

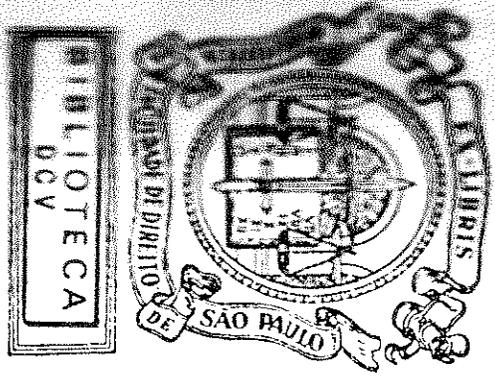
REVISTA

DE

DIREITO PRIVADO

4

Ano 1 • outubro-dezembro de 2000



REVISTA DE DIREITO PRIVADO

EDITORES
NELSON NERY JÚNIOR
FRANCISCO DE ANDRADE NERY

CONSELHO EDITORIAL
FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

CONSELHO EDITORIAL
FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

FRANCISCO DE OLIVEIRA MARQUES
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO
MARIAN GONCALVES MAIA JÚNIOR
MARCOS ALBERTO SANT'ANNA BITTELLI
MAURÍCIO PESSOA
OSCAR DE NOVES CARNEIRO QUEIROZ
HELENA VERA VILLAS BOAS FESSEL
ROGERIO JOSÉ FERRAZ DOMININI

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

2. DOUTRINA NACIONAL

2.2

NORMAS DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR (ESPECIALMENTE, NO COMÉRCIO ELETRÔNICO) ORIUNDAS DA UNIÃO EUROPEIA E O EXEMPLO DE SUA SISTEMATIZAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO DE 1896 –

Notícia sobre as profundas modificações no BGB
para incluir a figura do consumidor

CLÁUDIA LIMA MARQUES

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A fragmentada e eficiente experiência legislativa da União Europeia na proteção do consumidor: 2.1 As principais Diretivas e normas materiais de proteção europeias de proteção do consumidor: 2.1.1 Normas materiais de proteção do consumidor originadas pelos órgãos da União Europeia e a evolução histórica deste esforço legislativo; 2.1.2 A falta de uma definição europeia de consumidor e suas várias visões; 2.2 Um exemplo da função criadora e adaptadora da legislação europeia: regras sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico ou na contratação à distância: 2.2.1 Pluralidade de normas europeias regulando a proteção do consumidor nos contratos à distância e no comércio eletrônico; 2.2.2 As principais normas sobre a proteção do consumidor nos contratos à distância e no comércio eletrônico – 3. Incorporação das Diretivas nos países europeus: o exemplo da Alemanha e a inclusão da figura do consumidor no Código Civil alemão de 1896: 3.1 A opção pela re-codificação do direito do consumidor na parte geral: 3.1.1 Opção por uma definição restritiva de consumidor: 3.1.2 Opção pela definição de empresário (*Unternehmer*) conectando a profissionalidade do fornecedor: 3.2 Análise de algumas modificações do BGB e nas leis especiais alemãs: 3.2.1 Direito de arrendamento genérico e regras para contratos financeiros e bancários e uso de cartões eletrônicos; 3.2.2 As modificações em leis especiais e a nova lei de contratação à distância – 4. Conclusões.

1. Introdução

Muito já se escreveu sobre a difícil harmonização das leis materiais de proteção do consumidor no Mercosul,¹ que agora parece estar superando os anteriores

¹ Veja o livro que coordenamos, Cláudia Lima Marques (Org.), *Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1994, também os nossos outros trabalhos: “El Código brasileño de defensa del consumidor y el Mercosur”, in Carlos Alberto Gherstl (Director), *Mercosur – Perspectivas desde el derecho privado*, Buenos Aires, Universidad, 1996, p. 199-226; “Cláusulas abusivas y el o proyecto de reglamento

2. DOUTRINA NACIONAL

51

empreses.² Tendo tido a oportunidade de analisar mais a fundo a exitosa experiência europeia de harmonização das leis materiais de proteção do consumidor, *Curso de Direito Internacional*, que ministrei para a OEA, em agosto de 2000, gostaria agora de reproduzir algumas de suas conclusões.³ Parece útil sistematizá-las, mesmo que brevemente, as normas materiais de defesa do consumidor originadas pelos esforços harmonizadores da União Europeia nestes mais de 40 anos de experiência e examinar como tem se dado a sua incorporação na ordem jurídica nacional. Se está acontecendo uma “europeização” do direito privado (*Europäisierung des Privatrechts*)⁴ em todos os 15 países da União Europeia (UE),⁵ nos países ex-socialistas agora unidos ao Espaço Econômico Europeu (EEE),⁶ é importante analisar com especial atenção o caso da Alemanha.

Quando a Itália optou por modificar pontualmente a parte especial de seu Código Civil, incluindo a proteção do consumidor nas normas contratuais, cumprindo assim a Diretiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas ao incluir no Código um capítulo novo intitulado “Dei contratti del consumatore”,⁷ enquanto a França preferiu organizar um Código de Consumo (“Code de la Consommation”),⁸ considerando todas as suas leis internas e as Diretivas especiais de defesa do consumidor, a Alemanha não só modificou profundamente suas normas contratuais da parte especial do BGB, mas igualmente optou por incluir na parte geral de seu novo Código Civil de 1896,⁹ entre os sujeitos de direito (da pós-modernidade), o consumidor e o empresário/fornecedor (novos §§13 e 14 do BGB).¹⁰ Em

¹ As normas comuns de defesa del consumidor en el Mercosur”, in Beatriz Ramos, *La defensa del consumidor en el marco de la integración regional*, org. Beatriz Ramos, Montevideo, Ministerio de Economía y Finanzas do Uruguai, 1997, p. 87-93.

² Segundo noticiaram os negociadores, no III Congresso Ibero-Americano, em 12.09.2000, em São Paulo, teriam chegado a um acordo sobre uma “Declaración de derechos básicos dos consumidores” e estariam revendo o texto do Protocolo de Santa Maria, sobre jurisdição privilegiada para o consumidor, de forma a que entre em vigor. Veja sobre o impasse anterior, meu artigo “Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse”, *Revista de Direito do Consumidor* 32/16 a 44, 1999.

³ Veja Cláudia Lima Marques, “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, *Curso de Direito Internacional*, CIV/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2000.

⁴ Esta é a expressão do título do doutorado do professor assistente de Heidelberg, Martin Fabauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Universitätsverlag C. Winter, Heidelberg, 1998.

⁵ Veja arts. 1.469-bis a 1.469-sexies tratando no Código Civil italiano especificamente do tema dos contratos com consumidores, “Capo XIV-bis – Dei contratti del consumatore”, in Giorgio de Nova, *Codice civile e leggi collegate*, Torino, Zanichelli, Utet, 1999/2000, p. 18 e *et seq.*

⁶ Veja meu artigo, Cláudia Lima Marques, “Com anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916”, *RT* 74/1/1 a 37, São Paulo, RT, jul. 1997.

⁷ Veja definição incluída, em 29.06.2000, no Código Civil alemão. No original: “BGB-§ 13. Verbraucher – Verbraucher ist jeder natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.” (BGB-§ 13. Consumidor – Consumidor é qualquer

29.06.2000, o Parlamento alemão modificou substancialmente o Código Civil alemão e uma série de leis esparsas, cumprindo assim a determinação das Diretivas Européias e os reclamos de sistematização da proteção do consumidor naquele País.⁸ As modificações merecem notícia.⁹

A inclusão na parte geral, no capítulo dedicado às pessoas ("Erster Abschnitt, Personen"), das figuras do consumidor e do fornecedor é surpreendente e original, ainda mais se observarmos que não houve definição de relação de consumo, considerada apenas mais uma relação jurídica (*Rechtsgeschäft* – § 104 *et seq.* – BGB) civil entre fracos (leigos) e fortes (profissionais), e que mesmo a União Européia jamais definiu consumidor de forma genérica para todas as suas Diretivas. Trata-se de uma opção original em direito comparado, uma modificação da parte geral como forma de sistematizar a proteção do consumidor, consolidando as regras especiais para as relações de consumo dentro de seu Código Civil de 1896, como expressão de um renovado direito civil social e de proteção dos mais fracos.¹⁰

Efetivamente parece extremamente significativo, que a Alemanha, um País principal do direito comparado, tenha modificado agora o seu Código Civil para receber a figura do consumidor (novo § 13 BGB-*Verbraucher*) e do fornecedor (novo § 14 BGB-*Unternehmer*), absorvendo assim, no seio da codificação do direito civil, o seu filho mais novo, o direito do consumidor. Assim, as relações de consumo são hoje direito geral na Alemanha. Estas relações mistas, entre um empresário, pessoa física ou jurídica profissional que fornece produtos ou serviços (§ 14 do BGB), e um consumidor, pessoa física com fins não profissionais (§ 13 do BGB) são direito civil, não direito comercial ou direito puramente econômico, como muitos defendiam. O direito civil renasce como centro científico do direito privado para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores. Um direito civil assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autônomas e procurando uma nova sistematização.

10 pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional.)

⁸ Desde Von Hippel prega a doutrina alemã que a sistematização da proteção do consumidor era necessária e útil, veja Eike Von Hippel, *Verbraucherchutz*, J.C. Mohr Verlag, Tübingen, 1986, p. 44-45.

⁹ Sobre o tema realizamos a palestra "O futuro do direito do consumidor nas relações comerciais", no III Congresso Iberoamericano, em 13 de setembro do corrente, em São Paulo, observamos que aqui reproduziremos.

¹⁰ Note-se que em 2000, na introdução à 45. ed. do BGB-dv. Helmut Köhler já especificava a opção alemã de incluir o "direito do consumidor" dentro do "direito civil" e dividia seu texto em 10 partes: "I. Conceito e função do direito privado; II. Origens do BGB; III. Linguagem e técnica legislativa do BGB; IV. Conteúdo, estrutura e conceitos básicos do BGB; V. O desenvolvimento do direito civil no século XX; VI. Direito civil e proteção do consumidor; VII. Direito civil e proteção do meio ambiente; VIII. Direito civil e reunificação alemã; IX. Direito civil e União Européia; X. Interpretação e desenvolvimento (*Fortbildung*) do direito civil" (*Einführung zum BGB*, 45. ed., Beck Verlag/DTV, Munique, 2000, p. 1X a XXXIII).

Este fato anima-me a reestudar ou – como afirma a palavra da moda – revisar a experiência europeia de harmonização das leis nacionais através dos trabalhos legislativos da União Européia. Neste sentido, queremos aqui adotar a posição de nosso mestre Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme sobre o direito comparado pós-moderno,¹¹ onde as semelhanças na evolução jurídica de países ou regiões devem ser destacadas, servindo de indicação de uma autoconfirmação da correção do caminho escolhido,¹² mas também as diferenças devem receber uma análise aprofundada. Em tempos pós-modernos, de *revival* do individualismo e das diferenças culturais, regiões como a Europa e as Américas só podem ser comparadas eticamente destacando-se as necessárias diferenças de pensamento, visões, sentimentos e mercados.¹³ Pela excelência da doutrina européia, a importância deste modelo na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, e pela contínua atualização destes trabalhos e de seus temas, vale realizar esta "visita" (Parte I).

¹¹ Assim Erik Jayme, "Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado", *RT 759*, p. 24-40, p. 25, São Paulo, RT, jan. 1999. "A minha tese principal é a seguinte: O direito comparado moderno persegue o objetivo de determinar, de encontrar o que era comum, igual (*das Gemeinsamé*), e que apenas superficialmente podia parecer e ser percebido de forma diversa, nos também apenas superficialmente diversos sistemas de direito do mundo. O direito comparado pós-moderno procura, ao contrário, o que divide (*das Trennende*), as diferenças (*die Unterschiede*)".

¹² Jayme, *RT 759/24*: "O direito comparado aplicado (*die angewandte Rechtsvergleichung*) é hoje um direito de evidências e quase-obviedades. Não segue nenhuma teoria, mas sim uma tarefa prática de organização. Seja no exame de um caso de direito intencional privado com elementos de estranheza (*Auslandsfall*) ou de um projeto de lei, seja na preparação para uma planjeada uniformização de leis, seja na decisão de uma nova pergunta em um caso concreto: em todos estes momentos – e para citar Zweigert (RabelsZ 15, 1949/50, p. 17) – o direito comparado serve ao autocontrole e à afirmação da própria solução proposta (*Kontrolle und Bestätigung der eigenen Lösung*)".

¹³ Se o direito comparado moderno pinou por frisar a permeabilidade das ordens jurídicas, a sua semelhança, o funcionalismo de suas soluções de forma a expandi-las e divulgá-las procurando as normas comuns e com isso autocomprovando os esforços realizados pelos juristas que elaboram estas leis ou as aplicaram na prática de forma universal, o direito comparado pós-moderno estaria mais interessado no diferente, no fluido e especial, aquele que divide e caracteriza, no atual e específico de cada ordenamento jurídico, a respeito a identidade social e cultural de cada povo. Retira-se destes ensinamentos de Jayme que a origem comparatista do Código de Defesa do Consumidor é importante e legitimadora, também o seu diferencial, as soluções especiais são significativas e podem contribuir para o comparatista do futuro, devendo ser destacadas neste trabalho. O diferente e especial é o sinal de tolerância, de pluralismo e de riqueza científica de um ordenamento jurídico e não só sua aproximação, harmonização ou mesmo unidade com modelos e direitos significativos europeus e norte-americanos. Se o direito do consumo na América Latina foi capaz de alguma originalidade e especificidade, oriundo da adaptação necessária a circunstâncias particulares, isto deve ser destacado por este trabalho como significativo no direito comparado pós-moderno, que expande então a importância do estudo dos direitos latino-americanos. Veja meu artigo "Notas sobre o sistema de proibição de cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor (entre a tradicional permeabilidade da ordem jurídica e o futuro pós-moderno do direito comparado)", *RTD-C-Revista Trimestral de Direito Civil* 1/14-15, jan./mar. 2000.

Parece-me útil relatar esta experiência e permitir sua comparação pelos leitores com a experiência do Mercosul. Nos tempos atuais, as diferenças passam a ser significativas, as diferenças são culturais e têm cada vez mais reflexos no direito e na forma como abordamos os ensinamentos do direito comparado. Em tempos pós-modernos, sabe-se que a "cópia" de experiências jurídicas é impossível: as identidades culturais, as peculiaridades sociais de mercados e de história estão renascidas. De outro lado, justamente nestes tempos globalizados e da sociedade da informação, sabe-se que os modelos (jurídicos) circulam e são recebidos com mais fecundidade do que era de se esperar, especialmente pelos países emergentes, como o Brasil, sempre ávidos por novidades dos países centrais, geralmente países principais e significativos em direito comparado.

O direito comparado continua assim a ter uma função de "autoridade", mas esta "autoridade" não legitima a transposição simples de conceitos e soluções: a resposta está na sabedoria, no saber como fazer. Em tempos pós-modernos de hiper-regulamentação e desconstrução, a sabedoria está em verificar como foi feito, no absorver a informação — se possível —, sem pagar ... o preço dos erros cometidos. E se a Alemanha, instada pela fragmentada e abundante legislação europeia sobre proteção do consumidor, resolveu modificar substancialmente seu direito civil, seu famoso e modelar Código Civil (BGB) de 1896 para incluir a definição de consumidor e regras especiais de proteção deste sujeito (pós-moderno) de direitos, bem parece-me o momento de concentrar nossa análise nesta experiência. Talvez a profícua e modelar atividade legiferante europeia tenha encontrado enfim seu sistema, sua harmonia, sua ordem na tentativa alemã de re-codificação, de inclusão do direito do consumidor no direito civil geral.

Trata-se de uma primeira experiência: parece-me, porém, que o futuro do direito do consumidor começou a mudar. De elemento descodificador e especial, renasce agora como elemento unificador e harmonizador do direito privado, reforçando o direito civil geral, impregnando-o de valores sociais, de justiça distributiva e de tratamento desigual e pós-moderno aos sujeitos de direito desiguais, identificados na fluida estrutura da sociedade de massas contemporânea.¹⁴ Tudo sem quebrar o sistema, e, sim, fazendo parte do sistema, adaptando-o às novas realidades sociais, econômicas e culturais. Os alemães tentam assim iniciar um direito civil geral e social, renascido justamente da fragmentação pós-moderna europeia. Bem conhecendo a solidez, a tenacidade e a força criativa da doutrina alemã, é esta sem dúvida uma novidade e uma experiência a ser acompanhada de perto por todos nós (Parte II).

