

Consumindo sexo e a cidade

Continuação Pág.11

esse consumo apenas como pano de fundo do contrato de consumo que realmente interessa: o consumo sexual de pessoas na cidade da Grande Maçã. E esse contrato que tende a ser muito mais de adesão do que paritário, já que as suas cláusulas estão preestabelecidas pelos usos e costumes do lugar, é draconiano, abusivo sem chance de anulação: a declaração de sua nulidade absoluta não teria qualquer impacto sobre os efeitos indelévels já produzidos. Eis a publicidade enganosa: quem não aderir à avença, ficará muito e muito mais tempo solitário. A questão é que, quem adere ao pacto, deixa de estar solitário, mas sucumbe à solidão. E solidão é estar alienado de si mesmo, é perder-se de si. Pode-se estar solitário sem sentir solidão quando se está acompanhado e conectado ao seu eu interior, quando ao se olhar nos próprios olhos, vê-se e se reconhece. A análise perfunctória do contrato leva às adesões ansiosas e desavisadas, já que as suas disposições comportam geralmente e aparentemente, boa parte dos direitos contratuais modernos de proteção ao consumidor: responsabilidade (a liability nos contratos internacionais) pelo fato do produto e por seus vícios, liberdade de escolha, precauções, proteção contra os riscos e a propaganda enganosa. Entretanto, tais direitos têm maior eficácia nas relações de consumo de coisas, passando, no mais das vezes, ao largo dessas relações de consumo humano. As pessoas se autofabricam como um produto a ser consumido, seguindo os ditames da moda de forma obsessiva “O filme de Stanford Blatch, Fashion Victims, acabou rendendo mais de 200 milhões de dólares no exterior. (pg.347).” E, depois vão chorar no travesseiro a indagarem-se porque não encontraram o amor. Afinal, esta é a grande pergunta feita pelos personagens do texto: “porque não encontramos o amor?”. “Como foi que conseguimos nos enrolar assim? (pg. 10)”. Ao não encontrarem a resposta, continuam a consumir e a consumirem-se numa consumição entrópica. Ao final do livro, as quatro mulheres continuam solteiras, livres, emancipadas, mas aprisionadas por entre grades que não conseguem ver e identificar. Autodeterminadas, mas manipuladas por um sistema perverso justamente por se apresentar invisível e inofensivo, por se impor através de uma inoculação subreptícia que não alerta o corpo contaminado para a produção de glóbulos brancos. Mulheres e homens maçãs que se mordem, se consomem e cospem suas sementes, desenhando o círculo recorrente do consumo. O processo para o fim da angústia desses seres maçãs talvez se esboce no instante em que os direitos do consumidor e os deveres do fornecedor, fabricante ou comerciante, se restrinjam ao consumo de coisas. Ao renunciarem a serem coisas e resgatarem os seus valores mais essenciais como seres humanos, esses que são imperecíveis, infungíveis e inconsumíveis, uma verdadeira relação entre homens e mulheres se anuncia possível. A partir dela não mais o desvirtuamento do sexo na cidade da maçã, mas a maçã que se devolve à serpente e a serpente que devolve a maçã à sua árvore. Estando cada qual em seu lugar, fora ou dentro da cidade, homens e mulheres que não se consomem aos pedaços, mas se enxergam e se beijam, poderão gozar o paraíso.

A voracidade do consumo que veste diabos

Camila Emanuele Martins de Souza, Millene Dinara Pereira Silva e Patrícia Vellozo de França - Estudantes de Direito da Universidade Católica de Pernambuco

O consumo, contemporaneamente, é central no cotidiano dos cidadãos-consumidores, seja por necessidade ou por frivolidade. O mundo está conformado em um modelo a qual o capital é a essência das economias. Assim, os indivíduos precisam, a priori, serem consumidores, a fim de que a engrenagem - que impulsiona a circulação de riquezas - desenvolva ou subdesenvolva as sociedades. Nesse complexo micro-cosmico, o Direito imerge a fim de regular essas relações.

“O Diabo veste Prada”, livro de Lauren Weisberger, traz em seu título a marca inalcançável pela maioria da população do globo. Pode-se aferir pela titulação, também, que o romance tem como personagem um ser, no mínimo, execrável, comparado à figura mitológica do diabo: Miranda Priestly. Então, é esse indivíduo que, embora seja prepotente, individualista e impiedoso com todos aqueles que o cercam, é no “cosmos” da moda uma autoridade venerada e cultuada. O livro é narrado em primeira pessoa, sob a perspectiva da personagem Andrea Sachs, recém-formada em jornalismo, contratada pela revista de moda Runway, com a incumbência de ser a assistente da diretora, função almejada por milhões de garotas. Contudo, Andrea se descobre em um universo onde os ditames de Miranda têm poder de decretos-lei, e o emprego aparentemente idílico, é, na verdade, digno de pesadelos dantescos.

Serão percorridos, a seguir, três exemplos de consumo selecionados entre os inúmeros contidos na obra Diabo Veste Prada: primeiramente, um que não caracteriza uma relação de consumo, mas sim uma liberalidade; na sequência, outros dois em que é possível visualizar as figuras do consumidor e do fornecedor.

“-Ok, bem, de que tipo de saia ela precisa - perguntei, ainda tonta com o choque que uma saia pudesse viajar a República Dominicana só porque ela havia expressado desejo que assim fosse”. Assim, renomados estilistas estavam dispostos a enviar saias para a diretora da Runway, plenamente conscientes de que não haveria contraprestação. Dessa forma, ao contrário que se possa imaginar em um mercado no qual centenas de pessoas se esmeram por comprar os artigos transformados em luxo, aqueles que estão em seu cerne adquirem tais produtos por doação. Portanto, a doação da referida saia se classifica na modalidade pura, já que há passagem do bem do patrimônio do doador para o patrimônio de Miranda. Está aí presente a liberalidade – elemento essencial da doação. Logo, o que em primeira análise seria uma subversão da lógica capitalista (doação da saia à Miranda), representa um componente primordial no funcionamento do consumismo: uma pessoa que está nos ditames da moda desperta, por meio do uso público de utensílios e

vestimentas, o desejo dos consumidores para a aquisição desses produtos. “Tinha somente alguns minutos para descer, atravessar a Madison e furar a fila no Starbaks (...) Se houvesse menos de oito pessoas, eu preferia esperar como uma pessoa normal, no entanto, como na maioria dos dias, a fila, hoje, tinha vinte ou mais pobres almas profissionais esperando cansadas por sua dose cara de cafeína, tive que passar à frente.” Diariamente, a assistente recebe ordens de Miranda para a compra de seu café. Resignada, Andrea tem que realizar a tarefa o mais rápido possível, sob pena de ser demitida; por isso a gerente (fã de Miranda) permite-lhe passar na frente da enorme fila no horário de pico. Depreende-se, desse trecho que, aparentemente, não havia no estabelecimento nenhum cliente potencialmente merecedor de tratamento diferenciado, como grávidas, deficientes, idosos etc. Portanto,

verifica-se, nesse segundo exemplo de relação consumista extraído do livro “Diabo Veste Prada”, notória violação do princípio da isonomia. Este se presume necessário nas relações de consumo, pois têm como fundamento que o tratamento às pessoas seja dado na medida de suas diferenças. Por último, destaca-se a ostentação presente no sistema. Isso é evidenciado, quando Miranda realiza a compra de um vestido de 40 mil dólares, sendo esse contrato de compra e venda sujeito à prova (pacto adjeto), no qual

Miranda avaliaria se seu vestido foi confeccionado nas exatas medidas pactuadas, o que de fato aconteceu.

O ser humano se encastela, no decorrer da história, em modelos corroidos, mesmo quando circunstâncias reclamam mudanças de paradigmas. O século XXI se depara, em seu primeiro decênio, com uma dessas circunstâncias, uma crise econômica mundial, causada pelo mais improvável suspeito: o consumismo. Assim, as sociedades se vêem agarradas ao consumismo que as ergueu, e as pode solapar.

Portanto, segundo verbete do dicionário Aurélio, consumismo é: gastar ou corroer até à destruição; devorar, destruir; aniquilar. O Diabo veste Prada descortina uma realidade na qual “meninas de tão pouco em suas vidas que mediam seu valor, sua confiança, toda a sua existência em função das roupas e dos modelos que viam na Runway”. A contemporaneidade está disposta a continuar a corroer-se na pujança consumista? E até quando os indivíduos estarão pactuando com diabos que vestem Prada?



IN-PACTUM

• Publicação Quadrimestral do Centro de Ciências Jurídicas • Universidade Católica de Pernambuco •

Nº 3, ano 1, Janeiro/Abril de 2009

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

Morte e transfiguração do contrato de consumo?

Vincenzo Roppo - Professor Titular de Direito Civil da Universidade de Genova – Itália | Tradutora: Isabela Castro.*

A legislação (de origem predominantemente europeia) sobre contratos de consumo criou um novo paradigma contratual, que sintetizo assim: “um contrato cuja ‘força de lei’ demonstra-se notavelmente atenuada (pela multiplicação das cláusulas de arrependimento e pela difusão das invalidades resultantes da multiplicação dos vínculos de forma, de conteúdo, de transparência/completude); um contrato no qual a mais difusa impugnação é balanceada por uma diminuição das consequências destrutivas da anulação (nulidades relativas, nulidades somente parciais); um contrato sempre mais largamente sujeito a controles sobre o equilíbrio das prestações, em um sentido não apenas normativo, porém, ainda genuinamente econômico, muito além dos casos limitados nos quais a tradição o admitia; um contrato cujo regime sente os impactos da crescente interação entre ordens de regras tradicionalmente separadas, como as regras de validade e as regras de comportamento/responsabilidade”.

A minha hipótese é que esse paradigma encontre crescente aplicação além dos seus limites originais (a relação contratual B2C entre consumidores e profissionais) e tendencialmente se estenda a todas as relações contratuais assimétricas. Com esta expressão refiro-me a todos os contratos nos quais se enfrentam dois sujeitos de mercado caracterizados por uma significativa assimetria de poder contratual: assimetria que deriva precisamente das respectivas posições fisiológicas no mercado. A categoria inclui obviamente, em primeiro lugar, os contratos de consumo; mas não somente estes, e sim, além destes, também os contratos que vinculam um “profissional” a um outro “profissional” (B2B), quando as respectivas posições sejam – pelas colocações objetivas do mercado – significativamente assimétricas em termos de poder contratual. Em breves termos, ela engloba todos os contratos que se apresentem atingidos por fatores de *market failure*, assumindo como pacífico que tais “fracassos” pertencem à fisiologia e não à patologia do mercado; porque já que a concorrência perfeita existe somente em teoria, enquanto na realidade a concorrência é continuamente imperfeita, o mercado é sempre – no aspecto fisiológico, – exposto a fracassos.

2. – Os indícios desta generalização do paradigma – cada vez mais aplicados à proteção de sujeitos de mercado “fracos”, que não correspondem necessariamente aos consumidores – são numerosos. Apresentam-se nos direitos nacionais de importantes Estados europeus. Na Itália, o Decreto-Lei nº 223/2006 (convertido na Lei nº 248/2006) e o Decreto-Lei nº 7/2007 (convertido na Lei nº 40/2007) contêm numerosas normas que, ainda que dedicadas à tutela dos consumidores, possuem, na realidade, uma área de aplicação mais ampla, porque cobrem também relações nas quais não aparecem “consumidores” em sentido estrito. No Reino Unido, a *Law Comission*, com a sua *draft bill* (2005) de reforma da legislação sobre *unfair terms*, propõe que a proteção prevista para os consumidores amplie-se também para favorecer as pequenas empresas.

Estão presentes no evoluir da legislação da União Europeia: onde numerosas diretivas de *market*

regulation visam a uma política de tutela da parte fraca, que parece poder se exprimir na fórmula “da proteção do consumidor à proteção do cliente”.

Registram-se em significativos produtos de soft law: os *Principles of European Contract Law* da Comissão Lando determinam uma regulação dos *unfair terms* nos contratos não negociados, que no conteúdo reproduzem substancialmente a Diretiva Europeia 93/12 acerca das cláusulas vexatórias nos contratos de consumo, contudo possui um raio de ação mais amplo posto que cuida indistintamente de todas as relações contratuais e não apenas aquelas que implicam na presença de um “consumidor”.

3. – Pode-se, em conclusão, arriscar a colocação desta ideia: “contrato de consumo” é uma categoria que olha para o passado (mesmo se um passado muito recente); mais projetada ao futuro, repleta de potencialidade para o crescimento parece apresentar-se a categoria do “contrato assimétrico”. E ainda assim o contrato assimétrico é em tantos aspectos – quanto à história e ao conteúdo – filho do contrato de consumo! Mas tal fato não deve surpreender, e um mínimo de conhecimento do passado pode ajudar-nos a dar razão ao fenômeno sobre o qual apresentamos essa hipótese.

Primeiro ato (até os anos 80). No princípio era o contrato de direito comum: e só aquele, sem “contrapesos” significativos. Segundo ato (anos 90). Na onda da legislação de matriz comunitária, colocou-se ao lado dele, de modo prepotente, o contrato de consumo, modelado segundo um paradigma capaz de o contrapor significativamente ao contrato de direito comum. Terceiro ato (anos 2000). O paradigma que nasceu como contrato de consumo começou sucessivamente a expandir-se além dos seus limites originários, para abranger larga série de relações, reconduzíveis à mais ampla figura do contrato assimétrico, que contém em si o contrato business-to-consumer (B2C), e ainda todos os demais contratos – incluídos aqueles business-to-business (B2B) – entre partes que ocupam posições fisiologicamente desequilibradas no mercado. ***

De certo modo é possível afirmar que todas as relações de mercado assimétricas – que antes confiavam a proteção da parte fraca a remédios obtidos do direito comum - passaram a “consumir-se”, já que a evolução normativa torna aplicável também a esses um sistema de remédios que havia ingressado no ordenamento para ser inicialmente destinado (somente) aos contratos de consumo. E, portanto, far-se-ia injustiça ao paradigma definido daquele sistema de remédios ao continuar a defini-lo com a fórmula restritiva do contrato de consumo; enquanto para dar razão àquele que hoje é o seu mais amplo horizonte, convém chamá-lo de contrato assimétrico.

