

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. III | N. 11 | SETEMBRO 2013

#11

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume III, número 11, setembro 2013

Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – comercial@bonijuris.com.br

Preço de venda a consumidor: R\$ 59,90 (Brasil) – € 24,90 (Europa)

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris Ltda.

Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.

Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).

ISSN 2237-1168

1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico.

3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico.

5. DIREITO COMPARADO – periódico.

I. Título

Conselho Diretor

Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrighi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

09 **Editorial**

DOCTRINA

- 13 **A Experiência Brasileira: O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 1990**
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
- 67 **A Experiência Brasileira do Código de Defesa do Consumidor – De setembro de 1990 a julho de 2013**
LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
- 105 **¿Código Europeo de Consumo o Códigos Nacionales?**
GILLES PAISANT
- 127 **Problématiques pour un Code de la Consommation**
HENRI TEMPLE
- 137 **A Codificação do Direito do Consumo na Itália**
ÂNGELA FROTA
- 153 **Por um Código de Direito do Consumo para Portugal**
MÁRIO FROTA

- 193 **Direito do Consumo e Códigos Civis: O “Modelo” Alemão**
KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
- 223 **Papel del Contrato en el Contexto de la Unificación del
Derecho Europeo de los Contratos**
GUILLERMO OROZCO PARDO
MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE
ABIGAIL QUESADA PÁEZ
- 275 **O Regulamento Europeu sobre o Regime Uniforme da
Compra e Venda**
J. PEGADO LIZ

EDITORIAL

Em homenagem ao Código de Defesa do Consumidor

11 de setembro de 1990 – nasce o Código brasileiro de Defesa do Consumidor, após largos meses de acurado labor e porfiados debates em que se envolveram as forças vivas do país-continente que o Brasil é. E a que a nascente AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo –, criada em Coimbra a 21 de maio de 1988, através dos seus mais ilustres membros, aliás, com peculiares cuidados, assistira com redobrado desvelo.

No núcleo mais íntimo, jurisconsultos eminentes adstritos à universidade como a instituições, com particular realce para o Ministério Público: Ada Pellegrini Grinover, António Herman de Vasconcelos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior, Zelmo Denari.

A que se ligaram outros nomes, aliás, respeitados nas suas instituições de origem: a saudosa Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Régis Rodrigues Bonvicino.

Sem se olvidar os subsídios relevantes de uma plêiade de promotores de justiça de São Paulo com franca notoriedade, como Marco Zanellato, Roberto Durço, Walter Dias Duarte e Renato Martins Costa.

Ao leme da Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania, o sempre lembrado Paulo Salvador Frontini, que tão bem nos acolheu quando, como presidente da recém-criada AIDC, nos envolvemos em um ror de manifestações científicas e de intervenções em defesa do “borrão” saído do engenho e arte dos redatores capitaneados por Ada Pellegrini Grinover, que partilhara a condução dos trabalhos com Brito Filomeno, insigne precursor no Procon de São Paulo (Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo).

A Herman Benjamin coube, honra lhe valha, a despeito do distanciamento entre nós ulteriormente ocorrido, o cometimento dos congressos e seminários sob os auspícios da AIDC, que criáramos em Coimbra no termo do I Congresso Europeu (Internacional) das Condições Gerais dos Contratos/Cláusulas Abusivas, que houve lugar na vetusta universidade, de 18 a 21 de maio de 1988.

E as sucessivas edições de jornadas que do Rio Grande do Norte ao Rio Grande do Sul se levaram a cabo no intuito não só de desbravar inteligências, mas de preparar as comunidades jurídicas e empresariais para os tempos novos – os da aplicação aos concretos casos da vida das soluções inovadoras, fraturantes do código em homenagem aos equilíbrios das relações jurídicas de consumo entretécidas sistematicamente, no quotidiano.

Por alguma razão Jean Baudrillard cognominou o direito do consumo como o “direito do quotidiano”, o que se atua dia a dia e a cujo império não há quem se furte, a não ser os robinsons crusoé adrede exilados em paragens ignotas ou os deserdados da fortuna que aos bens, sequer essenciais, jamais acedem, como párias de uma sociedade que forma hostes de excluídos... impiedosa e impunemente!

O número que ora se dá à estampa mais não pretende do que homenagear na pessoa dos seus autores materiais os que legaram ao Brasil este monumento da pós-modernidade jurídica que é o Código de Defesa do Consumidor, que grandes transformações operou no direito privado brasileiro, com fortes incidências no direito público, como se não ignora.

E celebrar “a lei que pegou” e que foi uma fundada esperança da constituição cidadã, cabouco de uma promissora cidadania, aliás, *in fieri* (em construção), e que se não esgota nos órgãos formais de um regime de liberdades que não pode ser pretexto para a ignomínia e o vilipêndio. Que tem por norte o bem dos povos, o interesse geral, a coesão social e as garantias de acesso de cada e de todos, em condições de tendencial igualdade, a bens que constituam suporte de vida, de uma vida digna e em consonância com a autonomia ética da pessoa humana, cuja exaltação jamais pode vir a ser sofreada seja por que ditames for.

O número que ora se apresenta circunscreve-se ao tema da codificação do direito do consumo (ou do consumidor, como se continua a denominar no Brasil), com um artigo de fundo de José Geraldo Brito Filomeno, destacado membro da comissão primeira que do código se ocupou, e outro de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, que se debruça de análogo modo sobre a experiência do código nos mais de vinte e dois anos que leva de vigência.

Para além das perspectivas expendidas por dois dos mais ilustres jusconsumeristas brasileiros, o contributo de renomados nomes europeus, como os de Gilles Paisant, da Universidade da Alta Sabóia, em França, que discorre sobre a codificação a nível europeu ou restrita aos ordenamentos nacionais; Henri Temple, que contempla a experiência do francês *Code de la Consommation*; Ângela Frota, que se debruça sobre o recente *Codice del*

Consumo de Itália, à míngua de um artigo requerido a Guido Alpa que, por razões que nos escapam, nos não fora presente tempestivamente; Mário Frota, que lança um olhar sobre a frustrada experiência portuguesa; Klaus Jochen Albiez Dohrmann, que analisa a experiência alemã com a introdução de determinadas matérias de direito do consumo constantes de diretivas europeias no Código Civil (*BGB*) alemão; Guillermo Orozco *et alli*, que ponderam em torno do atual movimento de codificação que se detecta na Europa, e, por fim, Jorge Pegado Liz, conselheiro do Comité Económico e Social Europeu, órgão adjuvante da União Europeia, em Bruxelas, que contempla recente iniciativa tendente à publicação de um regulamento suscetível de uniformizar o regime da compra e venda (aplicável quer às relações interempresariais, quer às relações jurídicas de consumo).

O número que ora vem a lume é a homenagem devida de quem, havendo estado envolvido seriamente no processo legislativo brasileiro, de 1988 a 1990, jamais deixou de considerar como um passo de gigante o que na feitura do CDC se consubstancia, autêntico luzeiro para a Humanidade e meio por excelência de resgate da cidadania brasileira, fecundo exemplo para o mundo, que tende a recrudescer, concorde-se ou não com a codificação das normas neste como noutros segmentos particulares do ordenamento jurídico.

Honra ao Brasil e aos brasileiros que se empenharam neste processo em desenvolvimento, como aos que abraçaram acrisoladamente esta causa em decorrência de tão modelar iniciativa legislativa, e aos que são, aliás, beneficiários deste conseqüente esforço, que prosperará decerto às mãos das gerações que vão despontando para estas realidades da sociedade de pós-consumo com que já nos confrontamos.

Parafraseando um lema que é o da admirável Marinha Portuguesa, que sulcou, em autênticas cascas de noz, o alteroso mar das sete partidas do globo, e com a sua gesta novos mundos ao mundo deus,

“A Pátria Honrai que a Pátria Vos Contempla!”
Coimbra e Villa Cortez, setembro de 2013.

Mário Frota

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE 1990

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO

Advogado, consultor jurídico

Membro da Academia Paulista de Direito e da Comissão Geral de Ética do
Governo do Estado de S. Paulo (Brasil)

Professor especialista, por notório saber, pela Faculdade de Direito da USP
em Direito do Consumidor

EXCERTOS

“A grande problemática, porém, e que nos causava grande angústia, é que as grandes questões que envolviam os consumidores, não mais individualmente considerados, mas de forma difusa e coletiva, ficavam comprometidas, à falta de um instrumento processual adequado”

“Nossa experiência tanto como profissional dedicado à área operacional do direito do consumidor como na de docente universitário mostra que têm sido produzidos centenas, ou quiçá milhares de TCCs – trabalhos de conclusão de curso, de graduação, outras centenas de dissertações de mestrado e teses de doutorado, além de incontáveis artigos, ensaios e outros trabalhos, não apenas na área do direito”

“Na medida em que as pessoas envelhecem, e se sentem economicamente mais pressionadas, é natural que as organizações de consumidores abordem questões tópicas ou bem específicas”

“As mais de duas centenas de projetos visando a mudar algum aspecto do CDC demandam, por certo e por cautela, um acompanhamento de perto pelas entidades não governamentais”

“Quanto ao nosso código do consumidor, cremos que conseguimos a um só tempo estabelecer a epistemologia da defesa do consumidor, consubstanciada em princípios fundamentais, que nos parecem ser sua verdadeira alma, bem como cuidar de uma estratégia política de relações de consumo adicionada dos respectivos instrumentos de sua implementação”

“Cremos que a expressão desenvolvimento sustentável, atualmente, já constitui voz corrente tanto no meio empresarial quanto governamental, bem como no da população mais instruída, ou seja, a compreensão de que os recursos naturais presentes na natureza têm sido sistematicamente apropriados pelo homem, com vistas ao atendimento de suas necessidades”

1. O Código, em síntese

Antes de adentrarmos à questão suscitada, ou seja, se é preferível uma lei específica de direito dos consumidores a uma série de leis esparsas a cuidarem desta temática, é mister que, primeiramente, façamos uma breve síntese sobre em que consiste, particularmente, o chamado *Código (brasileiro) de Defesa do Consumidor*.

Há 23 anos, com efeito, mais precisamente em 11 de setembro de 1990, era sancionada a Lei 8.078, mais conhecida como *Código de Defesa do Consumidor*, entrando em vigor seis meses depois, em 11 de março de 1991. Ao contrário do que muitos possam pensar, não se trata nem de uma novidade no cenário jurídico, nem de uma panaceia para todos os males que afligem todos nós, afinal de contas, consumidores de bens e serviços a todo instante de nossas vidas. Com efeito, quando nossa comissão foi designada, em junho de 1988, pelo então ministro da justiça Paulo Brossard, por proposta do extinto Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, a tarefa se nos apresentou como sendo de grande responsabilidade, mas não cuidamos de *reinventar a roda*, até porque outros países já dispunham de leis de proteção ou defesa do consumidor (*e.g.*, Espanha, Portugal, Canadá, Estados Unidos, Venezuela, México etc.). Além disso, a então IOCU – International Organization of Consumer Unions (hoje CI – Consumer International), baseando-se na Resolução ONU 39/248, de 1985, que, por sua vez, se fundava em célebre declaração do presidente norte-americano John Kennedy, de 15 de março de 1962, a respeito dos direitos básicos e fundamentais dos consumidores (*saúde, segurança, indenização por danos sofridos, informação, educação e associação*), em congresso realizado em Montevideu, em 1987, havia aprovado uma assim chamado *lei-tipo*. Ou seja: recomendava-se aos países filiados à ONU, guardadas as respectivas peculiaridades, que elaborassem leis de defesa ou proteção do consumidor, oferecendo-lhes, até mesmo, um modelo básico. O clima em nosso país, na época, era extremamente propício: a Assembleia Nacional Constituinte estava reunida em Brasília e havia até mesmo um *anteprojeto de Constituição*, elaborado pelo senador Afonso Arinos de Mello Franco. Desta forma, a comissão incumbida da elaboração de anteprojeto de código do consumidor trabalhou em duas frentes: na Constituinte, assegurando-se de que a defesa do consumidor fosse elevada, como de resto o foi, à categoria de direito fundamental, de cunho individual e social (cf. inciso XXXII do art. 32 da Constituição de 88); e, por outro lado, nos trabalhos do anteprojeto propriamente dito, que foi elaborado em tempo recorde. Ou seja, já em novembro de 1988, o anteprojeto estava pronto, e foi

publicado em 4 de janeiro de 1989 no *Diário Oficial da União*, em caderno especial, para amplo conhecimento e para que ainda fossem colhidas sugestões do povo em geral. E sugestões efetivamente foram recebidas, cuidadosamente analisadas, e muitas delas acolhidas. Após os trâmites legislativos, finalmente veio a lume, com alguns vetos que, contudo, não afetaram os principais pontos do anteprojeto, o código que hoje conhecemos.

A segunda questão com que abrimos este artigo diz respeito às limitações do próprio código. Ou seja: ele deve ser entendido como um microsistema jurídico, com princípios próprios, mas de natureza multi e interdisciplinar. Como princípios próprios poderíamos citar, fundamentalmente, o da *vulnerabilidade* e da *destinação final* de produtos e serviços. Isto é, o consumidor, não tendo condições de conhecer técnica ou faticamente os produtos e serviços que são colocados à sua disposição no mercado, ou as circunstâncias em que isso se dá, arrisca-se a se sujeitar a todo tipo de risco e efetivos danos à sua saúde, segurança, economia particular e até mesmo à sua dignidade. Por exemplo: quando adquire um medicamento cujo fator-risco é muito maior do que o fator-benefício, ou, então, uma máquina ou veículo que tem um defeito de fabricação, ou mesmo quando adere a um contrato bancário ou a de um cartão de crédito *clonado*, em que se vê ameaçado de ter seu nome encaminhado a um banco de dados e negativado. Por isso mesmo, cuidando-se, na lição de Ruy Barbosa, em sua magistral *Oração aos Moços*, de desiguais – consumidores, de um lado, e fornecedores de produtos e serviços, de outro –, o código cuidou de tratá-los, certamente, de *forma desigual*. Daí se falar, por exemplo, da *inversão do ônus da prova*, no processo civil, da *responsabilidade civil objetiva ou sem culpa*, da *interpretação de cláusulas contratuais mais favoravelmente aos consumidores*, e outras salvaguardas. Seguem-se, ainda, os princípios da *boa-fé* e do *equilíbrio* que devem sempre, à luz da *ética*, presidir toda e qualquer relação jurídica. Com efeito, cuida-se de exigir que as partes contratantes ajam com seriedade, honestidade, espírito de cooperação, bons propósitos, para que, enfim, da melhor forma possível, se possa atingir a tão almejada *harmonia* que deve sempre inspirar os negócios jurídicos; e isto, sobretudo, repita-se, *no que concerne a personagens tão desiguais*. Esta, em síntese, é a epistemologia do código do consumidor.

Por outro lado, entretanto, o código é multidisciplinar, na medida em que contém preceitos de ordem civil (por exemplo, a já mencionada responsabilidade civil objetiva, a tutela contratual, incluídas aí a oferta e a publicidade, práticas de comércio etc.), de caráter penal (ou seja, crimes contra as relações de consumo), de cunho administrativo (sanções nos casos em que especifica), processual (a

tutela coletiva, sobretudo), e outras particularidades. Entretanto, não se basta. Necessita, muitas vezes, conforme adverte seu artigo 7º, de outras normas já preexistentes, a começar pela Constituição Federal, de normas de caráter civil, processual, administrativo e outras, além de, inclusive, tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

No que concerne a um *balanço* de aplicação do código, *cuida-se de um jovem de 23 para 24 anos, mas que ainda necessita de muito amadurecimento.*

E esse amadurecimento depende, em grande parte, da *educação formal e informal* dos próprios consumidores (*i.e.*, desde a tenra idade escolar com noções de cidadania-consumidor-ambiente, até o ensino universitário, e as atividades informativas dos órgãos públicos, entidades não governamentais de direitos do consumidor e, igualmente, dos órgãos de comunicação social), assim como da *educação e informação* dos *fornecedores* de modo geral (incremento dos bons serviços de atendimento ao consumidor, aprimoramento das técnicas de qualidade de produtos e na prestação de serviços, sobretudo, prevenção de acidentes de consumo pelo *recall* e outros instrumentos disponíveis).

Os princípios da boa-fé e do equilíbrio que devem sempre, à luz da ética, presidir toda e qualquer relação jurídica

E, finalmente, incumbe às autoridades federais, estaduais e municipais estabelecerem instrumentos eficazes de fiscalização do mercado de consumo, especialmente as agências reguladoras, já que um dos objetivos de sua existência é o *atendimento dos usuários dos serviços públicos essenciais*. Enfim: o código existe há pouco mais de 20 anos, está em vigor efetivo há 22, houve melhorias, sem dúvida, no mercado, mas muita coisa ainda há por fazer, principalmente no que diz respeito à atuação dos chamados *instrumentos de efetividade da política nacional de relações de consumo*, aí incluídos, além dos órgãos precípuos de defesa ou direito do consumidor (como o DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, os Procons) e os não governamentais (como o Idec e o Proteste, por exemplo), as promotorias de justiça do consumidor, os juizados especiais cíveis, as varas especializadas em direitos e interesses difusos e coletivos, as polícias especializadas, enfim, todo o arcabouço existente na tutela, afinal de contas, do *consumidor*: na verdade *todos nós, sem exceção*.

Vejamos, a seguir, um balanço e uma reflexão destes últimos 22 anos de sua aplicação e antes mesmo, até.

2. Conquistas e novos desafios

2.1. Enfoque pragmático da evolução do direito consumerista no Brasil – do empirismo ao cientificismo

Sem termos a pretensão de desdenharmos os valores inegáveis da teoria e doutrina jurídico-científicas para o desenvolvimento do direito como o principal instrumento de pacificação e harmonização sociais, advertimos o paciente leitor, desde logo, que nosso enfoque é marcadamente pragmático, como de resto tem sido nossa atuação na seara do direito do consumidor nestes últimos 30 anos. E, em sua maior parte, no Ministério Público do Estado de São Paulo. Este, por assim dizer, *é o nosso posto de observação* a partir do qual procedemos a estas considerações.

Completando nosso estatuto consumerista 22 anos de aplicação prática¹, seja-nos permitido discorrer, como testemunha, e ao mesmo tempo protagonista dessa história.

Desta forma, e de maneira bastante sintética, lembraríamos que a tutela do consumidor no Brasil já se fazia sentir desde os anos 70 do século passado, quando surgiram duas entidades dedicadas a esse mister, uma de cunho privado e outra público, quais sejam: a) a Associação de Defesa do Consumidor de Porto Alegre, Rio Grande do Sul; e b) o Procon de São Paulo, este institucionalizado pela Lei Estadual 1.903/1978, posteriormente modificada pela Lei Estadual 9.192/1995.

A legislação então existente não contemplava a tutela específica do consumidor, embora essa personagem tenha aparecido com tal denominação, curiosamente, no seio do nosso velho e vigente Código Penal, da década de 40 do século 20, na tipificação do delito de *fraude no comércio*², e já distinto de simples *adquirente* ou *contratante*.

De qualquer forma, conviviam entre si, não raro em conflito, leis de cunho civil, comercial, penal e administrativo (*e.g.*, Códigos Civil e Comercial, Penal e de Processo Penal), além de centenas de regulamentos e posturas relativas, por exemplo, a vigilância sanitária de alimentos, medicamentos, produtos domissanitários, saneantes, normas relativas a seguros, atividade bancária, diversões e espetáculos públicos etc.³

Por força de deliberação do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça (Resolução 01, de 1º de outubro de 1982) é que se recomendou aos ministérios públicos a *“criação e consequente implementação de organismos destinados a proteger o consumidor, o meio ambiente e as vítimas do crime”*⁴.

Foi nesse cenário, ou seja, de pouca difusão da questão consumerista e com verdadeiro cipoal legislativo, que fomos designado pelo então procurador-geral de

justiça do Estado de São Paulo, Paulo Salvador Frontini, para, a partir de junho de 1983, exercermos a ainda precária função de *Promotor de Justiça-Curador de Proteção ao Consumidor*, nas instalações físicas do Procon de São Paulo, e sem prejuízo de nosso cargo de promotor de justiça distrital do Fórum do Ipiranga.

Nossa atividade nesse mister resumia-se a duas providências: a) a resolução de reclamações individuais dos consumidores perante fornecedores de produtos e serviços, nos casos não solucionados pelos funcionários do Procon, numa espécie de *segunda instância*⁵; b) a requisição de inquéritos policiais pela prática de crimes contra a economia popular, saúde pública, estelionatos, fraude no comércio etc. junto ao Decon – Departamento Estadual de Polícia do Consumidor, criado na mesma época pelo então governador André Franco Montoro⁶.

As atividades cresceram exponencialmente e com sucesso, a ponto de solicitarmos a designação de outros promotores de justiça para que nos auxiliassem.

A grande problemática, porém, e que nos causava grande angústia, é que as grandes questões que envolviam os consumidores, não mais individualmente considerados, mas de forma difusa e coletiva, ficavam comprometidas, à falta de um *instrumento processual* adequado. Por exemplo: em questão concreta que nos foi encaminhada pela diretoria do Procon-SP, tomamos conhecimento de que dois medicamentos utilizados por pacientes de artrite e reumatismo estavam tendo efeitos colaterais extremamente graves, e, ao que tudo indicava, nenhuma autoridade havia se incumbido de fazer algo de concreto a respeito. Na falta de um instrumento processual adequado, repita-se, tivemos a ideia de oficiarmos diretamente ao ministro da Saúde, que, felizmente, sensibilizado, acabou por proscrever um deles e submeter o outro a rigoroso acompanhamento ambulatorial e médico, porque necessário. Noutro caso de importação de carne que se estragou no trajeto do Uruguai até Santos, o conflito entre os fiscais do Serviço de Inspeção Federal, de um lado, e os da Vigilância Sanitária Estadual, de outro, foi por nós solucionado graças a um *telex* enviado ao então ministro da Agricultura, que permitiu a atuação conjunta de ambas as instâncias de fiscalização administrativa, desde que acompanhada de um membro do Ministério Público local. E o resultado foi o aproveitamento da carne que ainda estava em condições sanitárias satisfatórias e a incineração da parte que se havia estragado.

E a grande questão posta fora a seguinte: e se as sobreditas autoridades não tomassem as providências sugeridas? Todos os potenciais consumidores dos referidos produtos, evidentemente, poderiam ser prejudicados em sua saúde⁷.

As grandes inovações se deram: com a edição da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, mais conhecida como *Lei da Ação Civil Pública*, que, em última análise, contemplou a tutela, dentre outros interesses difusos, dos do

consumidor, bem como a ampla legitimação de entes públicos e privados para a sua atuação; com a Constituição de 1988, que inseriu a classe dos interesses coletivos; e, finalmente, com o *Código de Defesa do Consumidor* (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que, no que diz respeito à tutela coletiva, introduziu uma terceira classe de interesses e direitos coletivos, quais sejam, os chamados *interesses individuais homogêneos de origem comum*⁸.

Antes disso, entretanto, vigia o *empirismo*, ou seja, a experimentação de caminhos alternativos à inexistência de outros, de cunho institucional ou científico.

2.2. O conhecimento das normas consumeristas pelos cidadãos

Num país como o nosso, de dimensões continentais e pleno de contrastes, em que tudo parece ser prioritário, destaca-se dentre as prioridades o que já se tornou um verdadeiro *mantra*, a *educação*, em todos os níveis. Ou seja, a educação *formal* (instituições de ensino públicas e privadas) e *informal* (campanhas de esclarecimento por entidades e órgãos, além dos meios de comunicação de massa)⁹.

Nesse sentido, veja-se interessante inserção feita em jornal de grande circulação na Capital de São Paulo:

*“Pesquisa realizada pelo DataSenado em 81 municípios do país perguntou se os entrevistados conheciam alguém que já tivesse sido beneficiado por alguma lei. 93% responderam ‘sim’ com relação ao seguro-desemprego; 46% disseram o mesmo a respeito do Código de Defesa do Consumidor.”*¹⁰

Embora se tenha cuidado de um universo deveras restrito de pesquisa, é interessante salientar que o Código de Defesa do Consumidor, nesses 23 anos de existência, já é do conhecimento de parcela significativa dos cidadãos, que são, aliás, seus destinatários.

2.3. O conhecimento científico

Quando já estávamos exercendo as funções de Promotoria de Justiça do Consumidor havia pelo menos dois anos, foi-nos solicitado pela Associação Paulista do Ministério Público uma espécie de manual, com vistas a orientar os outros colegas a enfrentarem as questões que lhes chegavam ao conhecimento. Até porque corria já solta a notícia de que o Ministério Público, além das suas diversas funções tradicionais, também estava preocupado com o meio ambiente, os acidentados do trabalho e com o *consumidor*.

Foi então que lançamos o opúsculo intitulado *Curadoria de Proteção ao Consumidor*¹¹, em 1985, seguida de uma segunda edição, em 1987, ampliada¹².

E a grande dificuldade foi a escassez de bibliografia existente na época. O que conseguimos coligar, do ponto de vista doutrinário, resumia-se a dois artigos, um do professor Fábio Konder Comparato e outro do professor Waldírio Bulgarelli, ambos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, um trabalho de conclusão de curso de Jorge Torres de Mello Rollemberg junto à Escola Superior de Guerra, e o livro pioneiro de Othon Sidou, *Proteção ao Consumidor*, de 1977¹³.

Hoje, nossa experiência tanto como profissional dedicado à área operacional do direito do consumidor como na de docente universitário mostra que têm sido produzidos centenas, ou quiçá milhares de TCCs – trabalhos de conclusão de curso, de graduação, outras centenas de dissertações de mestrado e teses de doutorado, além de incontáveis artigos, ensaios e outros trabalhos, não apenas na área do direito, como também na de propaganda e *marketing*, administração de empresas etc.

Daí porque o *empirismo* acabou se rendendo ao *cientificismo*, a ponto de termos cadeira da disciplina em diversos cursos de direito e outros.

3. Questões atuais já previstas há mais de 20 anos

Será que os problemas hoje enfrentados pelos consumidores brasileiros já foram enfrentados, ou ainda o são, em outros países, sobretudo nos ditos *desenvolvidos*?

A esse respeito seja-nos permitido fazer uma digressão, para pinçarmos na obra que tem já por si só o instigante título de *O Futuro do Consumerismo*¹⁴ – publicada, note-se bem, *há 25 anos, em 1986* – em que se faz uma análise do movimento consumerista da época, seus êxitos e fracassos, além de um notável exercício de futurologia. Até porque o Código brasileiro de Defesa do Consumidor, sancionado em 11 de setembro de 1990 e com vigência a partir de 11 de março de 1991, completa seus 22 anos de existência. E as grandes questões que se colocam são as seguintes: a) O Código de Defesa do Consumidor está efetivamente funcionando? b) Está ele a demandar modificações, uma vez que criado ainda no século passado, diante dos desafios do século XXI? c) A que preocupações devem se ater os consumeristas nos dias que correm?

3.1. O futuro atual do consumerismo

Primeiramente, ao falarem do *futuro do consumerismo* – ou seja, e por mais paradoxal que possa parecer, os dias que atualmente vivenciamos –, autores da obra citada asseveram que: “*Gaski e Etzel salientam que as atitudes públicas em face dos negócios têm crescido mais positivamente nos anos mais recentes. E*

Warland, Herrmann, além de Moore, sugerem que relativamente poucas pessoas podem ser caracterizadas como ativistas consumeristas. O movimento consumerista aparentemente não tem sido capaz de sustentar o fervor e o compromisso que Mitchell vê no movimento de proteção ambiental. Mas apesar desses sinais desfavoráveis, o consenso parece indicar que o consumerismo continuará como uma importante força da sociedade. Como Metzen o coloca, 'o consumerismo tornou-se um elemento de nosso tecido social e está entranhado em nossa consciência nacional'. Tanto ele como Richardson enfatizam como o movimento aprendeu a adaptar-se rapidamente a mudanças de condições políticas, sociais e econômicas. Eles preveem que as condições tal qual a chamada 'economia malária' (isto é, afetada por constantes febres de processos inflacionários e arrepios de recessão', como Metzen a descreve) suscitará contínuo descontentamento e apoio para o consumerismo dentre substanciais segmentos da população."

Em seguida, falam em melhor gerenciamento: "A necessidade de vencer a verdadeira praga dos oportunistas que afeta a maioria das organizações do movimento, e de acordo com Mitchell, este se afigura como um obstáculo substancial ao movimento consumerista. É fácil para os consumidores aceitarem produtos mais seguros, preços mais baixos, ou outros benefícios conquistados pela organização de defesa do consumidor, sem prestar-lhe qualquer tipo de apoio. Em um artigo mais antigo, Bloom e Greyser (1981) anteviram que o problema dos oportunistas empurraria as organizações de consumidores para cada vez mais temas especiais e com maior ênfase em questões locais. Os consumidores estariam mais inclinados a pagar contribuições se pudessem contar com uma organização que lutasse por questões específicas e que tenham maior relevância para os mesmos."

"Tudo indica que a flexibilização das regulamentações federais nos anos mais recentes forçou líderes consumeristas a se tornarem melhores marketeiros e gerenciadores de suas organizações. Eles têm empregado uma variada gama de estratégias para manter seus grupos saudáveis, inclusive com o que Richardson chama de os 'três ingredientes para sobrevivência': acesso à mídia, ideias palatáveis, e credibilidade como um porta-voz dos consumidores."

No que concerne à mudança de questões, Preston e Bloom sugerem que "o sentimento de riqueza e pobreza ao mesmo tempo tornará os consumidores preocupados com a 'abundância' de certos bens (e.g., como adquirir novas tecnologias a preços razoáveis) e 'escassez' de outros (e.g., como baixar os preços dos planos de saúde). Esses autores também antevem que 'os processos' na produção de bens e serviços (e.g., como desregular) e os 'serviços públicos essenciais' (e.g., como manter os monopólios estatais justos) tornar-se-ão mais pronunciados". De acordo com Prestou e Bloom, essas questões poderão potencialmente substituir as antigas, ou seja,

a agenda tradicional que surgiu do discurso do Presidente Kennedy a respeito dos direitos (i.e., os direitos à segurança, de ser informado, a ser ouvido e de escolha)¹⁵.

A seguir, os mencionados autores falam em *novas necessidades, novas tecnologias, grandes instituições e problemas dos consumidores, cidadãos de países em desenvolvimento*.

3.2. Necessidades prementes

“Na medida em que as pessoas envelhecem, e se sentem economicamente mais pressionadas, é natural que as organizações de consumidores abordem questões tópicas ou bem específicas. A formação de diversas entidades de cunho público e a ênfase de muitas organizações estarão focadas em questões como tarifas telefônicas, tarifas bancárias, custos de planos de saúde, custo da energia elétrica, e alimentação, indicando que a pressão por uma melhor harmonização em termos de necessidades já se materializou. Essa pressão, espera-se, deva crescer ainda mais, e permanecer por um longo tempo, especialmente no âmbito local.”

Quanto a *novas tecnologias*, os autores apontam para as *“outras preocupações para os consumidores em matéria de novas tecnologias, tais como, vídeo-texto, compras e operações bancárias via computadores, e telefones celulares, questões tais certamente alvos de consideráveis discussões. Os trabalhos de Harding e Jones reveem os diversos argumentos a respeito de questões como: Quem deve coletar os dados dos consumidores para os bancos de dados? Quem deveria pagar por isso? Somente os ricos é que estarão aptos a utilizá-lo? Que tipo de informação e formato serão mais adequados e mais efetivos? A privacidade será garantida aos usuários?”*

Essa abordagem é assaz significativa, porquanto traz em si *um exercício de futurologia*. Tanto assim que os setores retroapontados inundam, hoje, os órgãos e entidades de consumidores em todo o país, à exceção do *videotexto*, certamente substituído com grande vantagem pela *internet*¹⁶. Aliás, em 1984, quando exercíamos as funções de promotor de justiça do consumidor no Procon de São Paulo, a maior aquisição para informação de seus técnicos foi exatamente o *video-texto*, considerado então um verdadeiro prodígio da tecnologia, e um *antepassado* não muito longínquo da *internet*.

3.3. Grandes instituições

Os autores em seguida tratam da grande preocupação com as grandes corporações ou até instituições públicas sempre a ameaçarem os consumidores. *“Por exemplo, Enis e Yarwoode discutem como as agências governamentais frequentemente propiciam aos consumidores, por omissão, a aquisição abusiva na*

forma de produtos inseguros, tais como veículos e utilitários, contratação de hospitais públicos sem qualquer higiene, ou então bilhetes de loterias. Metzger, Fernstrom e outros expressam preocupação a respeito de como as grandes empresas demonstrarão responsabilidade social, particularmente quando as fusões criam cada vez maiores e menos empresas. Apesar dos apelos para ação no sentido de tornar as grandes empresas mais responsáveis (e.g., mediante a representação dos consumidores em seus conselhos de administração) isso talvez não aconteça da forma como já se pretendia no passado, e é pouco provável que aconteça no futuro.”

No que tange aos países do terceiro mundo ou em desenvolvimento, dizem os autores: “Os trabalhos elaborados por Post e por Peterson, mostram como o consumerismo está ganhando força e desenvolvendo nações. As empresas multinacionais devem ser agora muita mais conscienciosas a respeito das consequências para a economia e saúde de suas ações. Códigos de conduta de organizações como a Organização Mundial de Saúde e as Nações Unidas estão se tornando questões sérias para que as grandes empresas as levem em conta. Como Post afirma, a falha em adotar o código para produtos infantis, por exemplo, criou grandes dificuldades para a Nestlé, e ele vê problemas similares prestes a acontecerem para fornecedores de outros produtos controvertidos (e.g., cigarros, álcool), se as empresas não forem cuidadosas.”

Observe-se, por conseguinte, que os problemas hoje enfrentados pelo movimento consumerista brasileiro, em sua grande maioria, já haviam sido previstos há mais de 20 anos. E a eles, ainda não satisfatoriamente equacionados e resolvidos, vieram somar-se outros, tais como os benefícios mas também os transtornos causados pela *internet*, pela *globalização da economia*, pelo chamado *sobre* ou *superendividamento*, *alimentos transgênicos* e por certo, o cada vez mais presente tema do *consumo sustentável*¹⁷, conforme veremos em passos adiante.

Mas será que para enfrentá-los todos haverá necessidade de modificações em nosso Código de Defesa do Consumidor?

Entendemos que não. Senão, vejamos.

4. Modificações no CDC

Lembramo-nos de que quando ainda exercíamos as funções de coordenador das promotorias de justiça do consumidor do Estado de São Paulo, em 1992, submetemos-nos para análise, de uma só vez, nada menos que *trinta e seis projetos*¹⁸ na época em andamento no Congresso Nacional, tentando mudar aqui e ali algum dispositivo do mesmo código. Com raríssimas exceções – ou seja, que procuravam aperfeiçoar o texto da Lei 8.078/90, ou então restaurar dispositivos vetados –, todos eram meras modificações cosméticas e absolutamente desnecessárias.

Um deles, por exemplo, propunha discriminar que produtos perigosos deveriam ser inseridos no CDC, mediante longa listagem; outro propunha estabelecer normas financeiras e monetárias, e assim por diante.

As mais de duas centenas de projetos visando a mudar algum aspecto do CDC demandam, por certo e por cautela, um acompanhamento de perto pelas entidades não governamentais, bem como dos órgãos públicos, notadamente do Ministério Público do Consumidor.

Lembraríamos mais uma vez neste passo, contudo, a assertiva do professor Othon Sidou, quando, já na década de 70 do século passado, ao elaborar ele próprio um esboço de Código do Consumidor¹⁹, afirmava ser “*utópico elaborar um estatuto de proteção ao consumidor em sentido locupletíssimo, porque o cotidiano struggle for life se encarregaria de revelar sempre algo a prevenir, mesmo que nos subsidiassem, beneditinamente coligidos e sem a ausência de um só, todos os códigos, todas as leis, todos os ordenamentos, desde os senectos monumentos legislativos de ontem aos modestos e não raro canhestros provimentos burocráticos de hoje, posto como todos são tomados no são intuito de resguardar as relações do homem coletivizado, do consumidor portanto; quem se aventurasse, nesta lógica de raciocínio, a fazer uma lei completa na espécie, correria parelha com os alquimistas do passado na busca da pedra filosofal ou com os físicos ainda hóspedes dos manicômios na cata do ‘moto-contínuo’*”.

Da mesma forma na doutrina estrangeira Eduardo Polo, Denise Baumann, Thierry Bourgoignie, Guido Alpa, Gérard Cas e outros²⁰ apontam para o caráter *inter e multidisciplinar* do tema *direitos do consumidor*, sendo de difícil sistematização.

Quanto ao nosso código do consumidor, cremos que conseguimos a um só tempo estabelecer a *epistemologia* da defesa do consumidor, consubstanciada em *princípios fundamentais*, que nos parecem ser sua verdadeira alma, bem como cuidar de uma *estratégica política de relações de consumo* adicionada dos respectivos *instrumentos de sua implementação*. Ademais, logramos definir e instituir com pioneirismo a *responsabilidade civil objetiva* – encruada no antigo projeto de código civil dos anos 60 a 70 do século passado e somente agora trazida a lume –, além de estabelecer *conceitos e modos de punição das publicidades enganosa e abusiva, práticas comerciais e cláusulas abusivas, sem se falar da revolucionária tutela coletiva do consumidor*. E isto para ficarmos no que há de mais relevante em nossa lei consumerista e que nos ocorre no momento.

Não obstante essas advertências, vejam-se três recentes modificações feitas a saber:

“*Art. 33 – Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.*”

Parágrafo único – É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina” (redação dada pela Lei Federal 11.800, de 29 de outubro de 2008).

“Art. 42-A – Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente” (redação dada pela Lei 12.039, de 1º de outubro de 2009).

“Art. 54 – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§ 3º – Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor” (redação dada pela Lei Federal 11.785, de 22 de setembro de 2008).

A redação original desse último dispositivo transcrito era a seguinte:

“§ 3º – Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

Ora, no primeiro caso, embora tenha sido louvável a intenção do legislador, não se pode olvidar que o artigo 39 do código sob comento estabelece, exemplificativamente, e não exaustivamente, rol das chamadas *práticas abusivas*, dentre as quais se insere, certamente, a circunstância que se pretendeu acoirar de ilegitimidade no parágrafo único do art. 33.

No que concerne à segunda modificação, mister é se reconhecer sua utilidade ao menos de ordem prática quanto aos abusos verificados por agentes terceirizados de cobrança de dívidas, ou pelos próprios fornecedores de produtos e serviços, mas que se *escondem* ou se *blindam*, como é o termo hoje utilizado, para perturbarem o sossego do consumidor, mas não lhe fornecendo dados para denunciarem os abusos cometidos. Isto se tem mostrado com bastante frequência em *e-mails* de fornecedores, em que consumidores são cobrados indevidamente, mas não têm como se defender, porquanto a mensagem desde logo adverte que o e-mail não deve ser respondido, ou então contém apenas algumas poucas hipóteses de eventuais *equivocos*, adrede preparadas por eles mesmos; ou, então, em correspondência via correios, em que aparece simplesmente o número de uma caixa postal, sem endereço.

Já no que toca à terceira modificação, era absolutamente desnecessária e inócua, uma vez que a redação anterior do § 3º do artigo 54, que cuida

especificamente dos contratos de adesão, era mais ampla, e exigia a *ostensividade* bem como a *legibilidade* das cláusulas contratuais. Falando-se, agora, em *corpo gráfico doze*, nos autorizaria a indagar: por que doze e não quatorze, dezesseis, ou, quem sabe, até vinte? Nesses casos os caracteres seriam mais *legíveis* e *ostensivos*?

Modificações como tais somente demonstram o seguinte: falta de os senhores parlamentares terem o que fazer de mais relevante para o país, ou jogo de vaidades de molde a introduzir modificações numa *lei que efetivamente pegou*, ou seja, uma lei que realmente está funcionando. Certamente haverá outras matérias relevantes a serem cuidadas pelo Congresso Nacional.

5. Questões atuais: super ou sobre-endividamento, alimentos transgênicos, comércio por meio eletrônico, consumo sustentável

Ao par disso, poderíamos dizer que, no presente momento, estão a preocupar autoridades e entidades do consumidor brasileiros os seguintes temas: (1) o superendividamento; (2) os alimentos transgênicos; (3) o comércio eletrônico e (4) o consumo sustentável.

5.1. Super ou sobre-endividamento

Dir-se-ia que esse fenômeno, resultado, de um lado, do consumismo obsessivo estimulado pela oferta e publicidade cada vez mais agressivas²¹, e de outro agravado pelas altas taxas de juros cobradas nos mercados financeiros, estaria a merecer um tratamento especial em eventual reforma do código, à luz da lei francesa a respeito.

Outros comentaristas de economia, entretanto, dizem que nosso país não está a enfrentar esse tipo de crise tão agudamente quanto os europeus e norteamericanos²².

Ao tratar especificamente dessa matéria, Geraldo de Faria Martins Costa²³ chama a atenção para regras existentes já na França, e que seriam úteis no Brasil, tais como: a) prazo especial de reflexão; b) a ligação entre o contrato de consumo principal e o contrato acessório de crédito; c) o regime especial das garantias pessoais; d) o regime especial de tratamento das situações de superendividamento.

A lei especial francesa de 31 de dezembro de 1989 define superendividamento como a circunstância *“caracterizada pela impossibilidade manifesta pelo devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e não pagas”* (pressupõe, pois, boa-fé subjetiva e dívida derivada de consumo, não profissional).

A doutrina europeia, acompanhando a objetivação das condutas e fugindo da ideia de culpa subjetiva contratual, tende a superar a diferença entre fatos subjetivos e objetivos supervenientes e prefere, hoje, analisar o inadimplemento do consumidor de boa-fé ou o superendividamento como sendo ativo ou passivo.

O autor português Leitão Marques, referido por Geraldo Martins Costa, nos ensina que “o sobreendividamento pode ser activo, se o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento; ou passivo, quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização de emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente etc.) afetam gravemente a capacidade de cumprimento”.

Como instrumento protetivo, o nosso Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, estabeleceu a proibição da “cláusula-mandato”. Isto é, dispondo em seu art. 51, inc. VIII, como sendo nulas de pleno direito cláusulas que “imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”. Referida questão já foi objeto, inclusive, de súmula do STJ, mais particularmente a de nº 60, que dispõe: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.”

Na França, há imposição de obrigação de informação especial sobre as consequências dos contratos que envolvam crédito (art. L.111-1 do *Code de la consommation*). É, ainda, o fornecedor de crédito obrigado a conceder um prazo de reflexão. Por outro lado, existe um dispositivo (art. L.311-8) estabelecendo que a proposta ou oferta realizada pelo fornecedor tem prazo de validade de 15 dias, a contar de sua emissão.

O art. 52 do nosso Código de Defesa do Consumidor cumpre aquele requisito, e com vantagem pela clareza, ao estabelecer que: “No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – preços do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III – acréscimos legalmente previstos; IV – número e periodicidade das prestações; V – soma total a pagar, com e sem financiamento.”

É importante, ainda, a garantia do § 2º do referido art. 52 do nosso Código de Defesa do Consumidor, ao dizer que: “É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.”

Também no que toca ao contrato de adesão (§ 3º do art. 54), quanto à sua redação, de forma clara etc., nossa lei tem traços de semelhança com a francesa. Na ordem jurídica francesa, entretanto, o formalismo é ainda mais

acentuado: a oferta estabelecida segundo modelos típicos, fixados pelo comitê de regulamentação bancária, deve mencionar, segundo o art. L.311-10 do *Code de la Consommation*, a identidade das partes e, sendo o caso, dos fiadores. Ela deve precisar o montante do crédito e eventualmente de suas frações periodicamente disponíveis, a natureza, o objeto e as modalidades do contrato, sendo o caso, as condições do seguro, o custo total do crédito, sua taxa efetiva global, as despesas de dossiês, as despesas das prestações.

Quanto a *sanções de natureza civil*, no direito francês há, por certo, uma original e rigorosa sanção civil em face do descumprimento das normas de concessão de crédito, de acordo com o art. L.311-33 do *Code de la Consommation*. Ou seja: o tomador do empréstimo fica obrigado ao pagamento das prestações, mas com isenção dos juros; e, quanto aos já obrigados, ser-lhe-ão restituídos. Tal sanção pode ser determinada pelo juízo penal, como penalidade acessória, bem como pelo juízo cível.

Quanto à *proteção do consumidor na fase de execução*, há também norma específica. Com efeito, talvez estimulado pelo sistema de publicidade perniciososa a realizar compras irracionais, ou talvez vítimas de um evento exterior à sua vontade, como por exemplo, o desemprego, a doença ou o divórcio, os consumidores (devedores) correm o risco de se tornarem incapacitados de cumprir suas obrigações. Por isso mesmo, na França, a autoridade judiciária, nos termos do art. L.313-12 do *Code de la Consommation*, combinado com os arts. 1.244-3 do *Code Civil*, *pode conceder um prazo de graça* a todo devedor que, em razão de circunstâncias independentes de sua vontade, como a doença ou o desemprego, experimentem dificuldades em pagar suas dívidas. O texto legal permite ao juiz de instância suspender a execução das obrigações do tomador, podendo decidir que, *durante o prazo de graça, sobre as somas devidas não incidirão juros*. O credor não poderá demandar a resolução do contrato durante a vigência do benefício. No fim do prazo, as dívidas tornam-se exigíveis, sem que o último pagamento possa exceder a dois anos além do termo inicialmente previsto para o pagamento do empréstimo.

Quanto à *inadimplência*, tanto na França como no Brasil, o direito comum das obrigações dá ao juiz o poder de aliviar as sanções estipuladas contra o devedor inadimplente. O art. 152 do *Code Civil* dispõe que o juiz, mesmo de ofício, pode moderar a pena que tiver sido convencionalizada, se ela for manifestamente excessiva.

Incumbe às autoridades federais, estaduais e municipais estabelecerem instrumentos eficazes de fiscalização do mercado de consumo

Em síntese, portanto, poderíamos dizer que as regras existentes na lei francesa e que seriam desejáveis no nosso ordenamento jurídico, consoante a opinião do autor citado, seriam: a) o prazo especial de reflexão (sete dias, no caso de financiamento de bens móveis, adquiridos por qualquer forma, e de 10 dias no caso de bem imóvel); b) a ligação entre o contrato de consumo principal e o contrato acessório de crédito; c) o regime especial das garantias pessoais; e d) o regime especial de tratamento das situações de superendividamento.

Não nos parece que isso seja necessário, até porque a segunda parte do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, embora sucintamente, inclui esse fenômeno (*i.e.*, oferta de crédito) como relação de consumo. Além disso, há as práticas abusivas e cláusulas contratuais abusivas a indicarem o caminho para a revisão dos contratos e eliminação de sua onerosidade excessiva.

Ademais, o Código Civil de 2002 traz dispositivos semelhantes ao cuidar, por exemplo, do instituto da lesão, igualmente anunciando a função social dos contratos, possibilidade de sua revisão e outros mecanismos. Isto tudo à vista da interpretação *interdisciplinar* dos seus cânones, à luz do Código do Consumidor.

Mas não é só. Há dispositivos no Código de Processo Civil de 1973 que disciplinam justamente a *insolvência requerida pelo devedor*²⁴.

Nesse sentido, merecem destaque seus seguintes dispositivos, evidenciando a adoção de medidas mais benéficas relativamente aos encargos dos “superendividados”. Com efeito: “Art. 783 – O devedor insolvente poderá, depois da aprovação do quadro a que se refere o art. 769, acordar com os seus credores, propondo-lhes a forma de pagamento. Ouvidos os credores, se não houver oposição, o juiz aprovará a proposta por sentença”; e “Art. 785 – ‘O devedor, que caiu em estado de insolvência sem culpa sua, pode requerer ao juiz, se a massa o comportar, que lhe arbitre uma pensão, até a alienação dos bens. Ouvidos os credores, o juiz decidirá.’”

As experiências feitas, sobretudo no Estado do Rio Grande do Sul²⁵, em que jovens, desforçadas e criativas juízas demonstram, por outro lado, que não há qualquer necessidade de uma legislação específica a respeito para se lidar com tão tormentosa questão, mas tão somente *vontade político-judiciária*, no sentido de que se confiem aos juizados especiais cíveis a incumbência de sua tratativa. Primeiramente instituindo mais e mais juizados bem como a possibilidade de procedimentos anteriores à declaração formal e judicial de insolvência; e, em segundo lugar, preparando-se os juízes e conciliadores leigos para colocar em prática o que o nosso Código de Processo Civil – em combinação com os dispositivos já citados do Código do Consumidor – já fala da lida com esse fenômeno, só que sob a rubrica de *declaração de insolvência*. Ou seja: basta aplicar-se o que existe, até porque, embora tenhamos longos anos de experiência, vimos poucos e raros casos serem instaurados nesse mister²⁶.

Mas não é só. Nosso ordenamento jurídico também trata, sob o *nomen iuris* de *usura real*, da *abusividade* cometida contra consumidores de crédito ou de produtos e serviços que o envolvam, e que outrora tinha a solução judicial preconizada pelo § 3º do art. 4º da Lei 1.521/51.

Referido dispositivo legal, com efeito, dispunha que “*a estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição de quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido*”.

Foi, todavia, expressamente revogado pelo art. 7º da Medida Provisória 1.820, de 5 de abril de 1999, reeditada sob n. 2172-32/2001²⁷. Isto porque essas medidas provisórias estabeleceram que: “*São nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I – nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal, ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II – nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-as ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido. Parágrafo único – Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas.*”

Vê-se, por conseguinte, que nosso ordenamento jurídico já provê soluções tanto para o *superendividamento* bem como para o cometimento de *abusividade* no que toca ao mercado econômico-financeiro, não havendo qualquer necessidade de, em última análise, importar-se modelo estrangeiro.

5.2. Os alimentos transgênicos

Constituem-se os chamados *alimentos transgênicos* em novo desafio aos consumidores. Nem por isso, todavia, mereceriam ordenamento jurídico próprio no âmbito consumerista, mas sim no âmbito da tutela ambiental e de vigilância sanitária de alimentos geneticamente modificados, à luz do princípio da *precaução*²⁸.

Não obstante a existência de norma que exige dos fabricantes de alimentos que hajam empregado matéria prima consistente em organismos geneticamente

modificados que aponham aviso a respeito²⁹, há uma verdadeira batalha em andamento entre os órgãos e entidades de defesa do consumidor, de um lado, e os representantes da indústria de alimentos, de outro, a respeito desse assunto. Raríssimos são os alimentos que ostentam tal sinal distintivo (*i.e.*, consistente num triângulo de fundo amarelo, com a letra **T** em negro).

Na verdade, embora no Brasil se tenha dado na prática, em princípio, e posteriormente em decorrência de forte *lobby*, a liberação de todos os organismos geneticamente modificados, as argumentações não se têm pautado pela dupla preocupação a respeito dessa matéria: a) o eventual dano ao meio ambiente e a culturas chamadas *orgânicas* ou *naturais*; b) o eventual dano à saúde dos consumidores, mormente no que concerne às substâncias alérgicas.

5.3. Comércio por meio eletrônico

O chamado *comércio eletrônico* – na verdade, *por meio eletrônico* –, a seu turno, causa grande preocupação aos consumeristas, a ponto também de sugerirem uma legislação específica.

Entendemos, entretanto, que se alguma regulamentação tenha de haver, ela já existe no nosso ordenamento jurídico, consistente na edição da Medida Provisória 2.200, de 28 de junho de 2001, que instituiu a infraestrutura de “chaves públicas brasileiras ICP-Brasil, de molde a preservar-se a integridade, autenticidade e validade dos documentos eletrônicos”³⁰. Basta que seja ela aprovada pelo Congresso Nacional, mas sem qualquer modificação da estrutura do CDC, porquanto isto diz respeito à parte *técnico-eletrônica*, à luz da ciência da informática.

Todavia, lembráramos, neste passo, que o próprio Código de Defesa do Consumidor considera, evidentemente, essa *nova forma de comércio*, que, como já visto, fora previsto 20 anos atrás. Tanto assim que seus artigos 46 e 49, respectivamente, enunciam: “Art. 46 – Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance; (...) Art. 49 – O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único – Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

Desta forma, *se alguma coisa tiver de ser adicionada ao CDC*, poderá desfigurá-lo. Até porque, embora conviva muito bem com os demais ramos do direito, designadamente o privado, com o qual mantém laços mais estreitos, ele deve ser aplicado – nunca é demais repetir – *nas relações efetivamente de consumo e não extensivamente a outras relações jurídicas*.

5.4. O consumo sustentável

Creemos que a expressão *desenvolvimento sustentável*, atualmente, já constitui voz corrente tanto no meio empresarial quanto governamental, bem como no da população mais instruída, ou seja, a compreensão de que os recursos naturais presentes na natureza têm sido sistematicamente apropriados pelo homem, com vistas ao atendimento de suas necessidades.

E, como resultado dessa apropriação, advêm os diversos tipos de poluição, além da criação diuturna de resíduos, muitos deles de difícil ou quase impossível disposição, e, o que é pior, *a destruição dos recursos naturais*, muitos deles *não renováveis*.

A grande preocupação, por conseguinte, no que tange ao *desenvolvimento sustentável*, é o atendimento das necessidades humanas de forma parcimoniosa, até porque disso dependerá a sobrevivência da própria humanidade.

Com efeito, parte-se da premissa de que *os recursos naturais disponíveis* são *limitados* e, sobretudo, *finitos* e *escassos*, mas que *as necessidades humanas são, ainda que artificialmente, ilimitadas*. Isto se considerarmos que muitas delas são criadas pela publicidade dos inúmeros produtos e serviços colocados no mercado a cada instante. Ora, diante dessa realidade, o que deve ser levado em conta, *sem delongas* e com a *máxima prioridade*, é o chamado *consumo sustentável*, até para que não falem recursos para as futuras gerações de consumidores.

Daí porque essa nova expressão, não apenas se constitui na outra face da mesma moeda em que se encontra o já citado desenvolvimento sustentável. É inquestionável que nosso planeta está sitiado (cf. 1º relatório *O Ambiente Mundial*, 72-92 – Programa do Meio Ambiente da ONU, novembro de 1992). E o *mercado consumidor é o que busca, sem cessar, a todo instante, bens e serviços, cada vez mais degradadores do ambiente em que vive, ou supressores de seus recursos naturais*.

O que importa mais nessa *conta predatória é o número de consumidores e não propriamente o de habitantes do planeta*. Senão, vejamos.

Na Agenda 92, propuseram-se mudanças radicais nos padrões de consumismo mediante dois pontos fundamentais: *a) tecnologia limpa* – menor consumo de energia e matéria-prima, menor produção de resíduos, com o aumento da capacidade de

reaproveitamento (*Declaração do Rio-92*); a meta é reduzir índice *per capita* de uso de recursos e geração de menor poluição a 1/10 nos países ricos; b) *consciência do cidadão consumidor* – aceitação e exigência de produtos não ofensivos ao meio ambiente (por exemplo, os que não contenham gás CFC – clorofluorcarbono em aparelhos de refrigeração em geral e em *sprays*), embalagens recicláveis, reaproveitamento de material descartável, tais como vidro, papel, alumínio, papelão, bem como sua redução nas embalagens desse material descartável.

Por outro lado, temos a *produção sustentável*. Ou seja, as normas ISO 14000 – que contêm, em última análise, técnicas para o aproveitamento parcimonioso e renovável dos recursos naturais disponíveis – até parecem contrariar o Gênesis (*cresei e multiplicai-vos*).

Todavia, na verdade, como já visto, as necessidades são cada vez mais crescentes e os recursos cada vez mais escassos. Do lado dos produtores, com efeito (*fornecedores*, na nomenclatura consumerista), também deve haver a preocupação em produzir cada vez mais bens *ecologicamente corretos*.

Daí também uma produção sustentável. Tais preocupações têm sido objeto de diversos simpósios de cunho nacional e internacional. Assim, o chamado *Relatório Brundtland*, de 1987, da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, resume as colocações que já vinham sendo elaboradas e serviu de base para a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92).

Não há, por conseguinte, qualquer exagero em afirmar-se que todos os problemas ambientais estão relacionados ao consumo: poluição do ar, água, solo, subsolo, degradação dos solos e assoreamento de cursos d'água em razão de desmatamento, esgotamento de suprimentos de água etc. De acordo com o Protocolo de Montreal, de 1989, revisto em Londres, em 1990, foram estabelecidas metas a serem atingidas.

E o *grande motor das modificações*, sem sombra de dúvidas, é o *binômio educação/conscientização do consumidor*, desde a mais tenra idade. Aliás, isto nos parece até *intuitivo*: respeitar a natureza e os generosos recursos com que nos brinda para que ela possa continuar exuberante, útil e renovável para nossos descendentes e todo o ecossistema. Ora, e não é ele mesmo, o *consumidor* – todos nós –, na verdade, o maior *produtor de resíduos, poluidor contumaz do ambiente, com a produção de toneladas diárias de lixo, bem como pela utilização de veículos além de produtos e serviços que lhe são deletérios?*³¹

Que saiba, portanto, ele, consumidor, em primeiro lugar, *o que está ocorrendo à sua volta, qual a sua participação nesse processo* e, principalmente, *quais são suas responsabilidades para minorar o processo deletério*.

Em termos constitucionais, aliás, impõem-se *limites à própria livre iniciativa*, a teor do que dispõe o próprio art. 170, segundo o qual, em última análise, ela *deve ser compatível com o desenvolvimento sustentável*. Ou seja: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados*” [dentre outros] “*os seguintes princípios: (...) VI – defesa do meio ambiente.*” Conforme se pode prontamente verificar, pois, a própria Constituição, no art. 170, prevê implicitamente esse consumo, ao falar em *existência digna*, que, na verdade, se traduz por qualidade de vida, e em *dignidade humana*.

Desta forma, isso pressupõe um controle sobre a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem os menores riscos possíveis para a vida, qualidade de vida e meio ambiente. Conforme o art. 225, § 1º, V, da mesma Constituição Federal, aliás: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*”

E, “*para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público (...) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”.

Em suma, consoante as ponderações do professor Mário Frota, baseando-se na lei portuguesa de defesa do consumidor, de 31 de julho de 1996, incumbe ao Estado:

1. a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação;
2. ademais disso, deve haver a participação de todas as unidades administrativas, educacionais ou não, governamentais ou não governamentais;
3. por outro lado, a educação e a formação nesse passo são suscetíveis de revestir um sem-número de planos, tais como a educação para a qualidade, para a saúde, para a segurança nas suas múltiplas variantes, alimentar, e para o consumo em sentido estrito.
4. e, por fim, as preocupações emergentes, que dizem respeito, conjuntamente, ao consumo e ao desenvolvimento sustentáveis, baseiam-se em quatro palavras-chaves, os *quatro erros* – *Reduzir, Recolher, Reciclar, Reutilizar* (cf. *Revista da APMP* – Associação Paulista do Ministério Público, maio de 2002, p. 69-71).

Quanto à inadimplência, tanto na França como no Brasil, o direito comum das obrigações dá ao juiz o poder de aliviar as sanções estipuladas contra o devedor inadimplente

A esse rol acrescentaríamos mais um: *Recusar*. Ou seja, a repulsa, da parte do consumidor, a produtos que não atendam às recomendações de cunho ambiental. Ou, como se diz no vocabulário ambientalista, cuida-se, na hipótese, de se dar preferência a produtos *ambientalmente amigáveis* ou *verdes* (tradução livre da expressão e termo em inglês, *ecologically friendly* ou *green*). O Brasil tem uma das melhores leis de proteção ao consumidor do mundo. E, para começar, ela diz, obedecendo a uma decisão da ONU, a Resolução 39/248, de 9 de abril de 1985, que todos nós, consumidores, temos direito *de nos protegermos contra produtos e serviços que sejam perigosos ou nocivos à nossa saúde e segurança, de sermos indenizados por prejuízos que sofreremos, por exemplo, contra produtos perigosos, defeituosos etc., de sermos bem informados sobre o que pretendemos comprar, de sermos educados para fazermos escolhas bem feitas das coisas de que precisamos para viver bem, e de sermos ouvidos sobre as decisões que tenham alguma influência sobre a nossa maneira de viver*. Em 1995, entretanto, um outro direito – na verdade muito mais um *dever do que um direito, porque é de nossa responsabilidade termos um ambiente sadio e bem cuidado* – foi declarado pela ONU: o chamado “Consumo Sustentável”, que deve ser preocupação e responsabilidade não só dos fabricantes de produtos de coisas que compramos e serviços de que precisamos no dia a dia, e dos governos, mas também *nossa*.

Na cartilha *A Água Nossa de Cada Dia* (publicada pelo Movimento de Cidadania pelas Águas da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, em 2002), por exemplo, há uma relação bastante ilustrativa de produtos de consumo e respectivos prazos de decomposição na natureza. Note-se bem, são produtos que geralmente são jogados, pura e simplesmente, em rios, lagos, no mar, terrenos baldios ou na rua, com a maior displicência e irresponsabilidade: *papel* = de 3 a 6 meses; *pano* = de 6 meses a 1 ano; *filtro de cigarro* = 5 anos; *chicletes* = 5 anos; *madeira pintada* = 13 anos; *materiais de 'nylon'* = mais de 30 anos; *plástico* = mais de 100 anos; *metal* = mais de 100 anos; *borracha (como pneus de carros, p. ex.)* = tempo indeterminado! *vidro* = 1 milhão de anos! Nosso clima também está sofrendo graves alterações. E isto pelo chamado *efeito estufa*, causado pela acumulação na atmosfera de gases produzidos pelos carros, fábricas e queimadas.

Segundo o professor Néelson Mello e Souza (*apud* Édis Milaré, em seu *Direito do Ambiente*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 44 e ss.), os princípios da vida sustentável, em decorrência do desenvolvimento sustentável, seriam os seguintes: *respeito e cuidado dos seres vivos* (princípio ético, por excelência); *melhoria da qualidade de vida humana* – que pressupõe a

realização de potenciais, acesso à educação, liberdade política de participação, respeito aos direitos humanos e combate a todas as formas de discriminação e violência; *conservação e vitalidade da diversidade da Terra* – ou seja, conservando e mantendo os sistemas de sustentação da vida, em última análise, a chamada *biodiversidade*, evitando, destarte, a extinção das espécies vegetais e animais, além do uso sustentável dos recursos renováveis; *minimização do esgotamento dos recursos não renováveis* – nesse caso, o petróleo, gás natural, xisto betuminoso; *permanência no limite da capacidade de suporte da Terra* – isto é, preservando os recursos que não podem ser explorados, conservando os que podem ser suscetíveis de manejo sustentável; *modificação de atitudes e práticas pessoais* – melhor dizendo, adotando-se ética de vida sustentável, no sentido do reexame de valores de cada cidadão, alterando seus padrões de consumo; *permissão de proteção pela própria comunidade* – o autor citado refere-se, aqui, aos incentivos que devem ser dados à própria comunidade organizada, no sentido de não apenas preservar e conservar os recursos naturais, como também de influir nas políticas e legislação ambiental; *geração de estrutura nacional* – com vistas à integração de desenvolvimento e conservação, de acordo com cada ecossistema; *formação de uma aliança global* – mediante a implementação dos princípios da ONU e outros textos oficiais e não oficiais de natureza científica, técnica, política e social.

Constituem-se
os chamados
alimentos
transgênicos em
novo desafio aos
consumidores

Já a referida *Resolução 53/1995*, ratificada em 1997, cuida especificamente do *consumo sustentável*, e estabelece um extenso rol de políticas para os Estados filiados à ONU e signatários do *agreement* nessa matéria, mas que podem ser sintetizados nos seguintes: a) *consumo sustentável, antes de mais nada, significa a satisfação das necessidades básicas dos seres humanos sem minar a capacidade do meio ambiente em satisfazer as necessidades de futuras gerações*; b) *nesse sentido, os governos devem cooperar entre si na mudança dos padrões de consumo em nível global, adotando, para tanto, práticas sustentáveis em suas políticas de desenvolvimento econômico, promovendo análises do comportamento dos consumidores e das consequências ambientais, com o propósito maior de identificar meios de reduzir o impacto ambiental do consumo e suprir as necessidades humanas no mundo*; c) *os governos devem, ainda, trabalhar conjuntamente na erradicação da pobreza, como requisito indispensável para o consumo sustentável*; d) *as nações desenvolvidas devem arcar com o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento, assegurando mínimos impactos ao meio ambiente, através de assistência financeira, tecnologias “verdes” e melhores condições de acesso aos*

mercados; e) cabe uma vez mais aos governos intensificar os esforços para a redução do consumo de energia e dos recursos naturais nos processos de produção; f) devem, por outro lado, incentivar, mediante políticas internas, o uso de recursos renováveis, a recuperação de resíduos, a reutilização e a reciclagem de materiais; g) os governos devem, ademais disso, promover a educação dos consumidores, assegurando o amplo acesso à informação sobre o impacto no meio ambiente dos produtos consumidos; h) os governos, enfim, devem adotar medidas efetivas voltadas para a mudança dos padrões de consumo e produção, tais como as chamadas de “comando e controle” e os “instrumentos econômicos e sociais”; nesse sentido, encontram-se os incentivos com vistas à produção de bens e prestação de serviços menos poluentes, recicláveis e reaproveitáveis, mediante benefícios fiscais e outorga do “selo verde”; i) e, contrariamente, a taxa mais elevada de produtos e serviços que não sejam compatíveis com a conservação ou preservação dos recursos naturais.

Poderíamos concluir dessa ordem de ótimas ideias e propósitos, entretanto, que eles de nada adiantarão se não houver a educação e conscientização de *consumidores* e *fornecedores* de produtos e serviços quanto a ações proativas, concretas e constantes, no sentido de efetivamente protegerem e conservarem o ambiente e os recursos naturais.

Um exemplo edificante: estimuladas por ações civis públicas do Ministério Público Federal, redes de grandes supermercados instaladas no país (*i.e.*, Pão de Açúcar, Carrefour e WalMart), estão se recusando a adquirir carnes cuja origem ecologicamente correta não é identificada, boicote esse que também envolveu, posteriormente, a indústria frigorífica (matadouros). Ou seja: a grande floresta tropical da Amazônia, que dia a dia se vê cada vez mais a nu, ganha esse desestímulo à criação de gado em terras desmatadas.

6. Política nacional de relações de consumo (art. 4º do CDC, incisos III, IV e V)

Para os menos avisados o Código de Defesa do Consumidor não é exclusivamente um corpo de normas protetivas da personagem *consumidor*. É, igualmente, um instrumento legal que privilegia e estimula a outra personagem das *relações de consumo*, qual seja, o *bom fornecedor*, buscando sempre, mediante a *educação e informação* de ambas, a *harmonização de seus interesses, sempre com base na boa-fé e equilíbrio, inclusive com a busca de melhor qualidade e segurança de produtos, bem como por mecanismos alternativos de solução de conflito de interesse*.

Creemos, por conseguinte, que, embora o Código de Defesa do Consumidor consubstancie enormes ganhos no que concerne a direitos e deveres, não haja, ainda, uma perspectiva muito nítida a respeito da importância e alcance dos princípios retroelencados dentro da chamada *política nacional das relações de consumo*.

As estatísticas do DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça³², bem como do Procon-SP³³, a respeito de reclamações fundadas dão conta do enorme número de reclamações pela ordem de incidência, e que poderiam ser prevenidas, *caso funcionassem*, efetivamente, *tanto os departamentos de atendimento ao consumidor (SACs), como as assistências técnicas dos fornecedores*. Os números são expressos em milhares, o que, sem sombra de dúvidas, sobrecarrega não apenas os Procons, que acabam sendo os *SACs dos fornecedores*, como também os juizados especiais cíveis e as promotorias de justiça do consumidor nos locais onde não há aqueles outros instrumentos.

7. Instrumentos de implementação da política nacional de relações de consumo: breve diagnóstico e críticas

Se a *alma* do Código de Defesa do Consumidor é o seu art. 4º, que, como visto, traça a política nacional das relações de consumo, o art. 5º é o *seu corpo*. Ou seja, *é como agem* – ou devem agir – os diversos órgãos e entidades colocados à disposição do consumidor, individual ou coletivamente considerados. A seguir, portanto, passaremos, ainda que em breves linhas, à análise dos *instrumentos de implementação da referida política de relações de consumo*, isto é, *as defensorias públicas, o Ministério Público, os órgãos jurisdicionais, e os órgãos e entidades de proteção e defesa do consumidor*.

Referida análise conterà mais críticas, em alguns casos, do que elogios.

7.1. As defensorias públicas

Conforme estabelecido pelo inc. I do mencionado art. 5º do Código de Defesa do Consumidor, o poder público conterà, com vistas à execução da política nacional de relações de consumo, com *assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente*.

Parece-nos que a intenção da lei é clara: oferecer ao consumidor pobre, no sentido sociojurídico do termo, assistência jurídica – e não apenas judiciária do *estar em juízo*. Quer a lei que o consumidor *vulnerável e hipossuficiente*, tenha, antes de mais nada, *orientações e conselhos* a respeito de seus direitos e deveres

perante aos diversos fornecedores de produtos e serviços, até *preventivamente*. E poderíamos citar, aqui, a orientação que deveria ser dada nas hipóteses dos contratos de adesão, que correspondem, aliás, à quase totalidade dos contratos de consumo, por razões óbvias.

E, num segundo instante, *estar em juízo* ao lado do consumidor carente, quer como autor, quer como réu.

No Estado de São Paulo, para se ter um ideia, a Defensoria Pública somente foi criada em 2006, e ainda luta com grande dificuldade para firmar-se, não apenas no que tange a prédios condizentes com sua relevante função sociojurídica, como também com diminuto quadro de procuradores (cerca de 500 para todo o Estado de São Paulo, com uma população de mais de 40 milhões de habitantes).

Ora, para dar cobro a mais essa responsabilidade, ao lado da assistência ao réu pobre em matéria criminal, nas reclamações trabalhistas, questões de família e sucessões e outras questões, seria necessário talvez quadruplicar o quadro de defensores públicos.

7.2. O Ministério Público

Conforme já esclarecido noutra oportunidade, iniciamos nossa vida profissional nessa seara do direito do consumidor no Ministério Público do Estado de São Paulo, com assento, primeiramente, no Procon de São Paulo e, posteriormente, em prédio próprio da instituição. E primeiro como promotor de justiça do consumidor (1983 a 1985) e depois como coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor daquele estado (1985 a 1993 e 1996 a 1998)³⁴.

Hoje podemos dizer que todos os estados da Federação, o Distrito Federal e a União dispõem de órgãos de proteção e defesa do consumidor em seus quadros. E seu foco principal são os interesses difusos e coletivos do direito do consumidor, conforme estabelecido pelo parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Além do mais, com vistas à fixação de *prioridades*, e por força de mandamentos legais – as leis orgânicas dos ministérios públicos dos estados e da União –, a cada ano são publicados os chamados *planos de atuação*.

Para o ano de 2010, por exemplo, o Ministério Público do Estado de São Paulo estabeleceu duas grandes prioridades: os *planos de saúde* (no que tange aos reajustes abusivos de prestações, a migração forçada de categorias de planos, a ausência injustificada de cobertura, o descredenciamento imotivado e arbitrário de médicos, hospitais etc., rescisões unilaterais, cláusulas abusivas); e a *prestação de serviços públicos essenciais por concessionárias ou permissionárias* (no que diz respeito

a práticas abusivas consistentes na cobrança abusiva, indevida ou constringedora, o corte do fornecimento, a precariedade de atendimento, o cumprimento do *decreto dos SACs*, inscrição indevida do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes etc.).

A título de argumentação, por outro lado, será que não haverá outros temas relevantes, não necessariamente a serem tratados pelos órgãos do Ministério Público, como por exemplo a *saúde* dos consumidores em face de alimentos com excesso de resíduos de pesticidas, muitos deles, aliás, proibidos pela legislação sanitária? Ou então a veiculação de publicidades manifestamente enganosas sobre produtos relacionados à saúde do consumidor, tais como miraculosos produtos para emagrecimento, calvície e outros males?³⁵

É interessante salientar, todavia, que dentre os demais *interesses e direitos difusos e coletivos*, no âmbito da Procuradoria de Justiça Especializada em Direitos Difusos e Coletivos, apenas dois por cento dos recursos judiciais apreciados referem-se à área do consumidor, enquanto que outros vinte por cento se referem a questões ambientais, quarenta por cento a questões atinentes à improbidade administrativa, e o restante a outras áreas. Não deve ser muito diferente o percentual no nível do Conselho Superior do Ministério Público que analisa as promoções de arquivamento de inquéritos civis, com ou sem termos de compromisso de ajustamento de conduta.

Pode-se inferir disso, por conseguinte, alternativamente que: a) as promotorias de justiça do consumidor no Estado de São Paulo não têm tido grandes problemas no que tange aos interesses difusos e coletivos que atingem os consumidores, mesmo nos assuntos destacados nos planos de atuação; b) ou, na melhor das hipóteses, têm sido elaborados mais termos de compromisso de ajustamento de conduta e arquivamentos de inquéritos civis do que a propositura de ações civis públicas, o que demonstraria, e o que é desejável, muito mais soluções extrajudiciais.

Há outra questão, contudo, que nos chama a atenção. Cuida-se da falta de comunicação entre os diversos órgãos do Ministério Público incumbidos na área de defesa do consumidor nos âmbitos difuso e coletivo em termos nacionais.

Isto pudemos constatar não apenas no passado, em que, como coordenador das promotorias do consumidor do Estado de São Paulo, acabávamos por dirimir conflitos de atribuições com base no bom senso entre nós e colegas de outros estados³⁶, como também agora, ao exercermos a advocacia consultiva.

E, com efeito, em sede de discussão sobre a presença de cláusulas consideradas abusivas em contratos de adesão a cartões de crédito, foram instaurados nada menos que duas ações coletivas e dois inquéritos civis. No caso, uma entidade não governamental de defesa do consumidor sediada no interior do Estado de São

Paulo propôs ação coletiva em face da loja administradora do sobredito cartão de crédito, ação que terminou com acordo judicial, devidamente homologado pelo juízo do feito, e com a anuência do órgão do Ministério Público competente na qualidade de *custos legis*, conforme exigência do art. 92 do Código de Defesa do Consumidor³⁷. Pois bem: em função de um procedimento instaurado no DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor³⁸, que já dera origem àquela primeira ação, foram instaurados procedimentos inquisitivos de natureza civil por órgãos do Ministério Público dos estados da Bahia³⁹, de Santa Catarina⁴⁰, do Rio de Janeiro⁴¹ e de Pernambuco, tendo neste último resultado na propositura de nova ação civil pública ou coletiva⁴², muito embora *todos os outros procedimentos houvessem sido arquivados, exatamente em razão do acordo judicial*. E tudo com o mesmo fundamento, causa de pedir, objeto, enfim, tudo quanto cabe numa flagrante e manifesta litispendência e prejuízo à ré, que teve de se locomover e ainda sofre os custos injustos de todos esses transtornos.

Insta, portanto, estabelecerem-se, além do Sindec – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que recebe e tabula os dados referentes a reclamações e feitos em andamento de procedimentos que afetam os consumidores, sobretudo no âmbito difuso e coletivo, *mecanismos semelhantes nos ministérios públicos*: quer oficialmente, no novo órgão criado pela “Reforma do Poder Judiciário” de 2005, quer oficiosamente, pelo MPCON – Associação do Ministério Público do Consumidor.