2. A fragmentada e eficiente experiência legislativa da União Européia na proteção do consumidor

A proteção do consumidor através da legislação elaborada na União Européia evoluiu de uma competência para defender diretamente a concorrência leal e

¹⁴ Sobre o tema do sujeito de direitos pós-moderno, veja nosso artigo "Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços", *Revista de Direito do Consumidor*, 3:361 et seq., 2000.

apenas indiretamente o consumidor,¹⁵ até uma competência direta, proporcional e subsidiária para a defesa dos interesses dos consumidores, nos Tratados de Maastricht e Amsterdã.¹⁶ No Mercosul, o tema da defesa do consumidor não se desenvolveu com base na preocupação da defesa da concorrência leal (ou da economia) no mercado unificado, como nas Comunidades Européias,¹⁷ mas sim foi proposta institucional, especialmente da Reunião de Ministros da Justiça, preocupados estes com a proteção jurídica dos indivíduos no Mercosul.

A experiência europeia de legislar sobre proteção do consumidor iniciou na década de 70, muitos anos depois de formadas as Comunidades Européias na década de 50. O Mercosul preocupou-se com tema somente dois anos depois de formado.¹⁸ A legislação europeia nunca tentou ser geral, sempre foi tópica e parcial, hoje é mesmo um patamar mínimo para os países. O Mercosul tentou uma harmonização, beirando a unificação geral e fracassou neste herculiano intento.¹⁹

Esta forma fragmentada, parcial, isolada, lacunosa e a falta de coordenação entre as normas, e a complexidade daí resultante do sistema legal supranacional em diálogo com o nacional são algumas das críticas que os doutrinadores europeus fazem ao direito comunitário derivado de proteção aos consumidores.²⁰ Catalá-Auloy chegou a propor a criação de um Código Europeu de Consumo através de uma convenção internacional de direito material uniforme.²¹

Veja sobre o tema Norbert Reich, *Internal market and diffuse interests - An introduction to EC trade law*, CDC/Institut Universitaire Européen de Florence-Story Science, Bruxelas, 1990, p. 107-108, que bem demonstra as convergências e também as divergências entre as óticas de proteção da concorrência e do consumidor: "Such a view of the consumer interest might in the long run be self-destructive. Consumer are not only interest in price competition through parallel imports and the like, but also in the high quality and safety might justify certain restrictions on competition especially in vertical agreements, for instance in order to guarantee after-sales services" (p. 108). Assim Erik Layme, Christian Kohler, "Europäisches Kollisionsrecht 1999 - Die Abendstunde der Staatsverträge", *Jprax*, p. 402, 1999.

Assim ensinam Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, *Die Europäische Gemeinschaft - Rechtsordnung und Politik*, 3. ed., Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 501.

Veja a evolução histórica do tema no Mercosul, no livro de Leonir Batista, *Direito do consumidor para o Mercosul*, Curitiba, Juruá, 1998 ou em meu artigo "Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul - Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 23-24, p. 79-103.

Sobre o fracasso do projeto de Regulamento e Protocolo veja meu artigo "Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse", *Revista de Direito do Consumidor*, 3:216 a 44, 1999.

Assim, repassando a opinião de vários autores neste mesmo sentido, Gema Botana Garcia, Miguel Ruiz Muñoz (Coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Ciencias Jurídicas, 1999, p. 20 que chega a quase considerar, inspirado em opinião de Ulmer (Heidelberg), se a harmonização tão fragmentada não seria negativa para o consumidor.

Assim Jean Catalá-Auloy, "El Código Francés del Consumo", *Derecho del Consumidor* 9:70-71, Buenos Aires, 1998, "Entendemos entonces que es necesario comenzar a pensar

De qualquer forma, apesar da pertinência das críticas e da necessidade de sempre evoluir na efetivação dos direitos humanos também na UE, mister considerar que esta é a experiência regional de maior sucesso em harmonização material e deve ser analisada com a devida atenção.

2.1 As principais Diretivas e normas materiais de proteção europeias de proteção do consumidor

A expressão *ius commune* é muito utilizada pela doutrina para descrever o direito "européu" privado resultante da atuação como legislador das Comunidades Europeias, hoje, União Européia,²² não mais apenas um direito científico resultante da recepção e do direito canônico, como o antigo *ius commune*,²³ mas um novo direito cogente, supranacional, oriundo destas organizações internacionais de integração econômica e seus órgãos, seja através de instrumentos do Direito Internacional Público clássico, Convenções e Tratados, seja através de Regulamentos e Diretivas, instrumentos deste novo direito comunitário, direito internacional público *sui generis*.²⁴ Visando a defesa do consumidor, reconhecido como agente econômico mais vulnerável ou fraco no mercado integrado, a União Européia utilizou ambos os métodos para impor novas normas e paradigmas de proteção, dando preferência ao uso de Regulamentos e Diretivas para impor ou sugerir normas materiais e preferindo as convenções para tratar da lei aplicável às relações de consumo e seu foro.

As últimas Diretivas europeias contêm normas de direito internacional privado, fenômeno que destacamos em nosso curso da OEA. As relações de consumo estão cada vez mais internacionais, como demonstra o fenômeno do comércio eletrônico. Segundo notícia Erik Jayme, o direito internacional privado evoluiu para ser cada vez mais um elemento de integração na União Européia.²⁵ Se as primeiras convenções europeias sobre a lei aplicável aos contratos internacionais

en la unificación del derecho europeo del consumo. Sind duda, para ello, será necesaria una convención internacional. Los Estados signatarios de convención deberían comprometerse a aplicar, para protección de los consumidores, un cuerpo único de textos, que se podría denominar código europeo del consumo. Claramente, tal proyecto se enfrentará a numerosas dificultades y no podrá ser realizado de inmediato. Lo más urgente consiste en lanzar la idea".

²² Assim Heinz-Peter Mansel, *Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit*, JZ-Juristen Zeitung 1991, p. 532 *et seq.*, e Martin Gebauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1998, p. 59 *et seq.*

²³ Veja sobre o antigo *ius commune* européu como *ius utrumque*, Gebauer, p. 21 *et seq.*, Assim ensina Gebauer, p. 61, referindo-se aos ensinamentos do Tribunal de Justiça Europeu.

²⁴ Erik Jayme, "Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus", *Prax-Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, p. 165-171, 2000.

(Convenção de Roma de 19.06.1980, em vigor na versão da Convenção de Funchal de 15.05.1992) e sobre competência judiciária e execução em matéria eram normas de direito internacional público clássicas e continham regras especiais de proteção dos consumidores, agora fazem parte das normas *sui generis* do direito derivado comunitário europeu. O direito internacional privado passou a fazer parte do primeiro Pilar ou Base (*Saule*) da ordem jurídica da UE. Segundo o novo art. 65 do Tratado de Amsterdã, que entrou em vigor em 1.º.05.1999, a competência para legislar sobre direito internacional privado e outras políticas que digam respeito à livre circulação de pessoas é agora da UE. Se antes se faziam Tratados (Roma, Bruxelas), agora se farão Regulamentos.²⁶

Vale, pois, inicialmente realizar uma análise sistematizadora citando todas as diretivas e normas oriundas da União Européia, que influenciam diretamente ou influem regras especiais de defesa e proteção do consumidor, para somente em um segundo momento analisar exemplificativamente o conteúdo de algumas dessas normas.

2.1.1 Normas materiais de proteção do consumidor originadas pelos órgãos da União Européia e a evolução histórica deste esforço legislativo

Não é nosso objetivo examinar aqui todas as normas substanciais de proteção do consumidor oriundas dos esforços de harmonização de mais de 40 anos da Comissão das Comunidades Europeias, hoje União Européia, pois tal exame já foi realizado, com muita solidez, pelos doutrinadores consumeristas europeus.²⁷ De outro lado, a história desta harmonização, seus sucessos e fracassos

Jayme, *Prax*, p. 165, 2000.

Veja, enquanto análises gerais da proteção do consumidor, as três obras básicas de Elke Von Hippel, *Verbraucherschutz*, J. C. Mohr Verlag, Tübingen, 1986; de Thierry Bougotte, "Elements pour une théorie du droit de la consommation - Au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté Economique Européenne", CDC/Institut Universitaire Européen de Florence-Story Scientia, Bruxelas, 1988; e de Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, 3. ed., Paris, Dalloz, 1992, e sobre as normas da Comunidade Européia, Ludwig Krümer, "La CEE et la protection du consommateur", *Collection Droit et Consommation* 15, Story, Bruxelas, 1988, mais atualizado, García Botana, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Sobre as normas europeias específicas, veja sobre crédito ao consumo e venda de porta em porta, Rüdiger Martis, *Verbraucherschutz*, Beck, Munique, 1998, e sobre todas as normas envolvendo crédito e direito bancário, Françoise Domont-Naert, "Consommateurs déformés: crédit et endettement-Contribution à l'étude de l'efficacité du Droit de la Consommation", CDC/Institut Universitaire Européen de Florence-Story Scientia, 1992, sobre segurança de produtos, veja Marc Fallon/Françoise Manier, "Sécurité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté Européenne" (Eds.), CDC/Institut Universitaire Européen de Florence-Story Scientia, Bruxelas, 1990, sobre responsabilidade pelo fato do produto, veja Joachim Schmidt-Salzer, *Produkt Haftung*, V. Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1973.

podem nos servir de exemplo, assim como os seus modelos e idéias principais servirem de inspiração.²⁸

De 1975 a 2000, a competência da União Europeia para legislar sobre proteção do consumidor não deixou de crescer, passando de uma competência indireta baseada na "necessidade do mercado" e proteção da concorrência (arts. 85 e 86 do Tratado de Roma),²⁹ até 1986, a uma autorização para harmonização de partes do direito do consumidor, pelo novo art. 100 do Tratado de Roma introduzido pelo Ato Único Europeu,³⁰ até uma transferência de competência direta e flexível no Tratado de Maastricht de 1992 para a harmonização (arts. 100a, 3 e 129a do Tratado de Roma/UE) do direito do consumidor.³¹ A chegar no atual art. 153 do Tratado de Amsterdã,³² que considera a proteção do consumidor um dos objetivos políticos fundamentais da União Europeia e autoriza os órgãos da UE a legisla-rem sobre o tema com base no hoje art. 95 do Tratado, tomando sempre por base "um nível superior de proteção" ("a high level of protection, taking account of any new development based on scientific facts").³³ Na parte institucional, o modelo da iniciativa de normas que interessam à integração sempre foi da autonomia e supranacional Comissão das Comunidades Europeias, hoje Comissão da União Europeia, a qual criou inicialmente, em 1973, o Comité Consultativo de

²⁸ É indiscutível a força inspiradora (circulação de modelos jurídicos) exercida pela legislação oriunda da União Europeia tanto na elaboração das normas nacionais (veja sobre o papel da legislação europeia na elaboração do Código de Defesa do Consumidor no Brasil, Pellegrini/Benjamin, in Ada Pellegrini Grinover et alii, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 9-10) quanto na elaboração de normas nos organismos de integração regional nas Américas (veja papel dos modelos europeus nos trabalhos do Mercosul, Beatriz Ramos, *La defensa del consumidor en el marco de la integración regional*, org. Beatriz Ramos, Montevideo, Ministerio de Economía e Finanzas do Uruguay, 1997, p. 45).

²⁹ VANDEN ABEELE, M. *Orientations de la politique communautaire de protection des consommateurs*. In: Fallon/Mamet (Coords.), p. 271.

³⁰ Assim ensina Gebauer, p. 125, que denomina a anterior competência de *marçhunktional*, p. 129.

³¹ Cf. Gebauer, p. 130.

³² No original: "Art. 153 (1) In order to promote the interest of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economics interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests". "Consumer Policy Action Plan 1999-2001", *Consumer Law Journal*, p. 65, 1999.

³³ Assim "Consumer Policy Action Plan 1999-2001" e comentários sobre o art. 95 do Tratado, *Consumer Law Journal*, p. 65, 1999. Na versão portuguesa: art. 95 (ex-art. 100a), 3. "A Comissão, nas suas propostas previstas no n. 1 em matéria de saúde, de segurança, de proteção do ambiente e de defesa dos consumidores, basear-se-á num nível de proteção elevado, tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos. No âmbito das respectivas competências, o Parlamento Europeu e o Conselho procurarão igualmente alcançar este objetivo".

consumidores: depois, em 1990, o Conselho Consultativo de Consumidores,³⁴ institucionalmente a subdivisão responsável, desde 1995, é Direção Geral 24 de Política do Consumidor, parte da Comissão Europeia, em Bruxelas.³⁵

Os princípios que guiam a atuação legislativa e interpretadora dos órgãos da UE³⁶ em matéria de consumo e de outros temas de direito privado são os da liberdade de circulação de produtos, serviços, pessoas e capitais (as quatro liberdades da UE)³⁷ e a proibição de discriminação (princípio da isonomia de tratamento ou tratamento como produto nacional).³⁸ Segundo Killian, a atuação preponderante dos órgãos da UE já demonstra uma estrutura, que poderia ser denominada de princípios do direito econômico europeu: "Reequilíbrio de poderes desequilibrados nos agentes do mercado, reequilíbrio da transferência ilícita de riscos profissionais, diminuição dos riscos e perigos, compensação dos danos ilícitos causados no mercado, proteção da confiança dos agentes econômicos, segurança jurídica no mercado", além da retirada dos empecilhos do direito privado às transações internacionais ou *cross-border*.³⁹

Da fundação da Comunidade Econômica Europeia até o primeiro Plano de Ação de 14.04.1975 (*Programa Preliminar da CEE para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores*), a legislação europeia geralmente concernia-se em assegurar a concorrência leal, importante para a formação dos preços, conforme os arts. 85 e 86 do Tratado de Roma em sua versão antes do Ato Único Europeu de 1986,⁴⁰ garantir o alargamento da possibilidade de escolhas dos consumidores, harmonizar regulamentações relativas a saúde e segurança de produtos agrícolas e industriais e uma melhor informação e representação destes através da criação do "Comité de Contacto dos Consumidores", de 1962 a 1972 junto à Comissão.⁴¹ As Diretivas Europeias de proteção (indireta) dos interesses dos

Cf. Calais-Auloy, p. 16.
Assim Borana, p. 19.

³⁴ Além dos princípios gerais de direito comunitário europeu, que segundo Roberto Dromi, Miguel A. Ekmekdjian, Julio C. Rivera, *Derecho comunitario - Sistemas de integración - Regimen del Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 162 a 172, são: "supremacia, operatividad, aplicación inmediata y directa, aplicación por los jueces nacionales, subsidiariedad, razonabilidad, igualdad o de no discriminación, proporcionalidad, eficacia y equivalencia".

GEBAUER, p. 79 *et seq.*

Idem, p. 82 *et seq.*

Assim, em precisa síntese, Killian, p. 326-327 (Rdn. 824).

Assim também Borana, p. 15, que esclarece que foi o Ato Único Europeu de 1986 que introduziu claramente a competência para harmonizar em matéria de proteção dos consumidores através da inclusão do tema no art. 100a, n. 3: "La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referente a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado".

Assim informa o Anexo I da Resolução do Conselho de 14.04.1975, denominado Medidas tomadas no passado pela Comunidade que têm interesse para os consumidores.

consumidores impunham regras sobre gêneros alimentícios e controle fito-sanitário⁴², especialidades farmacêuticas e embalagens,⁴³ produtos têxteis,⁴⁴ industriais⁴⁵ e segurança em veículos.⁴⁶ Novas normas "narrativas"⁴⁷ sobre proteção do consumidor foram elaboradas como segundo programa de 1981-1986,⁴⁸ o *Programa Novo Impulso à Política de Proteção dos Consumidores* de 1985 e 1986⁴⁹, até chegar aos famosos planos tri- anuais de ação a partir de 1990,⁵⁰ até o atual plano de 1999-2001.⁵¹

⁴² Assim Anexo II da Resolução do Conselho de 14.04.1975, denominado: Seleção de Diretivas do Conselho que têm interesse para os consumidores, como a Diretiva sobre corantes (última alteração Diretiva 70/358/CEE), conservantes (ex.: Diretiva 64/54/CEE), produtos de cacau e chocolate (ex.: Diretiva 73/421/CEE), açúcar (Diretiva 73/437/CEE), as Diretivas veterinárias sobre controle sanitário de animais (ex.: Diretiva 64/432/CEE). Assim Anexo II da Resolução do Conselho de 14.04.1975, denominado Seleção de Diretivas do Conselho que têm interesse para os consumidores, como a Diretivas 65/65/CEE e 73/173/CEE.

⁴³ Assim Anexo II da Resolução do Conselho de 14.04.1975, denominado Seleção de Diretivas do Conselho que têm interesse para os consumidores, como a Diretiva 71/307/CEE.

⁴⁴ Assim Anexo II da Resolução do Conselho de 14.04.1975, denominado Seleção de Diretivas do Conselho que têm interesse para os consumidores, como a Diretiva sobre detergentes, Diretiva 73/404/CEE e a sobre equipamento eletrônico, Diretiva 73/23/CEE.