Nesta perspectiva, o contrato de consumo aparece como categoria que se enfraquece, e tende a perder o brilho. Não

antes, porém, de ter gerado com a sua carne e o seu sangue a categoria mais evoluída e geral do contrato assimétrico.

4. - Não é, de qualquer modo, uma história já vista? Falo, obviamente, dos fatos ocorridos quando da codificação italiana da metade do século XX: aqueles que determinaram a unificação do direito privado dentro do novo Código Civil, e simultaneamente a sua “comercialização”. O paralelismo não me parece forçado. Ali também temos um paradigma normativo mais avançado do que aquele geral (as regras sobre obrigações e contratos, escritas no Código de Comércio promulgado prevalecendo sobre com a regulação civilista comum) de início criado por um circunscrito setor de relações (as relações entre os “comerciantes”); posteriormente, a expansão do paradigma a um horizonte mais amplo (a generalidade das relações privadas, mediante recepção de parte substancial do mesmo dentro do Código Civil de 1942); e, contemporaneamente, a dissolução do véu original do paradigma (o Código de Comércio), que desaparece como entidade normativa autônoma, porém cuja “alma” continua a viver dentro de outro véu mais inclusivo (o Código Civil, portador de um direito privado largamente comercializado.). E, tanto em um caso quanto no outro, o fator propulsor do processo é que determinadas exigências, primeiramente surgidas (e/ou percebidas) em relação a uma área circunscrita de situações e relacionamentos, com o tempo se estendem (e/ou vêm percebidas) considerando uma área mais vasta de situações e relações.

* Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco e Estudante de Letras da Universidade Federal de Pernambuco. ** N. da t. As notas de rodapé do autor encontram-se transcritas no texto original na sessão de Direito Comparado deste Jornal. *** N. da t.: No entender de Rodrigo Benevides de Carvalho, o “Business-to-business (B2B) significa o comércio eletrônico praticado entre empresas, envolvendo a comercialização de produtos e prestação de serviços entre produtores, fabricantes, fornecedores e importadores, sem a participação direta do consumidor final.” O Business-to-consumer (B2C) é definido, em síntese, como “os negócios efetuados através da internet, entre as empresas, na qualidade de produtoras, fabricantes, fornecedoras e etc., e o consumidor final, destinatário derradeiro dos respectivos produtos ou serviços.” Sobre o assunto, vide CARVALHO, Rodrigo Benevides. Internet e as relações de consumo. In Schoueri, Luis Eduardo (org.). Internet: o direito na era virtual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Pgs. 96/97.

Entrevista da edição - Pág.07

Direito Comparado - Pág.08

Direito & Literatura - Pág.11

Apoio

Lima & Falcão
ADVOGADOS

CORRÊA RABELLO,
COSTA & ASSOCIADOS

Arthur Carvalho
Advocacia

Dialogo
Comunicação e Marketing *Você e o mundo.*

Direito & Literatura

Inovador, ma non troppo

Onde há a sociedade, há o direito, diz o velho lugar- comum. E por conseguinte, o direito não pode ser criado e nem aplicado sem o amparo da realidade, sob pena de operar no vácuo. A propósito, faz-se oportuno o lembrete: *ubi jus, ibi societas*. E é no direito contratual que temos todos os reflexos da transformação da sociedade fundada na economia mercantil dos 1600s até a economia neo-industrial das nações desenvolvidas. É compreensível que, com tais transformações, registre-se hoje, em caráter internacional, uma necessidade de cuidar das relações de consumo. A atividade de consumo é a manifestação mais evidente de que, em países de capitalismo avançado, surge um novo tipo de relação que refoge aos padrões estabelecidos pelo clássico Direito Contratual, tornando-se essencial o seu disciplinamento específico.

É de se consignar a existência de um abismo temporal entre o surgimento e a massificação da relação de consumo e a sua proteção legal, posto que os ordenamentos jurídicos ignoraram esse fenômeno por muito tempo. Qual se vê, o Direito sempre em mora com as novas solicitações sociais. À época, os interesses econômicos desaconselhavam a adoção de medidas de proteção ao consumidor, assumindo o *pacta sunt servanda* como princípio sagrado. No entanto, hoje é de todo inadmissível a prevalência de interesses privados em detrimento do coletivo, em que o valor da dignidade da pessoa humana é primacial. Nesse contexto surge a preocupação do legislativo com a tutela do consumidor.

No Brasil, renomados estudiosos e aplicadores do direito acreditam que o Código de Defesa do Consumidor se alinha dentre as leis mais perfeitas e avançadas de nosso sistema jurídico. Afigura-se digno de registro o pioneirismo do legislador pátrio ao contemplar também a Pessoa Jurídica com a condição de consumidor, ainda que seja na oportunidade

em que ela adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, o que não é previsto no direito inglês, como acentua o jurista em suas precisas considerações. De igual sorte, o recente Código do Consumo italiano exclui a Pessoa Jurídica da definição legal de consumidor ou usuário.

No entanto, face à constante mutação da realidade social e do advento da globalização e da revolução digital, após dezoito anos da vigência de nosso Estatuto de 1990, é justificável que o aludido Diploma, conquanto mantenha sua feição inovadora, defronte-se com novos desafios. Exemplo disso é a inexistência de um tratamento jurídico adequado ao contrato de consumo eletrônico.

Tornar-se ainda pertinente questionar: como conciliar a *ratio legis* que tem como escopo a proteção do mais débil, quando a relação de consumo envolve duas Pessoas Jurídicas? E na hipótese de uma pessoa jurídica de grande poder econômico ser consumidora e um pequeno empresário ser o fornecedor, como aplicar o princípio da vulnerabilidade do consumidor se o texto legal não cuida desta situação particular? O direito pretoriano perfilhando a mais recente doutrina no assunto, como salienta o professor Roberto Paulino “exige a demonstração da vulnerabilidade concreta da pessoa jurídica frente ao fornecedor para que possa ser beneficiada pelas regras protetivas”.

Por fim, cabe assinalar o surgimento dos contratos que, no discernimento do civilista Vincenzo Roppo, enfrentam-se “dois sujeitos de mercado caracterizados por uma significativa assimetria de poder contratual” e ensejam a morte do contrato de consumo, fazendo nascer um novo tipo, que seria, na sua feliz expressão, o contrato assimétrico. Por tudo isso, é justo asseverar: o nosso Código é inovador, ma non troppo!

Clarice M. Martins de Castro
Professora de Direito Civil e Propriedade Intelectual
da Universidade Católica de Pernambuco

Expediente

Informativo do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Rua do Príncipe, 526, Boa Vista, Recife/PE – CEP: 50.050-900 – Fone: (81) 2119-4177 - Jornalista Responsável: Márcia Guenes (DRT/PE 1637) - Diagramação e Editoração: Maurício Guenes | ISSN 1984-3399

Coordenação Editorial: Professora Clarice M. Martins de Castro

Conselho Editorial: Professores Andréa Campos, Catarina Almeida de Oliveira, Clarice Castro, Francisco Caetano Pereira, Gilda Lúcia Nogueira, Isabel Guimarães, João Chaves, José Itamar de Lima Carvalho, Marconi Costa Albuquerque e Maria Rita de Holanda.

Estudantes Colaboradores desta Edição: Camila Emanuele, Danilo José Viana da Silva, Gerikson Beserra Nunes, Isabela Castro, Jéssica Pereira Pinto, Maria Catarina Lopes Calado, Milene Dianara, Natália Porto Jardim, Patrícia Velozo, Pedro Henrique Vieira Brasil da Fonseca, Rodolfo Botelho Cursino, Thiago Augusto Alves da Silva, Tieta Bitu e Túlio Anderson Soares de Lira

Sugestões para este informativo: in-pactum@unicap.br

Repetir para fazer Justiça!

Pedro Henrique Vieira Brasil da Fonseca
Estudante de Direito da UNICAP

O Consumidor, instituído pela Lei 8.078/90, em seu Livro I, Capítulo V, Seção V, buscou resguardar o hipossuficiente, o pólo ativo da Relação de Consumo, ou seja, o Consumidor, no que diz respeito à Cobrança de Dívidas, garantindo ao mesmo o direito à dignidade da pessoa humana, ainda que inadimplente com suas obrigações decorrentes de contrato (em se tratando de Relações de Consumo no cenário brasileiro, em maior quantidade, Contrato de Adesão), impondo a não-exposição do devedor ao ridículo, bem como assegurando a guarda da honra deste, quando se ocupou de resguardá-lo de constrangimento ou ameaça. O legislador que instituiu o “livro de cabeceira do consumidor brasileiro” foi ainda além, no concernente a defender, com veemência, o hipossuficiente, quando regulou o direito de o adquirente do bem ou serviço, não ser cobrado por aquilo que não deve.

Nos dias atuais, a enorme quantidade de clientes de grandes empresas dá margem ao envio de cobranças duplicadas ao consumidor, o que remonta o constrangimento ilegal preconizado no caput do artigo 42 do Código Consumeirista, que trata do consumidor inadimplente. Esse volume de relações de consumo, não justifica o descontrole empresarial a ponto de conspurcar a imagem do consumidor adimplente. Ora, se a Lei garante ao consumidor, ainda que inadimplente, que não será exposto a constrangimento, seria legal expor tal cidadão à duplicidade da cobrança quando o mesmo está “em dia” com suas obrigações? Tanto não o é, que o legislador preocupou-se com isso no Parágrafo Único do artigo supracitado, contemplando o instituto da Repetição do Indébito, que reservou ao consumidor adimplente, o direito de exigir em dobro, a quantia que lhe foi cobrada indevidamente, salvo se o erro for justificável.

Anote-se de antemão que o simples fato de terem se avolumado as relações de consumo em determinados setores, não justifica o fato de cobrar indevidamente aos consumidores. Essa posição tem se consolidado em todo o Poder Judiciário brasileiro, pois, diversas decisões, em todos os graus de jurisdição têm se posicionado em favor do consumidor que é cobrado indevidamente, o que demonstra a necessidade e a utilidade desse instituto para o direito brasileiro, que resguarda o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, percebendo os frutos da Justiça nas relações de consumo.

A hipossuficiência do consumidor no contrato de consumo

Natália Porto Jardim — Estudante de Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

A Constituição Federal, em seu artigo 170, V prescreve como princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a defesa do consumidor. Para atender a essa determinação foi editado o código de defesa do consumidor, que busca estabelecer normas de ordem pública para regular especificamente as relações de consumo. Nessas, figuram como partes, de um lado, o consumidor, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; de outro, o fornecedor, que desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços.

Esse diploma normativo tem como pressuposto a hipossuficiência do consumidor, ou seja, o legislador levou

Andrea Almeida Campos – Professora de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco. andalimcampos@uol.com.br

Ela surge enrubescida, roliça, apetitosa. Faz jorrar fios de néctar ensalivados. Prenúncios de desejos e de vontades. Línguas deliram oscilantes, caçadoras. Dentes ávidos tilintam, arranham os lábios. Os sonhos se tornam presságios, anseios emergenciais e imprescritíveis. É preciso tomá-la entre as mãos, sentir o veludo de sua tez suave, pronta para o rescaldo, sorver o seu mel em fluidos d’ água atenuado. Fomes em bocas inumeráveis se impõem umas às outras, digladiando-se. Ela se alteia, enrijece-se. Vaidosa, sabe que será de poucos, dos que sobreviverem, dos vencedores da frenética corrida predatória. Sim, de poucos, mas o será. Seu destino é ser capturada, possuída e consumida. Sem que se aperceba, foi dado o bote, ela está para sempre perdida em sua condição perecível: mordeu-se a maçã.

A maçã, fruto que ao ser consumido, tem diminuída a sua substância. Fruto que ao ser deglutido, anuncia o seu irreversível desaparecimento. Das bocas trituradoras, cospem-se as suas sementes e ela, então, toma o solo por seu leito germinante e se reconduz à vida em galhos que se ascendem e se espalham. Mostra-se sedutoramente, mais uma vez, dentre as folhas. Surge enrubescida, roliça, apetitosa. Repete-se a largada da caça ao consumo. Historicamente, a bela fruta das latitudes temperadas foi identificada como o símbolo da tentação, do pecado e das perdições. Foi mordida por Eva e, desse momento prosaico em diante, fomos todos condenados à expulsão do paraíso. Fomos reduzidos à vulnerável condição humana que cede às tentações, traça o seu caminho por sobre o planeta do êxtase seminal à morte, passando pelo autoconsumo do corpo. Corpo que é, paulatinamente, mordido pelas horas, mastigado pelos dias, engolido pelo tempo e digerido no estômago da terra, no vazio existencial imponderável. É com a maçã que a sociedade humana simboliza as mulheres, exímias jogadoras no jardim do éden da vida, matrizes da sexualidade que leva ao consumo e à finitude da existência. É com a maçã que se simboliza, hoje, a cidade capital mundial do consumo, consumo de coisas, de bens, de pessoas: Nova Iorque nos Estados Unidos da América, a denominada “Big Apple”. A cidade que, de todas as maçãs, é a maior, a cidade que se insinua, atenta, invade tabuleiros e clama por ser mordida. O seu sabor será experimentado por alguns eleitos, mas habita o imaginário de quase todos que tateiam a sua superfície seja com os pés, com as mãos e, principalmente, com os olhos. E, tendo por massa calcária a dinâmica do consumo de sexo, coisas, pessoas, almas, drogas e paixões na cidade do consumo, a jornalista e ex-modelo Candace Bushnell escreveu a coluna semanal Sex and the City (Sexo e a Cidade) no jornal New York Observer a partir do outono de 1994. Devido ao grande sucesso de suas crônicas, as mesmas foram reunidas em um livro homônimo publicado em 1996. Inspirada no livro foi escrita uma série televisiva que invadiu as cidades e a vida sexual de pessoas espalhadas pelo mundo. Este artigo tem por base a análise única e exclusiva das relações de consumo na obra escrita em livro (dispensando julgar a sua estética literária), sem tráfegar por seus produtos derivados na televisão ou no cinema, através do filme, também de mesmo nome, lançado no ano de 2008. Bushnell é uma sincera cronista de seu lugar no seu tempo.

