citados nas respectivas bibliografias das obras aqui assinaladas.

(223) EDUARDO POLO, "La proteccion...", p. 877.

274. Relativamente ao fortalecimento do controle judicial, apontam-se normalmente algumas vantagens, ao mesmo tempo em que são elencadas outras desvantagens. Do lado positivo, a doutrina levanta o argumento de que se trata do sistema de controle mais adequado, pois não necessita nem de organizações de consumidores e tampouco de complexo aparato burocrático por parte da administração. Perfila-se como argumento favorável ao incremento do controle judicial o fato de que, nos países em que ainda não existe uma legislação própria para as c.g.c., este tipo de controle seria o único disponível, pelo menos até que o legislador resolva disciplinar a matéria (224).

Algumas desvantagens são igualmente apontadas. Em primeiro lugar, pondera a doutrina que o fortalecimento do controle judicial seria de pouca utilidade, na medida em que o perfil do consumidor determina sê-lo um sujeito ignorante quanto aos seus direitos e remisso quanto ao invocar da tutela jurisidicional. Outro inconveniente estaria ligado ao fato de que o controle judicial se daria sempre 'a posteriori', o que não impediria que as c.g.c e as cláusulas abusivas continuassem a ser utilizadas pelo empresário frente a outros consumidores, posto que a eventual proteção jurisidicional se daria nos

---

(224) EDUARDO POLO, "La proteccion...", p. 878 e GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", pp. 179 e ss.

limites da lide, nas condiçòes de um determinado caso concreto(225).

275. O aspecto particularizado dos efeitos da sentença foi especialmente apreendido pela lei alemã de 1976, ("AGB-Gesetz") ao dispor, em seu parágrafo 21, que qualquer consumidor pode valer-se da sentença proferida contra o empresário a respeito de c.g.c. em contrato que tenha celebrado com o mesmo, ainda que não tenha participado do processo judicial. A lei alemã vai inclusive além, estabelecendo a

---

(225) Quanto a esse inconveniente GARCIA-AMIGO estabelece uma ressalva, lembrando mui oportunamente que o legislador poderia optar por um controle judicial prévio, de natureza preventiva. A idéia parece ser atraente, pois implicaria que as c.g.c. fossem homologadas previamente por um tribunal, através de procedimento de jurisdição voluntária, que substituiria a simples aprovação administrativa, com a vantagem de que o juiz conhece o direito que regula a espécie. No entanto, merece ser assinalado que o exercício dessa função, em princípio, escapa à competência própria do poder judiciário ("Condiciones...", p. 180).

legitimidade ativa às associações e organizações de consumidores, inclusive as que tenham fins lucrativos (226).

276. A referência à lei alemã traz à lume uma observação muito pertinente, da própria doutrina da Alemanha Ocidental, citada por GARCIA-AMIGO (227), segundo a qual têm sido raríssimos os casos judiciais para o controle das c.g.c., e mesmo quando existentes, restaria pouco ao juiz a fazer, na medida em que, ao receber o caso para análise, já encontra o direito formado, cabendo unicamente aplicá-lo.

277. Quanto à revisão judicial dos contratos celebrados com base nas c.g.c., em sede de sistemas de direito de cunho romanístico, há que se caminhar com extrema cautela. Primeiro, porque em tais sistemas, a revisão de contratos ou cláusulas contratuais só é possível em situações previstas pela lei. Em favor deste argumento levanta-se outro, o de que a

---

(226) No Brasil, a Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985 disciplina a ação pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e dá outras providências, O artigo 5º. desta lei já dispunha a respeito da legitimidade ativa para a propositura a ação civil pública, emprestando-a, além do Ministério Público, União, Estados e Municípios, às autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou por associaão constituída há mais de um ano e que inclua na sua finalidade institucional a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patromônio estético (...).

O aspecto mais interessante da lei, no entanto, é a disposição de seu artigo 16, que confere à sentença civil proferida nos processos derivados da lei os efeitos e a força da coisa julgada "erga omnes", assunto dos mais interessantes e oportunos ao debate em matéria de decisões judiciais relativas aos consumidores.