⁴⁵ Assim Anexo II da Resolução do Conselho de 14.04.1975, denominado Seleção de Diretivas do Conselho que têm interesse para os consumidores, como a Diretiva sobre nível de ruído, Diretiva 70/157/CEE, poluição, Diretiva 70/221/CEE, seguro obrigatório, Diretiva 72/166/CEE e outras.

⁴⁶ Prefereio denominar esta *soft law* de normas narrativas, para bem destacar que estas normas principiológicas foram em verdade legítimas e inspiradoras de inúmeras Diretivas e Decisões do Tribunal de Justiça Europeu, podendo caracterizar o que Jayme considera "norma narrativa", veja Jayme, *Curso*, p. 36.

⁴⁷ O segundo Programa, de 1981 a 1986, teve como frutos as diretivas sobre publicidade enganosa (84/450/CEE), responsabilidade do fabricante por produtos defeituosos (85/374/CEE), contratos negociados fora do estabelecimento comercial (85/577/CEE) e crédito ao consumo (87/102/CEE), como destaca Botana, p. 18.

⁴⁸ É a época das normas não vinculantes, o Código europeu de boa conduta em matéria de pagamento eletrônico (85/598/CEE), as Recomendações sobre sistema de pagamento e relações entre titulares e emissores de cartões de crédito (88/59/CEE), como destaca Botana, p. 18.

⁴⁹ No primeiro plano de 1990-1992, temos as Diretivas sobre viagens organizadas, fétias combinadas e circuitos organizados (90/314/CEE), crédito ao consumo (90/88/CEE) e segurança geral dos produtos (92/59/CEE); no segundo plano de 1993-1995, temos as Diretivas de cláusulas abusivas (93/13/CEE) e *time-sharing* (94/47/CEE); no terceiro de 1996-1998, temos as de contratos a distância (97/77/CE), publicidade comparativa (97/55/CE), crédito ao consumo (98/7/CE), indicação de preços (98/6/CE), ações de cessação (98/27/CE) e a Recomendação sobre transações eletradas mediante instrumentos eletrônicos (97/489/CEE), como destaca Botana, p. 19.

⁵⁰ Neste plano se integra a Diretiva sobre garantias (1999/44/CE) e a proposta sobre comércio eletrônico de 1999, conforme destaca Botana, p. 19. Veja na integra este "Consumer Policy Action Plan 1999-2001", *Consumer Law Journal*, p. 59 a 87, 1999.

Como se observa, todas estas normas principiológicas e programas sempre fixaram muitos frutos efetivos desde 1979, principalmente. Destacáramos como principais, dentre as regras materiais europeias, harmonizadas⁵² por regulamentos ou por Diretivas, e que interessam aos consumidores, as seguintes: as que tratam da indicação e transparência no preço (Diretivas 79/581/CEE, 88/314/CEE, 88/315/CEE, 90/377/CEE), etiquetagem (Diretivas 79/112/CEE, 79/530/CEE, 79/431/CEE e 92/75/CEE), as mais famosas que tratam da publicidade (Diretivas 84/450/CEE sobre publicidade enganosa e 97/55/CE sobre publicidade comparativa), da responsabilidade por produtos defeituosos (Diretiva 85/374/CEE), vendas em domicílio ou contratos negociados fora do estabelecimento comercial (Diretiva 85/777/CEE), sobre crédito ao consumo (Diretiva 87/102/CEE e modificação na Diretiva 90/88/CEE), segurança de brinquedos (Diretiva 88/378/CEE), instituições de crédito (Diretiva 89/646/CEE), publicidade de tabaco (Diretivas 89/622/77/CEE, 90/239/CEE, 92/41/CEE e 98/43/CE), sobre telecomunicações e transportes (Diretiva 89/552/CEE, Regulamentos CEE 2299/89, CEE 2342/90, 295/91, Diretiva 97/36/CEE, Regulamento 2027/97), sobre viagens organizadas, fétias combinadas e circuitos organizados (Diretiva 90/314/CEE), serviços bancários e crédito ao consumo (Diretiva 90/88/CEE), seguros (Diretivas 92/49/CEE e 92/96/CEE), segurança geral dos produtos (Diretiva 92/59/CEE), sobre cláusulas abusivas nos contratos com consumidores (Diretiva 93/13/CEE), informações sobre organismos geneticamente modificados ou transgênicos (Diretivas 79/112/CEE, Regulamentos 1139/98 e 49/2000), multipropriedade ou *time-sharing* (Diretiva 94/17/CEE), contratação à distância (Diretiva 97/77/CE), sobre tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade (Diretiva 97/66/CE), sobre indicação de preços (Diretiva 98/6/CE), e sobre ações de cessação destinadas a proteção de interesses coletivos dos consumidores (Diretiva 98/27/CE), sobre assinatura eletrônica (1999/93/CE), venda de bens de consumo e garantias destas vendas (Diretiva 1999/44/CE) e sobre comércio eletrônico (Diretiva 2000/31).⁵³

Estas Diretivas são leis flexíveis, espécies de leis-objeto, cuja incorporação aos ordenamentos nacionais é flexível quanto ao instrumento e obrigatória quan-

Aqui seguimos os ensinamentos de Gebauer, p. 93, para o qual os regulamentos, em se tratando de direito privado, nunca conseguem a "unificação" das leis nacionais, devendo, portanto, ser consideradas, assim como as Diretivas, meros instrumentos de aproximação, harmonização (*Rechtsharmonisierung*). Contra está a posição de Botana, que prefere a expressão "unificação" do direito privado europeu, veja Botana, p. 19 *et seq.* Já Klaus-Dieter Brochardt, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, C. H. Müller, Heidelberg, 1996, p. 210, adverte que nem mesmo no Tratado de Constituição da União Europeia há clareza quanto aos termos, usando-se unificação no art. 112, 1, harmonização nos arts. 99 e 111 e coordenação ou aproximação nos outros.

Estas Diretivas e normas foram destacadas como importantes por Killian, p. 319-320; Kriemer, p. 14 *et seq.*; Dromi, p. 359-360; Marion Bröcker, *Verbraucherschutz im Europäischen Kollisionsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 50-53 e 107 *et seq.*; Botana, p. 18 *et seq.*; Dirk Staudemayer, "Europäisches Verbraucherschutzrecht nach Amsterdam - Stand und Perspektiven", *RW-Recht der Internationalen Wirtschaft*, p. 73-134, 1999. Para acesso aos textos, veja o site da UE, Direção Geral 24: <http://europa.eu.int/comm/dg24>.

to ao objetivo para os 15 países da União Europeia (ex-art. 100a e ex-art. 189, 3.º Tratado C 11).⁵⁴ Obrigatório para os Estados é o objetivo (por exemplo, eliminar o mercado determinadas cláusulas consideradas abusivas ou assegurar uma proteção mínima para os consumidores de todos estes mercados integrados), não sua forma ou o método de sua implementação (seja através de decreto do executivo, lei do parlamento, medidas práticas da administração federal ou estatal etc.). A jurisprudência da Corte Europeia de Justiça já permitiu um efeito horizontal destas normas, se claras e não transformadas em direito interno.⁵⁵ Este instrumento usado pela Comunidade Europeia evita a unificação de normas substanciais, respeita as identidades culturais locais e o princípio da subsidiariedade. Hoje, as Diretivas concernentes ao direito do consumidor são geralmente Diretivas mínimas, reservando os níveis de proteção mais altos de cada País, como, por exemplo, o alto nível de proteção concedido pela AGB-Gesetz alemã, que não foi revogada, muito menos afastada pela norma comunitária; ao contrário, foi complementada para ser ainda mais rígida quando se tratar de um consumidor segundo a definição da Diretiva.⁵⁶ As Diretivas mínimas estabelecem padrões mínimos comuns de defesa do consumidor, nunca padrões máximos.⁵⁷ Assim dispõe o art. 8 da Diretiva 93/13/CEE: "Os Estados-membros podem adotar ou manter ... disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado (de Roma), para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor".⁵⁸ Assim também o preâmbulo da diretiva em seu décimo-segundo Considerando esclarece: "há que deixar aos Estados-membros a possibilidade de, no respeito pelo Tratado CEE, assegurarem um nível de proteção mais elevado do consumidor através de disposições nacionais mais rigorosas do que as da presente diretiva".⁵⁹

Quanto à pluralidade e fragmentação dos temas tópicos tratados pelas Diretivas, parece-me ser este um dos motivos do sucesso do direito comunitário de consumo e não um motivo de crítica. Não legislou a União Europeia sobre todos os temas de proteção do consumidor, pois sabe que sua competência legislativa (verdadeiramente supranacional e autorizada pelas Constituições dos Países-membros) refere-se somente ao bom funcionamento do mercado integrado e que as normas de proteção ao consumidor nacional não constituem, de regra, barreiras ao livre comércio e livre circulação de mercadorias e serviços na região.⁶⁰ Defesa do consumidor significa assegurar um nível de qualidade dos produtos que permita a exportação, sem problemas interna e externamente para o espaço integrado e privilegiado (o Mercado Comum), e assegurar níveis aceitá-

KILLIAN, p. 140 *et seq.* (Rdn. 341 *et seq.*).

Vejá sobre a evolução da jurisprudência, por todos, Killian, p. 332 *et seq.* (Rdn. 836-840).

TÖNNER, Klaus: "Die Rolle des Verbraucherechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts", *JZ-Juristen Zeitung*, p. 536, 1996.

TÖNNER, JZ, p. 538, 1996.

Tradução própria do alemão, veja texto original, in Hommelhof/Jayme, p. 170. Hepp, *loc. cit.*, p. 168.

Assim também Tönnér, *JZ*, p. 536, 1996.

veis de concorrência leal entre os fornecedores da região, sem discriminação.⁶¹ Só em 1992, pelo Tratado de Maastricht, recebeu a União Europeia competência para estabelecer a política de proteção do consumidor na região e, mesmo assim, limitada pelo Princípio da Subsidiariedade, o qual ensina que a atividade legislativa da União Europeia só deverá ser exercida quando os legisladores nacionais não atingirem por si só os objetivos da livre circulação de mercadorias, sem discriminação, visado pelo Mercado Comum.⁶² Ainda mais é necessário mencionar que a atividade legisladora europeia é sempre de harmonização, de aproximação das legislações, respeitando características nacionais de cada um dos mercados, uns mais industrializados que os outros, mais voltados para o setor de serviços de fornecimento de matérias-primas etc., logo o resultado sempre será pós-moderno e fragmentado, nunca uniforme.

Ainda destaquem-se, no direito derivado europeu, as Recomendações europeias, sobre o Código Europeu de Boa Conduta em Matéria de Pagamento Eletrônico (87/598/CEE), sobre sistema de pagamento e relações entre titulares e emissores de cartões de crédito (88/59/CEE), sobre transparência nas condições de transações financeiras transfronteiriças de 14.02.1990, sobre transações efetuadas mediante instrumentos eletrônicos de pagamento (97/1489/CEE).⁶³ Da mesma forma merecem destaque as inúmeras Decisões do Conselho que estipularam um sistema comunitário de informações rápidas sobre acidentes e produtos defeituosos (Decretos 86/138/CEE, 89/45) e as resoluções que criaram o Comité sobre o Turismo (Res. 12/91), uma Comissão sobre Seguros (Res. 07/92) e o Regulamento sobre Telecomunicações (Res. 42/93).

2.1.2 A falta de uma definição europeia de consumidor e suas várias visões

Mister enfrentar o difícil tema da definição de consumidor nas regras oriundas da União Europeia. A verdade é que falta uma definição europeia única de consumidor; há sim uma pluralidade de definições, muitas em regras de direito civil, sendo, porém, as primeiras definições de 1968 em regras de direito internacional privado e processo civil internacional. Concorde-se com Tonillo, quando afirma que o conceito de consumidor, para o direito internacional privado, deve ter uma necessária amplitude "para compreender las variadas situaciones necesitadas de tutela".⁶⁴ Talvez por isso a Europa nunca definiu de forma

Vejá meu artigo "Código de Defesa do Consumidor e o Mercosul", *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Cláudia Lima Marques (Org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, p. 109.

Vejá STREINZ, Rudolf: "Die Europäische Union nach dem Vertrag von Maastricht", *ZfRV*, p. 10, 1995.

A íntegra da Res. de 30.07.1997 está na *EC-Estudios sobre Consumo*, n. 42, p. 188 *et seq.*, 1997.

TONILLO, Javier Alberto: "La protección internacional del consumidor - Reflexiones desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino", *Revista de Derecho del Mercosur* 6/95, ano 2, diciembre de 1998.

geral o consumidor. A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável a obrigações contratuais, em vigor na UE, em seu art. 5 define "contratos concluídos com consumidores", como os que têm por finalidade fornecer ou abastecer uma pessoa para um uso que possa considerar-se alheio a sua atividade profissional.⁶⁵ Similar definição negativa e subjetiva⁶⁶ está presente na Convenção de Bruxelas de 1968 e na de Lugano (art. 13), que dá azo ao sistema especial de proteção dos arts. 14 e 15.⁶⁷

Parece-me, pois, que as características dos consumidores que seriam aceites para um maior número de países seria a de sua *não-profissionalidade*, de *pessoa física* (a relembra o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados), de *contratante* ou *usuário final* (no caso do turista) e de *vítima de produtos e serviços com defeitos*.⁶⁸ A extensão da proteção ao não contratante, simples usuário, é polémica e pode ser amenizada se definirmos os abrangidos por cada uma das normas fragmentadas de defesa do consumidor por tema ou tipo contrato, como tem feito a União Europeia abdicando de uma definição genérica ampla de consumidor. De outro lado, a definição de todas as vítimas de produtos defeituosos como consumidores, a exemplo do art. 17 do Código brasileiro (Lei 8.078/90), não foi necessária, pois as convenções hoje existentes entre os países europeus, como a Convenção de Haia de 1986, estão aptas a proteger suficientemente em direito internacional privado, e com conexões especiais, as vítimas de acidentes de consumo. Uma série de outras Convenções Internacionais lida com a responsabilidade civil oriunda de acidentes, muitos ligados à cadeia de produção, como nos casos de acidentes catastróficos e poluição transfronteiriça.

Importante destacar também que, de forma geral, reconhece-se uma definição de consumidor "relacional", isto é, que este *status* pontual e efêmero realmente só ocorre frente a um agente económico profissional, o fornecedor, a em-

⁶⁵ Jayme/Köhler, JPR-Texte, p. 107. Traduzindo o texto do art. 5.º: "Contratos celebrados por consumidores": 1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o "consumidor", para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. Em inglês: "Article 5.º - Certain consumer contracts 1. This Article applies to a contract the object of which is the supply of goods or services to a person (the consumer) for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object".

⁶⁶ Assim Tomiello, p. 95.

⁶⁷ Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (versão consolidada): "Art. 13.º Competência em matéria de contratos celebrados pelos consumidores em matéria de contrato celebrado por uma pessoa para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional, a seguir denominada "o consumidor", a competência será determinada pela presente secção. ..."

⁶⁸ Assim também Benjamin, p. 500.

presa, o comerciante, em relações profissional-leigo e não em relações profissional-profissional ou leigo-leigo.⁶⁹

Interessante notar que em todas as Diretivas a definição de consumidor sempre foi a da pessoa física que age fora de sua profissão, para fins privados, frente a um profissional.⁷⁰ Vejamos, por exemplo, a principal Diretiva na proteção do consumidor, a Diretiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, em seu art. 2, b, define o consumidor como: "a pessoa física, que em contratos que recaem no campo de aplicação da diretiva, 'atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional ou comercial'". A norma sobre *time-sharing* (Diretiva 94/47/CE) faz uma definição diferente de consumidor, em que inclui uma proteção não só para o adquirente mas para os demais usuários da multipropriedade⁷¹ afirmando:

"Art. 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

— 'adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato'";⁷²

Criticava-se, na doutrina, a correção deste limite contratual da definição, logo, da proteção concedida ao consumidor pelas Diretivas. Note-se que a definição de "consumidor" — beneficiário no caso da Diretiva sobre pacotes turístico e viagens combinadas de 1990 sempre foi outra. Em matéria de turismo há necessidade de proteger tanto o destinatário final do serviço quanto o contratante, fato que é apoiado pela doutrina⁷³ e que se aproxima da regulamentação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, com seus arts. 2.º, par. ún., 17 e 29. Também a diretiva de *time-sharing*, que não deixa de tratar de uma espécie de turismo, amplia sua proteção ao usuário em geral, denominado "adquirente de *time-sharing*", pouco importante quem assinou o primeiro contrato com o fornecedor multitermo ou o representante da cadeia de fornecedores.⁷⁴

Assim o é no ordenamento jurídico da Itália, França, Alemanha, Inglaterra, Bélgica, examinados em detalhes por Laurence Klesta Dosi, "Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato", *Rivista di Diritto Civile* 6, p. 669 a 675, nov. dic. 1997.