7.3. Delegacias especializadas

Ao mesmo tempo em que o Ministério Público de São Paulo firmava convênio com o governo do estado, no sentido de se designarem promotores de justiça para atuarem nessa área, em 1983 foi instituído o Decon – Departamento Estadual de Polícia do Consumidor, com atribuições de, entre outras, investigar os delitos contra a *economia popular*, as *relações de consumo* e a *saúde pública*.

Funcionou até 1999, quando foi extinto pela Secretaria de Segurança Pública, mas *ressuscitado* sob outra denominação e estrutura, em 2009, como DPPC – Departamento de Polícia de Proteção ao Cidadão, com uma divisão específica para cuidar dos assuntos concernentes aos direitos do consumidor. Embora a grande maioria dos delitos contra as relações de consumo previstos no Código de Defesa do Consumidor, bem como na Lei 8.137/90, esteja sujeita à transação penal ou suspensão condicional do processo, o que torna o delito imperceptível na jurisprudência, a verdade é que não apenas eles atingem o consumidor, individual ou coletivamente, mas sim outros, ainda que no seio do próprio Código Penal e na legislação penal especial⁴³.

7.4. Os órgãos jurisdicionais

O inc. IV do art. 5º do Código de Defesa do Consumidor fala em *Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo*.

No Estado de São Paulo, que, como visto, conta com mais de 40 milhões de habitantes, não há varas especializadas no âmbito da tutela coletiva⁴⁴; há pouco mais de três centenas de juizados especiais cíveis. E esses juizados especiais já passaram a ser *juizados ordinários*, já que, ao contrário da filosofia da Lei 9.099/95, que os criou, com vistas à simplicidade e celeridade procedimental, as audiências iniciais de tentativa de conciliação têm sido designadas para até um ano após cada propositura.

Insta, portanto, dotar-se a estrutura judiciária de mais e mais juizados especiais, e dando-se enfoque à conciliação cada vez mais.

7.5. Órgãos e entidades de proteção e defesa do consumidor

Quando se fala em órgãos e entidades de defesa do consumidor logo nos vêm à mente os diversos Procons e algumas, poucas, entidades não governamentais que se dedicam a esse mister.

A nosso ver o próprio Procon revelou-se uma verdadeira *marca* ou *griffe* quando se fala na tutela do consumidor. O de São Paulo, mais antigo, foi instituído informalmente, em 1976, como um grupo de trabalho pelo então governador Paulo Egydio Martins e, dois anos depois, formalmente, mediante lei estadual⁴⁵. De um simples apêndice da então Secretaria de Estado dos Negócios de Economia e Planejamento, evolui, anos mais tarde, para se transformar em uma fundação de direito público⁴⁶. Hoje praticamente todos os estados da Federação e o Distrito Federal contam com Procons, bem como diversos municípios, na órbita dos respectivos poderes públicos municipais.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor (art. 105), os Procons bem como as entidades não governamentais de proteção ou defesa do consumidor passaram integrar o chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tendo como órgão de cúpula o DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, por sua vez vinculado à SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, com atribuições definidas pelo art. 106 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷.

Suas atividades tradicionais consistem, primeiramente, na orientação e informação dos consumidores a respeito de seus direitos e interesses; por outro lado, incumbe-lhes a recepção de reclamações, tentando resolvê-las conciliatoriamente e encaminhando a outros órgãos públicos as questões que não lhes competirem, com vistas à adoção de outras providências.

Por força, entretanto, do Decreto Federal 861, de 1993, revogado pelo vigente Decreto Federal 2.181, de 1997, foi conferida aos Procons a delicada função de *polícia administrativa*, uma vez que pretendeu *regular* o disposto nos artigos 55 a 60 do Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese nosso posicionamento contrário a esse particular, conforme fazemos questão de deixar sempre claro em todas as nossas manifestações⁴⁸ a respeito, e que pode ser resumido na circunstância de que o Código de Defesa do Consumidor simplesmente *não demandava qualquer regulamentação* – até porque os mencionados artigos 55 a 60 apenas *direcionam os diversos órgãos que efetivamente exercem poder de polícia administrativo a adotarem um novo posicionamento em decorrência dos novos postulados consumeristas* –, ao sermos consultado opinamos no sentido de que, se fosse mesmo regulamentado, o Código deveria sê-lo *por cuidadosa exclusão*, uma vez que dificilmente haveria algum aspecto da vida negocial que não estivesse sob o crivo de alguma fiscalização pública. Ou seja: apenas naquilo que não houvesse ainda regulamentação a respeito, como, por exemplo, no que diz respeito a *práticas abusivas e cláusulas contratuais abusivas*.

Curiosamente, entretanto, a única infração administrativa que demandaria regulamentação, até porque veto presidencial a mutilou, foi a *contrapropaganda*, prevista pelo inciso XII do art. 57 do Código do Consumidor.

Lamentamos, por outro lado, que se tenha extinto a Sunab – Superintendência Nacional do Abastecimento, autarquia que, tradicionalmente, vinha exercendo as funções de *fiscal das relações de consumo*, notadamente no que dizia respeito a abusos de preços e abastecimento de produtos no mercado, principalmente em épocas de crise econômica. Esta, sim, seria o verdadeiro *braço de polícia administrativa de relações de consumo*, até porque criada pela Lei Delegada 04, de 1962, para intervenções no domínio econômico, em casos de abusos contra o mercado consumidor.

Por outro lado, no âmbito do Estado de São Paulo, nunca se aplicaram os decretos federais 961 e o atual 2.181, preferindo-se a Lei Estadual 10.177, de 1998, que *regula o processo administrativo no âmbito da administração estadual*.

Como não há subordinação entre os diversos Procons e o DPDC, sendo certo que este pode ser considerado uma instância superior apenas em casos de recursos, o que se tem visto é uma *superposição* de atribuições, muitas das vezes pelo mesmo fato, gerando-se manifesto *bis in idem*.

Veja-se, por exemplo, o recente caso de uma bebida láctea fabricada pela Nestlé, denominada *Alpino Fast*, que não conteria, na verdade, a fórmula líquida do chocolate de mesmo nome, e que, por conseguinte, estaria a enganar seus consumidores.

Sem adentrarmos no mérito da questão, foram, todavia, adotadas nada menos que quatro providências contra a empresa: a) pelo DPDC; b) pelo Procon de São Paulo; c) pelo Procon do Rio de Janeiro; e d) pela Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Todas visavam à aplicação de pesadas multas. Ora, a autoridade competente, no caso, seria apenas e tão somente a última, até porque, em matéria de alimentos em geral e especificamente em matéria de rotulagem, é ela que impõe as sanções e estabelece obrigações de fazer ou não fazer. No caso, e singelamente, a mudança do rótulo⁴⁹.

Como visto em anterior, a essa ânsia fiscalizatória some-se também a superposição e conflitos entre os diversos órgãos do Ministério Público e teremos instaurados verdadeiros abusos praticados pelos órgãos que devem, sem dúvida alguma, zelar pela observância das normas jurídicas consumeristas mas, antes de mais nada, igualmente pelo princípio da isonomia e prudência.

Embora exista o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, inclusive com a compilação dos dados dos diversos Procons e entidades de defesa do consumidor, é mister que haja um melhor entrosamento entre esses, os ministérios públicos especializados e outras autorizadas, para que haja maior eficiência e, o que é mais desejável, economia de recursos públicos, desperdiçados com a superposição de atribuições e funções.

8. Instrumentos alternativos de prevenção e de solução de conflitos

Conforme estatuído pelo inciso V do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, é dos seus princípios fundamentais o incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, *assim como meios alternativos de solução de conflitos de consumo*.

Ora, por *meios alternativos de solução de conflitos de consumo* entenda-se todos aqueles que estão além dos *meio próprios*, quais sejam, os *judiciais*.

Cremos – e isto aliás ficou bastante claro em dois eventos de que participamos como painelistas, o “X Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor: manutenção das garantias e sustentabilidade”, patrocinado pelo Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor), e o “26º Encontro de Entidades de Defesa do Consumidor”, promovido pelo Procon de São Paulo, ambos em maio de 2010 – que os Procons *não podem ser os SACs dos fornecedores*, e que *mais vale prevenir demandas do que fomentá-las*.

E com isso concordamos, até de forma entusiástica, porque, na qualidade de primeiro promotor de justiça do consumidor do país e coordenador das

promotorias de justiça do consumidor do Estado de São Paulo por nada menos que treze anos, sempre orientamos os colegas a privilegiarem os *acordos*, hoje *termos de compromisso de ajustamento de conduta* a ações civis públicas ainda que bem propostas e com altos graus de probabilidade de vitória. E o mesmo se diga com relação aos Procons. Ou seja: a *lista negra* de número de reclamações, longe de ser um troféu honroso, consubstancia-se em falha dos próprios fornecedores em se adaptarem às diretrizes e epistemologia do Código de Defesa do Consumidor (*harmonização de interesses, acima de tudo*).

Daí por que damos importância vital às atividades dos fornecedores no que tange ao *recall*, aos *serviços de atendimento ao consumidor*, à *convenção coletiva de consumo*, à *autorregulação*. Senão, vejamos.

8.1. O recall

O termo *recall*, da língua inglesa, pode ser traduzido literalmente como *chamar de volta* ou, mais apropriadamente, *convocar, chamar*, no jargão de *marketing* e de relações de consumo. Sua origem, todavia, e nesse sentido semântico, é política, consistente no instituto vigente em alguns países, como os Estados Unidos da América e a Venezuela, mediante o qual os políticos eleitos, caso não venham a corresponder aos anseios dos eleitores, podem ter seus mandatos cassados por um *referendo revogatório*. Ou, em última análise, *chamados de volta* – para o lugar de onde nunca deveriam ter saído. Eis o sentido do termo!

Mesmo antes do nosso Código de Defesa do Consumidor, a indústria automobilística, principalmente, já vinha praticando este salutar procedimento. Isto é: chamando os adquirentes de veículos que apresentassem algum defeito ou vício de fabricação, disso resultando a troca dos componentes com anomalias.

Neste passo lembraríamos que, enquanto para o Código Civil tanto o defeito como o vício continuam englobados no instituto dos chamados *vícios redibitórios*, no Código do Consumidor são conceitos diversos, a saber: enquanto o vício consiste em alguma anomalia presente em um produto ou serviço que os tornem inadequados ao uso ou finalidade a que se destinam, o defeito é também uma anomalia, mas de tal ordem que torna o mesmo produto ou serviço perigoso à incolumidade física ou à saúde do consumidor ou mesmo de terceiros alheios à relação de consumo.

Como exemplos, no primeiro caso poderíamos citar um limpador de para-brisa cujo temporizador não funciona a contento; ou, então, um produto eletrônico que não reproduz imagem ou som esperados.

Já no segundo, teríamos a peça defeituosa de um veículo, podendo causar acidentes de consequências imprevisíveis ou, então, um medicamento cujo fator

risco é bem maior do que o fator benefício. Vê-se, por conseguinte, que o instituto do *recall* é de cunho eminentemente *preventivo*, no sentido de evitar os chamados *acidentes de consumo*, e ao mesmo tempo poderoso instrumento de *marketing positivo* para as empresas que o praticam, sobretudo de forma espontânea. Ou seja, independentemente de provocação por consumidores ou seus órgãos e entidades de proteção e defesa.

Com efeito, conforme prevê o art. 10, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. E seus três parágrafos complementam essa norma de precaução, asseverando que: “o fornecedor de produtos ou serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários” (§ 1º); por outro lado, “os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço” (§ 2º); e, por fim, “sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito” (§ 3º). Conquanto a norma fosse clara, era mister que uma outra, complementar, explicitasse como fazer os referidos anúncios, em que proporção, periodicidade e outros pormenores ou particularidades, já que cada fornecedor adotava uma prática própria, geralmente baseando-se em exemplos do exterior.

Em 24 de agosto de 2001, com efeito, sobreveio a Portaria 789, do Ministério da Justiça, com vistas à regulamentação, “no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, do procedimento de chamamento dos consumidores, previsto pelo artigo 10, § 1º, da Lei nº 8.078/90, conhecido como *recall*, que possibilite o acompanhamento pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e pela sociedade, deste procedimento”⁵⁰. Referido instrumento, para o bem de consumidores e também dos fornecedores, tem sido cada vez mais utilizado e, juntamente com os serviços de atendimento aos consumidores (SACs), pode constituir-se em potente instrumento de prevenção e resolução alternativa de conflitos surgidos das relações de consumo.

8.2. Os serviços de atendimento ao consumidor (SACs)

“Vou estar passando a ligação para a supervisão! Não desligue, sua ligação é muito importante para nós! Para produtos, digite 01; para serviços, digite 02; para reparos, digite 03; para elogios, digite 04; para falar com um de nossos atendentes, digite 05;

nossos atendentes estão todos ocupados; permaneça na linha para ser atendido, ou então chame novamente!” Quantos de nós já não se depararam com essas irritantes frases prontas e de efeito duvidoso?

Ao lado de outras técnicas de *marketing*, os chamados SACs – Serviços de Atendimento ao Consumidor se revestem de vital importância para a (1) boa imagem das empresas, além da (2) fidelização de seus consumidores.

Como se sabe, *a relação consumidor-fornecedor não termina com a entrega do produto comprado ou execução do serviço contratado*. Esse relacionamento continua na fase pós-venda ou pós-contratação, sobretudo quando se cuidam de vícios ou defeitos presentes nos produtos e serviços.

Desta forma, *é mais do que conveniente e desejável* que cada fornecedor tenha esse serviço *de melhor nível possível*, o qual, aliás, *não serve apenas para reclamações, mas também para que ele, consumidor, dê sugestões ao próprio fornecedor sobre a melhoria e qualidade de seus produtos ou serviços*.

Assim como o *recall*, essas verdadeiras *ouvidorias privadas* passaram a ser ativadas pelos fornecedores, de modo geral, de (1) *forma empírica, em princípio*, e com o (2) *desenvolvimento da informática, de forma mais sofisticada* e, principalmente, *impessoal*: quer por intermédio de seus próprios meios, quer por via de *empresas terceirizadas de call centers, telemarketing etc.*

Autorregulamentação – O SAC do SAC! – As reclamações têm sido de tal ordem, entretanto, que *as próprias empresas envolvidas* nessas atividades, mediante sua associação, a *Abrarec – Associação Brasileira das Relações Empresa-Cliente*, instituiu, *sponte propria, sua própria ouvidoria*, chamada de *probare* (www.probare.org), cuja principal missão é constatar falhas do sistema e encaminhar soluções para coibir e evitar o mal atendimento aos consumidores, numa verdadeira ação de *autorregulamentação dessa atividade*.

Linhas mestras da regulamentação – Em março de 2008, o DPDC disponibilizou para discussão projeto de regulamentação dessa atividade, especificamente para as áreas das telefonias fixa e móvel, internet, TV a cabo, bancos comerciais, cartões de crédito e aviação civil.

Referido projeto, sob a rubrica de *Propostas do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para Melhoria da Qualidade dos Serviços de Atendimento ao Consumidor (SAC)*, prevê os seguintes *princípios*: a) *definição de atividades a elas sujeitas* – informação, reclamação, cancelamento de contratos e solicitação da suspensão ou cancelamento de serviços; b) *acessibilidade e gratuidade* – o SAC deve garantir o contato direto com o atendente como primeira opção do *menu eletrônico*, e não como última; c) *qualidade no atendimento* – o SAC deve obedecer aos princípios da transparência, eficiência, eficácia, celeridade e cordialidade; d) *acompanhamento das demandas ou solicitações* – o fornecedor deverá viabilizar o

acompanhamento de todas as demandas por meio de um registro numérico a ser informado ao consumidor no início do contato telefônico, independentemente de saber o que o consumidor irá solicitar, seja pedido de informação, reclamação, rescisão de contrato ou qualquer outra manifestação; e) *resolução de demandas* – as demandas dos consumidores, incluindo informações e reclamações, devem ser resolvidas pelo fornecedor imediatamente; f) *cancelamento* – o SAC deve receber e processar imediatamente o pedido de cancelamento do consumidor.

Desta forma, era de se esperar que, *sem prejuízo do bom trabalho que já tem sido desempenhado pelo Probare*, o poder público adotasse medidas com vistas a propiciar ao consumidor um atendimento de seus reclamos mais célere e eficaz, não apenas no seu interesse, como também no dos próprios fornecedores, que podem ter sua imagem comprometida pelas delongas das chamadas de *call centers* e consequente perda de confiança e também de lucros! Por isso é que iniciativas como essas devem merecer o apoio de todos, sem distinção.

Finalmente, em 31 de julho de 2008, o governo federal, à guisa de “regulamentar” o Código de Defesa do Consumidor, editou decreto a respeito dessa questão (cf. Decreto Federal 6.523, de 31 de julho de 2008).

8.3. A convenção coletiva de consumo

Uma das atividades previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, de *iniciativa empresarial e associativo/empresarial*, são as chamadas *convenções coletivas de consumo*, estabelecidas no art. 107 do Código de Defesa do Consumidor.

Embora se cuide de um instrumento importantíssimo no que concerne ao pragmatismo e, sobretudo, à *prevenção de conflitos de relações de consumo*, lamentavelmente tem sido pouquíssimo ou quase nada, utilizado.

Com efeito, dispõe o referido art. 107 que: “*As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.*”

Seus três parágrafos, outrossim, estabelecem *os seus requisitos*: “§ 1º – *A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos; § 2º – A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias; § 3º – Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar em data posterior ao registro do instrumento.*”

Esse importante instrumento foi claramente inspirado nas chamadas *convenções das categorias econômicas e convenções de marca*, instituídas pela chamada *Lei das Concessionárias de Automóveis*, ou *Lei Ferrari*⁵¹.

A ideia dos redatores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor foi exatamente a de dotar as entidades que o representam, de um lado, e as que assumem responsabilidade pelos fornecedores, de outro, de poderes no sentido de *convencionarem questões, sobretudo polêmicas, advindas das relações de consumo, por analogia com a lei das concessionárias de automóveis.*

Tome-se o exemplo da chamada *obsolescência de produtos de consumo duráveis*, notadamente os produtos eletrodomésticos e eletroeletrônicos.

O art. 32 do Código do Consumidor diz, por exemplo, que “os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto”. E seu parágrafo único complementa essa ordem de ideias, estabelecendo que, “cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

Ora, mas que *período razoável é esse*, quando não houver leis específicas – em sentido lato (*e.g.*, normas técnicas) são bastante escassas, no que diz respeito, por exemplo, à durabilidade mínima de uma lâmpada elétrica (“x” horas)?

Mais claramente: qual é a vida útil de um automóvel? De um refrigerador? De um aparelho de ar condicionado? De um computador, componentes e periféricos?

O *período razoável*, por conseguinte, poderia perfeitamente ser cuidado em cláusula de convenção coletiva de consumo, já que o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor é bem mais restritivo do que a *lei de concessionárias*. Isto é, a convenção somente pode dizer respeito a condições relativas a: *a) preço; b) qualidade; c) quantidade; d) garantia e características; e) reclamações; e f) composição de conflitos de interesses*, mediante, em última análise, recurso ao juízo arbitral, tal qual a referida lei de concessionárias de veículos.

Observe-se também que o referido dispositivo consumerista reza que somente as *entidades civis de consumidores* – excluídas, por conseguinte, os órgãos públicos congêneres que já têm a prerrogativa de firmarem o compromisso de ajustamento de conduta, *ex vi* do disposto no art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou um § 6º ao art. 5º da Lei 7.347/85, a saber: “*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial*” – é que poderão participar das convenções coletivas de consumo. E, do outro lado, *da parte dos fornecedores, terão legitimidade as suas associações ou sindicatos de categoria econômica respectiva.*

O requisito, por outro lado, do *registro da convenção* tem o fito de torná-la obrigatória e *pública*. Cabe ainda salientar que referida convenção *tutela interesses*

manifestamente coletivos, stricto sensu, na medida em que *somente obrigará os filiados às entidades signatárias*. Ou, na linguagem do próprio código, quanto aos efeitos da coisa julgada coletiva, a avença ou convenção terá efeitos *ultra partes*, e não *erga omnes*.

É relevante salientar, por outro lado, que conforme o dispositivo sob comento, *o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento não se eximirá de cumprir a convenção*.

Entretanto, conforme já mencionado, cuida-se de instrumento relevante mas pouquíssimo utilizado.

8.4. A autorregulação e o juízo arbitral

Ainda dentro da perspectiva de resolução dos conflitos nascidos das relações de consumo por *instrumentos alternativos*, seja-nos permitido referir-nos, ainda que rapidamente, às chamadas *autorregulações* ou *autorregulamentações*, de um lado, e o *juízo arbitral*, de outro.

Entende-se por autorregulação ou autorregulamentação a instituição, pelos próprios fornecedores de produtos e serviços ou então pelas entidades que os representam, de verdadeiros *códigos de ética*, mediante os quais se estabelecem firmes propósitos no sentido de resolverem as pendências entre os primeiros e seus consumidores, mediante, inclusive, a aplicação de censura ou outras formas de sanção aos que os descumprirem.

Quer-nos parecer que o código de autorregulação mais antigo e bem sucedido no universo brasileiro seja o do Conar – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária⁵².

Com efeito, congregando todos os atores da arte publicitária comercial – anunciantes, agentes e veículos de comunicação de massa –, dedica-se o Conar a ações de ofício ou mediante provocação de interessados, com vistas à análise e julgamento de peças publicitárias consideradas *abusivas* ou *enganosas*.

Suas sanções, embora de cunho moral – advertência ou admoestação pública do infrator caso se recuse a retificar a peça publicitária enganosa ou abusiva – têm alto índice de acatamento e raramente são aplicadas.

No mês de maio de 2010, apresentamos, na qualidade de consultor especialista da ABINEE – Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, pioneiro *Código de Autorregulação de Telefones Celulares*. Reconhecendo-se, de um lado, o vertiginoso crescimento dessa indústria em decorrência do notório e rápido progresso tecnológico do ramo das comunicações, bem como, e com toda franqueza, o significativo passivo de reclamações junto aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, as principais indústrias, deixando de lado a frenética

concorrência entre si, acordaram em determinar pressupostos éticos básicos e fundamentais, além de procedimentos céleres e mais eficientes, com vistas a dar cobro aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, designadamente o artigo 18, que, como se sabe, cuida da questão dos *vícios* de produtos colocados no mercado de consumo.

Cuida-se, portanto, de mais um caminho na tentativa de se prevenirem e, ao mesmo tempo, se solucionarem as pendências entre consumidores e seus fornecedores.

No que concerne ao *juízo arbitral*, já existente entre nós no vigente Código de Processo Civil, mas muito pouco utilizado, foi revigorado e aprimorado pela Lei federal 9.307, de 1996. Visa, em síntese, submeter pendências de qualquer natureza, ressalvadas as relativas às questões de estado civil e às de interesse dos poderes públicos, a um juízo leigo, evitando-se, destarte, sua submissão aos órgãos do Judiciário.

O que se tem visto, entretanto, é a instituição de juízos ou câmaras de arbitragem no âmbito das entidades sindicais patronais e representativas de comércio entre os diversos países, com vistas à resolução de grandes conflitos de cunho comercial entre partes economicamente poderosas.

No âmbito dos conflitos de consumo, todavia, em que assume papel de relevo a natural *vulnerabilidade* de uma das personagens do litígio, parece-nos inviável a instauração de juízos arbitrais. Isto porque, em primeiro lugar, dificilmente se encontrarão árbitros imparciais e dispostos o suficiente para aceitarem a resolução de conflitos de pequeno valor. Em segundo lugar, sabendo-se que a cláusula arbitral deve ser expressamente acordada pelas partes contratantes, esbarra-se na *cláusula abusiva*, em tese, prevista pelo inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual assim se reputam as cláusulas que *“determinem a utilização compulsória de arbitragem”*.

Daí por que, em artigo que escrevemos tão logo a referida lei foi promulgada⁵³, após analisarmos suas linhas gerais, méritos e dificuldades, concluímos que somente seria viável a instituição desse instrumento alternativo de solução de conflitos de consumo se: a) os consumidores pudessem optar, livremente, mediante pacto adjeto e destacado do contrato principal, por esse tipo de resolução de conflitos; b) referidos conflitos fossem julgados por uma câmara arbitral, formada por um representante de um órgão público de proteção e defesa do consumidor, por alguém representante dos fornecedores e por um terceiro neutro.

Talvez por essas e outras dificuldades, não se tem notícia de sua instituição nessas questões advindas de relações de consumo.

9. As agências reguladoras de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão

Embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha previsto a instituição das agências reguladoras das atividades consistentes na prestação dos chamados *serviços públicos essenciais*, resta evidente que sua tutela foi expressamente prevista, mais particularmente em seu artigo 22 e parágrafo, e antes mesmo de sua edição cuida-se de matéria prevista também de maneira explícita pela Constituição de 1988.

Com efeito, conforme estatuído pelo art. 175 da Constituição Federal, *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

E seu parágrafo único acentua que *“a lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado”*.

E, no que tange ao regime de concessão, a Lei federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispôs de forma geral sobre ele, bem como sobre a concessão e permissão da prestação dos mencionados serviços públicos.

Tanto no referido art. 175 da Constituição Federal como também na Lei federal 8.987/95, revelam-se como preocupação central a *adequação* e a *modicidade das tarifas*. Assim, dispõe o art. 6º da *lei básica das concessões* retrocitada que *“toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”*.

É nesse sentido, aliás, o disposto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual *“órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”*

O § 1º do mencionado art. 6º da Lei 8.987/95, a seu turno, define o que vem a ser *serviço adequado*, a saber: *“§ 6º – Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, e modicidade das tarifas.”*

Também é de grande interesse para a defesa do consumidor o capítulo IV da Lei 8.987/95, que cuida da política tarifária, dispondo seu art. 9º o seguinte: *“A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no*

contrato. § 1º – A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior. § 2º – Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. § 3º – Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menor, conforme o caso. § 4º – Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. Art. 10 – Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Art. 11 – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. Parágrafo único – As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Art. 13 – As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

Finalmente, de interesse à abordagem da presente exposição, o capítulo IX da lei em foco, que cuida da intervenção do poder concedente. Seu art. 32 dispõe: *“O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes. Parágrafo único – A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida. Art. 33 – Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de 30 (trinta) dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.”*

Para garantir esses preceitos e, principalmente, a *tutela dos interesses dos usuários – consumidores* – é que foram instituídas as agências reguladoras, tais como a Aneel, para energia elétrica, a Anatel, para as telecomunicações, a ANP, para os produtos derivados do petróleo, a Anac, para o setor aéreo etc.

Tudo isso está a demonstrar que as agências reguladoras se constituem em verdadeiros órgãos de *polícia administrativa* com relação às atividades que supervisionam, isto na própria acepção do artigo 78 do Código Tributário Nacional⁵⁴.

A grande questão, todavia, é saber-se até que ponto elas efetivamente cumprem a sua missão institucional, além de prover, pura e simplesmente, o

asseguramento do equilíbrio econômico-financeiro das empresas concessionárias e permissionárias.

Em 2003 o Idec – Instituto de Defesa do Consumidor promoveu pesquisa para aferir-se, mediante a atribuição de notas de zero a dez, o desempenho das principais agências reguladoras, chegando-se ao seguinte resultado, em síntese⁵⁵: Anatel – 4,6 (ruim); Anvisa 5,6 (regular); Aneel 5,8 (regular); Bacen 2,6 (muito ruim); ANS 2,7 (muito ruim); Inmetro 5,1 (regular); Secretaria de Defesa Agropecuária 2,9 (muito ruim). Isto sem se falar no notório *apagão* da aviação brasileira, ocorrida em 2007, e antes do *apagão* de energia elétrica, em 2001.

Seria o caso de se fazer nova avaliação para saber a quantas andam as suas atividades.

Entretanto, um dado recente vem a demonstrar que a Aneel muito pouco parece ter evoluído, porquanto adotou atitude manifestamente ambígua com relação a análise do TCU – Tribunal de Contas da União, que denunciou um lucro excessivo de cerca de um bilhão de reais/mês, desde os contratos iniciais de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica.

Em decorrência do erro apontado, a Aneel aprovou um termo aditivo aos contratos de concessão que corrige tal distorção, mas sua assinatura não é obrigatória para a distribuição⁵⁶. Reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, com efeito, diz que “a adesão pode ser feita a qualquer momento”, e que “não haverá punição para as distribuidoras de energia que não aderirem aos termos aditivos”. Explica-se, mas nem tanto: “Da forma como estavam redigidos os contratos, o reajuste concedido anualmente fazia com que as distribuidoras incorporassem os ganhos que tinham com o crescimento de seu mercado, sem reparti-los com o consumidor. O aditivo elimina essa possibilidade (...) A mudança no contrato não dá direito aos consumidores de reaverem o que já foi pago a mais nos últimos anos. O erro existe desde a assinatura dos contratos de concessão, em meados dos anos 1990, mas tinha pouco impacto na tarifa.”

Ora, nunca se viu tamanho absurdo já que, se houve um erro, evidentemente que houve prejuízo que não apenas tem de ser corrigido, como também indenizados todos nós, afinal de contas, consumidores lesados pelo pagamento a maior.

Aliás, os responsáveis por tamanho disparate não apenas devem ressarcir os lesados, como também serem investigados pela prática, em tese, de delito contra a ordem econômica, conforme estatuído pela Lei 8.137, de 1990, a saber: “Art. 6º,

O chamado comércio eletrônico – na verdade, por meio eletrônico –, a seu turno, causa grande preocupação aos consumeristas

II: “aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação do contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente – Pena: detenção de 1 a 4 anos ou multa.”

Muito embora tenha havido protestos na imprensa e pelos órgãos específicos de proteção e defesa do consumidor e Ministérios Públicos, a Proteste – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor foi a única a intentar medida judicial a respeito⁵⁷.

10. Tendência reducionista

10.1. *Relativa à tutela penal.* Conforme já demonstramos em nosso artigo publicado nesta revista (# 10, p. 153-174), a respeito da *tutela penal do consumidor*, a tendência, na verdade já prevista quando da redação do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, seria a de absorção dos chamados *delitos contra as relações de consumo*, hoje previstos pelo referido código, bem como pela Lei 8.137/90, pela *Lei de Crimes contra a Economia Popular* (Lei 1.521/51) e pela *Lei de Condomínios* (Lei 4.591/64), pelo hoje já projetado e em trâmite pelo Congresso Nacional *novo Código Penal*, em substituição ao vigente, ainda da década de 40 do século passado.

10.2. *Referente à tutela coletiva.* Embora tenha havido a rejeição pelo Congresso Nacional brasileiro de um projeto de lei que unificaria todos os processos e procedimentos relativos à tutela coletiva *lato sensu* em vários setores especiais (*i.e.*, nas áreas do consumidor, do meio ambiente, de urbanismo e patrimônio paisagístico, turístico, histórico, de proteção do erário público e probidade administrativa, da infância e juventude, das pessoas idosas, das pessoas com necessidades especiais)⁵⁸, a ideia ressurgiu com a apresentação do projeto de lei do Senado n. 282/2012, desta feita apenas para o Código do Consumidor, e que se encontra em trâmite no momento em que produzimos o presente texto, e de que já cuidamos no *volume # 8* desta revista (pp. 85-128).

11. Conclusões e proposições

11.1. Decorridos 23 anos da sanção do *Código brasileiro de Defesa do Consumidor* (*i.e.*, 11-9-1990), pode-se dizer que mesmo antes disso a defesa e proteção do consumidor já se dava, mas de forma ainda empírica, ou seja: dada a existência de um verdadeiro cipoal de normas de vários matizes, sua

aplicação a casos concretos apreciados pelos diversos órgãos e entidades que se dedicam a esse campo e a doutrina era extremamente escassa.

11.2. Hoje, de acordo com uma pesquisa realizada, pelo menos 46% das pessoas ouvidas disseram conhecer e ter-se valido do Código de Defesa do Consumidor; por outro lado, no meio acadêmico, centenas ou quiçá milhares de trabalhos (de conclusão de cursos de direito, dissertações, teses, artigos e ensaios) têm sido realizados a respeito do CDC, comprovando-se o cientificismo do *consumerismo*; todavia, em termos de educação e informação dos cidadãos, é mister que se invista em meios de educação formal (escolas desde o ensino fundamental) e se incentivem os meios de comunicação de massa no que toca à informação.

11.3. Aos problemas atualmente diagnosticados e enfrentados pelos agentes de proteção e defesa do consumidor (superendividamento, alimentos transgênicos, comércio por meio eletrônico, consumo sustentável), há ainda o enfrentamento dos que já haviam sido previstos há mais de 20 anos (planos de saúde, contratos bancários, informatização, cartões de crédito, telefonia celular e fixa, serviços públicos, alimentos).

11.4. Apesar disso, o Código de Defesa do Consumidor continua tão atual quanto há 20 anos, porquanto aqui se cuida muito mais de uma lei *principiológica, inter e multidisciplinar*; recentes modificações foram meramente *cosméticas* e inócuas, não estando a demandar, portanto, qualquer modificação.

11.5. O que se espera é que os *instrumentos de defesa e proteção do consumidor* atuem de fato, e não apenas figurativamente.

11.6. A *codificação* operada no Brasil, por fim, foi benéfica, sobretudo porque ao invés de trabalharmos, como outrora, com o emaranhado de diplomas legais, por vezes até conflituosos entre si, conquistamos uma lei basicamente principiológica, mas que trouxe avanços revolucionários para a época – alguns, aliás, transplantados para o vigente Código Civil de 2002.

11.7. Sem embargo dessas circunstâncias, entendemos que a redução do Código do Consumidor é inevitável, ou seja, com relação às tutelas penal e processual coletiva. A primeira, porquanto já antevista pelos autores do anteprojeto, em 1988; a segunda, uma vez que há uma tendência à unificação dos diversos processos e procedimentos dos interesses e direitos coletivos *lato sensu*, os quais englobam os *interesses difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos de origem comum*.

11.8. O *superendividamento*, conquanto seja uma questão relevante, não está a ensejar a edição de uma lei específica, até porque o próprio Código do Consumidor já prevê questões que envolvem a *oferta* e a *publicidade*, aí incluída, obviamente,

a de crédito, salvaguardas contratuais (em face de práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas), bem como mecanismos de tutela (revisão contratual e declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas); além disso há, no Código de Processo Civil, procedimento próprio para a declaração de insolvência, que traz instrumentos adequados, inclusive, para a conciliação entre credores e o devedor insolvente. O que falta é *vontade político-judiciária* para preparar magistrados, defensores públicos, membros do Ministério Público, advogados e outros operadores do direito no sentido de procederem a atividades de *conciliação*, sobretudo nos juizados especiais de pequenas causas. Há, por fim, instrumentos judiciais de adequação de cobranças abusivas previstos em medida provisória que modificou preceitos da antiga *lei de crimes contra a economia popular*.

11.9. Os chamados *alimentos transgênicos* podem representar potenciais danos tanto ao meio ambiente quanto à saúde humana, donde se exigir de seus pesquisadores e fornecedores que obedeçam aos chamado *princípio da precaução*, ou seja, testando os produtos decorrentes de alteração genética e prevenindo os danos.

11.10. O *comércio por meio eletrônico* é uma maneira diversa de contratação e, embora possa merecer uma disciplina específica, designadamente no que diz respeito a formas seguras de *manifestação de vontade dos contratantes* e sua *assinatura eletrônica*, não é diferente de outros meios de contratação, até porque se enquadra perfeitamente em contratação feita fora do estabelecimento comercial do fornecedor.

11.11. O *consumo sustentável* é o outro *lado de moeda do desenvolvimento sustentável*; ou seja, parte-se da premissa de que, enquanto as necessidades do ser humano são *infinitas*, os recursos naturais *são finitos*; cuida-se, por conseguinte, de se encontrar o *ponto de equilíbrio* no sentido de prover as necessidades das atuais gerações, mas com o cuidado de se preservarem recursos para as futuras gerações, mediante, sobretudo do lado do consumidor, atitudes que levem à *redução* de consumo, *reutilização* dos produtos e *reciclagem* de seus resíduos.

11.12. Um dos grandes princípios do art. 4º do Código do Consumidor é a *harmonização* dos interesses entre consumidores e fornecedores; disso resulta, antes de uma atitude de confronto e conflito, a adoção de *instrumentos preventivos* desses conflitos (*e.g.*, o *recall*, os SACs, as convenções coletivas de consumo, estas pouquíssimo utilizadas), bem como *instrumentos alternativos de sua solução* (autorregulação das atividades dos fornecedores, câmaras de conciliação em sede de entidades representativas de fornecedores ou consumidores).

11.13. Tão importantes quanto os princípios elencados pelo Código do Consumidor são os *instrumentos* para a implementação da política nacional de

relações de consumo: as defensorias públicas (mas ainda em reduzido número, sobretudo no Estado de São Paulo), que devem prestar assistência jurídica, e não apenas judiciária (*i.e.*, no *estar em juízo*) ao consumidor carente; as promotorias de justiça especializadas (em número já razoável mas que devem se ater aos *planos de atuação anuais* e *programas internos*, sob pena de desperdício de recursos); as delegacias de polícia especializadas (também em número razoável pelo país, tendo o Estado de S. Paulo *recriado* o antigo Decon com nova denominação, o DPPC), com missão não apenas investigativa, como também de tentativa de conciliações de interesses entre fornecedores e consumidores, em cidades pequenas não dotadas de Procon ou promotorias de justiça; juizados especiais de pequenas causas cíveis (em número ainda inexpressivo, principalmente no Estado de São Paulo, e cuja característica principal, qual seja, a *presteza*, não tem sido observada, levando-se quase um ano para designação da audiência de tentativa de conciliação); com relação a varas especializadas, existem em algumas unidades da federação, em São Paulo, tendo sido criadas em 1994, foram transformadas em varas cíveis comuns em 2000, perdendo-se excelente oportunidade de especialização (não apenas na área do consumidor, como também na ambiental, urbanística e outros interesses difusos e coletivos).

Os chamados
alimentos
transgênicos
podem
representar
potenciais danos
tanto ao meio
ambiente quanto
à saúde humana

11.14. Com relação aos Procons e entidades não governamentais de proteção e defesa do consumidor, compete-lhes a orientação dos consumidores quanto aos seus direitos, os diversos produtos e serviços colocados no mercado, e o atendimento de suas reclamações; com o Código do Consumidor passaram a ter também legitimação para a propositura de ações coletivas. Cabe aos Procons, ainda, a tarefa de *polícia administrativa* das relações de consumo, nos termos do Decreto Federal 2.181/97.

11.15. Em complementação à conclusão anterior, entretanto, é de se ponderar que, em decorrência de uma falta de coordenação e distribuição de atribuições entre os diversos órgãos de defesa do consumidor bem como dos ministérios públicos, tem havido não raramente superposições dessas atribuições, como na instauração de procedimentos fiscais, inquéritos civis e ações coletivas, do que resultam não apenas desgastes e prejuízos injustos aos investigados e réus, como também decréscimo de credibilidade dos órgãos fiscalizadores, investigadores e autores de ações coletivas.

11.16. É de todo desejável, por conseguinte, que haja *uma melhor coordenação e troca de informações* entre os referidos órgãos e instituições para que se racionalizem melhor seus recursos e esforços em prol do consumidor; insta igualmente haver a fixação de *prioridades* como no caso dos chamados *planos de atuação anuais dos ministérios públicos*; sugere-se a análise de questões que envolvem relações de consumo relativamente aos *macrotemas* como: a) *saúde*; b) *segurança*; c) *quantidade*; d) *qualidade*; e) *oferta e publicidade*; f) *práticas abusivas*; g) *cláusulas contratuais abusivas*.

11.17. E nesse sentido, deve-se *restabelecer* o *Conselho Nacional de Defesa do Consumidor* como órgão consultivo e deliberativo, e que venha a coordenar as atividades de todos os entes, órgãos e instituições envolvidos com essa temática de proteção e defesa do consumidor.

11.18. As agências reguladoras, instituídas para disciplinar as atividades das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais, inclusive no que toca aos respectivos contratos, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões, devem, contudo, ter mais atenção a um dever básico e constitucional, qual seja, *garantir o direito dos usuários (i.e., consumidores)*, inclusive no que toca à *modicidade das tarifas* e à *qualidade e adequação dos serviços prestados*; contudo, conforme pesquisas realizadas pelos órgãos específicos de defesa e proteção ao consumidor, têm deixado muito a desejar nesse segundo mister.

Notas

¹ Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, tendo entrado em vigor em 11.03.1991.

² Art. 175 – Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou *consumidor*: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

³ Cf., nesse sentido, a volumosa obra de compilação legislativa, em 4 volumes, intitulada *Relações de Consumo*, do professor Luiz Amaral, editada pelo Ministério da Indústria e Comércio, em conjunto com a Fundação Senador Petrônio Portella, Brasília, 1983.

⁴ Para outros detalhes, consulte-se nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, 10. ed. São Paulo: Atlas, p. 127 e ss.

⁵ Em termos de tutela individual do consumidor instituímos o chamado *Termo de Acordo* já tradicionalmente utilizado pelas diversas Promotorias de Justiça espalhadas pelo país. Ou seja, é tradição centenária do Ministério Público brasileiro o atendimento ao público mormente nos casos de conflitos familiares, rurais, de vizinhança etc. E sempre que há uma possibilidade de conciliação, os Promotores de Justiça lavram um *termo de acordo* firmado pelas partes e por ele, na qualidade de conciliador. Esses termos, posteriormente, eram elaborados de maneira informal, inclusive no âmbito do Procon, quando ali atuamos

como conciliador entre consumidores e fornecedores. Esses acordos, anteriormente informais, passaram a ter a validade de *título executivos extrajudiciais*, desde que referendados por um membro do Ministério Público, pela primeira *lei dos juizados especiais* (Lei Federal n. 7.244/1984), e também pela vigente (Lei Federal n. 9.099/1995) e, posteriormente, deram origem aos *Termos de Ajustamento de Conduta*, para questões de cunho coletivo, por força do Código de Defesa do Consumidor.

⁶ Extinto em 1999, o Decon foi recriado, com nova denominação, agora DPPC – Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania, mediante o Decreto Estadual n. 54.359, de 20 de maio de 2009.

⁷ Para maiores detalhes, confira-se nosso artigo *Ação Civil Pública Consumerista*, obra coletiva coordenada por Édis Milaré, Editora Revista dos Tribunais, SP, 2010.

⁸ Cf. os arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor.

⁹ Cf., por exemplo, dois livretos destinados a crianças e adolescentes: a) *Pequenos consumidores*: CDC para crianças, de Eunice Dias Casagrande, editado pelo Procon de Porto Alegre, RS, 2010, no Projeto “Educação para o consumo”; b) *Manual do jovem consumidor*, editado pelo Procon estadual de São Paulo, 2010, no Projeto “Observatório Social das Relações de Consumo”. No âmbito dos Cursos de Direito, não há um levantamento preciso do número em que a disciplina Direito do Consumidor ou Direito das Relações de Consumo é ministrada na grade curricular obrigatória. Quanto a figurar como disciplina optativa, destacamos, no Estado de São Paulo, os da Pontifícia Universidade Católica da Capital, hoje obrigatória, e da Universidade de São Paulo, até o presente, porém, introjetado como optativa nos cursos de direito civil e empresarial. Todavia podemos desde salientar que o do UNIFJU – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, passou a obrigatória em 1998, sob nossa regência, ao lado de direito ambiental, conforme projeto pedagógico elaborado em 1993. Também no curso que coordenamos na UMC – Universidade de Mogi das Cruzes, *campus* da Capital de São Paulo (2004-2007), figurou como disciplina obrigatória, juntamente com direito ambiental, em semestres autônomos, entretanto.

¹⁰ Fonte: jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 1º de julho de 2009, p. A-4).

¹¹ Departamento de Publicações da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, abril de 1985.

¹² *Curadoria de Proteção ao Consumidor*: aspectos gerais, práticos e ação civil pública, Departamento de Publicações da Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, setembro de 1987.

¹³ Respectivamente: A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n.º 15 e 16, ano XIII, 1974; Tutela do Consumidor na Jurisprudência e de *lege ferenda*, *Revista de Direito Mercantil*, Nova Série, ano XVII, n. 49, 1983; *Proteção ao Consumidor*: seus problemas e dificuldades, iniciativas na área privada oficializada do movimento pelo governo, Escola Superior de Guerra, Trabalho Especial, TE 87, Tema 21, 1987; Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.

¹⁴ *The Future of Consumerism*, coletânea de artigos coordenados por Paul N. Bloom, da Universidade da Carolina do Norte, e Ruth Belk Smith, da Universidade de Baltimore, ambas dos EUA, e publicada em 1986 pela Lexington Books, com tradução do autor deste ensaio.

¹⁵ Coube ao presidente Gerald Ford adicionar um quinto direito, ou seja, “à educação”. Já ao professor E. Scott Maynes, lembrou os direitos de representação e participação em organismos de elaboração de

políticas, que entende diferente do “direito de ser ouvido”, eis que utilizado mais para o setor privado. E, finalmente os direitos de reclamação e recursos ao judiciário (obra citada, p. 38).

¹⁶ “Fundação Procon divulga ranking de empresas que mais geraram reclamação em 2009 em SP – Campeãs de reclamações – Total de queixas – 1ª Telefônica (15.337); 2ª Itaú (1.410); 3ª Eletropaulo Metropolitana (1.340); 4ª Sony Ericsson (1.228); 5ª TIM Celular (1.112); 6ª Claro (906); 7ª Bradesco (853); 8ª Unibanco (848); 9ª Banco IBI-C&A (738); 10ª Embratel (695); 11ª Oi Celular (639); 12ª Panamericano (620); 13ª Citicard (525); 14ª Nokia do Brasil Tecnologia Ltda. (461); 15ª Carrefour (444)” – Fonte: jornal *Folha de S. Paulo*, fevereiro de 2010; para maiores informações *site* da Fundação Procon-SP, www.procon.sp.gov.br.

¹⁷ Destaques nossos em itálico.

¹⁸ Conforme esclarecido pelo doutor Ricardo Morishita, Diretor do DPDC-Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, em painel de debates de que participamos, exatamente sobre o tema deste trabalho, em evento patrocinado pelo Procon de São Paulo, em 27 de maio de 2010, haveria atualmente por volta de 200 projetos de lei nesse sentido. A eles se juntaram outros três, de maior envergadura (Projetos de Lei do Senado nºs 281, 282 e 283). A respeito destes, vide nosso artigo *Alterações do Código de Defesa do Consumidor – Críticas às propostas da comissão especial do Senado Federal*.

¹⁹ *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

²⁰ Cfr. Nosso *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas.

²¹ A propósito, cf. reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, caderno Mercado, de 24 de maio 2010, págs. B-1 e B-5: “Bancos ampliam presença em favelas – Com renda em alta e desemprego em queda, estratégia é se aproximar de pessoas com menor poder aquisitivo. Santander planeja abrir unidade no Complexo do Alemão (RJ), e o Bradesco, dois pontos em Paraisópolis (SP) (...) Consumidor quadruplica renda com crédito fácil. Especialistas alertam para uso equivocado de linhas com juros elevados. Percentual de famílias usam o cartão de crédito sobe de 69,8% em abril para 71,2% neste mês. Antes era preciso conversar com o gerente, esperar dias pela análise de crédito e ainda correr o risco de ter o pedido negado. Com o cenário econômico favorável, tomar um empréstimo ficou mais fácil. Dados obtidos com as instituições financeiras e com correntistas mostram que os clientes conseguem pelo menos quadruplicar sua renda nos cinco maiores bancos, considerando empréstimos no cheque especial, no crédito pessoal e no cartão de crédito, que podem ser retirados em caixas eletrônicos. Nilton Pelegrino, diretor de empréstimos do Bradesco, faz um alerta e compara a importância do crédito ao sangue para o ser humano. ‘Se for dado um litro a mais, mata o cliente’ (...) ‘Facilidade de crédito pode virar dor de cabeça – Solução para alguns, dor de cabeça para outros. A facilidade para tomar empréstimos alterou o orçamento da coordenadora financeira Cássia Bastos, 35, e da supervisora de recuperação de crédito Suelen da Silva, 21, de formas opostas. ‘Já usei o crédito pré-aprovado várias vezes. Em uma emergência, você não tem de onde tira o dinheiro’, conta Cássia. ‘Mas sempre dei um jeito de economizar e quitar as parcelas antes, porque isso barateia o empréstimo’. Para Suelen, porém, o financiamento acabou gerando problemas sérios. ‘Peguei um empréstimo de R\$ 1.200 para quitar dívidas em cartões de crédito. Não quitei nenhuma e ainda acabei com mais um débito’, diz ela, que perdeu o emprego logo depois. Sem pagar as parcelas por um ano, Suelen acabou com uma dívida de R\$ 5.000. ‘Eu não sabia que isso podia crescer tanto’. O débito acabou sendo renegociado e ficou em R\$ 3.500,00’.”

²² SUPERENDIVIDAMENTO E O PIB – Fonte: *Folha de S. Paulo*, edição de 6 de julho de 2011, pág. B-4 VINICIUS TORRES FREIRE: “O BRASILEIRO está superendividado? A pergunta se tornou assunto na mídia econômica do mundo. A opinião mais ‘pop’ e frequente diz que sim. Os mais alarmistas, em geral mais ignorantes do Brasil, acreditam que a parte da renda dedicada ao pagamento dos empréstimos teria chegado a um nível semelhante ao de países que viveram estouro de bolhas de crédito. Antes de mais nada, note-se que os dados disponíveis para comparações internacionais sobre o peso da dívida na renda das famílias são precários. Mesmo que as metodologias sejam ajustadas, ainda assim é preciso comparar contextos (evolução de renda, prazos e juros das dívidas, se as taxas de juros são flutuantes ou fixas etc.). Em seguida, observem-se dados menos incertos. O total da dívida em relação ao PIB é de 54% no Brasil. No vizinho Chile, 98%; na China, 112%; nos EUA, 203%; no Reino Unido, 214% (inclui dinheiro captado no mercado de capitais doméstico, dados do Banco Mundial, tirados de estudo do banco HSBC). O endividamento das famílias (‘pessoa física’) é de 42% da renda líquida no Brasil, segundo dados da OCDE, apresentados ontem no Congresso pelo presidente do Banco Central, Alexandre Tombini. Nos EUA, é de 104%; no Japão, 126%; no Reino Unido, 171%. A medida mais precisa para avaliar o endividamento das famílias, seria o peso da dívida: a parcela da renda mensal dedicada ao pagamento de juros e principal. A depender do método, a média brasileira estaria entre 20% e 30%. Fora dos bancos, inexistente informação sobre a distribuição da dívida: quanta gente está mais endividada do que a média. Um estudo do HSBC, junho passado, resume assim a situação: 1) O Brasil vive um boom, não uma bolha de crédito – o total do crédito em relação ao tamanho da economia (estoque de crédito-PIB) cresceu rápido, mas era e ainda é baixa; 2) O perfil da dívida das famílias tem melhorado desde 2004. As taxas de juros são cadentes, o crédito migra para modalidade mais seguras e baratas (imóveis, consignado, veículos, em vez de cartão de crédito e cheque especial); 3) Medidas macroprudenciais limitaram a aceleração do endividamento (mais exigências de capital bancário, limitações de prazos, mais exigência de pagamento da dívida do cartão etc.); 4) A renda das famílias está crescendo; 5) A dívida está mais pesada para as famílias, ‘mas longe de ser uma situação alarmante nos níveis atuais. ‘Desde que os salários cresçam no ritmo da inflação, não se espera nenhuma deterioração além do movimento cíclico’ (decorrente de altas e baixas de juros, em suma do crescimento do PIB). Note-se, de resto, que para o bem ou para o mal faltam ou são raros no Brasil os instrumentos financeiros que permitem alavancagem excessiva de dívida; inexistem securitizações malucas e em massa de dívida bancária. A regulação bancária do país é forte (a capitalização dos bancos está acima da média global). Enfim, há muita provisão nos bancos para créditos duvidosos – a banca é conservadora no crédito ao consumidor (ou parece ser, segundo os dados disponíveis no Banco Central)”.

²³ *Superendividamento – A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

²⁴ Cf. artigos 759 a 785 do Código de Processo Civil.

²⁵ Cf. Mercosul e o Desafio do superendividamento, Clarissa Costa de Lima, *Revista Direito do Consumidor*, n. 73, janeiro/março de 2010, págs. 11-50. O art. 1.040-A da *Consolidação Normativa Judicial* do Estado do Rio Grande do Sul, de 2006, dispõe que: “*Nas hipóteses de superendividamento, resta possibilitada a promoção da fase de conciliação prévia ao processo judicial, instaurando-se situação de concurso*”.

de credores, mediante remessa de carta-convite aos credores declarados, por interesse da parte devedora, para a composição das dívidas civis. § 1º – A decisão judicial de homologação da conciliação obtida em audiência designada para esta finalidade terá força de título judicial executivo independentemente da representação das partes por advogados. § 2º – A ausência de conciliação no feito não importará em reconhecimento judicial de uma declaração de insolvência por parte do devedor (art. 753, II, do CPC), havendo arquivamento do expediente por simples ausência de acordo entre os interessados e registro de informações com mero caráter estatístico. § 3º – O controle estatístico dos expedientes será efetuado pro sistema informatizado, cabendo ao Poder Judiciário a gestão de tal banco de dados.”

²⁶ Cf. também a respeito nosso *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, págs. 113-117.

²⁷ Projeto de conversão ainda em tramitação no Congresso Nacional.

²⁸ Cf. aqui, também, nosso *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, págs. 102-109.

²⁹ Esses avisos consistem em um triângulo de cor amarela, trazendo em destaque, em negro, a letra **T**.

³⁰ Cf. aqui, igualmente, nosso *Manual...*, 10. ed., págs. 110-112.

³¹ Ao menos na Capital do Estado de São Paulo, não é nada animadora a disposição de lixo mormente se tendo em conta sua reciclagem. Com efeito, conforme notícia estampada no jornal *Folha de S. Paulo*, ed. de 29 de maio de 2010, pág. A-1: “Coleta seletiva diminui e lixo se mistura ao comum em SP. A coleta seletiva de lixo foi reduzida na cidade de São Paulo porque as 17 cooperativas de catadores conveniadas à prefeitura não têm conseguido processar todo o material recebido. Com isso, o lixo reciclável vai para os aterros, misturado ao comum. A prefeitura diz que multará as empresas responsáveis; para estas, a culpa é da própria prefeitura, que deveria credenciar mais cooperativas.”

³² Cfr. *Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2009 – Relatório Analítico*, do Sindec – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, publicado pelo Ministério da Justiça, Brasília, D.F., 2010.

³³ Cf. *Cadastro de Reclamações Fundamentadas 2009-Procon-SP*, disponível no site www.procon.sp.gov.br.

³⁴ A atual administração do Ministério Público do Estado de São Paulo, iniciada em 2008, todavia, entendeu por bem extinguir o referido Centro de Apoio Operacional, colocando suas antigas atribuições sob coordenação de um segmento do Centro de Apoio Operacional Cível, que açambarca todas as áreas civis, ao lado de outro Centro de Apoio Operacional Criminal.

³⁵ Quando coordenador das promotorias de justiça do consumidor do Estado de São Paulo, orientamos os promotores de justiça da área a focarem os seguintes *macrotemas* de defesa do consumidor: a) *saúde*; b) *segurança*; c) *quantidade*; d) *qualidade*; e) *oferta e publicidade*; f) *práticas abusivas*; g) *cláusulas contratuais abusivas*.

³⁶ Cf. nosso *Ação Civil Pública Consumerista: conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos*, Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, vol. 84, São Paulo, p. 89-124, jul./ag. 2007. Um dos casos referiu-se à instauração de inquéritos civis sobre abusos do poder econômico mediante representações do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e consistentes em sonegação de medicamentos

de uso contínuo, causando diversos transtornos aos seus consumidores. Como as indústrias farmacêuticas eram todas sediadas em São Paulo, parecera ao então presidente daquele conselho mais razoável que as eventuais providências fossem aqui efetivadas. Entretanto, com base em notícias publicadas nos jornais de grande circulação, também o órgão congênere do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios igualmente instaurou procedimentos civis inquisitivos. A questão foi resolvida mediante produtivo e sensato diálogo entre os colegas daquela unidade federada e nós. Entretanto, se ambos nos déssemos por legitimados, não haveria um órgão a dirimir tal conflito. Nossa tese, por conseguinte, é no sentido de que o hoje institucionalizado CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, venha a ter essa atribuição. Até porque tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal em outros casos concretos, têm decidido que não lhes cabe dirimir tais conflitos, que se referem a órgãos administrativos, e não conflitos de competência jurisdicional.

³⁷ Processo 583.00.2005.127347-2, 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Capital.

³⁸ Protocolado 08012.006008/2006-56 – Nota Técnica 330/2006.

³⁹ Promotoria de Justiça de Feira de Santana.

⁴⁰ Procedimento Administrativo Preliminar 6.1007.000154-0.

⁴¹ Processo 2005.001.153090-8, 3ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro.

⁴² Juízo de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca da Capital – Recife – Processo 001.2007.037270-6.

⁴³ Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, Ed. Atlas, São Paulo, 10ª edição, no capítulo sobre a *Tutela Penal*.

⁴⁴ Por força de lei de reorganização judiciária de 1994 foram criadas cinco varas especializadas em feitos difusos e coletivos para a comarca da Capital de São Paulo, as quais jamais foram instaladas, e foram transformadas, em outra lei de reorganização judiciária, em 2000, em varas cíveis comuns.

⁴⁵ Lei Estadual 1.903, de 1978.

⁴⁶ Pela Lei 1.903, de 1978, integra o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, ao lado do Conselho Estadual, que, todavia, se reuniu pela última vez em 5 de maio de 1983. Entre 1987 e 1991 passou à órbita da hoje extinta Secretaria de Defesa do Consumidor, e, hoje, integra o organograma da Secretaria de Justiça e de Defesa da Cidadania. A Lei Estadual 9.192, de 1995, é que deu personalidade jurídica sob forma de fundação de direito público.

⁴⁷ Art. 105 – Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor. Art. 106 – O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II – receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III – prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV – informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V – solicitar à política judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente; VI –

representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII – levar ao conhecimento dos órgãos competentes as informações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores; VIII – solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX – incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais (incisos X e XI foram vetados).

⁴⁸ Cf. nosso *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, págs. 148-178.

⁴⁹ Cf. reportagem colhida do jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 14 de maio de 2010, p. C-3.

⁵⁰ Cf. nosso *Manual...* 10. ed. São Paulo: Atlas, págs. 174-177.

⁵¹ Cf. a Lei Federal 6.729, de 28 de novembro de 1979, que, especificamente, “*dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre*”, e o nosso *Manual de direitos do consumidor*, 10. ed. São Paulo: Atlas, págs. 178-186..

⁵² Cf. nosso *Manual...*, págs. 822-845.

⁵³ *Conflitos de Consumo e Juízo Arbitral*, Revista Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, São Paulo, nº 20.

⁵⁴ Art. 78 – Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

⁵⁵ Fonte: edição de 1º de março de 2003 do jornal *Folha de São Paulo*, p. B-4.

⁵⁶ Fonte: jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 8 de maio de 2010, p. B-7.

⁵⁷ Proc. 12062432104013400, na Justiça Federal do Distrito Federal.

⁵⁸ *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*.

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA
DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR -
DE SETEMBRO DE 1990 A
JULHO DE 2013

LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES
Desembargador do Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo (aposentado)
Mestre e doutor em Filosofia do Direito e
Livre-Docente em Direito do Consumidor

EXCEROTOS

“Ninguém mais duvida da mudança ocasionada pela legislação consumerista na relação fornecedor-consumidor e que fez com que não só a qualidade da produção melhorasse como também da comercialização, com ofertas mais honestas, informações mais adequadas, atendimento mais bem qualificado, enfim, a norma fez o mercado amadurecer”

“Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente este fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar”

“O caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 (data do início de vigência da atual Constituição Federal brasileira – CF) como cláusulas pétreas, não podendo, pois, ser alterados”

“Para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado”

“Antes da Lei 8.078/90, nós consumidores, muito provavelmente ingerimos toneladas de produtos vencidos e sorvemos milhares de litros de bebidas ultrapassadas”

“O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final”

1. Introdução

Neste ano de 2013, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, isto é, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), completa 23 anos de existência. Como sempre dissemos, a boa notícia é que o CDC é daquelas leis que comemoram aniversário, sempre lembrada tanto em setembro (mês da edição) como em março (mês em que entrou em vigor e o mês em que também se comemora o dia mundial dos direitos dos consumidores). Isso tem colaborado para marcar sua presença, ajudando a manter viva em nossa mente a existência dessa lei tão importante para o exercício da cidadania no Brasil.

E, claro, com 23 anos de idade seria de se esperar que a lei fosse cumprida por todos o tempo todo. Infelizmente, não é bem assim. Todavia, os avanços sociais advindos da aplicação do CDC superam em muito as violações ainda praticadas. Há vários fatores que levaram ao sucesso da lei. Focaremos em alguns deles, especialmente apresentando o modelo principiológico da lei e seu caráter de abrangência, que permitiu regular todo o mercado de consumo capitalista, escapando da tradição privatista que tanto impediu que os consumidores fossem respeitados.

Com um início de vigência que, lembramo-nos bem, assustou empresários em geral, muitos publicitários e os grandes conglomerados em especial, aos poucos o CDC foi se firmando e deixando de ser o bicho-papão de que o acusavam injustamente. Ao que consta, ninguém mais duvida da mudança ocasionada pela legislação consumerista na relação fornecedor-consumidor e que fez com que não só a qualidade da produção melhorasse como também da comercialização, com ofertas mais honestas, informações mais adequadas, atendimento mais bem qualificado, enfim, a norma fez o mercado amadurecer.

Para ficarmos apenas com um exemplo: antes do CDC, a maior parte dos produtos não trazia estampada nas embalagens seu prazo de validade. Era de se espantar com o curto prazo de validade de alguns produtos. Até água em garrafa ou em copo plástico tem curto prazo de validade! Antes da Lei 8.078/90, nós consumidores, muito provavelmente ingerimos toneladas de produtos vencidos e sorvemos milhares de litros de bebidas ultrapassadas. (Ocorre-me um fato tão terrível quanto peculiar: sou da época dos refrigerantes em garrafa – apenas em garrafa – e agora me vem a memória de quantas vezes, quando garoto, retirei a tampinha e com a mão limpei as marcas de ferrugem que estavam no vidro do lado de fora do gargalo, antes de beber o refrigerante... Sabe-se lá, das vezes que adoeci, quantas não estavam relacionadas com produtos e bebidas deteriorados.)

Pois bem, o susto dos empresários passou. A lei teve, como tem, muito boa eficácia – ou, como se costuma dizer no Brasil, é “uma lei que pegou”.

2. Lei principiológica

Antes ainda de ingressarmos no exame das normas estabelecidas na Lei 8.078/90, é necessário colocar uma questão preliminar, que deve nortear o trabalho de todos aqueles que pretendem compreendê-la. É preciso que se estabeleça claramente o fato de o CDC ter vida própria, eis que foi criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro.

Além disso, os vários princípios constitucionais que o embasam são elementos vitais ao entendimento de seus ditames. Não será possível interpretar adequadamente a legislação consumerista se não se tiver em mente este fato de que ela comporta um subsistema no ordenamento jurídico que prevalece sobre os demais – exceto, claro, o próprio sistema da Constituição, como de resto qualquer norma jurídica de hierarquia inferior –, sendo aplicável às outras normas de forma supletiva e complementar¹.

A edição do Código de Defesa do Consumidor inaugurou um novo modelo jurídico dentro do *sistema constitucional brasileiro*, ainda pouco explorado pela teoria do direito. Em primeiro lugar, a Lei 8.078/90 é código por determinação constitucional (conforme art. 48 do ADCT/CF), o que mostra, desde logo, o primeiro elemento de ligação entre ela e a carta magna.

Ademais, o CDC é uma lei principiológica, modelo até então inexistente no *sistema jurídico nacional*. Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentam o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da Lei 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

E mais e principalmente: o caráter principiológico específico do CDC é apenas e tão somente um momento de concretização dos princípios e garantias constitucionais vigentes desde 5 de outubro de 1988 (data do início de vigência da atual Constituição Federal brasileira – CF) como cláusulas péticas, não podendo, pois, ser alterados.

Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os *princípios fundamentais* da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

Assim, à frente de todos está o superprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível e, claro, a toda e qualquer norma de hierarquia inferior. A seguir, no texto constitucional estão os demais princípios e garantias fundamentais, que são reconhecidos no CDC e que aqui relembremos: o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso I); a garantia da imagem, da honra, da privacidade, da intimidade, da propriedade e da indenização por violação a tais direitos de modo material e também por dano moral (CF, art. 5º, V, *c/c* os incisos X e XXII); ligado à dignidade e demais garantias está o piso vital mínimo insculpido como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à maternidade etc. (CF, art. 6º); e unidos a todos esses direitos está o da prestação de serviços públicos essenciais com eficiência, publicidade, impessoalidade e moralidade (CF, art. 37, *caput*).

Com 23 anos de idade seria de se esperar que a lei fosse cumprida por todos o tempo todo. Infelizmente, não é bem assim

Não se pode olvidar que é também cláusula pétrea como dever absoluto para o Estado a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII). Resta ainda lembrar que a Constituição Federal estabelece que o regime econômico brasileiro é capitalista, mas limitado (CF, art. 1º, IV, *c/c* arts. 170 e ss.): são fundamentos da República os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), e a defesa do consumidor é princípio fundamental da ordem econômica (CF, art. 170, V).

Ora, o CDC nada mais fez do que concretizar numa norma infraconstitucional esses princípios e garantias constitucionais. Assim está previsto expressamente no seu art. 4º o respeito à dignidade, à saúde, à segurança, à proteção dos interesses econômicos, e a melhoria de qualidade de vida está também expressamente prevista no seu art. 4º, *caput*.

A característica de vulnerabilidade do consumidor prevista no inciso I do art. 4º decorre diretamente da aplicação do princípio da igualdade do texto magno. O CDC é categórico no que respeita à prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI), e o acesso à justiça e aos órgãos administrativos com vistas

à prevenção e reparação de danos é também outra regra manifesta (art. 6º, VII). A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é, da mesma forma, norma clara na lei (art. 6º, X) etc. Logo, fica patente o caráter principiológico da Lei 8.078/90.

3. Pressupostos para a interpretação do CDC

Explicitemos alguns pontos que são fundamentais para a compreensão das regras instituídas pela lei consumerista. Lembre-se que as bases jurídicas existentes no século XIX estão ligadas ao liberalismo econômico e às grandes codificações, que se iniciam com o Código de Napoleão de 1804. Os pressupostos do pensamento liberal aparecem no sistema jurídico codificado, como foi estabelecido, por exemplo, em nosso Código Civil de 1916 (e que entrou em vigor em 1917)². Destaque-se, dentre os vários pontos de influência do liberalismo, a chamada autonomia da vontade, a liberdade de contratar e fixar cláusulas, o *pacta sunt servanda* etc.

Nessa mesma época, ou seja, no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento da oferta etc.

Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a estandartização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens. A partir da segunda guerra mundial o projeto de produção capitalista passou a crescer numa enorme velocidade, e, com o advento da tecnologia de ponta, dos sistemas de automação, da robótica, da telefonia por satélite, das transações eletrônicas, da computação, da microcomputação etc., a velocidade tomou um grau jamais imaginado até meados do século XX.

A partir de 1989, com a queda dos regimes não capitalistas, o modelo de globalização, que já se havia iniciado, praticamente completou seu ciclo, atingindo quase todo o globo terrestre. O direito não podia ficar à margem desse processo e em alguma medida seguiu a tendência da produção em série, mormente a da especialização (outra característica desta nossa sociedade). Mas, de início, a alteração observada foi a do lado do fornecedor, que passou a criar contratos-padrão e formulários (que depois vieram a ganhar o nome de contratos de adesão) de forma unilateral e que foram impingidos aos consumidores.

A Lei 8.078/90 tinha de vir, pois já estava atrasada. O Código Civil de 1916, bem como as demais normas do regime privatista, já não dava conta de lidar com as situações tipicamente de massa. É verdade que dispúnhamos de algumas normas tratando da questão da economia popular³, bem como, no campo adjetivo, tínhamos a Lei da Ação Civil Pública, que é de 27 de julho de 1985 (Lei 7.347). Contudo, era necessário que tivéssemos uma lei capaz de dar conta das relações jurídicas materiais que haviam surgido e estavam em pleno vigor, porém sem um suporte legal que lhes explicitasse o conteúdo e que impedisse os abusos que vinham sendo praticados. É importante frisar que o regime privatista do Código Civil era inoperante em questões ligadas à sociedade de massa, como da mesma forma o era o sistema das ações judiciais individuais do Código de Processo Civil.

Por tudo isso, consigne-se que, para interpretar adequadamente o CDC, é preciso ter em mente que as relações jurídicas estabelecidas são atreladas ao sistema de produção massificado, o que faz com que se deva privilegiar o coletivo e o difuso, bem como que se leve em consideração que as relações jurídicas são fixadas de antemão e unilateralmente por uma das partes – o fornecedor –, vinculando de uma só vez milhares de consumidores. Há um claro rompimento com o direito privado tradicional.

4. O CDC: um sistema próprio

Lamentavelmente, existe ainda uma série de interpretações equivocadas da Lei 8.078/90, em função do desconhecimento do fato de que o CDC é um sistema próprio, que tem autonomia em relação às demais normas, funcionando como lei principiológica.

Com efeito, a partir de 11 de março de 1991, com a entrada em vigor da lei consumerista, não se cogita mais em pensar as relações de consumo (as existentes entre fornecedores e consumidores) como reguladas por outra lei. O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. Dir-se-á um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro.

Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da carta magna, e, de outro, todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista. Caso não haja, não há por que nem como pensar em aplicar outra lei diversa da 8.078. O CDC, como sistema próprio que é, comporta, assim, que o intérprete lance mão de seus instrumentos de trabalho

a partir e tendo em vista os princípios e regras que estão nele estabelecidos e que interagem entre si. O uso da técnica de interpretação lógico-sistemática é tão fundamental para o entendimento das normas do CDC como a de base teleológica, que permitirá entender seus princípios e finalidades.

Assim, como a Lei 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, ela é prevalente sobre todas as demais normas anteriores, ainda que especiais, que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores. As regras básicas que justificam essa forma de interpretar são, em primeiro lugar, a preponderância dos princípios, e, depois, a estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (cujo nome anterior e como ficou conhecida era Lei de Introdução ao Código Civil), que dispõe: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Poder-se-ia objetar que a hipótese do conflito entre norma posterior e geral e norma anterior especial se resolveria pelo § 2º do mesmo artigo, que diz: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Mas acontece que:

- a) na ordem do art. 2º a primeira regra a ser utilizada é a do § 1º;
- b) ela é suficiente para resolver a questão, pois a norma geral principiológica sempre tangencia para afastar as anteriores incompatíveis, quer estas sejam gerais ou especiais;
- c) por isso, a hipótese do § 2º fica afastada.

Dito de outro modo: a norma jurídica principiológica, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, atinge para afastar toda e qualquer norma jurídica da mesma hierarquia que com ela conflite. A outra não é revogada, mas é deixada de lado da incidência do caso concreto, sendo substituída pelos princípios e regras da lei consumerista.

5. A relação jurídica de consumo

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. Insta, portanto, que estabeleçamos em que hipóteses a relação jurídica pode ser assim definida. Conforme se verá na sequência, haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Vejamos, então, como é que a Lei 8.078/90 define consumidor, fornecedor, produto e serviço.

5.1. Conceito de consumidor

5.1.1. Questão preliminar

O CDC resolveu definir consumidor. Sabe-se que a opção do legislador por definir os conceitos em vez de deixar tal tarefa à doutrina ou à jurisprudência pode gerar problemas na interpretação, especialmente porque corre o risco de delimitar o sentido do termo. No caso da Lei 8.078/90, as definições foram bem-elaboradas⁴. É verdade que na hipótese do conceito de “consumidor” restam alguns obstáculos a serem superados, para cuja suplantação vamos propor alternativas.

Apesar de algumas dificuldades, a definição de consumidor tem a grande virtude de colocar claramente o sentido querido na maior parte dos casos. De qualquer maneira, antes de buscarmos a delimitação do conceito, é necessário dizer que ele está basicamente exposto no art. 2º, *caput* e seu parágrafo único⁵, sendo completado por outros dois artigos. São eles os arts. 17 e 29⁶.

5.1.2. Destinatário final

Para bem elucidar a definição de consumidor, parece-nos mais adequado começar a interpretar o *caput* do art. 2º, que é exatamente o que apresenta a maior oportunidade de problemas, especialmente pelo uso do termo “destinatário final”.

Temos dito que a definição de consumidor do CDC começa no individual, mais concreto (art. 2º, *caput*), e termina no geral, mais abstrato (art. 29). Isto porque, logicamente falando, o *caput* do art. 2º aponta para aquele consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço, e o art. 29 indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado.

Entre um e outro, estão as outras formas de equiparação. Começamos, então, a tratar do *caput* do art. 2º. A mera interpretação gramatical dos termos da cabeça do artigo não é capaz de resolver os problemas que surgem. Todavia, devemos lançar mão dela, porquanto permitirá a explicitação da maior parte das questões.

Diga-se, de início, o que decorre da obviedade da leitura. Consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. Quanto a esta última, como a norma não faz distinção, trata-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma microempresa, quer seja uma multinacional, pessoa jurídica civil ou comercial, associação, fundação etc.

A lei emprega o verbo “adquirir”, que tem de ser interpretado em seu sentido mais lato, de obter, seja a título oneroso ou gratuito. Porém, como se percebe, não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou o serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome. Assim, por exemplo, se uma pessoa compra cerveja para oferecer aos amigos numa festa, todos aqueles que a tomarem serão considerados consumidores⁷.

A norma fala em “destinatário final”. O uso desse termo facilitará, de um lado, a identificação da figura do consumidor, mas, por outro, trará um problema que tentaremos resolver. Evidentemente, se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor.

Assim, por exemplo, se uma pessoa – física ou jurídica – adquire calças para revendê-las, a relação jurídica dessa transação não estará sob a égide da Lei 8.078/90. O problema do uso do termo “destinatário final” está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção. Por exemplo, o usineiro que compra uma usina para a produção de álcool. Não resta dúvida de que ele será destinatário final do produto (a usina); contudo, pode ser considerado consumidor?

E a empresa de contabilidade que adquire num grande supermercado um microcomputador para desenvolver suas atividades, é considerada consumidora?

Para responder a essas questões e tentar elucidar todas as possíveis alternativas que o quadro interpretativo denota, examinaremos, detalhadamente, cada situação.

Não se duvida do fato de que, quando uma pessoa adquire um automóvel numa concessionária, estabelece-se uma típica relação regulada pelo CDC. De um lado, o consumidor; de outro, o fornecedor.

Em contrapartida, é evidente que não há relação protegida pelo código quando a concessionária adquire o automóvel da montadora como intermediária para posterior venda ao consumidor.