(227) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", p. 179.

admissão da revisão contratual indiscriminada levaria à ruína do princípio do "pacta sunt servanda", base do direito obrigacional codificado; além do que a extensão desse tipo de poder ao juiz teria a força de convertê-lo em legislador no caso concreto, o que, sem dúvida, excederia as atribuições que legalmente lhe são conferidas (228).

278. As considerações feitas no número anterior parecem perfeitas acaso se estivesse falando de relações contratuais ao estilo tradicional, clássico. Estão deslocadas quando se as coloca frente ao atual contexto jurídico-econômico. O princípio homenageado ("pacta sunt servanda"), ao lado daquele outro ("da autonomia privada"), não podem ser tomados como aplicáveis em relações contratuais com c.g.c., principalmente levando-se em conta o fato de que a parte mais fraca não sabe, não conhece, não compreende, não enxerga, enfim, apenas assina. E são incontáveis os exemplos que se encaixariam na descrição acima.

279. Finalmente, com relação aos critérios de interpretação judicial, igualmente relevantes para o fortelecimento da atividade judicial de controle das c.g.c, pressupõe-se uma constatação prévia, que impedirá seja o assunto aqui tratado mais demoradamente.

Como bem observa GARCIA-AMIGO(229) ,o problema básico na determinação dos princípios válidos na interpretação dos contratos celebrados com base em c.g.c. se resolve segundo

---

(228) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", pp. 181/187.

(229) GARCIA-AMIGO, "Condiciones...", pp. 187 e ss.

o teor da tese que se adote relativamente à natureza jurídica das c.g.c. O assunto é por demais extenso, e seu estudo comprometeria o caráter meramente informativo deste capítulo.

As colocações genéricas de EDUARDO POLO são mais apropriadas à finalização deste assunto. Referindo-se ao direito espanhol (nessa matéria muito próximo ao brasileiro), consigna o autor que a legislação sobre consumidores de nada valerá enquanto restarem vigentes os critérios de interpretação jurídica dos velhos códigos, fundamentalmente encrostados na doutrina da livre manifestação da vontade e do alcance restrito dos interesses em juízo, cujas aplicações são verdadeiramente relativas em direito do consumo (230).

Em razão disso, entende em princípio acertada a orientação jurisprudencial que admite esse aumento do poder dos juízes, em matéria de defesa dos consumidores, que passam a recorrer a critérios objetivos inicialmente não desejados pelas partes, baseados em princípios gerais como a boa-fé e a ordem pública(231).

280. A esse último propósito são extremamente pertinentes as colocações do professor CLÓVIS DO COUTO E SILVA(232). Suas observações são relativas ao controle das

---

(230) Invocando os conceitos aqui defendidos existem algumas decisões judiciais brasileiras, inclusive do STF, que decidiu: "SEGURO DE VIDA. CONTRATO DE ADESÃO. Seguro de Vida sem exame médico. Propaganda. Os compromissos do anúncio incorporam-se à convenção..." (AI nº. 88.416-5 - RJ in LEX JSTF 56/40).

(231) EDUARDO POLO, "La proteccion...", p. 881.

(232) CLÓVIS DO COUTO E SILVA, "O princípio da boa-fé...", pp. 30/36.

c.g.c. na ausência de legislação específica. Na linha de sua análise, o professor do Rio Grande do Sul indica que a aplicação apenas do princípio da boa-fé não é suficiente para a orientação da jurisprudência, que apresenta-se sobremaneira confusa, à ausência de um critério legal que dite conceitos próprios à solução de determinadas controvérsias (233)(234).

281. Por fim, o controle das c.g.c. também pode realizar-se pela atuação de defensores públicos dos consumidores, à imagem do "Ombudsman" escandinavo, sua referência mais típica. Teria esse defensor funções básicas de controladoria e fiscalização, sendo igualmente freqüente sua atuação na qualidade de mediador entre consumidores e empresários. Como ilustração, cita-se que entre 1971 e 1977 (após a criação do defensor público dos consumidores), o tribunal comercial sueco recebeu apenas vinte e dois casos relativos a cláusulas abusivas.