Assim Werner Lorenz, "Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit", *JPrax*, p. 429, 1994, excluindo a relação "Privado-Privado" ou "consumidor-consumidor", face ao campo de aplicação das diretivas, sempre voltadas para a atividade dos profissionais, fornecedores.

Assim crítica de Bröcker, p. 133.

Texto em espanhol oficial, Javier Lere Achitica, *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Barcelona, Cedec, 1997, p. 345.

Assim também Abbo Junker, "Von Cioyem zum Consommateur - Entwicklung des internationalen Verbraucherschutzrechts", *JPrax*, p. 69, 1998.

"Art. 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

— 'adquirente: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato'".

Na legislação com origem na UE consumidor geralmente é definido como *qualquer pessoa física que, frente a um profissional e nas transações, contratos e situações abrangidas [pelas Diretivas e Convenções], atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional.*

Se Convenções Internacionais uniformes de Direito Internacional Privado, se o direito comunitário ou o direito oriundo dos órgãos de uma organização internacional de integração, como a União Europeia ou o Mercosul podem definir consumidor em suas normas, mister frisar que mesmo assim restará para o juiz nacional a necessidade de definir as visões nacionais de consumidor, em um sentido bastante pós-moderno de respeito às diferenças culturais de cada País. Esta necessidade de subsunção da norma uniforme, comunitária ou supranacional nunca é retirada, nem mesmo na Europa onde existe um órgão jurisdicional com monopólio de interpretação das normas comunitárias, instituição que não existirá em nosso caso interamericano. Tal *Spielraum* de subsunção e interpretação prática sempre existirá para o juiz nacional mesmo em face de uma definição legal, como demonstrou em recente caso a Corte Europeia.

No caso *Estée Lauder Cosmetic versus Lancaster Group* devia o juiz alemão decidir se a embalagem de um produto cosmético induzia em erro o consumidor ao incluir a palavra "lifting" no nome de um creme simples (*Monteil Firming Action Lifting Extreme Creme*).⁷⁵ O Tribunal de Colônia (*LCKöln*) decidiu que tal expressão podia induzir um consumidor alemão a concluir que o creme tinha qualidades que não possuía, apesar da expressão ser usada em outros países europeus, especialmente a Inglaterra, sem problemas. Como o caso envolvia uma norma comunitária, a Diretiva 76/768/CEE sobre cosméticos, que utilizava a regra de origem, a corte alemã recorreu ao Tribunal de Justiça da UE em Luxemburgo, que afirmou o monopólio de interpretação do direito comunitário. A Corte da UE decidiu pela possibilidade de se aplicar o direito nacional (não o direito comunitário) para estabelecer esta "visão prática" de um consumidor mediante informado, atento e com compreensão razoável naquele País específico, mesmo que esta visão não seja a mesma de outros países da UE. Neste caso, a visão nacional do consumidor médio (*deutsches Verbraucherleitbild*) acabou por impedir a livre circulação na Alemanha de um produto cuja denominação e embalagem não causavam nenhum problema em outros países europeus e muito menos em seu País de origem.⁷⁶ Neste sentido, da necessária diferenciação de acordo com a realidade social, afirma Erik Jayme: "No Brasil, a visão (de consumidor) também é diferente. O Direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades, que usam ou abusam da pobreza das crianças (art. 37, § 2.º, do CDC). Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates, que animava as crianças a arrombar um Super-

mercado. A reação do Direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres (*Wird der Armen*). A concepção de consumidor (*Verbraucherleitbild*) no Brasil ficava assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não podia ser esquecido, mesmo se a noção também usada de observador menos atento encontra sua origem no Direito alemão".⁷⁷

Um exemplo da função criadora e adaptadora da legislação europeia: regras sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico ou na contratação à distância

Para exemplificar a importância desta experiência legislativa, gostaria de concentrar nosso exame em um tema especial da mesma forma que o realizamos em nosso Curso na OEA em agosto de 2000,⁷⁸ deixando de fora a análise das regras materiais de proteção do consumidor-turista e nos concentrando nas normas reguladoras dos contratos transfronteiriços contratados à distância ou por meios eletrônicos, pela sua atualidade.

2.2.1 Pluralidade de normas europeias regulando a proteção do consumidor nos contratos à distância e no comércio eletrônico

A União Europeia sempre se preocupou em assegurar um sistema de transações no mercado interno que possibilitasse que estas negociações e contratos internacionais-integrados⁷⁹ pudessem garantir segurança e adequação para os consumidores. A livre circulação de produtos, serviços, capitais e pessoas permitiu que estas transações se multiplicassem e é objetivo da política de proteção do consumidor que estas possam acontecer da melhor forma possível.⁸⁰ É com esta política que a União Europeia propôs uma série de normas que visam proteger o consumidor quando de suas transações nacionais e internacionais (Princípio da não discriminação), assim como quando adquire produtos estrangeiros da UE.⁸¹ Aqui podem ser incluídas as Diretivas sobre cláusulas abusivas (Diretiva 93/13/CEE) e sobre garantias (Diretiva 1999/44/CE), assim como sobre contratos negociados fora do estabelecimento comercial (Diretiva 85/577/CEE) e à distância (Diretiva 97/7/CE), a Diretiva sobre tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade (Diretivas 95/46/CE e 97/66/CE), bem como as novas diretivas sobre

Assim Jayme, *RT 759/34*, comentando a decisão de Porto Alegre publicada na *Revista de Direito Consumidor* 1721 *et seq.*, São Paulo, 1992.

No curso da OEA examinamos também as regras europeias sobre a proteção do turista-consumidor, muito importantes para o Direito Internacional Privado, que agora, porém, deixaremos de fora desta análise.

Assim o membro da Comissão Vanden Abeele, p. 273.

Refiro-me aqui às Diretivas com temas mais extrac contratualis ou de pós-venda, como as Diretivas sobre produtos defeituosos (Diretiva 85/374/CEE), a Diretiva sobre segurança geral dos produtos (Diretiva 92/59/CEE).

⁷⁵ Veja caso EuGH, 13.01.2000 - Rs. C-220/98, *R/W* 2000, p. 376-378.

⁷⁶ Veja relato do caso *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG gegen Lancaster Group GmbH*, EuGH, Urteil vom 13.01.2000 - Rs. C-220/98, *R/W* 2000, p. 376-378.

instauratura eletrônica (Diretiva 1999/93/CE) e a diretiva específica sobre comércio eletrônico (Diretiva 2000/31/CE),⁸¹ aprovada em 17.07.2000.⁸²

Além disso temos enquanto *soft law*, o Código europeu de boa conduta em matéria de pagamento eletrônico (Recomendação 87/598/CEE)⁸³ e a Recomendação sobre transações efetuadas mediante instrumentos eletrônicos (97/489/CIE).⁸⁴ Há também grande número de normas sobre comunicação de massas, técnicas muitas vezes usadas para estas transações, como as Diretivas sobre atividades permitidas nas Televisões (Diretiva 89/552/CEE) e dados em telecomunicações (Diretiva 97/66/CE), sobre publicidade enganosa, e de medicamentos, de tabaco (Diretivas 84/450/CEE, 92/28/CEE, 98/43/CE) e referente a normas para os prestadores de serviços na sociedade de informação (Diretiva 98/34/CE).

Note-se que a União Européia preocupa-se também com temas conexos ao uso destes meios eletrônicos, como pode ser observado em suas normas sobre publicidade e sobre conteúdos ilícitos e nocivos na *internet*,⁸⁵ geralmente sugerindo em matéria de *internet* sistemas de auto-regulação,⁸⁶ ou sobre a responsabilidade dos fabricantes de *hard* e *software*, especialmente quanto ao Bug do ano 2000.⁸⁷ Em 1997 foi preparado um Livro Verde sobre a sociedade de informação.

2.2.2 As principais normas sobre a proteção do consumidor nos contratos à distância e no comércio eletrônico

Dentre as normas materiais que regulam o comércio eletrônico e à distância a destacar, mister observar que todas as aqui mencionadas diretivas agem em conjunto. Inicialmente destaque-se a Diretiva 93/13/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 05.04.1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, que define consumidor como Consumidor para efeitos desta diretiva "a pessoa física, que em contratos que recaem no campo de

⁸¹ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos do comércio eletrônico no mercado interno, Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienstleistungen der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, in Binnemarkt, Amtsblatt L 178/1, 17.07.2000. Veja proposta em português, COM/98/0586 final, JO C 030 de 05.02.1999, p. 0004.

⁸² A adoção da Diretiva pelo Parlamento Europeu na sua versão de 08.12.1999, em 28.02.2000, foi noticiada pelo *Boletim de Información del Instituto Nacional de Consumo*, n. 42, p. 15, Espanha, julho/agosto 2000.

⁸³ Cf. Bolana, p. 18.

⁸⁴ Idem, p. 19.

⁸⁵ Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-membros reunidos na Cimeira do Conselho de 17.02.1997 sobre conteúdos ilícitos e nocivos na *internet* (Res. 97/C 70/01), *EC-Estudios sobre Consumo* 42/177-178, 1997.

⁸⁶ Assim Res. 97/C 70/01, *EC-Estudios sobre Consumo* 42/177, 1997.

⁸⁷ Sobre este interessante tema do Bug 2000, veja a coletânea de artigos e documentos periodísticos brasileiros e europeus oriundos do Livro Verde da Sociedade de Informação, in José Liguori; Rui Stoco, p. 177 *et seq.*

aplicação da diretiva," (logo, frente a um profissional) "atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional ou comercial" (art. 2. b). Impõe uma cláusula geral de boa-fé (art. 3), traz em seu anexo uma lista exemplificativa de cláusulas abusivas (art. 3, 3) e exige uma interpretação total do contrato para determinar a abusividade da cláusula (art. 4). Neste sentido vale destacar o disposto no art. 3 da Diretiva 93/13 da Comunidade Européia: "as cláusulas contratuais que não se tenham negociado individualmente considerar-se-ão abusivas se, frente as exigências da boa-fé, causem em detrimento do consumidor um desequilíbrio importante entre os direitos e obrigações das partes que derivam do contrato".⁸⁸

A lista exemplificativa anexa de cláusulas abusivas é bastante protetiva dos consumidores europeus e será usada em temas de comércio eletrônico e contratos à distância igualmente.⁸⁹

Já a Diretiva 97/7/CE sobre vendas à distância com *marketing* direto,⁹⁰ pretende harmonizar internamente as condições e garantias da compra ou fornecimento de serviços e produtos à distância através de técnicas de comunicação para os consumidores no mercado europeu, tais como envio de prospectos, venda por telefone, por videotexto, por televisão, por computadores, e-mail, *telex*, e *reshopping*.⁹¹ A Diretiva 97/7/CE é, pois, a Diretiva mais importante para os direitos materiais do consumidor europeu no comércio eletrônico, sendo as outras duas diretivas mais voltadas para as medidas extras de segurança que devem ser tomadas pelos países para efetivar estes direitos.

Também a Diretiva 97/7/CE é uma norma específica de proteção do consumidor. Suas normas são aplicáveis somente nos negócios entre um profissional, fornecedor e um consumidor, definido como tal na Diretiva (art. 2, alínea 2), como qualquer pessoa física, que conclua os contratos objeto da Diretiva sem objetivo profissional ou fora de sua atividade profissional.⁹²

A Diretiva 97/7/CE foi precedida pela Recomendação da Comissão 92/295/CIE, de 07.04.1992, sobre um código de conduta para a proteção dos consumidores em caso de vendas à distância entre ausentes por telefone, televisão ou através de computadores.⁹³ Estas novas tecnologias de comunicação, aliadas ao

⁸⁸ Publicada no JOCE L 95/31 de 21.04.1993.

⁸⁹ Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, de 05.04.1993, in Hornelhof/Jayme, p. 167 *et seq.* Veja meu artigo informativo sobre o tema, in *Revista de Direito do Consumidor* 2/1300 *et seq.*, 1997.

⁹⁰ Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, 20.05.1997, in Amtsblatt der EG, 04.06.1997, n. L 144/19-28.

⁹¹ Assim ensina também Javier Lete Achurina, "Distance selling in Spanish law: a European perspective", *Consumer Law Journal*, p. 339, 1999.

⁹² No original: "2. 'Verbraucher' jede natürliche Person, die beim Abschluß von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können; (...)" (Amtsblatt der EG, n. L 144/21) Considerando 18 da Richtlinie 97/7/EG, Amtsblatt der EG, n. L 144/20.

chamado *marketing* direto ou agressivo, acrescentaram à vulnerabilidade técnica e jurídica⁹⁴ do consumidor novos problemas, como a crescente internacionalidade de relações, antes simples e nacionais, como a compra de livros ou de utilidades domésticas. Se esta internacionalidade aumenta a oferta disponível aos consumidores, também aumentam seus riscos e a distância física pode causar insegurança quanto às informações, a qualidade e as garantias para este contrato.⁹⁵ Inegável que hoje parte da oferta de produtos e serviços aos consumidores passivos, assim entendido aquele consumidor que se encontra em seu mercado nacional e, sem necessitar deslocar-se fisicamente de seu País, recebe a oferta ou publicidade, é oriunda de empresas e fornecedores de outros países europeus, nem sempre com filiais no mercado de comercialização. O *marketing* direto, com telefones, oferecimento de produtos através da televisão (*teleshopping*); de computadores (*home-pages*, *e-mail*, catálogos informatizados etc.), permite que o consumidor sem sair de sua casa contrate internacionalmente, ainda mais na Europa atual, com plena liberdade de circulação de produtos e de crescente liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços.

A União Europeia concluiu que a introdução de tais técnicas de venda e de comunicação (*Fernkommunikationstechnik*) não deve diminuir as garantias e a informação fornecida ao consumidor passivo, motivo pelo qual interveem harmonizando as legislações de forma a assegurar um patamar mínimo de respeito a todos os consumidores que utilizarem destas facilidades no mercado europeu.⁹⁶ O Anexo I da Diretiva traz uma lista de 13 métodos de comercialização à distância englobados pela Diretiva, entre os quais se encontram os tradicionais métodos do envio de prospectos, com cartão-resposta, o envio de catálogos para compras, assim como os novos métodos, como a venda por telefone, com ou sem pessoa de contato, por videotexto, televisão, computadores, *e-mail*, *telex*, e *teleshopping*.⁹⁷

No texto da Diretiva destacam-se os arts. 2 e 3 dedicados a estabelecer o campo de aplicação da Diretiva, trazendo o art. 2 as definições de contrato concluído com utilização de métodos de comunicação à distância (alínea 1), de consumidor (alínea 2), de fornecedor de produtos e serviços (alínea 3), de técnica de comunicação à distância, definida como aquela que permite a contratação sem a presença física simultânea de ambos os contratantes ou seus representantes⁹⁸ (alínea 4) e de organizador de técnicas de comunicação à distância, assim considerado o terceiro profissional, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado,

⁹⁴ Sobre a noção de vulnerabilidade, veja o nosso livro, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 1995, p. 105 *et seq.*

⁹⁵ LETE, Distance Selling, p. 339.

⁹⁶ Veja Considerandos 9 a 14, Amtsblatt der EG, n. L 144/19-20.

⁹⁷ Anhang I, Amtsblatt der EG, n. L 144/26.

⁹⁸ A Diretiva evita a utilização da expressão "contrato entre ausentes" e prefere mencionar expressamente que não simultânea presença física corpórea dos contratantes ("ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien"), e traz em seu Anexo I uma lista exemplificativa destas atividades, Amtsblatt der EG, n. L 144/21 e Anexo I, in Amtsblatt der EG, n. L 144/26.

essa atividade profissional consiste em colocar à disposição dos fornecedores uma ou várias técnicas de comunicação (e/ou contratação) à distância (alínea 5).⁹⁹ Excluídos do campo de aplicação desta Diretiva estão alguns contratos e serviços mencionados no Anexo II, que envolvem serviços bancários, seguros e papéis de crédito, regulados por Diretivas específicas.¹⁰⁰

No mérito, assegura o art. 4 da Diretiva 97/77/CE um extenso direito de informação do consumidor, exigindo que o consumidor seja informado da identidade e do endereço do fornecedor, das características básicas do serviço ou produto oferecido, do seu preço e dos impostos, assim como dos custos de envio e de custos do pagamento ou taxas extras necessárias à prestação (por exemplo, taxa de embalagem, empacotamento especial, postagem etc.).¹⁰¹ O consumidor deverá ser informado também sobre o custo da comunicação ou da utilização do método de comunicação à distância, se diferente da tarifa básica, sobre o seu direito de arrependimento, sobre o prazo de validade da oferta ou do preço especial, assim como sobre o prazo de duração mínimo do contrato e a forma de sua renovação, o prazo de entrega do bem ou execução do serviço, os detalhes da forma da prestação e a regulamentação com que estes serviços serão prestados.¹⁰² O art. 4 exige ainda que a intenção comercial do contrato e das informações prestadas seja expressa, assim como que os países apliquem as normas nacionais de proteção dos incapazes, procurando adaptar este tipo de oferta "eletrônica" às exigências da segurança do tráfico e da boa-fé.¹⁰³ Segundo o art. 5 estas informações devem ainda ser confirmadas por escrito ou, se acessíveis ao consumidor, por *e-mail* durante o período em que se realizarem as prestações. Caso a prestação seja única e imediata, deverá o consumidor mesmo assim ser informado do endereço do fornecedor e prevalecer o direito de arrependimento.