Nas duas hipóteses acima as situações jurídicas são simples e fáceis de serem entendidas. Numa ponta da relação está o consumidor (relação de consumo). Na outra estão fornecedores (relação de intermediação/distribuição/comercialização/produção). O Código de Defesa do Consumidor regula o primeiro caso; o direito comum, o outro.

Mas o que acontece se a concessionária se utiliza do veículo como “destinatária final”, por exemplo, entregando-o para seu diretor usar? A resposta a essa questão é fácil: para aquele veículo a concessionária não aparece como fornecedora, mas como consumidora, e a relação está tipicamente protegida pelo Código (o que será confirmado pela exposição que se segue).

Todavia, existem outras situações mais complexas. Quando, por exemplo, a montadora adquire peças para montar o veículo, trata-se de situação na qual as regras aplicadas são as do direito comum. São típicas relações entre fornecedores partícipes do ciclo de produção, desde a obtenção dos insumos até a comercialização do produto final no mercado para o consumidor.

A visualização da hipótese é simples. Estamos diante de situações cíclicas da produção, em que num dos polos aparece alguém adquirindo o produto como “destinatário final”.

No entanto, vamos recolocar o exemplo da usina: um fazendeiro resolve transformar-se em usineiro e para tanto encomenda uma usina para produção de álcool. Seria esse usineiro “destinatário final” da usina? Denotaria essa relação uma típica situação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor?

Examinemos: a situação parece diversa da anterior, porque, diferentemente da montadora, que envia as peças com o automóvel para o consumidor, na produção do álcool, este vai para o consumidor, mas a usina fica. Contudo, há coisas na montadora que também não vão para o consumidor. Por exemplo, o prédio utilizado para a montagem do veículo. Nesse caso, a montadora é “destinatária final” do prédio e, portanto, consumidora? Mas não serão simplesmente a usina e o prédio “bens de produção”, e, assim, não se pode querer aplicar ali a lei consumerista?

O problema está em que o CDC não fala em bens de produção ou de consumo. Limitou-se a dizer “consumidor” como “destinatário final” e a definir o fornecedor (art. 3º). Há meios, porém, de solucionar a pendência.

Antes de tentar responder, analisemos um outro exemplo, o de uma pessoa que pretende constituir-se como despachante. Para isso vai a uma loja e compra uma máquina de escrever, que utilizará para o exercício de seu trabalho. É o despachante “destinatário final” da máquina e, portanto, consumidor?

Passemos, agora, às respostas, segundo nosso ponto de vista.

Os avanços sociais advindos da aplicação do CDC superam em muito as violações ainda praticadas

Poderíamos responder no caso do álcool que o usineiro é “destinatário final” da usina e assim aquela relação estaria protegida pelo código. Da mesma maneira, a montadora seria “consumidora” do prédio utilizado para montagem de veículos. E, assim, resolvido estaria o caso do despachante, que é “destinatário final” da máquina de escrever.

Contudo, todos esses bens não são típicos “bens de produção”? A máquina de escrever pode ser e pode não ser. Os outros dois são. Seria adequado dizer, então, que o código regula aquelas três situações? Sem dúvida que não. Em casos nos quais se negociam e adquirem bens típicos de produção, o CDC não pode ser aplicado por dois motivos óbvios: primeiro, porque não está dentro de seus princípios ou finalidades; segundo, porque, dado o alto grau de protecionismo e restrições para contratar e garantir, o CDC seria um entrave nas relações comerciais desse tipo, e que muitas vezes são de grande porte. A resposta para o caso da usina e da montadora é, portanto, a aplicação do direito comum.

Acontece que essa resposta não resolve o problema do despachante. Quer dizer, então, que a máquina de escrever é um bem de produção, e quando ela tiver vício o despachante não poderá utilizar-se da Lei 8.078/90? Ora, que diferença existe entre o despachante pessoa jurídica, que utiliza a máquina para preencher guias, e o despachante enquanto pessoa física, que leva a máquina para casa e escreve uma carta de amor?

A solução não pode ser a mesma que a da usina e a da montadora. Tem de ser outra.

O código ajuda em parte, pois o despachante é “destinatário final”, mas o bem é de produção. Porém, para encontrarmos uma solução, precisamos utilizar certos princípios do Código e transferi-los para a noção de bens – aliás, conforme fizemos para falar de “bens de produção”, excluindo-os de sua abrangência.

O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo, fabricados em série, levados ao mercado numa rede de distribuição, com ofertas sendo feitas por meio de dezenas de veículos de comunicação, para que alguém em certo momento os adquira.

Aí está o caminho indicativo para a solução. Dependendo do tipo de produto ou serviço, aplica-se ou não o código, independentemente de o produto ou serviço estar sendo usado ou não para a “produção” de outros.

É claro o que estamos falando: não se compram “usinas” para produção de álcool em lojas de departamentos, ao contrário de máquinas de escrever. Para

quem fabrica máquinas de escrever em série e as coloca no mercado de consumo não é importante o uso que o destinatário delas fará: pode muito bem empregá-las para a produção de seu serviço de despachante.

Não podemos esquecer que, no mesmo sentido, uma simples caneta esferográfica pode ser “bem de produção”, como da mesma forma o serviço de energia elétrica é bem de produção para a montadora de automóveis.

Assim, podemos responder que, como o despachante adquiriu a máquina de escrever produzida e entregue ao mercado como um típico bem de consumo, a relação está protegida pelo CDC.

5.1.3. Caso exemplar

Suponhamos que um professor esteja dirigindo-se ao prédio de uma faculdade para dar aula no curso de especialização em direito do consumidor. Digamos que ao chegar ao prédio ele constate que esqueceu de levar caneta. Como sempre ele usa caneta durante as exposições para fazer marcações e, na parte do seminário, para anotar as questões dos alunos. Portanto, antes de ir para a sala, deve adquirir uma caneta.

Vamos supor, então, que, ao chegar à papelaria, ele se encontre com um aluno do mesmo curso que também estava em busca de uma caneta. Este por outro motivo: para anotar a aula. E que na papelaria haja para vender apenas um estojo com duas canetas esferográficas iguais. Constatando o problema, o professor e ele resolvem comprar o estojo e dividir o preço ao meio: 50% para cada um; uma caneta para cada um.

Note-se que as tais duas canetas foram fabricadas no mesmo dia, hora e minuto, na linha de montagem do mesmo fabricante, tendo a mesma classificação seriada: são idênticas. Vamos supor também que ambas, exatamente por serem idênticas, produzidas na mesma série, tenham as mesmas características e, no caso, o mesmo vício de fabricação: se ficarem na posição vertical por mais de dez minutos a tinta vai sair pelo bico. Bem. O professor e o aluno compraram as canetas, cada um pegou a sua e foram juntos para a sala.

Veja-se claramente: até aquele momento, ali na papelaria, eram, o professor e o aluno, dois consumidores típicos. Porém, ao ingressarem na sala, toma o professor posição atrás da mesa e o aluno se acomoda numa das cadeiras da sala. No momento em que ingressaram na sala, a caneta do professor tornou-se bem de produção; a do aluno, bem de consumo. Na verdade, desde o início a caneta do professor era bem de produção (foi para isso que ele a adquiriu) e a do aluno, de consumo. O professor aparece lá como prestador do serviço, dando aula, e o aluno, como consumidor-aluno, assistindo.

Digamos que no intervalo o professor coloque a caneta no bolso do paletó e o aluno, no bolso do seu paletó. Dez minutos depois as canetas vazam, manchando e inutilizando ambos os paletós. De onde se extrairia o princípio lógico ou jurídico a garantir ao aluno como consumidor o direito de pleitear indenização, com base na responsabilidade civil objetiva do fabricante (art. 12 do CDC), e ao professor o direito de pleitear também indenização fundado nas normas do Código Civil, que não dá a mesma proteção?

Isso não só seria ilógico como feriria o princípio de isonomia constitucional; além do mais, não está de acordo com o sistema do CDC. Na realidade, o exemplo singelo que aqui relatamos tem a grande virtude de elucidar a questão: a Lei

O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo

8.078 regula o polo de consumo, isto é, pretende controlar os produtos e serviços oferecidos, postos à disposição, distribuídos e vendidos no mercado de consumo e que foram produzidos para serem vendidos, independentemente do uso que se vá deles fazer.

Quer se use o produto (ou o serviço) para fins de consumo (a caneta do aluno), quer para fins de produção (a caneta idêntica do professor), a relação estabelecida na compra foi de consumo, aplicando-se integralmente ao caso as regras do CDC ⁸.

Dessa maneira, repita-se, toda vez que o produto ou o serviço puderem ser utilizados como bem de consumo, incidem na relação as regras do CDC. Vale para a caneta do exemplo *supra*, mas vale também para a água e a eletricidade que se fornece e para o dinheiro que é emprestado por um banco⁹, porque tais bens são utilizados tanto por consumidores como por fornecedores.

É verdade que se pode fazer uma objeção ao que até aqui apresentamos, relativa aos bens que, apesar de serem típicos de produção, sejam adquiridos por consumidores enquanto tal e destinatários finais.

Na argumentação acima apresentamos o exemplo do usineiro que adquire a usina – bem que não é de consumo – como destinatário final e dissemos que, claro, a relação jurídica dele com o fabricante da usina era tipicamente comercial. No entanto, pode acontecer – e ocorre mesmo, na realidade – de um produto ser típico de produção e ser adquirido por um consumidor para seu uso pessoal. É o exemplo de um grande avião, digamos, um Boeing 737. Não há dúvida de que esse avião é típico de produção (utilizado no transporte comercial de cargas e passageiros), porém há milionário que o adquire para seu

uso pessoal. Nessa hipótese, temos de aplicar, pela via de exceção, a regra geral do destinatário final – consumidor. É que, no caso, atuando como comprador-consumidor que quer o bem para uso próprio, mesmo que ele não tenha sido planejado, projetado e montado para o fim de consumo, foi vendido e adquirido para tal. Daí, nessa relação jurídica específica também incidem as regras da Lei 8.078/90.

O problema, no caso, será apenas o da identificação da relação jurídica de consumo, que se dará pela pessoa do adquirente: surgindo disputa de direitos, lide, processo, caberá ao consumidor-comprador demonstrar que comprou o produto (no exemplo, o avião) como bem de consumo.

5.1.4. Pessoa jurídica – destinatária final

Além de tudo o que já demonstramos, existe ainda uma outra norma no CDC que justifica nossa teoria para explicar a definição de consumidor na relação de consumo. É a do inciso I do art. 51, especificamente a segunda parte da proposição.

No entanto, antes de analisá-la, desde logo se acrescente uma constatação: o *caput* do art. 2º coloca a pessoa jurídica como consumidora. Ora, afinal o que é que uma pessoa jurídica pode consumir? Pessoa jurídica não come, não bebe, não dorme, não viaja, não lê, não vai ao cinema, não assiste à aula, não vai a shows, não assiste a filmes, não vê publicidade etc. Logo, para ser consumidora, ela somente poderia consumir produtos e serviços que fossem tecnicamente possíveis e lhe servissem como bens de produção e que fossem, simultaneamente, bens de consumo.

Com a análise do inciso I do art. 51 o ciclo de nossa explanação nesse aspecto se encerra. Vejamos.

A disposição normativa da segunda parte do inciso I do art. 51 foi feita exatamente pensando no consumidor-pessoa jurídica que adquire produto ou serviço de consumo para fins de produção. Trata-se de previsão legal a permitir que o fornecedor em circunstâncias especiais justificáveis possa estabelecer cláusula contratual limitando seu dever de indenizar.

Leia-se especificamente a parte final da proposição da norma do inciso I do art. 51: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. *Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.*”

Pergunta-se: por que é que a lei resolveu excetuar do amplo e expresse sistema de responsabilidade civil objetiva, no qual o fornecedor não pode, de maneira alguma, desonerar-se de seu dever de indenizar, exatamente um caso especial de aquisição de produto ou serviço quando o consumidor é pessoa jurídica? Justamente porque *sabe* que é possível adquirir produto e serviço de consumo para *fins de produção*. Explica-se.

A regra geral é a do dever de o fornecedor indenizar por vícios e defeitos (arts. 12 a 14 e 18 a 20). Não pode ele, mediante cláusula contratual, exonerar-se dessa obrigação, mesmo que seja em parte, por expressa disposição do *caput* do art. 25, que dispõe, *verbis*: “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de

O CDC é uma lei
principiológica,
modelo até então
inexistente no
sistema jurídico
nacional

cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.”

Logo, essa é a regra geral para todas as relações jurídicas de consumo regulares. Mas a lei resolveu abrir uma exceção (a do citado inciso I do art. 51). E não foi para os casos comuns, mas apenas os que envolvam o consumidor-pessoa jurídica em “situações justificáveis”. E quais seriam elas?

A exceção legal de permissão para fixação de cláusula contratual limitadora do dever de indenizar pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade:

a) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo;

b) que a qualidade de consumidor-pessoa jurídica, por sua vez, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora.

Para o fornecedor exercer a prerrogativa de negociar a inserção de cláusula contratual limitadora de seu dever de indenizar é necessário que estejam presentes as duas situações previstas nas letras “a” e “b”, simultaneamente.

Examine-se a letra “a”: não basta que a compra seja fora do padrão para que ele possa incluir a cláusula. Por exemplo, se um consumidor-pessoa física quiser adquirir vinte microcomputadores para distribuir a seus amigos e parentes¹⁰, isso não é suficiente para a negociação e inclusão da cláusula. A compra está fora do padrão, mas não está presente o outro requisito.

E, quanto à letra “b”, o mesmo ocorre com duas alternativas:

b.1) Não é suficiente que o consumidor seja pessoa jurídica fazendo uma aquisição dentro do regular. Por exemplo, a pessoa jurídica que adquire um microcomputador numa loja de departamentos ou diretamente do fabricante.

Essa é uma aquisição comum, que recebe as garantias gerais das disposições regulares do sistema de responsabilidade civil instituído no CDC. Não pode o fornecedor limitar sua responsabilidade.

b.2) Não é suficiente que a compra seja fora do padrão. É necessário que a pessoa jurídica consumidora seja também de porte razoável para que a cláusula limitadora possa ser negociada e inserida no contrato. Evidente que cada caso terá suas particularidades, na medida em que a norma se está utilizando de termos indeterminados, que remetem a situações concretas variáveis.

Contudo, é possível dizer que pessoa jurídica “de porte”, para os fins instituídos no inciso I do art. 51, é aquela que tem corpo jurídico próprio ou pode pagar consultor jurídico, que negocie em nome dela a cláusula contratual limitadora. Sem isso, isto é, sem que se estabeleça um equilíbrio prévio para a negociação da cláusula, esta não poderá ser inserida no contrato.

Voltando, então, aos nossos argumentos para a definição de consumidor, percebe-se, pelo que se examinou do inciso I do art. 51, que o CDC abraça nossa tese no sentido de que há bens de consumo (produtos e serviços) que são adquiridos com o fim de produção, *sem* que a relação jurídica estabelecida *deixe* de ser de consumo, tanto que recebe ela o tratamento diferencial da norma do inciso I do art. 51 comentado.

5.1.5. Resumo e conclusão

Resumindo e concluindo esta parte:

a) o CDC regula situações em que haja “destinatário final” que adquire produto ou serviço para uso próprio sem finalidade de produção de outros produtos ou serviços;

b) regula também situações em que haja “destinatário final” que adquire produto ou serviço com finalidade de produção de outros produtos ou serviços, desde que estes, uma vez adquiridos, sejam oferecidos regularmente no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente lhes vai dar;

c) o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e, via de regra, não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas como de produção; o consumidor comum não o adquire. Por via de exceção, contudo, haverá caso em que a aquisição do produto ou serviço típico de produção será feita pelo consumidor, e nessa relação incidirão as regras do CDC.

5.1.6. A coletividade de pessoas

Continuando nossa análise da definição de consumidor, temos agora de avaliar o parágrafo único do art. 2º e depois os arts. 17 e 29. O parágrafo único do art. 2º amplia a definição, dada no *caput*, de consumidor que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, nos moldes já apresentados, equiparando a ele a coletividade de pessoas, mesmo que não possam ser identificadas e desde que tenham, de alguma maneira, participado da relação de consumo.

A norma do parágrafo único do art. 2º pretende garantir a coletividade de pessoas que possam ser, de alguma maneira, afetadas pela relação de consumo. Na realidade, a hipótese dessa norma diz respeito apenas ao atingimento da coletividade, indeterminável ou não, mas sem sofrer danos, já que neste caso o art. 17 – examinado na sequência – enquadra a questão.

Dessa maneira, a regra do parágrafo único permite o enquadramento de universalidade ou conjunto de pessoas, mesmo que não se constituam em pessoa jurídica. Por exemplo, a massa falida pode figurar na relação de consumo como consumidora ao adquirir produtos, ou, então, o condomínio, quando contrata serviços.

É essa regra que dá legitimidade para a propositura de ações coletivas para a defesa dos direitos coletivos e difusos, previstas no título III da lei consumerista (arts. 81 a 107), e particularmente pela definição de direitos coletivos (inciso II do parágrafo único do art. 81) e direitos difusos (inciso III do parágrafo único do art. 81) e na apresentação das pessoas legitimadas para proporem as ações (art. 82).

Com isso, pode-se dizer que a completa designação do amplo sentido da definição de consumidor começa no *caput* do art. 2º, passa por seu parágrafo único, segue até o 17 e termina no 29. É o que ainda veremos.

5.1.7. Vítimas do evento

Com efeito, a dicção do art. 17 deixa patente a equiparação do consumidor às vítimas do acidente de consumo que, mesmo não tendo sido ainda consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso.

Exatamente a seção na qual o art. 17 está inserido é a que cuida da responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto ou do serviço causador do acidente de consumo (e que abordaremos na oportunidade própria).

Assim, por exemplo, na queda de um avião, todos os passageiros (consumidores do serviço) são atingidos pelo evento danoso (acidente de consumo) originado no fato do serviço da prestação do transporte aéreo. Se o avião cai em área urbana,

atingindo a integridade física ou o patrimônio de outras pessoas (que não tinham participado da relação de consumo), estas são, então, equiparadas ao consumidor, recebendo todas as garantias legais instituídas no CDC.

5.1.8. Todas as pessoas estão expostas às práticas comerciais

No capítulo V do CDC, que trata das práticas comerciais, o legislador inseriu o art. 29, para equiparar ao consumidor todas as pessoas, mesmo as que não puderem ser identificadas, que estão expostas às práticas comerciais.

A leitura adequada do art. 29 permite, inclusive, uma afirmação muito simples e clara: não se trata de equiparação eventual a consumidor das pessoas que foram expostas às práticas. É mais do que isso. O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já estará exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática.

Dessa forma, por exemplo, se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anúncio não é enganoso, nem que não se possa – por exemplo, o Ministério Público – ir contra ele. O órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos arts. 81 e ss. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anúncio enganoso, para punir o anunciante etc., independentemente do aparecimento real de um consumidor contrariado.

Trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial. É, como dissemos de início, o aspecto mais abstrato da definição, que, partindo do elemento mais concreto – daquele que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatário final –, acaba fixando de forma objetiva que se respeite o consumidor potencial. Daí ter-se de dizer que o consumidor protegido pela norma do art. 29 é uma potencialidade. Nem sequer precisa existir.

5.2. Conceito de fornecedor

5.2.1. Sem exclusão

O conceito de fornecedor está definido no *caput* do art. 3º do CDC¹¹. A leitura pura e simples desse *caput* já é capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no país, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc.

5.2.2. A atividade e a relação jurídica de consumo

O uso do termo “atividade” está ligado a seu sentido tradicional. Têm-se, então, atividade típica e atividade eventual. Assim, o comerciante estabelecido regularmente exerce a atividade típica descrita em seu estatuto. Mas é possível que o mesmo comerciante exerça uma atividade atípica, quando, por exemplo, age, de fato, em situação diversa da prevista, o que pode dar-se de maneira rotineira ou eventual. E a pessoa física vai exercer atividade atípica ou eventual quando praticar atos do comércio ou indústria. Por exemplo, uma estudante que, para pagar seus estudos, compra e depois revende *lingerie* entre seus colegas exerce atividade que a põe como fornecedora para o CDC. Se essa compra e venda for apenas em determinada e específica época, por exemplo, no período de festas natalinas, ainda assim ela é fornecedora, porque, apesar de eventual, trata-se de atividade comercial.

É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos polos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo (para tanto, terá de existir no outro polo o consumidor). E isto porque será possível que a relação de venda de um produto, ainda que feita por um comerciante, não implique estar-se diante de uma relação de consumo regulada pelo CDC. Por exemplo, se uma loja de roupas vende seu computador usado para poder adquirir um novo, ainda que se possa descobrir no comprador um “destinatário final”, não se tem relação de consumo, porque essa loja não é considerada fornecedora. A simples venda de ativos sem caráter de atividade regular ou eventual não transforma a relação jurídica em relação jurídica de consumo. Será um ato jurídico regulado pela legislação comum civil ou comercial.

O mesmo se dá quando a pessoa física vende seu automóvel usado. Independentemente de quem o adquira, não se pode falar em relação de consumo, pois falta a figura do fornecedor. No exemplo a situação é daquelas reguladas pelo direito comum civil, inclusive quanto a garantias, vícios etc. É por isso que a definição da relação de consumo é fundamental para se descobrir se é aplicável ou não o CDC.

Agora, é evidente que, conforme dissemos, basta que a venda tenha como base a atividade regular ou eventual para que surja a relação de consumo. Usando os mesmos exemplos, define-se como relação de consumo a venda do computador pela loja de roupas, se tal estabelecimento imprime uma regularidade a esse tipo de venda, visando a obtenção de lucro. Da mesma maneira, haverá relação de consumo se a pessoa física compra automóveis para revender, fazendo disso uma atividade regular. Claro que, em casos assim, em eventual discussão judicial provocada pelo consumidor, haverá problemas de prova da atividade regular (ou eventual). Mas essa é uma questão processual, que não desfigura a definição do direito material ora tratado.

5.2.3. Qualquer pessoa jurídica

Já tivemos oportunidade de dizer que a pessoa jurídica pode ser consumidora, ao examinarmos o conceito de consumidor estabelecido no *caput* do art. 2º. Lá a norma apenas faz referência à “pessoa jurídica” sem qualificá-la. Aqui, no *caput* do art. 3º, como a lei trata de adjetivar a pessoa jurídica como “pública ou privada, nacional ou estrangeira”, poder-se-ia indagar se no art. 2º não se estaria falando menos ou até o contrário, ou, em outros termos: se no *caput* do art. 3º a norma não estaria, de alguma maneira, cuidando apenas daquelas pessoas jurídicas indicadas.

Na realidade, a resposta é bastante simples. Tanto no caso do conceito de consumidor quanto no de fornecedor, a referência é a “toda pessoa jurídica”, independentemente de sua condição ou personalidade jurídica. Isto é, toda e qualquer pessoa jurídica. O legislador poderia muito bem ter escrito no *caput* do art. 3º apenas a expressão “pessoa jurídica” que o resultado teria sido o mesmo. Não resta dúvida de que toda pessoa jurídica pode ser consumidora e, evidentemente, por maior força de razão, pode ser fornecedora.

Ao que parece, o legislador, um tanto quanto inseguro¹², tratou a pessoa jurídica como consumidora sem se importar muito com o resultado de sua determinação, e quis garantir-se de que, no caso do fornecedor, nenhuma pessoa jurídica escapasse de se enquadrar na hipótese legal.

Assim, tem-se de definir como fornecedor toda e qualquer pessoa jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A referência à pessoa jurídica estrangeira tem relevo na hipótese da pessoa jurídica admitida como estrangeira em território nacional e que, nessa qualidade,

presta serviços ou vende produtos. Por exemplo, a companhia aérea que aqui faz escala ou a companhia teatral estrangeira que vem ao país para apresentações. Haverá em ambos os exemplos prestação de serviços, e pode haver venda de produtos: a empresa aérea que vende presentes a bordo; a companhia teatral que vende pequenos objetos – camisetas, bichos de pelúcia etc.

5.2.4. Ente despersonalizado

Ao lado da pessoa jurídica, a lei coloca a pessoa física e o ente despersonalizado. Da pessoa física trataremos a seguir. Já a colocação do termo “ente despersonalizado” leva-nos a pensar primeiramente na massa falida, o que é adequado. Importante notar que, apesar de uma pessoa jurídica falir, existirão no mercado produtos e, eventualmente, resultados dos serviços que ela ofereceu e efetivou, que continuarão sob a proteção da lei consumerista. Por exemplo, a quebra de um fabricante de televisores não deve eliminar – nem pode – a garantia do funcionamento dos aparelhos: garantia contratual ou legal¹³. Há, também, a hipótese da quebra da pessoa jurídica com a continuidade das atividades, o que não gerará, então, a solução de continuidade do fornecimento de produtos e serviços.

Além disso, é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas “pessoas jurídicas de fato”: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc. A figura do “camelô”¹⁴ está aí inserida. O CDC não poderia deixar de incluir tais “pessoas” pelo simples fato de que elas formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo.

5.2.5. Pessoa física

No que respeita à pessoa física, tem-se, em primeiro lugar, a figura do profissional liberal como prestador de serviço e que não escapou da égide da Lei 8.078. Apesar da proteção recebida da lei (o profissional liberal não responde por responsabilidade objetiva, mas por culpa – cf. o § 4º do art. 14), não há dúvida de que o profissional liberal é fornecedor.

Há, ainda, outra situação em que a pessoa física será identificada como fornecedora. É aquela em que desenvolve atividade eventual ou rotineira de venda de produtos, sem ter-se estabelecido como pessoa jurídica. Por exemplo, o estudante que, para pagar a mensalidade da escola, compra joias para revender entre os colegas, ou o cidadão que compra e vende automóveis – um na sequência do outro – para auferir lucro. É verdade que em tais hipóteses poder-se-ia objetar que o caso é de “ente despersonalizado”, uma vez que se trata de “comerciantes

de fato”. Do ponto de vista prático, a objeção não traz nenhum resultado, porque em ambos os casos identifica-se o fornecedor, e isso é o que realmente interessa.

Contudo, diga-se que a pessoa física que vende produtos, especialmente aquela que o faz de forma eventual, não é exatamente comerciante de fato e muito menos sociedade de fato. Um “camelô” constitui-se como verdadeira “sociedade de fato”. Tem local (“sede”) de atendimento, horário de funcionamento, até empregados etc. O aluno que vende joias não passa de pessoa física que desenvolve, de maneira rústica e eventual, uma atividade comercial, visando auferir certo lucro. Situa-se, então, entre a pessoa física que nada vende e a sociedade de fato. Mas, para fins de aplicação do CDC, essa pessoa física é fornecedora. E, também, será fornecedora a pessoa física que presta serviços mesmo sem ser caracterizada como profissional liberal, tal como o electricista, o encanador etc.

5.2.6. Fornecedor é gênero

Finalmente, apresente-se a distinção feita pelo CDC e que diz respeito ao conceito de fornecedor. Este é gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies¹⁵. Na verdade, quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo “fornecedor”. Quando quer designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc.

5.3. Conceito de produto

O CDC definiu produto no § 1º do art. 3º¹⁶ e, de maneira adequada, seguindo o conceito contemporâneo, em vez de falar em bem ou coisa, como fazia o Código Civil de 1916 e também o de 2002¹⁷, emprega o termo “produto” (e depois vai falar em “serviço”).

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).

5.3.1. Produto móvel ou imóvel

Na definição de produto, o legislador coloca então “qualquer bem”, e designa este como “móvel ou imóvel”, e ainda “material ou imaterial”. Da necessidade de interpretação sistemática do CDC nascerá também a hipótese de fixação do produto como durável e não durável, por previsão do art. 26 (acontecerá o mesmo no que tange aos serviços). Então vejamos.

A utilização dos vocábulos “móvel” e “imóvel” nos remete ao conceito tradicional advindo do direito civil. O sentido é o mesmo¹⁸.

5.3.2. Produto material ou imaterial

No que respeita ao aspecto da materialidade do produto, vimos que ele pode ser material ou imaterial. Mas, por conta do fato de o CDC ter definido produto como imaterial, é de perguntar que tipo de bem é esse que poderia ser oferecido no mercado de consumo. Afinal, o que seria um produto imaterial que o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir?

Diga-se em primeiro lugar que a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada. Por isso fixou conceitos os mais genéricos possíveis (“produto é *qualquer* bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”). Isso é que é importante. A pretensão é que nada se lhe escape.

Assim, a designação “produto” é utilizada, por exemplo, nas atividades bancárias (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos etc.). Tais “produtos” encaixam-se, então, na definição de bens imateriais¹⁹.

5.3.3. Produto durável

Outra novidade da lei consumerista, no que se refere aos produtos, é quanto à sua durabilidade. A divisão dos produtos em duráveis e não duráveis já era de há muito conhecida do mercado (o código tratou também de dar o adjetivo aos serviços, como se verá). O direito só agora, tardiamente, incorporou tal divisão. Os conceitos de durável e não durável aparecem na seção que trata da decadência e da prescrição, mais especificamente no art. 26, I e II²⁰.

Produto durável é aquele que, como o próprio nome diz, não se extingue com o uso. Ele dura, leva tempo para se desgastar. Pode – e deve – ser utilizado muitas vezes. Contudo, é preciso chamar a atenção para o aspecto de “durabilidade” do bem durável. Nenhum produto é eterno. Todos tendem a um fim material. Até mesmo um imóvel construído se desgasta (o terreno é uma exceção, uma vez que dura na própria disposição do planeta). A duração de um imóvel, enquanto tal, comporta arrumações, reformas, reconstruções etc.; com idêntica razão, então, é claro que um terno se desgaste, uma geladeira se desgaste, um automóvel se desgaste etc.

Assim, é compreensível que qualquer produto durável acabe, com o tempo, perdendo sua função, isto é, deixe de atender à finalidade à qual se destina ou, pelo menos, tenha diminuída sua capacidade de funcionamento, sua eficiência. Por exemplo, o tubo do aparelho do televisor não funciona mais ou, então, as imagens transmitidas pelo tubo têm cores fracas. Nesses casos de desgaste natural

não se pode nem se falará em vício do produto. Não há proteção legal contra o desgaste, a não ser que o próprio fabricante tenha assumido certo prazo de funcionamento (conforme permite o CDC: arts. 30, 31, 37, 50 etc.). A norma protege o produto durável, em certo prazo, por vício (arts. 18, 26, II, e 50), para garantir sua finalidade e qualidade.

Hodiernamente utiliza-se a expressão “produto descartável”. “Descartável” não deve ser confundido com “não durável”, que tem características diversas daquele termo.

Um produto “descartável” (termo não definido em lei) é o “durável” de baixa durabilidade, ou que somente pode ser utilizado uma vez. É uma invenção do mercado contemporâneo, que acaba aproximando o produto “durável” em sua forma de desgaste ao produto “não durável” em sua forma de extinção. Um prato de papelão para comer um doce ou um copo de papelão para beber algo são exemplos de produtos “descartáveis”. Usados, joga-se-os fora.

Surge, então, um problema: o produto descartável, do ponto de vista da garantia legal, segue os mesmos parâmetros fixados para os produtos “duráveis” ou “não duráveis”? Qual deles seguir?

Como a norma não cuida de produto “descartável” e como o produto “não durável” tem características diversas (como veremos a seguir), pensamos que tal produto deve ser entendido como durável, aplicando-se-lhe todos os parâmetros e garantias estabelecidos no CDC.

5.3.4. Produto “não durável”

O produto “não durável”, por sua vez, é aquele que se acaba com o uso. Como o próprio nome também diz, não tem qualquer durabilidade. Usado, ele se extingue ou, pelo menos, vai-se extinguindo. Estão nessa condição os alimentos, os remédios, os cosméticos etc. Note-se que se fala em extinção imediata, como é o caso de uma bebida, pela ingestão ou extinção consumativa sequencial, como é o caso do sabonete: este se vai extinguindo enquanto é usado²¹.

Estão nessas condições também os chamados produtos *in natura*, ou seja, os que não passam pelo sistema de industrialização, tais como o simples empacotamento, engarrafamento, encaixotamento etc., ou mesmo transformação industrial por cozimento, fritura, mistura e o decorrente de processo de armazenamento em potes, latas, sacos etc.

O produto *in natura*, assim, é aquele que vai ao mercado consumidor diretamente do sítio ou fazenda, local de pesca, produção agrícola ou pecuária, em suas hortas, pomares, pastos, granjas etc. São os produtos hortifrutigranjeiros, os grãos, cereais, vegetais em geral, legumes, verduras, carnes, aves, peixes etc.²²

A não durabilidade vai ocorrer também com os demais produtos alimentícios embalados, enlatados, engarrafados etc. O fato de todo o produto não se extinguir de uma só vez não lhe tira a condição de “não durável”. O que caracteriza essa qualificação é sua maneira de extinção “enquanto” é utilizado²³.

É exatamente daí que surge a diferença específica do *produto durável descartável*. Enquanto este permanece quase tal como era após utilizado, o produto “não durável” perde totalmente sua existência com o uso ou, ao menos, vai perdendo-a aos poucos com sua utilização.

5.3.5. Produto gratuito ou “amostra grátis”

Ao examinarmos no próximo item os serviços, veremos que a lei faz referência àqueles “sem remuneração”. Lembremos, por isso, aqui, a questão do produto gratuito ou a chamada “amostra grátis”. Há uma única referência à “amostra grátis”, no CDC: a constante do parágrafo único do art. 39 e apenas para liberar o consumidor de qualquer pagamento. A amostra grátis diz respeito não só ao produto mas também ao serviço, posto que é sanção imposta ao fornecedor que descumpre as regras estabelecidas

Aqui, ao que nos interessa, refira-se que o produto entregue como amostra grátis está submetido a todas as exigências legais de qualidade, garantia, durabilidade, proteção contra vícios, defeitos etc.

5.4. Conceito de serviço

O CDC definiu serviço no § 2º do art. 3º²⁴ e buscou apresentá-lo de forma a mais completa possível. Porém, na mesma linha de princípios por nós já apresentada, é preciso lembrar que a enumeração é exemplificativa, realçada pelo uso do pronome “qualquer”. Dessa maneira, como bem a lei o diz, serviço é qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo²⁵.

5.4.1. Serviço bancário, financeiro, de crédito, securitário etc.

A norma faz uma enumeração específica, que tem razão de ser. Coloca expressamente os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, antecidos do advérbio “inclusive”. Tal designação não significa que existia alguma dúvida a respeito da natureza dos serviços desse tipo. Antes demonstra que o legislador foi precavido, em especial, no caso, preocupado com que os bancos, financeiras e empresas de seguro conseguissem, de alguma forma, escapar do âmbito de aplicação do CDC. Ninguém duvida que esse setor da economia presta serviços ao consumidor e que a natureza

dessa prestação se estabelece tipicamente numa relação de consumo. Foi um reforço acautelatório do legislador, que, aliás, demonstrou-se depois, era mesmo necessário.

Apesar da clareza do texto legal, que coloca, com todas as letras, que os bancos prestam serviços aos consumidores, houve tentativa judicial de se obter declaração em sentido oposto. Chegou-se, então, ao inusitado. O Poder Judiciário teve de declarar exatamente aquilo que a lei já dizia: que os bancos prestam serviços.

Em 1995 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência do CDC²⁶ e, depois de muita disputa, editou em 2004 a Súmula 297 com o seguinte teor: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Havia, é verdade, um risco de eventual declaração de inaplicabilidade da lei em função da ADIn proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, mas que não existe mais, pois ela foi julgada improcedente por nove votos a dois, em junho de 2006²⁷.

5.4.2. Atividade

Serviço é, tipicamente, atividade. Esta é ação humana que tem em vista uma finalidade. Ora, toda ação se esgota tão logo praticada. A ação se exerce em si mesma. Daí somente poderia existir serviço não durável. Será uma espécie de contradição falar em serviço que dura. Todavia, o mercado acabou criando os chamados serviços tidos como duráveis, tais como os contínuos (p. ex., os serviços de convênio de saúde, os serviços educacionais regulares em geral etc.). Com isso, o CDC, incorporando essa invenção, trata de definir também os serviços como duráveis e não duráveis, no que andou bem.

5.4.3. Serviço durável e não durável

A hipótese dessa divisão, da mesma forma que quanto aos produtos, está tratada no art. 26, I e II. Mas, para encontrar o verdadeiro sentido da durabilidade e não durabilidade do serviço, será preciso ampliar o significado de serviço não durável. Assim, serviços não duráveis serão aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem etc.

Serviços duráveis serão aqueles que:

a) tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como contínuo;

b) embora típicos de não durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de *buffet*, a colocação de um boxe, os serviços de assistência técnica e de consertos (o conserto de um veículo) etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado (o que gerará diferenciais no aspecto de responsabilidade, como se verá), o produto faz parte do serviço – às vezes até com ele se confundindo, como acontece, por exemplo, com a pintura de uma parede.

5.4.4. Não se vende produto sem serviço

É preciso dizer que modernamente o serviço passou a ter uma importância excepcional no mercado. Os profissionais de marketing, por exemplo, dão hoje prevalência ao aspecto do atendimento ao consumidor no que respeita à oferta de produtos e serviços em geral. Ora, atendimento ao consumidor é prestação de serviços. Temos de lembrar, então, que qualquer venda de produto implica a simultânea prestação de serviço. O inverso não é verdadeiro: há serviços sem produtos. Assim, por exemplo, para vender um par de sapatos, o lojista tem de, ao mesmo tempo, prestar serviços: vai atender o consumidor, trazer os sapatos por ele escolhidos, colocá-los nos seus pés para que os experimente, dizer como pode ser feito o pagamento, passar o cartão de crédito na maquina etc. Já na prestação do serviço de consulta médica, por exemplo, há apenas serviço.

5.4.5. O serviço sem remuneração

Voltando à leitura da redação do § 2º do art. 3º, tem-se ainda de tratar do aspecto da “remuneração” lá inserido e da exclusão do serviço de caráter trabalhista. Começamos por este último, que não demanda qualquer dificuldade. A lei pura e simplesmente exclui de sua abrangência os serviços de caráter trabalhista, no que está certa, pois a relação instaurada nesse âmbito tem conotação diversa da instaurada nas relações de consumo. Já o aspecto da remuneração merece comentários mais cuidadosos.

O CDC define serviço como aquela atividade fornecida mediante “remuneração”.

Antes de mais nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos.

Logo, quando a lei fala em “remuneração” não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto “remuneração” no sentido estrito de qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto. É preciso algum tipo de organização para entender o alcance da norma.

Para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação do serviço, não tenha cobrado o preço. Por exemplo, o médico que atenda uma pessoa que está passando mal na rua e nada cobre por isso enquadra-se na hipótese legal de não recebimento de remuneração. Mas o estacionamento de um *shopping*, no qual não se cobre pela guarda do veículo, disfarça o custo, que é cobrado de forma embutida no preço das mercadorias.

Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta “gratuidade”. No caso do cafezinho grátis, pode-se entender que seu custo está embutido na refeição haurida pelo próprio consumidor que dele se beneficiou. No do estacionamento grátis no *shopping*, o beneficiário pode não adquirir qualquer produto e ainda assim tem-se de falar em custo. Nesse caso é outro consumidor que paga, ou melhor, são todos os outros consumidores que pagam.

5.5. Os serviços públicos

Note-se, ainda, quanto aos serviços, que eles são privados e também públicos, por disposição do *caput* do art. 22 do CDC²⁸. O CDC, no art. 3º, como dito, incluiu no rol dos fornecedores a pessoa jurídica pública (e, claro, por via de consequência, todos aqueles que em nome dela – direta ou indiretamente – prestam serviços públicos), bem como, ao definir “serviço” no § 2º do mesmo artigo, dispôs que é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, excetuando apenas os serviços sem remuneração ou custo e os decorrentes das relações de caráter trabalhista.

No art. 22, a lei consumerista regrou especificamente os serviços públicos essenciais e sua existência, por si só, foi de fundamental importância para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir “teorias” para tentar dizer que não estariam submetidos às normas do CDC.

Aliás, mesmo com a expressa redação do art. 22, ainda assim há prestadores de serviços públicos que lutam na Justiça “fundamentados” no argumento de que não estão submetidos às regras da Lei 8.078/90. Para ficar só com um exemplo,

veja-se o caso da decisão da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo no agravo de instrumento interposto pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp. Nas razões do recurso do feito, que envolve a discussão a respeito de valores cobrados pelo fornecimento de água e esgoto (que o consumidor alega foram cobrados exorbitantemente), a empresa fornecedora fundamenta sua resignação “na não subordinação da relação jurídica subjacente àquela legislação especial (o CDC)”. O tribunal, de maneira acertada, rejeitou a resistência da Sabesp: “Indiscutível que a situação versada, mesmo envolvendo prestação de serviços públicos, se insere no conceito de relação jurídica de consumo. Resulta evidente subordinar-se ela, portanto, ao sistema do Código de Defesa do Consumidor”²⁹.

5.5.1. Serviço público prestado direta ou indiretamente

Diz a norma: “órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento”, vale dizer, toda e qualquer empresa pública ou privada que por via de contratação com a administração pública forneça serviços públicos, assim como, também, as autarquias, fundações e sociedades de economia mista.

O que caracteriza a pessoa jurídica responsável na relação jurídica de consumo estabelecida é o serviço público que ela está oferecendo ou prestando. No mesmo artigo a lei estabelece a obrigatoriedade de que os serviços prestados sejam “adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Examinemos o sentido de eficiência.

5.5.2. Eficiência

Em primeiro lugar diga-se que essa disposição da norma decorre do princípio constitucional estampado no *caput* do art. 37. É o chamado princípio da eficiência.

É verdade que tal princípio somente passou a integrar explicitamente o corpo constitucional com a edição da Emenda 19, de 4 de junho de 1998, data posterior à edição da Lei 8.078/90. Mas a emenda citada apenas tornou explícito o princípio outrora implícito em nosso sistema constitucional, como explicam os professores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior³⁰.

Como expõem esses autores: “O princípio da eficiência tem partes com as normas de ‘boa administração’, indicando que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar atividade administrativa predisposta à extração do maior número possível de efeitos positivos ao administrado.

Deve sopesar relação de custo-benefício, buscar a otimização de recursos, em suma, tem por obrigação dotar da maior eficácia possível todas as ações do Estado.”³¹

Hely Lopes Meirelles disciplina que a eficiência é um dever imposto a todo e qualquer agente público no sentido de que ele realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Diz o administrativista: “É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”³²

É fato que a lei designa outros adjetivos aos serviços prestados, além do relativo à eficiência: fala em *adequado*, *seguro* e *contínuo* (este último para os essenciais, tipo de serviço que ainda comentaremos).

A redação do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, antes da Emenda 19, era:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte...”

Após a emenda, ficou: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...”

Ora, adjetivos expõem a qualidade de alguma coisa, no caso o serviço público. Então, quando o princípio constitucional do art. 37 impõe que a administração pública forneça serviços eficientes, está especificando sua qualidade. Ou, em outros termos, o tão falado conceito de qualidade, do ponto de vista dos serviços públicos, está marcado pelo parâmetro constitucional da eficiência.

E essa eficiência tem, conforme vimos, ontologicamente a função de determinar que os serviços públicos ofereçam o “maior número possível de efeitos positivos” para o administrado. Isso significa que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser *realmente* eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. O significado de eficiência, pois, remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona. A eficiência é um *plus* necessário da adequação. O indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente. É isso que o princípio constitucional pretende.

Assim, pode-se concluir com uma classificação das qualidades dos serviços públicos, nos quais o gênero é a eficiência, tudo o mais decorrendo dessa característica principal. Logo, adequação, segurança e continuidade (no caso dos serviços essenciais) são características ligadas à necessária eficiência que devem ter os serviços públicos.

Realmente, o serviço público só é eficiente se for adequado (p. ex., coleta de lixo seletiva, quando o consumidor tem como separar por pacotes o tipo de material a ser jogado fora), se for seguro (p. ex., transporte de passageiros em veículos controlados, inspecionados, com todos os itens mecânicos, elétricos etc. checados: freios, válvulas, combustível etc.) e, ainda, se for contínuo (p. ex., a energia elétrica sem cessação de fornecimento, água e esgoto da mesma forma, gás etc.³³).

Para uma classificação dos serviços públicos pelo aspecto da qualidade regulados pelo CDC, ter-se-ia, então, de dizer que no gênero eficiência estão os tipos *adequado, seguro e contínuo*.

Pode acontecer de o serviço ser adequado, mas não ser seguro. Ou ser seguro e descontínuo. Ou ser inadequado apesar de contínuo etc. No primeiro caso, cite-se como exemplo o serviço de gás encanado sem controle de inspeção das tubulações e válvulas. No segundo cite-se o serviço de fornecimento de energia elétrica que é interrompido. No terceiro aponte-se o fornecimento contínuo de água contendo bactérias.

Em todos esses casos há vício do serviço e, dependendo do dano sofrido pelo consumidor, haverá também defeito. Tudo nos exatos termos do estabelecido nas regras dos arts. 14 e 20 da Lei 8.078/90.

E, claro, como os serviços públicos hão de ser eficientes, as variáveis reais possíveis da junção dos tipos não são apenas as dicotômicas apresentadas (adequado-inseguro; seguro-descontínuo; inadequado-contínuo etc.), mas também podem ocorrer pela conexão das três características: adequado-inseguro-descontínuo; inadequado-seguro-contínuo; adequado-seguro-descontínuo etc.

Foi isso o que ficou estabelecido na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplinou o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, como decorrência do estabelecido no art. 175 da Constituição Federal. É que a carta magna dispõe que a lei deve regulamentar a obrigação da manutenção do serviço público de forma adequada. Leia-se a citada norma constitucional: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu

contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Os §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei 8.987/95, então, dispõem: “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”

Vê-se, portanto, que há ampla determinação para que os serviços públicos sejam eficientes, adequados, seguros e contínuos.

5.5.3. Serviço essencial contínuo

Prosseguindo em nosso exame, chega-se ao aspecto da *essencialidade* do serviço que, na determinação da norma do *caput* art. 22, tem de ser *contínuo*. Há que distinguir dois aspectos: o que se pode entender por *essencial* e o que pretende a norma quando designa que esse serviço essencial tem de ser *contínuo*.

5.5.3.1. Serviço essencial

Começamos pelo sentido de “essencial”. Em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde etc. Nesse sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim, também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de telefonia etc.

Então, é de perguntar: se todo serviço público é essencial, por que é que a norma estipulou que somente nos essenciais eles são contínuos?

Para solucionar o problema, devem-se apontar dois aspectos:

- a) o caráter não essencial de alguns serviços;
- b) o aspecto de urgência.

Existem determinados serviços, entre os quais apontamos aqueles de ordem burocrática, que, de per si, não se revestem de essencialidade. São serviços auxiliares que:

- a) servem para que a máquina estatal funcione;
- b) fornecem documentos solicitados pelo administrado (p. ex., certidões).

Se se fosse levantar algum caráter de essencialidade nesses serviços, só muito longínqua e indiretamente poder-se-ia fazê-lo. Claro que existirão até mesmo emissões de documentos cujo serviço de expedição se reveste de essencialidade, e não estamos olvidando isso. Por exemplo, o pedido de certidão para obter a soltura de alguém preso ilegalmente. É o caso concreto, então, nessas hipóteses especiais, que designará a essencialidade do serviço requerido.

O outro aspecto, sim, é relevante. Há no serviço considerado essencial uma perspectiva real e concreta de urgência, isto é, necessidade concreta e efetiva de sua prestação. O serviço de fornecimento de água para uma residência não

Consumidor é a
pessoa física, a
pessoa natural e
também a pessoa
jurídica

habitada não se reveste dessa urgência. Contudo, o fornecimento de água para uma família é essencial e absolutamente urgente, uma vez que as pessoas precisam de água para sobreviver. Essa é a preocupação da norma.

O serviço público essencial revestido, também, do caráter de urgente não pode ser descontinuado.

E no sistema jurídico brasileiro há lei ordinária que define exatamente esse serviço público essencial e urgente. Trata-se da Lei de Greve – Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. Como essa norma obriga os sindicatos, trabalhadores e empregadores a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, acabou definindo o que entende por essencial.

A regra está no art. 10, que dispõe, *verbis*: “Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II – assistência médica e hospitalar; III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV – funerários; V – transporte coletivo; VI – captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais; X – controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária.”

Dessa forma, nenhum desses serviços pode ser interrompido. O CDC é claro, taxativo e não abre exceções: os serviços essenciais são contínuos. E diga-se em reforço que essa garantia decorre do texto constitucional.

Com efeito, conforme examinamos no início deste trabalho, a legislação consumerista deve obediência aos vários princípios constitucionais que dirigem suas determinações. Entre esses princípios encontram-se os da

intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do art. 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput* do art. 6º) etc.

Ora, vê-se aí a inteligência da lei. Não é possível garantir segurança, vida sadia, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos.

5.5.3.2. Serviço público: serviço ou produto?

Em relação aos serviços em geral há os puros (prestados por meio da própria atividade) e os que são prestados com produtos que compõem o próprio serviço (a tinta do serviço de pintura, a cola da instalação do carpete etc.).

É importante frisar esse aspecto do serviço que se faz acompanhar do produto, para evitar dúvidas quanto ao serviço público, pois ainda que ele entregue algum produto (p. ex., água), continua sendo caracterizado como serviço.

Para elucidar a questão aproveitemos uma objeção feita por ocasião do famoso *blackout* ocorrido no país em abril de 1999. A questão colocada foi: água é produto, eletricidade também. Então, a distribuidora de energia elétrica, como revendedora do produto “energia”, não pode ser responsabilizada pelo acidente de consumo que vitimou centenas de pessoas, em função do *blackout*. É que, em sendo ela distribuidora (comerciante) do produto, simplesmente não fez a sua entrega, porque não o recebeu das linhas de transmissão.

O argumento, entretanto, é falacioso e desconhece a essência do significado do serviço. Como dissemos, há serviços que se prestam acompanhados de produtos. E os serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, gás encanado etc. são típicos nesse caso. Na realidade é o “fornecimento” o serviço prestado. A montagem de toda a rede de transmissão, encanamento, saneamento etc. é feita para que o serviço seja prestado, isto é, para que o “fornecimento” de água, energia elétrica, gás, seja realizado. É, repita-se, serviço essencial, que, por suas características, entrega produto, o que não o descaracteriza como serviço. Assim, na hipótese do *blackout*, a distribuidora responde pelo enquadramento no art. 14 do CDC (defeito do serviço prestado) ou no art. 20 (vício) e em todas as demais regras do sistema legal que cuidam dos serviços.

6. Conclusão

Por tudo o que examinamos neste artigo, pode-se, então, concluir que o CDC incide nas relações jurídicas chamadas de consumo, sempre que num dos polos estiver presente o consumidor e no outro o fornecedor.

Incidirá também quando a prática comercial puder desde logo, mesmo *in abstracto*, vir a tornar-se relação jurídica de consumo, pelo simples fato de poder expor e se impor a um consumidor em potencial. Traduzindo: a aplicação do CDC se dá mesmo antes que qualquer consumidor em concreto compre, contrate, tenhas seus direitos violados etc. Basta a potência, a possibilidade, a virtualidade de ocorrência da relação.

É isto que vai permitir, por exemplo, o controle da publicidade enganosa ou abusiva, ainda que nenhum consumidor real seja enganado; vai permitir o controle prévio e *in abstracto* de cláusula contratual abusiva antes da assinatura ou surgimento da relação contratual efetiva entre fornecedor e consumidor etc.

Aí está, pois, um dos aspectos mais relevantes da Lei 8.078/90 – o da fixação de uma relação jurídica muito abrangente – e que fez com que ela tivesse forte eficácia.

Notas

¹ A designação do alcance específico da Lei 8.078/90 se dá pela explicitação do sentido de relação de consumo, fixada no estabelecimento da definição do conceito de consumidor, de fornecedor, de produto e de serviço. Leia-se à frente, nossos comentários a respeito.

² No novo Código Civil esses pressupostos do pensamento liberal, embora ainda presentes, sofreram mitigação pela inserção de outras de cunho social e ético. Assim, por exemplo, está assegurada a função social do contrato (art. 421), estabelecendo-se a boa-fé objetiva como o modelo de conduta (art. 422) etc.

³ Por exemplo, a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que regula crimes contra a economia popular; a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, que trata da repressão ao abuso do poder econômico; a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, que regulamenta a intervenção no domínio econômico para assegurar a distribuição de produtos necessários ao povo etc.

⁴ Há também, como se verá, definições de fornecedor, produto e serviço.

⁵ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

⁶ “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁷ Bem como os que, não as tendo tomado, participarem de um acidente de consumo. Por exemplo, a garrafa de cerveja explode, atingindo os convivas. Comentaremos esse aspecto mais adiante no subitem 5.1.7.

⁸ Claro que na relação, do outro lado, tem de estar o fornecedor, como veremos no item 5.2.

⁹ Assim está, por exemplo, no REsp 57.974, da 4ª Turma do STJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995, v. u., DJ de 29-5-1995, p. 15524.

¹⁰ Ou qualquer outro motivo, que é de sua exclusiva esfera privada.

¹¹ “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

¹² Aliás, isso é característica do CDC. O uso de elementos tautológicos, repetições e exageros denota esse aspecto.

¹³ Previstas estas nos arts. 26 e 50. Ver comentários no capítulo 19.

¹⁴ É verdade que há “camelôs” constituídos em pessoas jurídicas. Nesse caso, obviamente, enquadram-se como fornecedores regulares do tipo pessoa jurídica.

¹⁵ O elenco é exemplificativo.

¹⁶ “Art. 3º (...) § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

¹⁷ Código de 1916, arts. 43 e s.; Código de 2002, arts. 79 e s.

¹⁸ Código Civil: “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente. Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II – o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis: I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.”

¹⁹ São produtos, claro, que sempre estão acompanhados de serviços. Aliás, como acontece com qualquer produto.

²⁰ Na legislação civil a classificação apresentada é de coisas fungíveis e consumíveis: Código Civil: “Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.”

²¹ O conceito remete a parte do significado de bem consumível do Código Civil (art. 86), como apresentamos acima.

²² Os produtos ditos *in natura* não perdem essa característica quando são vendidos embalados em sacos plásticos após serem limpos, lavados e selecionados.

²³ Os serviços, como se verá, seguem disposição similar.

²⁴ “Art. 3º (...) § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

²⁵ Os chamados serviços essenciais têm, também, regulação complementar no art. 22, e que examinaremos na sequência, no item 5.5.

²⁶ A questão, que estava pacificada na jurisprudência, foi definitivamente resolvida com a edição da Súmula 297 do STJ, que assim dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Foi uma evolução advinda de centenas de decisões, dentre as quais cite-se como exemplo o reconhecimento da aplicação do CDC nas operações bancárias no REsp 57.974-0, da 4ª T. do STJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25-4-1995, v. u. (DJU, I, 29 maio 1995, p. 15524, e IOB 3/11001, ementário).

²⁷ Para uma análise mais detalhada, ver artigo de nossa autoria, A ADIn dos bancos terminou: a vitória da cidadania, in www.saraivajur.com.br/doutrinaArtigos.cfm

²⁸ “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

²⁹ 124. AI 181.264-1/0, rel. Des. J. Roberto Bedran, j. 9-2-1993, v. u., RTJE 132/94.

³⁰ *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 235.

³¹ *Idem*.

³² *Direito administrativo brasileiro*, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1987, p. 90.

³³ Na sequência trataremos do aspecto da *continuidade* do serviço essencial.

¿CÓDIGO EUROPEO DE CONSUMO O CÓDIGOS NACIONALES¹?

GILLES PAISANT

Universidad de Saboya (Chambéry, Francia)

Decano honorario de la Facultad de Derecho y Economía

EXCERTOS

“Las primeras manifestaciones concretas de la voluntad política de proteger a los consumidores aparecieron mucho más tarde con la adopción, por el Consejo de la CEE el 14 de abril de 1975, de un programa preliminar de protección”

“Hoy en día, con una Unión Europea que reúne a 28 Estados miembros y alrededor de quinientos millones de consumidores, las normas que los protegen gozan de un gran alcance”

“Los encargados de dictar soluciones, los jueces nacionales, reaccionarán según los principios derivados de su propia tradición jurídica: por consiguiente, tantos jueces, tantas interpretaciones”

“Y, lo que es más importante, no puede olvidarse que sobre algunas cuestiones la Unión no tiene competencia”

“La codificación europea del derecho de consumo produciría varios e importantes inconvenientes prácticos”

“La experiencia demuestra, en efecto, que se necesita mucho tiempo, no sólo para establecer una norma común, sino también para revisarla”

“Por supuesto, una codificación a derecho constante no tiene como objetivo consolidar el derecho aplicable, pues no impide las evoluciones legislativas, ni tampoco las innovaciones que completen o cambien las normas vigentes”

Introducción

1 La pregunta sólo deja la elección entre dos posibilidades: un código o un código. Es decir que se supone resuelta la cuestión de si es necesario codificar o no el derecho de consumo.

Evidentes e importantes son las ventajas de la codificación. Un código, que reúna en un mismo instrumento el conjunto de normas dedicadas a la protección de los consumidores, contribuye, por su carácter sistemático, a facilitar el conocimiento y la comprensión de tales normas. Desde este punto de vista, la codificación permite una mayor efectividad del derecho de consumo. En efecto, una norma de derecho no puede aplicarse cuando es ignorada. Gracias al código, los consumidores no pueden en adelante ignorar la existencia de un conjunto de leyes, de fácil acceso, que les otorga numerosos derechos. Además, mejor que una ley, aun de carácter general, un código de consumo expresa una verdadera consagración del derecho de consumo: un Código, un Derecho². Confirma el desarrollo y la originalidad de este derecho pluridisciplinar, especial por su ámbito de aplicación, su función y su metodología. Por fin, la codificación del derecho de consumo presenta una significación política. Afirmar la voluntad eminente y duradera de los poderes públicos de proporcionar a los consumidores una protección adecuada en consideración de su situación de inferioridad o debilidad en el marco de sus relaciones con los profesionales³.

2. A nivel nacional, sabemos que hasta el momento sólo cuatro países de la Unión Europea se han dotado de un declarado “Código” de consumo: Francia⁴, Rumanía⁵, Italia⁶ y Luxemburgo⁷. Y fuera de la Unión, dos, que yo sepa: Brasil⁸ y Perú⁹. Es decir, sólo países latinos. España actuó en este sentido con la codificación parcial realizada por el Real Decreto-Legislativo de 16 de noviembre de 2007¹⁰, en el que se han refundido en un único texto la anterior Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, así como otras leyes complementarias¹¹. Otros países han actuado también en el mismo sentido con una ley de carácter general dedicada a diversos aspectos de la defensa de los intereses de los consumidores.

De todas formas, fue en los Estados-nación en los que aparecieron, de forma abierta, las primeras normas específicas en beneficio de los consumidores a finales de los años sesenta, empezando por Suecia a principios de los años setenta con el fin de acompañar la instalación y el desarrollo de la “sociedad de consumo”. En Francia, al igual que en Italia y en Luxemburgo, diversas leyes especiales precedieron a la obra codificadora.

3. A nivel de la Unión Europea, aun mencionando varias veces la palabra “consumidor”, el Tratado de Roma de 1957 no abarcaba ninguna disposición dedicada a la protección de aquél. El tema no estaba en el orden del día, ni tampoco en el de los Estados miembros que formaban en esa época la Comunidad Económica Europea (CEE). La sociedad de consumo aún no existía.

Las primeras manifestaciones concretas de la voluntad política de proteger a los consumidores aparecieron mucho más tarde con la adopción, por el Consejo de la CEE el 14 de abril de 1975, de un programa preliminar de protección¹². Cinco derechos fundamentales fueron reconocidos, todos ellos de actualidad: protección de la salud y de la seguridad, protección de los intereses económicos, derecho a la indemnización de daños, derecho a la formación y a la educación y, por fin, derecho a estar representado. Poco tiempo después se adoptaron las primeras directivas sobre la calidad y la seguridad de diversos productos industriales. En 1978 se puede mencionar, para la buena información de los consumidores, la importante directiva sobre el etiquetado y la presentación de los productos alimenticios de 18 de diciembre de 1978¹³. En cambio, para las primeras directivas relativas a la protección de los intereses económicos y contractuales hubo que esperar hasta mediados de los años 1980¹⁴, es decir más de diez años después de las primeras legislaciones nacionales al respecto.

Salvo la excepción de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, considerada de armonización completa en el año 2002¹⁵, aquellas primeras normas comunitarias eran de armonización mínima. Es decir, que autorizaban a los Estados miembros a mantener o adoptar reglas más protectoras de los consumidores en su propio orden jurídico.

4. Hoy en día, con una Unión Europea que reúne a 28 Estados miembros¹⁶ y alrededor de quinientos millones de consumidores, las normas que los protegen gozan de un gran alcance. Se protege a todos los consumidores en el seno de la Unión Europea. Y, habida cuenta de que la meta de dicha amplia Unión consiste en el establecimiento de un “mercado interior”¹⁷ que debe velar de modo expreso por la promoción de los intereses de los consumidores¹⁸ con el fin de garantizarles un “nivel elevado” de protección¹⁹, se plantea la cuestión de si ya no existen los elementos de una codificación europea del derecho de consumo (I). Sin embargo, no es cierto que dichos elementos sean suficientemente determinantes para considerar obsoleta la idea de codificación nacional (II).

I. Los elementos de una codificación europea

5. Es una realidad: desde algunos años, la Unión Europea ha comenzado un proceso de uniformización de las normas dedicadas a la protección de los intereses de los consumidores (A). Bajo el impulso de la Comisión Europea, existe una indiscutible voluntad política en este sentido que se traduce por la adopción de importantes textos de armonización completa²⁰, es decir normas que obstaculizan al mantenimiento o la implementación de normas distintas, aun más protectoras, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. A pesar de esa tendencia, no puede convencer la idea misma de uniformización, que, de hecho, aun en este ámbito, no representa más que una inoportuna ilusión (B).

A. La tendencia hacia la uniformización

6. Se aprecia este proceso a partir del año 2000. A continuación de la orientación expresada por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico, fue la Directiva 2002/65/CE, de 22 de septiembre de 2002, sobre la comercialización a distancia de los servicios financieros, la que introdujo el proceso de armonización completa en el ámbito especialmente dedicado a los consumidores. Esa elección se funda sobre el hecho de que disposiciones nacionales “divergentes o diferentes” en aquella área “podrían tener una incidencia negativa en el funcionamiento del mercado interior y en la competencia entre las empresas dentro de éste”²¹. Precisamente, dicha directiva se adoptó en consideración al artículo 95 del Tratado CE²², previendo la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

Desde esa época, se desarrolló el fenómeno. Siguió, de modo repetido y sin excepción, con el mismo fundamento textual. Este fue el caso de la Directiva 2005/79/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales, la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa al crédito al consumo, la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, sobre los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y, últimamente, la importante Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Aquellos últimos cuatro textos son particularmente significativos de las orientaciones actuales de las instancias de la Unión Europea en la medida en que, cada uno en su propio ámbito de aplicación, sustituye a anteriores

directivas de armonización mínima que autorizaban los Estados miembros a mantener o adoptar normas más protectoras a favor de los consumidores. Desde principios del año 2000 resulta muy claro que hemos pasado en este ámbito del sistema de la armonización mínima a un principio de armonización completa.

7. En cada caso, la Comisión ha presentado, como un dogma, los mismos argumentos. En su opinión, las disparidades entre las legislaciones nacionales, permitidas por las directivas “de mínimos”, crean obstáculos significativos en el mercado interior que afectan a los empresarios y a los consumidores.

Primero, la fragmentación legislativa provoca distorsiones de competencia entre los proveedores, en detrimento de los que actúan en un país de mayor protección donde la mayor carga reglamentaria se concreta en un aumento de los costes de producción o comercialización. Asimismo, las diferencias entre las legislaciones nacionales, sigue argumentando la Comisión, disuaden de modo inoportuno a los comerciantes de realizar operaciones transfronterizas como consecuencia de los gastos necesarios para la puesta en conformidad jurídica de sus contratos.

Por otra parte, dicha fragmentación afecta también a la confianza de los consumidores en el mercado interior. Es decir que, según las instancias europeas, como consecuencia de las disparidades existentes, los consumidores dudan en contratar con un comerciante o empresario de otro Estado de la Unión; porque, desconociendo el derecho aplicable en dicho Estado, no saben si pueden gozar de los mismos derechos o garantías que al contratar en su propio país. En consecuencia, se privarían de las oportunidades ofrecidas por el mercado interior de proporcionar bienes o servicios menos costosos, en especial por intermedio de internet.

8. En nombre de la realización del mercado interior, el sistema de la armonización completa ha desembocado así, desde hace algunos años, en un conjunto relevante de normas europeas uniformes dedicadas a la protección de los consumidores. Esta uniformización resulta tanto más importante cuanto que no se limita a los aspectos contractuales de la protección de los consumidores. Similar es el fenómeno acerca de la protección de su seguridad con, por ejemplo, la directiva sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos de 1985²³ y la Directiva 2001/95/CE, de 3 de diciembre de 2001, sobre la seguridad general de los productos. Y, con la perspectiva de la resolución de los litigios de consumo transfronterizos, ¿cómo no citar el Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre de 2000,

(Bruselas I) sobre la competencia judicial y el Reglamento 593/2008/CE, de 17 de junio de 2008, (Roma I) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales?

Es decir, que salvo excepciones relevantes como las constituidas por la Directiva 93/13 CE, de 5 de abril 1993, relativa a las cláusulas abusivas, y la Directiva 199/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, las cuales son de armonización mínima, lo esencial de la protección de los consumidores procedente de la Unión Europea representa, hoy en día, un conjunto de normas uniformes, de orden público, que no soportan reglas nacionales diferentes. En consecuencia, ¿no se podría considerar que este conjunto reúne ya los elementos de un verdadero código europeo de consumo aplicable en todo el territorio de la Unión Europea? Tal código ya existiría, sólo faltaría completarlo.

9. Desde hace años, este concepto de Código europeo de consumo, que sustituya a las legislaciones nacionales existentes, ha sido objeto de debate²⁴, y tiene sus partidarios²⁵. Se le atribuyen varios méritos.

La unificación de las normas codificadas permitiría la supresión de los conflictos de leyes

Primero, la unificación de las normas codificadas permitiría la supresión de los conflictos de leyes y haría más fácil la resolución de los litigios de consumo transfronterizos. Sería por tanto un elemento determinante de la codificación en la medida en que se trata de incrementar los intercambios transfronterizos para la realización del mercado interior. De modo complementario, tranquilizados por la existencia de una protección uniforme, los consumidores ya no dudarían en aprovechar plenamente las ventajas competitivas facilitadas por ese gran mercado. Por otra parte, añadiéndose al euro, la adopción de un código europeo de consumo concretaría, al mismo tiempo que reforzaría, el concepto de ciudadanía de la Unión, habida cuenta de sus implicaciones para la vida cotidiana de sus quinientos millones de ciudadanos-consumidores. Además, sería la única vía concebible para la instauración de un verdadero derecho de consumo de la Unión Europea²⁶, así como para proporcionar a una materia “particularmente amplia” la coherencia necesaria para su desarrollo²⁷. Por fin, un derecho único llevaría más seguridad jurídica tanto a los consumidores como a los comerciantes o empresarios, suprimiendo los conflictos de competencia entre la Unión Europea y los Estados miembros²⁸.

Desde un punto de vista formal, el instrumento de dicha codificación europea podría ser tanto un reglamento, como un convenio internacional²⁹.

Sabemos que, por motivos similares, existen también otros proyectos de codificación europea, como son los relativos al derecho de contratos. Recordemos que en el año 2001 la Comisión había emitido una comunicación con el fin de recopilar informaciones sobre la necesidad de una acción comunitaria al respecto³⁰, a continuación de los trabajos dirigidos por Ole Lando sobre los principios de derecho contractual europeo³¹. Sin embargo, resulta claro que ambos proyectos no pueden confundirse, ya que el derecho de consumo no se limita al ámbito contractual como consecuencia de su carácter multidisciplinar.

De todas formas, cualquiera que sea la codificación europea considerada, parece claro que la idea misma de unificación o uniformización de las normas aplicables en el seno de la Unión Europea procede de una visión más bien dogmática de las cosas, que desprecia las realidades, y, como consecuencia de ello, los verdaderos intereses de los consumidores.

B. La falta de pertinencia de la codificación europea

10. La codificación europea del derecho de consumo se enfrenta a dos series de obstáculos, unos de orden técnico, otros de orden teleológico y práctico.

11. Desde un punto de vista técnico, el primer obstáculo para la unificación normativa radica en la diversidad de los idiomas vigentes en la Unión Europea, ya que desde el 1º de julio de 2013 el croata constituye su vigésimo-cuarto lengua oficial. Es decir, que la ley única, con las indispensables exigencias de traducción, existirá en veinticuatro versiones distintas. En estas condiciones, resulta evidente que por mor de la variedad de las tradiciones jurídicas existentes en la Unión y consiguientemente por las diferencias entre los vocabularios jurídicos y conceptos en uso, la unidad legislativa no puede ser más que una ilusión, sino un engaño. Tantas traducciones, tantas normas distintas, resulta conocido este fenómeno³².

Un ejemplo entre otros: la palabra “comerciante” (versión española) que sirve para la determinación del ámbito de aplicación de las directivas de protección de los consumidores, como sucede en la Directiva de 25 de octubre de 2011. En este mismo sentido, la versión rumana menciona al “comerciant”, pero en francés, portugués e italiano, se usa la palabra “professionnel”, “profissional” o “professionista”; mientras que en inglés se trata de un “trader”. Este ejemplo basta para mostrar la falta de equivalencia

entre esas nociones en los distintos ordenamientos jurídicos. De hecho, no hay equivalencia entre un “comerciante” y un “profesional”. Así, respecto al derecho francés, el “*commerçant*” no representa más que una categoría especial de “*professionnel*”, el cual está sujeto a un estatuto particular.

Además de los problemas de traducción, se plantea la cuestión de la interpretación de la ley traducida y presuntamente única. Por supuesto, no podrá ser una interpretación única, ni siquiera uniforme. En primer lugar, los encargados de dictar soluciones, los jueces nacionales, reaccionarán según los principios derivados de su propia tradición jurídica: por consiguiente, tantos jueces, tantas interpretaciones. Cada corte de casación o suprema nacional realizará su propia obra de unificación jurisprudencial en el seno de su propio sistema, sin consideración de los demás. Se necesitará muchísimo tiempo para que el Tribunal de Luxemburgo llegue a lograr la plena armonización. De hecho, no pueden ignorarse las lecciones de la historia. Por ejemplo, el Código civil francés fue literalmente, en el mismo idioma, el Código civil de Bélgica y de Luxemburgo. Sin embargo, sabemos muy bien que, a partir de un texto exactamente idéntico, se produjeron distintas interpretaciones de las cortes de casación nacionales. Desde hace tiempo existe la evidencia de que *una ley única no significa derecho idéntico*. Pretender que la codificación europea de las normas de protección de los consumidores serviría para uniformizar el derecho aplicable en este ámbito resulta cuanto menos falso, si no engañoso.

Y, de todos modos, sabemos que el derecho de la Unión Europea no abarca todos los aspectos de la protección de los consumidores. La codificación de que se trata no podría ser más que una codificación parcial. Hasta el momento, por lo menos, hay temas como el sobreendeudamiento de los consumidores o el crédito inmobiliario, que han sido tenidos en cuenta por varias legislaciones nacionales, pero sin eco en las directivas o reglamentos europeos. Y, lo que es más importante, no puede olvidarse que sobre algunas cuestiones la Unión no tiene competencia. Tal es el caso de las sanciones aplicables, tanto civiles, como administrativas o penales, o los procedimientos aplicables para la puesta en ejecución de los derechos otorgados. Desde este punto de vista la realización de un código europeo completo de consumo resulta totalmente ilusorio, y eso tanto cuanto más diversas son las concepciones mismas del derecho de consumo, de sus funciones, de su metodología, de su contenido y ámbito de aplicación.

La Unión Europea es rica en su diversidad, la cual puede combinarse muy bien con el sistema de armonización mínima de las legislaciones nacionales,

pero que en cambio no parece compatible con el principio de la regla única y obligatoria que desconoce los contextos nacionales.

12. Precisamente, desde un punto de vista teleológico, el sistema de la codificación, al igual que el de la armonización completa, parece sobrepasar las finalidades invocadas relativas a la realización y el funcionamiento del mercado interior.

En efecto, el actual artículo 114 TFUE (ex art. 95 CE), constantemente repetido en las actuales normas de plena armonización, preve sólo la “aproximación”³³ de las disposiciones legislativas o reglamentarias para las necesidades de dicho mercado. Ahora bien, “aproximación” y “uniformización”, y, a fortiori, “unificación”, no son palabras sinónimas. Es decir que, por ejemplo, cuando la Directiva 2011/83, de 25 de octubre de 2011, expone que los comerciantes y consumidores “deben poder contar con un único marco normativo”³⁴ con miras a eliminar los obstáculos en el mercado interior, las instancias de la Unión establecen una práctica que no respeta los términos mismos del Tratado. Esta práctica parece contraria a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin embargo vigentes en este ámbito. Precisamente, es preciso recordar que inicialmente, para la aproximación de las normas nacionales y la realización del mercado único, las instancias europeas adoptaban, con el mismo fundamento textual, sólo directivas de armonización mínima ¿Estaban equivocadas durante tantos años?

El exceso actual resulta tanto más inoportuno cuanto que las disparidades entre las legislaciones nacionales de consumo, contrariamente a las afirmaciones de la Comisión Europea, no constituyen los verdaderos obstáculos a la realización o al desarrollo del mercado interior y de los intercambios transfronterizos. Esas diferencias dejan indiferentes a los consumidores, ya que normalmente desconocen hasta su propia legislación nacional y sus derechos. Si su ignorancia o dudas sobre sus garantías explicasen sus reticencias a comprometerse con un empresario extranjero, eso implicaría también que no consumirían nada y nunca. Y, desde el punto de vista de los empresarios, la existencia de una norma única, no podría de todos modos exonerarlos de los costes necesarios para la puesta en conformidad lingüística de sus modelos de contratos en función de los países en los cuales desearían proponer sus bienes o servicios. En realidad, los obstáculos al comercio transfronterizo radican en varias circunstancias que, a menudo, se acumulan, como por ejemplo: las diferencias lingüísticas, que hacen más difícil la comprensión entre las partes, sea para ponerse de acuerdo, en el momento

de la celebración del contrato, sobre su contenido y sus modalidades, o sea para el arreglo de un eventual litigio posterior debido a una mala ejecución; los riesgos de fraudes con motivo del uso de la tarjeta bancaria en internet; la preferencia de los consumidores para el comercio de proximidad con un empresario perfectamente identificado, conocido y de confianza, y con quien se puede explicarse; la economía de los gastos y de la duración del transporte; las previsible dificultades inherentes al servicio post-venta, las diferencias de regímenes tributarios, etc.

Pues bien, a la inversa del dogma procedente de la Unión Europea, *la realización del mercado interior no necesita en absoluto una unificación de las normas de protección de los consumidores*. El ejemplo de los Estados Unidos aporta una prueba más de ello: no resulta unificado el derecho de consumo en aquel país de estructura federal³⁵ y, sin embargo, ¿quién podría poner en duda la existencia allí de un auténtico mercado interior?