Lei inglesa de 1973 ("Fair Trading Act") previu figura semelhante, que é o Diretor Geral de Práticas Comerciais ("General Director of Fair Trading"), o qual, dentre outras

---

(233) CLÓVIS DO COUTO E SILVA, "O princípio da boa-fé...", p. 32.

(234) Em matéria de contratos de adesão a jurisprudência nacional já vem fixando, desde há algum tempo, que suas cláusulas devem ser interpretadas em favor do aderente. A título de referência, cita-se caso em que o contrato de consórcio definia o foro de eleição como outro do local do domicílio do contratante. A decisão foi assim ementada: COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO DE ADESÃO. CONSÓRCIO. - Desconsideração da cláusula de eleição inserta em contrato de adesão de consórcio, que quebra a igualdade entre as partes e impede o acesso ao Judiciário. (AI 588.069.039, da 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RGS)

atribuições, exerce a de fixar regras administrativas de controle do exercício da atividade empresarial.

5) O SISTEMA BRASILEIRO E PERSPECTIVAS

282. O tema das c.g.c. não está positivado no direito brasileiro. O nosso Código Civil filia-se às concepções tradicionais da disciplina obrigacional, não contendo qualquer dispositivo específico para limitar a utilização abusiva das c.g.c. O que existe são regras de interpretação como a do artigo 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil ("na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum"), ou como a do artigo 85 do mesmo corpo legal ("nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem").

O Código Comercial igualmente não auxilia na tarefa. A norma do artigo 131, além de ser dirigida fundamentalmente a comerciantes, não induz dela se extraia qualquer forma de coibição à utilização das c.g.c.

283. Menos mal andou o Projeto de Código Civil (Projeto de lei nº. 634-B, de 1975). Esboçou, nos artigos 421 a 425, aquilo que se poderia chamar de controle legal das c.g.c. Mas o fez de forma tímida, que pouco modificará o que a própria jurisprudência já vem afirmando: nos contratos de adesão, as cláusulas ambíguas ou contraditórias serão interpretadas em favor do aderente. Apesar da pouca atenção do Projeto ao assunto, estaria ao menos fixado um ponto de partida dentro da própria legislação. Perto de seus quinze anos, no entanto, não

parece que o Projeto venha a ter curso no Senado em tempo breve.

284. A ausência de lei no direito brasileiro não importa seja o assunto de pouca importância. A dissertação em torno das c.g.c. é extremamente oportuna e merecerá, em algum momento, o destaque necessário, visando serem brevemente recepcionadas pela lei nacional.

Segue-se à observação a necessidade de que as c.g.c. sejam objeto de algum tipo de controle efetivo no ordenamento jurídico brasileiro. A sua utilização livre e ilimitada enseja abusos contra os consumidores, e que devem ser evitados. O controle que se efetue sobre as c.g.c., especialmente aquelas inseridas em contratos de adesão, pois, será um dos meios de se previnir a lesão aos interesses econômicos dos consumidores.

Por ora, o controle das c.g.c. no Brasil é efetuado basicamente pela forma judicial que, como visto, ainda se ressente de um sistema de interpretação que seja propício à atuação efetiva do Judiciário para coibir os abusos freqüentemente verificados.

IV. CONCLUSÕES

1º.) SOBRE A EXISTÊNCIA E A AUTONOMIA DO DIREITO DO CONSUMO:

a) O direito do consumo pode ser definido como um conjunto de normas jurídicas que tem por finalidade regular as relações jurídicas de consumo e, em especial, proteger os consumidores contra os abusos contra si praticados pelo exercício do poder econômico, buscando o equilíbrio das relações de consumo;

b) A fixação do seu âmbito, a sua instituição através de um regime legal eficiente e a conscientização dos cidadãos no que se refere à matéria de consumo, é forma de defesa dos países subdesenvolvidos contra os abusos praticados pelas economias mais ricas, na comercialização de produtos cujo consumo é proibido ou restrito a vista dos padrões mínimos fixados pela ordem econômica internacional;

c) O direito do consumo, visto do ângulo das classificações tradicionais, não pode ser considerado uma disciplina autônoma do direito. O estudo conjugado e funcional de suas regras, no entanto, erigidas à luz de uma finalidade única que é a de equilibrar as relações de consumo e proteger os consumidores, permite se conceba uma "autonomia"

identificada a partir da função que esse conjunto de regras e princípios tem em comum.