A importância deste novo dever de informar o imposto ao fornecedor de produtos e serviços à distância é confirmada pela norma do art. 6. O prazo normal e geral para que o consumidor arrenda-se sem causa é de 7 dias úteis a contar da contratação dos serviços ou entrega da coisa, mas em caso de descumprimento de qualquer dos novos deveres de informação do art. 5, o prazo dilata-se para 3 meses, podendo o prazo de 7 dias recomençar no momento em que a informação sobre a identidade do fornecedor chegar ao consumidor.

Em caso de exercício do direito de arrependimento, deve o fornecedor devolver (sem cobrança de qualquer valor ou taxa) todos os valores recebidos, enquanto o consumidor suportar os custos da devolução física do produto ou serviço ao fornecedor. A regra do art. 6 da Diretiva é, naturalmente, bastante complexa, pois contempla os vários tipos de contratação à distância, os vários tipos de serviços,

⁹⁹ Veja art. 2, Amtsblatt der EG, n. L 144/21.

¹⁰⁰ São mencionadas especificamente as Diretivas 93/22/CEE, 89/646/CEE, 73/239/CEE, 79/267/CEE, 64/225/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, Amtsblatt der EG, n. L 144/27.

¹⁰¹ Art. 4, alínea 1, letras a a d, Amtsblatt der EG, n. L 144/22.

¹⁰² Art. 4, alínea 1, letras e a i, Amtsblatt der EG, n. L 144/22.

¹⁰³ Art. 4, alíneas 2 e 3, Amtsblatt der EG, n. L 144/22.

resumo os de prestação única, excluindo apenas a possibilidade de arrendimento sem causa nos contratos envolvendo bolsa de valores, fornecimento de *software* e gravações de vídeo e áudio (se o selo de fechamento for retirado pelo consumidor), assinaturas de jornais e revistas e contratos envolvendo jogos e loterias (art. 6, alínea 3).

Outra importante novidade da Diretiva é a expressa menção, no art. 6, alínea 4, da Diretiva, que o financiamento conexo (por cartão de crédito ou através de compra a prestações) ou concluído em virtude de uma contratação à distância também dissolve-se, sem custos para o consumidor, quando este exerce regularmente seu direito de arrendimento. A norma deixa para os Estados a decisão sobre a forma como realizar esta chamada "dissolução" (*Auflösung*) do contrato secundário (financiamento) em virtude da extinção do contrato principal (contrato à distância).¹⁰⁴

Efetivamente, nos contratos concluídos através da *internet* e por *e-mail* a forma de pagamento mais usada é o cartão de crédito, sem falar nos problemáticos contratos de *time-sharing*, sendo, portanto, muito salutar a norma do art. 6, alínea 4, da Diretiva, a qual, conectando expressamente esta relação triangular de consumo, obriga a empresa de cartão de crédito a desconsiderar a primeira ordem de cobrança ou desconto, em virtude do exercício do direito de arrendimento por parte do consumidor, seu cliente.¹⁰⁵ A preocupação com esta forma de pagamento é tanta que o art. 8 da Diretiva prevê as sanções em caso de má ou errônea utilização do cartão de crédito, cobrança errada, falsificação ou falsidade e a devolução ou o estorno para o consumidor da quantia paga, descontada ou cobrada.¹⁰⁶

Dois artigos da Diretiva devem ainda ser destacados: O art. 9 proíbe o envio, sem prévia solicitação, de produtos ou fornecimento de serviço, se um pagamento é solicitado ou cobrado, prevendo que o silêncio ou omissão do consumidor não deve ser considerado como aceitação tácita.¹⁰⁷ O art. 10 da Diretiva limita a utilização de algumas técnicas de comunicação à distância. Segundo dispõe o art. 10, somente poderão ser usadas para a conclusão de contratos válidos à distância as técnicas do *telex* e das gravações ou secretárias eletrônicas (*Voice-mail-System*), se houver anterior autorização dos consumidores. A prova da autorização prévia fica a cargo do fornecedor por tratar-se de norma de proteção do direito fundamental à privacidade, como especifica o Considerando 17 do Preâmbulo da Diretiva.¹⁰⁸

As demais normas da Diretiva protegem o acesso do consumidor à Justiça (art. 11), especificam que as normas, direitos e garantias da Diretiva devem ser

¹⁰⁴ Veja sobre o tema LETE, *Distance Selling*, p. 356.

¹⁰⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 341.

¹⁰⁶ Veja art. 8, *Amtsblatt der EG*, n. L 144/23.

¹⁰⁷ Veja sobre o tema Lete, *Distance selling*, p. 350.

¹⁰⁸ O Preâmbulo menciona também a atuação dos Estados na proteção dos dados pessoais do consumidor e da sua privacidade ou vida pessoal, in *Amtsblatt der EG*, n. L 144/20.

considerados de ordem pública no ordenamento interno e, portanto, indisponíveis por contrato (art. 12), assim como o caráter minimal da Diretiva, podendo os países legislar de forma mais protetiva dos consumidores de seu mercado (art. 14) e, por fim, estabelecerem um prazo de 3 anos para a incorporação destas normas no ordenamento interno.¹⁰⁹

Já a Diretiva 1999/93/CEE sobre assinaturas eletrônicas regula apenas a "autenticidade dos dados" e o "reconhecimento legal das assinaturas eletrônicas" e o "acreditação dos prestadores destes serviços" no mercado europeu (Considerando 4), com o objetivo de "garantir a segurança e a confiança nas comunicações eletrônicas", nas "assinaturas eletrônicas" e na "cifragem" ou codificação destas (Considerando 2).¹¹⁰ Traz em seus anexos regras sobre "certificação" e verificação da "segurança das assinaturas" eletrônicas (Anexo I, II, III e IV), sendo assim Diretiva mais técnica, instrumental para a segurança do meio eletrônico e de impacto mais indireto nos direitos dos consumidores.

A novel Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrônico destina-se a proteger no comércio por meios eletrônicos apenas as pessoas físicas (Considerando 14), assegurando maior confiabilidade na comunicação e transação (Considerando 15), eficácia na aplicação das outras diretivas materiais sobre contratação à distância e proteção material dos consumidores (Considerandos 15, 17 e 18), procura incluir serviços *on-line*, publicidade *on-line* e contratação *on-line* (Considerando 21), valorizar o fato que a transação *on-line* ocorre realmente no País de destino do serviço ou produto, País do consumidor e não no País de origem do serviço ou produto (Considerando 22) e assegurar livre circulação e produtos e serviços com proteção do consumidor na sociedade de informação (Considerando 27).

Realmente a complexidade, o imediatismo e a interatividade da sociedade de informação mereciam receber norma especial, apesar das múltiplas normas já existentes e anteriormente examinadas. Esta Diretiva é minimal (Considerando 36 e art. 3), concentra-se nas regras materiais mínimas para aceitação do consumidor suficientemente informado. (Considerando 30), aplica-se em conjunto com todas as demais normas materiais de defesa do consumidor (Considerando 55), aplica-se somente se o fornecedor tem sede na UE (Considerando 58), significando que a UE continuará a participar dos fóruns para uma solução global para o tema (Considerando 59), especialmente com seus estados parceiros (Considerando 62).¹¹¹

A regra principal é a do art. 1.º, segundo a qual cada País aplicará sua legislação aos prestadores estabelecidos em seu território (*Princípio do País de origem*) não podendo restringir a livre circulação de serviços de prestadores localizados em outros países da UE (*Princípio da não discriminação*). Note-se, porém,

¹⁰⁹ *Amtsblatt der EG*, n. L 144/24.

¹¹⁰ Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas, publicada no JO L 013, 19.01.2000, p. 0012-0020.

¹¹¹ *Amtsblatt L 178*, p. 1 a 8.

que o próprio art. 1.º, n. 4, permite aos países da UE tomarem medidas derogatórias destas normas principais, se estas medidas forem necessárias para a proteção da ordem pública, da saúde e segurança públicas, e da "defesa dos consumidores, incluindo os investidores" e estas medidas forem "proporcionais".

A Diretiva traz quatro capítulos, um de disposições gerais, definindo seu âmbito de aplicação e trazendo definições. Excluídos do seu campo de aplicação estão os jogos, prémios e loterias (arts. 1, 5, *d*), trazendo uma série de definições legais (art. 2), inclusive a de consumidor (art. 2, *e*) no mesmo sentido da Diretiva 93/31/CE. O segundo capítulo é intitulado "Princípios" regula o "regime do estabelecimento" destes prestadores e os deveres "de informação", trazendo os princípios de livre estabelecimento (art. 4), de informação (arts. 5, 6 e 10), de confidencialidade da aceitação (art. 11), regras sobre o direito de não receber produtos, serviços ou publicidade não requerida (art. 7), regras sobre conclusão dos contratos por meio eletrónico (art. 9) e sobre eventual responsabilidade do "prestador intermediário do serviço", quando o transmissor (art. 12) e quando armazenador temporário/*caching* e "servidor" (arts. 13 e 14). O capítulo terceiro regula a aplicação da Diretiva e traz regras sobre código de condutas (art. 16), sobre resolução extrajudicial de litígios (art. 17), acesso também a ações judiciais (art. 18), sobre cooperação administrativa e judicial e sobre as sanções (art. 20). O último capítulo, Das disposições finais, assegura um prazo até 17.01.2002 (art. 22) para que os ordenamentos jurídicos nacionais se adaptem às regras impostas pela União Europeia.

Sob o âmbito contratual, destacam-se os artigos da Diretiva 2000/31/CE referentes à informação obrigatória ao consumidor, que impõem um dever do "prestador de serviços" de identificação, de informar como contactá-lo, seu endereço eletrónico, sua localização geográfica, seus registros, identificação da tributação e de suas atividades sujeitas à autorização (art. 5.º), sobre suas práticas comerciais e "comunicações" comerciais (identificação da oferta) e publicidade (art. 6.º), informação sobre as diferentes etapas técnicas da celebração (art. 10, 1, *a*), se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador (art. 10, 1, *b*), sobre meios técnicos para identificar e corrigir erros anteriores à ordem de encomenda (art. 10, 1, *c*) e as línguas em que o contrato poderá ser celebrado (art. 10, 1, *d*), tudo para garantir um completo e esclarecido consentimento dos consumidores. Em matéria de atos ilícitos (na relação contratual ou fora dela), não foi imposto, porém, um dever ou obrigação geral dos prestadores de "vigilância sobre as informações que estes transmitem ou armazenem", muito menos "uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes" (art. 15.º da Diretiva).

A importância das linhas ditadas por órgãos da União Europeia é inegável e esta mesma UE, em dezembro de 1998, estabeleceu como prioridades em seu plano de ação política para 1999-2001¹¹² as linhas de futuro: 1) garantir voz ativa e participação dos consumidores na União Europeia e fortalecimento da sociedade civil organizada (associações civis e educação ao consumidor) para fazer fren-

¹¹² Veja "Consumer Policy Plan for 1999-2000", 02.12.1998, COM-98 696.

te no rápido e ilimitado mercado; 2) aumentar o nível de segurança, saúde e qualidade de produtos e serviços na Europa; 3) garantir completo respeito aos direitos econômicos dos consumidores, combatendo eficazmente os abusos no mercado, especialmente as práticas e cláusulas abusivas presentes nos serviços financeiros, nos serviços essenciais (ex-públicos), serviços de informação e no comércio eletrônico.¹¹³

3. Incorporação das Diretivas nos países europeus: o exemplo da Alemanha e a inclusão da figura do consumidor no Código Civil alemão de 1896

Muito se tem discutido no Brasil sobre a descodificação, a multiplicidade de microsistemas,¹¹⁴ os conflitos de leis especiais e gerais de direito civil e o papel das leis especiais de proteção do consumidor e das leis gerais civis¹¹⁵ e o futuro harmônico do direito do consumidor.¹¹⁶ A opção brasileira por um Código de Defesa do Consumidor, logo um conjunto harmônico de normas e princípios organizados por uma idéia básica, de proteção deste sujeito de direito novo, o consumidor, foi considerada uma das opções menos conflituosa e tem clara origem constitucional.¹¹⁷ No direito comparado, apenas a França conta com um Código, no caso, de Consumo (Code de la Consommation), o qual é mais uma consolidação de normas do que um Código *stricto sensu*.¹¹⁸ Nossos parceiros do Mercosul optaram por leis esparsas para regular as relações de consumo, assim a Argentina

¹¹² Veja Thierry Bourgoignie, Editorial - "Is there a future for consumer law and policy?" "Yes" says the European Commission, *Consumer Law Journal*, p. 440, 1998, e relatório geral, in *Consumer Law Journal*, p. 503-504, 1998. Deste plano destaca-se, igualmente, que pretende promover a representatividade dos consumidores nos fóruns internacionais (p. 9), a criação de uma *network* de especialistas em questões de consumo na Europa, o desenvolvimento de cursos de direito europeu do consumidor (p. 17), com a inclusão do tema na internacional em matéria de proteção do consumidor (p. 17), com a revisão da regra atual que nova Convenção de Lomé com as ex-colônias francesas e com a revisão da regra atual que permite as empresas europeias exportar para o mundo os produtos proibidos na Europa ou cujo standard de qualidade estão abaixo dos exigidos na Europa (p. 13), por fim, propõe novas medidas de acompanhamento do mercado (p. 13), nova regulamentação da segurança e da responsabilidade por serviços (p. 13), assim como a regulação do super-empodamento (p. 15) e da lealdade comercial, veja Bourgoignie, p. 441.

¹¹³ Veja por todos Fábio Andrade, *Da codificação*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1997, p. 19 *et seq*.

¹¹⁴ Veja sobre o tema minha análise, em Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 1999, p. 218-279.

¹¹⁵ Veja sobre o tema artigo do Antônio Junqueira Azevedo, "O direito pós-moderno e a codificação", *Revista de Direito do Consumidor* 33/123-129.

¹¹⁶ Veja Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 9-10.

¹¹⁸ Veja Jean Calais-Auloy, "El Código Francés del Consumo", *Derecho del Consumidor*, vol. 9, p. 65-71, Buenos Aires, 1998.

coluiu a Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240/93, modificada substancialmente em 1998,¹¹⁹ o Paraguai aprovou sua lei sobre proteção do consumidor em dezembro de 1998¹²⁰ e o Uruguai aprovou a Lei 17.189/99 em setembro de 1999.¹²¹ Muitos consideram o direito do consumidor como direito comercial ou ramo do direito econômico; alguns propugnam sua autonomia em relação ao direito civil.¹²²

Significativo, pois, que a Alemanha tenha optado por recodificar e incluir o direito do consumidor dentro do direito civil geral e de seu famoso Código Civil BGB. Vejamos, pois, como esta modificação deve operar e quais as principais normas introduzidas no BGB para a proteção do consumidor.

3.1 A opção pela re-codificação do direito do consumidor na parte geral

A opção alemã para sistematizar as normas de proteção do consumidor, muitas delas oriundas da União Europeia e até então esparsas, foi a inclusão na parte geral, no capítulo dedicado às pessoas (*Erster Abschnitt, Personen*), das figuras do consumidor (§ 13 do BGB) e do fornecedor (§ 14 do BGB). Note-se que não houve definição de relação de consumo, considerada apenas mais uma relação jurídica (*Rechtsgeschäft*), que continua a ser regulada pelo § 104 *et seq.* do BGB de 1896.

Presente um consumidor, a relação jurídica civil é entre fracos (leigos) e fortes (profissionais), regulada pelo Código Civil e aplicáveis as normas tutelares de consumidores já incluídas no BGB. Neste aplica-se a norma civil comum e a norma civil especial, que privilegia os consumidores assegurando-lhes alguns direitos qualificados, como, por exemplo, o direito de arrependimento em qualquer tipo de contrato, contratos à distância, contratos financeiros e de crédito securitários e outros assegurados no § 361a BGB; o direito de não receber serviços e produtos que não requisitou, assegurado pelo § 241a do BGB; o direito à

¹¹⁹ Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240/93, modificada pela Ley 24.999, de 1.º.07.1998, publicada na íntegra na *Revista de Derecho del Consumidor* 27/239-240, 1998.

¹²⁰ Ley 1.334, 27.10.1998, publicada na íntegra na *Revista de Derecho del Consumidor* 30.1999.

¹²¹ Normas Relativas a las Relaciones de Consumo, Ley 17.189, de 20.09.1999, publicada na íntegra na *Revista de Derecho del Consumidor* 33/262-270, 2000.