13. Además, la codificación europea del derecho de consumo produciría varios e importantes inconvenientes prácticos.

Primero, la norma única y obligatoria, necesariamente norma de compromiso entre varias tendencias, podría tener por efecto, si no por objeto, sustituyendo a las disposiciones nacionales existentes, de restringir o aminorar los derechos anteriormente concedidos a millones de consumidores. Ya se notó ese fenómeno con la práctica de las directivas de armonización completa³⁶, especialmente en detrimento de los consumidores establecidos en los Estados de la Unión Europea que ya poseían una fuerte tradición de protección de los consumidores. Por ejemplo, las sentencias del tribunal de Luxemburgo de 25 de abril de 2002 reconociendo el carácter de plena armonización a la Directiva 85/374/CE sobre la responsabilidad por productos defectuosos obligaron a Grecia³⁷ y a Francia³⁸ a revisar su ley nacional, que preveía modalidades de indemnización más favorables para las víctimas. En el mismo sentido, decidió que en España no podía aplicarse al respecto la ley general de protección de los consumidores de 1984 porque dicha ley resultaba más favorable que la ley especial de transposición de 1994³⁹. Otro ejemplo, entre otros, con la Directiva 2008/48/CE sobre el crédito al consumo, lo que obligó al legislador francés a admitir la licitud de las estipulaciones

Los consumidores
ya no dudarían
en aprovechar
plenamente
las ventajas
competitivas
facilitadas por ese
gran mercado

anteriormente prohibidas, previendo una indemnización del organismo de crédito en caso de reembolso anticipado por el consumidor.

Si recordamos que aquellas directivas de armonización completa se adoptaron “a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores”⁴⁰, se nota el carácter por lo menos paradójico de la situación. Con el pretexto de conceder un nivel elevado de protección a los consumidores se produce una reducción de los derechos de millones de ellos. Tal situación resulta totalmente inoportuna en una época de globalización, que hace a los consumidores cada vez más vulnerables.

Por otra parte, la codificación europea tendría por efecto de cuajar, por un tiempo indeterminado, la norma aplicable. La experiencia demuestra, en efecto, que se necesita mucho tiempo, no sólo para establecer una norma común, sino también para revisarla. Por ejemplo se adoptó la Directiva 87/102 CE sobre el crédito al consumo después de once años de negociaciones y se necesitó después veintidos años para derogarla por la Directiva 2008/48 CE de 23 de abril de 2008. Es decir que el tiempo para reaccionar a las evoluciones de las prácticas comerciales, de la tecnología o del cambio de costumbres de consumo y, consecuentemente, para adaptar la norma correspondiente al contexto, resulta mucho más largo para el legislador europeo que para el legislador nacional. El riesgo consiste entonces en deber seguir aplicando durante años una norma europea desconectada de las nuevas realidades de los Estados miembros o de varios de ellos. El sistema de la codificación europea, sobre todos los aspectos codificados, priva de modo inoportuno al legislador nacional de su misión fundamental consistiendo en dotar sus ciudadanos de leyes que corresponden a su situación concreta y sus verdaderas necesidades.

Pues bien, el conjunto de aquellas consideraciones lleva a rechazar el concepto de codificación europea y preferir el de codificación nacional.

II. La preferencia por las codificaciones nacionales

14. Si la codificación nacional presenta la gran ventaja de ahorrar los inconvenientes vinculados a la existencia de una codificación europea, sin perder el beneficio inherente a toda codificación⁴¹, no se ha de creer que dicha codificación nacional resulta más fácil. De hecho, existen dos grandes categorías de codificaciones: una codificación separada y una codificación integrada.

A. La codificación autónoma

15. Es decir que en este sistema el derecho de consumo es objeto de una codificación propia. Se establece así un código de consumo distinto de los demás códigos existentes en el ordenamiento jurídico nacional considerado. El derecho comparado nos enseña que en este tipo de codificación son dos las fórmulas posibles: la codificación-compilación y la codificación-inovación.

16. La *codificación-compilación* es la que se realiza a derecho constante. Es decir, en esta opción, el legislador nacional intenta reunir en un único instrumento normativo, según una lógica temática, las diversas y dispersas leyes existentes, promulgadas sin coherencia, al capricho de las oportunidades, dedicadas a la protección de los consumidores. El primer objetivo de este tipo de codificación es de orden pedagógico. Se trata de facilitar el conocimiento de las normas vigentes por los consumidores mismos y por los jueces que se encargan de su aplicación.

Este método fue el que *Francia* eligió en 1993⁴². Más tarde, *Rumanía*, *Italia* y *Luxemburgo* adoptaron el mismo sistema⁴³. Tal codificación se consideró como un progreso legislativo, aportando una cierta coherencia al derecho de consumo y reconociéndole un carácter pluridisciplinar original. Era como consagrarlo, proporcionando sus cartas de nobleza.

17. Sin embargo, a pesar del progreso que representa esta codificación en comparación con la situación anterior, no ha resultado plenamente satisfactoria. Presenta varios límites o debilidades.

Primero, en su propia lógica, la codificación-compilación se realiza sin añadidos y sin retiradas. El contenido de las normas existentes resulta igual en todas sus características. Ya que no cambian las varias leyes codificadas, tales leyes conservan la totalidad de sus defectos, padecen de las mismas lagunas y presentan las mismas dificultades de interpretación que antes.

Además, puesto en práctica de modo estricto, este método excluye de la obra de codificación todas las aportaciones de la jurisprudencia.

18. Por supuesto, una codificación a derecho constante no tiene como objetivo consolidar el Derecho aplicable, pues no impide las evoluciones legislativas, ni tampoco las innovaciones que completen o cambien las normas vigentes.

En este sentido, ha evolucionado bastante el código francés desde 1993. Tuvo que integrar muchas reformas, ya que el derecho de consumo es un derecho muy vivo. Pero a veces tal integración no resulta muy satisfactoria porque la nueva ley no se ajusta exactamente a una estructura del código anteriormente definida que el legislador, por comodidad, evita modificar.

Se practica así la chapuza legislativa. A menudo es el caso de las reformas impuestas por la transposición al derecho nacional de las directivas europeas⁴⁴.

El reciente proyecto de ley francés “relativo al consumo”⁴⁵ proporciona una interesante ilustración de tales dificultades. A título esencial, teniendo por objeto instituir una “class action” a la francesa y transponer al derecho nacional la Directiva de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, dicho proyecto prevé también añadir por primera vez en el Código de consumo vigente, como disposición liminar, una definición general del “consumidor”: la misma que aparece en la directiva en su traducción francesa⁴⁶. Buscando la uniformización a la vez nacional y europea de esta noción, este texto considera que proporcionar así más coherencia a nuestro Código. Sin embargo, si aquel proyecto se convierte en ley, el resultado será el contrario. En efecto, esa reforma no cambiará el ámbito de aplicación más o menos específico de cada una de las leyes que fueron codificadas. Por ejemplo, las disposiciones relativas a las cláusulas abusivas seguirán aplicándose, no sólo a los “consumidores”, sino también a los “no-profesionales”, entendidos por la jurisprudencia actual de la Corte de casación como personas jurídicas que contraten con un propósito ajeno a su actividad profesional⁴⁷; igualmente para la protección instituida contra las cláusulas de renovación tácita⁴⁸. Y hay más que choca con las disposiciones del Código dedicadas a la seguridad de los consumidores. La reforma proyectada se encaminaría a reservar la protección de la integridad corporal a las únicas personas físicas actuando fuera del marco de su actividad profesional. De este modo, por ejemplo, un artesano pintor de brocha gorda, ya no tendría derecho a recibir las informaciones útiles permitándole evaluar los riesgos inherentes a los productos que usa para satisfacer a sus clientes⁴⁹. En estas condiciones, algunas personas físicas gozarían de un mayor derecho a su seguridad corporal que las demás según que actúen o no actúen con propósito ajeno a su actividad profesional. Al igual que en *Rebelión en la granja* de Orwell, algunas personas físicas resultarían al respecto más iguales que las demás; lo que sería contrario a nuestros principios constitucionales.

19. Por otra parte, la codificación a derecho constante corre el riesgo de volverse un sistema. Si se adopta este tipo de codificación para el derecho de consumo ¿por qué no extender esta fórmula a otras ramas del derecho? Es el caso de Francia que de nombre tiene hoy en día 69 códigos, esencialmente códigos-compilaciones realizados por una comisión administrativa, la Comisión Superior de Codificación. En este contexto, el problema radica en las múltiples ocasiones de interferencias entre varios códigos, porque

reglamentaciones determinadas pueden colocarse en varios códigos, lo que de modo inoportuno ha llevado al legislador francés a repetir textos idénticos en códigos distintos. Por eso, este tipo de codificación implica hacer esfuerzos para delimitar con precisión y rigor el contenido del derecho de consumo, es decir, ponerse previamente de acuerdo sobre el concepto mismo de derecho de consumo, lo que forma parte de él y lo que se queda fuera. Es un ejercicio muy difícil y debatido. Por ejemplo ¿dónde colocar la cuestión de las prácticas comerciales desleales después de la Directiva de 11 de mayo de 2005: Código de consumo, Código de comercio, Código penal? ¿Es preciso distinguir según las disposiciones consideradas, o no? ¿Existe una solución idónea?

Igualmente se plantea la cuestión con el otro tipo de codificación autónoma.

20. La *codificación-inovación* es un método más ambicioso; más difícil también, que exige una voluntad política particular. Sin embargo, en esta figura, la innovación puede ser de geometría variable.

De modo completo fue usada aquella fórmula en *Brasil* para la elaboración del Código de 11 de septiembre de 1990 estableciendo “normas de proteção e defesa do consumidor”⁵⁰, dos años después de haber dispuesto, en la constitución federativa, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”⁵¹. Esa codificación fue enteramente innovadora en ausencia de leyes brasileñas preexistentes específicas sobre la protección de los consumidores. Tuvo varias legislaciones extranjeras como fuentes de inspiración⁵², hasta tal punto que se pudo caracterizar como una “obra comparatista”⁵³. Este tipo de codificación se concibe en un país anteriormente desprovisto de dispositivo significativo de protección de los consumidores o cuyo dispositivo tenía que ser renovado.

21. Por supuesto, puede ser simplemente parcial la innovación inherente a la codificación del derecho de consumo. El *Código peruano* de 2010⁵⁴ representa una ilustración de este método en la medida en que este instrumento, preparado por una comisión especialmente designada por el poder ejecutivo, recoge la experiencia de aplicación de casi veinte años de la precedente ley de defensa del consumidor de 1991⁵⁵ y siguientes. Moderniza la normativa anterior, al mismo tiempo que armoniza las demás leyes, dispersas, existentes sobre el tema.

Un derecho
único llevaría
más seguridad
jurídica tanto a
los consumidores
como a los
comerciantes o
empresários

Sin embargo, la nueva norma, ampliamente debatida y de mejor concepción, va más allá instituyendo la exigencia de protección a los consumidores “como un principio rector de la política social y económica del Estado” conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de la constitución política⁵⁶. Así se destacan ocho principios directores⁵⁷: soberanía del consumidor⁵⁸, interpretación pro consumidor⁵⁹, transparencia⁶⁰, corrección de la asimetría⁶¹, buena fe⁶², protección mínima⁶³, pro asociativo⁶⁴ y primacía de la realidad⁶⁵. Estos principios resultan importantes, porque representan las líneas rectoras que deberán ser tomadas en cuenta para la resolución de los litigios de consumo. De este modo, la reciente codificación peruana representa mucho más que simples mejoras a las normas vigentes, expresando “un cambio de visión, no de preceptos sino de principios, no del detalle sino del conjunto”⁶⁶.

Al igual que los demás códigos de consumo, el Código peruano tiene por efecto presentar el conjunto de sus normas como una rama específica del derecho dedicada a relaciones de consumo.

Muy distinto es el sistema que consiste en la incorporación del dispositivo particular de protección de los consumidores en un código existente de ámbito general.

B. La codificación integrada

22. En esta figura, las normas relativas a las relaciones de consumo resultan integradas en el Código civil. Podría ser también el Código de comercio. Pero de modo habitual, según el modelo alemán, se trata del Código civil.

Se sabe, en efecto, que con motivo de la transposición de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre la venta y garantías de bienes de consumo, *Alemania* eligió reformar su Derecho de obligaciones con una Ley de 26 de noviembre de 2001 que entró en vigor el 1º de enero de 2002. Frente a una pequeña solución (*kleine Lösung*), privilegió la gran solución (*grosse Lösung*), que consistía en reformar las disposiciones del Código civil (BGB) relativas a las obligaciones. Es decir que, de este modo, se integraron en el BGB elementos importantes del derecho de consumo⁶⁷. El fenómeno había empezado con una Ley de 27 de junio de 2000⁶⁸ que había incorporado en el BGB las definiciones del consumidor y del proveedor al igual que disposiciones uniformes sobre el derecho de retracto. En adelante, se puede considerar que lo esencial de la protección contractual de los consumidores forma parte del BGB: contratos a distancia, contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, condiciones generales de contratación, “time-sharing”, crédito al consumo, garantías en las ventas de bienes de consumo. Esta *integración en*

el Código civil no se realizó en bloque sino punto por punto. Es decir que las normas de consumo se introdujeron en distintos libros, títulos y secciones del BGB, según la naturaleza del tema considerado.

Este método de codificación se fundamenta en la idea de que el derecho de consumo forma parte integrante del derecho civil. Si es verdad que el derecho de consumo no es de aplicación a todos los contratantes, no se puede ignorar que cualquier persona, con regularidad y de modo indispensable, actúa como consumidor. Consecuentemente, el Derecho de consumo rige una gran mayoría de contratos, lo que justificaría considerarlo como una parte del derecho civil. Así, desde un punto de vista práctico, se fortalecería la transparencia del derecho, y todas las disposiciones necesarias para la resolución de un problema jurídico se encontrarían en un mismo instrumento. Además, la integración en el Código civil haría resaltar las necesarias relaciones entre los principios generales del derecho civil y las disposiciones especiales del derecho de consumo.

Con variantes, varios países han elegido también este sistema de codificación civil del derecho contractual de consumo, Países Bajos, por ejemplo.

23. Recientemente, en el mismo sentido, se ha elaborado en *Argentina* un proyecto de “Código civil y comercial”⁶⁹ que incorpora disposiciones significativas de protección jurídica de los consumidores; una protección anteriormente inscrita en la Ley 24-240, de 13 de octubre de 1993, varias veces modificada desde su promulgación.

En especial, el código propuesto contiene, a continuación de un título II sobre “los contratos en general”, un título III dedicado a los “contratos de consumo” que, además de la definición del consumidor, regula las prácticas abusivas, la información y la publicidad dirigida a los consumidores, los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos comerciales⁷⁰ y las cláusulas abusivas. También, en el título IV relativo a los “contratos en particular”, se notan, por ejemplo, disposiciones específicas sobre los contratos bancarios con consumidores⁷¹ o sobre el tema del tiempo compartido⁷². Y, fuera del ámbito contractual, dicho proyecto preve, por ejemplo, disposiciones sobre responsabilidad civil que complementan la legislación especial al respecto: función preventiva de la responsabilidad (art. 1710 y s.), nuevos daños resarcibles tales como la pérdida de chance (art. 1738). Por último, en anexo, se prevén varias modificaciones a la Ley general de 1993.

Para sus defensores, aquel proyecto, contribuyendo en elevar la jerarquía del sistema normativo de protección del consumidor, en adelante colocado entre la Constitución Nacional (art. 42 y 43) y la Ley 24-240, “traerá aparejado un incremento en su eficacia, por un mejor conocimiento

y compromiso de los operadores jurídicos en su aplicación⁷³. Representa “un avance significativo en el derecho del consumidor” proporcionándole una “estabilidad” que desconocía anteriormente⁷⁴.

24. De modo abstracto, sin criticar los ordenamientos jurídicos que la adoptaron por consideraciones propias, se puede no obstante concebir que dicha fórmula de codificación-absorción de las normas de protección de los consumidores en el Código civil no sea la fórmula idónea. Sabemos, por ejemplo, que en 2005 Italia cambió su modelo, vaciando de su contenido el capítulo de su Código civil dedicado a los contratos de consumo (art.1469 bis y s.) en beneficio de su nuevo “Codice del consumo”.

En efecto, numerosos e importantes son los inconvenientes de la codificación civil en lo relativo a los consumidores.

Y, de todos modos, sabemos que el derecho de la Unión Europea no abarca todos los aspectos de la protección de los consumidores

Primero, este sistema niega el carácter específico y multidisciplinar del derecho de consumo. Este derecho, en efecto, no se limita a los aspectos contractuales, sino que comprende también aspectos administrativos, procesales y penales que no se pueden ignorar.

Además, aun considerando sólo el aspecto contractual, los contratos de consumo obedecen a *reglas derogatorias* en comparación con los principios del Código civil. No ha de olvidarse que todas esas reglas, relativas exclusivamente a las

relaciones entre empresarios y consumidores, fueron adoptadas en consideración a la inadecuación de las normas civiles vigentes: derecho de retracto, derecho a la información, nulidad de las cláusulas abusivas, etc. Entonces, si ahora se trata de integrar esas normas contractuales específicas y derogatorias en el Código civil, se debería proseguir la lógica y, por ejemplo, incorporar en éste la normativa del contrato de trabajo en beneficio de los asalariados. ¿Cuál es la lógica que quiere integrar las disposiciones especiales relativas a los contratos de consumo en el Código civil y dejar fuera las, igualmente especiales, sobre los contratos de trabajo? En ambos supuestos, se trata de una legislación de protección de una parte débil contra una parte fuerte en el marco de relaciones contractuales determinadas. ¿Por qué uno en el Código civil y no el otro? No se entiende muy bien.

Y, en el caso argentino ¿cómo arreglar las relaciones entre las disposiciones del nuevo Código y las de la Ley 24-240, aun revisada? ¿Cuál es el principio de distribución de normas entre los dos?

Por otra parte, se nota que la práctica de la incorporación al Código civil desemboca en el fraccionamiento de las disposiciones aplicables a las relaciones de consumo. No sólo los dispositivos procesales, penales u otros relativos a la protección de los consumidores quedan fuera del Código civil, sino también la materia contractual resulta dispersa en varias de sus subdivisiones. Lo demuestra muy bien el BGB alemán y también, pero con menor intensidad, el proyecto argentino. De todas formas, esa fragmentación de las normas protectoras corre el riesgo de obstaculizar su conocimiento por parte de los consumidores y, consiguientemente, su eficiencia.

25. Finalmente, la cuestión de la codificación del derecho de consumo no es una ciencia exacta. Es el ámbito de la relatividad. Lo demuestra muy bien el derecho comparado.

Si, desde nuestro punto de vista, por lo menos, la codificación nacional del derecho de consumo presenta las ventajas de evitar los inconvenientes de una codificación coercitiva supranacional, su realización suscita el debate. Entre sus formas concebibles, nuestra preferencia va en el sentido de una codificación propia, separada del Código civil, con miras a consagrar la originalidad de este derecho, proporcionándole más relieve, favoreciendo su conocimiento y su buena aplicación.

Sin embargo, más allá de estos aspectos formales, lo más importante radica en la existencia de una protección efectiva en nuestro mundo que se globaliza y en el que los consumidores parecen cada vez más vulnerables.

Notas

¹ El autor agradece al prof. Dr. Javier Lete Achirica, de la Universidad de Santiago de Compostela, la amistosa revisión del castellano de este texto.

² J. Calais-Auloy, *Un code, un droit*, in *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 13 y s.

³ Desde este punto de vista, se nota que varios países, sin embargo sin verdadero «Código» de consumo, decidieron incluir la exigencia de protección a los consumidores en su Constitución: por ejemplo, Portugal, Constitución de 1976, art. 60; Lituania, Constitución de 1992 revisada en el 2004, art. 46; Polonia, Constitución de 1997, art. 76, Colombia, Constitución de 1991, art. 52, etc.

⁴ Ley n° 93-949 de 26 de julio de 1993, JORF 27 de julio de 1993, p.10538 ; véase J. Beauchard, *Remarques sur le code de la consommation*, in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 9 y s. ; D. Bureau, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, D. 1994, chron. p. 291 y s. ; adde : G. Paisant, *A propos des vingt ans du code de la consommation*, JCP G, 2013 Etudes, 621.

⁵ Ley n° 296 de 28 de junio de 2004.

⁶ Decreto Legislativo n° 206 de 6 de septiembre de 2005.

⁷ Ley de 8 de abril de 2011, Memorial 12 de abril de 2011.

⁸ Ley 8078 de 11 de septiembre de 1990; véase C. Lima Marqués, A. Benjamin y B. Miragem, *Comentarios ao código de defesa do consumidor*, ed. Revista dos Tribunais, 3ra ed. 2010.

⁹ Ley n° 29571 de 14 de agosto de 2010, Diario Oficial 2 de septiembre de 2010.

¹⁰ BOE n° 287, 30 de noviembre de 2007; véase: R. Bercovitz Rodriguez-Cano (coord.) *Comentario del texto refundido de la ley para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2009 ; S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentario a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011. En cambio, hay que destacar que en España Cataluña se ha dotado de un «Código de consumo»: Ley 22/2010 de 20 de julio de 2010, BOE 13 de agosto de 2010. Conforme al art. 123 del Estatuto de autonomía de Cataluña, la Generalitat tiene competencia exclusiva en materia de consumo.

¹¹ Sin embargo, si dicha Ley contiene la gran mayoría de las normas sobre la protección de los consumidores, no las contiene todas. No se integraron, por ejemplo, la Ley 4/2012 de 6 de julio de 2012 sobre el aprovechamiento por turno de bienes inmobiliarios, tampoco la Ley 16/2011 de 24 de junio de 2011 sobre los contratos de crédito al consumo. Adde, sobre las opciones posibles para la transposición de la directiva 2011/83 UE relativa a los derechos de los consumidores, E. Cordero Lobato, ¿Cómo transponer la directiva de consumidores al derecho español? *Rev. CESCO de Derecho de consumo*, n° 1, 2012, p.108 y s.

¹² JOCE C 92 de 25 de abril de 1975.

¹³ Directiva 79/112 CEE, JOCE, L 8 de febrero de 1979; Directiva reemplazada por la 2000/13 CE de 20 de marzo de 2000.

¹⁴ Por ej.: Directiva 84/450 CEE de 10 de septiembre de 1984 sobre la publicidad engañosa; Directiva 85/577 CEE de 20 de diciembre de 1985 sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

¹⁵ Por ej. CJCE 25 de abril de 2002, C-183/00 González Sánchez, D. 2002, p. 2462, nota Larroumet.

¹⁶ Croacia fue el vigésimo octavo a partir de 1° de julio de 2013.

¹⁷ TUE, art. 3.

¹⁸ TFUE, art. 169.

¹⁹ TFUE, art. 114 y 169; Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 38.

²⁰ Se encuentran también las expresiones de armonización «máxima» o «total».

²¹ Considerando 12.

²² Ahora, art. 114 TFUE.

²³ *Supra*, n° 3.

²⁴ Por ej., en Francia, F. Osman (dir), *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998 ; Y. Picod y H. Davo, *Droit de la consommation*, sda ed. Sirey, 2010, n° 21.

²⁵ Por ej. J. Calais-Auloy, *Un code européen de la consommation? in Vers un code européen de la consommation*, préc., *supra* nota 23, p. 399 y s.

²⁶ S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, n° 19 ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2008, n° 21.

²⁷ Th. Bourgoignie, *Droit et politique communautaire de la consommation*, in *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 128.

²⁸ S. Chillon, *Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Centre de droit de la consommation, Louvain la Neuve, 1999, p. 580.

²⁹ J. Calais-Auloy y H. Temple, *Droit de la consommation*, 8a ed., Dalloz, 2010, n° 43.

³⁰ COM/2001/0398 final, DO. C 255, 13 sept. 2001.

³¹ *Principles of European Contract Law*, parts I and II, Kluwer Law International, 2000.

³² Véase, por ej. : G. Lardeux, *Terminologie et traduction des législations relatives au droit des contrats*, *Rev. Int. Dr. Comp.* 2012, p 817 y s. ; H.P. Glenn, *La tradition juridique nationale*, *Rev. Int. Dr.Comp.* 2003, p. 263 y s.

³³ «Approximation» en inglés; «aproximação» en portugués; «rapprochement» en francés; «aproprierea» en rumano; «ravvicinamento» en italiano, etc.

³⁴ Considerando 7.

³⁵ S. W. Waller, J.G. Brady y R.J. Acosta, *Consumer protection in the United States : an overview*, *Eur. Journ. Consum. Law*, 2011/4, p 803 y s.

³⁶ Véase, G. Paisant, *Brèves considérations sur la question du recul des droits des consommateurs nationaux par l'effet du droit communautaire*, in *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, *Soc. Lég. Comp.*, Paris, 2005, p. 329 y s.

³⁷ Asunto C- 154/00.

³⁸ Asunto C-52/00.

³⁹ Asunto C-183/00.

⁴⁰ Directiva 2011/83 UE, art. 1.

⁴¹ *Supra*, n° 1.

⁴² *Supra*, n° 2.

⁴³ *Supra*, n° 2.

⁴⁴ En Rumanía, se eligió integrar las Leyes de transposición posteriores a la promulgación del Código como anexos al mismo.

⁴⁵ Doc. Ass. Nat. n° 1015, 14a legislatura.

⁴⁶ «Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale».

⁴⁷ Cass. civ. 1ra, 15 de marzo de 2005, Bull. civ. I, n° 135 ; JCP G, II, 10114, nota Paisant ; D. 2005, p. 1948, nota Boujeka.

⁴⁸ C. cosm. Art. L 136-1.

⁴⁹ Véase C. cosm. art. L 221-1-2 y L 221-1-3.

⁵⁰ Art. 1.

⁵¹ Art. 5, § XXXII.

⁵² A. Benjamin, C. Lima Marqués y L.R. Bessa, *Manual de direito do consumidor*, ed. Rev. Trib., 2007, p. 46 y s.

⁵³ A. Bejamin y alii, prec., p. 49.

⁵⁴ Supra, nota 8.

⁵⁵ Decreto legislativo 716. Dicha ley sufrió varias modificaciones desde su promulgación, la más relevante de ellas debida a la ley 27311 de 2000 de fortalecimiento del sistema de protección al consumidor de 20 de junio de 2000 que reguló, entre otros aspectos, los métodos comerciales coercitivos y reforzó los mecanismos alternativos de arreglo de los litigios de consumo.

⁵⁶ Código de protección y defensa del consumidor, art. 1.

⁵⁷ Código, prec., art. 5; adde: J. B. Durand Carrión, Los vacíos del nuevo Código de protección y defensa del consumidor y su repercusión en los derechos del consumidor, feb. 2011, www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/inv_consumidor.pdf

⁵⁸ En el sentido de que el Código debe fomentar las decisiones libres e informadas de los consumidores.

⁵⁹ Tanto para las normas vigentes que para los contratos por adhesión o cláusulas generales.

⁶⁰ Plena accesibilidad a la información y veracidad de dicha.

⁶¹ Corrección de los desequilibrios entre proveedores y consumidores.

⁶² Tanto para los proveedores como para los consumidores: confianza y lealtad entre las partes.

⁶³ El código no obstaculiza a normas sectoriales de mayor nivel de protección.

⁶⁴ Facilitación de la actuación de las asociaciones de consumidores.

⁶⁵ En la determinación de la verdadera naturaleza de las conductas, se consideran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.

⁶⁶ W. Gutierrez, ¿Por qué era necesario un código de consumo? www.ciudadanosyconsumidores.pe/?p=598

⁶⁷ A. Kull, L'intégration du droit de la consommation dans le BGB, in La réforme du droit allemand des obligations, Soc. Lég. Comp. Paris, 2004, p. 121 y s.

⁶⁸ Fernabsatzgesetz, con motivo de la transposición de la directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997 sobre los contratos a distancia.

⁶⁹ Código civil y comercial de la nación, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, R.L. Lorenzetti, pres., La Ley, 2012; R. Stiglitz, El derecho del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la nación, Derecho de consumidor, 1, ed. Hammurabi, 2013, p. 71 y s.

⁷⁰ R. Stiglitz, Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y contratos a distancia en el Proyecto de código civil y comercial, Rev. Dr. Comercial del consumidor y de la empresa, La Ley, oct. 2012, p. 173 y s.

⁷¹ Art. 1384 y s.

⁷² Art. 2100.

⁷³ G. Stiglitz, La defensa del consumidor en el Proyecto de Código civil y comercial, Rev.Dr. Comercial del consumidor y de la empresa, oct. 2012, p. 61 y s.

⁷⁴ G. Stiglitz, art. prec., p. 76.

PROBLÉMATIQUES POUR UN CODE DE LA CONSOMMATION

HENRI TEMPLE

Universitaire, avocat, expert international

Co-fondateur du Centre du droit de la consommation

(Université de Montpellier)

Enseignant Chercheur à l'Ecole nationale de la concurrence, de la
consommation et de la répression des fraudes

EXCERTOS

“Certes de grands économistes (J.E.Stiglitz, Bob Akerlof) sont devenus Prix Nobel en établissant que «l'asymétrie de l'information» donne toujours, en économie libérale, l'avantage au professionnel sur le consommateur. Et donc à l'offre sur la demande”

“L'objectif du Code de la Consommation est de permettre au consommateur individuel de jouer son rôle de «demande» orientant l'offre et son prix. Et aussi sa citoyenneté économique. C'est-à-dire son rôle dans la société, avec celui de producteur (salarié par exemple)”

“Cette commission a travaillé dans les années 1981 à 1989 et publié un rapport en forme de projet de code qui, d'ailleurs, aura un certain succès...au Brésil”

“Le dogmatisme de la Cour a conduit à de nombreuses absurdités de ce type: le dogmatisme se substitue à la compétence juridique ou intellectuelle”

La réflexion sur un sujet aussi récent qu'important requiert une méthodologie rigoureuse. Inutile de tenter, dès lors, de la conduire selon un plan académique (en 2 parties et 2 sous parties selon une façon bien française d'enseigner). Au contraire, il faut privilégier un raisonnement formant une chaîne de propositions, questions/réponses, pour ne pas rompre la logique de la démonstration. De même, toujours pour faciliter le suivi du raisonnement, nous ne donnerons que peu de références de bas de page.

1. A-t-on besoin d'un Code de la Consommation?

Quel que soit le pays, la *réponse positive* ne fait pas de doute: *oui*, un code est indispensable, pour les raisons suivantes.

1.1 Il y a d'abord les avantages qui s'attachent à toute codification:

– la mises à disposition des usagers d'un document unique, comportant toutes les règles d'un sujet ou d'un domaine spécifique.

– l'obligation d'exposer cette matière selon un plan clair et cohérent et de résoudre les contradictions, répétitions, manques.

– un effort, du fait de ce qui précède, de théorisation et donc de clarification tant formelle que pour les principes et que pour les techniques.

Le système de pensée dit «continental» ou «romaniste» peut alors déployer ses qualités qui le rendent bien supérieur aux législations de type anglo-américain, dont le défaut vient, précisément, du manque de système: obligation de donner des définitions pour chaque loi, empilement de règles...

1.2 Il y a ensuite les avantages qui concernent plus spécialement les usagers du droit de la consommation:

– on pense bien sûr aux consommateurs eux-mêmes, qu'ils soient de simples particuliers ou des associations de défense: ils auront, avec le code, un outil d'information et de combat sans pareil. Or, la théorie économique confie aux consommateurs une fonction très importante sur le marché: *la fonction demande*. La consommation représente les $\frac{3}{4}$ de la demande (le reste sont les investissements privés ou publics). Et l'on sait que la demande équilibre et oriente l'offre, notamment son prix.

Certes de grands économistes (J.E.Stiglitz, Bob Akerlof) sont devenus Prix Nobel en établissant que «l'asymétrie de l'information» donne toujours,

en économie libérale, l'avantage au professionnel sur le consommateur. Et donc à l'offre sur la demande.

Mais c'est bien parce que le droit de la consommation est insuffisant, et insuffisamment appliqué (notamment aux USA) que cela est possible. Au contraire, «entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère» (Lacordaire).

– on aurait tort de ne pas penser aussi aux opérateurs économiques. L'entreprise est prête à appliquer des règles de protection du consommateur. Certes cela induit des coûts industriels supplémentaires, mais ils sont répercutés sur le consommateur.

L'entreprise veut simplement:

– que tous ses concurrents, même à l'étranger, soient soumis aux mêmes contraintes et coûts,

– que la loi soit accessible, compréhensible, et stable (pas trop de fréquentes modifications)

D'ailleurs, assez souvent, ce sont les entreprises elles mêmes qui réclament des législations pour structurer le marché autour de règles éliminant les pratiques déloyales et les opérateurs sans scrupules. L'exemple le plus éclatant est, en plusieurs pays d'Europe, les législations sur les fraudes (au début du XXème siècle, toujours en vigueur) dont, en France, la loi du 1^{er} août 1905, rédigée par des hommes d'affaires chrétiens (mais on peut citer aussi les lois sur les ventes à domicile et à distance, l'immobilier...).

2. Quel contenu pour un Code de la consommation?

Cette question est artificiellement séparée de celle qui suivra (la méthode), alors qu'elle est intellectuellement liée.

Quoiqu'il en soit, les domaines abordés dans le Code de la consommation pourraient être organisés ainsi:

2.1 Les règles concernant les produits et les services (règles générales et règles spéciales: information, sécurité, conformité, après vente...), et les sanctions civiles pénales ou administratives. Quelques législations particulières devront être intégrées au code alors qu'en France elles ne le sont pas (alimentation, cosmétiques); mais celles qui sont trop techniques (médicaments), ou trop vastes (immobilier) pourront être traitées à part.

Dans beaucoup de pays émergents le «droit des produits» est embryonnaire, ce qui crée des difficultés concurrentielles sur le marché pertinent, empêche le développement d'une production moderne et des exportations, et ne permet pas de s'opposer aux importations de produits de mauvaise qualité (en raison des règles de l'OMC).

La qualité des produits (appellations d'origine, bio, équitable),

2.2 Les règles de commercialisation et de méthodes commerciales: publicité, ventes à distance ou à domicile, soldes, rabais, loteries, ventes liées, ventes par envoi forcé, ventes avec primes... les normes (*standards*).

2.3 Les règles concernant les contrats: information, remise d'un écrit, conditions générales, clauses abusives. Les règles de la vente, la garantie, la responsabilité du fait des produits, le prix, les arrhes. Et tous les contrats spéciaux: crédit à la consommation et crédit immobilier, les locations, l'ouverture de compte en banque, la carte de crédit, l'assurance, les abonnements de télécommunication...

2.4 Les procédures judiciaires:

– individuelles, le surendettement, les injonctions de faire, réparation de préjudice,

– collectives, les actions collectives des consommateurs, les actions de groupes, et les droits et règles d'organisation et de reconnaissance des associations de consommateurs.

Naturellement l'organisation et les pouvoirs de l'administration, les sanctions pénales et administratives, les recours, font l'objet de règles minutieuses (elles touchent aux libertés).

3. Quelle méthode pour rédiger le Code de la Consommation?

L'objectif du Code de la Consommation est de permettre au consommateur individuel de jouer son rôle de «demande» orientant l'offre et son prix. Et aussi sa *citoyenneté économique*. C'est-à-dire son rôle dans la société, avec celui de producteur (salarié par exemple).

Il est donc indispensable que l'organisation et la rédaction du Code soient extrêmement simples et claires pour que chaque consommateur puisse l'utiliser facilement à son profit.

3.1 Le premier projet au monde de Code de la Consommation avait été rédigé selon l'inspiration de l'École de Montpellier de droit de la consommation: la commission de refonte du droit de la consommation (Commission Calais-Auloy). Cette commission a travaillé dans les années 1981 à 1989 et publié un rapport en forme de projet de code ¹qui, d'ailleurs, aura un certain succès...au Brésil.

Malheureusement la méthode qui était la meilleure possible scientifiquement (une rédaction complètement nouvelle, simple et claire) était aussi la pire sur le plan stratégique: chaque article devait être voté par le Parlement. Les lobbys s'en donnèrent à cœur joie et le Code ne fut jamais adopté...

De plus il n'est pas nécessaire d'avoir une harmonisation totale du droit de la consommation européen dans 28 pays et 500 millions de consommateurs

3.2 Aussi, quelques années plus tard la nouvelle tentative allait être la bonne mais, quoique intitulé «code la consommation», l'ouvrage est en réalité «une codification à droit constant». En d'autres termes il s'agit, sans qu'il soit nécessaire dès lors de soumettre le travail au visa du Parlement, de collecter tous les textes concernant la protection du consommateur, et de les rassembler selon un plan et des numéros d'articles nouveaux, de façon à donner à la matière une apparence d'organisation, de cohérence et de clarté.

En France, la partie législative fut codifiée (mais les articles non revotés) par la loi du 26 juillet 1993, et la partie réglementaire par le décret du 27 mars 1997. Le plan est assez clair au niveau des grandes divisions:

Livre 1 Information des consommateurs et formation des contrats

Livre 2 Conformité et sécurité des produits et des services

Livre 3 Endettement

Livre 4 Les associations de consommateurs

Livre 5 Les institutions

Bilan critique: ce code a le mérite d'exister ce qui en fait un instrument de travail commode, et met fin aux discussions politiques et polémiques sur l'existence de la matière.

Toutefois plusieurs critiques peuvent lui être adressées:

a – Le manque d'unité de rédaction en raison des dates très différentes des textes codifiés; ainsi trouve-t-on la loi de 1905 (sur les fraudes) et la loi de 2011 sur les clauses abusives. Or la *ratio legis*, la rédaction et même la

sémantique sont disparates. Ainsi, par exemple, des textes peuvent concerner aussi bien le consommateur qu'un professionnel, d'autres ne bénéficient qu'aux seuls consommateurs. Encore la désignation de ces derniers est elle variable: «non professionnel», parfois, «consommateur» d'autres fois.

b – Des textes importants ne sont pas codifiés: la responsabilité du fait des produits, par exemple, beaucoup de textes spéciaux sur les produits et les services, le tourisme aussi (il y a un code du tourisme). Et surtout de nombreux textes européens sont exclus du Code. Ainsi des textes fondateurs, comme le Règlement européen 178/2002, sur l'alimentation, ne sont pas inclus, alors que certaines sanctions pénales qui seraient applicables à leur manquement figurent dans le code (en revanche les directives, nécessairement transposées par une loi nationale, sont incluses dans les dispositions du Code de la consommation).

c – Enfin, la méthode codificative atteint ses limites: comme on est tenu par les lois existantes sans possibilité de les abroger, sauf vote parlementaire, l'entassement de strates législatives et l'absence de spécialistes de droit de la consommation, aboutit à un texte non maîtrisé, surabondant, redondant, confus, souvent compliqué de telle façon que plus personne ne le comprend (ex: crédit à la consommation).

La Cour Européenne de Justice, et sa religion fédéraliste de l'intégration juridique forcée et identique, en est la responsable: comme les Etats membres n'ont plus aucune liberté d'adaptation juridique intelligente des directives (sauf à se voir infliger des sanctions financières par la Cour), ils préfèrent, parfois contre toute logique, copier servilement la directive. Le résultat est mauvais: ainsi par exemple, la France dispose-t-elle désormais de deux systèmes légaux de garantie des vices cachés: un dans le code civil un dans le code de la consommation, d'ailleurs souvent moins favorable au consommateur! Le dogmatisme de la Cour a conduit à de nombreuses absurdités de ce type: le dogmatisme se substitue à la compétence juridique ou intellectuelle.

Conclusion et prospective

1 De plus en plus de pays se dotent de codes de la consommation. Le Brésil, la Russie, la France, l'Italie² etc...L'OMC, elle, se contente d'exiger que les règles d'un état membre (SPS TBT) soient en ce domaine:

– transparentes

– traitement national (appliquées de la même façon pour toutes les entreprises)

– proportionnées

Mais il n'existe pas de code international de droit de la consommation; ni même de code européen.

2 Dans sa frénésie fédéraliste, la Commission européenne vise à unifier le droit européen de la consommation³.

Par ailleurs, force est de constater que la protection des consommateurs transfrontières est déficiente⁴ et que rien ne permet en Europe, pour l'instant, de régler les conflits de juridiction, les conflits de loi, et surtout les difficultés d'exécution des décisions, autrement que par le recours aux règles, compliquées et lentes, du droit international privé... Du coup certaines propositions ont été effectuées en vue de créer un code européen de la consommation dont les règles seraient identiques partout⁵, dans tous les pays européens.

En effet c'est le consommateur transfrontalier qui est le plus démuni et qui mérite le plus d'être protégé

3 Nous avons toutefois sur ce point un point de vue réservé et une proposition audacieuse.

Le point de vue est réservé car nous croyons que la frénésie fédéraliste de la Commission et de la Cour finiront par heurter les peuples européens. De plus il n'est pas nécessaire d'avoir une harmonisation totale du droit de la consommation européen dans 28 pays et 500 millions de consommateurs.

La proposition audacieuse, différente de notre collègue et ami le Pr. Calais-Auloy (v. note 6 ci-dessous) serait d'instituer un code transfrontière de la consommation. Le domaine d'action du code se limiterait aux seules questions transfrontalières, soumises à un droit uniforme (un règlement), très protecteur, et dont l'application et l'exécution relèverait de tribunaux paritaires transfrontaliers (juges issus de chacun des pays impliqué, celui de l'entreprise, celui des consommateurs), et les décisions exécutoires dans tous les pays d'Europe. En effet c'est le consommateur transfrontalier qui est le plus démuni et qui mérite le plus d'être protégé. Quant aux consommateurs nationaux ils continueraient à bénéficier de leur législation nationale, harmonisée sur la base actuelle des directives européennes. Au demeurant la méthode d'élaboration et les axes de ces directives sont de plus en plus contestés.

«...l'Etat n'existe réellement que du moment où la masse associée suffit à ses besoins. Si donc la plus complète suffisance est désirable, une unité moins étroite sera nécessairement préférable à une unité plus compacte...»⁶

Notas

¹ Commission Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La Documentation française, 1985 ; *Propositions pour un code de la consommation*, La Documentation française, 1990.

² V. les références in Calais-Auloy et Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2010, p.37, note 1

³ V. sa politique in Calais-Auloy et Temple, *op.cit.*, n° 43, et les références *ad notam* p. 47.

⁴ *Ibidem*, n°44 et s.

⁵ Calais-Auloy, *Vers un code européen de la consommation ?* Colloque Lyon 1998, Bruylant éd., Bruxelles 1998, p. 399

⁶ Aristote, *La Politique*, Chap. 2, §7, qui fait paraître les politiciens contemporains comme des amateurs dogmatiques.

A CODIFICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMO NA ITÁLIA

ÂNGELA FROTA

Subdiretora do CEDC – Centro de Estudos de Direito
do Consumo de Coimbra

EXCERTOS

“As disposições vertidas refletem as normas impostas quer por diretivas minimalistas (que definem uma plataforma mínima que os Estados-membros da União Europeia não poderão ofender, deixando-se-lhes, porém, a faculdade de oferecer aos seus destinatários níveis mais elevados de proteção), quer por diretivas-quadro (que segregam normas de proteção máxima, não sendo lícito aos Estados-membros legislar de modo diferente. infra ou supra ao quadro normativo imperativamente imposto), como é o caso da Directiva 2005/29/CE, de 11 de maio, que disciplina as práticas comerciais desleais”

“Outra crítica que se desfere é a de que se terá perdido uma excelente oportunidade para ampliar o âmbito do próprio Código, em particular com a inserção do regime dos contratos de consumo na sua integralidade, e não só o dos seguros, tal como hoje se disciplinam: dos serviços públicos essenciais a contratos outros com uma ocorrência assinalável no dia a dia”

“Há domínios como os dos contratos, maxime o dos seguros, e os da segurança na cadeia alimentar que dele deveriam constar”

1. Generalidades

A Itália, pelo Decreto-Legislativo 206/2005, de 6 de setembro, ofereceu à sua comunidade jurídica o *Codice del Consumo*. E tal surge em obediência a uma nova concepção ante a dispersão normativa: “legislar menos, legislar melhor”.

P.M. PUTTI, in *Il diritto dei consumi tra memoria storica e nuove prospettive*, in G. VILLANACCI (a cura di), *Manuale del diritto dei consumi*, Napoli, 2007, pág. 12, sublinha como a «novità di piu ampio respiro introdotta dalla nuova normativa sia senza dubbio il dato formale della *reductio ad unum* della ipertrofica e disorganica disciplina in materia di protezione del consumatore».

Mário Frota denomina amiúde este fenómeno normativo como o dos 3 P: já que se trata de uma legislação – *plúrima, prolífera e prolixa*.

Mas a expressão de Putti é francamente muito expressiva: a hipertrófica e desorgânica disciplina em matéria de protecção do consumidor.

Numa época de descodificação, emprender a recodificação pareceria tarefa ingente, como no caso do *codice del consumo*, como o assinala Mazzasette Federica, em tese em que se discutem aspetos tamanhos:

[“Adottato in attuazione dell’art. 7 della legge delegata 29 luglio 2003, n. 229, dal titolo «Interventi in materia di qualita della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001» (in G.U. del 25 agosto 2003, n. 196): per un commento v. N. LUPO, *Dai testi unici “mistri” ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione*, in *Studium iuris*, 2004, p. 157 ss.; A. ZACCARIA, *Dall’“età della decodificazione” all’“età della ricodificazione”*: a proposito della Legge n. 229 del 2003, *ivi*, 2005, p. 697 ss.. In base alla l. n. 229 del 2003 sono stati adottati anche altri «codici di settore» e, piu in particolare, *ex art. 4, comma 1*, il «codice delle assicurazioni private» (d.lg. 7 settembre 2005, n. 209) ed in base all’art. 10, comma 1, il «codice dell’amministrazione digitale» (d.lg. 7 marzo 2005, n. 82, successivamente integrato e corretto dal d.lg. 4 aprile 2006, n. 159). A questi si aggiungono, poi, il «codice in materia di protezione dei dati personali» (d.lg. 30 giugno 2003, n. 196, in attuazione della delega di cui alla l. 24 marzo 2001, n. 127); il «codice delle comunicazioni elettroniche» (d.lg. 1° agosto 2003, n. 259, emanato in virtù della l. 1° agosto 2002, n. 166); il «codice dei beni culturali e del paesaggio» (d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, previsto dalla l. 6 luglio 2002, n. 137); il «codice dei diritti di proprietà industriale» (d.lg., 10 febbraio 2005, n. 30, in attuazione della l. 12 dicembre 2002, n. 273); il «codice della nautica da diporto» (d.lg., 18 luglio 2005, n. 171, contemplato

dalla l. 8 luglio 2003, n. 172); il «codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture» (d.lg., 12 aprile 2006, n. 163, adottato in base alla l. 18 aprile 2005, n. 62); il «codice dell'ambiente» (d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, ora modificato dal d.lg. 8 novembre 2006, n. 284 e dal d.lg. 16 gennaio 2008, n. 4, ed emanato in attuazione della l. 15 dicembre 2004, n. 308).”]

Para uns, “uma oportunidade perdida”: por escaparem ao código outras matérias da fileira da proteção do consumidor, como impressivamente realça Federica.

(G. DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo». Un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1148, il quale mette in evidenza che «la formulazione testuale della quasi totalità delle disposizioni è rimasta inalterata (e irrisolti rimangono pertanto i numerosi dubbi interpretativi da essi suscitati) e le poche integrazioni o modificazioni che sono state apportate non bastano certo a porre rimedio ai difetti contenutistici e “stilistici” che esse presentano, né ad eliminare i profili di possibile incompatibilità con il diritto comunitario che caratterizzano non poche di esse. Le disposizioni “nuove” introdotte, poi, sono poche, per lo più di modesto rilievo, e talora foriere di gravi problemi interpretativi e di sovrapposizioni»; ID., *Il «Codice del consumo»*, cit., p. 749. Nello stesso senso v. anche F. BILOTTA, *Un riassetto della normativa esistente centrato sull'atto e non sul soggetto*, in *Giuda dir.*, 2005, f. 48, p. 63, secondo il quale «l'impressione che si ricava a una sua prima lettura e che si poteva fare di più. Si è persa l'occasione per sciogliere alcune aporie e alcuni dubbi interpretativi segnalati in questi anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza, (tanto per fare un esempio in materia di clausole vessatorie). Non basta riassemble norme sparse qua e là in un unico testo per semplificare il lavoro degli operatori del diritto»; F. ADDIS, *o.c.*, § 1, per il quale «Parlare di “nuova era delle codificazioni” sembra dunque improprio e fuorviante, sia sotto il profilo temporale, sia sotto quello propriamente contenutistico e il termine “codice” con il quale si indica questi provvedimenti normativi appare certamente eccedente rispetto alle operazioni compiute. Esso manifesta, piuttosto, una scelta politicamente consapevole ma non necessaria. Il legislatore voleva procedere ad una semplificazione e ad una riorganizzazione della materia, cioè al raggiungimento di obiettivi certamente meno impegnativi, attraverso il ricorso a fonti che, utilizzando la ben nota teoria costituzionalista, si avvicinano più ai testi unici che alle raccolte di leggi o ai codici veri e propri”)

“Tovani Flavio pondera *em um apontamento insito na rede* – “*Codice del Consumo*”: *un'occasione mancata*. Il diritto del consumatore, in Italia, è

il frutto di una lunga opera iniziata a livello europeo negli anni 70', il cui punto d'approdo è oggi costituito dal cd. "Codice del Consumo" (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Giova innanzitutto soffermarsi sulla scelta del legislatore di definire "Codice" tale complesso normativo. E' chiaro che non siamo in presenza di un codice tradizionale, con caratteri di novità e con regole rivolte alla generalità dei consociati. Esso, infatti, da un lato, si limita a riorganizzare la quasi totalità delle norme in materia (pur lasciando fuori importanti settori riguardanti il consumatore, *in primis* il diritto delle assicurazioni e il diritto alimentare), prima sparse in una serie di testi che erano, per lo più, il recepimento di direttive comunitarie, dall'altro si rivolge esclusivamente ai rapporti fra professionisti e consumatori. Insomma, paradossalmente, tale codice è espressione proprio del processo di decodificazione, cioè della progressiva uscita dal tessuto del codice civile di interi settori della materia, che vengono così ad essere regolati in base a principi particolari e distinti da quelli generali del codice civile (cui, peraltro, l'art. 38 del "Codice del Consumo" rinvia ove manchi una disciplina specifica nel "Codice del Consumo" stesso). La novità del "Codice del Consumo" non è data, quindi, dalle norme, trattandosi della mera riproduzione di norme preesistenti, ma piuttosto dal contesto in cui tali norme vengono inserite, che consente di interpretarle in un quadro complessivo e in base a principi molto diversi, pur facendo salvo il richiamo al codice civile e alle altre leggi (come il d.lgs. 114/1998, "Riforma della disciplina relativa al settore del commercio"), che potranno continuare ad essere applicate anche al consumatore quando manchi una disciplina specifica nel "Codice del Consumo" o, comunque, qualora assicurino al consumatore una maggiore tutela (artt. 38, 127, 135 e, in generale, nuovo art. 1469-*bis* c.c.)

O Código do
Consumo italiano
tem uma estrutura
ajustada às
matérias entretanto
legisladas e
constantes de
diplomas avulsos

Para outros, um marco na conformação do direito do consumo, de enaltecer.

Guido Alpa, que presidiu à comissão encarregada da elaboração do projeto, disse aquando da apresentação do trabalho:

"Le novità del testo. Rispetto al modello consegnato nell'ottobre del 2003 alcune novità debbono tuttavia essere rimarcate, perché sono d'ausilio alla interpretazione del testo e alla sua applicazione da parte di consumatori,

professionisti, delle loro rispetti associazioni, e, naturalmente, dei giudici e degli avvocati. Le premesse da cui aveva preso le mosse la Commissione ministeriale erano due: (i) raccogliere la normativa vigente in materia di rapporti con i consumatori (una normativa alluvionale e disorganica, anche per ragioni di tecnica normativa comunitaria) e trasporla in un contesto ragionato, assumendo come filo conduttore le fasi del rapporto di consumo; (ii) conservare nel codice civile le regole concernenti le clausole vessatorie e le vendite ai consumatori, per soddisfare quella esigenza di “generalità” delle disposizioni che la dottrina civilistica aveva loro assegnato, essendo il codice civile la normativa generale dei rapporti tra privati. Il testo finale è per questi aspetti diverso: dal código civile sono stati espunti gli artt. 1469 bis-sexies e gli artt. 1519 bis-nonies, per essere inseriti nel codice di settore. Spetterà ora all’interprete stabilire se questa scelta implichi solo un’operazione di “maquillage” normativa, oppure se rivesta un significato ulteriore, e cioè che quelle disposizioni, avulse dal codice civile, abbiano perso il loro carattere “generale” e debbano subire l’interpretazione propria delle *leggi speciali*, che non può essere, per sua natura, né estensiva, né analogica. Oppure se si debba ritenere che la loro inserzione in un “codice” di settore non incida né sulla loro interpretazione e applicazione pregressa né su quelle future. Così per la mancata correzione della formula – erroneamente contenuta nel codice civile, ed ora riprodotta all’art. 33 del Codice del consumo – sulla valutazione di vessatorietà delle clausole “malgrado la buona fede”, che la Commissione aveva proposto di mutare, tenendo conto della dottrina italiana e dei testi degli altri ordinamenti d’Europa – nella più esatta formula “in contrasto con la buona fede”.

Si deve anche notare che l’esigenza di concentrare nel “codice del consumo” tutte le disposizioni riguardanti i consumatori non è stata soddisfatta compiutamente, perché – a parte le regole sul credito al consumo, estratte dal t.u.bancario – ve ne sono altre concernenti i contratti bancari, del mercato finanziario e i contratti assicurativi che sono rimaste fuori dalla compilazione: all’origine, l’esclusione era giustificata, in quanto si era ritenuto di procedere solo con norme di rinvio; oggi lo è meno, essendo prevalsa la linea della tendenziale completezza del codice.”

Mas Guido Alpa não só contesta as críticas desferidas, como assinala as vantagens do texto, como segue:

“I vantaggi del testo. Avere raccolto tutte (o al meno quasi tutte) le disposizioni in un “codice di settore” costituisce comunque un notevole vantaggio per i consumatori, ma, credo, anche per i professionisti. E ciò non solo per ragioni di tecnica normativa, ma anche per ragioni di

politica del diritto. In fin dei conti, solo la Spagna ha una legge generale onnicomprensiva, la Francia ha un testo unico (e non un codice di settore come lo intendiamo noi), il Belgio una proposta di legge non ancora attuata, mentre in altri Paesi si è preferito novellare il codice civile, come in Olanda e, più di recente, in Germania. Il cittadino in quanto *consumatore* trova dunque un riconoscimento ulteriore nei testi normativi, oltre alla proclamazione dei suoi diritti contenuta nel Trattato dell'Unione europea, nella Carta di Nizza e nella Costituzione europea. Già i diritti fondamentali dei consumatori erano stati codificati nella l. n. 281 del 1998, ma oggi questi diritti sono integrati nel codice del consumo da disposizioni che riguardano l'educazione e l'informazione dei consumatori oltre dalle regole che sono state incluse o corrette per dare maggior chiarezza a questo *corpus normativo*".

O Código não
integra tudo o que
poderia e deveria
regular

O Código do Consumo italiano tem oscilado entre acerbas críticas e ternos consensos.

Uma coisa parece, porém, emergir: contraria a fragmentariedade das leis avulsas, introduz um elemento sistémico, garante o acesso ao microsistema de proteção do consumidor, oferece uma perspectiva integrada de normas dispersas e de costas voltadas.

(Mazzasette Federica: "Si collocano in questa prospettiva, con diverse argomentazioni, le tesi di V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»*), in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 674 ss., per il quale il codice del consumo – ed anche gli altri codici di settore- «nel momento in cui raccolgono e organizzano entro una cornice unitaria norme prima disperse in tanti diversi luoghi della legislazione, esprimono in generale un certo recupero di "pensiero sistematico", introducendo elementi di ordine e di unità in un panorama normativo prima contrassegnato da frammentazione e disordine: fanno insomma qualcosa che appartiene al *proprium* delle codificazioni»; L. ROSSI CARLEO, *Art. 3, Defnizioni, comma 1, lett. f), codice*, in G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 90, secondo la quale si può ritenere che «il riassetto "sistematico" vada ben oltre la consolidazione, in quanto non fotografa solo la situazione esistente, ma permette di individuare e svelare principi di carattere generale che la disciplina frammentaria delle diverse leggi non consente di enucleare con chiarezza e con certezza»;

ID., *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, cit., p. 34, ove è specificato che «l'operatore non trova nulla di nuovo, ma trova ciò che prima, sovente, non poteva vedere»; E. MINERVINI, *Codice del consumo*, cit., p. 183; G. CHINE, *Art. 3. Definizioni*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, cit., p. 29, per il quale «l'obiettivo ultimo perseguito, al di là degli obblighi comunitari, e pertanto di accrescere la fruibilità complessiva delle fonti da parte dei destinatari, giacché una maggiore chiarezza e sistematicità e pienamente apprezzata sia nelle fasi del contenzioso e di attuazione della tutela, sia in quelle antecedenti, più importanti, in cui è possibile agevolare una funzione deterrente di comportamenti scorretti ai danni dei consumatori. Per tale via, la codificazione restituisce effettività alle norme codificate e garantisce maggiormente il ruolo del consumatore di "arbitro del mercato", favorendo l'opera di eliminazione delle distorsioni del meccanismo concorrenziale».

Analoghe osservazioni sono svolte in relazione ad altri codici di settore. V., in particolare, con riferimento al codice in materia di protezione dei dati personali, le considerazioni di M.D. GRAMUNT FOMBUENA, *Dati personali e comunicazioni elettroniche. L'attuazione della direttiva CE n. 220/58 nell'ordinamento spagnolo*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *Il Codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, p. 949 s.)

Uma certeza, porém, sobressai: o código nem tudo abarca.

Deixa de fora um considerável número de domínios.

Nele figura, no entanto, a disciplina de matérias como:

Educação do Consumidor

Informação do Consumidor

Práticas Comerciais

Publicidade

Particulares Modalidades de informação: o preço

Outras comunicações comerciais

Particulares modalidades de comunicação comercial: as televendas

A relação de consumo

Dos contratos de consumo em geral

Exercício da atividade comercial

Promoção da venda
Crédito ao consumo
Modalidades contratuais
Particular modalidade de contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais
Contratos à distância
Comercialização à distância de serviços financeiros
Comércio eletrónico
Disposições relativas a contratos singulares
Contratos de aquisição de direitos reais de habitação periódica
Serviços turísticos
Fornecimento de serviços públicos
Segurança e qualidade
Responsabilidade por danos de produtos defeituosos
Garantia legal de conformidade e garantia comercial pelos bens de consumo

Associações de consumidores e acesso à justiça.

Mas nem todas estas matérias dele constam. Há aqui e além remissões para legislação avulsa, que avulsa se mantém.

Remissão para:

- o Código Civil, subsidiariamente em matéria de cláusulas abusivas;
- um diploma extravagante que rege em matéria de contratos à distância;
- o diploma próprio do comércio electrónico: Decreto Legislativo 70/2003, de 9 de abril e Directiva 2000/31/CE, de 8 de junho;
- o regime dos serviços públicos;
- o regime de segurança de particulares categorias de produtos.

O Código absorve o regime de 18 decretos legislativos, entretanto revogados.

E a disciplina de diretivas europeias, como:

– Directiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de publicidade enganosa

– Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos

– Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais

– Directiva 87/102/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao crédito ao consumo

– Artigos 10º a 17º da Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (*publicidade na televisão e a parte alusiva à televenda*)

– Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados

– Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores

– Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro e 1994, relativa à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis

– Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância

– Directiva 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores

– Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa às ações inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores

– Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas

– Directiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001, relativa à segurança geral dos produtos

– Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores

– Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

2. Conteúdo

O Código do Consumo italiano tem uma estrutura ajustada às matérias entretanto legisladas e constantes de diplomas avulsos.

É de um código compilação que se trata, com remissões para legislação avulsa num ponto ou noutra, como se assinalou.

Em 2011, através do Decreto Legislativo 79, de 23 de maio de 2011, incorporou tanto o regime do contrato de serviço financeiro à distância, como pela Lei 99, de 23 de julho de 2009, o da ação de classe (*class action*).

Estrutura de base:

O Código comporta 6 partes:

- a primeira estabelece “disposições gerais”;
- a segunda versa sobre “educação, informação, práticas comerciais e publicidade”;
- a terceira contempla “as relações de consumo”;
- a quarta articula “segurança e qualidade”;
- a quinta rege sobre “associações de consumidores e acesso à justiça” e
- a sexta, “disposições finais”.

E tem 172 artigos (146 na versão original, a que se acrescentou outros 26, em sucessivas reformas).

Na primeira parte figuram apenas as disposições gerais.

Na segunda, a disciplina da educação do consumidor e da informação ao consumidor (aqui com destaque para os preços por unidade de medida), para além da publicidade e outras formas de comunicação comercial (publicidade enganosa e comparativa, peculiaridades da comunicação comercial e regime privativo das televendas).

Na terceira parte o enfoque é na relação de consumo: dos contratos do consumidor em geral e do exercício da atividade comercial. E aqui as promoções de vendas com uma seção reservada ao crédito ao consumo

Para melhor percepção, importa mostrar – só e tão só – o esqueleto, na versão original:

CODICE DEL CONSUMO

Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (com modificações ulteriores)

PARTE I – DISPOSIZIONI GENERALI

Titolo I – Disposizioni generali e finalità

PARTE II – EDUCAZIONE, INFORMAZIONE, PUBBLICITÀ

Titolo I – Educazione del consumatore

Titolo II – Informazioni ai consumatori

Capo I – Disposizioni Generali

Capo II – Indicazione dei prodotti

Capo III – Particolari modalità di informazione

Sezione I – Indicazione dei prezzi per unità di misura

Titolo III – Pubblicità e altre comunicazioni commerciali

Capo I – Disposizioni generali

Capo II – Caratteri della pubblicità

Sezione I – Pubblicità ingannevole e comparativa

Capo III – Particolari modalità della comunicazione pubblicitaria

Sezione I – Rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite

PARTE III – IL RAPPORTO DI CONSUMO

Titolo I – Dei contratti del consumatore in generale

Titolo II – Esercizio dell'attività commerciale

Capo I – Disposizioni generali

Capo II – Promozione delle vendite

Sezione I – Credito al consumo

Titolo III – Modalità contrattuali

Capo I – Particolari modalità di conclusione del contratto

Sezione I – Contratti negoziati fuori dei locali commerciali

Sezione II – Contratti a distanza

Sezione III – Disposizioni comuni

Sezione IV – Diritto di recesso

Capo II – Commercio elettronico

Titolo IV – Disposizioni relative ai singoli contratti

Capo I – Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili

Capo II – Servizi turistici

Titolo V – Erogazione di servizi pubblici

Capo I – Servizi pubblici

PARTE IV – SICUREZZA E QUALITÀ

Titolo I – Sicurezza dei prodotti

Titolo II – Responsabilità per danno da prodotti difettosi

Titolo III – Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo

Capo I – Della vendita dei beni di consumo

PARTE V – ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

Titolo I – Le associazioni rappresentative a livello nazionale

Titolo II – Le azioni inibitorie e l'accesso alla giustizia

PARTE VI – DISPOSIZIONI FINALI

O código parte da enunciação da alguns dos direitos fundamentais dos consumidores, na esteira, de resto, da Lei de 1998:

- à tutela da saúde
- à segurança e qualidade de produtos e serviços
- a uma adequada informação, ao direito de desistência e a uma publicidade veraz e leal
- ao exercício de práticas comerciais segundo o princípio da boa-fé, da retidão e da lealdade
- à educação para o consumo
- à lealdade, à transparência e à equidade nas relações contratuais
- à promoção e ao desenvolvimento do associativismo livre, voluntário e democrático entre consumidores e usuários
- ao fornecimento de serviços públicos segundo quadros normalizados de qualidade e eficiência.

De imediato, detém-se nos objetivos da educação do consumidor, como poder-dever a cargo do Estado e das associações.

Seguem-se as obrigações gerais consignadas no artigo 5º – as de *informação* – de um modo singular, mas significativo:

“1. Fatto salvo quanto disposto dall’articolo 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali.

2. Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi.

3. Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore.”

E as peculiaridades da informação em especial e os demais aspectos que transcorrem da radiografia do *codice del consumo* revelada no passo precedente.

Mutatis mutandis, as disposições vertidas refletem as normas impostas quer por diretivas minimalistas (que definem uma plataforma mínima que os Estados-membros da União Europeia não poderão ofender, deixando-se-lhes, porém, a faculdade de oferecer aos seus destinatários níveis mais elevados de proteção), quer por diretivas-quadro (que segregam normas de proteção máxima, não sendo lícito aos Estados-membros legislar de modo diferente *infra* ou *supra* ao quadro normativo imperativamente imposto), como é o caso da Directiva 2005/29/CE, de 11 de maio, que disciplina as práticas comerciais desleais.

3. Crítica

Parece ser menos relevante a discussão terminológico-conceitual: um *verdadeiro código*, na acepção tradicional, ou um *código “sectorial”* que se limita a “consolidar” leis pré-existentes esparsas por diplomas avulsos?

Um mero ensaio de *recodificação* ante a *descodificação*, a que se assiste, e é uma característica frisante de uma época em que se legisla muito, se legisla mal, se legisla sem deixar que o pó assente, sem se permitir que se branda a pluma do legislador só e quando as necessidades da *salus publica* o imponham?

Crítica não menos incisiva é a de que o código não inova. Limita-se a nele deixar exaradas normas já em vigor ainda que em diplomas extravagantes. E deveria ir mais além. Oferecendo soluções inovadoras, mormente nos segmentos em que se “transcrevem” regras constantes de diretivas minimalistas. Em que se faculta aos Estados-membros o poder de irem mais além, assegurando níveis de proteção mais elevados.

Crítica que se destaca ainda é a de que o código não integra tudo o que poderia e deveria regular: que há domínios como os dos contratos, *maxime* o dos seguros, e os da segurança na cadeia alimentar que dele deveriam constar. O que não sucede.

Outra crítica que se desfere é a de que se terá perdido uma excelente oportunidade para ampliar o âmbito do próprio código, em particular com a inserção do regime dos contratos de consumo na sua integralidade, e não só o dos seguros, tal como hoje se disciplinam: dos serviços públicos essenciais a contratos outros com uma ocorrência assinalável no dia a dia.

Claro que há críticas e críticas. Em termos sistemáticos nem todas as críticas procedem. Há melhores como há piores sistematizações.

Claro que os seus autores, em particular Guido Alpa, reagem às críticas com os limites do mandato que lhes fora outorgado. Ponto é saber, porém, se poderiam ou não ter provocado os ajustamentos indispensáveis para que se fosse mais além. E, ao que parece, não o provocaram.

Decerto que critérios mais exigentes propiciariam uma arrumação distinta das matérias pelas partes, títulos, capítulos e seções por que se desdobra o Código.

Uma certeza, porém, ressalta: houve um esforço que, conseguido ou não, aí está com reflexos no quotidiano.

A maior parte dos países europeus nada tem que os dignifique...

POR UM CÓDIGO DE DIREITO DO CONSUMO PARA PORTUGAL

MÁRIO FROTA

Fundador e primeiro presidente da AIDC

– Associação Internacional de Direito do Consumo

Presidente da apDC

– associação portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra

Diretor do CEDC

– Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra

EXCERTOS

“Código é um corpo jurídico ordenado sintética e sistematicamente de harmonia com um plano, metodológico e científico, susceptível de abarcar as regras que a determinado ramo de direito ou acervo normativo compitam”

“Pobres consumidores que se deixam avassalar por direitos e submergem ante a inestancável torrente de compressões que as empresas geram para lhos negar”

“Importa que se diga que estamos perante um “Código do Consumidor” que não tem como destinatário único o consumidor”

“Não adianta, pois, numa lei geral, uma noção de consumidor que não serve para os múltiplos domínios em que a lei recorre a tal noção – mas com um sentido diverso – para delimitar o seu âmbito de aplicação”

“Nenhum código tem ou pode ter sequer a pretensão de abranger todas as normas de um determinado ramo de direito”

“A publicação do Código do Consumidor terá de ser acompanhada de vários outros diplomas, em virtude de, como dissemos atrás, haver matérias só parcialmente reguladas no Código”

“Firme convicção é a nossa de que as Instâncias, e agora o Supremo, não tiveram minimamente em conta a proteção do consumidor lesado, valor fundamental em que assenta o **direito do consumo**, de raiz comunitária, como é o caso.

Aliás, por fim, permita-se-nos a liberdade de expressão:

O direito do consumo ainda não sensibilizou, de vez, os operadores judiciários.”

Voto de vencido in Acórdão do S.T.J. – 3 de abril de 2003

NEVES RIBEIRO

– conselheiro –

vice-presidente do STJ

1. No princípio... era o verbo!

No recuado ano de 1992, nas páginas do secular e prestigiado periódico “*O Primeiro de Janeiro*”, havemos por bem discernir sobre o ordenamento jurídico dos consumidores, do amálgama de diplomas legais inextricáveis que se nos oferecia, das perversões que neles se lobrigavam, na insusceptibilidade de uma aplicação congruente, na compreensão da *occasio legis* (as circunstâncias históricas determinantes da preparação, aprovação, promulgação e publicação das leis) e nas complexas vias de acesso à sua revelação. Aí se consignavam as preocupações que nos acudiam ao espírito.

Eis o texto, não muito burilado, oferecido aos habituais leitores (e tantos eram os que procuravam os nossos escritos), não raro de intervenção, ante o esmagamento dos direitos e a ausência de atitude da administração pública face às agressões de que padeciam sistematicamente os consumidores, em situação desprezível de rejeição dos textos e de respeito pela dignidade própria e a autonomia ética de cada um e todos:

“Um código é, segundo as enciclopédias: coleção, compilação de lei, regulamentos, preceitos, convenções, formulas, regras...

O vocábulo código vem do latim *codex* ou *caudex*.

Os comerciantes designavam *codices accepti et recepti* os seus livros de escrituração e os simples títulos ou documentos públicos eram também *codices*: daí advém o nome por que se intitulavam os maços de documentos antigos recolhidos nos arquivos e bibliotecas.

Contudo, só no século III é que o termo *codex* foi aplicado a uma coleção de leis.

Daí que se registem os códigos Gregoriano, Teodoniano e Justinianeu.

A palavra *código* tem hoje, porém, um sentido técnico preciso.

Não lhe quadra tão só o conceito que visa a exprimir simples coleções, compilações ou incorporações de leis.

Código é um corpo jurídico ordenado sintética e sistematicamente de harmonia com um plano, metodológico e científico, susceptível de abarcar as regras que a determinado ramo de direito ou acervo normativo compitam.

De há muito já, ante a dispersão das regras que direta ou reflexamente tutelam a posição jurídica do consumidor, vimos sustentando vigorosamente a necessidade de um Código de Direitos do Consumidor ou simplesmente de *Direito do Consumidor*.

Nele se compendiarão as regras, de harmonia com um quadro próprio, vertidas em inúmeros domínios susceptíveis de recondução à temática do consumo e à sua interconexão com os consumidores.

O direito do consumo é considerado em diferentes latitudes como um ramo de direito, dotado de autonomia, ao menos funcional! Daí que o Código seja o modelo de organização mais simples para que se enunciem e desenvolvam princípios e se plasmem regras precisas.

Espíritos bem pensantes preferem os mais de 1500 diplomas dispersos, incoerentes, incongruentes nas soluções, sobreponíveis, plenos de brechas, que ora regem este domínio específico.

Espíritos bem pensantes, decerto menos fundadamente, preferem o caos à ordem. A dispersão e a desconexão à concentração e ao encadeamento preceptivo. O mar encapelado ao mar chão. A tempestade à bonança. O risco à segurança. A guerra à paz. A dúvida à certeza.

Preferem, afinal, o *nada* a *algo*.

Ou por outra, bolsam enormidades (fruto de incontida ignorância) com a segurança de quem pretende passar por gente esclarecida e douta...

Invocam tais espíritos que o *direito do consumo* está em constante mudança. Que as normas não são definitivas. Que se não pode cristalizar em regras algo que é volúvel e voga ao sabor da ciência, em constante mutação.

Afinar por um tal diapásão significa ignorar a capacidade de previsão do direito, as técnicas de modelação ou de plasticização de que o direito se socorre para captar condutas e lhes definir o sentido. A generalidade e abstração da norma jurídica. De outro modo, ignoram não só a realidade e a mutabilidade dos fatos como as técnicas de que o legislador se socorre para acudir as situações do quotidiano.

Tendo o Código Civil como paradigma, ignoram que outros códigos há de maior ou menor expressão: o Código do Notariado, o Código de Registo Civil, o Código Tributário, o Código da Estrada, o Código do IVA, o Código da Publicidade...

E, no entanto, não há quem discuta o paralelismo ou as dissemelhanças formais e materiais entre tais coleções de regras, de normas...

O direito do consumo tem objeto próprio.

O direito do consumo tem método próprio.

O direito do consumo tem princípios contradistintos. Tal como o direito comercial e o direito do trabalho.

E, no entanto, continua a negar-se-lhe, entre nós, autonomia e a pretender que o Código é ou utopia ou rematado disparate de uma perspectiva lógico-construtiva.

Esquecem os nossos detratores que há *Códigos* e *códigos*. Que os códigos não afinam todos pelo mesmo figurino. Que há códigos civis, por exemplo, que assentam em modelos distintos e que não recobrem, ainda que para um mesmo padrão civilizacional, domínios inequívocos.

Citem-se alguns exemplos:

– O Código Civil italiano abrange não só a matéria de direito civil como de direito comercial;

– O Código Civil suíço não encerra a parte atinente às obrigações, havendo, em paralelo, um Código das Obrigações;

– O Código Civil português já não consagra, como tradicionalmente, a matéria do arrendamento urbano, rústico rural e rústico florestal. (Em 2006 e, com maior propriedade em 2012, tornou ao Código Civil o regime do arrendamento urbano, que não os mais...)

– Códigos civis há, designadamente na América Latina, em que a matéria respeitante à família constitui preocupação autónoma – há códigos de família separados . . .

Um não mais findar de exemplos. De onde, pois, a relutância?

Um Código de Direitos do Consumidor (ou de Direito do Consumo) é um primeiro passo para a dignificação do direito do consumo.

O exemplo de França é, a todas as luzes, de uma grandeza plena de significações.”

O direito do consumo é considerado em diferentes latitudes como um ramo de direito, dotado de autonomia, ao menos funcional

A 15 de março de 1996 o governo de então, pelo Ministério do Ambiente, em que pontificava como ministra Elisa Ferreira, anunciou solenemente que se constituiria uma comissão incumbida de preparar o anteprojeto do Código.

Dez anos volvidos, a comissão apresentou finalmente ao ministro da tutela (o da Economia e Inovação) o tal anteprojeto.

Em momento em que no domínio, ao menos dos serviços de interesse geral, se avassalam os consumidores com “leis” feitas por entidades regulatórias, que tendem a enxamear o país, e em que o Código parece ultrapassado na sua concepção original, a menos que nele se tipifiquem os contratos de fornecimento ou de prestação de serviços do estilo e se rejam de forma pormenorizada, a confusão parece insuperável.