As crônicas giram em torno da vida de quatro mulheres, Carrie, Sarah, Miranda e Samantha, todas na faixa dos trinta e poucos anos, bonitas, bem cuidadas e profissionalmente bem sucedidas que vivem na cidade de Nova Iorque. E o fator crucial da geração das mulheres dessa idade a partir da segunda metade da década de noventa, que as diferenciam hermeticamente das mulheres das décadas de sessenta, setenta e oitenta, pós-revolução cultural e sexual: são mulheres, acima dos trinta anos, solteiras, soltas. Mulheres que não se casaram aos vinte anos e podem nunca virem a casar-se, mas não se enquadram dentre as milenarmente lamentadas “títiãs”. Mulheres desamarradas de maridos, família, filhos, afazeres domésticos. Mulheres preocupadas apenas com

CONSUMINDO SEXO E A CIDADE

Relações de Consumo na obra Sex and the City de Candace Bushnell

a construção de suas identidades, com nomes próprios, sem mais precisarem esperar por um marido que lhes dêem “um sobrenome”. Atadas tão apenas aos seus desejos que urgem saciedade imediata por si mesmas, seja o desejo de frequentar um restaurante de comida exótica, tomar um drinque da moda - ao invés de preparar o jantar das crianças e do marido ao final do expediente -, comprar sapatos e bolsas de marcas caras, ou passar a noite sob, ou melhor, sobre os lençóis com um homem recém-conhecido e atraente, em busca tão apenas de seu próprio prazer (e não ficar mal falada). No entanto, essa mulher que, certamente, olha com piedade de marcas caras, anteriores, continua escrava de inumeráveis estereótipos, como os da beleza esboçados pela indústria cosmética e farmacêutica e a do sucesso profissional, que a possibilita azeitar a máquina do consumo dos bens produzidos por essas indústrias e outras tantas mais. São mulheres, aparentemente, totalmente livres, mas que estão agrilhoadas a um sistema capitalista arquitetado historicamente pelos homens. São mulheres que se compõem, única e exclusivamente através do consumo de bens materiais e que têm as suas individualidades delineadas tão apenas pela ordem das coisas adquiridas com o seu próprio dinheiro, dinheiro feminino, diga-se de passagem. A concepção de que “sou o que tenho, ou posso consumir”, não é, no entanto, nova, muito menos construída sob o império do capitalismo. Na Filosofia do Direito, ao se teorizar sobre a propriedade, Savigny conceitua o domínio como “a extensão da personalidade”, Ihering define a propriedade como a “periferia da pessoa estendida à coisa” e Wirth como “um ego prolongado”. Segundo Virgílio de Sá Pereira (1924) esses autores têm a intuição nítida de que, no Direito, toda a realidade



Fotógrafo: Marcus Ramos - Cores e Formas

— lembrando-nos que, etimologicamente, real vem da palavra latina res, coisa — não é mais que um desdobramento da personalidade. Lafayette Pereira (1940) exaltava a sacralidade da propriedade, elemento necessário à existência humana no mundo fenomenal, designação cunhada por Kant. As Declarações de Direitos Humanos pós-Revolução Francesa e as Constituições advindas dos movimentos constitucionalistas a partir do século XVIII, consagraram a propriedade como um direito natural, essencial para a concepção e a manutenção da vida. A acepção de que é preciso ter para ser é incontrastável, muito bem assimilada pela teoria freudiana, ao tratar da oralidade, do consumo do leite advindo do seio da mãe como fundamental, não apenas para a sobrevivência do tenro ser humano, mas como determinante na formação do seu caráter (personalidade). Sim, somos matéria e, como matéria, nos alimentamos da matéria, isso não é desprezado por sequer nenhuma religião ao clamarem pelo “pão nosso de cada dia”, mas a condição humana transcende a isso e é mais que isso. Reduzir o humano a tão somente o consumo material, é violentá-lo e negligenciá-lo em sua essência e possibilidades. Mas voltemos à obra Sex and the City. Enquanto o moderno Direito do Consumidor exsurge da órbita privada e, pela gravidade das relações que rege, é tutelado pela ordem pública, procurando assegurar o equilíbrio das partes nas relações de consumo e a ética da

responsabilidade quanto às obrigações e aos direitos advindos das mesmas, nas páginas do livro, onde mulheres consomem homens e homens consomem mulheres, lê-se: “A camisinha acabou com o romance, mas também tornou muito mais fácil comer as mulheres – disse um amigo. – Tem alguma coisa na camisinha que, para as mulheres, torna o sexo sem importância. Não há contato de pele. Então elas vão para a cama com agente com mais facilidade (pg. 17).” Logo, ao consumir-se a camisinha, homens e mulheres, ambos protegidos quanto aos eventuais “vícios do produto” se consomem com maior facilidade, no entanto, estranhamente, acabam por não se consumirem ou, no caso das mulheres, deixam-se ser consumidas, pois de fato, não o são, apesar dos homens estarem seguros de as estarem consumindo. As mulheres, por seu turno, consomem vários homens desde que embrulhados, ainda na caixa... É uma relação de consumo, antropofágica, apesar de totalmente estranha ao direito e à cidadania, pois se o direito nasce de um fato “ex facto ius oritur”, o personagem do livro narra um fato que, em realidade, para uma das partes não houve, ou até para ambas. Trata-se de um simulacro do sinalagma, do toma lá, dá cá. Para as mulheres, uma prestação mais fácil e possível, pois se reduz à obrigação de fazer. Libertas da obrigação de dar bilateralmente, as mulheres consomem o que não recebem e, assim o fazem, justamente, porque estão protegidas do que podem receber. Elas, também, se absterm da obrigação de dar, não obstante, para os homens, elas, de fato, se dêem, já que de forma pejorativa, o personagem afirma ter “comido” uma comida, contudo, virtual, já que a camisinha impossibilita que essa mulher que se passa por objeto de consumo, tenha, efetivamente, sido consumida. Nada contra o uso dos preservativos, muito pelo contrário, são imprescindíveis, o que causa espécie é que nessas supostas relações, as partes se preservam de, inclusive, permutarem seus nomes. Estão todos com os corpos, as almas e os corações impermeabilizados em látex: “Os nova-iorquinos compõem uma fachada impenetrável” (pg. 13). Chega a ser quase esquizofrênico, para não dizer que vilipêndia a ética das relações de consumo (é tudo um faz de conta de uma relação, em verdade, não estabelecida) que hodiernamente tendem a primar pela proteção dos direitos da cidadania, quanto mais das relações pessoais. Mas seria excessivo falar-se em respeito pessoal, se a ordem é estar engatilhado para o consumo, através do que se ganha com o trabalho: “A única coisa que resta é o trabalho – disse Robert, 42 anos, editor, - Com tanta coisa para fazer, quem é que tem tempo de ser romântico? (pg. 19)”, ou mais, “Ainda se transa muito em Manhattan, mas só se transa para ter amigos e fechar contratos, não para se ter um romance. (pg. 11)”. Coisas, animais e pessoas se misturam e se confundem: “Minha bicicleta é definitivamente igual ao meu cachorro ou à minha namorada – disse Kip. – Eu cuido dela com todo o carinho e me orgulho dela. (pg. 117)”. Carentes afetivamente, mergulhadas em um abismo existencial, os personagens procuram preencher os seus buracos internos com o consumo de tudo, ao mesmo tempo em que regurgitam o que consomem e ficam sem nada: “Eles acabaram no quarto de dormir do velho rico, que tinha uma cama coberta por uma colcha de seda vermelha, e aí, o tal Guy mostrou que tinha um pouco de cocaína. (...) Várias pessoas entravam e saíam do quarto, a toda hora. (...) Por algum motivo, eles entraram no closet. Miranda conferiu as etiquetas: Savile Row – fala sério. (...) E depois que rolou tudo, ele disse: - Olha, gostosa, é melhor você não contar à minha namorada. – Isso enquanto enfiava a língua na boca de Miranda uma última vez. (pg. 136)”. Os valores, portanto, resumem-se a dólares e a euros. O livro de Bushnell, apesar de muito se referir ao consumo de bens materiais, tanto pelos homens quanto pelas mulheres, discorre sobre

A Lei nº. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor constitui norma de ordem pública e interesse social, pelo que consta do seu art. 1º, sendo também norma principiológica, pela previsão expressa de proteção aos consumidores constante no Texto Maior, particularmente do seu art. 5º, inc. XXXII e art. 170, inc. III. Essa conclusão é precursora do princípio do protecionismo, que tutela amplamente os vulneráveis negociais.

Na esfera contratual, o Código Consumerista inseriu a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor poderá ensejar a revisão contratual, prevendo também o afastamento de cláusulas abusivas, excessivamente onerosas, ambíguas ou confusas (artigos 51 e 46) e a interpretação do contrato sempre em benefício do consumidor (artigo 47). Nesse sentido, merece destaque o que preceitua o art. 6º, inciso V, da Lei nº. 8.078, de 1990, dispositivo que trata da proteção do consumidor em relação às cláusulas abusivas e do direito à revisão contratual, *in verbis*:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor (...). V – a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

Quanto ao comando legal transcrito, ensina José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto que gerou o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor que “Fica ainda definitivamente

A necessidade de efetivação das garantias legais do consumidor

FÁBIO TÚLIO BARROSO - Professor da Universidade Católica de Pernambuco, UFPE, FBV e ESMATRA

A Constituição de 1988 assegurou uma quantidade considerável de garantias ao cidadão sob o epíteto de direitos fundamentais. Dentre estes direitos está a defesa e a proteção ao consumidor, frente aos possíveis abusos perpetrados pelo poder econômico. Assegurado de maneira fundamental, art. 5º, XXXII da Carta Magna, o direito do consumidor foi sistematizado, partindo de uma norma geral para normas específicas, com a criação do Código de defesa e proteção, Lei 8.078/90, até a especialização de setores de órgãos estatais pertencentes aos poderes Executivo, Judiciário e do próprio Ministério Público, que formalmente deveriam assegurar a equiparação formal dada pela lei aos sujeitos que compõem a matéria: consumidores e fornecedores.

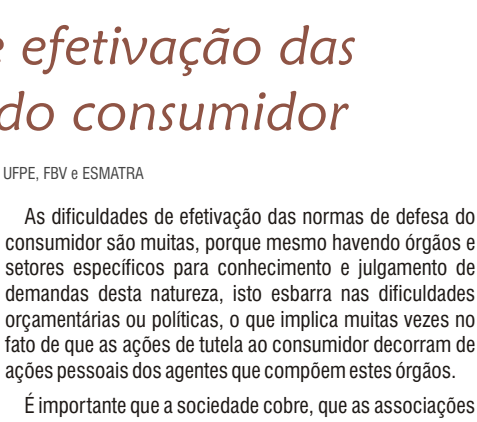
Em que pese a estes cuidados, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição, mesmo com os avanços conquistados, se vislumbra um quadro nada satisfatório para o consumidor, em especial na prestação dos serviços públicos, quando estes são alvos de um sem-fim de reclamações pelos usuários, porque se tem um “quase deliberado” desrespeito ao pacta sunt servanda pelos fornecedores, estando o Estado direta ou indiretamente envolvido.

A sociedade não está satisfeita com a qualidade dos serviços prestados e esta contrariedade pode ou não ser diagnosticada pelos órgãos de defesa do consumidor, pois, desacreditando na efetividade da lei, muitas pessoas sequer formalizam a insatisfação. Sucumbem ou utilizam-se da auto-defesa, não mais contratando ou mesmo utilizando-se dos serviços de forma fraudulenta, aumentando a quantidade de conflitos sociais.

consagrada entre nós a cláusula rebus sic stantibus, implícita em qualquer contrato, sobretudo nos que impuserem ao consumidor obrigações iníquas ou excessivamente onerosas”. (FILOMENO, José Geraldo Brito. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6ª Edição, 1999, p. 126). De acordo com esse entendimento, a teoria da imprevisão, que remonta à antiga cláusula rebus sic stantibus foi supostamente recepcionada pela Lei Protetiva. Seguindo essa conclusão, possível seria a revisão do contrato, desde que presente fato imprevisível que trouxesse ao negócio um desequilíbrio, uma onerosidade excessiva a uma das partes do negócio.

Ousamos discordar desse posicionamento, uma vez que para a revisão contratual de um contrato de consumo não há a necessidade da prova da imprevisibilidade, mas somente de uma simples onerosidade excessiva ao vulnerável negocial. Em verdade, não houve no dispositivo consumerista a adoção da teoria da imprevisão, de origem consolidada francesa, mas da teoria da base objetiva do negócio jurídico, muito bem desenvolvida na Alemanha, por Karl Larenz (Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Trad. Carlos Fernández Rodrigues. Granada: Comares, 2002). Por tal teoria basta que o desequilíbrio decorrer de um fato novo, superveniente, para que se justifique a revisão negocial. Basta que, por uma superveniência, ocorra *um efeito gangorra no contrato*, a desequilibrá-lo sensivelmente, o que deve ser analisado caso a caso pelo aplicador do direito.