2º.) SOBRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO DO CONSUMO.

a) O consumidor, ao contrário do comerciante, não constitui uma categoria histórica;

b) A tendência de unificação do direito privado deve implicar que as regras e princípios do direito do consumo sejam recolhidos pelo direito comum. Numa primeira etapa, deve existir uma especialização da norma para privilegiar o momento "consumo"; numa segunda etapa, espera-se uma paulatina generalização das regras de direito do consumo, nos moldes verificados com o direito comercial, ainda que sem a intensidade e a abragência deste.

3º.) SOBRE A NOÇÃO DE CONSUMIDOR

a) A noção concreta de consumidor (legal) que integrar o Código De Defesa do Consumidor deve ser a mais ampla possível, de forma a contemplar toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que adquira ou utilize bens e/ou serviços colocados no mercado, seja para satisfação de suas próprias necessidades (consumidor-final), seja para integrar um ou vários aspectos de sua própria atividade profissional (consumidor-cliente);

b) A utilização de uma noção ampla não impede que se restrinja a noção concreta de consumidor em

outras legislações, acomodando-a às suas finalidades específicas.

4º.) SOBRE A RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR.

a) O sistema da responsabilidade civil baseado na culpa é ineficiente para proteger o consumidor contra os danos causados por produtos defeituosos ou perigosos;

b) A responsabilidade civil do produtor deve ser objetiva, prescindindo da verificação da culpa;

c) A teoria do risco de empresa é apropriada para justificar a responsabilidade objetiva do produtor;

d) Não é possível retirar do consumidor o encargo de provar o dano ou a lesão e o nexo de causalidade. As dificuldades enfrentadas pelo consumidor na produção das provas deverão ser objeto de conforto legal, que possibilite a utilização de critérios coerentes na valoração da prova, em atenção à realidade econômica que indica, 'a priori', um desequilíbrio de forças entre o consumidor e o empresário (critérios de interpretação econômica);

e) De qualquer forma, a inversão do ônus da prova em matéria de responsabilidade civil é expediente perigoso, no que diz com a valoração que se empreste à prova produzida pelo fabricante, e ineficiente, porque o consumidor será trazido de

volta à tarefa de desconstituir a prova negativa do produtor, com as mesmas dificuldades que teria se fosse o inicial encarregado da referida prova;

f) A gradual "standardização" de produtos é elemento imprescindível para o sucesso de qualquer política global de consumo;

g) O mecanismo securitário de garantia das operações que envolvem o consumo de bens ou serviços é meio de racionalização da Economia, com mais vantagens que desvantagens, emprestando segurança aos empresários e aos consumidores.

5º.) SOBRE OS CONTRATOS E AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS.

a) O desenvolvimento da economia de mercado indica que não é possível tratar de forma idêntica os contratos individuais e os contratos de massa, razão pela qual a aplicação do direito civil para regular estes últimos é imprópria ou insuficiente;

b) Os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial não podem servir de base para a solução de conflitos derivados da contratação em massa.

c) O controle das condições gerais dos contratos somente será possível no direito brasileiro com uma disciplina legal que reprima a utilização de cláusulas contratuais abusivas, além de definir critérios de interpretação para

aplicação da lei aos negócios em série (a exemplo da AGB Gesetz da Alemanha Ocidental).