“Leis” feitas por “engenheiros” são ainda mais complexas que as complexas leis geradas pelos equívocos conceituais dos juristas (quantos deles sem a mundividência que seria de se lhes exigir).

A “diarria legislativa” (consinta-se-nos a expressão que só por si provoca vômitos...) a que nos expõem as entidades reguladoras parece inestancável.

O legislativo parece mudar de mãos...

E a comunidade jurídica ainda de tal se não apercebeu.

A confusão está instalada.

Pobres consumidores que se deixam avassalar por direitos e submergem ante a inestancável torrente de compressões que as empresas geram para lhos negar.

Estranho universo o que nos envolve nas suas contradições maiores – e em que a terra de ninguém só vantagem as empresas transnacionais e nacionais que sistematicamente denegam direitos a consumidores que se descaracterizam por serem considerados como sujeitos desprovidos de um estatuto maior.

As próprias entidades reguladoras, como, no caso, a *Anacom* – Autoridade Nacional de Comunicações, até se vangloriaram quando se subtraíram os domínios em que preponderam a regimes de tutela dos outrora denominados “serviços públicos essenciais”, como fora patentemente o caso das ora denominadas “comunicações electrónicas”, que passaram a constituir uma ilha insubsumível ao regime genérico de tais serviços.

Ora, parece que no caos que se “criou” é que os que se postam na trincheira que se opõe à cidadania se sentem nas suas “sete quintas”, como sói dizer-se.

Essa é, afinal, a via mais adequada para se oprimirem os consumidores, para se denegarem, sem reação consequente, os direitos que os textos lhes reconhecem, mas que – à míngua de divulgação ou de conveniente localização – permanecem ignorados pelos seus mais diretos destinatários.

Ainda que a época que há alguns anos se instaurou seja a da descodificação, na “*motorização legislativa*” a que se assiste, no afã de legislar pela manhã para, sob pressão dos acontecimentos, se revogar o diploma à tarde ou, ante uma reponderação ao café, repristinar à noite, afigura-se-nos que se não pode inadvertidamente proclamar a morte dos códigos. Pese embora a permanente tentação de se lhes introduzirem alterações em contínuo para, em suma, os descaracterizarem e desfigurarem. E o fato ocorre sobretudo quando os governos, na vertigem de um sistema voraz como aquele que vem dominando os nossos passos e os nossos dias, entendem dever apor a sua impressão digital no ordenamento jurídico, por mais disparatadas que sejam as soluções veiculadas, com o fito de se perpetuarem nos anais da história do direito.

No entanto, ante a manta de retalhos que hoje por hoje constitui, entre nós, o acervo normativo do direito do consumo, a indagação surge a nossos olhos com meridiana normalidade: o que se terá como preferível? Dispor de miríades de leis que tudo outorgam e que jamais se efetivam ou dispor de uma coleção, de algo construído com princípio, meio e fim, que, por disponível, é susceptível de ser adotado, de ser invocado, apreciado, interpretado e aplicado aos casos da vida?

Todavia não se poderá propender à adoção de um produto por ser o menor dos males. Há que ter a mira alta e visar níveis elevados de proteção, neles se incorporando soluções pertinentes e ajustadas aos interesses a tutelar, ao bem jurídico a preservar.

Claro que se não poderá advogar nem um mau código porque preferível às melhores das leis avulsas, tampouco cair no extremo oposto, a saber, afigurar-se preferível o nada a uma qualquer ideia defeituosamente posta em prática...

No entanto, parece indubitavelmente que, a despeito das distâncias, se tem por preferível dispor de um código de 700 artigos a ter um leque de leis a roçar as 2 000 ou as 3 500 com mais de 8 000 artigos que ninguém conhece, poucos especialistas dominam e um número residual deles se socorre.

2. O anteprojeto português do denominado “Código do Consumidor”

A 15 de março de 1996, em sessão agendada no Parlamento português para apreciação na generalidade tanto da proposta de Lei de Defesa do Consumidor como da de Proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais, a ministra do Ambiente, Elisa Ferreira, que detinha a pasta do Consumo, anunciou a constituição de uma comissão com o propósito de apresentação de um anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor.

Da comissão fizeram parte universitários, ora ligados, ora distantes da disciplina jurídica de que se trata.

A presidência da comissão fora cometida a Pinto Monteiro, um civilista que entretanto se convertera aos encantos do direito do consumo.

Dela se excluíram os especialistas acantonados na *apDC* – Associação Portuguesa de Direito do Consumo, sociedade científica de intervenção, sob pretexto de que os trabalhos jamais poderiam ser influenciados quer pelas instituições de consumidores quer pelas de natureza empresarial. Como se uma sociedade científica do estilo da nossa propendesse, à revelia de princípios e regras, a inclinar-se para o consumidor contra os seus opositores, numa parcialidade de proscrever.

Claro que o princípio nodular é o do equilíbrio das relações, armando-se o consumidor de um gládio maior para que possa esgrimir em igualdade de circunstâncias contra quem se posta na trincheira oposta. Ou oferecer-lhe uma “prótese” para que o seu braço tenha igual medida ao do fornecedor. Ou, noutra formulação, uma espada maior para que se não apresente em posição de franca menoridade perante o seu opositor...

Os desequilíbrios fatuais terão de ser supridos destarte.

Definidas as linhas de equilíbrio, uma sociedade científica pode acudir circunstancialmente sempre que os equilíbrios estejam ameaçados, mas uma vez refeitos, jamais propugnar razões onde razão faleça.

Perante um quadro ordenamental tecido de equilíbrios, jamais será lícito propender a “defender” o consumidor quando razão lhe não sobre...

E essa foi sempre a linha de conduta da sociedade científica que somos, tal como ocorre decerto com o *Brasilcon*... nas intervenções que protagoniza.

O fato é que a justificação de circunstância parece não haver colhido, já que a entidade da administração central – o, ao tempo, Instituto do Consumidor – segregara a própria *apDC* por a considerar exatamente o oposto, vale dizer, que se não adequava ao perfil de uma associação de consumidores vera e própria. E, com efeito, não o era nem é. Mas politicamente convinha afastar os mentores da instituição, os únicos a reclamarem a edificação de um código para Portugal, porque dissociados e em oposição manifesta ao Instituto do Consumidor pela sua ineficácia, tantas vezes reverberada, e pelos prejuízos causados pela sua clamorosa inoperância aos consumidores, atitudes que nos valeram a inscrição no *index* e um (quase perpétuo) *silêncio dos proscritos*...

Patente a desonestidade intelectual que perpassa por atitudes que se não prendem com o mérito ou o demérito científico de quem quer, mas com as “posições políticas” adotadas perante o descaso, a incompetência e o desserviço à comunidade, sistematicamente postos a nu nas intervenções públicas dos que se votam à causa

dos consumidores congregados em redor da apDC. E que nos valeram perseguições sistemáticas dos nossos algozes e, ao menos, um processo-crime promovido pelo próprio secretário de Estado da “tutela”... processo que se frustrou ante a argúcia, a cultura e a inteligência de um Procurador da República que se dissociou, se desfilhou, enquanto magistrado religado ao poder do Estado, da onda persecutória que nos visava e mandou arquivar os autos porque desajustada a conduta da sua subsunção à moldura típica legal de um qualquer crime de difamação ou injúria...

“Jogos” em tudo “consentâneos” com uma “saudável” noção de “democracia” e de “liberdade” (passe a ironia!), de todo enfeitáveis pelos próceres do regime autocrático deposto. Mas abraçados com zelo pelos sequazes da “ordem nova”, formados decerto nas fileiras da velha ordem... invocando, a propósito e a despropósito, o seu ardoroso apego à “*legalidade democrática*”!

Nada melhor – para se ter a percepção do “hercúleo esforço” de uma década de elocubrações e reflexões normativas – do que socorrerem-nos do texto de apresentação do anteprojeto, dado à estampa como prefácio da obra em suporte físico, em papel.

Dez anos a que se seguiram quatro (de refusão de um projeto jamais tornado público, ao que se julga), absolutamente improficuos.

O projeto jaz em uma qualquer gaveta de um airoso gabinete ministerial, quiçá na Horta Seca (sede da Economia, onde institucionalmente de há já algum tempo a (não) política de consumidores se radica), onde eventualmente nada viceja ou floresce, já que jamais houve quem lhe pusesse a “vista em cima”, passe a expressão, que traduz, aliás, realmente o que se passou. Dois governos se sucederam sobre o momento em que o depósito do projeto se fez e não há rasto do documento...

Para tantos e, parafraseando Jorge Pegado Liz, “ainda bem”...

Ei-lo em sua formal:

Apresentação

1. A *Comissão do Código do Consumidor* apresenta, para conhecimento e debate público, o *Anteprojecto do Código do Consumidor* por que é responsável.

Simbolicamente, este passo é dado no dia 15 de Março, Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

Sempre entendeu esta Comissão que teria o maior interesse permitir que outras pessoas e entidades pudessem intervir na ponderação e análise

das questões. Por isso esteve sempre aberta a todos os contributos que lhe fizessem chegar, por isso ela própria tomou várias iniciativas a fim de incentivar esses contributos, mesmo numa primeira fase, em que os trabalhos se concentraram mais no interior do grupo.

É agora o momento de dar conta do trabalho realizado. Não de um trabalho definitivo, muito menos de um trabalho perfeito ou pronto para ser imediatamente aprovado, antes, assumidamente, de um trabalho que se pretende seja desde logo a base e o ponto de partida para uma *reflexão alargada, responsável e participada*.

É com este espírito e este objectivo que se abre o *Anteprojecto do Código do Consumidor* ao *debate público*, debate em que a própria Comissão pretende intervir e do qual espera recolher ideias, críticas e sugestões que lhe permitam *corrigir e enriquecer* o articulado que a seguir se apresenta.

2. Num brevíssimo registo histórico, dir-se-á que o processo se iniciou com o Despacho 42/MA/96, de 28 de Maio, da Ministra do Ambiente, através do qual se nomeou o “*Presidente da Comissão para a Reforma do Direito do Consumo e do Código do Consumidor*”, cargo de que tomámos posse em 7 de Junho de 1996.

Procedemos, de seguida, à indicação dos demais membros da Comissão, aos quais a Ministra do Ambiente deu depois posse. Na composição da Comissão procurámos conjugar saberes e experiências de *mundos diversos*, assim como de *especialidades diferentes*.

O grupo inicial ficou constituído em finais de Julho de 1996 e incluía seis elementos, mais a assessora técnica. Entretanto, foi sendo alargado, à medida que o andamento dos trabalhos aconselhava a chamada de novos especialistas, o que acabou por se verificar até ao fim do 1º semestre de 1998, pela inclusão de mais três pessoas. Mas tinha já ocorrido uma saída, a do Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, que por sua iniciativa veio a deixar a Comissão em Julho de 1997 ao ser convidado, pelo Ministro das Finanças, para presidir à Comissão do Código dos Valores Mobiliários. De mencionar, ainda, a Dr.^a Maria da Conceição Oliveira, Directora-Geral da Administração Extrajudicial, por indicação e como representante do Ministério da Justiça na Comissão, entre Maio de 2001 e finais de 2002.

Entretanto, a Dr.^a Maria Cristina Portugal começou por ser Assessora Técnica da Comissão, passou mais tarde a representar o Instituto do Consumidor enquanto aí se manteve como Vice-Presidente, de Outubro

de 2000 a Janeiro de 2003 (período esse em que o apoio técnico foi prestado pela Dr^a Raquel d'Orey, primeiro, e pela Dr^a Cecílie Cardona, depois), e regressou por último ao desempenho das funções iniciais na Comissão, ao cessar a sua actividade naquele Instituto.

Eis o elenco completo das pessoas que fazem (ou fizeram) parte da Comissão do Código do Consumidor:

(...)

3. A Comissão beneficiou de múltiplos e valiosos contributos.

Em primeiro lugar e desde logo, beneficiou a Comissão do apoio do Governo e, particularmente, do responsável, em cada Governo, pela área da defesa do consumidor.

Antes de mais, o Eng^o José Sócrates, a quem se deve a iniciativa política deste Anteprojecto, quer como Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Ambiente, quer como Ministro Adjunto do Primeiro-Ministro. Depois, pela ordem por que se sucederam, o Secretário de Estado Acácio Barreiros e os Ministros Guilherme d'Oliveira Martins, José Luís Arnaut e Henrique Chaves, até ao actual Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor, Dr. Fernando Serrasqueiro, cujo incentivo para a conclusão do nosso trabalho foi uma constante, praticamente desde que iniciou as suas funções no Governo, na linha das manifestações de confiança com que esta Comissão sempre foi honrada por todos.

Neste plano, são de mencionar, ainda, os contactos que tivemos com alguns Ministros da Justiça, como os Drs. Vera Jardim, António Costa, José Pedro Aguiar-Branco e Alberto Costa, em coerência com o desejo, sempre manifestado pela Comissão, de que o Ministério da Justiça acompanhasse os nossos trabalhos.

O Instituto do Consumidor foi sempre, naturalmente, um interlocutor privilegiado, tendo o seu Presidente acompanhado de perto os trabalhos da Comissão e participado mesmo em algumas reuniões, quer no passado, através do Dr. Lucas Estêvão, quer actualmente, através do Dr. Joaquim Carrapiço.

Foram ouvidas, logo de início, através dos seus representantes, as Associações de Defesa do Consumidor, os Centros de Arbitragem e as outras entidades que puderam corresponder ao convite que lhes dirigi para esse efeito, designadamente: o Dr. Ataíde Ferreira, ao tempo Presidente da

Deco; o Dr. Castro Martins, Presidente da ACOP; a Desembargadora Dr^a Ana Luísa Geraldês, ao tempo Presidente da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade; a Dr^a Isabel Cabeçadas, Directora do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumos de Lisboa; a Dr^a Ana Paula Fernandes, ao tempo Presidente do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz (hoje, do distrito de Coimbra); e o Senhor Jorge Pinheiro, ao tempo Presidente da Agência Europeia de Informação ao Consumidor.

Aproveitando a presença em Coimbra dos Professores Thierry Bourgoignie e Bernd Stauder, foram os mesmos recebidos pela Comissão e ponderadas as suas sugestões.

Assim como tivemos o privilégio de receber na Comissão os Profs. Doutores Orlando de Carvalho e Maria Manuel Leitão Marques, e mais tarde, a seu pedido, o Bastonário da Ordem dos Advogados, Dr. António Pires de Lima.

Em 15 de Março de 1997 promovemos em Lisboa um Colóquio Internacional sobre o Código do Consumidor, com a participação dos Profs. Doutores Ada Pellegrini Grinover, Jean Calais-Auloy e Thierry Bourgoignie, Presidentes, respectivamente, das Comissões encarregadas da elaboração do Projecto do Código do Consumidor no Brasil, em França e na Bélgica.

A parte do Anteprojecto relativa ao sobreendividamento foi enviada a várias pessoas e entidades, após ter sido maduramente pensada e debatida no seio da Comissão, por se ter chegado a pensar, em 1998/99, que ela poderia ser incluída num diploma legal que antecederia o Código do Consumidor. Directamente ou através da Secretaria de Estado da Defesa do Consumidor, algumas dessas entidades fizeram chegar as suas observações à Comissão, que as tomou em devida conta: registam-se os contributos do Banco de Portugal, da Associação Portuguesa de Bancos, da ASFAC – Associação de Sociedades Financeiras para Aquisições a Crédito, da Confederação do Comércio e Serviços de Portugal, da União das Associações de Comerciantes do Distrito de Lisboa, da Ordem dos Advogados, da Deco, da PLURICOOP, da FENACOOB, da ACRA – Associação de Consumidores da Região dos Açores, da CGTP, do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia de Coimbra e do Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida.

Também a parte respeitante à conformidade dos bens ao contrato teve em conta os trabalhos preparatórios do diploma legal de transposição da Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, e muito especialmente o respectivo “Anteprojecto”, a cargo do Dr. Paulo Mota Pinto.

Entretanto, a anteceder o momento actual de apresentação pública do Anteprojecto do Código do Consumidor, houve uma fase intercalar em que os trabalhos foram objecto de uma divulgação restrita, com o propósito de recolher as sugestões dos Ministérios da Justiça, da Economia e das Finanças, bem como do próprio Instituto do Consumidor. Essas sugestões e críticas foram ponderadas pela Comissão, tendo muitas delas sido acolhidas no articulado que hoje se publica.

Finalmente, o articulado do Código do Consumidor beneficiou ainda, em diversos momentos e de modo vário, da preciosa colaboração de Colegas e Amigos que generosamente acederam ao pedido que eu próprio lhes fiz para se pronunciarem sobre pontos específicos do Anteprojecto, tendo as sugestões apresentadas sido em geral acolhidas. É por isso de elementar justiça dirigir um público agradecimento aos Profs. Doutores Manuel Henrique Mesquita, Manuel da Costa Andrade, Rui Moura Ramos, Anabela Miranda Rodrigues e Joaquim Sousa Ribeiro, bem como ao Dr. Paulo Duarte e à Dr.^a Cristina Siza Vieira.

4. Procurando salientar algumas ideias essenciais sobre o Anteprojecto que agora se apresenta, dir-se-á, em primeiro lugar, que foi propósito da Comissão ir *além* de uma mera *compilação* de leis dispersas e elaborar um *Código*, no sentido próprio do termo, com tudo o que isso implica, designadamente em termos de *racionalização* e de *unidade sistemática*. Mas um código, em todo o caso, com muitas particularidades, rompendo, em vários pontos, com o modelo tradicional, um código, pode dizer-se, *pós-moderno*.

Houve igualmente o propósito de *respeitar* e dar *continuidade* ao que de importante e útil se tem feito no domínio da defesa do consumidor. Foi assim de *prudência* a atitude da Comissão. Mas isso não impediu, como é natural, que se tivesse procedido às *correções* necessárias, por um lado, e ao *rasgar de novos caminhos*, por outro lado, quando se afigurou importante dar esse passo. O que aconteceu inúmeras vezes!

Desde a noção de consumidor e da clarificação quanto ao regime aplicável às pessoas colectivas, até às modificações operadas, em maior ou menor medida, em sede contratual, processual e organizatória, muitas são efectivamente as “novidades” a ter em conta, umas vezes meramente pontuais, outras vezes mais profundas e extensas.

Pela *inovação* que representam, merecem especial destaque os procedimentos de reestruturação do passivo do devedor insolvente, no contexto do sobreendividamento do consumidor, assim como a consagração da responsabilidade do prestador de serviços e toda a concepção respeitante ao Sistema Português de Defesa do Consumidor, vertida no articulado correspondente.

Mas são ainda de relevar, entre tantas e tantas outras, as opções tomadas no tocante à regulamentação do direito de livre resolução do contrato, da conformidade e garantias e do crédito ao consumo; os preceitos sobre juros usurários, sobre o “product placement” em sede de publicidade e sobre os cartões de pagamento; e ainda, no âmbito do exercício e tutela dos direitos, todo o articulado respeitante aos crimes e contra-ordenações, por um lado, e às disposições processuais, por outro lado, designadamente as que versam sobre a acção popular e sobre a acção inibitória.

Aproveita-se a oportunidade para transpor a Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, relativa à comercialização a distância de *serviços financeiros* prestados a consumidores, assim como a Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às *práticas comerciais desleais* das empresas face aos consumidores no mercado interno. Tarefa que não foi fácil, particularmente neste segundo caso, perante uma directiva de harmonização plena que condiciona fortemente o trabalho de transposição e que pode deixar algo perplexo quem mais se preocupa com o rigor jurídico e a precisão que um texto normativo deve sempre ter.

A transposição já efectuada de muitas outras directivas (como, mais recentemente, pelo Decreto-Lei nº 69/2005, de 17 de Março, a Directiva sobre a segurança geral dos produtos) levou a que se incluíssem no Anteprojecto os diplomas legais que haviam procedido a essa tarefa. Mas é claro que a inclusão, num Código, de tais diplomas pressupõe a sua indispensável adaptação, tornando mesmo desnecessária, em alguns pontos, uma nova regulamentação, por se tratar de aspectos já abrangidos

por outras disposições do Código, e remetendo os pontos carecidos de regulamentação para os lugares próprios, de acordo com a sistematização seguida.

Observação que vale, afinal, para todos os diplomas e preceitos legais que o Anteprojecto passa a abranger, por se afigurar que são textos essenciais do direito do consumidor e que justificam a sua inclusão num Código desta índole, tendo designadamente em conta o critério seguido pela Comunidade Europeia.

Refira-se, a propósito, que apresentamos mais à frente as listas das directivas transpostas e dos diplomas legais total ou parcialmente revogados por este Código.

Por último, importa que se diga que estamos perante um “Código do Consumidor” que não tem como destinatário único o *consumidor*, pois em alguns casos o seu âmbito de aplicação abrange *outras pessoas e relações jurídicas* (cfr. a esse propósito o artigo 13º do Anteprojecto): assim sucede, por exemplo, no domínio das cláusulas contratuais gerais, da responsabilidade do produtor e dos serviços públicos essenciais. Mas isso, afinal, é o que se verifica *já hoje*, na legislação em vigor, nesses e em outros domínios.

5. A noção de *consumidor* teve de ser revista (cfr. artigo 10º).

Independentemente do juízo que mereça a noção constante da Lei de Defesa do Consumidor (quer da actual, a Lei nº 24/96, de 31 de Julho, quer da anterior, a Lei nº 29/81, de 22 de Agosto), a verdade é que, a consagrar-se uma noção *legal* de consumidor – num código ou numa lei geral, como a que temos –, ela *terá de servir* para *todos* os casos em que se prevejam medidas tendo como *destinatário* o *consumidor*. Mas não é isso o que sucede no momento presente, pois a referida noção *não coincide* com a que é dominante no *direito comunitário*, ela *não corresponde* à noção adoptada em várias Directivas.

Essa a razão por que os diplomas nacionais que transpõem tais Directivas tenham de consagrar, *repetidas vezes*, uma noção de consumidor *diferente* da que consta da Lei de Defesa do Consumidor! Haja em vista, por exemplo, as noções de consumidor contidas nos Decretos-Leis nº 359/91, de 21 de Setembro (crédito ao consumo), e nº 143/2001, de 26 de Abril (contratos a distância), assim como nas Directivas que esses diplomas vieram transpor ou, além dessas, nas Directivas 93/13/CEE,

de 5 de Abril de 1993 (sobre as cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores), e 1999/44/CE, de 25 de Maio de 1999 (venda de bens de consumo e garantias a ela relativas).

Não adianta, pois, numa lei geral, uma noção de consumidor que *não serve* para os múltiplos domínios em que a lei recorre a tal noção – mas com um sentido *diverso* – para delimitar o seu âmbito de aplicação! E com a aprovação do Código do Consumidor muito menos teria sentido manter tal atitude, como é óbvio, pois a noção aí consagrada *terá de servir* para todos os casos em que o destinatário das medidas previstas seja o *consumidor*, em conformidade com o sentido que as Directivas comunitárias lhe atribuem – e que os vários diplomas nacionais que as transpuseram *já hoje acolhem!*

A Comissão está consciente, por outro lado, de que *nenhum código* tem ou pode ter sequer a pretensão de abranger *todas as normas* de um determinado ramo de direito. O Código do Consumidor não foge à regra: daí que o Anteprojecto incluía *só o que parece essencial* – ainda assim indo porventura mais longe do que iria se não tivesse de condescender, não totalmente mas ao menos em grande medida, com a legislação em vigor – e deixe de fora, designadamente para legislação avulsa, já existente ou a criar, muitos outros aspectos ligados a problemas da defesa do consumidor. O que tem por consequência, desde logo, que permaneçam na legislação vigente alguns preceitos, mesmo naqueles casos em que o essencial dessa regulamentação passa para o Código: é o que sucede, *v.g.*, no crédito ao consumo, nos direitos de habitação periódica e nas viagens turísticas e organizadas.

Isso permitirá, ao mesmo tempo, proceder *mais facilmente* a alterações no futuro, “maxime” por força de imperativos comunitários, sem ter que se *alterar* necessariamente o Código. Nesta mesma linha de preocupações, realce-se a abertura do Código para a legislação que porventura venha substituir diplomas actualmente em vigor e para os quais o Código remeta (cfr. artigo 15º).

6. Por último, pretende o Código instituir o *Sistema Português de Defesa do Consumidor* (SPDC) com o objectivo de assegurar os direitos do consumidor, à luz, designadamente, dos princípios da prevenção, da participação, da desburocratização, celeridade e eficiência, da assistência mútua e do acesso ao direito e à justiça.

Quanto à sua composição, para além das entidades, órgãos e serviços que já hoje exercem funções semelhantes, prevê-se que integre o SPDC o *Centro Nacional de Informação, Mediação, Conciliação e Arbitragem em Matéria de Consumo*, com o objectivo de prestar informação, regular pequenos conflitos de consumo e fazer o estudo e acompanhamento técnico das situações de sobre-endividamento dos particulares. O Centro poderá exercer as suas tarefas de *modo ambulatório* e integrará um *Tribunal Arbitral*, um *Gabinete de Apoio Jurídico* e um *Gabinete de Apoio aos Particulares Sobreendividados* (GAPS). Quanto à sua natureza jurídica, o Centro será uma pessoa colectiva *privada* de base associativa, sem fins lucrativos, tendo como seus associados o Estado, as Regiões Autónomas, o Instituto do Consumidor e a Ordem dos Advogados.

Torna-se desnecessário encarecer a importância do Centro no contexto do SPDC e o seu significado último, no que ele representa em termos de ligação entre a Sociedade Civil e o Estado. A sua constituição depende, todavia, de um *acordo prévio* entre os futuros associados. Parece-nos necessário sensibilizar, desde já, para o efeito, essas entidades, e muito especialmente o Ministério da Economia, o Ministério da Justiça, as Regiões Autónomas, a Ordem dos Advogados e a Associação Nacional de Municípios.

De destacar, ainda, a proposta de criação da *Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais*, com competência de fiscalização da publicidade, entre outras funções que passará a ter.

7. De um ponto de vista sistemático, o Código do Consumidor tem 4 títulos: o I consagra “Disposições Gerais”; o II trata “Dos Direitos do Consumidor”; o III “Do Exercício e Tutela dos Direitos”; e o IV, por último, “Das Instituições de Defesa e Promoção dos Direitos do Consumidor”.

A matéria reparte-se por capítulos, secções e divisões e, por vezes, dentro destas, ainda por subsecções e subdivisões, ao longo de 708 artigos.

O Código terá de ser acompanhado de um diploma preambular onde se incluirão, designadamente, as habituais disposições transitórias, entre as quais algumas que hoje constam de diplomas legais cujas matérias “passam” para o Código do Consumidor.

Ter-se-á, igualmente, de dar aí conta das leis e decretos-leis que são revogados (desde logo, a Lei nº 24/96, de 31 de Julho), assim como dos diplomas que só parcialmente são revogados, devendo, neste caso, indicar-se quais as disposições que se mantêm em vigor.

Finalmente, a publicação do Código do Consumidor terá de ser acompanhada de vários outros diplomas, em virtude de, como dissemos atrás, haver matérias só *parcialmente* reguladas no Código, pelo que a disciplina das mesmas terá de *articular-se* com a legislação pertinente, entre a qual legislação avulsa a criar, nuns casos, ou a reformular, em outros casos, por ter *sobrevivido* à revogação operada. Entre outros pontos e matérias destacamos, a este propósito, o trabalho a fazer no âmbito dos direitos de habitação periódica e das agências de viagem e turismo.

Poder-se-á sempre questionar o acerto da opção tomada. Mas parece-nos que se justifica *preservar* o Código, em geral, de aspectos mais *regulamentares*.

Além de ele não ser a sede adequada para regular tais aspectos, conferese-lhe maior estabilidade, ao mesmo tempo que se facilita a transposição de eventuais directivas e outras intervenções que venham a ser necessárias.

Seguem-se as listas com as indicações que julgamos ser útil e oportuno apresentar desde já.

7.1 Diplomas integralmente revogados

(...)

7.2 Diplomas parcialmente revogados

(...)

7.3 Regulamentação de diplomas revogados que continua em vigor

(...)

7.4 Matérias que têm de ser objecto de diplomas complementares a acompanhar a entrada em vigor do Código do Consumidor

– Composição, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor

– Organização e funcionamento do Instituto do Consumidor

– Direito Real de Habitação Periódica

– Agências de Viagens e Turismo

– Fórmulas matemáticas e exemplos de cálculo da TAEG

– Funcionamento da Comissão de Segurança de Serviços e Bens de Consumo

– Organização e funcionamento da Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais

7.5 Directivas transpostas pelo Código do Consumidor

(...)

8. Eis, portanto, aqui e agora, o *Anteprojecto do Código do Consumidor*.

De algum modo ainda *in fieri*, mas já suficientemente debatido, ponderado e amadurecido para entrar numa nova fase, *abrindo-se* às sugestões e contributos de todos quantos queiram participar neste processo.

Não abundam, é certo, no direito comparado, os exemplos de codificação neste domínio. Apenas o Brasil, desde 1990, a França, desde 1993, e a Itália, muito recentemente, desde Outubro de 2005, dispõem de Código do Consumidor. A Alemanha deu há pouco um passo importante, no que isso significa e representa para a elevação do direito do consumidor. Mas a *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de Novembro de 2001, optou por incluir no BGB vários preceitos do direito do consumidor, na linha, aliás, do que fora já iniciado em 2000.

É este último, sem dúvida, também um caminho possível! Mas que não se afigura o melhor – *por muitas e importantes razões*. Claro que sempre teria a vantagem de combater a *dispersão* e permitir superar o estado *caótico*, de um ponto de vista legislativo, com que frequentemente se depara.

Mas estamos convictos de que a aprovação do *Código do Consumidor* será o passo *mais adequado e correcto*.

Não é este o momento próprio, nem se afigura ser esta a sede adequada para desenvolver um tema tão interessante. De resto, trata-se de uma opção de *política legislativa* que ultrapassa esta Comissão. Mas sempre diremos que a opção pelo Código Civil se afiguraria *preferível* à situação em vigor.

Simplesmente, tal opção *não eliminaria* os inconvenientes e dificuldades que envolve a *codificação* do direito do consumidor, antes os *agravaria*; e não reuniria todas as *vantagens* que o Código do Consumidor pode trazer, desde logo permitindo este, mas não aquele, acolher normas de *natureza interdisciplinar*.

Também não se desconhece o *debate europeu* (em que de resto alguns de nós vão intervindo), nem se ignora o movimento de harmonização no plano dos contratos ou, até, de alguns lados, a favor de um código civil europeu. Mas não nos parece que tais movimentos colidam com o passo que aqui e agora nos propomos dar. Além de ser *bastante mais fácil*, como já alguém disse, um Código do Consumidor Europeu do que um Código Civil Europeu, parece-nos que o mesmo sucede no plano interno, com a inclusão do direito do consumidor num diploma próprio, o Código do Consumidor. Trata-se, afinal, em grande medida, de reunir e sistematizar,

dentro de uma linha de racionalização e coerência interna, *direito já hoje vigente* na ordem jurídica portuguesa!

Por último, gostaríamos de acrescentar que partilhamos em geral do sentimento de que a *proliferação legislativa* é nefasta e que a *estabilidade legislativa* é essencial para a segurança jurídica e a defesa dos direitos de cada um. Mas foi *esta mesma preocupação*, afinal, uma das razões por que decidimos aceitar o honroso convite de levar por diante esta tarefa, pois o Código do Consumidor é uma lei que *virá substituir muitas outras leis*, dispersas, por vezes repetitivas e prolixas, desligadas... Na lista que acima apresentamos são 16 os diplomas legais que este Código substitui integralmente!

Sabemos que o Código, como qualquer outra lei, *por si só*, não resolve os problemas! Tudo irá depender, no essencial, da aplicação que dele se faça. Por isso mesmo, foi nosso propósito, no seio da Comissão, fazer com que a “law in the books” *facilite* a “law in action”, designadamente a “law in the courts”. Temos a esperança de que o Código possa vir a ser, como já o disse em outras ocasiões, a *matriz* e o *rostro* do direito do consumidor!”

3. O anteprojeto: o arquétipo

Não foi tanto a sistemática a suscitar, em geral, um coro de críticas, mas a natureza pluriforme de regras e, em particular, as soluções propugnadas, do conceito de consumidor, à revelia das que se consagram na generalidade dos ordenamentos e em franco desfavor aos consumidores veros e próprios, à essência e natureza de regras que não encontravam nem logram acolhimento no especial segmento do direito do consumo, mas que os autores do anteprojeto, numa concepção algo desmarcada, entenderam cabível naquele “cadinho”:

- de direito administrativo organizacional
- de direito institucional (?)
- de direito comercial
- de direito da concorrência
- de direito da publicidade (ora restrito, segundo a concepção dominante na União Europeia, às relações que diretamente se entretencem entre empresas, entre sociedades mercantis, entre concorrentes...)
- de direito registral
- de direito penal

- de direito processual penal
- de direito contraordenacional (Ordnungswidrigkeit)
- de direito processual contraordenacional
- de direito procedimental
- de direito judiciário (organização judiciária)
- de direito processual civil, numa mistura muito pouco recomendável... e susceptível de instalar uma enorme confusão em todos estes domínios!

Para que nos interessa a concessão de alvarás às agências de viagem ou das empresas de mediação imobiliária?

Para que nos interessa a constituição de uma *Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais* num Código do “Consumidor”?

Para que nos interessa disciplinar determinados aspectos que relevam diretamente do direito da concorrência, isto, é, que relevam das relações interempresariais?

Ou outros que entroncam no direito judiciário em sentido estrito?

Para nos não referirmos a tantas das dissociações que se pretendia fossem unidas, crismadas pela “autoridade eclesial” imanente ao próprio “Código”...

Nem sequer se nos afigura que o Código seja a fonte ideal para a criação de instituições e a sua conformação legal – do organismo da administração central direta ou indireta do Estado, a que se comete a execução das políticas do consumidor, às fundações e associações, e bem assim das entidades a que cabe a fiscalização do mercado ou a aplicação das coimas, como era o caso da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e ou da Publicidade – como, de resto, ali figuram!

Em contundente crítica dirigida por Jorge Pegado Liz, *in* RPDC – Revista Portuguesa de Direito do Consumo –, à comissão e seu presidente, tais aspectos não escapam à sua penetrante análise, a saber:

“E como não ficar estarrecido quando, num “código”, se regulam em pormenor matérias de organização dos serviços do Estado, se propõe a extinção de organismos e a criação de outros para durarem para a eternidade, porque os “códigos”, por natureza, têm necessariamente vocação eterna?! E não só organismos do Estado, mas também as associações de consumidores, as cooperativas de consumo, as fundações de defesa dos consumidores, as entidades reguladoras – aliás, já desactualizadas – tudo num megalómano Sistema, com foros de verdade universal, à boa maneira medieva.”

Para de imediato formular um voto, siderante, aliás:

“No seu todo, porém, o melhor que se pode augurar a este “código” é que seja guardado como referência de inestimável valor doutrinário de meritório relevo, mas que nenhuma decisão política mais voluntariosa e menos reflectida o transforme alguma vez em lei da República.”

Não seria possível traduzir de forma mais eloquente um tal sentimento de rejeição ou de manifestação perante o *statu quo*.

E, ao que parece, os deuses terão escutado Jorge Pegado Liz e tantos outros que em uníssono se lhe seguiram na pegada.

Abstraímo-nos, na sequência e por razões de espaço, de inserir as seções, subseções, divisões e subdivisões de que se preenche o texto, nem sempre com o sentido mais adequado.

Quedemo-nos pelos títulos e capítulos:

Título I – Disposições Gerais

Capítulo I – Dos Objectivos, Princípios e Âmbito de Aplicação

Capítulo II – Da Política de Defesa do Consumidor

Título II – Dos Direitos do Consumidor

Capítulo I – Da Informação

Capítulo II – Da Saúde e a Segurança de Produtos e Serviços

Capítulo III – Da Qualidade dos Produtos e Serviços

Capítulo IV – Dos Interesses Económicos

Capítulo V – Da Reparação de Danos

Título III – Do Exercício e Tutela dos Direitos

Capítulo I – Das Infracções Contra os Interesses dos Consumidores

Capítulo II – Disposições Processuais Cíveis

Título IV – Das Instituições de Defesa e Promoção dos Direitos do Consumidor

Capítulo I – Do Sistema Português de Defesa do Consumidor

Capítulo II – Do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor

Capítulo III – Da Comissão de Segurança de Serviços e Bens do Consumo

Capítulo IV – Do Instituto do Consumidor

Capítulo V – Das Entidades Fiscalizadoras do Cumprimento das Normas de Defesa do Consumidor

Capítulo VI – Da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica

Capítulo VII – Do Centro Nacional de Informação, Mediação, Conciliação e Arbitragem em Matéria de Consumo

Capítulo VIII – Dos Centros de Informação, Mediação, Conciliação e Arbitragem em Matéria de Consumo, de Âmbito Sectorial ou Territorial Restrito

Capítulo IX – Dos Centros ou Serviços Autárquicos de Informação ao Consumidor

- Capítulo X – Das Associações de Consumidores
- Capítulo XI – Das Cooperativas de Consumo
- Capítulo XII – Das Fundações de Defesa do Consumidor
- Capítulo XIII – Dos Serviços de Mediação, Comissões de Resolução de Conflitos ou Provedores de Clientes Legalmente Registrados

4. A crítica

Se compulsarmos o Código de Consumidor (anteprojeto), tal como a comissão o delineou e apresentou, surpreendemos na seção VI do capítulo IV do título II uma parte aparentemente reservada aos contratos típicos de consumo, nela figurando:

- compra e venda de bens de consumo;
- concessão de crédito;
- serviços públicos essenciais;
- direito de habitação periódica;
- viagens turísticas e organizadas.

Ora, no âmbito dos outrora denominados “*serviços públicos essenciais*”, que o legislador insiste em não adequar à terminologia em voga na União Europeia (“*serviços de interesse geral e de interesse económico geral*”), não há um efetivo tratamento dos contratos que nesse quadro se manifestam. Antes – e tão só – a transcrição original da Lei 23/96, de 26 de julho (nem sequer se tomou em linha de conta as alterações entretanto introduzidas), subordinada às rubricas que se enunciam como segue:

– direito de participação; livros de reclamações; princípios gerais; dever de informação; caução; suspensão de fornecimento; direito à quitação parcial; padrões de qualidade; consumos mínimos; faturação; prescrição e caducidade.

E não há um tratamento autónomo de cada um dos contratos típicos pelas especificidades que postulam, moldes que se acham dispersos por inúmeros diplomas legais que nem sequer são tocados, aflorados, referenciados sequer...

Não se pode codificar *pretensamente* para se deixar tudo aparentemente na mesma com um ror de legislação extravagante ou avulsa que o regime do Código não dispensará...

E, como “*serviços essenciais*”, considera só – e tão só – o fornecimento de água; energia eléctrica; gás, gás de petróleo liquefeito canalizado; telefone (*qua tale*).

Esqueceu-se a preclara *comissão de codificação* de considerar como espécies típicas, em inovação que importaria ousar, as que seguem:

– contrato de serviços de saúde; contrato de serviços educacionais; contrato de utilização das autoestradas; contrato de serviços postais (ulteriormente inseridos na

Lei de Proteção dos Consumidores de Serviços Públicos Essenciais); contratos de serviços de comunicações electrónicas, a saber – acesso à *internet*, – acesso à televisão por cabo, – demais serviços neste âmbito cuja regulação se torne adequada.

Para além dos contratos de recolha dos resíduos sólidos urbanos (lixo) ou de águas residuais ou efluentes (saneamento e esgotos), mais tarde reconduzidos ao elenco de “serviços públicos essenciais” pela lei ordinária que os não considerara como tal na versão original...

No entanto, há um rol de contratos que carecem de ser disciplinados (ou consolidados ante a dispersão normativa subsistente) pelo legislador, neste particular, a saber:

- contrato de serviços de transporte: aéreo, marítimo, fluvial, ferroviário, rodoviário;
- contrato de alojamento turístico: contrato de albergaria ou pousada, contrato de arrendamento por breves períodos em praias, termas ou outros lugares de vilegiatura (alojamento local);
- contrato de base de cartões turísticos ou de férias;
- demais contratos de serviços turísticos (de molde a proibir, entre outros, os consumos mínimos nas salas de dança ou de espectáculos);
- contrato de compra e venda de imóveis;
- contrato de compra e venda de coisas móveis;
- contrato de compra e venda de semoventes usados;
- contratos electrónicos ou digitais;
- contrato de mediação imobiliária;
- contrato de promoção imobiliária;
- contrato de gestão de condomínios;
- contratos de seguros obrigatórios;
- contratos de serviços mínimos bancários;
- outros contratos bancários;
- contrato de emissão de cartões de crédito;
- contrato de serviços financeiros à distância;
- contrato de estacionamento de viaturas;
- contrato de empreitada de coisa móvel;
- contrato de empreitada de coisa imóvel;
- contrato de mediação matrimonial;
- contrato de serviços funerários;
- (...).

Daí que se exigisse que o legislador se não distraísse neste passo. E fosse fundo numa abordagem do estilo. Para que o Código não fosse um mero arremedo agregador de diplomas com todas as excrescências deles constantes.

E, o que é mais, com um pretensioso esforço de codificação, mantivesse um ror de diplomas extravagantes exatamente na esfera da legislação avulsa, não a abarcando nem a fundindo na sua mancha...

Se o campo de eleição do Código é o dos *atos e contratos de consumo*, domínios como estes jamais poderiam ser descurados.

De resto, disciplinar os *contratos* que se acantonam no âmbito dos *serviços de interesse geral* pode bem evitar que o Parlamento diga num artigo o que há-de estabelecer-se quanto à forma do *contrato de comunicações eletrónicas* e a Autoridade de Regulação se espraie em considerações – sobre um só dispositivo – acerca dos requisitos do contrato que se estendem por dezenas e dezenas de páginas A4, numa manifestação algo perturbante para o intérprete e, em primeira linha, para o destinatário da norma – o ignorado consumidor... em cujo nome se cometem as maiores *barbaridades* normativas!

O fato reflete bem o desvario que perpassa por domínios do jaez deste e dos ares de sobrançeria de que se dão mostras as entidades regulatórias cujo poder é hoje por hoje inexaurível e onipotente.

Este é um dos modelos que importa recusar a todo o transe. Quanto mais não seja por imperativo cívico de higiene mental dos consumidores medianamente saudáveis.

A apDC, num parecer de 100 páginas, na generalidade como na especialidade, suscitou perante o Secretário de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor que, ao tempo, sobraçava a pasta do Consumo, o seu ceticismo pelo teor do anteprojecto e pelas soluções sufragadas.

Não se nos afigura relevante repetir nesta circunstância quanto se exprimiu em cada um dos planos. Mas o tom é crítico na generalidade e, na especialidade, há um aprofundamento da análise pontual dos temas, com uma mão cheia (uma mão de gigante... cheia de gritantes anomalias técnico-jurídicas) de incorreções palmares que se entendeu evidenciar para que se tomasse em devida conta a posição dos que – sendo a única sociedade científica nacional – jamais foram ouvidos, naturalmente pela fraca qualidade das suas prestações, numa avaliação preliminar que, no mínimo, se teria por chocante...

Destacar-se-ão, porém, alguns aspectos por marcantes:

I – Da apreciação na generalidade

Perante a extensão do anteprojecto de diploma, e por uma questão de organização, iniciar-se-á a exposição pelos aspectos de carácter mais genérico seguindo em “*espiral*” pela análise detalhada das normas jurídicas nele consagradas.

Desde logo, pode-se ler no ponto 4 do preâmbulo (a pág. 7) do anteprojecto que, “*procurando salientar algumas ideias essenciais sobre o Anteprojecto que agora se apresenta, dir-se-á, em primeiro lugar, que foi propósito da Comissão ir além de uma*

mera compilação de leis dispersas e elaborar um Código, no sentido próprio do termo, com tudo o que isso implica, designadamente em termos de racionalização e de unidade sistemática. Mas um código, em todo o caso, com muitas particularidades, rompendo, em vários pontos, com o modelo tradicional, um código, pode dizer-se, pós-moderno.”

Até então nenhum problema aparente, já que é o que o vulgo espera de uma comissão com uma tal missão.

Contudo, tão logo se começa a “desbravar” o Código – e fosse de publicidade que se tratasse – que, de certeza, viria à ideia a noção dada pelo art. 11º do Código da Publicidade... de *publicidade enganosa!*

Este prefigura mais um código-compilação do que um efetivo e real código de raiz.

Desde logo, a linguagem utilizada afigura-se ser mais apropriada a um tratado doutrinal do que aos comandos necessários à persecução dos interesses e direitos dos consumidores.

A título meramente exemplificativo, veja-se o art. 9º do anteprojeto:

“Aos prazos previstos neste Código aplica-se, salvo disposição em contrário, o regime que lhes caiba de acordo com a sua natureza.”

Veja-se também o art. 159º por singular:

“(…)

3. O disposto no número anterior não prejudica a doutrina consagrada no artigo 228 deste Código nem as Directivas 95/46/CE e 2002/58/CE.”

No entanto, há dispositivos absolutamente desastrosos, que inimaginável seria pudessem ter sido redigidos por tão douta comissão, só imputáveis a meras distrações de todo inadmissíveis. Tantos e tão doutos membros, como segue:

Art. 133º

(Omissões enganosas)

“5. São considerados substanciais os requisitos de informação estabelecidos pela legislação comunitária relativamente às comunicações comerciais, incluindo a publicidade ou o marketing, cuja lista, não exaustiva, consta do anexo II da Directiva 2005/29/CE.”

Artigo 140º

(Publi-reportagem)

“É proibido utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou um serviço, quando tenha sido o próprio profissional a financiar essa promoção, a não ser que tal seja indicado claramente no conteúdo ou através de imagens ou sons que o consumidor possa identificar claramente. Esta disposição não prejudica a Directiva 89/552/CEE.”

E ainda

Artigo 161º
(Publicidade a menores)

“É proibido incluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados. Esta disposição não prejudica o artigo 16º da Directiva 89/552/CEE relativa ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva.”

Artigo 230º
(Informação pré-contratual)

1. (...)

2. Quando se trate de contrato que tenha por objecto a prestação de serviços financeiros, devem ser prestadas ao consumidor, com a antecedência prevista no número anterior, por escrito ou através de outro suporte durável, e sem prejuízo de outras estabelecidas em legislação especial, as informações seguintes:

(...)

t) A existência de fundos de garantia ou de outros sistemas de indemnização, não abrangidos pela Directiva 94/19/CE, relativa aos sistemas de garantia de depósitos, nem pela Directiva 97/9/CE, relativa aos sistemas de indemnização dos investidores.”

A remissão directa para as directivas é algo de incalculável, já que – para valerem na ordem jurídica interna, efeito directo à parte – força é que se transponham por meio de diplomas legais “autorizados” na ordem jurídica dos Estados-membros.

A remissão feita deste modo é, no mais, perturbante, afastando cada vez mais os consumidores dos textos que, em primeira linha, deveriam dirigir-se-lhes (leis entendíveis por leigos ou profanos, que não redigidas para os intérpretes togados, para os letrados em direito...).

Mas uma tal tentação é irresistível!

5. “Anteprojeto do Código do Consumidor”: o debate imprescindível, na óptica do tempo

A *apDC – Direito do Consumo* –, sociedade científica de intervenção que à promoção dos interesses e à protecção dos direitos do consumidor se vota, desde logo se propôs organizar um debate alargado em torno do anteprojeto do denominado Código do Consumidor, que a lume veio após 10 anos de um processo que se afigurou de elaboração assaz difícil.

O fato de uma entidade oficial – o Instituto do Consumidor – se ter proposto desencorajar a instituição de promover um tal evento não nos demoveu do propósito de dar expressão a vozes que se erguiam contra dispositivos que no anteprojeto se encerravam.

A *instituição* reuniu, afinal, os especialistas e no ensejo debateu um sem número de aspectos, a saber:

– *código de direito do consumo* – sim ou não?

– *processo de codificação* – codificação de raiz ou código compilação?

– *método de codificação* – transversalidade dos ramos ou separação das matérias, a saber, um código abrangente que reúna regras substantivas de direito privado e de direito público e regras adjetivas? Ou um código de consumo autonomizado de um Código Penal do Consumo e de um Código de Processo de Consumo?

– *quadro institucional* – que modelo? A enxertar no código ou a relegar para um texto autónomo?

– *Tribunais Arbitrais de Conflitos de Consumo* – a inserir no código ou, ante a independência de que se devem revestir, a projetar em diploma autónomo com a minúcia requerida?

– *articulação dos temas a contemplar* – o modelo seguido ou um modelo outro, como o que serve de base ao Código Civil, ainda que com adaptações ajustadas ao específico objeto de que se trata?

A título exemplificativo, por que não perspectivar um *código repartido por quatro livros*, a saber:

I – Parte geral; II – Dos atos e dos contratos do consumo; III – Dos produtos e serviços; IV – Do sistema nacional de proteção do consumidor (?)

– *matérias a incluir* – a globalidade dos diplomas, após refusão, ou apenas parte da disciplina deles constante?

– um *código cerrado ou um código aberto* – “*à droit constant*” – susceptível de incorporar as regras novas ou as modificações amiúde introduzidas no ordenamento jurídico? Ou um código susceptível de abarcar só parte ou pretensamente toda a disciplina relevante do direito do consumo sem abertura para as modificações que ocorrerem?

– *a relevância dos contratos de consumo em especial* – a desvalorização do tema ou a sua revalorização pela definição da disciplina susceptível de quadrar a cada uma das espécies: *dos contratos de fornecimento de produtos essenciais aos contratos de lazer e a espécies outras, como in fine os “contratos de serviços funerários” que preenchem espaço próprio da atividade negocial dos consumidores?*

– *domínios mais candentes* – que registo? O reforço dos direitos? Ou a cedência a “grupos de pressão” como as seguradoras, as instituições de crédito

e as sociedades financeiras, com um peso significativo nos “favores” da comissão pela sujeição aos seus ditames e a sucessivas audiências?

– *regime da publicidade* – de considerar no código ou de o excluir, autonomizando-se como Código da Publicidade, tal como hoje se nos oferece, mormente em altura em que se discutia já a sua sujeição ao direito da concorrência, que não ao restrito âmbito das relações fornecedor/consumidor, relegadas estas para o regime jurídico das práticas comerciais, como o entende a União Europeia?

– que espaço para a consagração da *disciplina das práticas comerciais desleais*, ora em debate após a publicação da directiva que contempla um tal regime e que é, afinal, uma directiva-quadro que estabelece uma harmonização máxima para os Estados-membros?

A oportunidade de ouro que se reservara a quem no *fórum de debate* pretendia participar traduziu-se em conclusões que de modo breve se enunciam:

– ainda que com vozes discordantes, propende-se a considerar que nada supera a *codificação* do direito do consumo, como forma de tornar efetivos os direitos dos consumidores, que a própria Comissão Europeia reconhece que constituem, quantas vezes, autêntica letra morta;

– poder-se-ia encarar, como *modelo*, algo de intermédio *entre um código compilação e um código de raiz*: não se limitando o legislador a “juntar” os diplomas avulsos, mas a converter em disposições comuns as que o são, expurgando-se os textos de quanto se mostrar supérfluo, redundante, justaposto, contraditório, e, de seguida, predispondo as normas especiais e as específicas (não excepcionais) em apartados próprios e, no que tange aos contratos típicos, segundo um modelo dogmático simples, a saber, o da formação, o dos incidentes de percurso (suspensões e interrupções), o das modificações objetivas e subjetivas e o dos modos de extinção admitidos (revogação, denúncia, caducidade e resolução) para se dar completude à disciplina de que se trata;

– em lugar de um código abrangente: normas substantivas e adjetivas, normas de direito privado e direito público, normas de direito do consumo *stricto sensu* e de direito penal de consumo, de direito contraordenacional, de direito processual singular e coletivo, ter-se-á concluído que se deveria adotar um *Código de Direito do Consumo*, de par com um Código Penal (e Processual, se for o caso e até onde a especialidade o impuser) de Consumo e um Código de Processo de Consumo (com uma parte reservada às ações especiais singulares de consumo e as ações coletivas com regramento próprio condensada num só e mesmo texto, e uma

A ação inibitória
que a LDC
consagra
substituiu o molde
da ação civil
pública

parte reservada à arbitragem institucional, voluntária e necessária, tal como desde 1939 o Código de Processo Civil português o previra num livro IV sob a epígrafe “Tribunal Arbitral”, que, a despeito da deslocalização operada em 1986, mantém regras acerca do regime dos tribunais arbitrais necessários);

– o *quadro institucional* poderia eventualmente figurar no Código, mas preferível seria que fundações e associações, com toda a pletora de regras, constassem de diploma próprio a que se poderia agregar o regime do Fundo de Promoção dos Direitos do Consumidor, para onde confluíam as regras alusivas às indenizações e custas de parte emergentes das ações coletivas ora previstas); e nem sequer se afirme que deste modo se entra em contradição por não se pretender que disposições do estilo figurem em legislação avulsa, já que não é de regras de direito de consumo que se trata, antes dele exorbitam, como se tem por curial;

– no que se prende com os *tribunais arbitrais*, já se aludiu à especificidade susceptível de se englobar na mancha do *Código de Processo de Consumo*, em livro à parte, mas com um regime definido milimetricamente, o que até ao momento não ocorreu, nas perturbações em que o regime se dissolve: terá sido indispensável a imposição de regras provenientes da União Europeia para que o legislador pátrio se veja na contingência de legislar na especialidade – ante a adoção da Directiva recentemente editada (a Directiva 2013/11/UE, de 21 de maio, *in* JOUE L 165, de 18 de junho de 2013) – ou de assumir forçosamente, na ordem interna, as regras injuntivas do Regulamento (UE) 524/2013, de 21 de maio, do Parlamento Europeu e do Conselho da União, publicado no JO UE em 18 de junho pretérito, que nem sequer carece de transposição, porque o direito se impõe *a se* pela força normativa de um tal instrumento legislativo;

– o método de Savigny justificar-se-ia numa outra perspectiva incidente no esquema teórico apresentado pela Comissão de Elaboração do Anteprojeto em 2006, mas nada recomenda – ante o quadro que ora se visualiza – que o seja. Bastará recordar que se o que se pretende é a enunciação dos direitos e a codificação do regime dos contratos típicos, tal como emergem das directivas europeias transpostas para o ordenamento jurídico interno, o modelo é mais simples e poderá assentar na articulação dos passos de um contrato – do nascimento à morte da relação jurídica em evidência;

– no que tange às *matérias a incluir*, parece óbvio que se não deve deixar de fora, como ocorreu escandalosamente com o anteprojeto, eventuais diplomas que rejam a disciplina contratual e bem assim os que se prendem com os preliminares,

vale dizer, a comunicação comercial estritamente focada neste segmento, as práticas negociais adotadas em que as estratégias mercadológicas se inserem (o *marketing* em suas sucessivas modelações) e as condições gerais dos contratos ínsitas nas propostas contratuais que constituem momentos preliminares negociais, para além do regime geral, especial e específico das modalidades contratuais típicas em vigor;

– no quadro de um *código cerrado* ou de uma *codificação aberta, à droit constant*, como o sustentam os jusconsumeristas franceses, parece óbvia a escolha: a de um código aberto ante a susceptibilidade de alterações regulares, situadas no tempo, menos pela presciência do legislador do que pela sua inabilidade em legislar para o momento, para o preciso momento em que o faz, num jogo do gato e do rato, ante a panóplia de artifícios, sugestões e embustes de que se socorrem os fornecedores, os agentes económicos em confronto com os consumidores, numa quebra de ética e deontologia, que cumpriria atalhar de forma aberta e ampla, para além de inteligente, o que amiudadas vezes não ocorre;

– a *relevância dos contratos de consumo* é manifesta e está na génese do afã normativizante da União Europeia, dada a transversalidade dos contratos amiúde celebrados de Olo a Oulu e de Brest a Bucareste pelos consumidores europeus e de outras procedências que efetuam as suas aquisições no espaço próprio ou da União Europeia ou no do Espaço Económico Europeu. Donde, a instante necessidade de os contratos se compendiar em num só texto, com as exigências já definidas precedentemente. Por nós, um código do jaez destes deveria consagrar direitos, definir princípios, incluir os preliminares negociais, comportar contratos e regras atinentes à responsabilidade. E tal constituiria um inestimável serviço prestado à cidadania.

– Em domínios em que o direito do consumo da União Europeia restringe direitos e agrava desequilíbrios, parece curial se *reforcem os direitos do consumidor*, a fim de se restituir a equanimidade às relações jurídicas de consumo, num reequilíbrio da carta de direitos e deveres que de todo se impõe, seja qual for o espaço geográfico conectado.

Situações se detectaram, *v. g.*, no plano do regime das práticas negociais, em França, na Bélgica e na Alemanha em que houve que aplainar os direitos do consumidor, até então vigentes nesses espaços, para se conformarem, a níveis de menor proteção, com a directiva-quadro (uma sorte de directiva regulamento que postula soluções jurídicas insusceptíveis de modificação por banda dos Estados-membros, já que sufraga normas de harmonização global ou máxima...), oferecendo-lhes proteção menor que a que os ordenamentos internos consagravam.

O direito europeu do consumo (o da União Europeia) não pode constituir um menor denominador comum, mas um máximo denominador comum, só assim se entendendo o esforço harmonizador do globo económico que a EU representa. Fora disso, nada!

– O regime da publicidade (hoje sob o apodo de *comunicação comercial*) só se justifica se insira na mancha do *Código de Direito do Consumo* na medida em que os preceitos (longe de contemplarem as relações interempresariais, como hoje decorre da Directiva (CE) 2006/114, de 12 de dezembro, do Parlamento Europeu e do Conselho, em que se converte a publicidade como *res inter alios*, coisa que opõe diretamente os concorrentes no mercado, que não a relação consumidor/fornecedor...) afetem diretamente os consumidores, na sua percepção enquanto lesão de interesses em que diretamente se imbricam os próprios consumidores, *v. g.*, a publicidade dirigida especificamente a menores ou envolvendo-os como partícipes nas mensagens editadas, como decorre do artigo 14 do Código da Publicidade ora em vigor em Portugal (mas que ante a inépcia das entidades públicas a que incumbe a prevenção e a repressão dos ilícitos publicitários, mais se subsume na proverbial expressão: “*lei que é autêntica letra morta*”...)

– *As práticas comerciais desleais* – dada a cristalização do regime, a despeito das avaliações que ora se processam no seio da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu – parece normal que – na parte introdutória – as práticas figurem no Código com a repercussão que por ora têm na economia das estratégias dos fornecedores de aproximação ou de atração dos consumidores...

Estas foram as conclusões emergentes do *Fórum de Debate* organizado pela apDC em dezembro de 2006, com a participação de associações empresariais representativas e de consumidores, de académicos e de especialistas seus, para além de outros, independentes, convidados, entre os quais alguns oriundos da União Europeia.

6. Propostas

A apDC, sociedade científica de intervenção, que, criada em 1989, como modelo inspirou o Brasilcon, instituído por Herman Benjamin em 1992, entendera formular propostas tríplexes, de molde a dar à estampa, não um, mas três Códigos:

- de *Direito do Consumo*
- de *Direito Penal e Processual de Consumo*

– de *Processo de Consumo* (em princípio um código coletivo, mas – ponderando adequadamente – um verdadeiro Código de Processo de Consumo, em que se considerem as especificidades das ações singulares neste particular e com a arbitragem necessária e voluntária também contemplada).

E sucessivamente submeteu aos poderes da República propostas nesse sentido, como segue.

6.1. Código de Contratos de Consumo – mera utopia ou magno objetivo alcançável a curto prazo?

A apDC carrou em 25 de novembro de 2009, por ocasião do seu XX aniversário, ao Secretário de Estado da Defesa do Consumidor uma proposta do teor seguinte:

“Não seria despidiendo preparar-se, independentemente da solução a que se chegar no tocante ao decantado Projecto do Código do Consumidor (13 anos é algo de inimaginável!), um Código dos Contratos de Consumo, que condense a disciplina das espécies contratuais nominadas ou típicas constantes de leis avulsas, e em geral em obediência a imperativos normativos da União Europeia, e sem o indispensável denominador comum.”

Atente-se no manifesto que segue:

“Portugal precisa de um Código de Contratos de Consumo

A apDC propõe-se elaborá-lo em seis meses e, para tal, dirige nesse sentido proposta ao Governo.

Para além de uma parte geral, caberia na estrutura do Código a matéria relativa às Práticas Comerciais Desleais, às Condições Gerais dos Contratos, aos Contratos de Consumo em Geral e aos Contratos de Consumo em Especial.

Contratos típicos de consumo perfilar-se-iam com disposições atinentes à formação, modificações e extinção.

Num documento enxuto oferecer-se-ia à comunidade jurídica, com unidade, algo com cabeça, tronco e membros, vale dizer, princípio, meio e fim.

Seria um relevante serviço prestado aos consumidores e à ordem jurídica nacional.

De momento, dispersos se acham diplomas como os de certos aspectos da compra e venda de consumo, contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais, contratos à distância, contratos ao domicílio, contratos à distância de serviços financeiros, contratos de crédito, contratos de serviços mínimos bancários, contratos de crédito à habitação, contratos de seguros, contratos de direito real de habitação periódica, contratos de direito de habitação turística, contratos de cartões turísticos ou de lazer, contratos de mediação imobiliária, contratos de viagens turísticas, contratos de transportes...

Importa dar unidade a tudo isto, eliminar as excrescências, reduzir a disciplina de cada um dos contratos em especial ao essencial, remetendo para uma parte geral as disposições que a todos os contratos quadrem sem repetições nem normas em colisão.

A apDC, em seis meses, compromete-se a entregar o anteprojecto ao Governo. Seis meses. Não seis anos. Contanto lhe sejam oferecidas contrapartidas. Como o foram à extinta comissão...

A apDC aguarda se pronuncie o Governo!

Coimbra, XX aniversário, 25 de Novembro de 2009.”

Mais de um ano volvido (em dezembro de 2010), naturalmente por incumbência do membro do Governo a que caberia a política de consumidores, como se usa dizer, a Direção-Geral do Consumidor, pelo seu diretor de Serviços de Direito do Consumo, respondeu, nestes singulares termos:

“Cumpre em primeiro lugar agradecer a vossa disponibilidade para apresentação de uma proposta que julgamos bastante ambiciosa e complexa. No entanto, tal como é do vosso conhecimento, encontra-se em curso a negociação de uma proposta de directiva que visa proteger os consumidores no âmbito dos contratos de consumo. Negociação que tendo um âmbito muito alargado irá necessariamente constar no topo das nossas prioridades dado que a respectiva transposição implicará uma revisão cuidada da legislação nacional.”

Ao que a apDC tornou aos argumentos que são os seus, escorados noutros de quem sabe e em informações de origem fidedignas, replicando:

“A despeito do que se ensaia no plano europeu, é convicção nossa que há que fazer algo para que se funde num diploma único, com aperfeiçoamentos técnicos de monta, o regime dos contratos típicos de consumo, com um bloco de disposições comuns que a todos sirvam, de molde a evitar repetições desusadas, incoerências sistemáticas, sobreposições inúteis e o mais.

Com a consciência de que não se aplica no quotidiano o direito que escapa aos operadores judiciários. E diplomas avulso não propendem a atrair os espíritos para a observância das suas prescrições.”

E, de imediato, a apDC propôs-se aditar algo, nestes termos:

*“Em aditamento à mensagem anterior, cumpre ainda significar que, como se pôde apurar em círculos normalmente bem informados, **NADA INDICA QUE A PROPOSTA DA COMISSÃO SE VENHA A CONVERTER NUMA DIRECTIVA.**”*

(Refira-se, em complemento: o que, na realidade, veio a suceder de imediato – a Directiva 2011/83/UE, aprovada a 25 de outubro e publicada no Jornal Oficial a 11 de novembro de 2011 –, com a eliminação do mais e a directiva reduzida ao regime renovado dos contratos à distância e ao domicílio, num emagrecimento

em que só acreditavam os que desde sempre criticaram profundamente as soluções propugnadas de direitos minguados que se ofereciam aos cidadãos europeus acantonados na União Europeia, ainda que a pretexto da outorga do mais elevado nível de protecção, que, a ocorrer, constituiria, como bastas vezes o sustentámos, “no de menor denominador comum de direitos” com o corte cerce de direitos mais confortáveis dispensados aos consumidores em inúmeros Estados-membros, como era patentemente o caso de Portugal.)

*“Aliás, o Parecer do Cese, em fase de elaboração, aponta para que o CFR passe a constituir apenas uma “caixa de ferramentas”, relegando para um 28º regime, a aprovar por regulamento, apenas a disciplina de uma sorte de **lex mercatoria** – o regime do contrato de compra e venda mercantil, porém, a título meramente experimental.*

*Há até quem afirme, de entre quantos se movem nas instâncias em que questões da natureza destas se debatem, que para se chegar aos **contratos de consumo** haverá que esperar não menos de 20 anos... e apenas como 28º regime (ou seja, um regime em paralelo com os distintos regimes dos 27 Estados-membros)!”*

(Hoje seria o 29º regime, já que desde 1º de julho pretérito, com o ingresso da Croácia a União Europeia dispõe já de 28 Estados-membros!)

“Donde, o revelar-se instante a iniciativa que nos permitimos propor da elaboração de um anteprojecto de um Código de Contratos de Consumo, com observância da classificação das directivas que se acham na génese da generalidade dos contratos típicos, amoldando-os às intrínsecas necessidades do mercado de consumo em cujo seio nos movemos.

Mas algo obviamente que ignore em absoluto o exercício fútil do denominado anteprojecto do Código do Consumidor, da Comissão presidida por Pinto Monteiro, porque algo de imprestável que nem como modelo aproximativo servirá.

Cremos, no entanto, que sendo embora desafiante a missão, será um excelente exercício, a meio caminho entre um código de raiz e um código-compilação, para que o ordenamento jurídico português se venha a dotar de algo que valha a pena e que a generalidade passe a observar e, o que é mais, a respeitar, o que não sucede com a legislação esparsa editada... por razões que se não ignoram!”

Da Direção-Geral nem mais uma palavra a propósito das objeções que formuláramos, aliás, mui fundadamente.

Em que ficamos?

Que dificuldades se antepõem ao projeto?

E por quê?

Quem é que não quer levar por diante esta tarefa, travando-a?

Quem está contra os consumidores em Portugal? E quem está a favor?

Que razões militarão em prol das posições dos que se opõem a tão relevante trabalho?

É preciso porfiar!

Nós continuaremos a insistir... até que a voz nos doa, como se diz no fado que se eternizou, agora como património da humanidade!

6.2. Código Penal do Consumo

A apDC tem vindo a preocupar-se seriamente com o desajustamento entre a atualidade e os tipos de crime previstos na denominada Lei Penal do Consumo – o DL 28/84, de 20 de janeiro –, já que de todo se revela obsoleta face ao perfil da criminalidade hoje “instituído” por práticas menos inocentes que ocorrem com frequência no mercado de consumo.

E em resultado de tais preocupações vem propondo ao poder político a preparação de legislação de qualidade, que proteja de modo mais conveniente a comunidade, porque, no caso, em causa estão bens, interesses ou valores jurídicos fundamentais.

Pois o poder tem sido surdo a tamanhas exigências.

Porque “*água mole em pedra dura...*”, eis-nos de novo a requerer os bons ofícios dos ministros da Justiça, da Economia e da Agricultura para que se prepare uma proposta de lei a submeter ao Parlamento.

Seria elementar se constituísse uma comissão cuja presidência se cometeria ao doutor Manuel da Costa Andrade, catedrático de direito penal da Universidade de Coimbra, para que os trabalhos se iniciassem sem delongas e o texto apresentado para os trâmites subsequentes.

O anacrónico diploma de 1984 já não serve os objetivos originais que nele se consignaram. Daí que urja se mude.

A apDC não repousará enquanto este passo não for dado.

Código Penal de Consumo, Código de Contratos de Consumo, simplificação legislativa neste particular para que a efetividade do direito se torne consoladora realidade.

A cidadania exige, impõe-no!

6.3. Por um código de processo coletivo em Portugal

A análise da ação coletiva em Portugal não é processo nem simples nem fácil.

Porque – sob a denominação corrente de ação coletiva – se descortinam distintos meios processuais tendentes à tutela de interesses e direitos de dimensão transindividual ou metaindividual.

Como modalidades da ação coletiva em vigor em Portugal, no particular do direito do consumo, deparam-se-nos distintos meios, a saber:

– a *ação popular* em que, de par com domínios outros, como os da saúde pública, da qualidade de vida, do ambiente, do património cultural e do próprio domínio público, figura também a massa de direitos transindividuais reconhecidos aos consumidores;

– a *ação inibitória* como meio processual idóneo para a prevenção e a repressão das condições gerais dos contratos apostas em formulários em circulação no mercado e nos demais suportes, introduzida em 25 de outubro de 1985;

– a “*ação inibitória*” para os fins precedentemente assinalados, prevista nos artigos 7º e 8º da Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993;

– a *ação inibitória* cuja consagração em geral decorre da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – editada em 31 de julho de 1996;

– a “*ação em cessação*”, ora prescrita na Directiva 2009/22/UE, de 23 de abril, em ordem à proteção dos interesses dos consumidores no plano transnacional;

– a *ação inibitória* contemplada na Lei 25/2004, de 8 de julho, em decorrência do que a Directiva 98/27/CE, recolhida na precedentemente enunciada, que visou a consolidação das regras a tal propósito editadas, prescreve.

A ação inibitória cuja previsão cabe na Directiva 2009/22/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril 2009, assenta num molde que, ao que se afigura, exclui os interesses ou direitos individuais homogêneos, que a LDC, em Portugal, abarca *expressis verbis*.

A *ação inibitória* que a LDC consagra substituiu o molde da *ação civil pública* que a LDC de 22 de agosto de 1981 previu e que, ao longo de 15 anos, nem uma só vez veio a ser adotada em uma qualquer concreta situação de fato, a despeito de sucessivas violações de massa denunciadas e que mereceriam exemplarmente o recurso a tal meio, cuja legitimidade se deferira só e tão só ao Ministério Público, que se mostrou absolutamente alheio às iniciativas que lhe cumpriria assumir em termos de impulso processual, ao menos...

A diversidade dos moldes que se ajustam à ação coletiva não é nem satisfatória nem desejável.

A *ação popular* – no que ora importa –, em conformidade com o que dispõe a Constituição da República no n. 3 do seu artigo 52 e o n. 2 do artigo 1º da Lei

A União Europeia
não ataca nem
desata no que
tange a um
modelo singular
que valeria no
espaço económico
europeu

83/95, de 31 de agosto, visa a prevenção, a cessação ou a perseguição de ações e omissões susceptíveis de lesar relevantes interesses imbricados na

- saúde pública;
- ambiente;
- qualidade de vida;
- proteção do consumidor ante produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo;
- o património cultural e
- o domínio público, como se assinalou.

Na medida em que há como que um entrecruzar de modalidades de ações coletivas, assiste-se a um malbaratar de meios e a uma dispersão de instrumentos processuais que a ninguém aproveitam.

Ademais, a forma avulsa como se deu expressão aos diferentes instrumentos não permite uma qualquer harmonia na disciplina dos meios, avultando situações algo anómalas que curial seria se esbatessem ou eliminassem.

Na proposta que ora se apresenta, cumpre analisar liminar e sucessivamente:

- qualquer das modalidades da ação coletiva, sendo certo que a ação popular não é o molde mais adotado em ordem à consecução da tutela de interesses e direitos do consumidor, antes prevalecendo em domínios outros, como os da preservação do ambiente ou da salvaguarda do património cultural,
- e o molde específico da ação inibitória em matéria de prevenção e/ou cessação de condições gerais dos contratos proibidas absoluta ou relativamente, adotado no peculiar quadro para que a disciplina processual da matéria verte.

Contudo, nada imporá que, no ordenamento jurídico-processual pátrio, se continue a assistir às dispersões que ora ocorrem.

Para se colher vantagens dos meios propiciados, mister será se rediscipline um tal domínio, criando, em rigor, um meio processual idóneo para tutela dos interesses e direitos transindividuais dos consumidores, seja qual for a modalidade perseguida, de par com um outro, quiçá distinto, imbricado na ação popular, com a configuração atual ou distinta da que a LAP ora contempla.

Ou então, definir um só modelo com uma disciplina própria para domínios outros que relevem de distintas esferas que não as imbricadas no mercado do consumo.

A União Europeia não ata nem desata no que tange a um modelo singular que valeria no espaço económico europeu.

O arremedo da ação em cessação transnacional não colhe. E permite viabilizar tão só ações propiciadoras de tutela ocorridas num Estado-membro por empresas sediadas num outro, o que até então não seria viável.

Mas com um campo de intervenção limitado e com uma carga burocrática excessiva e dissuasora de uma qualquer ação...

O fato por nós enunciado, permitiria, por si só, condensar, no plano interno, num único diploma legal, matérias que ora se acham dispersas por um sem número de instrumentos normativos, a saber:

- Lei 83/95, de 31 de agosto;
- DL 446/85, de 25 de outubro;
- Lei 24/96, de 31 de julho;
- Lei 25/2004, de 08 de julho.

E evitar-se-ia a edição de um diploma avulso mais, que é o que está em falta desde 31 de julho de 1996 para regular de cabo a rabo a ação inibitória geral, cujo regime é falho e se não pode bastar com as regras que se plasmam nos artigos 10º a 13º da Lei 24/96, de 31 de julho.

Daí que cumpra propor a elaboração de um *Código de Processo Coletivo* para que os meios processuais de tutela de interesses e direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos se aparelhem de modo congruente e expedito no sistema jurídico-processual civil português.

Eis o que, com o interesse de servir mais adequadamente o ordenamento jurídico do cidadão-consumidor, nos propomos levar até ao Parlamento e ao Governo.

Ponderando, porém, conviria que, em vez de um mero código coletivo, o fosse por inteiro.

7. Conclusões

Do que precede, força é concluir tendencialmente neste sentido, sem prejuízo de uma reflexão aprofundada em torno das consequências das iniciativas legislativas eventualmente a empreender:

7.1. Propugna-se, sem tergiversações, a via da codificação.

7.2. Em Portugal, a adoção de um Código de Direito do Consumo circunscrito à temática dos contratos de consumo constituiria um decisivo passo para a superação das dificuldades emergentes da pluralidade, proliferação e proximidade de textos e normas de que densamente se povoa o ordenamento jurídico de consumidores... de forma esparsa, avulsa, inconsequente e em quantidades inapreensíveis.

7.3. De par com o Código de Direito do Consumo, curial se adotasse outros dois códigos:

– O *Código Penal de Consumo* (em que se inseririam também as regras pertinentes ao processo e às contraordenações)

– O *Código de Processo de Consumo* (comportando, em princípio, três títulos: I – O processo singular; II – O processo coletivo; III – A arbitragem de consumo: voluntária e necessária).

7.4. Que as tarefas correlativas se encetassem em simultaneidade.

7.5. Que as eventuais modificações susceptíveis de ocorrer se enxertassem, como aditamento, à semelhança do que hodiernamente ocorre em geral, e em particular no Código francês do Consumo ou ocorreu no Código italiano em vigor desde 2005.