Seguindo essa premissa, podem ser citados os sempre evocados julgados do Superior Tribunal de



As dificuldades de efetivação das normas de defesa do consumidor são muitas, porque mesmo havendo órgãos e setores específicos para conhecimento e julgamento de demandas desta natureza, isto esbarra nas dificuldades orçamentárias ou políticas, o que implica muitas vezes no fato de que as ações de tutela ao consumidor decorram de ações pessoais dos agentes que compõem estes órgãos.

É importante que a sociedade cobre, que as associações de interesses dos consumidores cresçam, que os cursos jurídicos promovam o debate, que o Judiciário melhore a sua estrutura de recepção destas demandas, que os Procons sejam respeitados, que os fornecedores tenham consciência da importância do tema, pois caso contrário, mesmo com os avanços conseguidos até o momento, seguiremos tendo apenas um arcabouço normativo excelente, porém, sem a efetividade e o respeito que o cidadão merece.

Justiça, em que se deferiu a revisão dos contratos de “leasing” (arrendamento mercantil), cujas parcelas do financiamento estavam atreladas à variação cambial. Com a alta do dólar frente ao real, em janeiro de 1999, esses contratos ficaram “pesados demais” aos consumidores, o que por si só motivou a revisão, sem a análise da imprevisibilidade da ocorrência, para as partes ou para o mercado (Ver, por todos: STJ, AGRESP 374351/RS (200101503259), 439018 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL, DATA DA DECISÃO: 30/04/2002. ORGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA. RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. FONTE: DJ DATA: 24/06/2002 PG: 299).

Em conclusão, percebe-se que a revisão contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor foi facilitada pelo legislador, justamente porque, na prática, há grandes dificuldades de se provar o que não era previsível. Essa, aliás, é uma das críticas que se faz ao que consta dos arts. 317 e 478 do Código Civil de 2002, dispositivos que expressam os motivos imprevisíveis ou extraordinários ao lado da onerosidade excessiva como fatores para a revisão ou resolução contratual por superveniência*. Muitas vezes, a prova da imprevisibilidade genérica torna-se uma barreira intransponível para o autor da ação de revisão contratual.

* Sobre a citada crítica, ver: TARTUCE, Flávio. A revisão do contrato pelo novo código civil: crítica e proposta de alteração do art. 317 da lei 10.406/02. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo, (Coord.). Questões controvertidas no Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2003, p. 139.

Des-e-Construindo um ser mecânico

Gerikson Beserra Nunes
Estudante de Direito da UNICAP

Como ser vivo, o homem consome para suprir suas necessidades biológicas. Sendo um ser racional, ele cria relações de consumo que vão além dessas necessidades. E para relatar estas relações, é importante mencionar a sua evolução. Com a descoberta da agricultura, o homem deixou de ser nômade e caçador e passou a se fixar e fundar cidades. Surgiram, então, as primeiras formas modernas de contratar: a troca do excedente produzido com outros produtos que se necessitava e que não se podia tudo produzir. Sabe-se que esta revolução permitiu o desenvolvimento da civilização, que nasce à complexidade das novas relações humanas. Mas veio a possibilidade do acúmulo de riquezas e com ela, o aumento das desigualdades sociais. Destarte, passam a existir conflitos de diferentes dimensões na sociedade e daí a necessidade de se firmar um direito do consumidor para a proteção dos hipossuficientes em suas relações de consumo. Este direito é uma conquista moderna e sua aplicação traz a garantia de que o contrato, o qual se estabelece sob o animus habendi das partes, cumpra a sua função social, promovendo justiça. É “algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão”, diz Venosa ao citar a existência de “infundáveis interesses interpessoais” na contemporaneidade, o que justifica esta função. Concluindo, o contrato deve estar a favor do ser humano e não de um “ser mecânico” que o consumismo exagerado veio construindo em seu lugar.

End User License Agreement e o direito contratual na era digital

Continuação Pag.08

Do poder contratual ao Digital Rights Management

A transformação da tecnologia corresponde uma mutação da estrutura de mercado e, portanto, das instituições e das regras sobre as quais ele é baseado. Nascem novas formas de controle da informação, que tendem a colocar em primeiro plano o contrato e a tecnologia, enquanto a lei parece perder a sua centralidade, tornando-se um instrumento que, no máximo, serve para reforçar o controle baseado sobre os dois primeiros.

O tema das licenças de uso traz à tona numerosas e importantes questões inerentes ao direito contratual, dentre as quais: a disciplina da formação do contrato mediante condições gerais; a intersecção entre o contrato e a propriedade intelectual; a relação entre o contrato e os costumes; a circulação além das fronteiras dos modelos contratuais e a relação entre contrato, autotutela privada e tecnologias digitais.

Uma primeira e fundamental questão diz respeito à formação do contrato e, portanto, a efetiva existência de um contrato. A notável expansão dos produtos informáticos e a diminuição dos seus custos resultaram na passagem das contratações únicas escritas a uma comercialização de massa mediante contratações interpessoais, para as quais é utilizada a chamada licença “rasga-envoltório” (shrink-wrap license), ou, a atualmente ainda mais difusa, licença a clique (click-wrap license). No âmbito de tais contratos, o acordo concluir-se-ia não somente sem a possibilidade de negociação, mas - no caso das licenças “rasga-envoltório” - sem que seja dada a possibilidade ao oblato de conhecer as condições contratuais que se encontravam no pacote no momento do rompimento do seu invólucro.

Trata-se de contratos padrão concluídos por adesão de acordo com o artigo 1341, §2 do Código Civil italiano, o qual impõe que as cláusulas vexatórias inseridas em condições gerais do contrato sejam especificamente aprovadas por escrito. Colocam-se, portanto, numerosas questões, dentre as quais primordialmente aquela da equivalência entre o clique no teclado como aceitação e a forma escrita. Com relação à conclusão de contratos telemáticos, consideram-se, ainda, as normas de comércio eletrônico, que impõem obrigações específicas de informação e transparência, além das normas dos contratos de consumo, as quais prescrevem um forte controle, seja sobre o conteúdo, seja sobre o processo de conclusão do contrato.

O fato de que as licenças sejam postas nas condições gerais do contrato põe problemas de tutela do contratante que aceita, os quais encontram explicações convincentes também em termos de análise econômica e de psicologia cognitiva; neste sentido, a digitalização das condições gerais do contrato modifica a posição do aderente, mas, certamente, não a melhora.

O cenário mostra-se ainda mais preocupante em relação à última fronteira do poder contratual representada por dispositivos tecnológicos de proteção (Digital Rights Management) capazes de tornar imediatamente efetivas as limitações de uso escritas nas licenças, punindo diretamente o usuário que busque desatender as prescrições contratuais. Neste cenário, que caracteriza as formas mais recentes de comércio eletrônico, o texto do contrato transforma-se em uma máquina e a máquina confere a si própria o poder de autotutela.

As normas derivadas de negociações parecem, assim, dar lugar a uma regulamentação unilateral predeterminada e inflexível.

** N. da t. : De acordo com os co-autores, na nota de rodapé nº 14 “que segue disponível no Portal da UNICAP, o termo “bundling consiste em uma estratégia concluída para conectar a comercialização de um bem aquela de outro. No mercado do software é muito comum: basta pensar nos pacotes para a automação de um escritório nos quais se encontram o processador Word, as tabelas eletrônicas, os bancos de dados e os aplicativos para geração das páginas Web e apresentações públicas. A discriminação dos preços consiste, todavia, na comercialização de um mesmo bem com faixas diferenciadas de preço: por exemplo, as diferentes versões das licenças de uso para o mesmo software.”

Direito Comparado

Morte e trasfiguração del contratto del consumatore?

Prof. Vincenzo Roppo - Università di Genova

1. - La legislazione (di prevalente origine europea) sui contratti dei consumatori ha creato un nuovo paradigma contrattuale, che sintetizzo così: “un contratto la cui ‘forza di legge’ risulta notevolmente attenuata (per il moltiplicarsi dei recessi di pentimento, e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza); un contratto in cui la più diffusa impugnabilità è bilanciata da un contenimento delle conseguenze distruttive dell’impugnazione (nullità relative, nullità solo parziali); un contratto sempre più largamente assoggettato a controlli sull’equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche schiettamente economico, ben al di là dei casi limitati in cui la tradizione lo ammetteva; un contratto il cui regime subisce la crescente commistione fra ordini di regole tradizionalmente separati, come le regole di validità e le regole di comportamento /responsabilità”.

La mia ipotesi è che questo paradigma trovi crescente applicazione al di là dei suoi confini originari (il rapporto contrattuale B2C fra consumatori e professionisti) e si estenda tendenzialmente a tutti i rapporti contrattuali “asimmetrici”. Con questa espressione intendo tutti i contratti in cui si fronteggino due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che derivare precisamente dalle rispettive “fisiologiche” posizioni di mercato. La categoria comprende ovviamente, in primo luogo, i contratti del consumatore; ma non solo questi, bensì, oltre a questi, anche i contratti che legano un “professionista” a un altro “professionista” (B2B), quando le rispettive posizioni siano – per le obiettive collocazioni di mercato - significativamente asimmetriche in termini di potere contrattuale. In breve, essa copre tutti i contratti che si presentino colpiti da fattori di market failure, dandosi per pacifico che siffatti “fallimenti” appartengono alla fisiologia e non alla patologia del mercato: perché siccome la concorrenza perfetta esiste solo nella teoria, mentre nella realtà la concorrenza è sempre imperfetta, il mercato è sempre – fisiologicamente, appunto - esposto a fallimenti.

2. - Le tracce di questa generalizzazione del paradigma – sempre più spesso applicato per la protezione di soggetti di mercato “deboli”, che non coincidono necessariamente con consumatori - sono numerose.

Compagno nei diritti nazionali di importanti Stati europei. In Italia, il decreto legge n. 223/2006 (convertito nella legge n. 248/2006) e il decreto legge n. 7/2007 (convertito nella legge n. 40/2007) contengono numerose norme che, benché intitolate alla tutela dei consumatori hanno in realtà un’area di applicazione più ampio, perché coprono anche rapporti in cui non compagno “consumatori” in senso stretto . Nel Regno Unito, la Law Commission, con il suo draft bill (2005) di riforma della legislazione sugli unfair terms, propone che la protezione prevista per i consumatori si estesa anche a favore delle piccole imprese.

Sono presenti negli sviluppi della legislazione dell’Unione europea: dove numerose direttive di market regulation perseguono una politica di tutela della parte debole, che sembra di poter esprimere nella formula “dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente”.

Si registrano in significativi prodotti di soft law: i Principles of European Contract Law della Commissione Lando dettano una disciplina degli unfair terms nei contratti non negoziati, che nei contenuti riproduce sostanzialmente la direttiva europea 93/13 sulle clauseole vessatorie nei contratti dei consumatori, ma ha un raggio di azione più esteso perché tutti indistintamente i rapporti contrattuali e non sono quelli impicanti la presenza di un “consumatore”.

3. - Si può, in conclusione, azzardare questa idea: “contratto del consumatore” è una categoria che guarda

al passato (e sia pure a un passato molto recente); più proiettata al futuro, più carica di potenzialità di sviluppo sembra presentarsi la categoria del “contratto asimmetrico”.

Eppure il contratto asimmetrico è per tanti aspetti – storicamente, contenutisticamente – figlio del contratto del consumatore! Ma la cosa non deve sorprendere, e un minimo di conoscenza del passato può essere di aiuto nel darci ragione del fenomeno ipotizzato.

Atto primo (fino agli anni ‘80). In principio era il contratto di diritto comune: e solo quello, senza significativi “contrattari”. Atto secondo (anni ‘90). Sull’onda della legislazione di matrice comunitaria, ad esso si affiancò poi in modo prepotente il contratto del consumatore, modellato secondo un paradigma capace di contrapporlo significativamente al contratto di diritto comune. Atto terzo (anni 2000). Il paradigma nato come contratto del consumatore cominciò successivamente a espandersi oltre i suoi originari confini, per andare a coprire una serie più estesa di rapporti, riconducibili alla più ampia figura del contratto asimmetrico, che comprende in sé il contratto business-to-consumer (B2C), ma anche tutti gli altri contratti - compresi quelli business-to-business (B2B) – fra parti che occupano sul mercato posizioni fisiologicamente squilibrate.

In un certo senso, può dirsi che i tutti i rapporti di mercato asimmetrici - che prima affidavano la protezione della parte debole a rimedi ricavati dal diritto comune - hanno preso a “consumerizzarsi”, perché l’evoluzione normativa rende applicabili anche ad essi un sistema di rimedi che aveva fatto ingresso nell’ordinamento per essere inizialmente destinato ai (soli) contratti del consumatore. Sicché al paradigma definito da quel sistema di rimedi si farebbe torto continuando a definirlo con la formula restrittiva di contratto del consumatore; mentre per dare ragione di quello che oggi è il suo più ampio orizzonte, conviene chiamarlo contratto asimmetrico. In questa prospettiva, il contratto del consumatore appare come categoria che si affievolisce, e tende ad appassire. Non prima, però, di avere generato con la sua carne e il suo sangue la più evoluta e generale categoria del contratto asimmetrico.