6º.) CONCLUSÕES GERAIS

a) Os controles legal e judicial para a proteção dos consumidores são insuficientes. É necessário que sejam complementados por um efetivo e atuante poder público;

b) A convivência diária com fenômenos de natureza econômica, e a influência que eles exercem na vida de cada um de nós, exige do Direito uma atenção cuidadosa ao assunto, inclusive no que respeita à formação dos profissionais do Direito;

c) O direito do consumo deve ser necessariamente concebido pelo seu aspecto promocional e preventivo.

d) O desenvolvimento de uma política internacional de consumo é vital para assegurar e melhorar a qualidade de vida dos cidadãos. Uma política rígida pode evitar que sejam despejados no mercado nacional produtos declaradamente "indesejáveis" no mercado internacional.

ANEXO I

1. Há poucos dias da entrega do presente trabalho chegou-me ao conhecimento vasto material a respeito dos Projetos de Lei já em discussão nas Comissões de Constituição e Justiça e Redação; de Economia, Indústria e Comércio; e de Defesa do Consumidor e do Meio Ambiente da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional. Quase todos estão baseados na proposta do Ministério da Justiça (Conselho Nacional de Defesa do Consumidor - CNDC/MJ), publicada no D.O.U. de 4 de janeiro de 1989, pp. 252/256.

Não houve tempo suficiente para a análise detalhada dos textos, razão pela qual são apenas objeto de simples notícia.

2. Trata-se de Projetos de Lei para a instituição do Código de Defesa do Consumidor e também de Projetos de Lei que versam sobre matéria supletiva ao direito do consumo.

Os Projetos de Código de Defesa do Consumidor estão sistematizados sumariamente com as seguintes matérias:

- Disposições gerais de defesa do consumidor;
- Dos direitos básicos;
- Da proteção e reparação dos danos;
- Da responsabilidade por danos, vícios dos bens, ou dos serviços.
- Da prescrição;
- Da cobrança de dívidas;
- Dos bancos de dados e cadastros dos consumidores;
- Da extensão subjetiva da responsabilidade;

- Das práticas comerciais - Oferta, publicidade e práticas abusivas;

- Da proteção contratual;

- Das sanções administrativas;

- Das infrações penais;

- Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos;

- Das ações de responsabilidade do fornecedor de bens e serviços;

- Da coisa julgada;

- Das fundações, autarquias ou associações de institutos nacionais do consumo.

3. Os Projetos de Lei a que antes se referiu são os seguintes, pela ordem cronológica:

a) Projeto de Lei nº. 1.149, de 1988 - Senhor Geraldo Alkmin Filho - Institui o Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências.

b) Projeto de Lei nº. 1.330, de 1988 - Senhora Raquel Cândido - Institui o Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências.

c) Projeto de Lei nº. 1.449, de 1988 - Senhor José Yunes - Institui o Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências.

d) Emenda substitutiva ao Projeto de Lei nº. 1.149, de 1988 - Senhor Geraldo Alkmin Filho.

e) Projeto de Lei nº. 1.591, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, de 1988 - Senhor Antonio Salim Curiati - Dispõe sobre estabelecimento de mecanismos de informações aos consumidores sobre os impostos que incidem nos preços de serviços e mercadorias (artigo 150, Par. 5º. da Constituição).

f) Projeto de Lei nº. 1.659 de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, de 1988 - Senhor José Camargo - Dispõe sobre a descentralização da defesa do consumidor, promovida pelo Poder Público (artigo 5º., XXXII, da Constituição).

g) Projeto de Lei nº. 1.856, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, de 1988 - Senhor

Adhemar de Barros Filho - Dispõe sobre a defesa do consumidor, define seus direitos e dá outras providências.

h) Projeto de Lei nº. 1.861, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, 1988 - Senhor Arnaldo Martins - Obriga os fabricantes a imprimir o preço máximo de venda, nos produtos industrializados.

i) Projeto de Lei nº. 1.902, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, 1988 - Senhor Juarez Marques Batista - Institui, no âmbito da Administração Pública, a CNVDC (Certidão Negativa de Violação aos Direitos do Consumidor), e dá outras providências.

j) Projeto de Lei nº. 1.955, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, 1988 - Senhor Michel Temer - Institui o Código de Defesa do Consumidor e dá outras providências. Observação: este Projeto de Lei representa a prposta do Ministério da Justiça, antes referido.