7.5. Que bastará um Código de Direito do Consumo a meio termo entre o código-compilação e o código de raiz, expurgando-se as normas supérfluas, as que se repetem à exaustão no regime dos contratos típicos, as que se anulam, as que se sobrepõem, as que não fazem nenhum sentido num texto consolidado, escorreito e chão, de sorte a não protelar a tarefa legislativa com intermináveis discussões em comissão e com a audição de um ror de especialistas, o que só agravará a legibilidade e inteligibilidade dos textos e a unidade indissociável do Código (unidade conceitual, terminológica, lexicológica, semântica...).

7.6. Enfim, que se principie o quanto antes, já que, de acordo com o lema que instituímos como algo de regulador da atividade interna da instituição, “dia a dia vão-se anos!” E, na realidade, Portugal desperdiçou já mais de trinta anos nas indefinições e na indecorosa preterição do que ao consumidor incumbe como carta de direitos e deveres, em autêntico crime de lesa-cidadania, em si mesmo imprescritível, mas cuja impunidade persiste do mesmo passo *ad aeternum*...

“Do projeto à obra dista um abismo” – Molière

DIREITO DO CONSUMO E CÓDIGOS CIVIS: O “MODELO” ALEMÃO

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

EXCERTOS

“Una de las posibles razones que pueden explicar la falta de un código de consumo en Alemania es que no se daban aún las bases de un verdadero derecho de consumo”

“Con apoyo en la doctrina, se afirma que todo ciudadano es a la vez consumidor y todo consumidor es a la vez ciudadano”

“El contrato de consumo, esto es el contrato entre un empresario y un consumidor”

“Con la integración del derecho contractual de consumo en el BGB éste ha perdido, al menos en parte, su significado de código tal como fue concebido a finales del siglo XIX”

“El ideal de la abstracción del BGB se ha perdido con tanta concreción y particularismo que ahora abunda en muchas normas del derecho de obligaciones del BGB, debido, sobre todo, a la excesiva reglamentación del derecho comunitario”

I. Introducción

El BGB es uno de los pocos códigos civiles del Espacio Económico Europeo¹ que ha integrado en su texto el derecho contractual de consumo². La integración tuvo lugar por la Ley de Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 26 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1º de enero de 2002. El detonante de la reforma fue la transposición al derecho alemán de las Directivas 99/44/CE sobre las garantías en la venta de bienes de consumo y 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. Otra directiva, dirigida exclusivamente a las operaciones entre empresarios, la Directiva 2000/35/CE sobre la morosidad en las operaciones comerciales, también se quería integrar en el BGB, en lugar de su transposición a una ley especial. Debido a los plazos perentorios para la transposición de las directivas a los derechos nacionales, el Gobierno Federal alemán se tuvo que plantear en un tiempo relativamente corto si estas directivas deberían ser transpuestas a leyes especiales o si se debería optar por otro camino. El Gobierno Federal eligió el camino más valiente con su decisión de incorporar estas directivas en el BGB al mismo tiempo que llevó a cabo una reforma ambiciosa del derecho de obligaciones que había quedado prácticamente intacto desde el año 1900, que es cuando entró en vigor el BGB.

Debe quedar muy claro que la integración del derecho de consumo en el BGB sólo afecta al derecho contractual. Quedan fuera aquellas regulaciones de consumo que sean extracontractuales (p.e., la responsabilidad por productos defectuosos, regulada por la Ley de 1 de enero de 1990) y otras materias por razones concretas, como veremos más adelante (p.e., los deberes de información que están regulados en los arts. 238 y ss. EGBGB).

Por parte del Ministerio de Justicia del Gobierno Federal se presentó el 8 de agosto de 2000 un Proyecto de Discusión de una ley de modernización del derecho de obligaciones (*Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), cuyo debate dio lugar al Texto Consolidado (*Konsolidierte Fassung*), de 6 de marzo de 2001, que fue revisado nuevamente (*Neue Fassung*), con fecha de 22 de marzo de 2001³. Para la formulación de propuestas, en el mes de diciembre de 2000, la ministra federal de Justicia nombró una comisión para la revisión del derecho del incumplimiento (*Leistungsstörungenrecht*), creándose después grupos de trabajo más pequeños. Al mismo tiempo se constituyeron grupos de trabajo a nivel federal. El 9 de mayo de 2001, el Gobierno Federal aprobó el proyecto de ley. A este proyecto se presentó un texto alternativo elaborado por las fracciones parlamentarias del Partido Socialdemócrata y de la Unión

de los Verdes. Inmediatamente después el Gobierno Federal hizo públicos los Motivos del Proyecto y el Texto de Ley para la Modernización del Derecho de Obligaciones, el cual fue informado por el Consejo Federal (*Bundesrat*) con fecha de 18 de mayo de 2001. La Comisión Jurídica del Parlamento Federal aprobó el Proyecto de Ley el 25 de septiembre de 2001 después de que expertos en las materias reformadas expusieran públicamente en los días 2 a 4 de julio sus opiniones sobre el texto propuesto. Durante este corto tiempo desde que se presentó el Proyecto de Discusión hubo numerosas reuniones científicas para debatir el Proyecto de Ley^{4 5}.

Los grandes temas de la reforma fueron la prescripción –llegándose a instaurar un nuevo modelo–, el incumplimiento –se revisaron temas tan importantes como la imposibilidad y se articuló un nuevo modelo de remedios por incumplimiento–, la culpa *in contrahendo*, la alteración de la base del negocio jurídico y la lesión positiva de la pretensión contractual –con ello se codifican estas figuras de creación jurisprudencial– así como la compraventa –se adaptó a la Convención de Viena y a la Directiva 99/44/CE– y la incorporación del Derecho contractual de consumo. En un tiempo relativamente breve se llevó a cabo esta gran reforma que regula total o parcialmente las materias que siguen⁶: la prescripción (§§ 194 y ss.), el tipo básico de interés (§ 247), la exclusión del deber de prestación (§ 275), la responsabilidad del deudor (§ 276), la indemnización de daños por lesión del deber (§ 280 y ss.), la configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación (§§ 305 y ss.), la constitución, el contenido y la finalización de las relaciones obligatorias (§§ 311 y ss.), la adaptación y finalización de contratos (§§ 313 y 314), los derechos unilaterales de configuración de la prestación (§ 321 y ss.), la resolución, el derecho de revocación y de restitución en los contratos con consumidores (§§ 346 y ss.), la compraventa y la permuta (§§ 433 y ss.), los contratos sobre derechos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§§ 481 y ss.), el contrato de préstamo, ayudas de financiación y los contratos de suministro por entregas entre un empresario y un consumidor (§§ 488 y ss.), los contratos de préstamo de cosa (§§ 607 y ss.), el contrato de obra (§ 619 a y 633 y ss.), el contrato de mediación de préstamo entre un proveedor y un consumidor (§§ 655 a y ss.) y algunas otras figuras, p.e., servicios matrimoniales (§ 675)⁷.

Se debe señalar al lector portugués y brasileño que esta gran reforma no se hizo sobre terrenos más o menos pantanosos, sino que detrás había un importante trabajo realizado durante la década de los setenta y principios de

los ochenta del siglo pasado a instancia del Ministerio de Justicia del Gobierno Federal⁸. De modo que el Gobierno Federal, cuando se decidió en 2000 por la gran reforma, tenía entre sus manos un material muy valioso elaborado por los juristas más prestigiosos de aquellas décadas, el cual sirvió de base para redactar el Proyecto de Discusión.

Sin lugar a dudas, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones es la reforma más importante que ha habido en el derecho alemán de obligaciones después de la AGB-G (Ley de Condiciones Generales de la Contratación) de 1978. Si esta ley fue el buque insignia del derecho alemán durante mucho tiempo, ahora tenemos una nueva aportación alemana al derecho de obligaciones. Entre las novedades, está, como ya se ha dicho antes, la incorporación del derecho contractual de consumo. Con esta incorporación el derecho contractual de consumo formará definitivamente parte del derecho privado general de obligaciones y contratos. Vamos a profundizar un poco más en esta novedad que ofrece el ordenamiento privado alemán, centrándonos, en primer lugar, en las posibles alternativas que tenía el Gobierno Federal para cumplir los mandatos de transposición del derecho contractual comunitario de consumo. Con independencia de esta particularidad, que es propia del derecho comunitario, cualquiera de las opciones que tenía el Gobierno Federal sirve de reflexión a cualquier legislador nacional.

II. Las opciones de técnica legislativa para la revisión/transposición del derecho contractual de consumo

1. Regulación mediante leyes especiales

Una de las opciones que tenía el Gobierno Federal era la transposición de las Directivas 99/44/CE y 2000/31/CE a leyes especiales como había hecho hasta ahora con las directivas anteriores de protección de los consumidores. Además, tenía que transponer la Directiva 2000/35/CE. Una ingente tarea que podía tener su respuesta en leyes especiales. Esta vía que algunos defendieron era lo que se llegó a denominar la «pequeña solución» (*kleine Lösung*) porque a juicio de algunos críticos la reforma gubernativa requería más tiempo del que se disponía. La opción de incorporar el derecho contractual de consumo en el BGB y la reforma de algunas instituciones importantes como la prescripción, el incumplimiento en general o la compraventa exigían un esfuerzo que en tan poco tiempo no se podía lograr si se querían obtener resultados satisfactorios.

Para LIEB, cuando tiene conocimiento del Proyecto de Discusión, piensa que el fruto aún no estaba maduro como para una reforma tan grande como la que se pretendía⁹. Más de uno de los interlocutores de la reforma preferían la pequeña solución y dejar para más adelante una reforma de obligaciones y contratos de mayor alcance.

2. La promulgación de un código de consumo

Siguiendo la estela de otros países (Austria, Italia, Francia, España), el Gobierno Federal podría haber pensado en un código de consumo. Esta opción, sin embargo, nunca llegó a tener unos claros defensores en Alemania. Es llamativo que MEDICUS, uno de los grandes profesores alemanes del derecho privado moderno, en sus conclusiones en las jornadas que se celebraron en Regensburg los días 17 y 18 de noviembre de 2000 sobre el Proyecto de Discusión, viera preferible su integración en el BGB, aunque tampoco rechazara explícitamente un código de consumo (*Verbrauchergesetzbuch*), ni la transposición de las directivas a leyes especiales¹⁰. Se ha argumentado que un código de consumo no puede comprender todas las normas de consumo. SCHMIDT-RÄNTSCH pone como ejemplo la Directiva 99/44/CE, cuya transposición específica supondría una excesiva separación de la compraventa en general impidiendo con ello una visión de conjunto de tal contrato¹¹. Esta crítica, que puede estar justificada, no ha impedido que se haya regulado por separado la venta de bienes de consumo (p.e., en España, primero mediante una ley especial¹² y después fue integrada en los arts. 114 y ss. TRLGDCU¹³). Este mismo autor entiende que un código de consumo impide un conocimiento visible del ordenamiento jurídico y de las situaciones jurídicas que regula. Finalmente, piensa que un código de consumo debilita considerablemente el BGB¹⁴. Es difícil saber por qué Alemania no optó antes por un código de consumo. Como en todos los ordenamientos jurídicos de su entorno, primero surgieron leyes especiales para proteger a los contratantes débiles (la primera ley es la de Aplazamiento de pago (AbzG) en 1894). En 1977 entró en vigor la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (AGB-G)¹⁵. Y después por la transposición de directivas sucedieron otras leyes especiales. Una de las posibles razones que pueden explicar la falta de un código de consumo en Alemania es que no se daban aún las bases de un verdadero derecho de consumo. Para ello era necesaria una densidad normativa en materia de consumo cualitativa y cuantitativamente mayor de la que en ese momento existía¹⁶. En España, aun cuando no existía una densidad cualitativa y cuantitativa suficiente como

para codificar el derecho de consumo, se aprobó en 1984 la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), que, sin embargo, estaba en ese momento vacía de contenido; lo que puede explicar que después se empezara a vaciar aún más, aprobándose sucesivas leyes especiales en lugar de integrarlas en la LGDCU. Sólo en 2007 es cuando se refunde el derecho de consumo contractual por mandato de la Ley 23/2003. Aunque el TRLGDCU no es formalmente un código de consumo lo es de hecho. No es simplemente una suma de las leyes especiales, sino un texto vertebrado –mejor o peor– del derecho de consumo –p.e., regula con carácter general los contratos con consumidores y usuarios en los arts. 59 y ss.– Volviendo a Alemania, al menos en los años noventa ya existía esa densidad normativa tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo para haberse decidido por un código de consumo. El que no se decidiera esta opción legislativa quizá se deba –puede ser una de las razones– a que para un sector de la doctrina alemana el derecho contractual de consumo no está tan separado del derecho contractual común, ni debe estarlo¹⁷. En Alemania, como en todos los ordenamientos jurídicos modernos, la doctrina se ha planteado si el derecho de consumo es un derecho especial¹⁸. R. ZIMMERMANN se hace la pregunta que todos nos formulamos: el derecho de consumo ¿constituye una parte especial del derecho privado, con sus propios valores y riesgos definidores (y, aun otros añadirían, con su ideología propia)? ¿Acaso trata con tipos o clases especiales de personas que necesitan ser protegidas? En su opinión, los consumidores no son una clase. Cualquiera que desempeñe un papel determinado puede llegar a ser consumidor¹⁹. Visto así, más que hablar del consumidor al menos en las relaciones contractuales habría que referirse al contratante débil, que, necesariamente, requiere una mayor protección que el comerciante, pero no hay que crear sistemas especiales para proteger al consumidor. Incluso los comerciantes son consumidores fuera de su ámbito comercial o pueden ser la parte débil en la contratación con otros comerciantes o con la Administración Pública.

3. La integración del derecho contractual de consumo en el BGB

Integrar el derecho contractual de consumo en el BGB no es algo totalmente nuevo cuando el Gobierno Federal lo propone en su Proyecto de Discusión de 2000. Ya en 1983, H.P. WESTERMANN defendió la integración en su informe sobre la Revisión del Derecho de Obligaciones,

si bien no fue asumida su propuesta en el Informe de Conclusiones de 1992. En el año 2000 la situación es bien diferente, habida cuenta de que había aumentado la densidad normativa, cualitativa y cuantitativamente, en el derecho contractual de consumo, debido en gran parte a la necesaria transposición de las directivas comunitarias al derecho interno. Es a partir de entonces cuando podía tener más sentido que el BGB se ocupara también de las relaciones contractuales con consumidores. Para comprender mejor las intenciones del legislador, no se debe olvidar que el Gobierno Federal quería reformar parte del derecho de obligaciones. Al mismo tiempo, quería modernizar la compraventa a semejanza de la Convención de Viena. En lugar de separar la compraventa de bienes de consumo de la compraventa en general, se quería hacer una reforma global. Además, muchas materias de consumo contractual del derecho comunitario estaban sometidas al BGB. Había razones suficientes para decidirse por la integración en el BGB²⁰. El Gobierno Federal optó desde el primer momento por la «gran solución» (*grosse Lösung*). Una reforma amplia permitía tocar los tres principales ámbitos del derecho de obligaciones que necesitaban ser modernizados: la prescripción, el incumplimiento y la compraventa. La modernización empezaba a ser un imperativo categórico para el mundo jurídico alemán desde comienzos de los años setenta del siglo pasado, y en particular a partir de la Convención de Viena por su relevancia práctica en las operaciones comerciales con empresas alemanas, así como también por las nuevas aportaciones de los principios *Unidroit*. Para el Gobierno Federal estaba claro que había que reformar la compraventa a partir del modelo de la Convención de Viena, modelo que influyó decididamente en la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes. La «gran solución» estaba a un tiro de piedra de ser aceptada por la mayoría de los juristas alemanes que algo tenían que decir al Gobierno Federal (si bien nos dice ZIMMERMANN que la gran reforma les cogió desprevenidos²¹). Aunque algunos estaban más a favor de la «pequeña solución», la opinión general se declinaba por la «gran solución». Había llegado el momento de revitalizar y modernizar el BGB. Ese momento había que aprovechar. De no hacerlo, habría que esperar otro cuarto de siglo para una reforma profunda del Derecho de Obligaciones. Se tenía como referencia el Nuevo Código Civil holandés (NBW) de 1992. En definitiva, había llegado el momento de una recodificación parcial del BGB. Con la reforma se conseguiría al mismo tiempo la europeización del BGB²². Analicemos ahora las principales razones de la integración del derecho contractual de consumo en el BGB.

4. Razones a favor de la integración del derecho contractual de consumo en el BGB

4.1. Mayor transparencia y visibilidad del ordenamiento jurídico privado

Si se leen los motivos del Proyecto de Discusión, que después se repiten en los textos sucesivos, el principal motivo es la necesaria transparencia y visibilidad del ordenamiento jurídico privado²³, la cual se estaba perdiendo progresivamente por numerosas leyes especiales de protección de los consumidores²⁴. El Gobierno Federal consideró necesario recuperar esa transparencia y visibilidad, aspecto que sólo se podía lograr, entendía él, mediante la incorporación al menos del derecho contractual de consumo en el BGB. Con ello, se dice expresamente, la importancia del BGB como codificación civil central del ordenamiento jurídico alemán se conseguiría restaurar y reforzar²⁵. En el Proyecto de Discusión se argumenta que la incorporación supondría un notable avance en la transparencia y comprensión de un ordenamiento jurídico que regula un mismo tipo contractual –p.e., préstamo y crédito de consumo– en diversas leyes o que articula el derecho de desistimiento para ciertos negocios de consumo regulados en el BGB, pero cuyos presupuestos y consecuencias hay que buscarlos fuera del mismo²⁶. En el Proyecto de Gobierno se precisa que con la incorporación del derecho contractual de consumo el BGB tiene más fuerza integradora y garantiza y refuerza la unidad del derecho de obligaciones. Tomando nota de la opinión de MEDICUS, los defensores del proyecto advierten del sucesivo desplazamiento del derecho de obligaciones del BGB por leyes especiales cuando son negocios en masa. A favor de la incorporación se cita la AGB-G, que se ha desarrollado desde su aplicación como materia central del derecho de obligaciones²⁷.

4.2. El ciudadano es consumidor y el consumidor es ciudadano

En la defensa del Proyecto de Discusión del Gobierno Federal se hace una afirmación que para muchos puede resultar chocante o al menos llamativa. Con apoyo en la doctrina, se afirma que todo ciudadano es a la vez consumidor y todo consumidor es a la vez ciudadano²⁸. Para los defensores del proyecto la protección del consumidor es una idea general que es inmanente al derecho de obligaciones –impregnado en parte por el derecho comunitario– y que desde hace algún tiempo ha encontrado eco en el BGB. Conviene señalar aquí que

en virtud de la transposición de la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, además de la ley especial para los contratos a distancia de 27 de junio de 2000, se incorporaron antes de la gran reforma algunos preceptos del derecho de consumo en el BGB (vid. §§ 13, 14, 241 a, 361 a, 361 b, 661 a, 676 h).

Centrémonos en los §§ 13 y 14, que definen, respectivamente, el consumidor y el empresario, figuras totalmente extrañas a un código que aunque tenía que mirar al siglo XX cuando se redactó estaba anclado en el siglo XIX. Resulta casi chirriante que el Código Civil alemán o el Código Civil de los ciudadanos (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que tiene como ejes centrales el

Es difícil saber por qué Alemania no optó antes por un código de consumo

individuo abstracto, la toda poderosa voluntad contractual y la propiedad absoluta, incorpore, sin más, el concepto de consumidor, y con ello necesariamente el concepto de empresario. El BGB no tenía nada de social cuando se aprobó en 1896 (entró en vigor en 1900). Como

afirman WESENBERG y WESENER, la codificación estaba anticuada en el momento de promulgarse²⁹. Pero, como todos los códigos civiles, el BGB era y es un texto lo suficientemente dúctil como para ser interpretado y aplicado según las transformaciones sociales de cada momento histórico. Por otra parte, nadie duda de la aportación técnica que supuso para el derecho de obligaciones el BGB, que para muchos es notable³⁰. La incorporación del consumidor y con ello del empresario en el BGB, sin ninguna reforma a fondo del derecho de obligaciones, podría resultar forzada, según criticaron muchos, para la propia identidad e integridad del Código³¹. Por otra parte, el concepto de consumidor debe proceder necesariamente del derecho comunitario, que es el que define el consumidor. No obstante, para el derecho alemán el consumidor no es alguien con un estatuto jurídico específico. Para ZIMMERMANN, el BGB ha adoptado de modo encomiable lo que podría ser considerado como un enfoque funcional y «circunstancial» en materia de protección del consumidor. A su juicio, lo determinante no es tanto el concepto de «consumidor», sino el de contrato de «consumo»³². Esta idea puede explicar muy bien la intercomunicación que puede haber entre el derecho contractual de consumo y el derecho de obligaciones y contratos en general. Con el § 13 del BGB se consigue que haya un único concepto de consumidor para todas las relaciones de consumo –no sólo para las relaciones contractuales–. Un concepto que ha de coincidir con el derecho comunitario y que en lo esencial coincide con él, si bien el

consumidor es concebido de forma más amplia en el derecho alemán³³. Con la incorporación del consumidor y del empresario conforme al derecho comunitario y de las directivas comunitarias en materia de contratos de consumo el BGB se ha europeizado de forma sutil³⁴. Al mismo tiempo, se puede decir que el BGB se ha socializado con la protección del consumidor, que se extiende también al ciudadano, dejando de ser un código meramente abstracto. El BGB reconoce las desigualdades de la contratación pero al mismo tiempo protege al ciudadano débil, en particular al consumidor. La protección que hasta la década de los setenta del siglo pasado otorgaban los §§ 138 y 242 del BGB se refuerza ahora con las normas de consumo, pero dentro del BGB y no fuera, en leyes especiales. El modelo social que para muchos significa el derecho de consumo forma parte del BGB con la Reforma de 2002.

4.3. La permeabilidad del derecho común de obligaciones y contratos y del derecho contractual de consumo

El contrato de consumo, esto es el contrato entre un empresario y un consumidor, es para los redactores del Proyecto del Gobierno Federal la forma típica del contrato obligacional³⁵. Hay mucho de verdad en esta afirmación. En el mercado las relaciones contractuales económicamente importantes son las operaciones comerciales entre empresarios y con consumidores. Las operaciones de intercambio entre particulares son económicamente mucho menos relevantes. Con la aparición del derecho de consumo el BGB había perdido en parte su significación en el mercado (muchas de las relaciones contractuales tenían su regulación en leyes especiales), si bien nunca dejó de tener una función orientadora y subsidiaria para la resolución de los conflictos contractuales. La singularidad de la tesis de los redactores del Proyecto del Gobierno Federal es que supone un avance en la concepción del derecho contractual de consumo. Aunque subjetivamente el consumidor es un sujeto que requiere una mayor protección, objetivamente el derecho de consumo puede encontrar acomodo en los contratos entre empresarios³⁶. Se quiere romper con la idea de que es un derecho especial. Ni siquiera la AGB-G fue concebida como una ley especial ya que fue articulada en un único texto el Derecho de las condiciones generales de la contratación. El Gobierno Federal tenía como referencia para imbricar más el derecho contractual de consumo en el derecho común el nuevo Código Civil holandés (NWB). Y también se apoyó en los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), que a

su vez incorporan las condiciones generales de la contratación y la cláusula general de buena fe. Por razones de tiempo, quedaron fuera del proyecto otros textos europeos (el Texto de Pavía, los Principios *Acquis* y el *Draft Common of Reference*).

Un sector de la doctrina es bastante receptivo a esta idea, desde que se presentó el Proyecto de Discusión, de que con el derecho de consumo en el BGB se pueda reorientar todo el derecho de obligaciones y contratos³⁷. Aunque otros piensan que la separación va a seguir existiendo después, por lo que la interpretación de las normas de consumo seguirá siendo restrictiva y tampoco tiene cabida la analogía *legis* dentro del BGB para aplicar normas de consumo a situaciones contractuales en las que no hay un consumidor o que no son de consumo. Sólo el tiempo dirá si es real la aproximación entre el derecho contractual de consumo y el derecho común, lo que dependerá de cómo evolucionan las relaciones jurídicas y también de las respuestas que los tribunales tendrán que dar a problemas jurídicos concretos. Hay materias que se prestan a una mayor permeabilidad, como las condiciones generales de la contratación, la contratación a distancia, la contratación electrónica y la compraventa. Sin embargo, tal como se ha incorporado el derecho contractual de consumo en el BGB, se observa que hay una separación a veces muy rígida, como sucede incluso con el régimen legal de las condiciones generales de la contratación, que figura en un bloque independiente en los §§ 305-310.

En definitiva, habrá que esperar para ver si el derecho de obligaciones en el BGB evoluciona hacia un derecho más integrador, superando la concepción –ya tradicional– del derecho contractual de consumo como derecho especial³⁸.

4.4. La unificación de reglas jurídicas en materia de consumo

Quien conoce los sistemas nacionales de la UE, sabe que cada vez que se define el consumidor o se regula algún derecho específico (como, p.e., el desistimiento) en una directiva hay que dictar la correspondiente norma nacional, lo que ha tenido como consecuencia una legislación divergente sobre cuestiones comunes (propiciada en parte por el propio derecho comunitario) que se podría evitar mediante la unificación de reglas y criterios. Esta unificación es uno de los logros de la integración del derecho de contractual de consumo en el BGB, si bien el mismo efecto se habría producido también en un código de consumo. La unificación de reglas y criterios comenzó con la incorporación de la Directiva 97/7/CE en el BGB y necesariamente se quería seguir con la reforma propuesta en el año 2000.

5. Objeciones a la integración del derecho contractual de consumo en el BGB

5.1. La pérdida de los ideales codificadores

Con la integración del derecho contractual de consumo en el BGB éste ha perdido, al menos en parte, su significado de código tal como fue concebido a finales del siglo XIX. Como todos los códigos europeos del siglo XIX, el BGB respondía a un ideal unificador del derecho existente en aquel momento. Esta unificación se ha perdido ahora con la integración del derecho contractual de consumo ya que, principalmente, se colocan las normas que antes eran especiales en el BGB de una forma más o menos coherente, si bien, hay que reconocer también, de forma lo más transparente y visible. No se hizo, sin embargo, una reforma global de toda la materia de obligaciones y contratos –parte general y especial–. No estamos ante un cuerpo legal compacto, perfectamente integrado como lo era el BGB en su redacción originaria.

El ideal de la abstracción del BGB se ha perdido con tanta concreción y particularismo que ahora abunda en muchas normas del derecho de obligaciones del BGB, debido, sobre todo, a la excesiva reglamentación del derecho comunitario. La concisión y brevedad de muchos preceptos del BGB contrasta con normas tan largas en extensión como el § 312 o el § 312 c, más propias de reglamentos que de normas de un código.

El ideal de la permanencia se ha tenido que abandonar definitivamente al admitirse la Gran Solución (*die grosse Lösung*). Cada vez que se apruebe una directiva o un reglamento comunitario el Gobierno Federal se tiene que preguntar por la necesidad de su transposición al ordenamiento interno. Resulta más fácil redactar o modificar un código de consumo o una ley especial –en el caso, p.e., de que una directiva estaba ya transpuesta–, que alterar el código civil. Se trata de una realidad exclusiva del ordenamiento jurídico comunitario, que no tiene parangón en el resto del mundo. De un modo muy expresivo, W. ROTH afirma que la decisión de incorporar el derecho contractual de consumo en BGB ha convertido a éste en un solar para un edificio en permanente construcción³⁹. El hecho de que se haya optado por una integración más formal, ubicando las normas especiales en el lugar que se ha considerado procedente, facilita, no obstante, las necesarias reformas del BGB sin tener que alterarlo en su esencia (p.e., los §§ 481 y ss., que regulan el derecho de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, han podido ser actualizados con suma facilidad después de que se

aprobara la nueva Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero, sobre la misma materia y que modifica sustancialmente la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre).

5.2. La integración en el BGB no es total

No todo se podía integrar en el BGB. Ha quedado fuera la regulación de casi todos los deberes de información al consumidor en contratos de consumo, que son vitales para una óptima protección jurídica de sus intereses. La pretendida visibilidad y transparencia que se ha intentado con la reforma sin embargo no se ha logrado porque el consumidor, cuando quiere conocer sus derechos de información, tiene que recurrir, principalmente, a la Ley de Introducción del BGB (EGBGB). En parte, se comprende que los deberes de información en cada uno de los contratos de consumo específicos se hayan querido regular fuera del BGB, puesto que las normas comunitarias son verdaderas normas reglamentarias⁴⁰. Se promulgó un Reglamento de deberes de información según el BGB (BGB-InfoV) al mismo tiempo de la Reforma de 2002. Con posterioridad, en virtud de una reforma en 2011, se insertó en el capítulo VII la regulación de los deberes de información a partir de los arts. 238 y ss.). Una de las cuestiones no resueltas en la reforma es la consecuencia civil de la infracción del deber de información.

La razón principal de la creación del capítulo VII en la EGBGB por la Reforma de 2002 fue que los §§ 27 y 27 a) de la AGB-G no podían formar parte del BGB dado que contenían normas de autorización para la promulgación de disposiciones reglamentarias⁴¹, de modo que se optó por la inserción de estos dos párrafos en la EGBGB, en los arts. 240 y 241, creando el mentado capítulo.

Por la propia complejidad de la materia, la regulación del comercio electrónico se ha dejado fuera del BGB. La principal regulación es la Ley de Telecomunicaciones y Medios de Comunicación (TMG), de 26 de febrero de 2007. En el BGB, en la parte dedicada al negocio jurídico, los §§ 126.3 y 126 a) se refieren a la forma electrónica de las declaraciones de voluntad. Y el § 312 e) establece los deberes del empresario en el comercio electrónico.

La regulación de las acciones de cesación y de retractación también se dejó fuera para aprobar *ex profeso* una ley específica (UKlaG⁴²) en el marco de la Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones. Es una solución totalmente correcta puesto que el BGB ha de contener sólo derecho material, pero no materia procesal (en la AGB-G estaban regulados ambos –los §§ 13 y ss. se ocupaban de las acciones procesales–).

Ha quedado fuera del BGB el derecho delictual de consumo. La norma básica del derecho delictual civil, articulada en el § 823 BGB, ha quedado intacta por el derecho comunitario. El Gobierno Federal no se planteó la integración del derecho de daños por productos defectuosos ni las normas sobre seguridad de productos en el BGB, ni siquiera cuando aprobó otra ley muy importante, la Ley de Modificación de las Disposiciones del Derecho de daños, de 19 de junio de 2002 (entró en vigor el 1 de agosto de 2002)⁴³. La principal ley es la Ley de responsabilidad por productos defectuosos (ProdHaftG), de 15 de diciembre de 1989 (reformada por la Ley de 17 de julio de 2002).

5.3. La convivencia en el BGB de cuerpos extraños

Es inevitable la convivencia de cuerpos extraños en el BGB con la integración del derecho de consumo. En un mismo cuerpo legal conviven normas con la misma letra del siglo XIX y normas del siglo XXI con un lenguaje totalmente nuevo. En la aplicación del derecho de obligaciones el operador jurídico tiene que acostumbrarse a trabajar al mismo tiempo con normas dispositivas e imperativas⁴⁴. Por un lado se reconoce la libertad contractual y por otro se niega. Aunque tampoco es totalmente nuevo si tenemos presente que la regulación de las relaciones arrendaticias de vivienda en los §§ 549 y ss. BGB es básicamente imperativa.

Valga como ejemplo la regulación de las condiciones generales de la contratación. La cláusula general de buena fe del § 242 BGB, que ha sido determinante para la protección de los contratantes débiles hasta la promulgación de la ABG-G en 1976, comparte cosas comunes con la cláusula general de buena fe del § 305, una norma mucho más técnica para proteger a los empresarios y consumidores frente a cláusulas formal y materialmente abusivas. Se puede esgrimir a favor de la independencia de que el § 242 es de un alcance más general que el § 307, que sólo es de aplicación a los contratos no negociados individualmente cuando el control de cláusulas sobrepasa el listado de cláusulas abusivas (vid. § 308, que establece la lista de cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración y el § 309, que menciona las cláusulas sin posibilidad de valoración). El BGB, como todos los códigos, se caracteriza por dictar normas dispositivas como fuente subsidiaria de la autonomía de la voluntad. Pero, al mismo tiempo, existen normas imperativas que impregnan toda la regulación contractual de los contratos de consumo y que alcanzan, con carácter general, a cualquier contrato no negociado, estando o no regulado específicamente. La libertad contractual, que constituye la base del negocio jurídico (una de las aportaciones más singulares del derecho alemán a los demás

sistemas jurídicos privados), contrasta con la falta casi total de libertad en la contratación en masa y con condiciones generales, admitida igualmente en el BGB con la regulación expresa de los negocios de adhesión (si bien no es un término que aparece en la nueva redacción).

Un ejemplo significativo también es la compraventa, que ha sufrido una metamorfosis importante. Se establece con la reforma un sistema casi idéntico de remedios por incumplimiento del vendedor, pero mientras en la compraventa común el régimen de remedios es dispositivo, en la compraventa de bienes de consumo es imperativo. Cabe matizar, no obstante, que se admiten acuerdos que beneficien al consumidor (el § 475.2 prohíbe únicamente acuerdos divergentes sobre los remedios por vicios del bien de consumo en perjuicio del consumidor).

5.4. La conformidad del BGB con el derecho comunitario

La interpretación de las normas que son consecuencia de la transposición de una directiva y la resolución del caso concreto al amparo de las mismas han de hacerse conforme con el derecho comunitario⁴⁵. Es una exigencia específica que proviene del mandato contenido en el art. 267 TFUE. La conformidad de una ley especial de consumo o de un código de consumo con el derecho comunitario se debe limitar al caso concreto según la normativa aplicable. Pero cuando la interpretación se debe hacer siendo el BGB el texto legal, la consecuencia es mayor ya que, de alguna manera, la conformidad con el derecho comunitario irradia todo el derecho de obligaciones. Esto sucede en la interpretación y aplicación de los párrafos de las cláusulas no negociadas con consumidores, de la compraventa de bienes de consumo o de los contratos de préstamo de crédito al consumo. Para muchos, esta inevitable irradiación del derecho comunitario sobre el derecho de obligaciones es positiva –hace más europeo el BGB–, pero es a costa de la identidad nacional tan característica de cualquier código de los siglos XIX y XX.

5.5. Problemas de redacción en la transposición de directivas comunitarias en el BGB

Un problema quizá menor, pero no por ello menos importante, es la redacción de las normas del BGB que transponen directivas comunitarias. Los estudiosos de las nuevas normas en el BGB han apreciado numerosos fallos, debidos, en parte, a la simplificación de las disposiciones normativas⁴⁶. A veces puede pasar que la transposición es incompleta, y otras veces que es

defectuosa. Esto puede pasar igualmente cuando se transponen las directivas a leyes especiales o a un código de consumo, pero es más grave en un código civil, que siempre presume de ser un buen cuerpo legal en el ordenamiento jurídico.

5.6. La parcialmente fallida visibilidad

A lo largo de la parte general y especial del derecho de obligaciones del BGB están esparcidas las normas de consumo. En la parte general están articulados, p.e., el derecho de revocación o desistimiento (§ 355), el derecho de sustitución en los contratos con consumidores (§ 356) o los contratos conexos en los que una de las partes es un consumidor (§§ 358 y 359). Para el derecho de revocación o desistimiento la norma general remite a contratos de consumo especiales: contratos fuera de establecimientos mercantiles (§ 312), contratos a distancia (§ 312 d), contratos de adquisición de derechos de aprovechamiento por turno (§ 485), contratos de crédito de consumo (§ 495) y contratos de suministro a plazo (§ 495).

Las constantes remisiones plantean problemas de aplicación a casos concretos (vid. p.e. §§ 499 y 500).

En la parte general hay normas referidas a contratos de consumo especiales (§§ 312 y ss.), que después están regulados en la parte especial (p.e. §§ 474 ss. y §§ 491 ss.).

6. La integración de categorías generales del derecho contractual de consumo en el BGB

6.1. Los contratos no negociados individualmente con consumidores

Cuando se aprobó la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en Alemania existía desde 1977 la AGB-G (fue aprobada en 1976), que protegía a los contratantes débiles –empresarios y consumidores– en la contratación con condiciones generales. Poco había que adaptar para la correcta transposición de la directiva puesto que la ley alemana contenía las principales normas de protección. Aunque se abrió un debate sobre la necesidad de una ley especial para los contratos con consumidores y otra para los contratos entre empresarios, triunfó el sentido común. Al fin y al cabo había sido la aportación más importante del derecho alemán en el siglo XX. Fue además una verdadera ley de codificación de la jurisprudencia alemana sobre las cláusulas contrarias

a la buena fe y que tenía su principal base normativa en el § 242 del BGB (aunque inicialmente se recurriera al § 138 BGB). ¿Por qué cambiar ahora todo? Bastaba una pequeña incisión en el tejido de la ABG-G para adaptarla a la Directiva 93/13/CEE. Para ello se incorporó en la ley el § 24 a) con algunos criterios específicos. La consecuencia más importante fue que a partir de la reforma la protección se extendía también a los contratos individuales no negociados con consumidores.

Como se ha expuesto más arriba, para el Gobierno Federal era prioritaria la incorporación de la AGB-G en el BGB. Se aprovechó la reforma para introducir algunas novedades (quizá la más importante fue la abusividad de una cláusula por falta de transparencia § 307.1. segunda frase). Con la integración de esta ley, el BGB acoge la categoría general de los contratos de consumo,

Integrar el derecho contractual de consumo en el BGB no es algo totalmente nuevo

en particular los contratos no negociados (§ 310-3) entre el empresario y el consumidor (sujetos definidos en los §§ 14 y 13 respectivamente). A los contratos no negociados con consumidores les son de aplicación los §§ 305.2 y 306 a 309 así como el art. 29 a) de la EGBGB. Para determinar el carácter abusivo de una cláusula no negociada

individualmente conforme al § 307.1 y 2 (la cláusula general de buena fe) se tomarán en consideración asimismo las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato.

Fueron pocos los que se opusieron a la integración de la AGB-G en el BGB. Pero precisamente uno de los principales impulsores de esta ley en la década de los setenta del siglo pasado, el profesor P. ULMER, se opuso radicalmente. Su escrito "*Integración des AGB-Gesetzes in das BGB?*"⁴⁷ sonó como un grito en el mundo jurídico alemán. En contra de su integración, ULMER alegaba problemas de sistematización para su ubicación en el BGB, falta de transparencia y visibilidad del texto propuesto, preeminencia de la regulación en leyes especiales en el derecho comparado, especialidad del derecho de las condiciones generales de la contratación, la mayor intervención de los tribunales en el contrato de las cláusulas no negociadas y la gran proyección que la ley alemana había tenido en el extranjero. Pero a pesar de la autoridad de este gran especialista en esta materia, el Gobierno Federal no se dejó cegar por sus opiniones, algunas más justificadas que otras. Por muchas objeciones que se pudieran esgrimir contra la integración, quedaba claro que esta materia es la que mejor se adapta en del BGB.

Quien esté familiarizado con el derecho alemán, sabe que un gran porcentaje de litigios en materia de cláusulas tiene su solución en esta regulación legal que, en realidad, siempre ha tenido un carácter general ya que la mayoría de los contratos son de adhesión. Lo que no contemplaba la norma eran los contratos individuales no negociados con un consumidor; de ahí, la necesaria transposición parcial de la Directiva 93/13/CEE (ahora § 310.2.2 BGB). También se tuvo que introducir en la cláusula general de buena fe, cuando son contratos no negociados con consumidores, que para valorar el carácter abusivo de una cláusula hay que tener cuenta también las circunstancias que acompañaron a la celebración del contrato (ahora § 310.2.3 BGB). Por eso, la influencia de esta directiva ha sido menor en Alemania, lo que explica que la transposición haya sido mínima cuando se reformó la AGB-G, si bien no se debe menospreciar en Alemania la jurisprudencia del TJUE que ha dictado sentencias muy importantes en cuestiones relacionadas con cláusulas abusivas.

6.2. Formas especiales de actividades empresariales

En la doctrina alemana y también en el BGB⁴⁸ se ha acuñado un concepto específico en el derecho de consumo cuando el empresario necesita de técnicas de captación de forma rápida e inmediata para la venta y prestaciones de servicios y que inciden de un modo muy directo en la forma de celebración del contrato. Nos referimos a los contratos empresariales de consumo (*Verbrauchervertriebsverträge*⁴⁹). Hoy más que nunca es necesaria una especial protección de los consumidores que contratan a distancia, fuera de establecimientos mercantiles y/o mediante técnicas electrónicas. Son normas generales de contratación que han pasado a ser parte del BGB.

6.2. a) La contratación a distancia

La Directiva 97/7/CE, de 27 de mayo, sobre la contratación a distancia fue transpuesta a una ley especial (FernabsatzG, de 26 de junio de 2000)⁵⁰. Al optar el Gobierno Federal por la “Gran Solución” decidió que esta ley entrara en el BGB, el cual regula las siguientes materias: un concepto general de los contratos a distancia y su delimitación con otros contratos (§ 312 b), la información al consumidor en los contratos a distancia (§ 312 c⁵¹) y los derechos de revocación y de sustitución en los contratos a distancia (§ 312 d). La posterior aprobación de la Directiva 2002/65/CE sobre los contratos de servicios a distancia, de 23 de septiembre, obligó a una nueva reforma del BGB

en la regulación de la contratación distancia. Los deberes de información que debe prestar el empresario al consumidor en la contratación a distancia, que antes venían establecidos en un reglamento especial (BGB-InfoV), aparecen ahora recogidos en el § 246 EGBGB. Las reglas generales de revocación y de sustitución en los contratos con consumidores pasaron a los §§ 355-358.

6.2. b) La contratación fuera de establecimientos mercantiles

Poco antes de que se aprobara la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre, sobre los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, se aprobó en Alemania una ley de contenido parecido, la Ley de Revocación de negocios a domicilio y negocios semejantes (HWiG), de 14 de noviembre de 1985, en cuya redacción se tuvieron en cuenta los trabajos preparatorios de la directiva. El legislador alemán no consideró necesaria después su adaptación, y aun cuando pueden apreciarse ciertas divergencias entre una y otra normativa, no hubo ningún denuncia por la UE de un posible incumplimiento de la directiva⁵². Pero sí ha habido una resolución del TJUE que ha cuestionado la conformidad del derecho alemán en esta materia con el derecho comunitario. En el caso *Heininger*, el TJUE en su sentencia de 13 de diciembre de 2001 (Asunto C-481/99) denuncia la limitación del derecho de revocación que regía en la entonces vigente HWiG (además se considera que los recurrentes tenían derecho a ejercer la revocación siendo el contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil un contrato de crédito garantizado con garantía real conforme a la Directiva 85/577/CEE). Después de la Reforma de 2002 ha habido dos resoluciones sobre cuestiones prejudiciales relacionadas con el régimen jurídico de la contratación fuera de establecimientos mercantiles (el caso *Schulte*, STJUE 25 de octubre 2005, Asunto C-350/03 y el caso *Crailshaimer Volksbank*, STJUE 25 de octubre de 2005, Asunto C-229/04).

Con la Reforma de 2002, el § 312 regula el derecho de revocación en los negocios a domicilio. Este precepto remite a los §§ 355, 356 y 357, que regulan de forma unitaria el derecho de revocación. El § 312 es, pues, la norma especial, mientras que los §§ 355, 356 y 357 son normas generales y, por tanto, subsidiarias. El § 312 se completa, por tanto, con el § 312 a (en su nueva redacción) y el § 126 de la Ley de inversiones [en la redacción anterior el § 312 comprendía los contratos de préstamo con consumidores o de ayudas de financiación (§ 491 a 504), contratos de aprovechamiento de vivienda a tiempo parcial (§§ 481 a 487) y contratos de enseñanza a distancia].

6.2. c) La contratación electrónica

En realidad, la contratación electrónica tiene su principal regulación fuera del BGB. Desde 1997, existía en Alemania una Ley de Servicio de Telecomunicaciones (TDG), que ha sido derogada por la Ley de Telecomunicaciones y Medios (TMG), de 26 de febrero de 2007, que regula los servicios electrónicos de información y comunicación. Con esta ley se unifica toda la regulación del comercio electrónico. El BGB reconoce la forma electrónica como sustitutiva de la forma escrita (§ 126.3) y establece sus requisitos (§ 126 a) y también fija determinados deberes que tiene el empresario en el comercio electrónico con el consumidor (§ 312, que remite al art. 241 de la EGBGB y al § 355 BGB según los supuestos previstos).

7. Exposición de las principales relaciones contractuales especiales de consumo en el BGB

7.1. El contrato de viaje

Con anterioridad a la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, en el BGB ya estaba regulado uno los contratos de consumo por excelencia, cual es el contrato de viaje. Fue incorporado en los §§ 651 a) y ss. en virtud de la Ley de 4 de mayo de 1975. Su regulación necesariamente se ha europeizado por la Directiva 90/314/CEE, con la necesaria adaptación del BGB, que tuvo lugar mediante la Ley de 24 de junio de 1994. Con posterioridad hubo una reforma parcial con la Ley de 23 de julio de 2001 que modificó el § 651 k) e introdujo el § 651 l). A causa de la Reforma del BGB 2002 se modificó también el § 651 g) y se trasladó a la EGBGB el deber de información al viajero, regulado ahora en el artículo 238.

7.2. La venta de bienes de consumo

Uno de los mayores aciertos de la reforma no es la incorporación de la venta de bienes de consumo en el BGB, sino la regulación del cumplimiento de la compraventa y de los remedios a semejanza de la Convención de Viena de 1980⁵³. Si la Directiva 99/44/CE estaba directamente influenciada por este texto internacional, había llegado el momento de instaurar un nuevo régimen de cumplimiento a partir del principio de conformidad. El efecto más importante de esta reforma es que el sistema alemán es ahora mucho más coherente que antes. Es coherente con el derecho internacional pero también lo es con el derecho comunitario. Mientras la mayoría de los sistemas

en la UE son incoherentes por cuanto rige aún el sistema edilicio, el derecho alemán dio este paso de uniformar el régimen de la compraventa a partir del principio de conformidad, si bien se respetaron ciertas especialidades de la venta de bienes de consumo por mandato imperativo de la directiva. Se pone especial acento en el cumplimiento posterior como remedio primordial en caso de que la cosa entregada tenga algún vicio material (§ 434) o jurídico (§ 435) en lugar de la resolución contractual (vid. § 437), pudiendo optarse por la sustitución o la reparación de la cosa defectuosa (§ 439), sin perjuicio de que sea posible la reducción del precio en lugar de la resolución (§ 441). El vicio material y el vicio jurídico reciben un mismo tratamiento en cuanto a los remedios que tiene el comprador para combatirlos. El sistema jerarquizado de remedios para la compraventa en general puede ser modificado por las partes.

En realidad, la contratación electrónica tiene su principal regulación fuera del BGB

El BGB parte de un concepto negativo de lo que entiende por vicio material (vicio de la cosa). Dispone el § 434.1 que “la cosa está libre de vicios cuando tenga la calidad acordada (conformidad según el contrato) en el momento de la entrega. A falta de la conformidad según el contrato, la calidad de la cosa estará libre de

vicios: 1. cuando sea apropiada para el uso previsto en el contrato, y, si no, 2. cuando sea apropiada para el normal uso y tenga una calidad que sea equivalente a la que se dé normalmente en las cosas del mismo tipo y que el comprador pueda esperar por la clase de objeto”.

Para la venta de bienes de consumo existen unas normas especiales (§§ 474-479). El régimen es sustancialmente imperativo, no pudiendo ser alterado el orden de remedios que tiene el comprador frente al vendedor en caso de que la cosa entregada resulte defectuosa (§ 475). Rige una presunción *iuris tantum* de falta de conformidad durante los primeros seis meses desde la entrega de la cosa (§ 476). Existe una norma especial de la garantía comercial (§ 477), y se conceden al vendedor acciones de regreso contra el proveedor de la cosa defectuosa (§ 478). Finalmente, se establecen los plazos de las acciones de regreso (§ 479).

Un futuro reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (presentado en 2011) estaría mucho más en consonancia con el derecho alemán que con otros derechos nacionales, precisamente por la coincidencia de muchos puntos en común (si bien ya se advierten problemas en casos concretos de conflicto de normas en el ámbito internacional privado

dado que la Propuesta Reglamento tendría siempre carácter opcional –se dice que regirá sólo para la contratación *on line*–).

7.3. El contrato de obra

Al mismo tiempo de la reforma del régimen del cumplimiento de la compraventa se reformó el contrato de obra con un esquema muy parecido⁵⁴. Ha de saberse que el BGB en 1900 introdujo un sistema propio de responsabilidad contractual del contrato de obra que sirvió también de base para la reforma de la compraventa. Existe un régimen jerarquizado de remedios (§ 634 y § 635 y ss.) cuando la obra que se recibe es defectuosa o tiene algún vicio jurídico (§ 633). Dos son las columnas sobre las que se construye el sistema de responsabilidad contractual del contrato de obra, a saber, la conformidad del comitente con la obra y el cumplimiento como principal remedio (el comitente puede pedir la reparación del vicio o que se produzca una cosa nueva –§ 635.1–).

Como consecuencia directa de la Directiva 99/44/CE, el § 651 sufrió una transformación importante. En su nueva redacción, el precepto ya no distingue en función de la procedencia de los materiales, perdiendo destaque la distinción entre cosas fungibles y no fungibles. Los contratos de suministro de materiales que hayan de producirse o fabricarse quedan sometidos en su totalidad al régimen legal de la compraventa. Es por ello que debería hablarse ahora de contratos de fabricación o de contratos de suministro de mercaderías⁵⁵ (al igual que en la Convención de Viena). El comitente que sea consumidor/usuario puede hacer uso de las normas de la compraventa de bienes de consumo cuando resulte defectuosa la obra.

7.4. El contrato de adquisición de derechos de aprovechamiento a tiempo parcial de bienes de uso turístico

La Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, fue transpuesta a la Ley de Adquisición de derechos de aprovechamiento a tiempo parcial de bienes inmuebles de vivienda (TzWrG), de 1 de julio de 1997, que después fue integrada en los §§ 481-487 del BGB. Con la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, se amplían las modalidades contractuales y se extienden a bienes de uso turístico (no se reduce exclusivamente a bienes inmuebles), distinguiendo en el art. 2 claramente cuatro: el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, el contrato de producto vacacional de larga duración, el contrato de reventa y el contrato de intercambio. Ello ha supuesto, en virtud de la Ley de 17 de enero de

2011, una reforma importante de las normas reguladoras de este singular derecho, que puede ser configurado como un derecho personal o como un derecho real. Al mismo tiempo, se han incorporado cinco preceptos nuevos (§§ 481 a, 481 b, 482 a, 485 a, 486 a). Es un ejemplo más de cómo el BGB sufre constantes modificaciones a causa del derecho comunitario (pero lo mismo sucedería si se incorporan en una ley especial o un código de consumo), aunque quizá sea más grave cuando se trata de un código civil. Ello nos hace ver que cualquier política legislativa tiene sus costes. Lo que habrá que valorar es si este coste es preferible a cambio de un código civil que integra el derecho contractual de consumo.

7.5. Los contratos de crédito de consumo

Los §§ 491 y ss., que fueron introducidos por la gran reforma para incorporar la Ley de Crédito de consumo –que había transpuesto la Directiva 87/102/CEE– en el BGB han sido reformados, como también los §§ 355 y 358 (derecho de revocación y contratos conexos), como consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/48/CE en virtud de la Ley de 29 de junio de 2006⁵⁶. A los contratos de crédito al consumo son de aplicación las normas del contrato de préstamo (§§ 488-90, que también fueron objeto de reforma en la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones). Se incorpora una figura contractual nueva con la última reforma, cual es el *Ratenlieferungsvertrag* (§ 510).

8. Consideración final sobre la integración del derecho contractual de consumo en el BGB

Circunstancias históricas muy concretas influyeron en la decisión del Gobierno Federal alemán de integrar en el BGB el derecho de consumo contractual. Existía un trabajo preparatorio muy importante, elaborado en los años setenta del siglo pasado. Había una excesiva proliferación de leyes especiales que no era, en absoluto, deseable en un moderno Estado de Derecho, el cual debe velar por la seguridad y la transparencia jurídica en bien de los ciudadanos. El Gobierno Federal de aquel momento se encontró con la necesidad de transponer al mismo tiempo tres directivas, entre ellas la referida a las garantías en la venta de bienes de consumo. Había llegado el momento de hacer algo significativo. En lugar de una mera transposición a leyes especiales, se quería reformar al mismo tiempo una parte del derecho de obligaciones del BGB. El Gobierno Federal tenía de su lado a grandes juristas

del derecho privado como MEDICUS, CANARIS y H.P.WESTERMANN. Era ya sólo una cuestión de decisión política porque existía el clima necesario para hacer esta reforma.

Con la Reforma de 2002, el BGB ha ganado en muchos aspectos: ha vuelto a ser el código que regula principalmente las relaciones privadas de intercambio de bienes y de servicios; es un código más social al proteger mejor al contratante débil –no sólo al consumidor–; es más europeo y más internacional con la incorporación del derecho comunitario y de algunos textos internacionales; con la incorporación del derecho contractual de consumo la especialidad que había antes en relación con el derecho de obligaciones general se diluye.

El BGB ha perdido, sin embargo, otras características: es un texto menos dogmático, menos abstracto, menos conciso, sobre todo en aquellas partes dedicadas al derecho contractual de consumo. Es un texto híbrido, que, además, es objeto de constantes cambios. No hay año que no se modifique algún precepto en el derecho de obligaciones o se regule una nueva figura como el nuevo contrato de tratamiento médico (con fecha de 26 de febrero de 2013 entran en vigor los nuevos §§ 630 a-630 h). Lo mismo sucede en materia de consumo (en el año 2013 se han añadido dos apartados nuevos al § 312 g –antes de 2009 era el § 312 con la letra f– para una mayor protección de los consumidores en el comercio electrónico).

Uno de los mayores aciertos de la reforma no es la incorporación de la venta de bienes de consumo en el BGB

El BGB sería otro código si se hubiera hecho una reforma total, como se hizo en Holanda, que sustituyó en 1992 el Código Civil viejo por otro nuevo. Puede ser que en un futuro lejano se opte por una reforma total, pero la historia no se puede escribir pensando en el futuro.

Han pasado diez años desde aquella Gran Reforma. Es difícil valorar el impacto que ha tenido hasta ahora la reforma en la praxis jurídica. Algunos han sido muy críticos⁵⁷, sobre todo porque la reforma ha erosionado el sistema jurídico en el que se basó el BGB, pero es algo inevitable cuando no se ha hecho una reforma total.

Se puede aprender de la gran reforma, ver cuáles son las ventajas y las desventajas de haber integrado en el BGB el derecho contractual de consumo. La integración de esta materia en un código civil requiere una reforma también del derecho de obligaciones y de los contratos en particular⁵⁸. El modo de hacerlo puede ser muy variado; pero, en cualquier caso, exige una estructura y

una formulación normativa nueva estableciendo reglas que sepan expresar las particularidades del derecho contractual de consumo cuando sea necesario. En definitiva, es fundamental que el legislador sepa reformular adecuadamente el derecho contractual de consumo dentro del derecho de obligaciones común con las particularidades de las relaciones de consumo cuando el supuesto normativo lo requiera

La integración del derecho contractual de consumo en el BGB ha sido examinada en las sesiones celebradas los días 18 a 21 de septiembre de 2012 en Múnich con motivo del 69 *Deutschen Juristentages*. MICKLITZ, en su ponencia “Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?”⁵⁹, considera que la integración fue un acto tecnocrático que sólo formalmente se ha logrado. Argumenta que el BGB no puede hacer frente a los grandes cambios que suceden en el derecho de consumo, en parte debido a la política comunitaria cambiante. Critica que la integración ha tenido excesivamente por base la figura de la compraventa. Señala que las prestaciones de servicios, tan importante en las relaciones con consumidores, han sido reguladas en leyes especiales. A su juicio, uno de los aspectos negativos de la Reforma de 2002 es que impide que pueda hacerse una política verdaderamente activa de protección de los consumidores. La reforma causa, a su entender, una excesiva separación entre los aspectos privados, administrativos y procesales del derecho de consumo. Para MICKLITZ el ideal codificador sería un Código de Consumo a semejanza del *Code de la Consommation*. El debate está servido nuevamente en Alemania al menos para profundizar en el derecho de los consumidores en el siglo XXI⁶⁰. Otra cuestión es que el BGB vaya a ser vaciado. Eso significaría volver al viejo BGB, que ya nadie quiere.

Notas

¹ El Espacio Económico Europeo (EEE) comenzó a existir el 1 de enero de 1994, con motivo de un acuerdo entre países miembros de la Unión Europea (UE) y de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), cuya creación permitió a los países de la AELC participar en el mercado interior de la UE sin tener que adherirse a la UE. Además de los 28 Estados miembros de la UE (con la incorporación de Croacia desde 1º de julio de 2013) forman parte de la misma, Liechtenstein, Islandia y Noruega.

² Uno de los Códigos civiles que también ha optado por integrar el Derecho de consumo contractual es el Nuevo Código civil de Holanda de 1992.

³ Todo el material legislativo de la elaboración de la Reforma se puede encontrar en la documentación elaborada por C-W.CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Ed. Beck, 2002.

⁴ Vid., en particular, la obra colectiva *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, eds. W. Ernst y R. Zimmermann, Ed. Mohr Siebeck, 2001.

⁵ Vid. también la obra colectiva *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, eds. R. Schulze y H. Schulte-Nölke, Ed. Mohr Siebeck, 2001.

⁶ Utilizamos la traducción de M^a L. VIVES MONTERO, publicada en ADC, 2002, pp. 1229 y ss. También pueden consultar la traducción del BGB, dir. A. LAMARCA MARQUÉS, Ed. Marcial Pons, 2008.

⁷ Para una comprensión global de la incidencia del Derecho comunitario en el Derecho privado alemán es muy útil el tratado colectivo *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, eds. Gebauer/Wiedmann, ed. 2^a, Ed. Iboorberg, 2010.

⁸ Vid. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, ed. por el Ministro de Justicia, dos tomos, Ed. Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 1981, XXIII, VIII, pp. 1889. Un tercer tomo fue publicado en 1983. En 1992 se publicó un informe de conclusiones (*Abschlussbericht*) por la Comisión para la Revisión del Derecho de Obligaciones. Para una primera aproximación, vid. W. GRUNSKY, “Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts”, AcP (182), 1982, pp. 452 y ss.; en la misma revista A. Wolf, “Die Überarbeitung des Schuldrechts”, pp. 80 y ss.; U. DIEDERICHSEN, “Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts”, pp. 101 y ss.

⁹ “Vom Beruf unserer Zeit zur Modernisierung des Schuldrechts”, en la obra citada en la nota 4, pp. 553 y ss. Una posición crítica también mantuvo B. DAUNER-LIEB, “Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?”, JZ, 2001, p. 1 y ss.

¹⁰ “Schlussbericht”, en la obr citada en la nota 4, pp. 609-610.

¹¹ “Reintegration der Verbraucherschutzgesetz durch den Entwurf eines Schuldmodernisierungsgesetzes”, en la obra citada en la nota 5, p. 172.

¹² La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

¹³ RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁴ P. 173.

¹⁵ La AGB-G entró en vigor el 1 de abril de 1977.

¹⁶ Vid., en particular, M. TAMM, *Verbraucherschutzrecht*, Ed. Mohr Siebeck, 2011, pp. 67 y ss.

¹⁷ Vid. TAMM, p. 134.

¹⁸ Vid. TAMM, en particular, pp. 120 y ss. En su día, un jurista del relieve de N. REICH defendía claramente el Derecho de consumo como un Derecho especial, “Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz”, ZRP, 1974, pp. 187 y ss.

¹⁹ EL NUEVO DERECHO ALEMÁN DE OBLIGACIONES. *Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Ed. Bosch, 2008, p. 185.

²⁰ Vid., en particular, R. SCHULZE/H.SCHULTE-NÖLKE, “Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht”, en la obra citada en la nota 5, p. 17.

²¹ Op. cit., p. 228.

²² Resaltado por SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, op. cit., pp. 5-7. Tiene sus dudas, no obstante, P. Chr. MÜLLER-GRAFF, “Kodifikationsgewinn durch Inkorporation des Inhalts von Schuldrechtlinien der EG in das BGB?”, GPR, 106 y ss.

²³ Vid. T. PFEIFFER, “Die Integration von “Nebengesetzen” in das BGB”, en la obra citada en la nota 4, p. 489.

²⁴ Vid. F. EBEL “Kodifikationsidee und zivilrechtliche Nebengesetze”, ZRP, 1999, pp. 46 y ss., M. ARTZ, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze”, JuS, 2002, pp. 528 y ss.

²⁵ Vid. p. 66 de la obra citada en la nota 3.

²⁶ Vid. p. 95 de la obra citada en la nota 3.

²⁷ Vid. p. 570 de la obra citada en la nota 3.

²⁸ Todos somos consumidores, dice PFEIFFER, “Die Integration...”, op. cit., p. 497.

²⁹ *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª edición alemana (1985) por parte de J.J. De los Mozos Touya, Ed. Lex Nova, 1998, p. 321.

³⁰ Así, WESENBERG/WESENER, op. cit., p. 321.

³¹ Vid., en particular W. FLUME, “Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung”, ZIP, 2000, pp. 1427 y ss.

³² P. 260.

³³ TAMM, op. cit., p. 330. Sobre el concepto del consumidor y del empresario vid. pp. 319 y ss. Entre la amplísima bibliografía, vid. al menos T. PFEIFFER, “Der Verbraucher nach § 13 BGB”, en la obra colectiva citada en la nota 5.

³⁴ T. WIEDMANN/M. GEBAUER, “Zivilrecht und europäische Integration” en la obra colectiva citada en la nota 7, p. 4.

³⁵ Vid., p. 591 de la obra citada en la nota 3.

³⁶ Vid. PFEIFFER, “Die Integration...”, op. cit., p. 498.

³⁷ Sobre la cuestión TAMM, op. cit., pp. 100 y ss.; vid., en particular, la obra de V. VOGEL, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht*, Ed. De Gruyter, 2006.

³⁸ Es muy interesante el debate abierto por TAMM en su escrito de habilitación, op.cit., en particular pp. 893 y ss. Esta autora propugna una nueva concepción del derecho de consumo.

³⁹ “Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Europäischer Verbraucherschutz und BGB”, JZ, 2001, p. 488.

⁴⁰ Sobre la cuestión SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, op. cit., pp. 18-22.

⁴¹ Fue la postura del Gobierno Federal desde el primer momento, vid. p. 341 de la obra citada en la nota 3.

⁴² Esta Ley ha sido reformada por la Ley de 3 de abril de 2013 para adaptarla a la Directiva 2009/22/CE, de 23 de febrero.

⁴³ Vid., por todos, U. MAGNUS, “La reforma del derecho alemán de daños”, Indret, Working Paper, nº 127, Barcelona, abril, 2003.

⁴⁴ También en el Derecho contractual comunitario y europeo se plantean problemas específicos en la concurrencia de normas dispositivas e imperativas. Vid. M. SCHMIDT-KESSEL, “Europäisches Vertragsrecht”, *Europäische Methodenlehre*, ed. K. Riesenhuber, ed. 2ª, Ed. Gruyter, 2010, pp. 487 y ss.

⁴⁵ Con carácter general, vid. W.H. ROTH, “Die richtlinienkonforme Auslegung”, *Europäische Methodenlehre*, ed. K. Riesenhuber, ed. 2ª, Ed. Gruyter, 2010, pp. 393 y ss.

⁴⁶ Advertido por DÖRNER en su estudio sobre la reforma propuesta al analizar varias normas, op. cit., pp. 186-188.

⁴⁷ Publicado en la obra citada en la nota 3, pp. 215 y ss.

⁴⁸ Los §§ 312 y ss. están precedidos por el título “Formas especiales de actividades empresarias” (*Besondere Vertriebsformen*).

⁴⁹ Vid. TAMM, op. cit., pp. 464 y ss.

⁵⁰ Es en virtud de esta Ley cuando se inserta en el BGB el concepto de consumidor (§ 13) y de empresario (§ 14). Se regula por primera vez, de forma unitaria, el derecho de revocación en los ya derogados §§ 361 a) y 361 b) (que constituyen en la actualidad los §§ 355 y ss.). Además se insertan en el BGB normas sobre la entrega de prestaciones no solicitadas (§ 241 a) y sobre el abuso en la utilización de tarjetas de crédito (§ 676 h).

⁵¹ La frase segunda del ap. 1 del § 312 c ha sido sustituida ahora por el apartado 2 del § 312 c BGB al no estar conforme la anterior redacción con la Directiva 97/7CE.

⁵² Sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento de esta Directiva, vid. T. WIEDMANN, “Haustürgeschäfte”, en la obra colectiva citada en la nota 7, pp. 211 y ss.

⁵³ Son especialmente valiosas las opiniones de H.P. WESTERMANN sobre las intenciones del Gobierno Federal ya que este profesor participó directamente en la redacción definitiva de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (vid. “Kaufrecht im Wandel”, en la obra colectiva citada en la nota 5, pp. 109 y ss.). Pueden consultar también el trabajo de D. ZIMMER, “Das geplante Kaufrecht”, en la obra colectiva citada en la nota 4, pp. 191 y ss. Vid. también la monografía R. DOEHNER, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Verbrauchergüterkaufrichtlinie*, Baden-Baden, 2004. En lengua española, vid. el trabajo de H.P. WESTERMANN, “Una primera aproximación a los problemas de aplicación de la reforma del Derecho de obligaciones en la compraventa en el BGB”, ADC 2006, pp. 657 y ss.

⁵⁴ Para conocer las líneas maestras de la reforma, vid. H.H. Seiler, “Das geplante Werkvertragsrecht I” y F. PETERS, “Das geplante Werkvertragsrecht II”, en la obra colectiva citada en la nota 4, pp. 263 y ss. y pp. 277 y ss.

⁵⁵ C. BUSCH, “La influencia del derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el § 651 BGB”, ADC, 2012, pp. 717 y ss.

⁵⁶ Se dice que la primera «ley de consumidores» en Alemania fue la Ley de Aplazamiento de pago (AbzG), de 1894, que después fue reformada en 1967 y 1974 (derogada después por la Ley de crédito del consumo, de 17 de diciembre de 1990). Vid. TAMM, pp. 181 ss.

⁵⁷ Resulta enormemente sugerente el subtítulo de un pequeño libro de K. ADOMEIT, *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch. Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Ed. BWV, 2005. Este autor es muy irónico con la Reforma 2002.

⁵⁸ En España, quizá con poco acierto, se ha integrado parte del derecho contractual de consumo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, cuyos trabajos concluyeron el 28 de mayo de 2008. Este texto, sin embargo, no ha recibido aún el beneplácito del Ministerio de Justicia. Sobre la propuesta, vid. M. PASQUAU LIAÑO, “Protección de los Consumidores y Código civil: integración o distinción”, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. K.J. Albiez Dohrmann, Ed. Atelier, 2011, pp. 485 y ss. Personalmente he escrito sobre la integración del derecho contractual de consumo en el Código Civil en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, “La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más”, tomo I, ed. Thomson-Civitas, 2002, pp. 139 y ss. Cfr. también L. DÍEZ-PICAZO, “Contratos de Consumo y derecho de contratos”, ADC 2006, pp. 11 y ss.

En Francia hay varias propuestas de reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (el texto de Catala (2005), el texto de Terré (2008) y el texto de la Chancellerie (2008), pero, a excepción de los contratos de adhesión, queda fuera la legislación de consumo.

En Italia también se propone por algunos autores incorporar de nuevo el derecho de las condiciones generales de la contratación en el Código civil (cfr. Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista *Il Diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma. La prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, 23 a 25 de marzo de 2006, publicadas en *Rivista di Diritto civile*, noviembre-diciembre, 2006.

⁵⁹ *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Múnich, 2012, tomo I, Gutachten, Parte A, 9, 11.

⁶⁰ Unos de los primeros críticos es la Catedrática: B. GSELL en su artículo “Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel”, JZ, 2012, pp. 809 y ss.

PAPEL DEL CONTRATO EN EL CONTEXTO DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Granada

ABIGAIL QUESADA PÁEZ

Becaria de investigación, Universidad de Granada

EXCEROTOS

“La tradición civilista ha favorecido la codificación del derecho en los ordenamientos europeos, determinando la formación de sistemas que, pese a algunas diferencias, presentan importantes características comunes”

“La escisión entre la ética de lo público y la de lo privado ya no es tan clara y tajante como en el siglo que vio nacer al Código Civil”

“La ‘unificación’ del derecho de obligaciones y de los contratos, pretendía realizar una nueva labor codificadora necesaria para ‘reajustar’ el sistema en la medida que la ‘comercialización’ de la vida jurídica podía hacer insuficientes los esquemas y contenidos de esta materia existentes en el Código Civil”

“La aplicación de principios y valores constitucionales a las relaciones intersubjetivas de carácter privado y a sus instrumentos reguladores, tales como la igualdad y la seguridad jurídica, en aras de un equilibrio que asegure la mayor reciprocidad posible de intereses en relación con el nivel de sacrificio/satisfacción de las partes”

“Ciertamente, la jurisprudencia, con o sin textos legales de aplicación inmediata, ha jugado un papel esencial en la defensa del equilibrio contractual y la buena fe en el cumplimiento del contrato”

I. Introducción

En estas breves líneas queremos hacer una reflexión acerca de un tema que ya se planteó en la doctrina “iusprivatista” española a finales del siglo XIX y buena parte de la mitad del XX, la unificación del derecho de obligaciones y contratos, que ha adquirido una nueva y relevante dimensión merced al moviente que actualmente se desarrolla en Europa para lograr un derecho europeo de los contratos. No cabe la menor duda de que éste sería un magnífico instrumento al servicio del “mercado único”, la competitividad y la protección del consumidor. Como afirma MANCINI¹ éste sería un instrumento para la evolución de la cultura jurídico-económica del mercado único, porque la fragmentación de los sistemas normativos de los diferentes estados miembros, genera no sólo inseguridad jurídica y deficiencias, sino que podría resultar antieconómico e insostenible, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas, además de debilitar la posición del consumidor en las relaciones de intercambio de bienes y servicios. Estas divergencias no solo se ponen de manifiesto en aquellas materias que la UE no ha disciplinado (p. ej. el derecho contractual en general) sino también en sectores que han sido regulados sobre la base de la armonización mínima. No obstante, la UE ha tratado de dictar algunas normas de conflicto para los contratos entre empresas y consumidores como el reglamento Roma I o la reciente Directiva 11/2013 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Como afirma el autor antes citado, la tutela del consumidor tiene una importancia capital en ese cuadro que formaría el derecho europeo de los contratos, para evitar los riesgos que hoy presenta el sistema de regulación del mercado provenientes de factores como la concurrencia imperfecta o lo denominada “asimetría informativa” causada por el incumplimiento del deber de información. Con ello queda claro que esta labor no es una simple tarea de intelectuales sin una consecuencia práctica, sino que sus resultado puede ser un instrumento magnífico para lograr un mercado único, transparente, seguro, competitivo y equitativo, en términos de justicia para las empresas y los consumidores de toda la Unión.

No obstante, hemos de señalar que no se trata de una labor codificadora, pues no tendría como fruto un verdadero “Código Europeo de Contratos”, tal y como nos recuerda ALPA, y que no está exenta de dificultades y objeciones que podríamos sintetizar en la idea de las dificultades que los operadores del mercado (jueces, legisladores, profesionales y consumidores) de cada Estado tendrán a la hora de interpretar y aplicar textos “foráneos” puesto que

durante los debates se ha puesto de manifiesto que los fenómenos legales, las tendencias culturales y la práctica en la aplicación de las reglas es un resultado complejo donde los componentes contextuales de cada estado miembro deberán ser tenidos en cuenta; así mismo el delicado juego de intereses sociales y económicos podría tensionarse en el momento en que converjan los derechos fundamentales y los derechos de los consumidores en el seno del derecho contractual europeo y se dé prioridad a los “derechos de los fuertes”, frente a los derechos de los más débiles². Efectivamente, en algunos estados la distinción entre derechos individuales, sociales y económicos a la hora de su protección constitucional crea un contexto interpretativo diferente. Así por ejemplo, la tensión entre el derecho “fundamental” a la protección de datos –que en España se recoge en el los artículos 10 y 14 CE– choca con los intereses de las entidades de gestión para el control de las descargas ilegales de obras y con las políticas de privacidad de las empresas multinacionales proveedoras de motores de búsqueda en internet (TJUE Asunto C 131/12 Google Spain S.L./AEPD).

La “unificación” del derecho de obligaciones y de los contratos, pretendía realizar una nueva labor *codificadora* necesaria para “reajustar” el sistema en la medida que la “comercialización” de la vida jurídica podía hacer insuficientes los esquemas y contenidos de esta materia existentes en el Código Civil. Como se sabe, nuestro Código Civil, heredero de la tradición romanista y “deudor” del “Code”, siguió la línea “romano-francesa” dando sede en su texto a las obligaciones y los contratos en su libro IV³.

Esta interesantísima cuestión fue perdiendo la atención de la doctrina, pero en la actualidad se han producido un conjunto importante de cambios en nuestro derecho privado, a los que luego aludiremos, en virtud de los cuales cabe plantearse si no se está produciendo una “sutil” unificación en esta materia, merced, sobre todo, a las normas que vienen desarrollando el marco legal y jurisprudencial de aplicación del “principio fundamental” de nuestro sistema, cual es el de la protección del consumidor, consagrado a nivel constitucional y comunitario.

PÉREZ LUÑO ha puesto de relieve un fenómeno que afecta hoy a diversas ramas del derecho, y que excede a su dimensión nacional, al cual no es ajena la relación entre el derecho civil y el derecho mercantil. Según sus palabras, *“Vivimos en una época en la que cada vez es más intensa la comunicación de los valores, las normas y las instituciones jurídicas, lo que conduce a un nuevo Derecho Común que no se constriñe en una ‘Lex Mercatoria’ renovada, sino en proyectos más ambiciosos referidos a un conjunto de principios jurídicos fundamentales*

*susceptibles de ser aplicados en diferentes ordenamientos*⁴. La veracidad de esta afirmación se pone hoy de manifiesto en el cada vez más aceptado “Derecho Privado Común Europeo”, objeto hoy de brillantes estudios en la doctrina, como ha puesto de relieve SÁNCHEZ LORENZO, tema del que luego hablaremos⁵.

Como afirma PATTI, la tradición civilista ha favorecido la codificación del derecho en los ordenamientos europeos, determinando la formación de sistemas que, pese a algunas diferencias, presentan importantes características comunes, pues el Código responde a la idea de *completezza*, aspira a ser considerado como un acto normativo con una fuerza de ley en cierto sentido “prevalente”, respecto de las demás leyes ordinarias y desarrolla una función unificadora que impone una dinámica sistemática, porque presupone la superación del fraccionamiento: la multitud debe ser reconducida a la unidad⁶.