4. - Non è, in qualche modo, una storia già vista? Parlo, ovviamente, delle vicende della codificazione italiana di metà del XX secolo: quelle che determinano l’unificazione del diritto privato entro il nuovo codice civile, e al tempo stesso la sua “commercializzazione”. Il parallelismo non mi sembra forzato. Anche lì abbiamo: un paradigma normativo più avanzato di quella generale (le regole su obbligazioni e contratti, scritte nel codice di commercio in deroga alla disciplina civilistica comune) inizialmente creato per un circoscritto settore di rapporti (i rapporti dei “commercianti”); poi l’espansione del paradigma a un orizzonte più ampio (la generalità dei rapporti privatistici, mediante recezione di parti sostanziali dello stesso entro il codice civile del 1942); e, contemporaneamente, la dissoluzione dell’originario involucro del paradigma (il codice di commercio), che scompare come autonoma entità normativa, ma la cui “anima” continua a vivere entro altro più comprensivo involucro (il codice civile, fattosi portatore di un diritto privato largamente commercializzato). E, nell’un caso come nell’altro, il fattore propulsivo del processo è che determinate esigenze, inizialmente sorte (e/o percepite) in relazione a un’area circoscritta di situazioni e rapporti, col tempo si estendono (e/o vengono percepite con riferimento) a una più vasta area di situazioni e rapporti.

1.V. Roppo, Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma, ora in V. Roppo, Il contratto del duemila, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2005, pag. 51.

2.V. Roppo, Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”), in Rivista di diritto privato, 2007, pag. 669 segg., specie 684 segg.

3.V. Roppo, From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts. A Trend in European Contract Law?, in corso di pubblicazione in European Review of Contract Law, 2009, issue 3. Artt. 2:104 e 4:110.

A prática da aplicação do princípio da boa-fé objetiva na relação obrigacional consumeirista

Natália Assis de Melo Pérez - Juíza de Direito, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-ESMAPE

Deparei-me, certa vez, no exercício da função judicante, com o questionamento suscitado por um segurado acerca dos direitos oriundos de contrato de seguro e da suposta perda desses direitos unicamente pelo fato de ter “rebaixado” o veículo.

A seguradora alegava a literalidade da cláusula contratual que previa a perda do direito quando o segurado “deixar de comunicar imediatamente, por escrito, a transferência de posse ou propriedade do veículo, bem como de alterações no próprio veículo ou no uso do mesmo, como exemplificativamente rebaixamento, blindagem, etc”.

Analisando detidamente os autos, verifiquei que, ao contrário do que afirmava em juízo a seguradora, o contrato não previa expressamente a perda do direito em caso de “rebaixamento” do veículo segurado, falando, genericamente, de “alterações no próprio veículo ou no uso do mesmo”. Há que se indagar: a que alterações se refere? O “rebaixamento” está compreendido nessa cláusula restritiva? E a colocação de barra lateral de proteção nas portas? E a película nos vidros? E a mudança da cor da pintura? Então, conclui que ao segurado não havia

sido dado conhecimento prévio do exato conteúdo da cláusula e manteve os seus direitos sobre o contrato. O direito de informação é garantido no art. 6o, II e III, e no art. 46, ambos do CDC. Devem as cláusulas contratuais ser redigidas de forma clara, precisa e compreensível e o consumidor delas ter pleno e prévio conhecimento, sob pena de não o obrigarem. As cláusulas contratuais devem obediência à boa-fé e à equidade e não devem surpreender o consumidor, pois este contratou sob certas circunstâncias e devido à aparência geral do contrato (GRINOVER, 2000, p. 503). A cláusula-surpresa, apesar de não referida expressamente no rol de cláusulas abusivas no art. 51 do CDC, é também proibida, porque contraria o princípio da boa-fé, o direito de informação e o sistema de proteção do consumidor como um todo.

Trata-se aqui da boa-fé objetiva, que se apresenta como um dever jurídico imposto aos contratantes de agir com

lealdade, honestidade e retidão, pautado nos valores sociais e na compreensão do homem comum (LÔBO, 2005, p. 15).

Reconhece-se a boa-fé objetiva como fonte autônoma de direitos e obrigações na relação contratual, destinados à satisfação dos interesses globais envolvidos, principalmente considerando-se que a relação jurídica obrigacional não mais se concebe sob a estrita perspectiva da autonomia da vontade, mas como uma relação de cooperação entre as partes, com vistas à realização de uma função social, que impõe o dever de agir com lealdade e correção no cumprimento dos pactos. O CDC faz expressa referência ao princípio da boa-fé no art. 4º, III, exigindo a sua presença na relação entre consumidores e fornecedores, e no art. 51, IV, declarando a nulidade de cláusulas incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Quanto aos momentos de incidência do princípio da boa-fé na relação contratual, a melhor doutrina o tem exigido não apenas durante a vigência do contrato, mas também antes e após. O CDC foi expresso nesse sentido, protegendo a oferta e a publicidade, exigindo que o consumidor tenha conhecimento prévio do conteúdo do contrato, e impondo ao fornecedor a continuidade da oferta de componentes e peças de reposição.

A boa-fé objetiva está presente e condiciona toda atividade negocial, inclusive no que diz respeito à interpretação do contrato e, por isso, direciona-se sobretudo ao juiz. Paulo Lôbo (2005, p. 15) apresenta a boa-fé objetiva como uma diretiva para pesquisa da regra a aplicar no caso concreto, que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador.

Há, portanto, no sistema contratual do CDC, a incidência obrigatória de um uma cláusula geral de boa-fé, que fundamenta o direito de informação e a proibição da cláusula-surpresa, e que se destina ao controle dos abusos dos poderes privados e à proteção da vulnerabilidade das pessoas que não detêm o poder negocial.

O CONTRATO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Maria Catarina Lopes Calado - Estudante de Direito da UNICAP
Rodolfo Botelho Cursino - Estudante de Direito da UFPE

O Homem, como ser social, necessita interagir e se relacionar com os demais indivíduos. Essa convivência social inerente à natureza humana faz com que a sociedade sempre firme contratos.

Assim como a sociedade, os contratos estão sempre sofrendo modificações, adaptando-se a cultura e ao direito da sociedade, a fim de cumprir com satisfação sua função social.

Os contratos, hoje, ultrapassam a idéia do cego cumprimento das obrigações firmadas, dos princípios clássicos, os quais, há tempo, perderam o seu sentido primordial, servindo, nas últimas épocas, de base para a celebração de diversas relações desiguais.

As relações de consumo são relevantes na sociedade atual. É cediço que as partes contratantes estão, regra geral, em patamares desiguais: de um lado fornecedores,

com seus poderes de barganha, do outro consumidores inexperientes que dependem de produtos daqueles.

Visando equilibrar tal relação, surge o Código do Consumidor que traz consigo direitos básicos e regras de proteções contratuais, evitando a fixação de cláusulas abusivas e contratos onerosos em excesso. O art. 47 do CDC é um grande exemplo deste escopo, ao proteger o consumidor, objetivando tornar as relações menos desiguais.

Destarte, hoje, as relações contratuais, em sua maioria, são representadas pelas relações de consumo, que se regem pelos Princípios Sociais, os quais pregam que as partes devem agir com clareza e boa-fé, tendo em vista a satisfação mútua. Essa é a função primordial dos contratos.

Jurisprudência

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“Súmula 285: Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

“Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às Instituições Financeiras”.

“Súmula 302: É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

EMENTAS DE JULGADOS

“DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 5/STJ. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. 2. É inviável o exame da suposta violação aos arts. 122, 421 e 423 do Código Civil, tendo em vista que a aferição de um eventual caráter abusivo das cláusulas contratuais encontra óbice na Súmula 5/STJ. 3. Tendo o recorrente se limitado a alegar que o contrato de locação por ele afiançado conteria cláusulas abusivas, sem, contudo, apontar quais seriam e em que consistiria sua abusividade, resta caracterizada a deficiência de fundamentação do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 4. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios. Precedente do STJ.” STJ - Superior Tribunal de Justiça. RESP - Recurso Especial – 893218. Processo: 200602169818. UF: RS Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 20/11/2008. Documento: STJ000347702. Fonte DJE. Data: 09/12/2008. Relator: Arnaldo Esteves Lima.

“PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO.REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS E MULTA DE MORA. LICITUDE DA COBRANÇA. AFASTAMENTO DA MORA. PRESSUPOSTO NÃO EVIDENCIADO. TR. INDEXADOR VÁLIDO. SÚMULA 295/STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. SÚMULA N. 126 STJ. 1. A partir do vencimento do mútuo bancário, o devedor responderá exclusivamente pela comissão de permanência (assim entendida como juros remuneratórios à taxa média de mercado acrescidos de juros de mora e multa contratual) sem cumulação com correção monetária (Súmula nº 30 do STJ). 2. Na linha de vários precedentes do STJ, é admitida a cobrança dos juros moratórios nos contratos bancários até o patamar de 12% ao ano, desde que pactuada. 3. A multa de mora é admitida no percentual de 2% sobre o valor da quantia inadimplida, nos termos do artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, com a redação dada pela Lei n. 9.298/96. 4. Não evidenciada a abusividade das cláusulas contratuais, não há por que cogitar do afastamento da mora do devedor. 5. A Taxa Referencial é o indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada. 6. Havendo fundamento constitucional suficiente por si só para a manutenção da decisão recorrida no tocante à capitalização mensal dos juros e diante da ausência de interposição de recurso extraordinário, aplica-se a Súmula n. 126 do STJ. 7. Agravo regimental parcialmente provido.” STJ – Superior Tribunal de Justiça. AGRESP – Agravo Regimental no Recurso Especial – 932096. Processo: 200700489636. UF: RS Órgão Julgador: Quarta Turma.Data da decisão: 18/11/2008. Documento:STJ000346351. Fonte DJE. DATA: 01/12/2008. Relator: João Otávio de Noronha.

Entrevista

Promotora de Justiça



Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco. Há 16 anos iniciou a carreira no Ministério Público de Pernambuco e hoje atua como titular na 18º Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Capital. Em março de 2009, a Promotora de Justiça Liliane Fonseca Lima Rocha, em seu gabinete no Edf. Paulo Cavalcanti, sede do Ministério Público, falou ao IN-Pactum sobre os contratos no Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo e o papel do Ministério Público como órgão atuante na defesa do consumidor

IN-PACTUM - Os contratos de adesão são tidos como uma consequência da atual relação de consumo. Como age o Ministério Público a fim de proteger os interesses difusos e coletivos quando trazem esses contratos Cláusulas Abusivas? O MP vem ao longo dos anos utilizando o Temo de Ajustamento de Conduta e as Ações Cíveis Públicas para a proteção dos interesses difusos e coletivos dos consumidores combatendo as cláusulas e práticas abusivas. Além das cláusulas, combatemos também as práticas abusivas, pois, muitas vezes, os fornecedores não utilizam contrato. Temos várias Ações Cíveis Públicas e vários Termos de Ajustamento de Conduta firmados no intuito de combater essas práticas, no entanto, o Ministério Público e os órgãos de defesa do consumidor não possuem a estrutura necessária, ainda, para combater de modo eficaz os abusos dos fornecedores. Todavia, na medida do possível, temos conseguido muitas vitórias.

IN-PACTUM - O Ministério Público está elencado como um dos principais órgãos que atuam na defesa do consumidor. Como se dá o termo de ajustamento de conduta (Lei 7347/85)? E qual é a diferença entre este e a instauração do inquérito civil quando se causa um dano à legislação do consumidor? Firmamos sempre que possível Termo de Ajustamento de Conduta, para ajustar a conduta do fornecedor à lei. A Lei da Ação Civil Pública(Lei 7347/85) em seu art. 5º, § 6º, permite expressamente a realização do Termo de Ajustamento de Conduta, não como um modo de reprimir a conduta já violada pelo fornecedor de produto ou serviço, mas como uma forma preventiva e inibitória de futuras condutas infrativas. Todos os órgãos públicos, pela lei de Ação Civil Pública, podem também firmar esse termo de ajustamento de conduta que denominados de TAC. No entanto, as associações, que, inclusive, fazem um bom trabalho na defesa do consumidor aqui em Pernambuco, pela lei, não podem firmar o TAC. Ressaltamos a importância dos acordos firmados nos PROCONS e outros órgãos para solução das questões individuais dos consumidores. Entretanto, a sociedade do consumo gira em torno do contrato de massa. A grande preocupação do MP é a prevenção de danos aos consumidores, e a prevenção se dá de forma coletiva. A repressão, de igual forma, deve ser realizada de forma coletiva. Registre-se que ao fornecedor de serviços e produtos em geral interessa, em tese, em qualquer órgão do consumidor, firmar um TAC para resolver a reclamação de um consumidor sobre uma determinada conduta abusiva ou ilegal. Constatamos, em inúmeros casos, entretanto, que tal fornecedor continuará com a mesma prática ilegal e abusiva em relação aos demais consumidores, pois no Brasil o consumidor reclama pouco. Não obstante os avanços ocorridos nos últimos anos, o consumidor não tem educação suficiente para o consumo e os órgãos públicos são muito desacreditados pela população. O acesso à justiça e aos órgãos de defesa do consumidor é complexo no Brasil. O trabalho pedagógico em relação à defesa dos consumidores é ainda incipiente, o número de consumidores que procuram os órgãos de defesa é muito pequeno. Assim, os fornecedores se interessam por firmarem acordos com um, dez ou cem pessoas e continuam violando os interesses e direitos coletivos e difusos de milhares de consumidores. E é exatamente isto a maior preocupação do MP, a defesa coletiva. Em regra

nós só firmamos um TAC para beneficiar todas ou o maior número de pessoas atingidas pelas práticas abusivas e ilegais dos fornecedores. Quando os danos são de âmbito estadual, um TAC firmado pela Promotoria do Consumidor da Capital tem abrangência em todo o estado. Temos combatido os danos decorrentes de abusos praticados principalmente por fornecedores de serviços essenciais .Os órgãos de defesa do consumidor e inclusive a Promotoria do Consumidor da Capital, não dispõem da estrutura adequada, à consecução de suas finalidades. É preciso que exista vontade política e conscientização dos governantes sobre a necessidade de redimensionar a estrutura dos órgãos de defesa do consumidor, porque, principalmente na questão dos serviços essenciais, o embate é muito forte contra o poder econômico. O Inquérito Civil é um procedimento de investigação preparatório utilizado pelo Ministério Público na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. No decorrer do Inquérito, muitas vezes, firmamos Termo de Ajustamento de Conduta. O Promotor de Justiça pode requisitar de qualquer autoridade, órgãos públicos ou privados, informações durante a tramitação do Inquérito Civil que muitas vezes antecede a propositura da Ação Civil Pública.