¹²² Veja sobre o tema a expressiva defesa de Botana e Muñoz, considerando o direito do consumidor o pólo "unificado" do direito privado, mas contra a autonomia do direito do consumidor (espanhol), por considerar que isto enfraqueceria os atuais direitos dos consumidores, Gema García Botana, Miguel Ruiz Muñoz (Coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Ciencias Jurídicas, 1999, p. 24-26. Evidentemente, se observarmos o ocorrido com o Direito do Trabalho, também nascido do direito civil e com cunho social, tanto o radicalismo de algumas soluções, como a sua atual "flexibilização" destruidora, preconizam que a reinserção no direito civil geral pode ser, efetivamente, um caminho de meio, mais harmônico e suficiente para alcançar o seu fim, que é a proteção do sujeito de direitos mais fraco nesta relação mista (comerciantecivil).

transferência de dinheiro em contas e depósitos no prazo fixado ou a juros, independentemente de culpa da instituição bancária e de crédito, assegurado pelo § 10 do BGB. Assim como os direitos assegurados aos consumidores em leis esparsas, como o direito de interpretação mais favorável das cláusulas contratuais, assegurado no § 24 da AGBG, lei especial para os contratos de adesão ou as condições gerais contratuais; e, em matéria de crédito ao consumidor, o direito de conexão entre o negócio de pagamento por cartão de crédito e o negócio principal de consumo, direito assegurado pelo § 9 da Lei de Crédito ao Consumidor (*VerbrKG*); e também o direito de não lhe serem exigidas garantias abusivas como cheques pré-datados e letras de câmbio assinadas, assegurado pelo § 10 da Lei de Crédito ao Consumidor (*VerbrKG*). Trata-se, pois, de uma relação jurídica civil, entre privados, com direitos privilegiados para um dos partícipes, o consumidor, pois frente ao empresário. Aplicam-se os princípios gerais do direito civil alemão, inclusive a sua muito desenvolvida linha de boa-fé objetiva, e princípios de proteção do sujeito mais fraco, o consumidor, que recebe direitos especiais como forma de reequilibrar a relação jurídica (em especial, a relação contratual).

Vejamos, pois, quem é este consumidor, de tantos direitos civis novos e quem é seu parceiro, o empresário ou fornecedor de produtos e serviços na sociedade alemã atual. O interessante é determinar como estas linhas podem ser comparadas com as atuais linhas brasileiras e do Mercosul, considerando que é uma opção original alemã, uma vez que a União Europeia jamais definiu consumidor de forma genérica para todas as suas normas e que o Mercosul tentou realizar tal definição genérica e falhou.

3.1.1 Opção por uma definição restritiva de consumidor

Sem dúvida alguma, a modificação mais importante da reforma de junho de 1990 foi a da Parte Geral do BGB, com a inclusão do consumidor como "novo" e autônomo" sujeito de direitos. Trata-se de uma definição restritiva (ou finalista, como diríamos nós), que só inclui a pessoa física e exclui a finalidade de lucro ou inclusão do negócio jurídico no âmbito comercial ou profissional. Trata-se de uma definição de inclinação um tanto contratualista, o que se compreende tendo em vista a eficaz proteção legal a todas as vítimas de atos ilícitos e fatos do produto e do serviço já existente no ordenamento jurídico alemão e a também tradicional tendência alemã (desde a teoria da culpa in contrahendo de Jhering) de solucionar novos problemas através de uma ampliação ou analogia ao regime contratual e da boa-fé objetiva.¹²³

No original a nova norma alemã traz o seguinte texto: "§ 13 Verbraucher – Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann". O que pode ser livremente traduzido como:

Veja como uma série de responsabilidades pré e pós-contratuais foram incluídas no regime contratual, em Michel Pédamon, *Le contrat en Droit Allemand*, Paris, LGDJ, 1993, p. 20 *et seq.*

341B-S 13. Consumidor — Consumidor é qualquer pessoa física, que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional”.

Esta definição negativa (finalista) de consumidor contém as características internacionalmente mais aceitas de consumidor: quais sejam, a de sua *não profissionalidade*, de *pessoa física* (a relembrar o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados), de *contratante* ou *participante de um negócio jurídico visando produtos e serviços*.¹²⁴ Esta definição pode ser criticada por ser excessivamente restritiva ao concentrar-se somente nos negócios jurídicos de consumo, mas se observarmos a fonte europeia, veremos que as Diretivas visavam justamente assegurar direitos contratuais de tutela especial deste consumidor, como no caso dos contratos à distância, dos contratos de turismo como *time-sharing*, de viagens, de pacotes turísticos, contratos financeiros e bancários. A regra alemã segue este modelo. Aqui visualizo uma vantagem para o modelo brasileiro ou do Mercosul, pois protege também o *usuário destinatário final* (art. 2.º, *caput*, do CDC), aquele que não contratou, aquele vulnerável (art. 4.º, I, do CDC), que não negociou, mas está “inserido” (par. ún. do art. 2.º do CDC) ou está “exposto” (art. 29 do CDC) a uma prática, esta sim contratual ou comercial (art. 30 *et seq.* do CDC).

Outra crítica possível é o fato de a definição não ser positiva (exemplo: exigir a “destinação final”), mas sim negativa. Note-se que a recente Lei norte-americana sobre assinatura eletrônica preferiu uma definição positiva de consumidor: “2004 — SEC. 106. Definitions. For purposes of this title: (1) Consumer. — The term ‘consumer’ means an individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such an individual”.¹²⁵

Interessante notar que em todas as Diretivas europeias,¹²⁶ a definição de consumidor sempre foi a da pessoa física que age fora de sua profissão, para fins

¹²⁴ Assim defendi, em Cláudia Lima Marques, “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral, XXVII”, *Curso de Direito Intencional da OEA/2000*, Centro Jurídico Interamericano, Ed. OEA/CJI — Secretaria Geral, Washington, p. 28 *et seq.*, no prelo.

¹²⁵ U.S. — Electronic Signatures in Global and National Commerce ACT, de 08.06.2000. *Final* tradução livre: “(1) Consumidor — O termo consumidor significa um indivíduo que obtém através de uma transação, produtos ou serviços os quais serão usados primariamente para fins pessoais, familiares e em sua moradia e também significa o representante legal de tal indivíduo”.

¹²⁶ Assim a Diretiva 93/13 sobre cláusulas abusivas: “a pessoa física, que em contratos que recaem no campo de aplicação da diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional ou comercial” (art. 2.º b). Também a Diretiva 94/47/CE sobre contratos de *time-sharing*: “Art. 2.º A efectos de la presente Directiva, se entenderá por *adquirente*: toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la presente Directiva, con fines que se pueda considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional, se le transfiera el derecho objeto del contrato, o sea la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato”. Texto em espanhol oficial

privados e/ou familiares, frente a um profissional.¹²⁷ Três aspectos podem ser destacados: a internacionalidade desta definição, a exclusão da pessoa jurídica e a exclusão implícita das relações entre iguais leigos ou iguais profissionais.

Em primeiro lugar, destaque-se que uma definição “finalista” (e restritiva) como esta que funciona bem em casos internacionais e em casos nacionais. Este fato já foi destacado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal.¹²⁸ Considerando o aumento do comércio exterior há necessidade de uma definição de consumidor destinatário final restritiva, ou face à ampla definição do art. 54 do CDC todos os contratos internacionais (que, em sua maioria, são efetivamente contratos de adesão) estarão incluídos no campo de aplicação das normas protetivas aos consumidores.

Como declarada “finalista”,¹²⁹ após a definição restritiva alemã. Efetivamente, considero que a definição de consumidor do art. 2.º do CDC deve ser interpretada “restrictivamente” dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Trata-se do pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2.º de maneira restrita, como destinatário final fático e econômico,¹³⁰ como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º.

Parece-me que “destinatário final” é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência; é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Javier Letic Achúcar, *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Barcelona, Cedeo, 1997, p. 345.

Assim Werner Lorenz, “Kollisionsrecht des Verbraucherschutzes: anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit”, *IPRA*, p. 429, Heideberg, 1994, excluindo a relação “Privado-Privado” ou “consumidor-consumidor”, face ao campo de aplicação das diretivas, sempre voltadas para a atividade dos profissionais, fornecedores.

Veja Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, acórdão promulgado em 1.º.12.1999, rel. Min. Maurício Corrêa, publicada na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor* 33/253-262, abr./jun. 2000.

MARQUES, *Contratos*, p. 149.

Contra esta posição, considerando que “não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu”... porque “subverter-se-ia a estrutura do sistema, transformando-se o aplicador da lei em legislador, o que não pode ser infenso à críticas”, Roberto Senise Lisboa, *Contratos difusos e coletivos*, São Paulo, RT, 1997, p. 300-301.

Em dezembro de 1999, o *Supremo Tribunal Federal, no caso Teka versus Aiglon*,¹³¹ apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em decisão que merece nossa atenção:

Neste caso, entre duas grandes empresas, a Tecelagem brasileira comprara algodão para fazer seus produtos e fora condenada a pagar certa quantia por laudo arbitral estrangeiro. No momento da homologação da sentença arbitral pelo Supremo Tribunal Federal, alegou a pessoa jurídica brasileira ser "consumidora" do algodão (efetivamente "consumido"/modificado para elaboração de tecidos) e que, como tal, não teria o contrato seguido os cuidados necessários de desaque das cláusulas limitadoras de direitos do consumidor (art. 54 do CDC), assim como os deveres de informação frente ao consumidor não teriam sido cumpridos (arts. 18, 30, 46, 54 do CDC), que tal cláusula de eleição do foro (no caso, do árbitro) seria nula, uma vez que não se aplicam a consumidores por força do art. 51, VII, do CDC (instância "compulsória").

Neste *leading case*, o Supremo Tribunal Federal deixou bem claro que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como comércio internacional de produção não está abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor e que a destinação final exigida pelo art. 2.º do CDC deve levar em conta as circunstâncias do caso:

"De igual forma, o laudo exarado pela Liverpool Cotton Association Ltd. nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado ao consumidor final, conforme prevê o art. 2.º, que define o consumidor como toda 'pessoa física ou jurídica que adquiere ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'".¹³²

O item 5 da referida ementa chega a afirmar, mais do que finalisticamente: "Homologação de laudo arbitral estrangeiro... Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor... 4. *O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu art. 2.º, aplica-se somente a pessoa física ou jurídica que adquiere ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*"

Se a todos considerarmos "consumidores", a nenhum trataremos diferentemente. Note-se que a opção alemã foi a de definir consumidor restritivamente, subjetivamente como pessoa física e leigo, elaborando normas especiais para este sujeito de direitos especial, incluindo-o no direito civil geral. A opção brasileira foi a de elaborar um conjunto de normas especiais para o consumidor, um código.

¹³¹ Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, acórdão promulgado em 1.º 12.1999, rel. Min. Maurício Corrêa. Veja meus comentários a esta decisão do STF, junto com Eduardo Turklenicz, "Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2.º do CDC", *Revista de Direito do Consumidor* 36, 2000, o qual reproduzimos.

¹³² Frase de f. 253 do original, Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, acórdão promulgado em 1.º 12.1999, Min. Maurício Corrêa.

Note-se que em nenhuma destas duas opções o direito "especial" de proteção imposto pelo Código de Defesa do Consumidor ou o direito social de proteção dos mais fracos do BGB passaria a ser um direito de todos os civis. Se assim fosse, tudo seria novamente direito civil geral, tudo seria "direito do consumidor", todos seriam "consumidores", iguais, nenhum necessitaria de proteção especial. Ao contrário, hoje com as contratações massificadas e pós-modernas, uma norma civil comum já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado, para proteger de forma eficaz o sujeito não-igual, o sujeito mais fraco, o leigo não-profissional. O direito civil há que ser social. *Miser delinir, restringir e proteger os mais fracos*. Tratar desigualmente os desiguais é o caminho atual do direito civil.

Note-se que o BGB alemão não criou nenhum tipo de consumidor equiparado, no que pode ser criticado. Quanto às definições de consumidor equiparado do Código de Defesa do Consumidor, também não foram elas citadas no *leading case* do STF antes mencionado. Efetivamente, no Direito brasileiro, são consumidores equiparados *ex vi* o par. ún. do art. 2.º do CDC a *coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço, ex vi* o art. 17 do CDC, *todas as vítimas* dos fatos do serviço, por exemplo, os passageiros na rua quando avião cai por defeito do serviço e *ex vi* o art. 29 do CDC, *todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis in concreto*.¹³³ Estas definições fazem parte do sistema de proteção do Código de Defesa do Consumidor e são fundamentais: sua não menção no caso analisado talvez se deya ao fato de o Ministro-relator do Supremo Tribunal Federal ter considerado este contrato internacional como paritário e não como contrato de adesão.¹³⁴

O segundo aspecto a ser destacado desta definição alemã é a exclusão da pessoa jurídica como consumidora. O tema é polémico. O Mercosul, ao contrário, aceitou, em Protocolo que ainda não está em vigor, a pessoa jurídica como consumidora. Efetivamente, o Anexo I do Protocolo de Santa Maria dispõe:

"a) Consumidor - É toda pessoa física ou jurídica que adquiere ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela.

Equipare-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo.

Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquirir, armazenar, utilizar ou consumir produtos ou serviços

¹³³ Nessa sequência de artigos, assim classificou os tipos de consumidores, Waldirio Bulgarelli: Coletividade de Consumidores, Consumidor Vítima e Consumidor Ameaçado, Waldirio Bulgarelli, *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*, 2.ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, p. 28.

¹³⁴ Tal expressão fica bastante difícil face ao amplo texto do art. 54 do CDC. O item 4 da ementa expressamente exclui a natureza de contrato de adesão ao contrato realizado entre Teka e Aiglon.

com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação de serviços".¹³⁵

A experiência europeia, como vimos, não foi esta.¹³⁶ Neste caso, o Mercosul segue o modelo do Código brasileiro.

O terceiro aspecto a ser destacado é a exclusão das relações entre dois iguais, dois consumidores ou dois empresários. A primeira relação jurídica é regulada pelo direito civil comum (não se aplicam os §§ 13 e 14 do BGB) e a segunda é regulada pelo direito comercial comum (não se aplicam os §§ 13 e 14 do BGB). Isto pode parecer simples, mas a prática tem evidenciado uma grande polêmica sobre este assunto. Efectivamente, muitas discussões há na jurisprudência brasileira sobre este tema, especialmente frente à vontade de muitos serem considerados consumidores para receber em dobro o cobrado indevido (art. 42 do CDC) ou reduzirem sua multa de mora a 2% (art. 52 do CDC). Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça — por muitos considerado maximalista — decidiu que a relação entre condomínio e condôminos não é de consumo, apesar da prestação de um serviço "final" para uma das partes frente a um ente despersonalizado, que é o condomínio. Esta decisão bem define a necessidade de se distinguir o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no que realmente importa, a defesa do mais fraco e excluir o Código de Defesa do Consumidor como instrumento de tratamento entre iguais civis para prejuízo da coletividade e de quem realmente necessita ser tutelado de forma especial. A ementa deste *leading case* foi:

"Condomínio habitacional. Despesas. Código de Defesa do Consumidor. Repetição em dobro do pedido indevido. Não é relação de consumo a que se estabelece entre os condôminos, relativamente às despesas para manutenção e conservação do prédio e dos seus serviços. Reconhecida a existência de débito, apenas indeferida parte do pedido por questão processual, não se aplica a sanção prevista no art. 1.531 do CC. Recurso conhecido, em parte, pela divergência, mas improvido".¹³⁷

Aqui mais uma vez se conclui: o direito é a arte de distinguir a favor da Justiça.

¹³⁵ ARAÚJO, Nádia; MARQUES, Frederico Magalhães; REIS, Márcio. *Código do Mercosul — Tratados e legislação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 161.

¹³⁶ Também o *Codice civile* italiano define de forma restrita o consumidor sempre como pessoa física: "1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore (1). — (1) Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (2). (1) In relazione al contratto di cui al primo comma, il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma".

¹³⁷ REisp 187.502-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.02.1999, RSTJ 119/496, ano 11 jul. 1999.