El contrato es una institución socialmente relevante, que afecta a las partes y a la sociedad entera

A tal efecto, nos recuerda VAQUER ALOI que “*la elaboración de un Código en cada uno de los Estados europeos a lo largo de los siglos XVIII y XIX supuso la nacionalización del derecho civil. El Código Civil es también un elemento de afirmación del Estado moderno centralizado o unificado que se aposenta definitivamente a partir del siglo XVIII⁷. Una codificación auspiciada por la autoridad central para todo el estado ayudaba a construir un sentido de identidad política, lo que acabó por significar la nacionalización del Derecho civil, en el sentido de estar éste circunscrito al estudio de la ley (el Código) de cada Estado, desvaneciéndose el carácter europeo que había caracterizado al iuscommune*”⁸.

Es casi un “tópico de la literatura jurídica” abordar la problemática de la unificación del llamado *derecho de obligaciones y contratos* como una labor “*recodificadora*”. Con esta iniciativa se pretendía emular la postura adoptada por otros países menos deudores de la tradición romanista (de corte anglosajón) o que poseen códigos “especiales” más recientes como Suiza, y su finalidad principal consiste en someter a la jurisdicción de una misma disciplina todo el conjunto de normas que regulan el intercambio de bienes y servicios, si bien no quedó nunca claro qué área científica habría de ejercer la jurisdicción científica sobre la materia resultante o si debería dar lugar a la aparición de una nueva. Parecía que si dicha tarea era abordada por los estudiosos del derecho civil, estos pretendieran invertir el movimiento centrífugo que éste

experimentó a partir del siglo XIX, merced al cual, se fueron formando nuevas disciplinas desgajadas de aquél tronco principal, lo cual implicaría una cierta actitud reivindicativa. Si lo planteamos desde una óptica cercana al derecho mercantil, podría parecer que se trata de arrebatar una parte al “viejo tronco” del derecho civil. Sea como fuere, esta dinámica parecía superada, o al menos latente, hasta que la aparición de diversos fenómenos ha provocado una serie de cambios importantes que, casi sin advertirlo, traen de nuevo a la palestra este tema.

Efectivamente, como venimos diciendo, la aparición de un complejo normativo de distinta procedencia y ámbito que viene a disciplinar el intercambio de bienes y servicios, el consumo en su dimensión objetiva, ha provocado, no sólo la sustitución por derogación de una serie de normas, sino también la relectura de otras, como el Código Civil, la aprobación de otras nuevas, el redimensionamiento de algunas figuras e instituciones (la buena fe, equilibrio de las prestaciones) y, sobre todo, la incidencia de una nueva “Ley Marco” que no sustituye, sino que modula la interpretación y aplicación de todo el sistema, cual es la *derogada* Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante sustituida por el TRLGDCU 1/2007). Así lo afirma el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su sentencia de 28 de marzo de 1995, cuando aborda el *ficticio* problema de si la normativa de consumo excluye la aplicación de las normas del derecho civil o mercantil: “*Esta ley no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad además de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas*”. En el mismo sentido ha mantenido este criterio el Alto Tribunal, en relación con la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil por negligencia médica de la LGDCU, en sendas sentencias de 10 de noviembre y 9 de diciembre de 1999.

Pero como luego veremos, el descubrimiento del relevante papel del legislador comunitario en el derecho privado, ha venido a cambiar las cosas. Así lo pone de relieve Vaquer Aloi cuando afirma: “*En el último decenio del siglo XX, sin embargo, ha resurgido la idea de un derecho común europeo, ligado al proceso más amplio de unificación política y de construcción de una identidad europea. El derecho deja de poder contemplarse como un fenómeno nacional, y de nuevo debe situarse en una dimensión europea. Existe un legislador europeo. Y si, en un primer momento, podía pensarse que el alcance*

tanto de los Reglamentos como de las Directivas iba a circunscribirse al campo del derecho público, con lo que su trascendencia a nivel de derecho privado, en particular de derecho civil, no sería ciertamente relevante, y ‘parecía que la Comunidad Europea se ocupaba tan sólo de subvenciones agrarias y de tasas a la importación, que regulaba apenas la forma del asiento de los tractores y el tamaño de los pepinos, que únicamente le preocupaba la competencia entre los fabricantes de pasta y de cerveza’, lo cierto es que los hechos posteriores han venido a desmentir esta impresión inicial.”⁹

II. El diseño constitucional de la sociedad de consumo: el contrato como eje central del sistema

La llamada *sociedad de consumo* ha desplazado el eje central de la actividad económica y afecta al derecho, desde la producción (derecho laboral y derecho mercantil) hacia el intercambio de bienes y servicios en el seno del mercado, en razón del elevado número de personas que hoy interactúan en el mismo, incrementando considerablemente el volumen de transacciones, lo que se traduce en un aumento de la competencia. Este acrecimiento del consumo de bienes y servicios ha llevado a una “masificación” de las relaciones contractuales, la llamada contratación en masa, en la que un número determinado de empresas ostentan una posición dominante, no sólo dentro del mercado en relación con otras, sino frente a la otra parte en la relación contractual que demanda el producto o servicio objeto del contrato. Otros factores han de ser tenidos en cuenta, así por ejemplo la dimensión supranacional de muchas de estas empresas, la tendencia a la homologación de sus modelos contractuales y la incidencia de la contratación por medios electrónicos, que ha dado lugar a que se hable de un “Derecho de la contratación electrónica”¹⁰, a los que el legislador se ve precisado de atender pues, en muchas ocasiones, la evolución de esta dinámica le supera ampliamente.

Como afirma ALBIEZ: *“El mercado es, sobre todo, un espacio económico; un lugar, no necesariamente en sentido físico, donde se realiza el intercambio de bienes y servicios. El mercado desde siempre se ha proyectado más allá de un lugar concreto. El mercado como espacio económico no sabe, ni quiere conocer, de fronteras. El mercado tiene a la vez algo de artificial y real. Es un concepto esencialmente económico. Pero, al mismo tiempo, el mercado es la expresión de una realidad fáctica, cual es el intercambio de bienes y servicios, que necesita constantemente, por razones muy diversas, respuestas jurídicas.”*¹¹

La necesidad de una intervención del legislador en la regulación del mercado es hoy indiscutible, es por ello que entendemos acertadas las palabras de LÓPEZ¹² cuando afirma: “¿Por qué los sistemas históricamente existentes son una mezcla de decisiones del mercado y del Estado? Aunque la respuesta en cada país y lugar no es uniforme, ni podría serlo, la razón profunda es igual en todos. El mercado supone la libertad económica de los particulares; pero está demostrado históricamente que ella sola produce consecuencias indeseables desde el punto de vista económico (la mera suma de decisiones particulares no ha conducido nunca a la racionalidad económica) y social (genera desigualdades graves entre los miembros de la colectividad social, pues las condiciones de partida en que se ejerce la libertad son desiguales, y la consecuencia es el perjuicio de los más desfavorecidos); por ello, siempre, de un modo más intenso o menos intenso, y con unas formas u otras, se ha acabado preconizando, y practicando la intervención del Estado en la vida económica.” Ciertamente, la importancia a escala práctica y de técnica jurídica del “Derecho de Obligaciones y Contratos”, y su vinculación a los cambios socioeconómicos, ha sido puesta de manifiesto desde antiguo por la doctrina española y foránea¹³.

En tal sentido afirma MORENO QUESADA: “La atención constante y primordial que otorga el legislador al Derecho de obligaciones, es un hecho manifiesto, justificado además por la importancia que tiene esta rama jurídica, instrumento de movilización y cauce por donde discurre la sabia vivificadora del tráfico de bienes, ordenador de las relaciones más amplias establecidas en el aglomerado social. En tres sectores se pone de manifiesto la relevante importancia de esta rama del Derecho: el económico, el social y el jurídico.”¹⁴

La doctrina ha puesto ya de relieve la frecuencia con que las personas establecen a diario relaciones jurídicas de esta índole, lo cual se traduce en su relevancia social, este fenómeno se designó como la “comercialización” del derecho civil, lo que, en palabras de RUBIO suponía, de un lado, “la introducción en la preceptiva aún acotada como de Derecho civil, de normas y principios jurídicos, unos nacidos en el Derecho Mercantil otros, si no originados exclusivamente en su campo, sí especialmente reconocidos, aplicados y desarrollados en él”. De otro, implicaría “la subordinación al Derecho del comercio de relaciones jurídicas tradicionalmente sometidas al Derecho común, o dicho de otro modo, la penetración de las operaciones en la vida civil”¹⁵.

Esta circunstancia fue también tenida en cuenta por CASTAN cuando afirmaba: “Dada la importancia de las obligaciones en el terreno práctico, es lógico que la tengan también muy acusada en el orden de la técnica jurídica, con

la particularidad de que la doctrina de las obligaciones, fecundísima en el campo del Derecho civil, extiende sus raíces y sus derivaciones a las demás ramas del Derecho privado (especialmente al Derecho Mercantil) e incluso también a otros sectores más distantes de la ciencia del Derecho.”¹⁶

Si nos fijamos, desde la óptica de “mercantilista” se entendía el fenómeno como una atracción hacia el derecho “del Comercio” de las relaciones jurídicas privadas de intercambio de bienes y servicios; mientras que CASTAN entiende el fenómeno a la inversa, pues aboga por atribuir su jurisdicción a la rama del derecho dedicada a las obligaciones y contratos¹⁷. El tema lo podemos ver hoy desde otra óptica, pues ya no se trata de una nueva tarea “codificadora”, como apuntaban insignes tratadistas, para hacer un “Código de la Obligaciones”, sino que merced a los cambios operados en nuestro ordenamiento jurídico y en la dogmática del contrato, de los que luego hablaremos, se está produciendo, de una manera más o menos consciente, un tendencia a la “unificación”, más que normativa, de principios, valores y criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales.

La jurisprudencia,
con o sin
textos legales
de aplicación
inmediata,
ha jugado un
papel esencial
en la defensa
del equilibrio
contractual

Sin embargo, hemos de recordar, como ponen de relieve KÖTZ y PATTI que el análisis del contrato en el contexto de “Estado asistencial” ha de basarse en algo más que un único principio de respeto a la autonomía de la voluntad. Como ellos sostienen, hemos elaborado diversa teoría para explicar por qué los contratos obligan y generan responsabilidad, pero ahora hemos hacer un análisis más “social” por medio del cual se debe asegurar un “equilibrio” entre las “fuerzas contractuales” integrando el principio de la *autonomía* de la voluntad con el de la *equidad* contractual orientado a proteger a la parte débil.

Actualmente, nos desenvolvemos en un sistema de economía “social de mercado” cuyas notas características, interpretando el artículo 38 de la Constitución en su contexto, serían:

1) Rige la libertad de competencia y de empresa. La intervención del Estado en el campo de la producción de bienes y servicios ha de ser “subsidiaria” pues debe potenciar la iniciativa privada.

2) El Estado posee la potestad de ordenación interviniendo en diversas esferas y ámbitos de la vida económica mediante las medidas delimitadas en las leyes.

3) Su matiz “social” implica que esa intervención debe limitar la libertad de los particulares en aras de una compensación y solidaridad social, a la vez que se ha de promover el interés general y aplicar el principio de la función social a la propiedad y la empresa, para lo cual deberán adoptarse las medidas legislativas que sean precisas^{18 19}.

4) La competencia se limita y orienta a través de unos parámetros de equidad, lealtad y claridad que protegen a las empresas y a los consumidores y usuarios.

5) Se arbitran medidas legales, judiciales y administrativas, que impidan o sancionen los abusos y daños que se puedan infringir a la sociedad por la infracción de los principios fundamentales de la ordenación jurídico económica. Tal sería el caso de las normas del Código Penal relativas a las conductas contrarias al orden público económico. (Cfr. art. 281 del Código Penal y siguientes)

6) Merced al artículo 139 CE se impone la unidad de mercado que proscribía la aplicación de medidas legales, administrativas o judiciales que puedan infringir el principio de igualdad de los ciudadanos en este ámbito, lo que ha incidido en el tema de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, pues como afirma la STC 30/11/1982 son límites a aplicar la garantía de la uniformidad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de intereses que exceden al ámbito autonómico, lo que se conecta con la uniformidad equitativa que trata de asegurarse mediante la atribución al Estado de la competencia “en todo caso” en cuanto a las bases de las obligaciones contractuales. (149.1-8 CE)²⁰.

Así mismo, la escisión entre la ética de lo público y la de lo privado ya no es tan clara y tajante como en el siglo que vio nacer al Código Civil. Hoy las normas del derecho privado que tutelan el equilibrio contractual han adquirido un marcado carácter imperativo, en la medida en que se derivan de los principios/mandatos de la Constitución y defienden su sistema de valores. Por otra parte, hemos de tener presente el fenómeno de “internacionalización” de la regulación de estas materias²¹ y las consecuencias que se han deducido de nuestro ingreso en la Unión Europea, por lo que se tiende a la “armonización” de los instrumentos jurídicos que rigen la contratación privada y promueven la defensa del consumidor a nivel internacional²².

Sobre la base de todo ello, podemos destacar las líneas esenciales de ese proceso:

1) La aplicación de principios y valores constitucionales a las relaciones *intersubjetivas* de carácter privado y a sus instrumentos reguladores, tales como la igualdad y la seguridad jurídica, en aras de un equilibrio que asegure la mayor reciprocidad posible de intereses en relación con el nivel de sacrificio/satisfacción de las partes. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCG en adelante), afirma que “*la protección de la igualdad de los contratantes espresupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica*”. Esto supone, como se ha dicho, el dotar a los poderes públicos de un papel intervencionista en este ámbito de la vida social, en pro de la defensa y promoción de la igualdad *efectiva* en este tipo de relaciones jurídico/económicas²³.

2) La consagración, a escala legal, de unas “bases de las obligaciones contractuales” como substrato básico de equidad que el Estado debe asegurar en el ámbito de la contratación²⁴.

3) El aumento del *formalismo* como instrumento al servicio de la seguridad jurídica, en sus diversos ámbitos, y del orden público económico en cuanto permite establecer instrumentos preventivos de control del contenido del contrato como medio para asegurar el respeto a los valores del sistema: buena fe, equilibrio contractual, lealtad en la ejecución, etc. Tal es el caso del artículo 111 de RD 1/2007 TRLGDCU, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que prevé incluso la obligación de incluir un documento de revocación o desistimiento que acompañe al contrato.

4) Los elementos y el contenido del contrato deben basarse en los valores de justicia, antes enunciados, supeditando los intereses económicos a los fines e intereses humanos y sociales. Ello supone un “relanzamiento” de la teoría de la causa como elemento esencial del contrato, en la medida en que sintoniza con tales valores de forma decisiva en su papel de fundamento legitimador del contrato y sus fines²⁵.

5) Se subordina el interés particular ante el general en razón de la dimensión social que antes predicábamos de nuestro sistema económico: la “función social” de tales instrumentos contractuales es asegurar una redistribución de la riqueza y el acceso de todos los ciudadanos a los bienes y servicios de carácter esencial en condiciones que aseguren el pleno disfrute los mismos. En este orden de ideas, hemos de tener en cuenta que el *binomio* compraventa/propiedad, como instrumento de acceso a los bienes de consumo, comienza a desplazarse hacia nuevas fórmulas basadas en los conceptos de arrendamiento

y disfrute: “renting” o aprovechamiento por turnos, demuestran la capacidad de asimilación del sistema para recoger y tipificar contratos “atípicos” o innominados que la sociedad va creando en respuesta a su demanda, pero que ya no pueden verse sometidos exclusivamente al derecho mercantil como “actos o contratos de empresa”, ni son convenios entre “particulares”, por lo que son objeto de regulación por normas “multidisciplinares” cuyo encuadramiento sistemático excede de aquellos.

6) La aplicación de una misma ética a las relaciones regidas por el derecho público y el privado, en la medida en que se trata de asegurar una “igualdad efectiva” entre las partes apoyando a la parte más débil, tal y como antes afirmábamos. Así se recoge en el TRLGDCU cuyo artículo 65, bajo la rúbrica de la *Integración del contrato*, dispone: “*Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.*”

7) Un “reforzamiento” de las normas del Código Civil basadas en la ética y la igualdad, tal y como sucede con los artículos 1258 y 1261 a los que se remite expresamente la Ley 7/98 sobre condiciones generales. (Cfr. arts. 9.2 y 10.2 L.C.G.)

8) El aumento de la intervención del Estado, en sus diversos órdenes, limitando la autonomía de la voluntad en aras a asegurar el respeto a los principios que deben regir el intercambio de bienes y servicios: control de condiciones generales, creación de registros al efecto, inspección de consumo, limitación de precios, disciplina de mercados, etc. son ejemplo de ello.

9) La consagración de la protección del consumidor y usuario como principio informador del ordenamiento jurídico, sobre la base de los artículos 51 y 53 C.E., que obliga a los poderes públicos y a los particulares. Como afirma ALBERTO BERCOVITZ, la norma que impone la protección a los consumidores –el 51 C.E.– y usuarios “*constituye un principio constitucional, que habrá de ser tenido en cuenta por las autoridades administrativas y por los Tribunales a la hora de aplicar las Leyes*”²⁶.

10) La incidencia fundamental del derecho comunitario, sobre todo de las normas inspiradas en el principio de la protección del consumidor, y el derecho de la competencia, tal y como pone de relieve GARCÍA AMIGO, y que se dirige a limitar y orientar la aplicación del principio de libertad económica, principio fundamental del Tratado de Roma y del Acta Única, *para evitar los abusos a los que la aplicación ilimitada del principio pueda dar lugar*²⁷.

Este deber de los poderes públicos se vertebra y proyecta a través de diversas vías (legales, judiciales, administrativas, etc.) e impone la necesidad de controlar el contenido de los contratos, sobre todo en aquellos sectores de la contratación en masa que se rigen por condiciones generales y están referidos a bienes y servicios esenciales para la comunidad. Esta tarea de “control” implica su regulación jurídica, en cuanto a su contenido y elementos esenciales, mediante normas que disciplinen los procesos de formación, interpretación, ejecución y, en su caso, extinción de los contratos “de consumo”, para lo cual se hace necesaria la “unidad de principios y criterios” que doten de coherencia a dichas normas y conviertan en “contenido cogente”, en lo que a nosotros importa, todo lo que está referido a la protección de la persona/ consumidor en cuanto a sus derechos “básicos” como tal, que se vinculan a bienes tutelados por derechos constitucionales (vida, integridad, salud, privacidad o igualdad, y que suponen la necesidad de imponer un “imperativo ético” en el instrumento que regula tales intercambios: el contrato.

Doctrina y jurisprudencia han jugado un papel capital a la hora de “redefinir” el contrato

Por tanto, podemos afirmar que el derecho, en cuanto instrumento de coordinación ética entre los miembros de una comunidad en aras de la convivencia (DEL VECCHIO), debe asegurar unos *mínimos de justicia* en estos casos por vía de la igualdad para que esa relación sea éticamente admisible, valiéndose para ello de los principios constitucionales que han de inspirar a las normas del derecho privado, en los términos antes enunciados, por vía de las citadas “bases de las obligaciones contractuales” que la Constitución enuncia y consagra. Para ello el contenido preestablecido de las reglas o cláusulas que disciplinan las relaciones contractuales ha de ser claro, conocido y conforme a la buena fe y a la equidad. El principio de autonomía privada no es absoluto, sino que debe respetar unas exigencias éticas ineludibles consagradas en las normas imperativas y en los principios generales del derecho; frente a ello no cabe tan siquiera alegar una norma consuetudinaria o usual pues estas han de respetar siempre aquellos límites. (Cfr. STS 30/4/93 y 29/6/95)

Por tanto, toda estipulación contractual “impuesta” al consumidor que suponga la infracción de estos principios o implicase una renuncia a los derechos del consumidor, es declarada nula ex art. 82.1 de TRLGDCU, pues se entiende que es contraria a la naturaleza o al equilibrio del contrato

que la *buena fe* consagra como exigencia imperativa del artículo 1258 C.c. pues lo contrario supondría admitir una situación de “inferioridad” que la ley proscribiera.

Esta “preocupación” por el equilibrio contractual no es nueva, puesto que ya se encontraba en el Código Civil como principio inspirador de varios de sus preceptos tales como el 1091, 1255, 1256, 1258 y 1269, entre otros, pues como afirmaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/11/1962, se ha de tener en cuenta cualquier evento que afecte “*al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones*”. (Cfr. STS 17/1/86; 21/10/86; 21/10/90 y 31/10/92, entre otras)²⁸.

A nuestro entender esta cuestión cobró nueva vitalidad merced a la influencia directa de la Constitución de 1978 sobre el derecho civil y, en concreto, sobre las materias relativas a la teoría general del contrato. Afirmaba GARCÍA CANTERO²⁹ que “*el jurista ha de estar atento a las posibles nuevas interpretaciones que los Tribunales – y, en particular, el Tribunal Constitucional – puedan hacer de las categorías clásicas tales como la buena fe, cláusula ‘rebus sic stantibus’, abuso del derecho, especialmente en campos como el de la protección de los consumidores, hasta ahora huérfano de desarrollo legislativo. Si la nueva savia de los principios constitucionales se injerta inteligentemente en los viejos textos del derecho de Obligaciones, cabe esperar una cosecha abundante de justicia y solidaridad en las relaciones contractuales*”. Evidentemente, los tiempos le han dado la razón a tales palabras, aún cuando la tarea sea difícil y esté inconclusa.

Si partimos del análisis del artículo 14 CE que consagra el principio/derecho a la igualdad y lo conectamos con el artículo 9.2 del mismo texto, según el cual “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”, obtendremos un principio fundamental del sistema contractual, que impone el equilibrio de las prestaciones y la igualdad de las partes como exigencia *irrenunciable* en el seno del contrato.

Este precepto pretende del Estado una actitud específica para la correcta realización de la libertad y la igualdad, de tal suerte que ese Estado se convierte en “social” en la medida en que dota a la igualdad de un contenido de redistribución y de compensación para enriquecer los derechos de los menos dotados y se limitan los de aquellos que poseen una superioridad social o económica para compensar las discriminaciones reales que proceden del modelo social imperante.

Con ello se convierte aquél principio formalista a la igualdad del Antiguo Régimen en un factor transformador de la sociedad, de suerte que el principio de igualdad jurídica se convierte en principio de “desigualdad jurídica” que protege a la parte natural o socialmente más débil, y ello porque no se puede tratar igual a los desiguales. Esto supone aplicar este principio/mandato constitucional a los diversos ordenes de la vida social, pues no se trata simplemente de una igualdad formal ante la ley, sino de una efectiva igualdad entre los ciudadanos en el seno de las relaciones sociales que cristaliza en un derecho subjetivo a la igualdad constitucionalmente consagrado, según ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 311/2000 de 18 de diciembre). Es por ello por lo que no se puede admitir la existencia de una ética para las relaciones regidas por el derecho público, distinta substancialmente a la que ha de regir en el campo de las relaciones sometidas al derecho privado, máxime cuando la frontera entre ambos tiende a *difuminarse*, no sólo en el derecho de familia, sino en ámbitos tradicionalmente reservados a la autonomía privada como los derechos reales y la teoría de las obligaciones y los contratos.

Todo lo que antecede ha de ser puesto en conexión con el artículo 149.1-8 CE que confiere al Estado la competencia exclusiva “en todo caso” sobre las reglas relativas a las “*bases de las obligaciones contractuales*” y con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestra carta magna, pues el derecho civil patrimonial ha de conectarse ahora con los principios y valores constitucionales, tal y como afirma PERLINGERI: “*Las cláusulas generales que caracterizan la conducta del deudor y del acreedor en su relación de cooperación, y sobre todo los principios de la buena fe y de la diligencia en el cumplimiento de la obligación, no pueden ya ser dotados de contenido a la luz de una concepción meramente productivista de las relaciones intersubjetivas patrimoniales, sino que deben asumir, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, contenidos diferentes, más adecuados a los valores fundamentales del ordenamiento.*”³⁰

RODRIGO BERCOVITZ mantiene que las “bases de las relaciones contractuales” se encuentran o inducen a partir del propio Código Civil, libro IV, títulos 1º y 2º, y demás normas conexas como aquellas que regulan tipos concretos de contratos o aspectos determinados de la contratación³¹. La STC 71/82 de 30 de noviembre sostuvo que dichas bases se relacionan con las exigencias de la unidad de mercado y abarcan cuestiones capitales como el régimen general de la responsabilidad civil, las limitaciones a la autonomía privada, la regulación general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas y su sanción y la unidad del mercado

nacional. A ello, debemos añadir, como nos recordaba ARCE Y FLORES, que la vinculación entre la Constitución y el derecho civil abarca también al campo de las obligaciones y contratos, al que se aplican principios valores de aquella³².

Estas bases, merced a su papel vertebrador de tan importante sector de la vida económica y social, han de estar necesariamente imbuidas de los principios constitucionales y, en concreto, del principio/mandato de igualdad como exigencia impuesta por vía de la seguridad jurídica, que sirve a la vez de criterio/valor para determinar el control de “*calidad*” de una norma y, también, de una estipulación contractual que funciona como “*ley entre partes*”.

Esta exigencia se acentúa en los casos en que dicha estipulación forma parte de un contrato de adhesión normado, razón por la cual la legislación sobre esta materia impone unos controles previos y un principio de “desequilibrio equitativo” cual es el “*contra stipulatorem*” del artículo 10.2 de la Ley de Consumidores, a cuyo tenor “*las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado*”. El artículo 6 de la Ley 7/98 LCG impone que tales dudas se resuelvan en favor del adherente, dando preferencia a las cláusulas *particulares* sobre las generales, salvo que esta sea más beneficiosa para el adherente, y se remite a las disposiciones del Código Civil sobre interpretación de los contratos para lo no previsto en ella.

Incluso se impone una norma “*de cierre*” que asegura el equilibrio, pues el artículo 83.2 RD1/2007 dispone: “*Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.*” El derogado artículo 10.4 de la LGDCU establecía la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo “*determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual*”. Es por ello que la aplicación de los principios constitucionales a este campo se materializa por medio de nuevas normas o mediante la utilización de aquellos principios como criterios interpretativos e integradores y ello porque, como afirma DIEZ-PICAZO “*la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro (...) que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales*”³³.

A título de ejemplo de lo anterior, podemos constatar que todo lo anterior se proyecta en nuestro ordenamiento en supuestos como el del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre *protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*, pues

su disposición adicional segunda declara su aplicación supletoria respecto de las Comunidades Autónomas que estatutariamente hayan asumido la competencia plena sobre la defensa de los consumidores y usuarios, “*excepto los artículos 3.2 y 10 que tendrán vigencia en todo el Estado, en virtud de lo dispuesto en la regla 8ª del artículo 149.1 de la Constitución Española*”, merced a que estos preceptos están directamente vinculados a la aplicación de los principios de igualdad y buena fe que han de imperar en el sistema en cuanto al contenido del contrato y el equilibrio de las prestaciones.

JOSSERAND había puesto de relieve que el derecho de obligaciones era el “substrato básico” de todo el derecho, público y privado, incidiendo así en la vertiente *contractualista* del derecho³⁴. Es por ello que se convierte en una figura central (*función estructural*) del sistema jurídico-social, como pone de relieve HATTENHAUER cuando afirma: “*el contrato simboliza el ‘contrato social’ sobre el que, según la doctrina iusnaturalista, se asienta toda la sociedad humana y, consecuentemente el Derecho. Es en la sociedad civil donde nace el Derecho*”³⁵.

La palabra *principios* también puede ser reservada para aquellas reglas que son de naturaleza más general

Todo ello se aplica al moderno sistema de contratos en la medida en que el contrato es una institución *socialmente relevante*, que afecta a las partes y a la sociedad entera, máxime en los contratos sobre bienes y servicios de consumo en masa o el contrato de trabajo. Efectivamente, el contrato es el instrumento básico que rige el intercambio de bienes y servicios, y su matiz social aumenta cuando se aplica a sectores económicos referidos a la contratación en masa, que a menudo son claves para la sociedad y en los que existe una desigualdad *estructural*: la electricidad, el agua, las comunicaciones o los transportes, entre otros, serían algunos de los ejemplos más claros. Pero tales productos y servicios suelen prestarse en régimen de concesión o “*semi monopolio*” bajo control estatal, razón por la cual el intervencionismo del Estado llegó antes a estos campos. Pero hay otros bienes y servicios, que no son objeto de concesión ni monopolio, en los que muchas veces la competencia o la libertad de acceso no es tan manifiesta, debido a que el aumento del consumo ha producido una “estandarización” de las cláusulas que integran esos contratos, de tal suerte que la oferta se rige por unas condiciones muy similares por lo que el consumidor va a encontrar pocas diferencias en el mercado: seguros, construcción o servicios bancarios, serían ejemplo de sectores “libres” en los que se ha ido produciendo un

fenómeno de elaboración de contratos “tipo”, redactados sobre la base de contenidos clausulares *impuestos*, o al menos predispuestos, por una de las partes: el “*predisponente*”.

Esta evolución ha producido una tendencia similar a la que supuso la aplicación del principio de la función social al derecho de propiedad, en la medida en que el contrato cumple una “función socialmente relevante” como instrumento regulador de las relaciones jurídico privadas de diverso orden, pero sobre todo en el intercambio de bienes y servicios. Ello ha conducido a una “nueva” visión del derecho de contratos, que ha tenido como consecuencia un cambio en los principios que lo inspiran y rigen. Los esquemas del sistema liberal individualista, basado en una pretendida igualdad y un en la espiritualización, han quedado fuera de lugar y hemos pasado a un sistema más social y controlado, donde la forma se convierte en un instrumento de garantía y prueba, y la función del fedatario público se orienta hacia una intervención “interesada” en defensa del consumidor, es decir, de la parte débil del contrato.

Para hacer un breve análisis del tema podemos partir de la clásica distinción *Kelseniana* del contrato como “acto” y como “norma”. Como “acto jurídico” cuya esencia reside en la voluntad de las partes, pues su actividad positiva se plasma en el acuerdo al que el ordenamiento jurídico dota de determinados efectos jurídicos, sean expresamente queridos por ellos o porque la norma se los atribuye por sí misma, según dispone el artículo 1258 Cc. Como “norma”, en cuanto precepto u ordenación a la que las partes someten su propia conducta. Esta perspectiva ha llevado incluso a hablar de “ordenamiento jurídico contractual voluntario”, expresión no muy acertada, por cuanto supone ignorar la distinción ya asentada por SAVIGNY entre las normas legales y las cláusulas establecidas por las partes en el negocio contractual, si bien es cierto que existen normas jurídicas que se integran “directamente” en el contenido del contrato (de forma explícita o implícita) por voluntad del legislador³⁶.

Como afirma REMY³⁷, se ha producido una “expansión” del contrato que ocupa ahora territorios nuevos que antes parecían serle ajenos. Tal sería el caso de la entrada de la “*filosofía pactista*” en campos como el derecho de familia, donde la visión “*contractualista*” del matrimonio ha llevado a la cada vez más difundida técnica de la mediación familiar, que se aplica para resolver los conflictos nacidos entre cónyuges. Lo mismo cabe afirmar de la actividad administrativa, que utiliza cada vez más la técnica contractual como instrumento de gestión, si bien la propia Administración no aplica en

muchos casos las normas de protección de los consumidores o usuarios, a las que también esta sometida, en su relación con los usuarios de sus servicios. Finalmente, cabe citar la extensión de la técnica de la “norma pactada”, procedente del derecho laboral, a otros campos como la propiedad intelectual (Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual) o el consumo, mediante los acuerdos tutelados por la Administración entre organizaciones empresariales y de consumidores (difusión de modelos de “contratos tipo” aprobados por esta vía para sectores relevantes: vivienda, etc.) En por lo que el autor arriba citado afirma, y coincidimos en ello, que todo esto demuestra la “salud” del contrato, siempre dispuesto para cubrir nuevos territorios y enriquecerse con nuevas materias.

Es por todo ello que la doctrina ha señalado con rotundidad, y acierto, que ya no cabe ver el contrato *como una convención aislada entre individuos libres e iguales*, pues ha sufrido *importantes transformaciones con el advenimiento de la sociedad industrial y de la economía de consumo*³⁸. El problema ha residido, y reside a veces, en que el legislador no ha sido todo lo diligente que debía ser a la hora de regular nuevas figuras contractuales (atípicos), o bien porque otros siguen estando “deficitariamente” disciplinados como el “arrendamiento de servicios”, permitiendo así que se produjeran situaciones en las que la relación contractual se apartaba de ese equilibrio que venimos propugnado. Este provoca disfunciones, porque nuestro Ordenamiento contiene normas muy “rígidas” que disciplinan contratos como la compraventa de bienes de consumo de bajo precio realizada fuera del establecimiento mercantil, mientras que la contratación de servicios profesionales tan relevantes como los de salud o defensa letrada sigue falta de una normativa reguladora. Y ello se agravó con la contratación *en masa* mediante la adhesión y las condiciones generales, por lo que decía Díez Picazo que “*la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro... que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales*”³⁹. Ello provocó, como afirmaba HART, que “*la Justicia que, en el sector del Derecho Privado, tradicionalmente se debería limitar a aplicar reglas formales, se ve constreñida ahora a asumir funciones de planificación, con la finalidad de mantener el equilibrio del mercado*”⁴⁰.

Ciertamente, la jurisprudencia, con o sin textos legales de aplicación inmediata, ha jugado un papel esencial en la defensa del equilibrio contractual y la buena fe en el cumplimiento del contrato. Han sido los jueces y tribunales quienes ha integrado el contrato, por vía del artículo 1258 del CC, imponiendo deberes a los profesionales, reforzando las garantías frente

a los vicios, limitando la aplicación de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, impidiendo un uso abusivo de la prescripción, aplicando, directamente o como criterio de interpretación el derecho comunitario (Cfr. STS 1ª 20/11/1996), u obligando a responder en supuestos no previstos por el contrato o el propio legislador. Y ello porque, como afirmaba el Tribunal Supremo en su STS (1ª) de 23 de noviembre de 1962, “*se ha de tener siempre en cuenta cualquier evento que afecte al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones*”.

Es por ello que doctrina y jurisprudencia han jugado un papel capital a la hora de “redefinir” el contrato, donde la “relectura” del Código Civil, sobre en todo poniendo la teoría de la causa en conexión con los principios y valores ya apuntados, y la incidencia de los factores que citábamos antes han llevado a que la dimensión y el papel institucional del contrato cobre nuevos matices que le permiten cubrir nuevos territorios y materias, a la par que la dimensión del contrato como “acto” privado, retrocede a consecuencia de la limitación de la autonomía de la voluntad. Por tanto, el legislador ha de seguir atento a estos impulsos para recoger en las normas el precipitado de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que, hoy por hoy, señalan el camino.

III. La unificación del derecho privado de los contratos

Posiblemente, sea éste uno de los fenómenos más interesantes y hondo calado de los que se están desarrollando en el campo del derecho, merced al impulso que la armonización del derecho comunitaria está llevando a cabo. Tal y como afirma LEIBLÉ⁴¹ se trata de elaborar un *Código Civil Europeo* que regule las relaciones contractuales, extracontractuales y parte de los derechos reales, que sirva como marco común de referencia. Diversos son los textos comunitarios que han hecho referencia a ello, tanto del Parlamento como de la Comisión, pues un mercado libre y transparente supone la libre circulación de mercancías, personas, capitales y *prestaciones* para lo cual un derecho contractual armonizado es imprescindible. En razón de ello, el autor antes citado afirma: “*Un mercado interior comprometido con el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia es, sin la autonomía privada, algo impensable.*”

Los primeros vestigios de la tan pretendida unificación vino representada por la comunicación científica europea, la cual, desde diferentes puntos

geográficos, escuelas y métodos, debatieron y adoptaron textos, siguiendo fundamentalmente la técnica de los Restatements, realizados por el *American Law Institute*, a partir del Common Law norteamericano. En definitiva, la elaboración de principios y normas modelo, método muy extendido en el derecho privado internacional, que fuese extendiéndose en los diferentes ordenamientos internos a través de la labor interpretativa y la práctica (*softlaw*), es decir, por libre adhesión. De entre las más representativas entre las escuelas científicas, se encuentra la *Comisión de Derecho Contractual Europeo* (Comisión LANDO), redactora de los *Principios de Derecho Contractual Europeo I-II-III* (PECL); cuyos sucesores son el *Grupo de estudios sobre un Código civil europeo* (VON BAR); del mismo modo, se encuentra la *Academia de Privatistas Europeos* (Proyecto de Pavía, GANDOLFI), que ha elaborado el *Código europeo de contratos*; el Proyecto de Trento, el *Common Core of European Private Law*, etc.

En general, dentro las medidas comunitarias de impulso de un contexto normativo armonizador, deben citarse las siguientes:

– Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994.

– Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo [COM (2001) 398 final – Diario Oficial 255, de 13.9.2001].

– Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003 al Parlamento Europeo y al Consejo: «Un derecho contractual europeo más coherente – Plan de acción» [COM(2003) 68 final – Diario Oficial C 63, de 15.3.2003].

– Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2004 al Parlamento Europeo y al Consejo: «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM(2004) 651 – No publicada en el Diario Oficial].

– Informe de la Comisión de 23 de septiembre de 2005: «Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo» [COM(2005) 456 – No publicado en el Diario Oficial].

– Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007: «Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia» [COM(2007) 447 – No publicado en el Diario Oficial].

– Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.

– Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM(2010) 348 final – no publicado en el Diario Oficial].

– Resolución del Parlamento Europeo sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 8 de junio de 2011.

– Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, Bruselas, 31.3.2011, COM(2011) 142 final.

– Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE (DO L 304 de 22.11.2011, p. 64/88).

– Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

A pesar de los impulsos necesarios para la formulación de un código armonizador, existen argumentos en contra de la aplicación práctica, como son⁴²: la ausencia de conceptos y técnicas comunes, a partir de la evolución histórica autóctona de las instituciones jurídicas; la diferenciación de los sistemas jurídicos (sistema continental y del *Common Law*); necesidad de respeto al pluralismo (social, cultural, legal, lingüístico); la petrificación legislativa del sistema comunitario y las interpretaciones divergentes posibles en razón del pluralismo; regionalización de la materia contractual, cuyo ámbito debería estar más internacionalizado; pérdida de la ventaja competitiva de los diferentes ordenamientos, es decir, la evolución normativa a partir de los instrumentos propios del derecho comparado.

Al margen de los argumentos contradictorios, estaríamos ante un sistema de varios niveles de regulación –nacionales y supranacionales– que se compenetran gracias al derecho internacional *uniforme*. De ello se deduce una complejidad metodológica y unas divergencias materiales muy relevantes, pues, como acertadamente señala LEIBLE, los derechos

privados nacionales priman el objetivo de un intercambio *justo*, mientras que el derecho privado comunitario prioriza la *transparencia* y *libertad* del mercado. En razón de ello, la jurisprudencia está llamada a jugar un papel inestimable para armonizar el sistema y rellenar las lagunas, siendo necesaria una mayor interacción entre los tribunales civiles nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad, tendiendo en cuenta que este proceso implica una conexión necesaria entre derecho civil, derecho internacional privado y derecho procesal civil. En el Consejo de Tempere (Finlandia, 1999) invitó al Consejo y a la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos. Por lo que respecta al derecho material —continúa— se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles⁴³.

Un notable principio debe ser que la gente debe ser responsable de los riesgos que ellos mismos han creado

Las vías existentes para realizar esta tarea serían, sintéticamente, cuatro:

1. Aplicar el principio de subsidiariedad mediante la abstención del legislador comunitario que no iría más allá de la aprobación de los reglamentos y directivas, dejando al mercado la solución de las cuestiones inherentes a las contradicciones que se planteen.

2. Creación de un cuerpo de principios comunes en materia de contratos para lograr una mayor convergencia de los ordenamientos nacionales en este campo.

3. Mejora cualitativa de la normativa existente para colmar lagunas, eliminar antinomias y aclarar formulas ambiguas.

4. Adopción de una nueva y exhaustiva legislación comunitaria para lograr un “Texto uniforme” que, superando el principio de subsidiariedad, se convierta en un complejo de reglas que pueda ser aplicado por las partes y sirva de modelo normativo adoptado por los legisladores nacionales. Estaríamos ante una suerte de “Código” aprobado e impuesto por la Unión Europea bajo la forma de directiva o reglamento.

Obviamente, sólo las opciones segunda y cuarta suponen actividades innovadoras y en cualquier caso, todas están precedidas de una intensa labor

doctrinal que hoy ocupa a los *iusprivatistas*⁴⁴, para verificar la existencia de un “cuerpo común de reglas”, instituciones y valores inherentes al derecho privado en los Estados miembros. Sea cual sea la opción que se considera más adecuada, lo cierto es que, como señala CAPILLA RONCERO, las soluciones existentes son parciales e insatisfactorias. Las causas, apunta, son varias: el ritmo de las disposiciones comunitarias no ha sido ordenado y mantenido; sin la existencia de un plan coherente y ordenado de elaboración, sino obedeciendo a *occasio* singular, lo que ha restado coherencia entre los diversos textos. En definitiva, concluye, “*cabe apreciar defectos de coherencia, planificación y sistemática en el cúmulo de disposiciones comunitarias actualmente existentes en materia de Derecho contractual*”⁴⁵. Súmese a ello que la incorporación de las directivas, al menos en nuestro país, se ha hecho de forma incoherente, mediante leyes especiales sin que ello implicara una modificación coherente del derecho nacional, haciendo que el ordenamiento –como dice CAPILLA– se desenvuelva *por capas*, todas ellas vigentes, mal estructuradas y faltas de coherencia⁴⁶.

Como señala este autor, el Plan de Acción para un Derecho Contractual Europeo plantea medidas *regulatorias* y *no regulatorias*, mediante una diversidad de soluciones complementarias a los problemas arriba enunciados, que van desde el fomento de la investigación, el intercambio de información, hasta la elaboración de instrumentos jurídicos no vinculantes. Por medio del “Marco común de referencia” se pretende establecer un sustrato básico que contenga definiciones de conceptos jurídicos, principios fundamentales y preceptos *modelo* coherentes, sobre la base del “Acervo comunitario” y las soluciones empíricas, que sirva de base para el legislador estatal y comunitario en materia de contratos, así como para la interpretación por los tribunales y el TJC del *derecho contractual europeo*, siendo aplicable incluso a los procedimientos arbitrales. Se trataría de un “instrumento jurídico *facultativo*” no obligatorio, pero elegible por las partes frente a normas internas disponibles y en las relaciones de carácter *supranacional*, que se plasmaría en “formularios contractuales” de contratos típicos específicos –v. gr. el contrato como norma pactada, *kelseniano*– que serían objeto de amplia difusión. Junto a ello, se colocaría el ya citado conjunto de reglas generales –instrumento facultativo– no sectoriales para determinados sectores de la contratación, que conformarían ese régimen *alternativo* a las legislaciones nacionales y al que las partes pudieran vincularse voluntariamente. En tales regulaciones habrían de incluirse disposiciones imperativas, como por ejemplo, las destinadas a proteger al consumidor. (CAPILLA)

ALPA⁴⁷ pone de manifiesto que este “Acervo común” es ya una realidad ampliamente experimentada, de lo cual son ejemplo las directivas que introducen reglas generales, como la de cláusulas abusivas, regulaciones específicas de contratos determinados, como la de viajes combinados o *multipropiedad*, que han consolidado un núcleo amplio de disposiciones que sirven para realizar unas reglas uniformes en materia contractual⁴⁸. El grupo de estudio sobre un Código Civil Europeo y el grupo de investigación sobre el derecho privado existente (the Acquis Group) presenta el primer borrador académico sobre el Marco de Referencia Común (DCFR) que contiene principios, definiciones y reglas modelo de derecho privado europeo.

En una primera fase se elaboraron unos textos de suerte diversa, como señala MEREMÍNSKAYA: *La primera parte de los Principios fue elaborada en el año 1995 y publicada junto con la segunda en 1999; en mayo de 2002 fue editada su tercera parte. El trabajo se sirvió del método comparativo. Fueron considerados todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE y, a la vez, las experiencias estadounidenses, las de los países vecinos y, finalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. Los principios están editados en forma semejante a los restatements norteamericanos y contienen preceptos breves y generales ilustrados con casos y acompañados por comentarios. Al elaborarse al mismo tiempo que los Principios del Derecho Comercial Internacional de UNIDROIT, ambos instrumentos muestran una influencia recíproca. A pesar de tener una resonancia amplia y acogida muy positiva en el mundo de los especialistas, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos no parecen ser bien conocidos en la práctica, al contrario de lo que pasa con los principios de UNIDROIT*⁴⁹. Según el estudio elaborado por el Grupo de Estudio del Código Civil Europeo y el *Acquis Grupo*⁵⁰, la formulación de *objetivos y principios fundamentales* revela el subyacente modelo de sociedad y el sistema económico más directamente que las reglas individuales. Ayuda a clarificar la posición del DCFR en el espectro del libre mercado y la teoría de la libre competencia y las iniciativas a favor de los consumidores víctimas de la discriminación, de la pequeña y mediana empresa y de muchos otros que son posiblemente las partes más pequeñas y débiles de un contrato. En su más reciente formulación en el borrador académico del Marco de Referencia Común (DCFR), la palabra *principios* es susceptible de diferentes interpretaciones. A veces es usada, en el presente contexto, como sinónimo de reglas que no tienen la fuerza de ley. Así es como son usadas por ejemplo en los “principios del derecho contractual europeo” que se refiere a ellos como principios para ser aplicados como reglas generales en el derecho de contratos.

El contenido sustancial de las *definiciones* procede parcialmente del *Acquis*, pero predominantemente deriva de las reglas modelo de la DCFR. Si las definiciones son esenciales para las reglas modelo, también es verdad que las reglas modelos son esenciales para las definiciones. Las definiciones pueden ser vistas como componentes para ser usados para elaborar las reglas y conjuntos de reglas. En último término las definiciones para que resulten prácticas han de estar estrechamente relacionadas con las reglas modelo.

La mayor parte del DCFR consiste en “*reglas modelo*”. El adjetivo “*modelo*” indica que las reglas no tienen ninguna fuerza normativa sino que únicamente son consideraciones de derecho de la clase que se contiene en los Principios de Derecho Contractual Europeo y publicaciones similares. Si estas reglas particulares pueden ser usadas como modelo para ulteriores legislaciones, son otros quienes deben decidirlo.

La palabra *principios* también puede ser reservada para aquellas reglas que son de naturaleza más general, como los principios de libertad de contrato y de la buena fe. “Las definiciones” tienen la función de sugerir el desarrollo de una terminología legal europea uniforme. Hay diferentes maneras de expresar todos los “principios fundamentales”. Las opciones serían entre muchas otras una normativa que fijara los derechos de los ciudadanos europeos o bien una explicación analítica de los valores subyacentes de las reglas modelo y las definiciones. Como la *europización* del derecho privado está en pleno desarrollo, podría ser útil aquí describir “los principios fundamentales” como unos *objetivos* que el derecho contractual europeo debería tener.

- Justicia
- Libertad
- Protección de derechos humanos
- Bienestar económico
- Solidaridad y Responsabilidad social

Dado que la UE tiene que formular leyes de derecho privado algunos objetivos específicos deben ser añadidos a esta lista en particular:

- Promoción del mercado interno
- Preservación de la pluralidad lingüística.

Y además si el derecho privado europeo ha de ser expresado como reglas modelo, algunos objetivos “formales” también han de ser perseguidos:

- *Racionalidad*
- *Certeza Legal*
- *Eficiencia*
- *Predecibilidad/Razonabilidad*⁵¹.

Hay otros objetivos o principios que deben de ser considerados importantes, por ejemplo la protección de la confianza razonable de una persona en la conducta de otra. Un notable principio debe ser que la gente debe ser responsable de los riesgos que ellos mismos han creado.

Así mismo, la DCFR debe ser aplicada e interpretada de acuerdo con los objetivos y principios de las leyes de los Estados miembros y también de la UE, incluyendo el objetivo de establecer un área de libertad, seguridad y justicia y la creación de un mercado abierto interno con libre y justa competencia y movimientos libres de bienes, personas, servicios y capital entre los miembros Estados. La pluralidad lingüística y cultural de Europa debe ser tenida en cuenta y preservada.

Haciendo un breve desglose de los mismos, podemos destacar lo que sigue:

1. Equilibrio entre objetivos y valores en colisión

Es característico en estos objetivos fundamentales que entren en conflicto unos con otros. Por ejemplo en ocasiones, la justicia en un caso particular puede tener que cederle el camino a la certeza legal, como sucede bajo las reglas de la prescripción. La libertad, en particular la libertad de contrato, puede ser limitada en base a los derechos humanos como por ejemplo en las reglas que se aplican sobre la no discriminación. Por tanto los objetivos nunca pueden ser perseguidos de una manera pura y rígida.

2. Justicia

Cada regla modelo persigue el objetivo de alcanzar una justa y correcta solución para la situación que debe de ser regulada. La DCFR se preocupa particularmente de promover la justicia “correctiva”. Esta noción es fundamental al contrato, a la responsabilidad no contractual por daños y al enriquecimiento injusto. Las cláusulas generales como la de la buena fe también sirven para alcanzar el objetivo de la justicia.

3. Libertad, en particular libertad de contrato

El contrato es el instrumento legal básico que habilita a las personas físicas y jurídicas para disfrutar de la libertad de regular sus relaciones por acuerdo con otros. Las personas físicas y jurídicas son libres para decidir si quieren o no contratar, y para acordar los términos de su contrato. Si por ejemplo las partes de un contrato están plenamente informadas y en una

posición equilibrada cuando lo celebran, el contenido de su acuerdo se presume que es en su interés y por lo tanto justo. Por lo cual un contrato debe ser reconocido por la ley si está basado en el acuerdo de las partes y si no hay razón (tales como motivos de orden público) para que el contrato sea tratado como inválido. Pero si una de las partes del contrato está en una posición más débil, puede no ser justo simplemente darle fuerza legal. Así un contrato que es el resultado de un error o fraude, o que envuelve una explotación injusta o discriminación. Sin embargo, las restricciones a la libertad de contrato deben de ser impuestas solamente si pueden justificarse en relación a ciertos tipos de contrato.

4. Restricciones a la libertad de contrato

En general las personas deben de ser libres para contratar o negarse a contratar con alguien. Sin embargo, esta libertad viene a ser restringida cuando pueda resultar una discriminación inaceptable, por ejemplo, discriminación en los campos de género, raza o religión.

5. Restricciones a la libertad de determinados contenidos del contrato

Similarmente, las restricciones a la libertad de las partes para fijar los términos de su contrato deben justificarse; los casos clásicos son aquellos en que se celebra debido a un error, fraude o debido a la explotación de las circunstancias de una parte para obtener una excesiva ventaja. También debe de haber restricciones cuando en el contrato hay desigualdad de información (puede ser sobre las características de los bienes y servicios o sobre términos del contrato). Tales problemas son más comunes cuando un consumidor está tratando con un empresario pero pueden ocurrir también entre empresarios, particularmente cuando una parte es una pequeña empresa que carece de experiencia.

6. Intervención mínima

Aún cuando alguna intervención se puede justificar en alguno de los terrenos antes mencionados, la cuestión que se plantea es la forma de la intervención. Este problema puede ser solventado adecuadamente requiriendo a una parte que provea a la otra de información antes de que el contrato se concluya. ¿O quizás los problemas persistirán aunque los consumidores estén informados posiblemente porque ellos no sean capaces de hacer uso

efectivo de la información? En tal caso una regla que conceda al consumidor ciertos derechos debe de ser justificada. En términos generales la interferencia con la libertad de contrato debe de ser la mínima para resolver el problema. Similarmente ocurre con los términos contractuales.

7. Bienestar económico

Todas las áreas del derecho cubiertas por la DCFR tienen el doble objetivo de promover el bienestar general, reforzando los poderes del mercado y al mismo tiempo permitiendo a las personas individuales incrementar su riqueza económica. En muchos casos la DCFR está simplemente proponiendo reglas que reflejan una solución eficiente. Estos son simplemente las reglas de “omisión” que se aplican cuando las partes no han acordado nada sobre un punto en cuestión y se presume que es lo que las partes hubieran querido.

8. Intervenciones para promover eficiencia

El bienestar económico puede ser promovido interfiriendo en el contrato aún cuando las partes hayan alcanzado un acuerdo, si hay razones para pensar que debido a algún fallo del mercado tal acuerdo no será completamente eficiente. Las reglas de protección del consumidor por ejemplo pueden ser vistas como favorables para el bienestar general debido a que conducen a una mayor competencia y así un mejor funcionamiento de los mercados.

9. Protección de los derechos humanos

El derecho privado debe contribuir a la protección de los derechos humanos y a la dignidad humana. En derecho contractual y en las relaciones precontractuales, como por ejemplo las reglas de la discriminación sirven para este propósito. Las reglas de responsabilidad no contractual por daños también tiene la función de proteger los derechos humanos.

10. Solidaridad y responsabilidad social

El derecho privado debe también demandar un mínimo de solidaridad entre los miembros de la sociedad. Ejemplos de esta función pueden ser vistos en las previsiones sobre la buena fe. En el futuro las reglas específicas sobre los contratos de donación pueden necesitar reforzar este objetivo. Dentro del campo de las relaciones contractuales muchos piensan que la solidaridad es un principio fundamental.

11. Buena fe

Igualmente muchos ven la promoción de la buena fe en la relaciones contractuales como un principio fundamental y un fin en si mismo. Otros la ven más como una técnica legal para alcanzar justos y eficientes resultados. Los valores que subyacen bajo la noción de la buena fe –por ejemplo la promoción de las prácticas comerciales honradas– deben ser considerados fundamentales.

12. Contratos dañosos para terceras personas y para la sociedad en general

Un terreno en el cual el contrato debe de ser invalidado, aunque haya sido libremente acordado entre dos partes equilibradas, es aquel que produzca serios efectos dañosos sobre terceras personas o la sociedad. Así lo son los contratos que son ilegales o contrarios al orden público. En la UE los contratos que infringen los artículos del tratado de la UE sobre la competencia son inválidos.

El contenido básico se plasma en una suerte de *Código* –parecido a una “*tool box*” (L. ROSSI)– que se atiene a la siguiente estructura: I. Disposiciones preliminares. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y (sus) remedios⁵². De su contenido específico, destacamos a nuestro propósito los preceptos relativos a la “buena fe” encuadrados dentro de los “*deberes generales*”⁵³:

– Artículo 1:201: Buena fe contractual:

1. Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. 2. Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

– Artículo 1:202: deber de colaboración:

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

Es también destacable, el artículo 1:302 que contiene la “definición de los razonable”: *Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y*

objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

Baste esta muestra como prueba del entronque de tales principios con la tradición civilista presente en nuestro Código Civil (Cfr. artículos 6, 7 ó 1258) y la dimensión ética que tales principios contienen en orden a disciplinar los contratos en nuestro sector, perfectamente extrapolable a otras ramas, como el derecho del trabajo, con las necesarias modificaciones.

No obstante todo lo que antecede, SÁNCHEZ LORENZO ha puesto de relieve que la idea de un derecho privado europeo de fuente comunitaria encuentra numerosos obstáculos, de entre los cuales cabe destacar la ausencia de competencias de las instituciones comunitarias para la unificación global del derecho privado europeo siguiendo el modelo de un Código Civil. Junto a ello, y más relevante aún, el principio de *proporcionalidad* previsto en el artículo 5. III del Tratado CE, si bien piensa que el de *subsidiariedad* no sería óbice para esta unificación. Lo que si parece muy claro, concluye, es que esta tarea jamás podrá ser realizada desde la acción unilateral de cada Estado miembro, y deberá tenerse siempre presente el equilibrio entre las necesidades del mercado interior y los intereses nacionales⁵⁴.

IV. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial

La grave y prolongada crisis económica que padecemos tuvo su origen en el hundimiento de las llamadas hipotecas *subprime*, que consistía en que los bancos concedían hipotecas sin que estas entidades verificaran la solvencia real de los deudores, y éstos a su vez, estaban mal informados y eran animados a tomar riesgos excesivos. Al caer el boom inmobiliario se producía la imposibilidad del pago de la hipoteca por parte de muchos deudores, con lo que estas prácticas produjeron gravísimas consecuencias para el sector financiero y para la economía de los países y además muchas tragedias personales, puesto que eran gran cantidad los deudores que perdían sus hogares al no poder seguir pagando las cuotas de la hipoteca.

En la Unión Europea, se tomó conciencia de este problema y para dar una mejor protección a los consumidores y obligar a los bancos a ofrecer una mejor información, se adoptó el acuerdo para la creación de una directiva

comunitaria sobre hipotecas, que refuerce la protección de los consumidores en la fase previa a la firma de estos contratos.

Se realizó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, en Bruselas el 31 de marzo de 2011. Tal propuesta fue aprobada el 23 de abril de 2013, convirtiéndose en directiva del Parlamento Europeo.

La Unión Europea tiene por objetivo garantizar la creación y el funcionamiento de un mercado en el que exista un elevado grado de protección al consumidor. En lo que se refiere a las hipotecas inmobiliarias dicho objetivo todavía está muy distante pues existen diversos obstáculos, que limitan la actividad transfronteriza, tanto por el lado de la oferta como de la demanda, y reducen así la competencia; la eficiencia de los prestamistas puede verse mermada y existe un riesgo de perjuicio para los prestatarios. La UE se propone un mercado único, competitivo y eficiente en el que los consumidores gocen de una elevada protección, de modo que estos buscarán el producto que mejor satisfaga sus necesidades, ya sea en su propio país o en otro Estado miembro. Sin embargo los consumidores de la UE siguen contratando sus créditos hipotecarios primordialmente a escala local; ello puede deberse a que el consumidor desconoce lo que existe en otros lugares, a su falta de confianza o a una insuficiente información. La creación de un mercado interior de crédito hipotecario en el que el consumidor goce de elevada protección facilitaría la prestación de servicios en toda la UE y sería plenamente acorde con el objetivo antes citado. Deben adoptarse una serie de normas comunes a escala de la UE, que favorezcan un mercado interior eficiente y competitivo y con un alto grado de protección al consumidor⁵⁵.

Esta directiva tras su aprobación formal deberá ser aplicada por todos los Estados miembros en un plazo de dos años.

Esta norma se basa en cinco ideas fundamentales:

1. Información previa. A parte de exigir que se de una información clara y concisa por parte de la entidad al consumidor, éste deberá disponer de un período obligatorio de reflexión de siete días antes de firmar un contrato hipotecario. Para que éste sea consciente de las responsabilidades que asume y que le van a vincular durante un prolongado periodo de tiempo.

Se establece la obligación de que los prestamistas ofrezcan en todo momento información general sobre la gama de productos de crédito disponibles en soporte duradero o en formato electrónico. También tendrán la obligación de facilitar al consumidor información personalizada basada en la “ficha europea de información normalizada” (FEIN)⁵⁶. Los

Estados miembros velarán porque siempre que el consumidor reciba una oferta que sea vinculante para el prestamista ésta vaya acompañada de una FEIN.

También se prevén medidas contra la publicidad engañosa en materia de hipotecas; pues los prestamistas y las entidades de crédito publican anuncios en la televisión, la radio y periódicos en los que para atraer a los consumidores a un cierto producto se ofrecen condiciones especiales; deben por tanto los consumidores gozar de protección frente a las prácticas publicitarias desleales o engañosas. A fin de permitirles comparar distintas ofertas es necesario elaborar una lista de los extremos que han de figurar en la publicidad dirigida a los consumidores. Se introducen principios generales aplicables a las comunicaciones publicitarias y comerciales, que establecen la forma que deben ser unas redacciones leales y claras y también el contenido de la información que ha de contener la publicidad. Se prohibirá toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito. La información básica se refiere a los elementos esenciales del crédito, como son la identificación del prestamista, el tipo que se le va a aplicar, el importe total del capital del crédito y además cuando éste esté garantizado por hipoteca debe advertirse sobre las consecuencias para el consumidor si incumple los compromisos que conlleva el contrato de crédito. Se prohibirá toda formulación que pueda dar falsas esperanzas al consumidor respecto a la disponibilidad o el coste del crédito⁵⁷. Estas disposiciones complementan las obligaciones que estableció la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

La libertad puede ser limitada en base a los derechos humanos como por ejemplo en las reglas que se aplican sobre la no discriminación

2. Prohibir la vinculación a otros productos. Las entidades de crédito no podrán obligar a los consumidores a contratar “paquetes cerrados” vinculados a la hipoteca, como por ejemplo contratar con ellos un seguro de vida, de vivienda, suscribir tarjetas de pago o de crédito u otros préstamos y servicios.

3. Flexibilidad para amortizar deuda. Se prohibirán las penalizaciones al consumidor por el pago anticipado del precio total del préstamo,

reconociéndose el derecho del prestatario para pagar el préstamo antes de tiempo, aunque sí se permitirá a la entidades pedir “compensaciones justas” si los prestatarios deciden liquidar la hipoteca dentro de unos determinados límites temporales.

4. *Demoras y desahucios.* En caso de demora en los pagos, se pide a los bancos que la ejecución forzosa de hipotecas y el desahucio o expulsión de los ocupantes del inmueble no sea la primera opción, y que apliquen una tolerancia razonable para buscar otras soluciones. Se permitirá la dación en pago para solventar la deuda en aquellos casos en que el deudor no pueda hacer frente al pago de la cuota. Y se anularán las normativas nacionales que impidan en tal caso la dación en pago. Y así muchas familias quedarán libres de la deuda y no seguirán incrementándola aún después de haber entregado la propiedad.

5. *Evitar los préstamos irresponsables.* Las entidades que concedan hipotecas deberán ser autorizadas, registradas y supervisadas por las autoridades nacionales para asegurarse de que cumplan requisitos profesionales estrictos. Además se reforzarán también los criterios para evaluar la solvencia del comprador. El prestamista está obligado a evaluar la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito, basándose en criterios tales como los ingresos de éste, sus ahorros y sus deudas. La evaluación se basará en la información necesaria obtenida por el prestamista a través del consumidor y de las fuentes pertinentes. Se introduce la obligación de que el prestamista deniegue la concesión del crédito cuando los resultados de la evaluación de la solvencia sean negativos. El prestamista informará al consumidor previamente de su intención de consultar una base de datos. Cuando el crédito solicitado se deniegue en razón de la información de una base de datos consultada, el prestamista informará al consumidor del nombre de dicha base de datos, así como del derecho que le asiste de rectificar en su caso los datos contenidos en ella. Cuando se deniegue el crédito solicitado, el prestamista informará al consumidor inmediata y gratuitamente de las razones de la negativa. Los consumidores tienen la obligación de facilitar a las entidades prestamistas información completa y correcta sobre su situación financiera y sus circunstancias personales. Esta información estará avalada por pruebas documentales. Si el consumidor decide no facilitar la información necesaria para la evaluación de su solvencia, el prestamista le advertirá de la imposibilidad de realizar dicha evaluación y en consecuencia de la imposibilidad de otorgar el crédito⁵⁸.

Como resumen, esta nueva directiva favorece notablemente a los deudores, pues se tiene en cuenta sus necesidades económicas y el grado de

su solvencia. Así como el hecho de que no sea la primera alternativa de los bancos la expulsión de los ocupantes del inmueble cuando exista demora en los pagos de los préstamos hipotecarios.

En este contexto podemos resaltar la preocupación que existe en el Parlamento Europeo acerca del problema de los desahucios en España y de los contratos hipotecarios en la Unión Europea. El Parlamento Europeo lleva desde hace tiempo siguiendo muy de cerca el drama de los desahucios en España y por otro lado, la Comisión de Peticiones mantiene abiertas varias denuncias de ciudadanos españoles que han solicitado que las personas afectadas por los desahucios queden liberadas del pago de la hipoteca. Fruto de ello ha sido esta directiva en la que se regula la dación en pago para liberar a los afectados de su deuda con el banco.

En cuanto al problema de los desahucios en España, se ha publicado el 14 de marzo de 2013⁵⁹, una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declara que la ley española que regula las ejecuciones hipotecarias es incompatible con la Directiva Europea de protección a los consumidores.

En esta sentencia se trata de un supuesto de hecho en el que un particular concertó con una caja de ahorros un préstamo hipotecario. Después de pagar durante el primer año, al siguiente dejó de hacerlo, por lo que la entidad crediticia decidió iniciar el procedimiento de ejecución de la hipoteca. El deudor obligado demandó entonces ante un juez la nulidad de ciertas cláusulas de su contrato por considerarlas abusivas. Sin embargo el procedimiento continuó su curso y desembocó en la subasta y posterior adjudicación de la vivienda del deudor, que recurre al Tribunal Europeo.

La sentencia pide sustancialmente que se dilucide si la normativa de un Estado miembro, en el marco de procedimiento de ejecución hipotecaria, permite la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre el consumidor y la entidad crediticia, de modo que no permita que el juez que conozca el proceso declarativo competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final.

Para responder a esta cuestión procede declarar que la Directiva Europea se basa fundamentalmente en la idea de que el consumidor se haya en situación de inferioridad respecto al profesional del crédito y considerada esta situación, el artículo 6 apartado 1 de la directiva dispone “*que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor*”. Recoge a continuación la sentencia

otros antecedentes y afirma que el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, y de este modo subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional del crédito.

También declara que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional, territorial, exclusiva que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva, y en caso afirmativo apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula.

La directiva, continúa la sentencia, se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora.

En el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice previamente la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca en el registro de la propiedad.

La sentencia afirma que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo ante que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual, adopte medidas cautelares que puedan suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la directiva.

Puesto que en todos los casos en que se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca el proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual, tal resolución sólo permite garantizar al consumidor una protección *a posteriori* meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente, puesto que no evita la pérdida definitiva de la vivienda.

De modo que le basta al profesional del crédito iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la directiva, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

En esta circunstancia declara la sentencia que la normativa española controvertida no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que

hace imposible o excesivamente difícil en los procedimientos de ejecución hipotecaria aplicar la protección que la directiva pretende conferir a los consumidores.

Finalmente la sentencia establece una serie de criterios que debe seguir el juez nacional para la calificación de una cláusula como abusiva o no, y así el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional del crédito podía estimar razonablemente que tratando de una manera equitativa con el consumidor éste aceptaría tal cláusula en el marco de una negociación individual.

Por lo que respecta a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimiento del deudor, corresponde al juez nacional comprobar si la facultad del profesional del crédito de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; si esa facultad está prevista para los casos en que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamos; si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y por último si el derecho nacional prevé medios eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

El contrato es el instrumento legal básico que habilita a las personas físicas y jurídicas para disfrutar de la libertad de regular sus relaciones por acuerdo con otros

En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el juez nacional deberá comprobar por un lado las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiese estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido, y por otro lado, debe comprobar el tipo de interés de demora fijado con respecto al interés legal, con el fin de verificar que es adecuado y que no va más allá de lo necesario.

Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez nacional deberá determinar si la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables en caso de falta de acuerdo entre las partes y si dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

El concepto de desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente.

Como conclusión de todo ello, podemos decir que resulta evidente la preocupación y los esfuerzos de la Unión Europea tanto a través del Parlamento Europeo como del Tribunal de Justicia de establecer un marco normativo para los contratos hipotecarios que ofrezca una gran protección a los consumidores y que realmente se extienda por todo el territorio de los Estados de la Unión Europea.

V. El “derecho de consumo” como disciplina unificadora

Indiscutiblemente, cuando hablamos del fundamento constitucional del “Derecho del Consumo”, categoría discutida por la doctrina, el precepto básico de apoyo es el artículo 51 que elevó a rango constitucional la protección de los consumidores, lo que pocos textos análogos habían hecho hasta ese momento, si bien la protección de los consumidores no era una novedad en nuestro ordenamiento (la *Ley de Usura* de 1910 es un digno precedente). No obstante lo anterior, el artículo 51 no “agota” dicho fundamento constitucional, sino que, como venimos diciendo, existen otros preceptos constitucionales que consagran principios y valores directamente aplicables en este campo: la seguridad jurídica, la igualdad, el respeto a la persona, a su dignidad, libertad y sus bienes etc., que entroncan y se proyectan sobre diversas normas e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Se hace por tanto preciso dotar de coherencia al sistema, para promover una labor legislativa y una práctica judicial y administrativa consecuente y armonizada con tales principios/mandatos constitucionales, lo cual explica que estemos ante un “interés colectivo” que supera las fronteras de la individualidad, y sea tratado como una “competencia concurrente” entre las distintas administraciones.

En su momento, llamó la atención la utilización del término “protección”, pues implica una actitud positiva que va más allá de una actitud pasiva de defensa, lo que supone que éste principio sea un verdadero mandato a los poderes públicos que les impone la tarea de promover, prevenir, tutelar y defender a los consumidores y usuarios. Ello es consecuencia de la “publicación” que supone la entrada del interés público en el juego de las relaciones contractuales dentro del contexto del mercado y su regulación. Esta

norma de acción supone la existencia de unas “garantías institucionales” y subjetivas que nutren el estatuto del consumidor, dentro del complejo marco de la persona, sus bienes y los valores que han de inspirar a la normativa reguladora de sus distintas proyecciones individuales y sociales; porque no cabe concebir la normativa sobre consumo desde una perspectiva objetiva, centrada en la idea de éste como actividad que se realiza en el mercado, como sucede por ejemplo con ciertos preceptos penales o administrativos.

Ciertamente, mercado y consumo son variables ligadas entre sí, lo cual supone una interconexión entre los artículos 38 y 51 CE y, por tanto, la aplicación en este contexto de las normas que disciplinan el mercado (mercantiles, penales o administrativas), pero hemos de tener en cuenta que toda esta normativa ha de ser interpretada en el contexto establecido por la *ley marco*, el TRLGDCU, pues, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, según venimos diciendo, “*es una especie de ley marco que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento, como prevé su artículo 1.1 de acuerdo con el artículo 53.3 CE y en desarrollo de su artículo 51*” (Cfr.STS 1ª de 22/07/94, de la que procede la cita y 18/03/95, entre otras). Más interesante aún es el caso de la STS 1ª de 15/06/2000 en la que un promotor publicita una piscina en la urbanización proyectada, si bien no figura en el registro de la propiedad, y luego no construye, lo que defrauda las legítimas expectativas de los adquirentes. En consecuencia, y sobre la base de los artículos 13 y 17 de la anterior LGDCU, el Tribunal Supremo le obliga a indemnizar a los compradores, pues afirma que, pese a que el artículo 221 de la Ley Hipotecaria es evidenciador del principio de *publicidad registral* como instrumento informativo de su contenido, “*ello no es óbice para la plena vigencia de la LGCU 26/84, en cuanto ésta consagra como garantía para los derechos que ella recoge la decisiva influencia de la publicidad sobre los compradores a la hora de contratar, por lo que no puede prescindirse de lo ofertado públicamente, ya que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos*”. Pensemos que, en esta sentencia el tribunal “armoniza” la aplicación de una norma tan vinculada con la seguridad jurídica como es la Ley Hipotecaria, con la normativa de protección de consumidores, más dinámica y flexible al estar basada en el valor “justicia”, evitando que una interpretación “rigurosa” de aquella origine una solución “formalmente válida”, pero “finalmente injusta”. Ello no supone que su carácter de norma/principio informador excluya la aplicación del resto de las normas llamadas a regular los distintos supuestos que se puedan plantear, pero sí hemos de recordar que el artículo 2 del TRLGDCU nos lleva a la conclusión de la

prioridad de esta norma, sobre las leyes civiles y mercantiles, según hemos visto.

La importante *dimensión subjetiva* del derecho del consumo, la persona y sus bienes como eje central, implica su conexión con otros preceptos constitucionales tan relevantes como los artículos 9 y 10, o los relativos a los derechos fundamentales, como la vida, integridad física y moral, la igualdad, la intimidad o la protección de datos personales, que pueden resultar afectados como consecuencia de conductas observadas en el desarrollo de actividades *de* consumo. Por tanto, entendemos que existe un *derecho del consumidor/ persona a la* protección vinculado a bienes que le son esenciales, que ha de vertebrarse mediante *garantías institucionales* u *objetivas* de tutela, cuyo arbitrio compete a los poderes públicos (de carácter legal, administrativo o judicial: “Defensor”, Juntas Arbitrales, O.M.I.C.) y otras subjetivas o instrumentales, fundamentalmente derechos y acciones, cuyo ejercicio corresponde al consumidor.

Esta *dimensión subjetiva* aún siendo relevante, ha de ser puesta en relación con la *dimensión objetiva*, el *acto de consumo*, para justificar la aplicación de estas normas a materias antes atribuidas en *exclusiva* al derecho mercantil o civil, así lo pone de manifiesto la STS de 9/12/1999 cuando hace girar el tema sobre la condición de *consumidora* de la persona que insta el proceso: “*Por lo demás, son aplicables a éste supuesto los artículos 1, 26 y 28 L. 26/1984 de 19 de julio debido a que la demandante es consumidora (artículo 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera la responsabilidad objetiva que desarrolla el cap. VIII (arts. 25 y ss)*”. (En el mismo sentido STS de 1 y 21 de julio 1997 y 29 de junio 1999).

Además, sin querer entrar de lleno en ello, el concepto de consumidor posee diversas proyecciones, cuya mayor o menor relevancia estará en función del bien afectado por esa actividad: el paciente, el administrado, el contribuyente, el comprador, arrendatario o el defendido, son proyecciones del sujeto considerado como persona. Así por ejemplo, la legislación de protección de datos es aplicable a esta materia, así como la legislación sanitaria o administrativa, cuando formulan los derechos del paciente o del administrado, están regulando materias afectas al consumo de relevancia cualificada.

Recordemos en este punto que la *Resolución* CEE de 14 de abril de 1975 recogía un concepto de consumidor mucho más rico y complejo que el del mero comprador de bienes o usuario de servicios, pues lo concibe

como *una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor*. Además, esa dimensión social implica que ese derecho del consumidor a la protección y defensa no se agota en el ámbito de las relaciones de carácter individual, sino que afecta a los llamados intereses colectivos: *aquellos que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción* cuya titularidad concreta no está conferida a un sujeto determinado, y su lesión afecta al colectivo de los consumidores, por lo que su defensa se confía a la labor de los poderes públicos o a la de determinadas instancias como las asociaciones de consumidores o el Ministerio Fiscal, según vimos anteriormente. Es también interesante recordar la crítica que en su momento se formuló a la ubicación de la materia en el artículo 51 CE y su conexión con el artículo 53.3 del mismo texto, por cuanto ello inducía a pensar que era necesaria la “*interpositio legislatoris*” para la puesta en práctica de estos derechos, reduciendo así el papel del artículo 51 CE a una mera función *programática*, ya que si los derechos básicos y los instrumentales del artículo 51 no forman parte del contenido de un derecho fundamental, no cabe aplicarles lo establecido para aquellos.