IN-PACTUM - Qual o pensamento do Ministério Público Estadual sobre o instituto da repetição do indébito nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC? Entendemos que o consumidor tem direito à repetição do indébito sempre que pagar por algum produto ou serviço de modo indevido. Em todas as Ações Cíveis Públicas em que constatamos a necessidade do pagamento em dobro, pedimos a devolução na forma do art. 42 do CDC. Se houve dano ao consumidor, se ele pagou a mais, se a cobrança era indevida, ou era ilegal, nós pedimos que o fornecedor restitua em dobro o que o consumidor pagou. Na prática, a Ação Civil Pública é um instrumento processual de suma importância para a atividade do Ministério Público. No que se refere ao recebimento das quantias indevidamente pagas pelos consumidores, entendemos que o legislador foi tímido na elaboração da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor, talvez por se preocupar mais com a defesa coletiva. Requeremos, via de regra, na justiça, a repetição do indébito. Mas o consumidor tem que exercer individualmente o seu direito nos casos de direitos individuais homogêneos. Nós requeremos de forma genérica, nos termos da lei, mas o cumprimento da sentença é promovida pelo próprio consumidor. Considero isso uma falha muito grande da legislação, pois se ela atribui ao MP e a outros legitimados o dever de zelar pela defesa dos consumidores propondo ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos difusos e coletivos, deveria ter concedido ao MP atribuição para agir em nome individual desses consumidores, mas nós não temos essa legitimidade. Há alguns anos nós propusemos uma Ação Civil Pública contra um determinado Banco na qual fomos vitoriosos. O banco ofertou, no mercado de consumo, aos estudantes, um cartão de crédito sem o pagamento de anuidade. Após ter conseguido a adesão de inúmeros consumidores, o banco fez circular uma carta aos estudantes informando que a partir de determinada data passaria a cobrar um pequeno valor, visto que o cartão passaria a contar com nova denominação e algumas “benesses” . O diretório dos estudantes de direito da federal denunciou essa prática, pois o banco não deixava nenhuma opção pela escolha do novo serviço: ou o consumidor

pagava pelo novo cartão ou deixava de ser cliente do banco. Ingressamos com uma Ação Civil Pública na justiça para que o cartão dos estudantes continuasse com a gratuidade e fomos vitoriosos, inclusive nessa ação pedimos a repetição do indébito. A condenação foi genérica como manda a Legislação. Cada estudante individualmente teria que solicitar a restituição, o que não ocorreu, porque os valores são de pouca monta se individualmente considerados e a assistência judiciária prestada pelo estado ainda não é suficiente. Nesse caso, a lei confere ao MP o poder de fazer a execução coletiva, onde o destinatário não é o consumidor individual, de per si, e sim o Fundo do Consumidor. Essa lacuna acarreta prejuízo para o consumidor individual. Não vemos muita lógica nessa particularidade. Ora, se o consumidor é hipossuficiente, vulnerável e não tem condições de reivindicar o direito na justiça, ele também não terá condições de promover individualmente o cumprimento da sentença. Entretanto, além do aspecto pedagógico, as ações coletivas contribuem de forma significativa na tutela dos interesses difusos e coletivos.

IN-PACTUM - Como o MP entende da extensão da prestação aos contratos que não são tipicamente de consumo? Nessa questão vocês falam da extensão dos direitos dos consumidores aos contratos em gerais, a teoria maximalista, inclusive, vem sendo adotada por alguns segmentos dos tribunais superiores. O MP entende que como o tecido social é muito esgarçado e a sociedade é muito desprotegida, devemos utilizar essa teoria maximalista e não reduzir ou minimizar a aplicação do CDC a uma gama de consumidores prejudicados no dia-a-dia pelos fornecedores em razão do forte poder econômico de que são detentores.

IN-PACTUM - A legislação do consumidor brasileira pode ser interpretada como uma “resposta” à nova visão do contrato nas relações de consumo, levando em conta o desequilíbrio existe entre realidade social e ordenamento jurídico? Sem dúvida. O Código de Proteção de Defesa do Consumidor é uma resposta ao problema social grave que existia e ainda existe no nosso país. Nossa lei é uma lei de vanguarda, até pela própria denominação. Na França existe um código de defesa do consumo, já no Brasil o código é de defesa e proteção do consumidor, nós não temos uma norma de defesa das relações de consumo. A lei é protetiva porque há um desequilíbrio muito grande nas relações contratuais de consumo. Por causa do capitalismo desenfreado e sem barreiras, o consumidor fica cada dia mais vulnerável e mais hipossuficiente, o fornecedor de serviços parece cada dia mais “preparado” para ludibriar e desrespeitar os consumidores. A proteção conferida pelo código é direito básico e mínimo que o legislador outorgou, inclusive regulamentando o texto constitucional, que disciplina: “o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor” (art. 5, XXXII). Apesar do caráter protetivo do CDC, os desmandos no mercado de consumo ainda são vastíssimos, pela desinformação do consumidor, pelo desinteresse na defesa de seus direitos, ante a falta de estrutura dos órgãos de defesa do consumidor ,e pela desenfreada busca de lucros do poder econômico que não respeita a função social do contrato, busca sempre maior lucro, inclusive em setores de serviços essenciais como os de fornecimento de energia, telefonia, água, saúde, transporte, etc.

End User License Agreement e Diritto dei contratti nell’era digitale.

Roberto Caso - Professor de Direito Privado Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de Trento, Itália.
Valentina Moscon - Doutoranda de Direito Comparado e Europeu da Universidade de Trento, Itália

Il diritto d'autore riconosce al creatore dell'opera un pacchetto di prerogative che spaziano dal diritto di rivendicarne la paternità , ai diritti di sfruttamento economico , rappresentando così, da una parte, un incentivo all'innovazione e dunque un beneficio, dall'altra, un costo in termini di monopolio . Tale essenza monopolistica è la ragione per la quale i diritti d'autore sono circoscritti in ampiezza e durata attraverso limiti volti a promuovere la diffusione di nuove opere, la circolazione dell'informazione e della conoscenza, garantire la libera concorrenza e l'innovazione tecnologica. Il carattere limitato della tutela nonostante le recenti tendenze legislative, puntate ad estendere l'ampiezza e la durata dell'esclusiva, ha resistito nel tempo e costituisce un tratto riscontrabile sia nel copyright anglosassone che nel diritto d'autore continentale .

La rivoluzione informatica e telematica e le sollecitazioni che queste hanno indotto sul mercato delle opere dell'ingegno, tuttavia, hanno imposto al diritto d'autore un'enorme sfida il cui impatto sul mondo giuridico ha condotto a notevoli cambiamenti . Grazie alle tecnologie informatiche, infatti, le opere sono elaborabili con estrema facilità e trasferibili in Rete in frazioni di secondo. Nuovi tipi di opere inoltre possono essere concepite: l'esempio più significativo è il software , la cui tutela nel contesto europeo ha trovato riconoscimento normativo nel corso degli anni Novanta. In particolare, la direttiva 91/250 CEE , ponendo fine ad un travagliato percorso giurisprudenziale e dottrinale , ha accordato tutela ai programmi per elaboratore inquadrandoli nel paradigma del diritto d'autore . L'avvento dell'era digitale ha inoltre condotto alla nascita di nuove forme di controllo delle informazioni contenute nelle opere dell'ingegno, basate principalmente su tre strumenti: il contratto, la tecnologia, la legge sulla proprietà intellettuale.

La natura ambigua della licenza d'uso all'utente finale.

Lo sfruttamento economico dell'opera avviene attraverso contratti sui diritti di utilizzazione, che possono essere vere e proprie cessioni ovvero licenze, esclusive o non, cosiddette End User License Agreements (EULAs). L'EULAs, che mirano a conferire al produttore del software il maggior controllo possibile sul “proprio” bene, sfidando i limiti che derivano dalla legge sul diritto d'autore, pongono numerosi problemi giuridici. Ciononostante esse costituiscono il principale strumento di distribuzione di massa del software .

Un fondamentale elemento caratterizzante questa tipologia contrattuale è la pretesa distinzione tra vendita e licenza d'uso proprietaria , fondata su ragioni economiche e giuridiche. Lo schema contrattuale prevede, da un lato, il trasferimento del diritto di utilizzare per un tempo indeterminato una singola riproduzione del software, dall'altro, l'attribuzione di un corrispettivo, erogato per lo più in un'unica soluzione. Nelle condizioni contrattuali si insiste nell'affermare l'esclusiva titolarità del programma per elaboratore in capo alle software houses e l'impossibilità per il licenziatario di trasferire a terzi il programma . Sotto il profilo giuridico l'utilizzo della licenza mira in tal senso ad aggirare la regola di copyright che discende dall'esaurimento del diritto d'autore - conseguenza ex lege dell'immissione sul mercato— secondo cui la prima vendita di una copia dell'opera esaurisce il diritto di controllare ogni ulteriore distribuzione sulla medesima . Sotto il profilo economico, mediante tale schema contrattuale i produttori di software possono più agevolmente praticare bundling e discriminazione dei prezzi .

Dal potere contrattuale al Digital Rights Management.

Al mutamento della tecnologia corrisponde un mutamento della struttura del mercato e dunque delle istituzioni e delle regole sulle quali esso si basa. Nascono nuove forme di controllo dell'informazione tendenti a mettere in primo piano il contratto e la tecnologia mentre la legge sembra perdere la sua centralità e diventare uno

strumento che, al limite, serve a rafforzare il controllo basato sui primi due.

Il tema delle licenze d'uso mette in luce numerosi ed importanti profili inerenti il diritto dei contratti, tra cui: la disciplina della formazione del contratto mediante condizioni generali; l'intersezione tra contratto e proprietà intellettuale; il rapporto tra contratto e consuetudini; la circolazione transfrontaliera dei modelli contrattuali e la relazione tra contratto, autotutela privata e tecnologie digitali .

Una prima fondamentale questione riguarda la formazione del contratto e quindi l'effettiva esistenza di un contratto. La notevole espansione dei prodotti informatici e la diminuzione dei loro costi hanno comportato il passaggio da singole contrattazioni a forma scritta, ad una commercializzazione di massa tramite contrattazioni impersonali, per le quali viene ad essere utilizzata la c.d. licenza a strappo (shrink-wrap license), ovvero, oggi ancora più diffusa, licenza a click (click-wrap license). Nell'ambito di tali contratti l'accordo si perfezionerebbe non solo senza possibilità di negoziazione, ma —nel caso delle licenze a strappo - senza che sia data la possibilità all'oblatto di conoscere le condizioni contrattuali che si trovavano all'interno della confezione al momento dello strappo.

Si tratta in ogni caso di contratti standard conclusi per adesione ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., il cui comma 2 impone che le clause vessatorie inserite in condizioni generali di contratto siano specificatamente approvate per iscritto. Si pongono dunque numerose questioni, tra cui anzitutto quella dell'equivalenza tra il click sul tasto accettazione e la forma scritta. Con riguardo alla conclusione di contratti telematici vengono altresì in considerazione le norme sul commercio elettronico , che impongono particolari obblighi di informazione e trasparenza, oltre che le regole dei contratti del consumatore , le quali prescrivono uno stringente controllo sia sul contenuto che sul processo di conclusione del contratto .

Il fatto che le licenze si estrinsechino in condizioni generali di contratto pone problemi di tutela del contraente accettante che trovano convincenti spiegazioni anche in termini di analisi economica e psicologica cognitiva; in tal senso la digitalizzazione delle condizioni generali di contratto modifica la posizione dell'aderente ma certo non la migliora .

Lo scenario appare ancora più preoccupante in relazione all'ultima frontiera del potere contrattuale rappresentata da infrastrutture informatiche (Digital Rights Management) capaci di rendere immediatamente effettive le limitazioni d'uso scritte nelle licenze, sanzionando direttamente l'utente che provi a disattendere le prescrizioni contrattuali. In questo scenario, che caratterizza le forme più recenti di commercio elettronico, il testo contrattuale diventa una macchina e la macchina conferisce il potere di auto tutelarsi.

Le regole frutto di negoziazione sembrano così cedere il passo ad una regolamentazione unilaterale predeterminata ed inflessibile.

As notas de rodapé, estão disponíveis no portal da Universidade Católica de Pernambuco - www.unicap.br e no grupo: http://groups.google.com/in-pactum



Fotografia - Marcos Ramos - Cores e Formas

End User License Agreement e

o direito contratual na era digital

Tradutora: Laise Da Correggio Luciano - Doutoranda em Direito no Queen Mary, College, University of London - Inglaterra.

O direito de autor reconhece ao criador da obra um pacote de prerrogativas que variam do direito de reivindicar a sua paternidade ao direito de explorá-la economicamente, representando, assim, por um lado um incentivo à inovação e, portanto, um benefício; por outro, um custo em termos de monopólio. Tal essência monopolística é a razão pela qual os direitos autorais são circunscritos em amplitude e duração através de limites dirigidos à promoção da difusão de novas obras, à circulação da informação e do conhecimento, à garantia da livre concorrência e à inovação tecnológica. O caráter limitado da tutela, não obstante as recentes tendências legislativas dirigidas a estender a amplitude e a duração da exclusividade, persistiu no tempo e constitui uma característica seja do copyright anglo-saxão, seja do direito autoral continental.