3.1.2 Opção pela definição de empresário (Unternehmer) conectando da profissionalidade do provedor

Note-se que empresário (*Unternehmer*), segundo o novo § 14 do BGB é "uma pessoa física ou pessoa jurídica ou uma sociedade de uma pessoa, que na conclusão de um negócio jurídico está usando de ou com a finalidade profissional de atividade própria ou comercial."¹³⁸ Este empresário é o provedor, aquele que exerce uma atividade profissional ou comercial com fim de lucro no mercado e negocia com o consumidor. Interessante é a escolha da expressão, típica do direito comercial de hoje.¹³⁹ O Direito alemão preferiu não usar a expressão tradicional *Kaufmann* (comerciante),¹⁴⁰ normal desde 1976, com a AGBG, a lei de condições gerais contratuais. Esta decisão talvez pela grande atividade legislativa da lei em relação às atividades financeiras, creditícias e bancárias (as quais, diga-se de passagem, também são comércio...), talvez por necessidades de atualização... Ainda é cedo para afirmar se o Direito alemão caminha para uma "unificação" do direito privado, proposta entre nós desde Teixeira de Freitas,¹⁴¹ mas é indiscutível que o atual BGB, renovado pela figura do "empresário" e do "consumidor", combata a sujeição dos "não-comerciantes" (como queria Vivante) às regras do direito comercial, superando assim a ainda muito em voga no Brasil teoria dos "atos de comércio". Os "atos de consumo" são submetidos *ex vi lege* às novas normas de direito alemão.¹⁴²

No original: "§ 14. I. Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt". BGBL. Teil I n. 28, 29. Juni 2000, p. 899.

Sobre o tema Fábio Konder Kompareto, "Direito empresarial - Aspecto da denominação direito empresarial - Relevância da empresa na sociedade moderna", *RDM* 104/110 *et seq.*, ano XXXV, out./dez. 1996.

No direito alemão, *Kaufmann* é o comerciante, definido pelos § 1 a 6 do Código Comercial alemão (HGB), e o direito comercial, segundo Brox, é o direito privado especial dos comerciantes ("Das Handelsrecht ist das Sonderprivatrecht der Kaufleute"), in Hans Brox, *Handelsrecht und Wertpapierrecht*, 11. ed., Beck, Munique, 1994, p. 1.

Entre nós a ideia de unificação do direito privado através do Direito das Obrigações é reincidente, assim Teixeira de Freitas, em 1854, o anteprojeto de Código das Obrigações de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães, de 1941, em 1962, os projetos de Códigos de Cato Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, em o atual projeto Reale de 1972 (Parecer 842, de 1997). Veja sobre o tema Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 359 *et seq.*

Assim Reale, p. 360. Pergunta-se agora se o BGB caminha, à semelhança do Codice Civile de 1942, para superar o Código Comercial alemão (HGB) e reunir "a disciplina privada das "atividades económicas num mesmo diploma legal" (frase de Fábio Ujhão Coelho, *Curso de Direito Comercial* 1/17, São Paulo, Saraiva, 1998) ou se seguirá a opção do Projeto Reale brasileiro, que reúne as obrigações, mas onde o direito comercial continua a existir, veja Reale, p. 362-363: "O direito comercial não pode, nem deve desaparecer, embora as suas normas fundamentais passem a integrar o Código Civil" (Reale, p. 363).

A opção alemã é, pois, diferente da brasileira e da dos outros países do Mercosul, que preferiram criar uma nova figura, a do "fornecedor de serviços e produtos". Esta opção alemã, porém, pode abrir algumas possibilidades novas, especialmente no que diz respeito ao comércio eletrônico e à publicidade dos tempos atuais. Na definição alemã, a concentração é toda subjetiva, na presença de um profissional ou comerciante no negócio jurídico, implicitamente no fim de lucro da atividade profissional ou comercial deste agente no mercado, não no fato de este agente "fornecer" efetivamente algum produto ou serviço, remunerado ou não, neste mercado globalizado e desmaterializado.¹⁴³ Em outras palavras, mesmo que o "empresário" esteja no mercado apenas, por exemplo, informando o consumidor através de uma publicidade, telefonando para o consumidor para oferecer-lhe um prêmio "gratuito", enviando-lhe um e-mail, colocando sua bandeira, seu banner, sua marca em um portal, há relação de consumo, há negócio jurídico (unilateral), e o consumidor tem direitos de informação, de não receber informações e produtos não queridos, direito de privacidade de seus dados, de arrependimento do futuro contrato etc. Ao contrário, a concentração na figura do "empresário" impõe um risco *ex vi lege* a todos os agentes profissionais que contatam com os consumidores, de informar mais, de não pressionar, de permitir a livre escolha, de redigir melhor as cláusulas, de cumprir com todos os novos privilégios "civís" destes leigos.

Dois exemplos podem bem delimitar a importância deste novo *approach* mais comercial. O primeiro se refere à responsabilidade dos portais e intermediários dos dados (provedores de acesso, por exemplo) na sociedade de informação. A diretiva europeia sobre comércio eletrônico possui regra especial isentando inicialmente de responsabilidade pelo resultado do contrato o simples intermediário, mas responsabilizando-o se for mais do que isto ou se houver falha (ou defeito) no seu âmbito de intermediação. A verdade é que o portal permite que a atividade comercial se globalize, que a oferta comercial e a publicidade globalizem-se e atinjam o consumidor onde ele estiver fisicamente. A Comissão de Expertos que reformou a Convenção de Bruxelas de 1968 sugeriu um alargamento da proibição

¹⁴³ Em meu recente trabalho, "Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços", *Revista de Direito do Consumidor* 35/63 *et seq.*, 2000, defendi a idéia que a crise da pós-modernidade no direito advém também da modificação dos bens economicamente relevantes, que na idade média eram os bens imóveis, na idade moderna, o bem móvel material e que na idade atual seria o bem móvel imaterial ou o desmaterializado "fazer" dos serviços, do *software*, da comunicação, do fazer, da segurança, da educação, da saúde, do crédito. Se são estes bens imateriais e fazeres que são a riqueza atual, os contratos que autorizam e regulam a transferência destas "riquezas" na sociedade também têm de mudar: evoluir do modelo de dar da compra e venda para modelos novos de serviços e dades complexos, adaptando-se a este desafio desmaterializante "pós-moderno". Veja também nosso livro, *Contratos*, p. 89 *et seq.* Os sociólogos preferem estudar o fenômeno na mudança dos meios de produção: pré-industrial, industrial e pós-industrial ou informacionalismo (informationalism), veja Castells analisando os ensinamentos de Touraine, Manuel Castells, *The rise of the network society*, vol. I, *The Information age: economy, society and culture*, Massachusetts, Blackwell, 1996/1999, p. 14 *et seq.*

A eleição do foro para os contratos de fornecimento de produtos e serviços para os consumidores finais na Europa (União Europeia e Espaço Econômico Europeu) sempre que o fornecedor tenha alguma filial, sede, representante, exerça quaisquer atividades negociais ou profissionais por qualquer meio no País de domicílio do consumidor.¹⁴⁴ A idéia da Comissão é de que a simples publicidade na *internet* já bastaria para caracterizar esta "atividade negocial" e que a nova regra protegeria igualmente o turista, que geralmente prefere marcas existentes também em seu País (garantia, pós-venda, conhecimento etc.).¹⁴⁵

Outro exemplo refere-se à marca. Não só a publicidade é globalizada, mas também as marcas se tornam globalmente "consolidadas", criando confiança naquele produto ou serviço, no seu grau de qualidade, na possibilidade de pós-venda e a expectativa para o consumidor que uma garantia acompanhará este produto onde quer que ele se encontre, onde quer que tenha sido produzido ou comercializado. Em recente *leading case* o Superior Tribunal de Justiça responsabilizou a filial brasileira pela garantia de produto adquirido nos EUA (distribuído pela matriz no Japão e produzido possivelmente na Indonésia ou China), da marca Panasonic, tudo segundo o Código Brasileiro de Direito do Consumidor, considerado "lei de aplicação imediata".¹⁴⁶ O RESP 63.981/SP, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo, foi decidido em 04.05.2000, com a seguinte ementa:

¹⁴⁴ A modificação pensada do art. 13, I, e seria: "in allen anderen Fällen, wenn der andere Vertragspartner in dem Staat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit betreibt oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschliesslich dieses Staats, ausübt und der Vertrag in dem Bereich dieser Tätigkeit fällt", Jayme/Kohler, *Iprax*, p. 405, 1999.

¹⁴⁵ Assim noticiam, Jayme/Kohler, *Iprax*, p. 405, 1999.

¹⁴⁶ Trata-se da técnica de Direito Internacional Privado de identificação de algumas leis ou normas internas, que por sua importância e íntimo contato com os interesses governamentais ou a ordem pública de um País, devem ser seguidas por todos e em todas as relações privadas com contatos fortes com aquele País. São as chamadas "leis de aplicação imediata" para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem necessidade de antes passar pelo método de Direito Internacional Privado de indicação de uma lei aplicável, pois esta própria lei "de aplicação imediata" ou lei de "polícia" tem pretensões de aplicação genérica e extraterritorial sempre, não importando se são leis de direito privado ou público, uma vez que positivam fortes interesses de organização da sociedade estatal. Como a chamada lei de aplicação imediata é ditada ou resolve o conflito diretamente, sua aceitação e identificação hierárquica dentro do Direito Internacional Privado é uma técnica (por sinal cada vez mais usada) de "materialização" das novas regras de conflitos de leis. Este fenômeno geralmente é conhecido pela expressão francesa "lois d'application immédiate", popularizadas pelos estudos do grande professor grego Francescaklis desde 1958, apesar do estudo muito semelhante do italiano De Nova ("norme sostanziali autoimfiante", "norme di applicazione necessaria"), datar de 1939. A segunda expressão francesa, "lois de police" ou leis de polícia, também ficou mais conhecida do que a expressão alemã, a significar leis obrigatórias, "zwingende Normen" (a expressão de Savigny era "Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur"), veja, por todos, Ivo Schwander, Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Schuitness, Zurich, 1975, p. 132 a 184.

"Direito do consumidor. Mercadoria adquirida no exterior com defeito. Obrigação da empresa nacional da mesma marca de reparar o dano. A realidade atual indica que estamos vivendo em um mundo de economia globalizada. As grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincialismo e alcançaram universalidade. Pelas peculiaridades da espécie, a Panasonic do Brasil Ltda. responde pelo defeito de mercadoria da marca Panasonic adquirida no exterior."

O Superior Tribunal de Justiça bem aplicou o Código de Defesa do Consumidor como lei de aplicação imediata ou lei de ordem pública internacional.¹⁴⁷ O Superior Tribunal de Justiça considerou, pois, que na definição de fornecedor do art. 3.º do CDC inclui-se todo o grupo de fornecedores da mesma marca, inclusive a filial brasileira do mesmo grupo multinacional. Toda a cadeia de fornecedores, inclusive quem apõe a marca e com isto se beneficia da publicidade e da marca globalizada, é considerada fornecedora de produtos ou serviços neste novo mercado.¹⁴⁸ Interessante considerar que o Superior Tribunal de Justiça considerou que a Panasonic do Brasil Ltda., outra pessoa jurídica do que a companhia-mãe japonesa e que a Panasonic dos Estados Unidos (distribuidora) beneficiou-se da marca e "colocou o produto no mercado", segundo os arts. 12 e 18 do CDC. Não houve desconsideração da personalidade da pessoa jurídica (art. 28 do CDC), como pedia o autor, pois o Superior Tribunal de Justiça considerou que não houve ilícito ou abuso por parte da Panasonic,¹⁴⁹ mas sim que havia responsabilidade do fornecedor (logo, garantia), reafirmando a regra *cujus commodum, ejus periculum*, isto é, quem comercializa, produz, distribui e age de forma comercial globalizada, também pode ter o ônus de ter que dar assistência técnica no mundo inteiro, através de suas filiais espalhadas também pelo mundo inteiro. Dado ao "elevado conceito que essa marca mundialmente desfruta" e à "propaganda mundial que é

¹⁴⁷ No 5.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor foi aprovada a seguinte tese: "11. As normas do CDC, como expressamente consignado em seu art. 1.º, são de 'ordem pública e de interesse social', entre a ordem pública local e a ordem pública estrangeira o juiz deve preferir a ordem pública de seu País; as disposições do CDC, por serem normas de ordem pública, não podem deixar de ser aplicadas às relações de consumo que envolvem consumidores residentes no território nacional, ressalvada a aplicação cumulativa da legislação estrangeira mais favorável (aprovada por unanimidade)". *Revista de Direito do Consumidor* 35/265, 2000.

¹⁴⁸ Do voto do Min. Asfor Rocha, f. 7 no original, REsp 63.981, retira-se: "Essas grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincialismo e alcançaram a universalidade. É certo que podem até ter ... personalidade jurídica distinta, mas que se acham unidas por receberem a mesma atuação estratégica, e guardarem em comum a sujeição a um mesmo comando ... tanto que a propaganda, ainda que possa respeitar determinadas peculiaridades locais, é a mesma; quem compra uma máquina firmadora Panasonic em qualquer País que seja, o faz movido pela propaganda que lhe impulsiona a acreditar na respeitabilidade dessa marca, acreditando na correção da fabricação desses produtos e certo de que, seja em que País esteja, será reparado por qualquer vício ou defeito que possa posteriormente surgir".

¹⁴⁹ Voto vencido do Min. Barros Monteiro, p. 1, voto original, REsp 63.981/SP.

falta em torno" desta marca, "aproveitando, essa empresa nacional, todas as vantagens que são decorrentes desse conceito mundial, evidentemente que ela tem que oferecer algo em contrapartida aos consumidores dessa marca, e o mínimo que disso possa decorrer é o de reparar o dano sofrido por quem compra mercadoria defeituosa, acreditando no produto".¹⁵⁰ Esta parece ser uma necessidade nos tempos atuais, tanto que a Lei de Defesa do Consumidor argentina (Ley 24.240, reformada em 1998, art. 40) expressamente impôs responsabilidade solidária ao "productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio".¹⁵¹

Como se observa também no Brasil a necessidade de uma definição ampla e conectada na atividade comercial, profissional e com fim de lucros dos "fornecedores" está cada vez mais presente. As grandes discussões atuais são sobre a "gratuidade" das relações bancárias, por exemplo, os depósitos em contas de poupança popular, a "gratuidade" dos cartões de desconto, que se multiplicam em nosso mercado, a "gratuidade" e a responsabilidade dos provedores de *internet*. No 5.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor foi aprovada a seguinte tese: "7. A cláusula de não-indenizar constante dos contratos celebrados com o provedor de acesso refere-se à responsabilidade decorrente da obrigação do provedor e não pode ser transferida a terceiros. Desta maneira, responsável será o provedor de acesso, quando tratar-se de dano ocasionado ao consumidor por falta no serviço prestado, não podendo escusar-se a empresa provedora de qualquer responsabilidade, nem transferi-las a terceiros por meio de cláusula exonerativa de responsabilidade (aprovada por unanimidade)".¹⁵² E a moção: "1. O provedor de *internet* quando participa, por qualquer meio, diretamente das atividades previstas no art. 3.º do CDC, é considerado solidariamente responsável nos termos do Código de Defesa do Consumidor pelo produto ou serviço que anuncia (aprovada por unanimidade)".¹⁵³

1.2 Análise de algumas modificações do BGB e nas leis especiais alemãs

Em resumo, o sistema alemão agora é o seguinte: as relações entre os consumidores e os empresários são agora reguladas pelo BGB (complementado pelas leis esparsas de defesa do consumidor ainda existentes). As relações entre dois empresários continuam reguladas pelo Código Comercial e leis esparsas comerciais. As relações entre dois "consumidores" significam a ausência de um consumidor, logo, reguladas pelo direito civil geral, sem privilégios para nenhum dos dois "consumidores". As modificações do BGB entraram em vigor imediatamente, assim como as das leis especiais de defesa dos consumidores.

Voto do Min. Asfor Rocha, f. 7, *in fine*, voto visto original, REsp 63.981/SP.

Texto do art. 40, Ley 24.240/93, modificada pela Ley 24.999, in *Código de Comercio*, Ed. Zavalla, 2000, p. 806.

Publicada na *Revista de Direito do Consumidor* 35/266, 2000.

Idem, p. 267.

3.2.1 Direito de arrependimento genérico e regras para contratos financeiros e bancários e uso de cartões eletrônicos

As principais modificações do Código Civil alemão, além da inclusão das figuras do consumidor (§ 13 BGB-*Verbraucher*) e do fornecedor (novo § 14 BGB-*Unternehmer*), foram na parte especial. Criou-se para os consumidores, em todos os contratos, um direito de arrependimento genérico no novo § 361a BGB e que ficou-se ainda mais o dever de informar para os fornecedores no novo § 361b do BGB.¹⁵⁴ Também foi incluído um novo § 241a, sobre prestação de coisas não requeridas, afirmando expressamente que este tipo de envio “não querido” de produtos ou serviços não gera qualquer pretensão ao fornecedor e nem deve gerar nenhum ônus ao consumidor.¹⁵⁵

Foram igualmente modificados para beneficiar os consumidores os artigos referentes aos contratos de viagens, especialmente sobre as informações a serem prestadas, § 651a, Abs. 5, e foi aumentada a limitação da responsabilidade para os seguradores e instituições financeiras em caso de viagens, agora de 70 a 200 milhões de Marcos (§ 651k, Abs. 2.1).