l) Projeto de Lei nº. 2.043, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, de 1988 - Sehor Fausto Rocha - Dispõe sobre a defesa do consumidor quando ocorrer atraso na entrega ou solicitação do bem ou serviço.

m) Projeto de Lei nº. 2.064, de 1989 - Requerimento de anexação ao Projeto de Lei nº. 1.149, 1988 - Senhor Antonio Salim Curiati - Dispõe sobre a assistência técnica a produtos eletrodomésticos e dá outras providências.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; Os Direitos dos Consumidores, Livraria Almedina, CoiMbra, 1982.

ALPA, Guido e BESSONE, Mario; Tecnica e Controllo dei Contratti Standard, (Consumatori Oggi), Maggioli Editore, Italia, 1984.

ALPA, Guido e BESSONE, Mario (A cura di) - Vários Autores; Danno da Produtti e Responsabilità dell'Impresa - Diritto italiano ed esperienze straniere, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1980.

ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÀ, Stefano; e ROMANI, Franco; (A Curi di) - Vários Autores; Interpretazione Giuridica e Analisi Economica, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1982.

ALPA, Guido e BESSONE, Mario; La Responsabilità del Produtore, Seconda Edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1980.

ALPA, Guido; Tutela del Consumatore e Controlli sull'impresa, Società editrice il Mulino, Bologna, 1977.

ASCARELLI, Tulio; Corso di Diritto Commerciale - Introduzione e Teoria dell'Impresa, Terza edizione, Dott. A. Giuffrrè, Milano, 1962.

ASCARELLI, Tulio; Saggi di Diritto Commerciale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1955.

BANDO CASADO, Honório-Carlos; La Publicidad y la Protección Juridica de los Consumidores y Usuarios, Instituto Nacional del Consumo - Ministério de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986.

BANDO CASADO, Honorio-Carlos; Planteamientos Basicos sobre la defensa del consumidor, Segunda Edición, Instituto Nacional de Consumo - Ministério de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986.

BARCELLONA, Pietro; Diritto Privato e Processo Economico, Seconda Edizione, Jovene Editore, Napoli, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra; Comentários à Constituição do Brasil, 1º. Volume, Saraiva, São Paulo, 1988.

BAUMANN, Denise; Droit de la Consommation, Librairies Techniques, Paris, 1978.

BEISSE, Heinrich; O critério Econômico na interpretação das leis tributárias segundo a mais recente jurisprudência alemã. in Direito Tributário - Estudos em Homenagem a Ruy Barbosa Nogueira, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

BERCOVITZ, Alberto e BERCOVITZ, Rodrigo; Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987.

BESSONE, Darcy; Do Contrato - Teoria Geral, 3ª. Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

BIHL, Luc; Le Droit de la Vente - Vente Mobilière, Dalloz, Paris, 1986.

BOBBIO, Norberto; Dalla Struttura alla Funzione - Nuovi Studi di teoria del diritto, Seconda edizione, Edizioni di Comunità, Milano, 1984.

BOBBIO, Norberto; Contribucion a la Teoria del Derecho", Edición a cargo de Alfonso RUIZ Miguel (Universidad Autónoma de Madrid), Fernando Torres - Editor S.A., Valencia, 1980.

BORRIE, Gordon; The development of Consumer Law and Policy, Stevens & Sons, London, 1984.

BRICKS, Hélène; Les Clauses Abusives, Librarie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982.

BROSETA PONT, Manuel; Manual de Derecho Mercantil, Setima Edicion, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987.

CAHALI, Yussef Sahid; Responsabilidade Civil do Estado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982.

CALAIS-AULOY, Jean; Synthese du Coloque sur Les Contracts d'Adhesion et la Protection du Consommateur, Paris, 1978.

CALAIS-AULOY, Jean; Proposition pour un nouveau doit de la consommation, La Documentation Française, Paris, 19...

CALAIS-AULOY, Jean; Droit de la Consommation, Deuxième Edition, Dalloz, Paris, 1986.