A revolução informática e telemática e as mudanças que estas causaram no mercado das obras de engenho, todavia, impuseram ao direito autoral um enorme desafio, cujo impacto no mundo jurídico conduziu a mudanças notáveis. De fato, graças às tecnologias informáticas as obras são elaboráveis com extrema facilidade e são transferíveis na internet em frações de segundo. Além disso, novos tipos de obras podem ser identificados: o exemplo mais significativo é o software, cuja tutela no contexto europeu encontrou reconhecimento normativo durante os anos noventa. Particularmente, a Diretiva 91/250 CEE, colocando fim a um tormentoso percurso jurisprudencial e doutrinário, tutelou os programas de computador, enquadrando-os no paradigma do direito autoral.

O advento da era digital conduziu também ao nascimento de novas formas de controle das informações contidas nas obras de engenho, baseadas principalmente em três instrumentos: o contrato, a tecnologia e a lei de propriedade intelectual.

A natureza ambígua da licença de uso ao usuário final

A exploração econômica da obra ocorre através dos contratos sobre o direito de utilização, que podem ser verdadeiras concessões, ou seja, licenças, exclusivas ou não, conhecidas como End User License Agreements (EULAs). Os EULAs, que visam a conferir ao produtor do software o maior controle possível sobre o 'próprio' bem, desafiando os limites que derivam da lei sobre os direitos autorais, apresentam numerosos problemas jurídicos. Não obstante, tais licenças constituem o principal instrumento de distribuição de massa do software.

Um elemento fundamental, característico dessa tipologia contratual, é a pretensa distinção entre a venda e a licença de uso proprietário, fundada em razões econômicas e jurídicas.

O esquema contratual prevê, de um lado, a transferência do direito de utilização por um tempo indeterminado de uma única reprodução do software; de outro, prevê a atribuição de uma contraprestação, dada normalmente em uma solução única. Nas condições contratuais, insiste-se em afirmar a exclusividade da titularidade do programa de computador sob o poder das empresas de software e a impossibilidade do licenciado transferir o programa a terceiros. Sob o perfil jurídico, a utilização da licença visa, neste sentido, a burlar as normas de copyright, que derivam do esaurimento do direito autoral - consequência ex lege da introdução no mercado -, segundo o qual a primeira venda de uma cópia da obra exaure o direito de controlar qualquer ulterior distribuição da mesma.

Sob o ângulo econômico, mediante tal esquema contratual os produtores de software podem facilmente praticar bundling* e discriminação de preços.

Direito Comparado

Os 18 anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Consumo

Larissa Leal - Profª de Direito da UFPE, Faculdade Marista, ESMape, e ESMATRA

Passados 18 (dezoito) anos da introdução do Código de Defesa do Consumidor na seara legal de nosso País, tentar aferir o sentido e alcance das normas ali contidas permanece um ofício árduo que se impõe ao jurista nacional. Tamanha a agudeza do legislador nacional, que construiu um sistema protetivo conexo, direto, objetivo e sintonizado com a realidade nacional, tamanho, em igual medida, o labor de seus intérpretes e aplicadores.

Por determinação do legislador constituinte, que reconheceu a necessidade de construção de uma lei especialmente voltada à tutela do consumidor, foi o Código de Defesa do Consumidor elaborado no sentido expreso de dar vazão jurídica ao reconhecimento intangível da vulnerabilidade jurídica do consumidor, tutelando-o, sobremaneira no que tange às relações contratuais empreendidas entre consumidores e fornecedores.

Nesse sentido, a opção do legislador foi clara: a) sistematizar a proteção do consumidor em um texto normativo codificado; b) introduzir nesse sistema de proteção um – então – novo contorno legislativo de temas codificados, com ampla utilização de cláusulas gerais e princípios a par de disposições normativas mais diretas e dirigidas.

Em sendo uma norma de proteção codificada, não mais no sentido oitocentista de codificação, onde a falsa noção de modelo normativo absoluto, engessado e unificador do arcabouço legal abreviou a sobrevivência dos Códigos Modernos, o Código de Defesa do Consumidor é uma face honesta e aparente do Estado Social de Direito, na medida em que figura como um promotor ativo da proteção jurídica do consumidor, um valor constitucional, bem como garante a realização de justiça social. Não se trata, in casu, de norma dotada de simples particularismo jurídico ou de campo de aplicação restrito, mas, sim, de norma articulada com todo o sistema jurídico nacional, voltada a um mister específico: a defesa do consumidor.

Assim os contratos de consumo são tratados. Abandonando os ditames clássicos dos contratos, que os vinculavam apenas à ideia de liberdade negocial, à força obrigatória dos contratos e ao império da autonomia da vontade, o CDC tratou os contratos de consumo à luz de nossa nova realidade contratual, caracterizada pela contratação massificada.

A disciplina dos contratos de adesão insculpida na legislação consumerista traduz perfeitamente o reconhecimento da vulnerabilidade jurídica do consumidor. Levado a formar vínculos contratuais, sob a forma de simples adesão a condições ou cláusulas contratuais pré-dispostas pelos fornecedores, o consumidor, na imensa maioria dos contratos que realiza, encontrou no CDC um ambiente de proteção e tutela que não existia no Brasil.

Mecanismos voltados à tutela da saúde e segurança do consumidor, revisão dos contratos, ao reconhecimento de abusividade e declaração de nulidade de cláusulas contratuais e todo um sistema de política de relações de consumo foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico, o que gerou uma verdadeira revolução em nossa própria teoria contratual.

Os princípios clássicos dos contratos foram mitigados para dar lugar à nova concepção social dos pactos negociais. Limitou-se a liberdade contratual, relativizou-se a força obrigatória dos contratos e restringiu-se o papel da autonomia privada em prol da proteção do consumidor. A confiança e a probidade contratual passaram a ser tuteladas legalmente, objetivou-se a boa-fé e a busca de equilíbrio nas relações contratuais passou a constar expressamente de texto legal.

O direito não se resume aos fenômenos legais, mas estes constituem hipóteses e elementos de trabalho de grande relevância ao trabalho do jurista. Assim ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor.

Uma das inovações mais relevantes trazidas pelo Código Consumerista foi o tratamento da publicidade abusiva e enganosa. Até então, a legislação brasileira tratava da publicidade sob a ótica comercial, atentando apenas aos seus

Doutrina

efeitos quanto à concorrência desleal ou como criação autoral . Com o novo regime, deu-se efeito vinculativo à publicidade, tratada como oferta comercial que deverá ser entendida como parte integrante do contrato de consumo. Tais efeitos, além de assegurarem a transparência nas relações de consumo, tratam de inibir a má-fé de fornecedores, vinculando-os às suas ofertas publicitárias.



Fotografia - Marcos Ramos - Cores e Formas

Em outras palavras: o anúncio passou a ter um alto valor jurídico, na medida em que o consumidor passou a ser titular do direito de exigir o cumprimento da oferta publicitária.

Práticas comerciais como a cobrança de consumação mínima, a venda casada, o envio de produtos ou fornecimento de serviços sem solicitação prévia, a consecução de serviços sem prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor e a elevação sem justa causa do preço de produtos e serviços foram arroladas como abusivas e, portanto, ilícitas. Os contratos de consumo passaram a vincular os consumidores somente na medida em que eles tenham a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo e que este não seja um ambiente proliferador de abusividade por parte do fornecedor.

Os contratos de adesão receberam, como visto, especial destaque. Seu conteúdo é estabelecido unilateralmente pelo fornecedor, como é o caso dos serviços de fornecimento de energia elétrica, telefonia ou planos de saúde. Daí decorre que tais pactos devem ser, sempre, interpretados de modo mais favorável ao consumidor, a fim de que seja garantido o equilíbrio em tais contratos.

O contrato nas relações de consumo

Danilo José Viana da Silva, Estudante de Direito da Unicap e Monitor de Introdução ao Estudo do Direito II

É característica do homem pós-moderno uma certa indecisão sobre aquilo que se vai comprar, sobre qual o melhor produto e diversas outras interrogações; a fragmentariedade acompanha o homem contemporâneo em suas relações consigo e com os outros, nesse caso assumiria o contrato a função de , pelo menos nesse sentido, possibilitar um maior grau de segurança de que o que foi pactuado será cumprido. A globalização, além de virtualizar e facilitar, em um certo aspecto, as relações intersubjetivas, também ensinou a realização de uma gama de possibilidades para o setor propagandístico, e com isso o consumidor se vê num mundo em que tudo que ele necessita é ofertado com muita rapidez e facilidade. Para que tais produtos ou serviços possam ser adquiridos com

Merece relevo o tratamento dado aos contratos que versam acerca da prestação de serviços essenciais que, nos termos do artigo 22, deve ser contínua, não havendo lugar para a recepção da corriqueira prática das empresas fornecedoras de energia de “cortarem” o fornecimento por inadimplência do consumidor.

Não há, no CDC, ou em toda a sistemática de proteção jurídica do consumidor, qualquer norma que albergue o corte de serviços essenciais como o fornecimento de energia elétrica, gás ou água. Muito antes pelo contrário, essas são condutas vedadas pelo legislador.

A convivência no Estado Social de Direito impõe a todos os cidadãos a renúncia a fazer justiça de mão própria. Ao tirar de nossas mãos a possibilidade de, pessoalmente, fazermos “justiça”, ela impôs ao Estado a obrigação de fazê-lo. Para tanto, as sociedades robusteceram os aparatos sociais de segurança e justiça, dotando o Poder Público de meios hábeis à realização e efetivação das disposições normativas no meio social.

O corte de serviços essenciais decorrente de inadimplência do consumidor nada mais é que justiça privada. Isso porque aos fornecedores cabe, em tais situações, buscar o adimplemento de seus créditos na Justiça, conforme as normas estabelecidas em nosso Estado Social e nossa legislação.

Não há nenhum razão plausível para que as prestadoras de serviços essenciais, que, por sua própria condição, têm garantida ampla clientela, possam receber também essa proteção jurídica. O corte de serviços essenciais é ilegal, mas bastante comum, o que evidencia a necessidade que temos de efetivar a proteção jurídica do consumidor.

Infelizmente, o Estado brasileiro, sobremaneira no que tange à atuação das agências reguladoras, que deveriam atuar na garantia de equilíbrio contratual nas relações consumeristas, já se mostrou bastante ineficiente no trato das questões em comento, razão pela qual não apenas os juristas, como todos os cidadãos, nesse período festivo, devem considerar-se convocados a agregar esforços para a efetivação das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor.

Consumer Contracts in England and Wales

Lucas Bornico - Graduado em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Trento - Itália| BPP pela Law School London Waterloo, Advogado

The birth of consumer protection in the United Kingdom

The concept of consumer protection was unknown in the UK until the mid-twentieth century, a period in which Law had to adapt to a changing socio-economic reality dominated by the economies of scale and an emerging consumer class. Until this point in time, the traditional common law rules were largely uninterested about the parties' contractual strength, primarily as a result of the overriding importance given to the principle of pacta sunt servanda; a principle that fitted the non-interventionist judicial approach of the XIX century, largely as a result of the dominant liberal ideology of liberalism. Nevertheless, judicial and legislative lawmaking over the twentieth century began to gradually accommodate the emerging needs of consumers; this was particularly evident in contract and tort law, even if no legal notion of consumer or consumer protection existed as such. One of the outspoken advocates of a novel approach was Lord Denning (1899-1999), who is widely regarded as the most proactive and creative English judge. In fact, Lord Denning is responsible for making the leading statement in all the cases which are dealt below.

The legal meaning of consumer

There is no single universal definition of consumer under English Law. There is a plurality of Acts and judicial decisions, as well as EC Regulations and Directives which contain diverse definitions of consumer. Therefore, it is necessary to first consider which type of commercial contract parties have entered into (e.g. sale of goods, supply of services, sale by sample, etc.), and a later stage determine whether a contractual party is dealing as a consumer. This is because it is a reference to a consumer should always be interpreted in accordance with the appropriate legislation. Nevertheless, it should be noted that there is a hermeneutical nucleus which is common to all definitions. This is evidenced by the UK Department of Business, Enterprise and Regulatory Reform, which suggests that consumers should be understood as people (i.e. not legal persons such as companies) who buy for a purpose not related to their trade, business or profession.

Incorporating expressed terms in the light of common law rules

In consumer contracts, not all expressed terms (i.e. terms which are expressed by the parties orally or in writing) will be binding on the consumer. Expressed terms are subject to the common law doctrine of incorporation, which applies to all contracts, including commercial contracts. However, the doctrine adopts a more interventionist approach in respect of consumer contracts. For instance, if terms are contained in a separate document which is not signed, such as a notice board, website, ticket, receipt, or invoice, under *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd*, these will be binding only if they were brought to the consumer's attention before the contract is entered into, or if reasonable steps were made in this respect. Moreover, if expressed terms contained in a single document are particularly onerous or exclude certain types of liability (even if they are not against imperative rules), they may not be binding on consumers. Under *Spurling v Bradshaw*, additional steps are needed to constitute sufficient notice on non-commercial parties, such using red ink, bold characters, a red hand pointing to the term or something equating to it. Lastly, under *Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd. V Singer & Co*, if an expressed term is ambiguous, even if the aforementioned steps were undertaken, they will be construed against the commercial party who is seeking to rely upon it.

Implied terms

As opposed to expressed terms which are negotiated by the parties, certain contractual terms are implied by Law into contracts irrespective of the parties' intentions. The

source of these terms is the English common law and legislation.