Também foram reforçadas as regras sobre a vinculação dos prêmios prometidos ou informados pelos fornecedores (§ 661a) e as regras sobre transferências bancárias (§ 676g, Abs. 1, Frase 4)¹⁵⁶ e incluída uma nova norma sobre uso abusivo de cartões de pagamento (§ 676h, todos do BGB).¹⁵⁷ Note-se que as regras sobre contas de giro (contas correntes) (§ 676f) e transferências financeiras (§ 676a *et seq.* do BGB) há muito integram o Código Civil alemão, não havendo neste País de primeiro mundo nenhuma dúvida de que estas regras de proteção dos civis se aplicam às instituições bancárias e financeiras e de cartões de crédito. A dúvida no Brasil, por força do *lobby* dos bancos, foi tão grande que agora pretendem-se por Portaria do Bacen, defender o consumidor-bancário. Bem, estas regras alemãs beneficiam os consumidores leigos, pessoas físicas, de forma especial, mas também se aplicam aos investidores, pessoas físicas ou jurídicas. Só para se ter um exemplo, o § 676b do BGB impõe uma responsabilidade objetiva, independentemente da existência de culpa, aos bancos e instituições financeiras (responsabilidade solidária de toda a cadeia de fornecimento de serviço), em caso de “não executar a transferência (bancária) no prazo” e ainda impõe o pagamento de

^{154a} BGBI Teil 1 n. 28, 29.juni.2000, p. 899-900.

^{154b} Idem, p. 899.

^{154c} Idem, p. 900-901.

^{155a} No original: “§ 676h. Missbrauch von Zahlungskarten. Das Kreditinstitut kann Aufwändensersatz für die Verwendung von Zahlungskarten oder von deren Daten nur verlangen, wenn dieses nicht von einem Dritten missbräuchlich verwendet wurden. Wenn der Zahlungskarte nicht ein Girovertrag, sondern ein anderer Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegt gilt Satz 1 für den Kartenaussteller entsprechend”. BGBI Teil 1 n. 28, 29.juni.2000, p. 900.

juros de 5% sobre a base de juros anual (preço cobrado pelo banco ou financeira) ao consumidor prejudicado. A norma permite ao consumidor desistir da transferência, com devolução das taxas que pagou e só isenta o banco, em caso de força maior (*höhere Gewalt*, § 676b, 3). Da mesma forma, nas regras sobre conta corrente (§ 676g) a atividade de escrituração das contas correntes dos consumidores e de total responsabilidade dos bancos e instituições de crédito, devendo elas responder por quaisquer erros e atrasos nesta escrituração independentemente da pertinência de sua culpa (§ 676g, “(4) Die Ansprache nach den Absätzen 1 bis 3 wirken ein Verschulden nicht voraus”). No Brasil, os bancos e financeiras chegam a defender publicamente a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos depósitos simples de contas correntes (remunerados mensalmente pelos consumidores!), de considerar em seus contratos seus extratos uma “não-informação-vinculante” frente aos consumidores, de considerar esta mesma escrituração “título extrajudicial”, para eles, bancos, justamente os que realizam e determinam totalmente esta escrituração. Identificado como abusivo pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tal “abusivo” *venit contra factum proprio* saiu dos contratos bancários e, por força do *lobby* dos bancos, transformou-se em uma “semilei” ou Medida Provisória repetida mês a mês... Agora o governo, talvez convergonhado, talvez – enfim – desperto, resolveu contornar a situação baixando uma norma pelo Banco Central que será chamada “Código de Defesa do Cliente Bancário” e procurará trazer as regras do Código de Defesa do Consumidor às práticas bancárias. Aqui, sem dúvida, há muito que aprender com a séria experiência alemã de proteger os mais fracos e de impor deveres (profissionais!) aos mais fortes.

Note-se que as regras europeias¹⁵⁸ há muito obrigavam os profissionais, que lucraram com a “eletroneização” das relações bancárias e de crédito, a cumprir com uma série de regras de boa-fé: impedindo as discriminações irrazoáveis através das diferenças de preço ou através da necessidade de acesso pessoal ao serviço

^{158a} O mesmo acontece no mundo, veja sobre o tema também Iain Ramsay and Toni Williams, “Racial and gender equality in markets for financial services”, in Peter Cartwright, *Consumer protection in financial services*, London, Kluwer Law International Ed., 1999, p. 267 *et seq.* e Sothi Rachagan, “Consumer protection in the rapidly developing economies of South-East Asia: a case study from Malaysia”, in *Consumer Law in the Global Economy*, Iain Ramsay (Ed.), Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997, p. 117-118. Afirma Sothi Rachagan, “Procedures for the resolution of consumer grievances with banking services”, *Revista da Ayrnis* p. 203, Edição Especial 1998, t. 1, Porto Alegre: “Much of the law of banking developed during the nineteenth century and ignores two important subsequent developments. First, the nature of bank customers has changed. When the law was being developed, bankers catered only for a small minority of the population; indeed the possession of a bank account was presumed to be the hallmark of financial respectability and wealth. This is no longer the case. Today virtually all adults and even minors hold bank accounts; many of who hold more than one account in the same or different banks. Second, the law was designed to cope with a few functions in a paper-based system and it cannot, without amendment, be extended to cover a variety of new functions, many reliant on computerized banking technology”.

para os mais pobres e menos instruídos.¹⁵⁹ Assim, por exemplo, a jurisprudência alemã obrigou os bancos alemães a manter as caixas "humanos" e a permitir 5 movimentações mensais sem nada cobrar, uma vez que observou que as pessoas de mais idade costumavam ir aos bancos uma vez por semana para retirar dinheiro e estavam tendo problemas com as máquinas, com o preenchimento dos inúmeros formulários, com as senhas de autorização etc.¹⁶⁰ No Brasil, País ainda com graves problemas de alfabetização, a "eletronização" das relações bancárias e de crédito tem deixado de lado este aspecto social. As pessoas mais idosas, tecnicamente, deveriam ter caixas privilegiadas. Na realidade do mercado atual, porém, elas têm dificuldade até mesmo para ingressar nos estabelecimentos bancários onde são clientes, pois, agora, alguns bancos resolveram pressioná-las com perguntas, com separações físicas e portas, tudo para evitar que o (seu) cliente use facilmente os poucos "caixas humanos" ainda existentes. Tais práticas abusivas violam as mais simples regras da necessária cooperação contratual e devem ser afastadas, substituídas por condutas de acordo com a boa-fé e a realidade brasileira). Felizmente, alguns bancos já identificaram o problema e estão a utilizar estes serviços, voltados para a população mais idosa, como vantagem concorrencial. A atitude de boa-fé frente ao cliente idoso e ao usuário mais pobre deveria, porém, ser prática generalizada; a boa-fé nas relações contratuais é um dos mandamentos maiores do Código de Defesa do Consumidor (art. 4.º, III, do CDC).

Foi realizada uma série de modificações quanto à moeda, do Deutsche Mark para o Euro (§§ 985, 973, 974, 971, 978, 1621a, 1640, 2 e 1813 todos do BGB) e sobre usufruto para pessoas jurídicas (§ 1059a, 2). Também a responsabilidade dos hotéis foi modificada para Euros, agora sendo de 100 vezes o valor da diária, e um mínimo de 600 Euro e máximo de 3.500 Euro (§ 702, Abs. 1).¹⁶¹

A Lei de Introdução ao Código Civil (EGBGB) também foi modificada para incluir uma segunda norma especial de defesa do consumidor, o art. 29a,¹⁶² e regras especiais de proteção nos artigos sobre ordem pública internacional ou normas imperativas (arts. 36 e 37).¹⁶³ Assim como um art. 229 sobre a aplicação das modificações do BGB somente para contratos assinados após 29.06.2000.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Veja as lições de Thomas Wilhelmsson, *Consumer Law and Social Justice*; Jan Ramsay and Tomi Williams, "Inequality, market discrimination and credit markets"; e Geraint Howells, "Seeking social justice for poor consumers", todos no *Consumer Law in the Global Economy*, Jan Ramsay (Ed.), Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England, 1997, p. 217-232, 233-256, 257-284.

¹⁶⁰ Trata-se da jurisprudência do "Freiposten" na contas correntes, veja em língua latina sobre o tema: Eduardo Antonio Barbier, *Contratación bancaria - Consumidores y usuarios*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p.116 *et seq.*

¹⁶¹ BGBL Teil 1 n. 28, 29 juni.2000, p. 900.

¹⁶² Veja *Iprax*, 3, p. 1248] VI, 2000. Sobre os estudos de modificação do art. 29 para incluir o art. 29a na EGBGB, veja Ansgar Staudinger, art. 29a EGBGB des Referentenworts zum Fernabsatzgesetz, *Iprax*, p. 414 *et seq.*, 1999. O texto encontra-se também em *Iprax*, 4, p. [304] VII, 1999.

¹⁶³ Texto no original em alemão BGBL Teil 1 n. 28, 29 juni.2000, p. 901.

¹⁶⁴ BGBL Teil 1 n. 28, 29 juni.2000, p. 901.

3.2.2 *As modificações em leis especiais e a nova lei de contratação à distância*
Em 29.06.2000, o Parlamento alemão modificou substancialmente o Código Civil alemão e uma série de leis esparsas e instituiu uma nova lei sobre contratos a distância (*Fernabsatzgesetz - FernAbsG*).

A modificação ocorrida em 2000 alcançou também importantes leis esparsas alemãs. Por exemplo, foi mudada a lei sobre condições gerais contratuais de 1976 (*AGB-Gesetz*), no § 10, ns. 1 e 7, no § 11, para incluir a assinatura eletrônica (n. 15), o § 13, 2, o § 15 e incluídas novas normas processuais, nos §§ 22, 22a, e mudados os §§ 24 e 24a, assim como § 28.¹⁶⁵ Também foi mudada a lei sobre concorrência desleal (§§ 13 e 13a), a lei sobre educação à distância (§§ 2, 3, 4, 6, 9, 12, 13, 16, 17, 21, 22, 23 e 27), a lei sobre crédito ao consumidor de 17.12.1990 (§§ 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10), a lei sobre venda de porta em porta ou fora do estabelecimento comercial de 16.01.1986 (§§ 1, 2, 6), a lei sobre *time-sharing*, de 20.12.1996 (§§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9), a lei sobre serviços por telefone (§ 6).¹⁶⁶ Estas modificações legislativas entraram em vigor em 30.06.2000, e às relativas ao Euro entrarão em vigor em 1.º 01.2002.¹⁶⁷

A modificação alemã ocorre antes de aprovada a Diretiva 31/2000 sobre comércio eletrônico, mas não sem considerar os significativos esforços internacionais no tema. Quanto ao comércio eletrônico, junto à elaboração de uma *Model Law on Electronic Commerce pela Uncitral - United Nations Commission on International Trade Law*, em 1996, dedicada a regular as relações que se dão na esfera comercial nacional e internacionalmente (*Business to business*)¹⁶⁸ e da lei norte-americana sobre assinaturas eletrônicas,¹⁶⁹ destaque-se aqui fora as fortes ações da *Federal Trade Commission* norte-americana desde 1996 para a proteção do consumidor *on-line*,¹⁷⁰ o excelente trabalho da OECD. Esta última organização europeia, a *OECD/OECD - Organisation de Coopération et de Développement Economiques*, em suas Diretrizes, tratou especificamente sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico.¹⁷¹

¹⁶⁵ Idem, p. 901-903.

¹⁶⁶ Idem, p. 903-907.

¹⁶⁷ Art. 12, BGBL Teil 1 n. 28, 29 juni.2000, p. 909.

¹⁶⁸ Aprovada na Assembleia-Geral, 85.ª Sessão Plenária, em 16.12.1996, veja art. 1, onde a nota de rodapé especialmente explica: "La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor".

¹⁶⁹ U.S. - Electronic Signatures in Global and National Commerce ACT, de 08.06.2000. Esta lei traz interessante definição de consumidor: "2000 - SEC. 106. Definitions. For purposes of this title: (1) Consumer. - The term "consumer" means an individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such an individual".

¹⁷⁰ Veja sobre as ações da FTC procurando *false advertising* no *World Web Web*, Mags, p. 106 *et seq.*

¹⁷¹ Organisation de Coopération et de Développement Economiques, recommandations du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le

Quanto à nova lei sobre contratos à distância (*Fernabsatzgesetz* – FernAbsG), esta incorpora no ordenamento alemão a Diretiva 97/7/CE sobre contratos à distância, antes comentada.

A preocupação é a mesma no Brasil, tanto que os projetos de leis existentes sobre comércio eletrônico preocupam-se especialmente com a informação do consumidor (arts. 30 e 52 do CDC), em assegurar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, seu paradigma de transparência, lealdade e confiança, quanto ao seu direito de arrependimento (art. 49 do CDC). No 5.º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor foi aprovada a seguinte tese: “5. O uso de meios de comunicação à distância na formação e execução de contratos não deve conduzir a uma redução na informação que deve ser fornecida aos consumidores quando da celebração daqueles, obrigatoriamente antes de concluído, sendo previamente disponibilizado ao consumidor o acesso ao contrato que está sendo efetivado. (aprovada por unanimidade)”¹⁷²

4. Conclusões

Em meu recente curso sobre a proteção do consumidor na OEA, tive a honra de propor que o Comitê Jurídico Interamericano estude a conveniência de elaborar uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre alguns contratos e transações com consumidores, especialmente no que se refere à proteção do turista e ao comércio eletrônico ou à contratação à distância. Sugerir a elaboração desta Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre proteção do consumidor porque identifiquei uma lacuna no sistema interamericano e nos sistemas nacionais no que se refere a estes dois temas, deixando justamente o consumidor desprotegido, pois são temas naturalmente internacionais. Novamente aqui a experiência europeia é de primeira hora.¹⁷³

Quanto ao tema tratado neste artigo, concluímos que a experiência da União Europeia, elaborando uma série de normas de proteção do consumidor materiais, mas harmonizadas e flexíveis, obteve enorme sucesso, podendo servir de modelo e inspiração para os esforços do Comitê Técnico 7 do Mercosul. Observamos também que enquanto a União Europeia, tentando a unificação das leis, não generalizou a definição de consumidor ou sistematizou suas inúmeras Diretivas e outras normas, o legislador alemão assim procedeu em junho de 2000. Noticiar estas profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor foi um dos objetivos deste artigo.

Dificilmente a sistematização do direito do consumidor realizada no Código Civil alemão de 1896 pode ser seguida no Brasil, seja pelos méritos do Código de

contexte du commerce électronique, versão francesa, p. 9, em <http://www.oced.org/ds/sitit/consumer/prod/guidelines.htm>.

¹⁷² Publicada na *Revista de Direito do Consumidor* 35/264, 2000.

¹⁷³ Assim Cláudia Lima Marques, “A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral”, *Curso de Direito Internacional*, CII/OEA, Washington/Rio de Janeiro, 2000.

Defesa do Consumidor, como sistema bastante eficiente e organizado, tornando desnecessária esta incorporação no Código Civil atual, seja pela iminente aprovação do projetado novo Código Civil, cujo projeto já está em fase final de aprovação e não pode mais ser mudado, nada mencionando sobre consumo, tema que fica a cargo da regulamentação específica. Mesmo assim a experiência alemã pode trazer alguns modelos interessantes para o Brasil, tais como a necessidade de um direito privado social¹⁷⁴ e de uma visão civilista para as relações de consumo, a fim de proteger o “privado” mais fraco, o leigo, o consumidor,¹⁷⁵ a necessidade de concentração na pessoa física e na profissionalidade *per se* do empresário em todas as suas relações, as remuneradas direta e indiretamente, assim como a estrutural inclusão das relações bancárias e de crédito no campo de aplicação das normas de proteção do consumidor, onde elas estejam, seja no Código Civil, seja em leis esparsas como a nova lei sobre contratos à distância (*Fernabsatzgesetz*) alemã. Para o Mercosul, fica o exemplo da seriedade com que são vistas na Europa as normas oriundas da União Europeia, capazes de fazer mudar – com sua incorporação – grandes códigos principais e toda uma forma de pensar anterior, devendo optar pela harmonização e respeito às identidades culturais locais, sem perder de vista o objetivo comunitário que não é a proteção do empresário local, mas sim a livre circulação dos produtos ou serviços com proteção do consumidor em níveis internacionais e superiores! Vale, pois, acompanhar e conhecer o esforço legislativo europeu, as experiências realizadas na Alemanha e aprender cada vez mais com estes exemplos corajosos do direito comparado.

¹⁷⁴ Veja sobre o tema Eberhard Eichenhofer, “Die sozialpolitische Implikation von Privatrecht”, *Juristische Schulung*, out. 1996, jus. 1996, p. 837-865.

¹⁷⁵ Veja, contra a autonomia do direito do consumidor e a necessidade de aplicação subsidiária e complementar do direito civil comum para a proteção do consumidor, veja Abbas Karimi, “L’application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi 95-96 du 1.º 02.1995”, *La Semaine Juridique*, Doctrine 1996, 3918, p. 134-138.