CAS, Gerárd e FERRIER, Didier; Traité de Droit de la Consommation, Presses Universitaires de France, Paris, 1986.

CASILLO, João; Dano à Pessoa e sua Indenização, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder; A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito do Consumidor, em "Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial", Rio de Janeiro, Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder; O Indispensável Direito Econômico", em "Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial", Rio de Janeiro, Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder; Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

CRANSTON, Ross; Consumers and the Law, 2nd. Edition, Wendenfeld and Nicolson, London, 1984.

CRETELLA JUNIOR, José; O Estado e a Obrigação de Indenizar, Editora Saraiva, São Paulo, 1980.

DIAS, José de Aguiar; Da responsabilidade civil, Vol. I e II, 6ª. Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1979.

DIAS, José de Aguiar; Responsabilidade Civil em Debate, 1ª. Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983.

FABRE, Gerard; Concurrence, Distribution, Consommation, Dalloz, Paris, 1983.

FALON, Marc; Les accidents de la consommation et le droit, Bibliothèque de la Faculté de Droi de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1982.

FERRARA, Rosario; Contributo allo Studio della Tutela del Consumatore - Profili Pubblicistici, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

GALBRAITH, John Keneth; A Era da Incerteza, Tradução de F. R. Nickelsen Pellegrini, 5ª. Edição revista, Livraria Pioneira Editora, São Paulo.

GALBRAITH, John Keneth; A Anatomia do Poder, Tradução de Hilário Torloni, 2ª. Edição, Livraria Pioneira Editora, São Paulo, 1986.

GALGANO, Francesco; Diritto Commerciale - L'impreditore, Seconda Edizione, Zanichelli, Bologna, 1986

GALGANO, Francesco; Storia del Diritto Commerciale, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1976.

GALGANO, Francesco; Diritto Privato, Quarta Edizione, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1987.

GARCIA-AMIGO, M.; Condiciones Generales de los Contratos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

GARCIA, José Carlos Cal; Linhas Mestras da Constituição de 1988, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

GHESTIN, Jacques; Securité de Consommateurs e Responsabilité du Fait de Produits Defectueux, Librairie Général de Droit e de Jurisprudence, Paris, 1987.

GODÉ, Pierre; Consommation - Dictionnaire Juridique, Dalloz, Paris, 1983,

GOLDMAN, Berthold e LYON-CAEN, Antoine; Droit Commercial Européen, Quatrième Édition, Dalloz, Paris, 1983.

GOMES, Orlando; Contrato de Adesão, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972.

GONZALES RUS, Juan Jose; Los Intereses Economicos de los Consumidores, Instituto Nacional del Consumo - Ministerio de Sanidad e Consumo, Madrid, 1986.

GRUBER-MAGITOT, Stéphane; L'Action du Consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché (en droit anglais et en droit français), Presses Universitaires de France, Paris, 1978.

HARVEY, Brian W. & PARRY, Deborah L.; The Law of Consumer Protection and Fair Trading, London, Butterworths, 1987.

von HIPPEL, Prof. Dr. Eike; Verbraucherschutz, 3., neubearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986.

JAUFFRET, Alfred; Droit Commercial, 2e. Édition, Tome 1, 1er. Volume, Dalloz, Paris, 1980, pags. 44 a 46.

KRÄMER, L.; EEC Consumer Law, Collection Droit et Consommation, Centre de Droit de la Consommation, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1986.

LINDON, Raymond; Les Droits de la Personalités, Dalloz, Paris, 1974.

LOWE, Robert; e WOODROFFE, Geofrey; Consumer Law and Practice, 2nd. Edition, Sweet and Maxwell, Londo, 1985.

MARK, Michael; Sale of Goods (Chalmers), 18th. Edition, Butterworths, London, 1981.

MARTINI, Demetrio de; I Fatti Produttivi di Danno Risarcibile, (Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Roma, Cedam, Padova, 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; O Poder, 1a. Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

MATEU ISTURIZ, Jose Francisco; CEPAS PELANCA, Rafael; e PEDERNAL PECES, Mª. Jesus; La Protección de los Consumidores y el Medio Ambiente en la Comunidad Económica Europea, Politica Comunitaria Europea, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1986.