It should be noted that implied terms exists in respect of commercial, as well as consumer contracts, however, they play a more important role in the latter. For instance, all the implied terms of the *Sales of Goods* Act 1979 apply to any contract for the sale of goods, irrespective of a party dealing as a consumer or a business; these include that the seller has good title of purchased item, the goods are of satisfactory quality, and must correspond with a sample. Under the *Supply of Goods and Services Act 1982*, similar implied terms apply to service contracts, where the goods and services provided must be of a satisfactory quality and fit for their purpose. However as mentioned, these Acts also contain special provisions in respect to consumers. For example, s14(2D) of the Sales of Goods Act 1979, widens the reasonableness test which implies that goods are deemed to be of satisfactory quality, by including relevant factors and circumstances such as public statements, specific characteristics made by the seller, producer or his representative, particularly in advertising or labelling.

The influence of EC Law

UK consumer contracts are subject to other implied terms resulting from the influence and direct applicability of EC law in the UK legal system. The rationality of EU intervention in respect of the systems of consumer protection law and policy of Member States, consists on the fact that divergences have the potential to distort the single market. On the one hand, businesses in Member States with lower levels of consumer protection could gain a competitive advantage; on the other hand consumers would likely purchase products originating from Member States offering a higher level of consumer protection. In any case, it is deemed detrimental to the single market to have different levels of protection in respect to products that can freely flow and be retailed throughout the EU.

There are many aspects of EC consumer protection law and policy worth mentioning, however, for the sake of brevity, the most recent and wide reaching intervention is the *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* (SI 2008/1277), which implements the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC).

The above Regulation introduced into the UK legal system a general prohibition on businesses to treat consumers unfairly or to mislead them. Under regulation 3, a commercial practice is unfair if it contravenes the requirements of professional diligence, the latter is described in regulation 2 as the standard of skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, in the light of undertaking an honest market practice or the general principle of good faith in its respective field. The above, of course, is an objective standard, which results in the voidability of a term which is deemed unfair, whilst the remaining terms of the contract remain in force.

1. N. do t.: O CDC brasileiro admite que pessoa jurídica possa ser considerada consumidora (art. 2º). A doutrina mais atual, entretanto, exige a demonstração da vulnerabilidade concreta da pessoa jurídica frente ao fornecedor para que possa ser beneficiada pelas regras protetivas, de acordo com a teoria do “finalismo aprofundado”. Neste sentido, MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 89-92; STJ, RESP 684.613/SP.
2.N. do t.: O leitor acostumado com o sistema romano-germânico da Civil Law deve recordar-se que a Common Law opera com base em precedentes judiciais. Disto advém a importância da referência aos casos, apesar da crescente relevância do direito legislado. Vale a consulta à elegante apresentação de DAVID, René. Le droit anglais. 9 ed. Paris: PUF, 2001.
3.N. do t.: O CDC torna vinculante toda oferta ou publicidade veiculada pelo fornecedor (art. 30), permitindo inclusive a execução específica (art. 35, I). A respeito, PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
4.N. do t.: Deve-se fazer referência à proposta de diretiva apresentada pelo Parlamento Europeu em 08/10/08 (2008/0196 COD), que dispõe acerca dos contratos de consumo na União Europeia em moldes mais atuais e que deve se tornar o texto base da matéria para os próximos anos, aproximando ainda mais o sistema britânico do continental neste ponto.

CONTRATOS DE CONSUMO NA INGLATERRA E NO PAÍS DE GALES

Tradução e adaptação: Roberto Paulino. Professor de Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade Marista do Recife.

O conceito de defesa do consumidor era desconhecido no Reino Unido até meados do século XX. Até este momento histórico, os preceitos tradicionais da common law não levavam em conta o equilíbrio das partes no contrato, sobretudo por força da extrema importância dada ao princípio pacta sunt servanda. A criação judicial e legislativa do direito durante o século XX viria a acomodar de forma gradual as necessidades emergentes dos consumidores, o que se tornou particularmente evidente na legislação sobre contratos e responsabilidade civil.

Não existe uma definição única de consumidor no direito inglês. Há uma pluralidade de atos normativos e decisões judiciais, assim como regulamentos e diretivas da União Européia que contêm diversas definições de consumidor, o que exige uma análise detalhada do contrato para determinar se o contratante integra uma relação de consumo.

Isto ocorre porque a referência ao consumidor deve sempre ser interpretada em concordância com a legislação apropriada, muito embora haja um núcleo hermenêutico que é comum a todas as definições e sugere que os consumidores devem ser vistos como pessoas físicas que adquirem bens ou serviços para propósitos não relacionados com sua atividade empresarial¹.

Nem todas as cláusulas expressas em um contrato de consumo vincularão o consumidor. Por exemplo, se as cláusulas estão contidas em um documento separado que não está assinado, como um quadro de avisos, um site de internet, ticket, recibo ou aviso, de acordo com *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd*²., elas só se tornarão vinculantes se trazidas à sua atenção antes da conclusão do contrato, ou se for adotada uma conduta razoável no sentido de informar o adquirente a respeito.

Ainda, se as cláusulas contidas no corpo do contrato são excessivamente onerosas ou excluem certos tipos de responsabilidade (mesmo sem violar normas imperativas), elas podem não obrigar o consumidor. Em *Spurling v. Bradshaw*, requisitos adicionais são exigidos para informar suficientemente o contratante não-empresário, como utilizar tinta vermelha, negrito, uma mão vermelha apontando para a cláusula ou algo similar.

Por fim, à luz de *Andrews Brothers (Bournemouth) Ltd. v. Singer & Co*, se uma cláusula é ambígua, mesmo que os mencionados requisitos estejam atendidos, ela será interpretada contra o interesse da parte contratante a que beneficie.

O sistema jurídico britânico adota, tanto nos contratos de consumo como nos empresariais, algumas cláusulas implícitas, decorrentes do direito consuetudinário e da legislação. Por exemplo, todas as cláusulas implícitas no *Sales of goods act*, de 1979, se aplicam a qualquer contrato de compra e venda, independentemente se a parte contratante é empresária ou consumidora; estas cláusulas exigem que o vendedor tenha poderes para alienar o bem, que este tenha qualidade satisfatória e corresponda à amostra apresentada (há tratamento semelhante para o contrato de prestação de serviço – vide o *Supply of goods and services act*, de 1982). Entre as regras aplicáveis especificamente aos contratos de consumo destaca-se o caráter mais amplo dado ao exame de razoabilidade à luz do qual os produtos são considerados de qualidade satisfatória, que considera inclusive a influência das características alardeadas através dos rótulos e da publicidade³.

Ressalte-se que os contratos de consumo no Reino Unido ainda estão sujeitos à legislação da União Européia, de que é exemplo a recente diretiva que introduziu no sistema britânico uma proibição geral às cláusulas abusivas, com base na legítima expectativa do contratante em virtude do princípio da boa-fé. Este é um critério objetivo, de cuja aplicação resultará a exclusão da cláusula abusiva e a permanência do contrato com as disposições remanescentes.⁴

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

José Fernando Simão - Professor Doutor do Departameto de Direito Civil da Universidade de São Paulo, da FAAP e do curso em especialização da Escola Paulista de Direito, Advogado

1. CULPA COMO FUNDAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR: A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

O direito moderno adotou, desde a promulgação do *Code Napoleon* (em seu artigo 1.382), o princípio da culpa, que subsiste até hoje como regra nos direitos brasileiro e europeu e, com ressalvas pontuais, pode-se perceber uma certa analogia no que concerne aos pressupostos da responsabilidade civil nas nações ocidentais.

Significa dizer que a culpa é elemento essencial para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade é chamada de subjetiva, pois a verificação da existência ou não de culpa dá-se com a análise da conduta do causador do dano.

O princípio da responsabilidade aquiliana continua, em sua essência, a ser o mesmo em todas as codificações e em nenhuma parte o legislador rompeu, completamente, com o princípio da responsabilidade baseada na culpa, apesar de serem admitidas as presunções de culpa e a responsabilidade objetiva em um sem-número de casos de responsabilidade (LIMA, 1998, p. 28).

A noção de culpa está associada à ausência de prudência, de cuidado, de cautela e reconhece-se que sua definição é matéria das mais complexas para o Direito.

Aguiar Dias já afirmava na década de 1950 que a teoria da culpa, resumida com alguma arrogância por Von Ihering na fórmula “sem culpa, nenhuma reparação”, satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e era, na época, tão influente que inspirava a extrema resistência oposta por autores insígnies aos que ousavam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma (Da responsabilidade civil, v. I, 6ª edição, 1979, p. 43).

Essa dificuldade de se romper com o fundamento da culpa tem sua razão de ser. A culpa foi considerada única base do dever de indenizar por séculos e a ciência do Direito resistiu muito para abandonar, ainda que excepcionalmente, tal fundamento.

2. RISCO COMO FUNDAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR: A RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

Com o advento da era da massificação da produção e do consumo, o alargamento da teoria da responsabilidade civil deu-se e dá-se, única e exclusivamente, para a proteção da vítima (ANCONA LOPEZ, 1978, p. 23).

A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand e Georges Ripert, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. Tem ela por fundamento a teoria do risco, cujo resumo é o seguinte: todo prejuízo deve ser atribuído a seu autor e reparado por quem causou o risco, independentemente de ter agido ou não com culpa (CAVALIERI FILHO; MENEZES DIREITO, 2007, p. 12).

No estudo da responsabilidade objetiva, surgem algumas teorias do risco para justificar a responsabilidade independentemente de culpa. São seis as teorias: do risco-proveito, do risco-criado, do risco administrativo, do risco profissional, do risco excepcional e do risco integral.

3 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC.

Sobre o fundamento da responsabilidade do fornecedor, nota-se que em se tratando de fato do

produto ou do serviço², os arts. 12 e 14 do CDC expressamente mencionam que a responsabilidade independe de culpa. Pela leitura dos dispositivos indicados, em se tratando de fato do produto ou do serviço a responsabilidade é claramente objetiva.

Claudia Lima Marques entende que o CDC criou um novo regime de vícios que tem por base a responsabilidade legal do fornecedor, tanto daquele que possui um vínculo contratual com o consumidor, quanto daquele cujo vínculo contratual é apenas a cadeia de fornecedores. Tratar-se-ia da teoria da qualidade que é fundamento único que o sistema institui para a responsabilidade (contratual ou extracontratual) dos fornecedores. Trata-se de um dever de qualidade que se descumprido surge efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso) (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 1.216)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que a responsabilidade objetiva no CDC é fundada no risco da atividade (Código Civil anotado legislação extravagante, 2ª edição, RT, São Paulo, 2003, p. 920)

Arruda Alvim afirma, por seu turno, que a essência da responsabilidade civil em se tratando de relação de consumo, nas palavras de Guido Alpa, é a seguinte: o risco deve recair sobre o produtor e o sistema deve assegurar ao consumidor a máxima tutela. Entende o professor que um sistema equânime de responsabilização pelo fato do produto deve atender a que o risco seja debitado a quem melhor tenha condições de prevê-lo, a quem, melhor que o outro, possa distribuir e reduzir o risco e, finalmente, que o risco recaia sobre quem o origina, sem que isto signifique a impossibilidade de uma responsabilidade absoluta, pois o que se colima é a harmônica distribuição do risco (Código do Consumidor Comentado, 2ª ed, RT, 1995, p. 92/94).



Ademais, mesmo sem expressa previsão legal, a doutrina, apesar de acirradas divergências, tem admitido o fortuito externo como forma de ilidir a responsabilidade do fornecedor. O fortuito externo é aquele que não está relacionado à atividade do fornecedor. Exemplo típico de fortuito externo se verificou quando do acidente com o Boeing da TAM na cidade de São Paulo em julho de 2007. Determinada pessoa que abastecia seu carro no posto de gasolina localizado nas proximidades do aeroporto de Congonhas foi vitimado pela queda do avião. O fornecedor de combustível não responde pela morte, pois se trata de fortuito externo à sua atividade³.

Por outro lado, o fortuito interno que é ligado à atividade do devedor não afasta sua responsabilidade.

Sobre o tema, cabe ressaltar que Rizzato Nunes discorda da possibilidade de aplicação do caso fortuito e de força maior como excludentes de responsabilidade civil (Comentários ao CDC, 2ª edição, 2006, São Paulo, Saraiva, p. 175.). Em idêntico sentido Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código Civil anotado legislação extravagante, 2ª edição, RT, São Paulo, 2003, p. 920). Essa, entretanto, não é a posição que tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴.

A objetivação da responsabilidade é bem explicada

por Zelmo Denari em obra referência sobre o tema. No âmbito das relações de consumo, os lineamentos da responsabilidade objetiva foram logo acolhidos e denominados responsabilidade pelo fato do produto: não interessava investigar a conduta dos fornecedores de bens e serviços, mas somente se deu causa (responsabilidade causal) ao produto ou serviço, sendo responsável por sua colocação no mercado de consumo. Por fim, explica o autor do anteprojeto que o art. 12 do CDC acolheu desenganadamente os postulados da responsabilidade objetiva, pois desconsidera quaisquer investigações relacionadas

com a conduta do fornecedor. A abolição do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade não significa exclusão dos demais pressupostos: eventos damni, defeito do produto, bem como a relação de causalidade entre ambos (CDC comentados pelos autores do anteprojeto, 5ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p. 145/147).

Dúvida não há, portanto, que em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto o fornecedor responde objetivamente: comprovado o dano e o nexo causal entre ele e o produto ou serviço defeituoso haverá o dever de o fornecedor indenizar o consumidor destinatário final (art. 2º do CDC) ou vítima do acidente de consumo (consumidor bystander ou por equiparação – art. 17 do CDC), ressalvadas as excludentes que apontamos anteriormente.