MC. CALL, James R.; Consumer Protection - Case Notes and Material, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1977.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969, Tomo VI, 3ª. Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; Responsabilidade Civil do Fabricante, na Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº. 2, Forense, Rio de Janeiro, 1983.

PRATA, Ana; Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual, Livraria Almedina, Coimbra, 1985.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de; Direito Econômico, Forense, Rio e Janeiro, 1982.

REZZÓNICO, Juan Carlos; Contratos con Cláusulas Predispuestas, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; La Responsabilidad Civil del Fabricante, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974.

RUFFOLO, Ugo; Interessi Collettivi o Diffusi e Tutela del Consumatore - Il problema e il metodo - Legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985.

RUFFOLO, Ugo; La Tutela Individuale e Colletiva del Consumatore - Profili di Tutela Individuale (I), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1986.

SANTOS, Ulderico Pires dos; A responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência, 1ª. Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

SCHMITTHOFF, Clive M. e SARRE, David A.; Mercantile Law (Charlesworth's) , 14th. Edition, Stevens & Sons, London, 1984.

SIDOU, J. M. Othon; Proteção ao Consumidor, Forense, Rio de Janeiro, 1977.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; Direito Econômico, Saraiva, São Paulo, 1980.

ÍNDICE ANALÍTICO

SUMÁRIO I

I. APRESENTAÇÃO 1

A. PALAVRA INICIAL 1

B. DEFINIÇÃO DE PROBLEMAS E OBJETO SOB ANÁLISE 5

C. A IMPORTÂNCIA DO TEMA E SUA LIGAÇÃO COM A REALIDADE 9

II. PARTE GERAL - DIREITO DO CONSUMO E SEU CONTEXTO 13

i. PRIMEIRA SEÇÃO - O CONTEXTO GERAL 13

A. CONSIDERAÇÕES GERAIS 13

B. DIREITO E ECONOMIA 15
1) O PENSAMENTO ECONÔMICO 18
2) A QUESTÃO DO PODER ECONÔMICO 23

C. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E O CONTEXTO BRASILEIRO 28

ii. SEGUNDA SEÇÃO - O CONTEXTO ESPECÍFICO 35

A. AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO CONSUMO 35
1) SOBRE O CARÁTER REPRESSIVO 36
2) SOBRE O CARÁTER INSTITUCIONAL 38
3) SOBRE O CARÁTER COLETIVO 45
4) BALANÇO. 46

B. O CONTEÚDO DO DIREITO DO CONSUMO 48
1) GENERALIDADES 48
2) UMA DEFINIÇÃO PARA DIREITO DO CONSUMO 54
3) O PARENTESCO DO DIREITO DO CONSUMO COM OUTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS 56
a. A Autonomia do Direito do Consumo 56
b. A Pluridisciplinariedade do Direito do Consumo 62
c. Parentesco do Direito do Consumo com o Direito do Trabalho 66
d. O Direito Comercial e o Direito do Consumo 69

3) AS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS (C.G.C.) 168
a. Justificativa Prévia 168
b. O conceito de c.g.c 169
c. Distinção de Figuras Afins 171
(a) Contrato de Adesão e c.g.c. 171
(b) Contratos normativos, contratos-tipo, contratos-formulário e c.g.c. 173
(c) Contrato Preliminar e c.g.c. 174
4) PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES EM MATÉRIA CONTRATUAL E IDÉIAS NUCLEARES SOBRE A PROBLEMÁTICA DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS 175
a. A Formulação das c.g.c. 176
b. Alcance e Força das c.g.c. nos contratos de adesão 180
c. O Controle das c.g.c. 183
5) O SISTEMA BRASILEIRO E PERSPECTIVAS 190

IV. CONCLUSÕES 192

V. ANEXO I 197

VI. BIBLIOGRAFIA 200

ÍNDICE ANALÍTICO 206