Las personas físicas y jurídicas son libres para decidir si quieren o no contratar, y para acordar los términos de su contrato

Tal vez fuera esta problemática, entre otros *factores*, la que incidiera a la hora de optar por una *ley general* para regular esta materia mediante la derogada Ley 26/84, opción que fue criticada pues se entendía que la Constitución ordena proteger a los consumidores, no dictar una ley concreta, sino mediante leyes sectoriales que incidieran en los sectores y actividades donde tales derechos debieran ser aplicados. Sin embargo, se pretendió dictar una norma general con efecto transversal, coordinadora y completa, que dotase de un sentido coherente (marco general) basado en los principios y valores constitucionales, a la legislación y la práctica judicial en este campo y, pese a las críticas, dicha tarea se va realizando, según hemos visto anteriormente. Hemos de recordar que el principio de la protección del consumidor informa a todo el ordenamiento jurídico, vincula a los poderes públicos, y a los particulares, e inspira la práctica judicial y a la legislación positiva, a la vez que se proyecta sobre las instituciones y relaciones jurídicas de distinta naturaleza e incluso puede fundamentar la inconstitucionalidad de una ley, según se deduce de los artículos 16.1 CE y 27.1 y 39.1 de la

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Y ello porque el TRLGDCU, al igual que su predecesora, se apoya directamente en el artículo 51 CE y se vincula a otros principios y preceptos constitucionales, pues desarrolla un principio informador del ordenamiento jurídico (STC 26/01/1989) sin que ello suponga que con ella se cumpla totalmente la tarea del legislador, ni que sea una norma “omnicomprensiva”, sino que habrán de dictarse otras normas que desarrollen dichos principios en aquellos sectores y materias que lo precisen, porque como dice la STS de 28 de marzo de 1995, ya citada, la LDCU *bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad además de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas*. En esta misma línea, el Proyecto de Código Mercantil recientemente elaborado por la sección correspondiente de la Comisión General de Codificación, hace hincapié en su exposición de motivos en que no incorpora en su seno las normas de protección de los consumidores, pues no considera adecuado alterar el planteamiento legislativo que otorga sustantividad propia a éstas por medio de su texto refundido pues se trata de un “un texto legal equiparable a un código sobre la materia”⁶⁰.

De otro lado, esta ley se ha de conectar con otros principios constitucionales que inspiran el sistema económico que ha diseñado la Constitución, lo cual nos lleva a dotar a la institución *central* del mercado, el contrato, de unos perfiles nuevos merced a su conexión con preceptos de la *Carta* como el artículo 10, 38, 139 y 149 pues, como afirma DIEZ-PICAZO “*la obligatoriedad del contrato encuentra su fundamento en la idea misma de la persona*”, lo que le vincula al artículo 10 CE y a la dignidad de esta. Además, el contrato se presenta como un elemento vertebrador del mercado en la medida en que sirve para *instrumentalizar* el intercambio de bienes y servicios entre empresas y consumidores, lo que ha de verificarse de acuerdo a los principios y valores socialmente consagrados. Cumple así el papel “institucional” que le corresponde en relación con su doble vertiente “normativa” y “negocial” y en cuyo contenido se han de equilibrar, en los términos antes expresados, la intervención del legislador, protegiendo al consumidor o usuario, y la autonomía de la voluntad, sobre todo en relación con las condiciones generales. Este fenómeno ha sido puesto de relieve por ROSSI CARLEO cuando afirma que el reordenamiento operado por los códigos de consumo pone al contrato como *centro* del procedimiento de consumo, en el que se ha restringido significativamente la fase negocial precontractual.

Por tanto, este contrato no puede presentarse como un modelo impuesto por una parte –fuerte y organizada– a la otra –débil en cuanto privada de instrumentos para superar los desequilibrios estructurales– que sólo puede aceptarlo mediante adhesión⁶¹. Ello hace especialmente necesario extremar los controles por parte de los poderes públicos del contenido de los contratos de esta naturaleza, ya se por *vía legal*, incluyendo determinadas cláusulas e excluyendo otras –como hace el TRLGDCU– ya administrativa por medio de la *homologación* de determinadas cláusulas como sucede en el caso de la Sentencia 59/04 de la AP de Córdoba Sección 3ª de 29 de febrero, y judicial pues como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4ª) en su sentencia de 4 de junio de 2009, el juez debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato celebrado con un consumidor. Establece así mismo la sentencia que la protección que la Directiva 93/13 CEE confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva, no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos. En consecuencia, la función del juez nacional en materia de protección de los consumidores no se limita a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar *de oficio* esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial. Por tanto, cuando el juez nacional considere que la cláusula en cuestión es *abusiva* se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula. Así mismo, no resulta compatible con la directiva una norma nacional que disponga que el consumidor únicamente podrá considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva en el supuesto de que la haya impugnado con éxito ante el juez nacional. En efecto, una norma de ese tipo priva al juez nacional de la posibilidad de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. Finalmente, el Tribunal de Justicia declara que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de *negociación individual* y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva.

En definitiva, pues el contrato en la sociedad de consumo, dentro del marco diseñado por la Constitución, deja de ser un “acto de comercio” o un mero “pacto entre particulares” (“lex privata”) para convertirse en un elemento central de un conjunto normativo, que algunos denominan “*Derecho de Consumo*”, en virtud del cual se van objetivando las relaciones jurídicas contractuales, y extracontractuales en su caso (responsabilidad civil) y promoviendo la unificación de fuentes, objeto y método, que podría dar origen a una nueva disciplina⁶². Pensemos que las normas a las que nos referimos se encuadran en disciplinas como el derecho civil, mercantil, penal, procesal, administrativo, financiero, etc. Por lo que su “dispersión” actual sólo va en detrimento de su eficacia⁶³.

No entramos, por razones obvias, en el debate de si cabe defender un “*Derecho de Consumo*” como disciplina autónoma, con sus componentes de fuentes, objeto y método, o si se trata, más que de una disciplina “nueva”, de un “*Derecho estatutario*” dirigido a proteger a una categoría de personas cuando realizan una actividad específica enmarcable dentro del ámbito del consumo de bienes y servicios, cuestión en la que la doctrina no es pacífica. Sea cual sea la opción que se elija, desde luego tiene razón REYES LÓPEZ⁶⁴ cuando afirma el papel “catalizador” que esta disciplina ha jugado en orden a dotar de una nueva dimensión a la materia de la responsabilidad, a lo que ya aludía García Amigo. Ello responde a la “publicación” del derecho patrimonial, dentro de ese fenómeno de “difuminación” de las fronteras entre derecho público y derecho privado, y a la necesaria reafirmación de principios constitucionales como el de igualdad y protección del consumidor en sede de contratación privada. Lo cierto es que ya no cabe escindir el ordenamiento en compartimentos estancos, sobre todo en esta materia donde se dan cita normas civiles, mercantiles, penales, administrativas, fiscales o procesales.

Por otra parte, la mayoría de las Comunidades Autónomas optan por dictar “estatutos” del consumidor o usuario en desarrollo de sus competencias, siguiendo las directrices de la legislación “básica” del Estado. Téngase presente, además, el predominante carácter “imperativo” de las normas de protección del consumidor, que inciden en elementos tan “estructurales” como el contenido del contrato, que no “sustituyen” a las del Código Civil, sino que completan o desarrollan los principios de éste: o “interpretan” la autonomía del artículo 1255 o integran el contrato en los términos previstos en su artículo 1258.

La STC 71/1982 afirma “*el carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección*”

al consumidor; además, pone de manifiesto que la *técnica legislativa* a aplicar en este campo *implica la plural inclusión de una regla en sectores distintos*. Al abordar la cuestión de la competencia legislativa sobre la materia afirma que *la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de intereses que exceden al ámbito autonómico, son, según entendemos, límites que deben tenerse presentes*". Cabe también citar la STC 15/1989 a cuyo tenor *"la defensa del consumidor y del usuario nos sitúa, en efecto, a grandes rasgos y sin necesidad ahora de mayores precisiones, ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil; es decir, ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las bases mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía"*⁶⁵.

A este propósito es oportuno recordar que el Consejo de Estado ha afirmado que desde una óptica más amplia, y en lo que concierne a la invocación de las legislaciones civil y mercantil, ha de tenerse en cuenta que las compraventas de bienes de consumo tienen una tipología extremadamente variada y comprenden tanto compraventas civiles como compraventas mercantiles. En consecuencia, entiende éste consejo que la proyectada legislación debiera ampliar los títulos competenciales que invoca e incluir, dentro de ellos, la legislación mercantil y procesal que el artículo 149, número 1,6ª de la Constitución reserva al Estado.

Todo ello reafirma la dimensión interdisciplinar de esta materia, su conexión con los principios constitucionales "básicos" y la necesidad de centrar su tratamiento sobre un "eje de gravedad" uniforme y coherente⁶⁶.

No se trata, como venimos diciendo, de "sustituir" al Código Civil o al de Comercio, sino de una relectura y aplicación de las normas civiles y mercantiles desde unos principios y conforme a unos valores socialmente compartidos que parten de la Constitución y el derecho comunitario, pero perfectamente conectados con otros ya inherentes a nuestro sistema desde antiguo: justo equilibrio, protección de la parte débil, buena fe, abuso del derecho, etc. Porque entendemos que las instituciones reguladoras de las relaciones jurídicas de carácter privado (en este caso los "contratos de consumo") han de contener un "substrato básico de equidad" garantizado por las normas que fijan y perfilan sus elementos estructurales, siendo éstas

Las restricciones a la libertad de contrato deben de ser impuestas solamente si pueden justificarse en relación a ciertos tipos de contrato

indisponibles por cuanto su elusión puede ser causa de situaciones contrarias a los principios inspiradores de nuestro Ordenamiento.

En estas líneas no se reivindica, como se ha visto, una jurisdicción científica “excluyente”, sino todo lo contrario, pero hemos de tener muy presente que, según nos recuerda DIEZ–PICAZO, el concepto de contrato, y el fundamento de eficacia vinculante, está indisolublemente ligado a la persona y sus valores, por lo que estos han de primar en la tarea normativa e interpretadora, como se deduce del mandato constitucional. Así mismo, entendemos que la necesidad de coordinar y dotar de coherencia a los estudios doctrinales, a la labor legislativa y la aplicación jurisprudencial, de una normativa que ha “desbordado” el encuadramiento en los “viejos” esquemas del siglo XIX y demanda un tratamiento coherente para cumplir

En general las personas deben de ser libres para contratar o negarse a contratar con alguien

más eficazmente su misión que no puede hacerse únicamente sino desde una óptica multidisciplinar. No se trata desde luego de una tarea que pueda ser impuesta por un acto de “autoridad”, como decía LANGLE⁶⁷, sino que ha de venir como consecuencia lógica de los factores que antes hemos apuntado, pero es una dinámica que se va a ir imponiendo por la fuerza de los hechos. Así lo puso de relieve MORENO QUESADA cuando le dotaba de

un significado más amplio que el de reducir un código y ampliar otro: “*es que se pone de manifiesto la progresiva desaparición de diferencias entre ambas ramas del Derecho Privado, su unificación por la fuerza de los hechos, que se impone en la realidad de la vida jurídica a los compartimentos estancos que el legislador ha pretendido establecer, o un determinado sector de la doctrina ha querido ver en la regulación por Códigos diferentes*”⁶⁸.

Esta vuelta al ideal codificador, y esta vez desde una dimensión europea, es una oportunidad para desarrollar una tarea no exenta de dificultades y que, de llevarse a cabo con éxito, debería plantearse una segunda derivación en sectores “ceranos” al derecho del consumo. Este Código de Derecho Privado europeo podría aplicarse a diversas relaciones jurídicas entre particulares, de consumo y, en su caso, laborales. En este punto, coincidimos con CALAIS-AULOY en que una armonización del derecho del consumo a nivel de la Unión Europea, siquiera en distintas fases, es más que deseable y que este “Derecho Europeo de los contratos” podría ser un paso adelante muy positivo porque defectos tales como la complejidad de la legislación su falta

de claridad y de coherencia devienen en una insuficiencia de la protección de los ciudadanos europeos puesta de relieve en la dificultades y limitaciones actuales para el ejercicio de sus derechos⁶⁹. Como afirma SANCHEZ LORENZO⁷⁰ esta es una tarea a la que espera sin duda un largo camino, no exento de dificultades e incomprensiones, pero cuyo resultado final no puede menos que ser necesario para hacer de Europa un estado social donde los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos conforme a reglas basadas en la justicia, la certeza y la equidad.

Notas

¹ Vid. *Prospettive per un Diritto europeo dei contratti a tutela dei consumatori e della concorrenza*. En la obra: *I contratti –tipo delle Camere di Commercio*. Edición al cargo de E. Battelli, Coord. T. Pompei. Milano, 2012, páginas 13 y siguientes.

² Vid. *The Common Frame of Reference and the europeanization of the Private Law*. En la obra: *Liber Amicorum Mario Frota*. Almedina, Coimbra, 2012. Páginas 209 y siguientes.

³ Este sistema procede del proyecto de 1886, pero como afirma Rivero Lamas: nuestro Código sigue inicialmente al francés, pero luego desarrolla las ideas de éste con mucha mayor expresividad (Vid. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Bosch, Barcelona, 1994. Tomo II, Vol. 1º pp. 345 y ss.). Sin embargo, se fue produciendo un progresivo acercamiento entre ambos ordenamientos, civil y mercantil, con la desaparición de muchos matices distintivos. La Doctrina reparó en ello y se llegó a proponer por distintos autores una “unificación” sobre la base de la existencia de tres Códigos: 1) Código Civil, en el que se incluirían persona, familia y sucesiones; 2) de Comercio que contendría las normas relativas a la empresa y 3) Código de Obligaciones y Contratos (Vid. MORENO QUESADA, B.: “Historia y dogmática en el Derecho de Obligaciones”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados*, Granada, 2º/3º trimestre de 1972. Del mismo autor, véase: *Sentido social en la transformación de las instituciones civiles*, Granada, 1958).

⁴ PÉREZ LUÑO, A. E.: “El desbordamiento de las Fuentes del Derecho”. Discurso leído en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla, 1993, pág. 77.

⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S.: “¿Hacia un Código Civil Europeo?” *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*. Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 381 y ss.

⁶ Vid. *Diritto Privato, e codificazioni europee*. Ed. Giuffrè, Milano, 2007, págs. 4 y ss.

⁷ La idea del Código Civil como seña de identidad nacional la enfatiza ELTJO SCHRAGE, “Das System des neuenniederländischen Zivilgesetzbuches”, *Juristische Blätter*, 1994, p. 501. Así, no es una particularidad española que desde la Constitución de Cádiz se repitiera en cada texto fundamental que el Código Civil debía ser el mismo para toda España. En Francia, la constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 prescribía que “[i]l sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume”, e igualmente el art. 85 de la posterior constitución jacobina de 24 de junio de 1793 postulaba que “[l]e code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République” (estas y otras referencias en

ETTORE DEZZA, *Lezioni di Storia della codificazione civile*, Torino, 2000², p. 10 y ss.). Ya VOLTAIRE se había lamentado que cuando se viajaba por Francia se cambiaba tantas veces de caballo como de derecho aplicable (citado por J. L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, Paris, 1996, p. 146). Y en los Países Bajos, el art. 28 de la Bataafsche Republiek de 1798 postulaba la promulgación de un Código unificado en el plazo de dos años, plazo que se incumplió pese a que se discutieron algunos proyectos (A. S. HARTKAMP, “Recodification of the law in the Netherlands”, *Netherlands International Law Review*, 1982, pág. 350).

⁸ Vid. *La vocación europea del derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo*. La ley, 2005 (edición digital).

⁹ Vid. *Loc. cit.*

¹⁰ Vid. FLORES DOÑA, S.: *Impacto del Comercio electrónico en el Derecho de la Contratación*. EDERSA, Madrid, 2002, págs. 45 y ss.

¹¹ Vid. “Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia”. *Revista de Derecho Constitucional europeo*. Número 5 de 2006, págs. 101 y ss.

¹² Vid. *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Coordinadora R. Valpuesta. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

¹³ Vid. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*. CEURA, Madrid, 1983.

¹⁴ Vid. *Historia...* loc. cit.

¹⁵ Citado por B. MORENO QUESADA, en *Historia...*, cit. pág. 26.

¹⁶ CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Edición revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO. Ed. Reus, Madrid, 1983, Tomo III, págs. 33 y ss.

¹⁷ Op. cit.

¹⁸ Vid. *Diritto Europeo dei contratti*. Giuffrè, Milano, 2006. Páginas 21 y siguientes.

¹⁹ Vid. GALGANO, F. *Las instituciones de la economía capitalista*. Ariel-Derecho, Barcelona, 1990, págs. 187 y ss.

²⁰ RD 1/2007 TRLGDCU Artículo 1. Principios generales. En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139.

²¹ Vid. FERNÁNDEZ MASÍÁ: E.: “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *Actualidad Civil*, núm. 34 de 2003, págs. 907 y ss.

²² Vid. LETE ACHIRICA: “La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario”. *Actualidad Civil*, número 9, de 1998.

²³ Vid. SANTOS BRIZ, M.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Comares, Granada, 1992.

²⁴ RD 1/2007 TRLGDCU: Disposición final primera. Título competencial.1. El capítulo I del título I del libro primero, en el que se define su ámbito de aplicación y el artículo 10, tienen carácter básico en relación con los preceptos del apartado 2 de esta disposición y se dictan en el uso de competencias exclusivas del Estado en relación con las disposiciones del apartado 3.2. Los artículos 8, 9, 17.1, 18, 23. 1 y 3, 25 y 26; los capítulos III y V del título I del libro primero y el título IV del libro primero tienen carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1. 1.^a, 13.^a y 16.^a de la Constitución Española.3. El artículo 24 y el título V del libro primero, los libros segundo, tercero y cuarto, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales se dictan en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1. 6.^a y 8.^a de la Constitución española.4. El resto de los preceptos del título II del libro primero serán de aplicación a las asociaciones de consumidores y usuarios de competencia estatal.

²⁵ Vid. DISTASO, N.: *I Contratti in generale*. En la obra dirigida por W. BIGIAMI: *Giurisprudenzasistematicacivile e commerciale*. UTET, Torino, 1966, Tomo I.

²⁶ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, A.: “La LCU dentro del marco constitucional”, en la obra: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinador R. Bercovitz y J. Salas. Ed. Cívitas, Madrid, 1992, págs. 12 y ss.

²⁷ GARCÍA AMIGO, M.: “Consideraciones a la buena fe contractual”. *Actualidad Civil*, núm. 1, de 2000; del mismo autor, véase: El contrato en la perspectiva comunitaria. *Actualidad Civil*, número 4, de 1992.

²⁸ Vid. BUSI, E.: “La Formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune”. En la obra dirigida por M. Rotondi: *Studi di Diritto Privato*. CEDAM, Padova, 1937, Tomo XXVII, págs. 169 y ss.

²⁹ En el Prologo a la obra de CASTAN citada en nota 9.

³⁰ PERLINGIERI, S.: Aspectos problemáticos del derecho de Obligaciones. *Revista de Derecho Privado*. 1983, pág. 58. Así mismo, véase: Por un Derecho civil constitucional español, en ADC, 1983.

³¹ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R.: “Las Bases de las obligaciones contractuales”, en el artículo 149.1.8.^o de la Constitución. En la obra: *Competencias en materia civil de las Comunidades Autónomas*. Dir. Bernardo Moreno Quesada. Técnos, Granada, 1989.

³² ARCE Y FLORES VALDEZ, J.: *El Derecho civil constitucional*, Ed. Cívitas, Madrid, 1986.

³³ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Técnos, Madrid, 1.^a Edición, Tomo I, págs. 327 y ss. Así mismo, la 5.^a edición de 1996.

³⁴ Citado por CASTAN en op. cit., loc. cit.

³⁵ Vid.: *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Ed. Ariel, Barcelona, 1987. Este autor utiliza la obra de Daniel de Foe, Robinsón Crusoe, tenida por la crítica como la primera novela burguesa, para incidir en el papel constitutivo del modelo social moderno que desempeña el contrato, aludiendo al pacto de convivencia suscrito entre Robinsón y Jueves, como instrumento regulador del modelo organizativo de la convivencia que ambos erigen, lo que nos recuerda los principios filosóficos que inspiran al sistema del “Common Law” (Locke, etc.).

³⁶ Citado por CASTÁN en op. cit., loc. cit. El contrato como “norma pactada” es una relevante aportación del Derecho del Trabajo que se pretende importar al ámbito de los contratos de consumo, al menos a los que regulan las relaciones más “complejas” como la compraventa de inmuebles, que arrijan un elevado número de reclamaciones.

³⁷ REMY, Ph.: “Droit des contrats: questions, positions, propositions”. En la obra: *Le Droit contemporain des contrats*. Coordinador L. Cadet. Ed. Economica, Paris, 1987, págs. 271 y ss.

³⁸ LACRUZ: *Elementos*. Loc. cit.

³⁹ Vi. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1979.

⁴⁰ HART, D.: “Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato”. En la obra de BARCELONA, HART Y MÜCKENBERGER: *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Traducción de C. Lasarte. Cívitas, Madrid, 1988.

⁴¹ Vid. “Vías para la unificación del Derecho Privado Europeo”. *ADC*, 2006, págs. 1589 y ss.

⁴² S. CAMARA LAPUENTE, “Derecho Privado Europeo, planteamiento y fundamentos generales”. En S. CAMARA LAPUENTE (Coord.). *Derecho Privado Europeo*. Ed. Colex, Madrid 2003, págs. 70 y ss.

⁴³ Indiscutiblemente, ello tiene también serias repercusiones en el Derecho del Trabajo, piénsese en lo relativo a la Directiva de servicios. Vid. CANTARO, A.: “El trabajo en la Constitución Europea”. De Tocqueville a Bolkenstein. Trad. J. DELGADO y M. CRIADO. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Número 5, de 2006, págs. 31 y ss.

⁴⁴ En este punto es destacable la obra: *Consiglio Nazionale Forense. La Riforma dei Codici in Europa e il Progettodi Codice Civile Europeo. Materiali dei Seminari*. ALPA, G. y BUCCICO, E.N. (ED.) 2001, 2002 y 2003.

⁴⁵ Vid. *Notas sobre Derecho Uniforme Europeo de contratos*.

⁴⁶ El Legislador ha querido paliar este problema con el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (RD 1/2007 de 16 de noviembre) a falta de una “labor codificadora” que resuelva el problema.

⁴⁷ Vid. *Larmonizzazione del Diritto Contrattuale e il Progetto di Codice Civile Europeo*.

⁴⁸ Vid. LIBRO VERDE sobre la revisión del acervo en materia de consumo. Presentado por la Comisión Europea, Bruselas, 08.02.2007 COM(2006) 744 final.

⁴⁹ Vid. *Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado* Revista de Derecho. Valdivia, Chile, 2003.

⁵⁰ Vid. CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE, HANS SCHULTE-NÖLKE, HUGH BEALE, JOHNNY HERRE, JEROME HUET, PETER SCHLECHTRIEMT, MATTHIAS STORME, STEPHEN SWANN, PAUL VARUL, ANNA VENEZIANO Y FRYDERYK SOY. *Principios, Definiciones, y Reglas Modelo del Derecho Privado Europeo. Anteproyecto del Marco Común de Referencia* (DCFR). 2007.

⁵¹ 1:302 Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.

⁵² Véase un excelente resumen de DE LOS MOZOS en: “El anteproyecto de código europeo de contratos de la academia de Pavia”. *Diario La Ley*, n. 5629, octubre 2002. Así mismo, *Contract Code* de H. McGregor, editada por A. Giufrè (hay edición española, con la traducción de CUESTA y VATTIER, de J. Bosch, Barcelona, 1997).

⁵³ Sobre el tema véase PATTI en: *Diritto...* cit. Págs. 81 y ss.

⁵⁴ Vid. *Le Droit Europeen et la création du Droit. Faut-il oublier l’idée d’un Code Civil Europeen?* En *Petites affiches. La Loi*. Número 112 de 2007, págs. 8 y ss.

⁵⁵ Cfr. “Aspecto Jurídicos” de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA: “Documento De Trabajo De Los Servicios De La Comisión. Resumen De La Evaluación De Impacto”. Disponible: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/credit/mortgage/sec_2011_355_es.pdf pág. 4.

⁵⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, P: “Análisis de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, COM (2011) 142 finales, Bruselas, el 31.3.2011”, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/Propuesta-de-Directiva-relativa-al-cr%C3%A9dito-hipotecario.pdf> págs. 5-6.

⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P: Op. cit., pág. 9.

⁵⁹ Relativa a la Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación». Asunto C 415/11.

⁶⁰ Vid. *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*. Ministerio de Justicia. 2013.

⁶¹ Vid. “*Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*”. En *Europa e Diritto Privato*. Fasc. 1 de 2008, págs. 166 y ss.

⁶² Vid. BURGOIGNIE: *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*. Paris. 1988.

⁶³ Esta problemática es abordada por ROSSI CARLEO, L.: *La codificación sectorial, entre límites y oportunidad: el código italiano de consumo*. Trad. L Aguilar Ruiz. RdP. 2006.

⁶⁴ Vid. *Derecho de Consumo*, Coordinadora M. J. REYES LÓPEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁶⁵ La normativa sobre esta materia posee una vis atractiva tal y como se refleja en el artículo 13 de la derogada Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la venta de Bienes de Consumo, a cuyo tenor Las normas de protección de los consumidores contenidas en esta Ley serán aplicables, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse,

ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión.

⁶⁶ Cfr. Dictamen relativo al Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Número de Expediente 1732/2002.

⁶⁷ Vid.: “El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil”. *R.D.M.*, núm. 89 de 1961.

⁶⁸ Vid. *Historia...* cit. loc. cit.

⁶⁹ Vid. *Regard critique sur l’harmonisation Européenne du Droit de la Consommation*. En la obra: *Liber Amicorum...* cit. Páginas 311 y siguientes.

⁷⁰ Vid. *La creation du droit européen des contrats*. En *La Loi. Le Quotidien Juridique*. Número 112 de 2007.

O REGULAMENTO EUROPEU SOBRE O REGIME UNIFORME DA COMPRA E VENDA

J. PEGADO LIZ
Advogado. Conselheiro do Cese (Bruxelas)

EXCERTOS

“É efetivamente no Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor que, de forma clara, se confirmam as principais razões que alegadamente justificariam uma intervenção comunitária neste domínio – a recente evolução tecnológica nos mercados, a exagerada fragmentação das regras de proteção dos consumidores e a falta de confiança dos consumidores no comércio eletrônico”

“O Cese considerava que um regime opcional de direito europeu dos contratos deveria poder coexistir sempre com as normas contratuais nacionais”

“O direito europeu comum da compra e venda será um «segundo regime» de direito dos contratos, idêntico em todos os Estados-membros, e será comum a toda a União Europeia”

“O âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nas situações transfronteiras que podem dar origem a custos de transação adicionais e agravar a complexidade jurídica”

“O âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nos aspectos que suscitam problemas concretos nas transações transfronteiras”

“Um direito europeu comum da compra e venda, de caráter facultativo, seria mais eficaz do que a adoção de normas não vinculativas”

I. Introdução e antecedentes

A) A Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635 final)

O consulado da Sra. Viviane Reding enquanto comissária para a área da justiça e dos direitos fundamentais ficou marcado por algumas iniciativas emblemáticas sobre temas de grande importância em domínios-chave para a promoção e o reforço da cidadania europeia. Infelizmente em alguns dos mais relevantes, sem aparente sucesso. Refiro-me designadamente à diretiva relativa aos direitos dos consumidores, que depois de um atribulado processo de elaboração e de adoção, continua a braços com tremendas dificuldades de transposição nos Estados-membros¹; às Propostas de Regulamento e de Diretiva sobre a proteção de dados, neste momento em apreciação no Parlamento Europeu, onde já foram depositadas mais de 3.000 emendas(!); e à Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda, objeto do presente artigo e, ele também, sujeito a enorme controvérsia.

Com efeito, a discussão sobre o tema começou muito antes da publicação da Proposta de Regulamento, como, aliás, dá bem conta a comunicação que, na mesma data, a Comissão também apresentou².

B) O movimento académico em prol de um Código Civil Europeu

É, de fato, nos começos do século XX que vários projetos académicos tiveram como objetivo a harmonização do direito civil europeu, em particular do direito dos contratos. Em 1929 é publicado um projeto de código francoitaliano das obrigações e dos contratos; em 1953 a Associação Henri Capitant elaborou um projeto de código comum das obrigações na Europa. Mais recentemente, em 1980, foi criada a Comissão sobre o Direito Europeu dos Contratos, dirigida pelo professor Ole Lando, que, em 1995, publica a primeira parte dos seus Princípios do Direito Europeu do Contrato (PDEC), contendo os princípios relativos à execução e ao incumprimento, logo seguida, em 1998, por uma segunda parte relativa à formação, validade, interpretação, conteúdo e mandato e, em 2001, por uma terceira parte, sobre o regime geral das obrigações.

Por seu turno, a Academia de Pavia ou, como também é conhecida, a Academia dos Privatistas Europeus, cujos trabalhos foram dirigidos pelo

professor Gandolfi, publica, em 2001, o livro I do Código Europeu dos Contratos, relativo aos contratos em geral e, em 2006, a primeira parte do livro II, relativo aos contratos em especial, dedicado ao contrato de compra e venda.

De outro lado, os princípios Unidroit, elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado em 1994, foram revistos em 2004 para os adaptar às especificidades do comércio eletrónico³.

No seio das instituições comunitárias, foi no Parlamento Europeu que, pela primeira vez, em resolução de 1989, se fez apelo à harmonização de certos aspectos do direito privado⁴, orientação que viria a reafirmar posteriormente em sucessivas resoluções, de que se destacam as de 9 de julho de 2003, de 23 de março e de 8 de setembro de 2006, onde expressamente o Parlamento chegou a declarar que a harmonização de determinados domínios do direito privado é essencial para a realização do mercado interno e que a unificação dos ramos mais importantes do direito privado, sob a forma de um Código Civil Europeu, constituiria a forma mais eficaz de levar a cabo essa harmonização.

Do lado da Comissão Europeia, é em 2001 que, numa comunicação relativa ao “direito europeu dos contratos”, é lançada uma larga consulta pública sobre a possibilidade de elaborar um direito comum dos contratos como forma de contribuir para um melhor funcionamento do mercado interno⁵.

Nesta comunicação a Comissão propôs-se uma ambiciosa reformulação de todo o direito dos contratos que poderia concluir pela adoção de um “diploma de âmbito geral que incluísse disposições genéricas de direito dos contratos, bem como a tipos específicos de contratos”, ou seja, uma harmonização do direito das obrigações em geral e dos contratos em especial a nível comunitário.

Nesse sentido foram criados vários grupos de trabalho com participação diversificada de académicos e de representantes dos interesses económicos e sociais europeus, que, ao longo dos anos, têm produzido trabalho notável de reflexão jurídica.

Cedo, no entanto, foram muitas as críticas e as objeções que se levantaram quer quanto ao âmbito, à natureza e aos próprios objetivos deste trabalho, quer quanto à sua base jurídica e à ausência de legitimação democrática.

Por outro lado, a enormidade do projeto e as diferentes concepções de vários dos participantes, aliadas à falta de uma orientação bem definida, conduziram a sucessivos impasses no desenrolar dos trabalhos.

No seguimento do debate que esta comunicação ocasionou, em especial nos meios académicos, onde foi genericamente acolhida com sérias reservas⁶, a Comissão publicou, em 2003, uma segunda comunicação, intitulada “Um direito europeu dos contratos mais coerente. Um plano de ação”⁷, onde definiu três opções de trabalho futuro: a construção de um “quadro comum de referência” (common frame of reference – CFR); a elaboração de cláusulas e condições contratuais tipo; ou a adoção de um instrumento opcional no domínio do direito dos contratos⁸.

Finalmente, recolhidos e analisados os vários contributos recebidos, numa terceira comunicação intitulada “Direito Europeu dos Contratos e Revisão do Acervo. O caminho a seguir”⁹, a Comissão decidiu que não optaria por um código civil europeu que harmonizasse o direito dos contratos dos países membros, mas antes que o caminho a seguir seria o da elaboração de um “quadro comum de referencia” (CFR), eventualmente a complementar por um instrumento opcional, cujos contornos não ficaram claramente definidos.

A Comissão
concluiu pela
necessidade de
uma intervenção
no nível da União
Europeia

É a partir desta orientação, que não foi sufragada por nenhuma resolução do PE¹⁰, que a Comissão deu início a toda uma série de consultas e de encomendas de estudos, ao abrigo, designadamente do “Sexto Programa-Quadro para a investigação e o desenvolvimento tecnológico”, de que se destacam a “Rede comum para o direito europeu dos contratos”, a quem foi confiada a tarefa de elaborar um projeto de quadro comum de referência (Draft Common Frame of Reference – DCFR), em sede de direito dos contratos.

Desta rede fizeram principalmente parte os membros do grupo de estudo sobre o código civil europeu, o grupo de investigadores sobre o direito privado comunitário em vigor, dito Grupo do Acervo Comunitário (“Acquis Group”), a Associação Henri Capitant em conjunto com a Société de Législation Comparée e o Conseil Supérieur du Notariat, o Common Core Group, o Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, conhecido como o Economic Impact Group (TILEC – Tilburg Law and Economics Center), o Database Group, a Academy of European Law (ERA) e um grupo de especialistas em direito dos seguros, o chamado “Restatement of European Insurance Contract Law Group”¹¹.

O objeto das consultas era vasto, englobando as regras gerais do contrato, o direito das obrigações, a gestão de negócios, a responsabilidade extracontratual, o enriquecimento sem causa, os contratos em especial e, desde logo, o contrato de seguro, e, em futuro mais afastado, o direito de propriedade, as garantias e o “trust”.

O avanço dos trabalhos foi acompanhado por sucessivos relatórios apresentados à Comissão e discutidos publicamente¹², o primeiro de 2005 e o segundo de 2007¹³ onde, pela primeira vez, se refere a necessidade de ser dada prioridade ao “direito do consumo” como forma de contribuir para a revisão do acervo em matéria de proteção dos consumidores, tema que havia sido objeto do Livro Verde publicado a 7 de fevereiro desse ano de 2007¹⁴.

C) A proposta paralela de diretiva sobre os “Direitos dos Consumidores”

Foi aqui que a questão da harmonização do direito europeu dos contratos e a iniciativa da revisão do acervo comunitário em matéria de proteção dos consumidores¹⁵ pela primeira vez confluíram, embora nada inicialmente implicasse que assim acontecesse, nem teoricamente obrigasse ou sequer aconselhasse a que assim sucedesse.

Com efeito, datava, de há muito, em vários círculos do pensamento jurídico na Europa, a ideia das vantagens da codificação dos diplomas avulsos sobre direito do consumo nos vários Estados-membros, e em alguns deles, embora por formas diversas e com diferentes resultados, essa ideia fora mesmo levada a cabo¹⁶.

Não admira, pois, que, desde bastante cedo, uma ideia semelhante tivesse ocorrido para o direito do consumo a nível comunitário, nomeadamente a partir do momento em que a União Europeia se viu atribuir competência própria neste domínio¹⁷ e à medida que se ia constatando que diversas diretivas definiam e regulavam as mesmas matérias de forma diferente, quando não claramente contraditória¹⁸.

É assim que já no Livro Verde sobre a Proteção dos consumidores de 2001¹⁹ se dá conta da dispersão legislativa neste domínio e dos seus inconvenientes para a realização do mercado único e se aponta como solução possível a publicação de uma “diretiva-quadro” para regular as práticas comerciais desleais, complementada por diretivas específicas para domínios especiais, se necessário.

No follow-up deste Livro Verde, a Comissão, em nova Comunicação de 2002²⁰, dava conta de que a maioria dos “stakeholders” era favorável à sua

proposta, acrescentando, no entanto, um elemento de primordial importância, que não tinha ficado claramente expresso na primeira comunicação – o da natureza “total” da harmonização proposta²¹.

Identicamente, no seu documento de “Estratégia da Política dos Consumidores para 2002-2006”²², a Comissão insistia na ideia do estabelecimento de regras e práticas comuns de defesa dos consumidores em toda a Europa, criando um ambiente mais coerente na UE, o que, constituindo mesmo o objetivo primeiro da sua estratégia nesse período, se traduziria pelo estabelecimento de um conjunto comum de regras relativas às práticas comerciais e aos direitos contratuais dos consumidores, passando da harmonização mínima a medidas de “plena harmonização”.

É já claramente na sequência e em aplicação destes princípios que são adotadas três das mais respeitáveis diretivas em matéria de direito europeu do consumo, a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, sobre as práticas comerciais desleais²³, a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores²⁴ e a Diretiva 2008/122/CE, de 14 de janeiro de 2009, relativa ao “time-share”²⁵.

No entanto, ainda assim, e nomeadamente após três conferências, uma realizada em Viena, durante a Presidência Austríaca, outra promovida pela Faculdade de Direito da Universidade de Helsínquia e a última que teve lugar em Paris, organizada pela Cour de Cassation, onde vários intervenientes e setores da sociedade civil expressaram as suas preocupações com o desenvolvimento dos trabalhos e fizeram notar à Comissão a incoerência do projeto no seu conjunto, esta sentiu a necessidade de publicar um Livro Verde onde restringiu ainda mais o âmbito e a natureza do seu esforço, reduzindo-o à revisão de oito diretivas comunitárias.

É efetivamente no Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor²⁶ que, de forma clara, se confirmam as principais razões que alegadamente justificariam uma intervenção comunitária neste domínio – a recente evolução tecnológica nos mercados, a exagerada fragmentação das regras de proteção dos consumidores e a falta de confiança dos consumidores no comércio eletrónico.

Por outro lado é aí que se enunciam as linhas diretrizes para a ação a prosseguir – um instrumento jurídico horizontal (diretiva) comum a oito (das 18 antes identificadas) diretivas²⁷, a harmonização total como método e um conteúdo limitado a certas questões horizontais – definições de base, direitos de informação, papel dos intermediários, noções de boa-fé e de lealdade,

direito de retratação, bem como uma reformulação das diretivas “cláusulas abusivas” e “venda de bens de consumo”²⁸.

Esta opção foi claramente assumida pela Comissão no seu documento de estratégia 2007/2013, constituindo mesmo a única iniciativa prevista no domínio da “melhor regulação da proteção dos consumidores”²⁹.

É conhecida a evolução que este tema veio a ter e que terminou, depois de um percurso atribulado, com a publicação da já referida Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro de 2011, sobre os “direitos dos consumidores”³⁰.

D) O Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas (COM (2010) 348 final)

Entretanto a Comissão não desistira da sua ideia inicial de avançar com um projeto de direito europeu dos contratos em geral. E, assim, em 1º de julho de 2010, a Comissão apresentou o seu Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas (COM (2010) 348 final), onde começa por constatar que as diferenças nas legislações nacionais que regem os contratos no âmbito do mercado interno são de molde a ser fonte de incerteza jurídica para as empresas, a minar a confiança dos consumidores no mercado interno, a criar entraves ao comércio e fazer crescer custos de transação adicionais.

Conforme referira já em anterior documento de estratégia³¹, um dos meios para eliminar os estrangulamentos do mercado único seria “tornar mais fácil e menos onerosa para as empresas e os consumidores a celebração de contratos com parceiros de outros países da UE, nomeadamente através da oferta de soluções harmonizadas para contratos celebrados com os consumidores, introduzindo cláusulas contratuais tipo”.

Agora neste Livro Verde a Comissão propôs várias abordagens para aumentar a coerência do direito dos contratos.

Entre as opções estratégicas figuravam:

a) a publicação na internet de normas contratuais tipo (não vinculativas) que poderão ser aplicadas no mercado interno europeu;

b) uma “caixa de ferramentas” (vinculativa ou não) à qual podem recorrer os legisladores da UE na adoção de novos atos legislativos e que garanta a coerência e a qualidade da legislação;

c) uma recomendação sobre o direito dos contratos que incentive os Estados-membros a incorporá-lo na legislação nacional, com base, em parte,

no método aplicado nos EUA, país em que 49 dos 50 estados federados adotaram voluntariamente um Código Comercial Uniforme;

d) um direito europeu dos contratos opcional, concebido como um “28º regime” que os consumidores e as empresas poderão escolher livremente no âmbito das relações contratuais. Este regime seria uma alternativa às normas nacionais existentes e estaria acessível em todas as línguas. Seria aplicável apenas aos contratos transfronteiriços ou tanto a estes como aos contratos nacionais e deveria garantir um nível elevado de defesa dos consumidores e garantir a certeza jurídica durante toda a vigência do contrato;

e) a adoção de uma diretiva da UE sobre o direito europeu dos contratos que harmonizaria as normas nacionais neste domínio;

f) a criação de um verdadeiro Código Civil Europeu para substituir todas as normas nacionais sobre contratos.

Em 7 de setembro de 2010, a Comissão organizou uma primeira reunião sobre direito europeu dos contratos, em que participaram grupos de empresas, de consumidores e de profissionais forenses.

Entretanto, constituiu um grupo de peritos, em que o Parlamento Europeu também participava na qualidade de observador, a fim de converter e adaptar o “Projeto de Quadro Comum de Referência”³², levado a cabo no âmbito do Sexto Programa-Quadro de Investigação e Desenvolvimento da UE, às novas opções constantes do Livro Verde, ao mesmo tempo que lançava uma alargada consulta pública sobre o documento estratégico que seria encerrada no fim de janeiro de 2011.

A grande novidade deste Livro Verde foi a aceitação pela Comissão, pela primeira vez, da utilidade e praticabilidade de um regime opcional ou “28º regime” como forma de realizar a harmonização do direito europeu dos contratos, quer entre empresas, quer com os consumidores.

Recordar-se-há, a este propósito, que o conceito do “28º Regime” havia sido inicialmente formulado e desenvolvido no Comité Económico e Social Europeu (Cese) fundamentalmente em dois *pareceres de iniciativa*, um sobre a Lei do Contrato de Seguro³³ e outro especificamente sobre o 28º Regime³⁴.

Não se estranhará, por isso, que o parecer do Cese sobre este Livro Verde³⁵ tenha sido no sentido de partilhar o ponto de vista da Comissão segundo o qual o mercado interno europeu deve ser realizado também na ótica do direito europeu dos contratos e de reconhecer a importância dos estudos dos investigadores académicos sobre o Quadro Comum de Referência (QCR)³⁶, de que se deveria tirar partido a nível prático e de apoiar uma solução que

privilegiasse uma opção mista que tivesse em conta as reduções dos custos e a certeza jurídica das soluções adotadas sob a forma de:

- uma “caixa de ferramentas” que serviria de Quadro Comum de Referência disponível para as partes com vista à elaboração de contratos transfronteiriços, acompanhada de

- um regulamento prevendo bases mais favoráveis para as partes mediante um regime opcional avançado ao qual recorrer, no âmbito das relações contratuais transfronteiriças, em alternativa às disposições nacionais³⁷,

- desde que quer a “caixa de ferramentas”, quer o regulamento estejam disponíveis em todas as línguas da UE e garantam certeza jurídica aos cidadãos e às empresas com base nos mecanismos de proteção mais avançados³⁸.

Este regime regulamentar não deveria obstar, contudo, a que os Estados-membros mantivessem ou introduzissem medidas mais estritas de defesa do consumidor.

No entanto, o Cese estabelecia algumas reservas importantes quanto ao futuro regime, que se iriam revelar proféticas.

Assim, o Cese considerava que a introdução de condições contratuais normalizadas poderia ser útil para todas as partes contratantes apenas desde que

- se previssem as máximas garantias para salvaguardar as partes mais fracas e se tomasse como ponto de partida na definição das cláusulas normalizadas o nível mais elevado possível de proteção;

- se assegurasse a participação ativa dos parceiros sociais e de todos os representantes da sociedade civil – em particular da organização dos consumidores e das PME – nas negociações para a criação de condições contratuais normalizadas;

- se garantisse que as condições contratuais fossem conformes à diretiva relativa às cláusulas abusivas e à diretiva que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transações comerciais e se aplicasse plenamente o Small Business Act;

- não se limitasse o acesso à justiça;

- se monitorizassem e revissem periodicamente as cláusulas contratuais típicas.

Contudo, o Cese adiantava ainda que, dada a novidade do sistema, conviria avançar gradualmente, começando pelo lançamento de um projeto-piloto de aplicação no âmbito comercial, circunscrito aos contratos transfronteiras de compra e venda de mercadorias B2B, operações-piloto indispensáveis para verificar a coexistência dos regimes e a sua aplicação concreta pelas partes

interessadas, e permitindo a realização efetiva de avaliações de impacto. Do seu âmbito seriam sempre excluídos os contratos de trabalho e a segurança social.

Reconhecia também o Cese a particular importância da uniformização de várias noções de direito substantivo, como as relativas a: pessoas coletivas, “consumidor” e “profissional”, cláusulas contratuais abusivas, obrigação de informação prévia relativa a bens e serviços, obrigação de fornecer informações aquando da celebração de um contrato com uma parte em situação desvantajosa, vias de recurso em caso de incumprimento das obrigações de informação, entrega, prazo da entrega, ligação com a transferência de riscos, prazos e modalidades para a avaliação de conformidade e hierarquia dos mecanismos de recurso em caso de não conformidade, situações de possível rescisão do contrato, notificação ao vendedor dos defeitos que foram ou deveriam ter sido detectados pelo comprador, direito de retratação: âmbito de aplicação; exercício do direito de retratação; períodos de reflexão e limites do prazo para o exercício do direito de retratação, responsabilidade objetiva, lucros cessantes e de prejuízos reais, responsabilidade dos produtores e ónus de prova.

A escolha do direito europeu comum da compra e venda é voluntária

O Cese sugeria ainda, em paralelo, o reforço da coerência do acervo comunitário no âmbito do direito dos contratos, a elaboração de cláusulas contratuais normalizadas aplicáveis em toda a União, e o exame da eventual necessidade de soluções específicas de âmbito setorial.

O Cese considerava que um regime opcional de direito europeu dos contratos deveria poder coexistir sempre com as normas contratuais nacionais, garantindo prazos e condições normalizadas, e com “opções” de recurso também ao “28º regime”.

Por outro lado, no entender do Cese, a inclusão no corpo da legislação europeia e das legislações nacionais de um novo regime opcional avançado, através de um regulamento da UE, deveria garantir a integridade, a simplicidade de aplicação e a certeza jurídica às partes contratantes que a ele recorram para transações transfronteiriças. Para o Cese era imprescindível salvaguardar uma maior coerência entre as regras horizontais e verticais, dando especial atenção à necessidade de transparência, clareza e simplicidade, não só para os profissionais forenses mas também e sobretudo para as pequenas empresas e os consumidores, as principais vítimas da complexidade e da opacidade das leis.

Para isso exortava a Comissão a lançar desde logo iniciativas de formação e de informação sobre os novos instrumentos jurídicos propostos, tanto em termos de doutrina como da sua prática jurídica, dirigidas a todos os profissionais forenses, ao mundo académico e aos seus utilizadores finais.

Finalmente o Cese recomendava à Comissão que procedesse de imediato a uma avaliação de impacto dos meios disponíveis no mercado único e a uma análise do valor acrescentado europeu relativamente aos custos e às vantagens deste novo sistema legislativo para operadores económicos e consumidores e, de qualquer maneira, antes de tornar este regime extensível a outros tipos de contratos de compra e venda designadamente com consumidores (B2C), procedesse a uma avaliação do seu impacto no mercado interno e examinasse o valor acrescentado obtido em termos de custos e de vantagens para os operadores económicos.

II. A proposta da comissão relativa a um direito comum europeu da compra e venda

A) A comunicação da Comissão: um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transações transfronteiras no mercado único (COM (2011) 636 final)

A Comissão pareceu não entender a valia destas recomendações e resolveu avançar para uma proposta de regulamento para o contrato de compra e venda em geral (B2B E B2C) (COM (2011) 635 final, de 11 de outubro de 2011).

Fez acompanhar esta proposta de uma comunicação explicativa da mesma data, na qual ressalta fundamentalmente as perspectivas e as vantagens da iniciativa para a realização do mercado único e a expansão do comércio transfronteiriço (COM (2011) 636 final, de 11 de outubro de 2011).

Aí se recorda que, apesar de “êxitos consideráveis” na realização do mercado interno, “subsistem ainda muitos obstáculos entre os Estados-membros da UE que impedem os cidadãos e as empresas de tirar pleno partido do mercado único e, mais concretamente, do comércio transfronteiras”. E se conclui que “muitos desses obstáculos decorrem das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais. Um dos principais obstáculos ao comércio transfronteiras reside nas diferenças entre os regimes de direito dos contratos dos 27 Estados-membros da EU”.

Depois de enumerar as principais dificuldades para os profissionais e para os consumidores decorrentes da existência de diferentes direitos dos contratos nos Estados-membros, a Comissão adianta ainda que, “pela sua natureza, as normas em matéria de conflitos de leis não podem eliminar as diferenças existentes entre regras de direito material dos contratos”, nem algumas medidas já adotadas para reduzir as diferenças entre as normas de direito são de molde a “abranger todo o ciclo de vida dos contratos e, portanto, não eliminam a necessidade de os profissionais terem em conta os regimes de direito dos contratos do seu país de destino”.

Assim, e em síntese, a Comissão concluiu pela necessidade de uma intervenção no nível da União Europeia que integraria a referida «caixa de ferramentas» desenvolvida pelo grupo de peritos no domínio do direito europeu dos contratos e pelo fórum de auscultação dos interessados antes mencionados, e seria apresentada sob a forma de um «segundo regime» de direito dos contratos “visando especificamente os contratos mais pertinentes para o comércio transfronteiras, em relação aos quais é mais premente encontrar uma solução para os obstáculos identificados”.

As suas principais características são as seguintes:

a) *Um regime de direito dos contratos comum a todos os Estados-membros*: o direito europeu comum da compra e venda será um «segundo regime» de direito dos contratos, idêntico em todos os Estados-membros, e será comum a toda a União Europeia.

b) *Um regime de caráter facultativo*: a escolha do direito europeu comum da compra e venda é voluntária. Em conformidade com o princípio da liberdade contratual, um profissional pode escolher propor a celebração de um contrato ao abrigo deste regime (o chamado sistema de adesão voluntária ou «opt-in») ou recorrer ao direito dos contratos nacional. Nem as empresas nem os consumidores serão alguma vez obrigados a celebrar um contrato com base no direito europeu comum da compra e venda.

c) *Um regime centrado nos «contratos de compra e venda»*: o direito europeu comum da compra e venda criará um conjunto completo e independente de normas aplicáveis às transações de compra e venda.

d) *Um regime limitado aos contratos transfronteiras*: o âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nas situações transfronteiras que podem dar origem a custos de transação adicionais e agravar a complexidade jurídica. O direito europeu comum da compra e venda destina-se, assim, aos casos em que a sua necessidade se faz sentir, não podendo ser utilizado como um substituto geral para o direito dos contratos

nacional em vigor. É deixado ao critério dos Estados-membros permitir uma aplicação mais vasta deste regime, optando por tornar o direito europeu comum da compra e venda disponível para ser aplicado a nível nacional, o que poderia reduzir ainda mais os custos de transação das empresas que operam no mercado único.

e) Um regime centrado nos contratos «B2C» e nos contratos «B2B» em que pelo menos uma das partes seja uma PME: o âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda centra-se nos aspectos que suscitem problemas concretos nas transações transfronteiras, ou seja, as relações entre empresas e consumidores e as relações entre empresas em que pelo menos uma das partes é uma PME.

f) Um conjunto de normas idênticas em matéria de defesa do consumidor: o regulamento estabelecerá para todos os domínios do direito dos contratos um nível idêntico de defesa do consumidor. Enquanto imperativo político e jurídico, esta harmonização deve ser efetuada com base num elevado nível de proteção do consumidor, criando um regime harmonizado que assegure a proteção e a segurança sempre que o consumidor aplicar o direito europeu comum da compra e venda.

g) Um conjunto global de normas de direito dos contratos: o direito europeu comum da compra e venda prevê normas que abrangem as questões de direito dos contratos com relevância prática durante o ciclo de vida de um contrato transfronteiras. Essas questões dizem respeito aos seguintes aspectos: direitos e obrigações das partes e meios de defesa em caso de incumprimento, deveres de informação pré-contratual, celebração do contrato, incluindo os requisitos formais, direito de retratação e suas consequências, anulação por motivo de erro, fraude ou exploração abusiva, interpretação, conteúdo e efeitos do contrato, avaliação e consequências das cláusulas abusivas, restituição após a anulação ou resolução e prescrição.

h) Um regime com uma dimensão internacional: a proposta tem também uma vocação internacional, na medida em que, para ser aplicável, basta que apenas uma das partes esteja estabelecida num Estado-membro da UE. Os profissionais poderão aplicar o mesmo conjunto de cláusulas contratuais quando fizerem negócios com outros profissionais estabelecidos dentro ou fora da UE. Se as empresas de países terceiros estiverem dispostas a vender os seus produtos no mercado interno com base no direito europeu comum da compra e venda, os consumidores europeus beneficiarão de uma maior variedade de produtos, com a garantia de um elevado nível de proteção conferido pelas novas normas comuns. Esta vocação internacional permitirá

ao direito europeu comum da compra e venda estabelecer as normas a seguir no âmbito das transações internacionais no domínio dos contratos de compra e venda.

Com esta iniciativa, cujas vantagens recíprocas para os profissionais e os consumidores a comunicação não deixa de enumerar, entendia a Comissão resolver os problemas criados aos consumidores e aos profissionais pelas diferenças existentes em termos de direito dos contratos, da forma mais respeitadora dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, quando comparada com as outras soluções possíveis.

Com efeito, para a Comissão, um direito europeu comum da compra e venda, de carácter facultativo, seria mais eficaz do que a adoção de normas não vinculativas, como uma simples «caixa de ferramentas» (a qual, enquanto instrumento não vinculativo, não poderia proporcionar aos profissionais ou aos consumidores segurança jurídica para as suas transações), na medida em que criaria um conjunto único e uniforme de normas de direito dos contratos diretamente disponíveis para as empresas e os consumidores. Além disso, o fato de, embora sendo facultativo, constituir um conjunto de normas idênticas, aplicável unicamente nos casos transfronteiras, significa que pode ajudar a reduzir os obstáculos ao comércio transfronteiras, não interferindo com os sistemas e tradições jurídicas nacionais bem enraizados. Concretamente, permitiria aos Estados-membros manterem os seus diferentes níveis de proteção dos consumidores já previstos no direito nacional dos contratos, em conformidade com o acervo da UE.

O direito europeu comum da compra e venda tem um carácter facultativo, acrescendo às disposições dos direitos contratuais nacionais preexistentes e não as substituindo. Consequentemente, a presente medida legislativa só vai até onde é estritamente necessário para criar novas oportunidades para as empresas e os consumidores no mercado único. Além disso, existem mais possibilidades de se chegar a acordo quanto a um conjunto de normas idênticas, assentes num nível elevado de proteção, como o previsto no direito europeu comum da compra e venda, precisamente devido à natureza voluntária do regime. Uma empresa pode optar por aplicar este regime porque pretende se beneficiar do elevado nível de proteção por ele previsto, mas não é, de forma alguma, obrigada a fazê-lo.

Reconhecia
também o Cese
a particular
importância da
uniformização de
várias noções
de direito
substantivo

Por fim, a Comissão previa medidas de acompanhamento a fim de assegurar a aplicação efetiva e a interpretação uniforme do direito europeu comum da compra e venda, de que se destacava a elaboração de um «modelo europeu de cláusulas contratuais» para domínios especializados de comércio ou setores de atividade no prazo de três meses a contar da data de entrada em vigor do direito europeu comum, criando para o efeito um grupo de peritos representativo dos interesses dos utilizadores do direito europeu comum da compra e venda.

Previa-se ainda a criação de uma base de dados, acessível ao público, contendo as sentenças judiciais nacionais e europeias pertinentes para a interpretação das disposições do direito europeu comum da compra e venda, sendo os Estados-membros convidados a notificar sem demora essas sentenças à Comissão.

Finalmente e a fim de facilitar uma interpretação comum das disposições do direito europeu comum da compra e venda, a Comissão propunha-se organizar sessões de formação destinadas aos profissionais da justiça que apliquem o direito europeu comum da compra e venda.

B) O quadro geral da Proposta de Regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635 final)

A proposta de regulamento que acompanhava a comunicação procurou traduzir em termos jurídicos o regime anunciado. Não o fez, no entanto, da melhor maneira, nem da forma mais convincente, embora, numa extensa exposição de motivos, tivesse procurado detalhadamente justificar o seu teor e os seus objetivos.

Para tal contribuiu muito o ter-se centrado fundamentalmente no objetivo geral de melhorar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, promovendo a expansão do comércio transfronteiriço para as empresas, enfatizando os benefícios para os profissionais que veriam reduzidos os custos de transação suplementares decorrentes do direito dos contratos e poderiam exercer a sua atividade num quadro jurídico menos complexo para o comércio transfronteiriço e com base num único conjunto de normas aplicáveis em toda a União, deste modo tirando mais partido do mercado interno, expandindo a sua atividade além-fronteiras e contribuindo para o aumento da concorrência.

Com isso a Comissão subvalorizou os aspectos da proteção dos consumidores bem como facilitou as compras transfronteiriças por parte

dos consumidores, embora evidenciasse que passariam a ter um maior acesso a ofertas de toda a União, a preços mais baixos, deparando-se com menos recusas de venda mas sem conseguir convencer que a proposta era coerente com o objetivo de alcançar um elevado nível de proteção do consumidor, nem que o nível de proteção dessas normas imperativas era igual ou superior ao previsto no acervo atualmente em vigor.

Para esta impressão geral contribuiu ainda decisivamente o fato de a Comissão ter escolhido como base jurídica apenas o artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), omitindo qualquer referência ao seu artigo 169º.

A proposta prevê assim a criação de um direito europeu comum da compra e venda. Este direito comum harmoniza os direitos dos contratos nacionais dos Estados-membros, não implicando, no entanto, alterações ao direito dos contratos nacional preexistente, mas criando dentro do direito nacional de cada Estado-membro um segundo regime jurídico para os contratos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, idêntico em toda a União Europeia e que vigora paralelamente às normas preexistentes em matéria de direito dos contratos a nível nacional.

O regime instituído será aplicável numa base voluntária aos contratos transfronteiriços, mediante o acordo expresso das partes.

Esse acordo não representa uma escolha da lei aplicável na aceção das normas de direito internacional privado e não deve ser confundido com esta. A escolha far-se-á, sim, no âmbito do direito nacional aplicável em conformidade com as normas de direito internacional privado.

O instrumento escolhido para a presente iniciativa foi o regulamento. Para a Comissão, um instrumento não vinculativo, como uma «caixa de ferramentas» para o legislador da UE ou uma recomendação dirigida aos Estados-membros, não permitiria cumprir o objetivo de melhorar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. Uma diretiva que substituísse as legislações nacionais por um direito europeu dos contratos de natureza vinculativa seria uma medida exagerada, na medida em que obrigaria os profissionais nacionais que não quisessem operar além-fronteiras a suportar custos que não são contrabalançados pela redução de custos que só é possível nas transações transfronteiriças. Além disso, uma diretiva que estabelecesse normas mínimas de um direito europeu dos contratos de natureza vinculativa não seria adequada por não permitir alcançar o nível de segurança jurídica nem o grau necessário de uniformidade para reduzir os custos de transação.

C) Estrutura da proposta

A proposta é composta por três partes principais: o Regulamento, o Anexo I, que contém as normas de direito contratual (o direito europeu comum da compra e venda), e o Anexo II, que contém a ficha informativa.

I. Regulamento

O artigo 1º define a finalidade e o objeto do regulamento.

O artigo 2º contém uma lista de definições dos termos utilizados no regulamento. Algumas delas já existem no acervo relativo a esta matéria, outras são conceitos definidos pela primeira vez.

O artigo 3º explica o carácter facultativo das normas de direito dos contratos aplicáveis aos contratos transfronteiriços de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais ou prestação de serviços conexos.

O artigo 4º estabelece o âmbito territorial do regulamento, que se limita aos contratos transfronteiriços.

O artigo 5º estabelece o âmbito de aplicação material dos contratos de compra e venda de bens ou de fornecimento de conteúdos digitais e serviços conexos, como a instalação e a reparação.

O artigo 6º exclui os contratos mistos e as vendas a prestações do seu âmbito de aplicação.

O artigo 7º descreve o âmbito de aplicação pessoal, que se estende aos contratos entre empresas e consumidores e a determinados contratos entre empresas. O âmbito de aplicação é limitado aos contratos em que pelo menos uma das partes seja uma PME.

O artigo 8º explica que a escolha do direito europeu comum da compra e venda exige um acordo entre as partes para o efeito. Nos contratos entre empresas e consumidores, a escolha do direito europeu comum da compra e venda só é válida se o consentimento do consumidor for dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato.

O artigo 9º prevê várias exigências de informação quanto ao direito europeu comum da compra e venda aplicável aos contratos entre profissionais e consumidores. Em particular, os consumidores devem receber a ficha informativa constante do anexo II.

O artigo 10º requer que os Estados-membros assegurem que estão previstas sanções para as violações pelos profissionais do dever de respeitar os requisitos especiais previstos pelos artigos 8º e 9º.

O artigo 11º explica que, em consequência da escolha válida do direito europeu comum da compra e venda, este será o único aplicável às questões por ele reguladas e que, por conseguinte, as outras normas nacionais não serão aplicáveis às questões abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. A escolha do direito europeu comum tem efeitos retroativos, de modo a abranger o cumprimento e os meios de defesa em caso de incumprimento dos deveres de informação pré-contratual.

O artigo 12º clarifica que o regulamento não prejudica os requisitos de informação previstos na Diretiva 2006/123/CE, relativa aos serviços no mercado interno.

O artigo 13º possibilita que os Estados-membros adotem legislação tornando o direito europeu comum da compra e venda disponível para aplicação pelas partes num contexto inteiramente nacional ou nos contratos celebrados entre profissionais quando nenhum destes seja uma PME.

O artigo 14º exige aos Estados-membros que notifiquem as sentenças transitadas em julgado dos respectivos tribunais que interpretem as disposições do direito europeu comum da compra e venda ou quaisquer outras disposições do regulamento. A Comissão criará uma base de dados com essas sentenças.

O artigo 15º contém uma cláusula de revisão.

O artigo 16º prevê que o regulamento entre em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no jornal oficial da União Europeia.

II. Anexo I

O anexo I contém o texto do direito europeu comum da compra e venda.

A *Parte I*, «Disposições introdutórias», estabelece os princípios gerais de direito dos contratos que devem ser observados por todas as partes entre si, como a boa-fé contratual.

O princípio da liberdade contratual garante também às partes, salvo no caso das normas expressamente qualificadas de imperativas, nomeadamente as normas de proteção do consumidor, a possibilidade de se afastarem do disposto no direito europeu comum da compra e venda.

A *Parte II*, «Celebração de um contrato vinculativo», contém disposições sobre o direito das partes de receberem informações pré-contratuais essenciais, assim como normas sobre a celebração de acordos entre duas partes. Esta parte contém igualmente normas específicas que atribuem aos consumidores o direito de retratação em contratos celebrados à distância

ou fora do estabelecimento comercial. Por último, inclui disposições sobre a anulação de contratos resultante de erro, dolo, coação ou exploração abusiva.

A *Parte III*, «Avaliação do conteúdo do contrato», estabelece normas gerais sobre a interpretação das cláusulas contratuais em caso de dúvida. Contém também normas sobre o conteúdo e os efeitos dos contratos, bem como sobre as cláusulas contratuais que podem ser consideradas abusivas e, conseqüentemente, inválidas.

A *Parte IV*, «Obrigações e meios de defesa das partes num contrato de compra e venda», prevê normas específicas dos contratos de compra e venda e dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais, que determinam as obrigações do vendedor e do comprador. Esta parte inclui ainda normas sobre os meios de defesa em caso de incumprimento, quer por parte do comprador, quer por parte do vendedor.

A *Parte V*, «Obrigações e meios de defesa das partes nos contratos de prestação de serviços conexos», diz respeito aos casos em que o vendedor presta, em relação estreita com um contrato de compra e venda ou de fornecimento de conteúdos digitais, determinados serviços, designadamente de instalação, reparação ou manutenção. Esta parte explica quais as normas específicas aplicáveis nestes casos, nomeadamente quais os direitos e obrigações das partes decorrentes destes contratos.

A *Parte VI*, «Indenização e juros», prevê normas comuns suplementares sobre a indenização de prejuízos e os juros de mora devidos por atrasos no pagamento.

A *Parte VII*, «Restituição», enuncia as normas aplicáveis sobre o que deve ser restituído na sequência da anulação ou da resolução do contrato.

A *Parte VIII*, «Prescrição», regulamenta os efeitos da passagem do tempo sobre o exercício de direitos ao abrigo de um contrato.

O *Apêndice 1* contém o modelo de instruções relativas à retratação que o profissional deve fornecer ao consumidor antes de celebrar um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial.

O *Apêndice 2* contém o modelo de formulário de retratação.

III. Anexo II

O *Anexo II* inclui a ficha informativa sobre o direito europeu comum da compra e venda, que deve ser entregue pelo profissional ao consumidor antes de este manifestar o seu acordo quanto à aplicação desse direito.

III. Principais dificuldades e objeções à proposta

Como referido antes, a proposta encontrou uma forte oposição por parte de uma generalidade de organizações de consumidores, com o BEUC à cabeça, mas também por parte das organizações representante de certos setores das PME, designadamente a UAPME, e ainda de importantes representantes das empresas e dos profissionais, ainda que não sempre pelas mesmas razões.

Estas diferentes concepções encontraram eco no seio do Cese, onde a elaboração e adoção do respectivo parecer foi particularmente disputada até à plenária que o aprovou, após votação renhida de algumas das numerosas emendas que sofreu³⁹.

Importa recordar que tinha acabado de ser aprovada a diretiva dita dos “Direitos dos Consumidores” após acerba polémica e conturbada gestação⁴⁰, a qual, apesar da contestação quase generalizada, havia acabado por harmonizar plenamente alguns elementos-chave relativos a aspectos importantes dos direitos dos consumidores como os relativos aos contratos à distância, as informações pré-contratuais, os requisitos formais, o direito de retratação, a transferência do risco e a entrega, mas deixando sem alteração e portanto sujeitas a harmonização mínima as diretivas relativas às garantias jurídicas e às cláusulas contratuais abusivas.

Por seu turno, parece claro que os artigos 12º, 38º, 164º, 168º e 169º, n. 4, do tratado garantem a prevalência de medidas nacionais com base no argumento de que são mais vantajosas para os consumidores.

Acresce que os dados existentes revelam que mais do que as diferenças nas legislações nacionais são outros os obstáculos que as empresas e os consumidores enfrentam e que têm refreado o desenvolvimento do comércio eletrónico e transfronteiriço. Destacam-se, nomeadamente, as diferenças entre regimes fiscais, os requisitos administrativos, as dificuldades de entrega, as diferenças linguísticas e culturais, os requisitos em termos de proteção dos dados, o design, as limitações territoriais da propriedade intelectual e as modalidades de pagamento, além das diferenças em matéria de quadro jurídico.

Dados da própria Comissão com base noutros estudos revelam que nas transações entre empresas e consumidores um dos principais obstáculos a que os consumidores comprem no estrangeiro é a ausência de vias de recurso efetivas. 62% dos consumidores não efetuam transações transfronteiras em linha devido ao receio de fraude, 59% não sabem o que fazer em caso de problema, 49% têm receios quanto à entrega e 44% não estavam cientes dos seus direitos enquanto consumidores.

Ou seja, a proposta da Comissão não só se revelava demasiado ambiciosa como aparentemente não correspondia às necessidades e às prioridades dos “stakeholders”, parecendo evidente que o fato da adoção do direito europeu comum da compra e venda não seria suficiente para assegurar a extensão do comércio transfronteiriço, nem para explorar plenamente o potencial de crescimento económico e de criação de emprego do mercado único.

Refletindo estas preocupações o Cese foi de entendimento que a proposta de regulamento devia ser objeto de melhoramentos consideráveis, tendo em vista, nomeadamente:

- facilitar as transações em toda a UE, apoiar substancialmente as atividades económicas no âmbito do mercado único e explorar melhor as potencialidades que este encerra,
- proporcionar um valor acrescentado real em termos de custos e vantagens para os operadores económicos e os consumidores,
- oferecer vantagens substanciais em termos de «Legislar melhor» e criar um quadro normativo mais simples, claro e fácil de utilizar,
- reduzir os custos das transações transfronteiriças,
- garantir segurança jurídica e maior coerência entre as regulamentações horizontais e verticais, conferindo atenção especial às exigências em matéria de transparência, clareza e simplicidade. Tal beneficiaria não só os profissionais jurídicos, mas também as empresas pequenas e os consumidores,
- contribuir para que, em termos práticos, os consumidores possam efetivamente beneficiar da nova regulamentação.

Com efeito, do ponto de vista do seu conteúdo a proposta apresentava um conjunto global e complexo de normas de direito dos contratos (183 artigos), mas ainda assim incompleto. Algumas questões importantes continuarão a ser regidas pelas normas de direito nacional aplicáveis nos termos do Regulamento 593/2008 (Roma I) como sejam, designadamente, as relativas à personalidade jurídica, à nulidade do contrato resultante de incapacidade jurídica, ilegalidade ou imoralidade, à determinação da língua do contrato, à prevenção da discriminação, à representação, à pluralidade de devedores e de credores, à alteração das partes, incluindo a cessão, a compensação e a fusão/concentração, aos direitos reais, incluindo a transferência da propriedade, à propriedade intelectual, bem como à responsabilidade civil, o que não contribui para a desejável certeza jurídica.

Para as organizações representativas das PME em particular, é indispensável alcançar um maior equilíbrio entre os direitos e as obrigações

das partes contratantes nas relações «B2C», salientando que importa proceder a algumas clarificações e simplificações, designadamente nos aspectos relativos a:

– Artigo 23º, n. 1 (o dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos é demasiado vago);

– Artigo 29º (as sanções são demasiado vastas e incertas);

– Artigo 39º (devem prevalecer as cláusulas da parte da oferta);

– Artigo 42º, n. 1, alínea a) (prazo de retratação) (devem ser aplicadas as disposições da Diretiva Direitos do Consumidor);

– Artigo 51º (necessidades urgentes, o fato de ser «imprevidente», «ignorante» ou «inexperiente» não deve ser uma justificação – o dever de «boa fé contratual» abrange estas situações previstas neste artigo);

– Artigo 72º (em processos de negociação longos, as partes devem poder chegar a acordo sobre um contrato, sob pena de as PME's serem confrontadas com demasiados encargos administrativos e de se gerar custos e perda de tempo);

– Artigo 78º, n. 1 (importa clarificar que o consentimento da outra parte deve ser solicitado caso seja conferido um direito a um terceiro);

– No que respeita ao artigo 78º, n. 4, nomeadamente à possibilidade de um terceiro renunciar ao direito conferido, há que suprimir a expressão «aceite tacitamente» por constituir uma fonte de incerteza);

– Artigo 97º (há que equilibrar as obrigações que impendem sobre as partes);

– Artigo 130º, n.ºs 3 e 5 (está omissa a questão da responsabilidade do comprador que tem a guarda do bem);

– Artigo 142º, n. 4 (aditar «primeiro» transportador);

– Artigo 159º, n. 1 (são necessários mais esclarecimentos).

De um modo geral os representantes das PME's foram de entendimento que a proposta não era suficientemente favorável às PME's, que pressupõe o recurso a dispendiosos serviços de assistência e de consulta jurídica, não aplicando devidamente o princípio «Think Small First» e o princípio da proporcionalidade, representando um aumento da carga administrativa e de despesas desnecessárias.

Pela sua natureza,
as normas em
matéria de conflitos
de leis não
podem eliminar
as diferenças
existentes entre
regras de direito
material dos
contratos

Por seu lado, os representantes dos consumidores também identificaram toda uma série de preceitos a necessitar de profunda revisão, de que se destacam:

- artigo 5º (determinação objetiva do carácter razoável),
- artigo 13º, n. 1 (significado exato da expressão «de forma clara e compreensível»),
- artigo 13º, n. 3, alínea *a*) (significado exato da expressão «uma forma adequada»),
- artigo 13º, n. 4, alínea *c*) (ausência de definição da expressão «suporte duradouro»),
- artigo 19º, n. 5 (ausência de definição da expressão «prazo razoável»),
- artigo 20º, n. 2 (significado exato da expressão «transações quotidianas»),
- artigo 28º, n. 1 (significado exato da expressão «diligência razoável»),
- artigo 30º, n. 1, alínea *c*) (ausência de definição da expressão «conteúdo e a segurança jurídica suficientes»),
- artigo 42º, n. 2 (a sanção pela não prestação de informação deveria conduzir à nulidade e à anulabilidade do contrato),
- artigo 45º (em caso algum deve o consumidor suportar os custos da devolução dos bens),
- artigo 52º, n. 2 [os prazos deveriam ser, no mínimo, de um ano para as situações previstas na alínea *a*) e de dois anos para os casos previstos na alínea *b*)],
- artigo 53º (em caso algum deve haver confirmação tácita),
- artigo 71º (necessidade de clarificar a redação),
- artigo 74º (esclarecer o significado de «pouco razoável»),
- artigo 79º, n. 1 (a natureza do vício que conduz ao efeito «não vinculativo» não é definida),
- artigo 79º, n. 2 (a diretiva não estabelece a distinção entre elementos essenciais e não essenciais de um contrato),
- artigo 82º [a diretiva é omissa quanto às regras relativas à comunicação de cláusulas, às obrigações de informação e às regras que devem ser automaticamente excluídas dos contratos independentemente do seu conteúdo, pelo fato de serem contra as regras de «bona fidei» (boa-fé)],
- artigo 84º (a lista «negra» das cláusulas abusivas é demasiado curta e não está em conformidade com a legislação nacional mais avançada),
- artigo 85º [o mesmo é válido para a lista de cláusulas consideradas abusivas (a chamada «lista cinzenta»)],
- artigo 99º, n. 3 (disposição completamente inaceitável),

- artigo 105º, n. 2 (o prazo deveria ser, no mínimo, de dois anos),
- artigo 142º (o significado jurídico e a natureza de «posse física dos bens» não é equivalente às diferentes traduções nas várias línguas, de acordo com os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais),
- artigo 142º, n. 2 (significado de «controlo dos conteúdos digitais»),
- artigo 167º, n. 2 (dever-se-ia excluir a possibilidade de antecipação da notificação),
- artigos 179º e 180º (necessidade de clarificar a redação).

Estas observações na especialidade acompanhavam uma reivindicação de base no sentido de verem os contratos «B2C» excluídos do direito europeu comum da compra e venda, por temerem que o nível geral da sua proteção venha a resultar reduzido em relação ao artigo 169º, n. 4, do tratado.

O Cese já salientara anteriormente a importância de garantir «certeza jurídica aos cidadãos e às empresas com base nos mecanismos de proteção mais avançados», não obstante, contudo, «a que nenhum Estado-membro mantenha ou introduza medidas de defesa do consumidor mais severas» e pugnando «por um mercado único que seja um instrumento ao serviço do cidadão-consumidor». E igualmente já sublinhara que «esses objetivos devem ser alcançados gradualmente, começando por contratos transfronteiriços de compra e venda de mercadorias (B2B – Business to Business), concebidos como operações-piloto, para verificar a coexistência dos regimes e a sua aplicação na prática».

Por isso o Cese recomendou a subdivisão do direito europeu comum da compra e venda em dois documentos, um que regulamentasse os contratos «B2B» e outro respeitante aos contratos «B2C», e a fixação de um prazo claro de implementação para cada um deles, permitindo ao legislador decidir mais facilmente que instrumento legislativo adotar para cada conjunto de regras, tendo em conta o poder de negociação das partes.

O Cese apelou à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento para que tivessem em conta estes aspectos quando da criação de um direito europeu comum da compra e venda e para que prossigam o diálogo com os representantes das organizações de PME e de consumidores de modo a assegurar que este direito se oriente mais para os novos beneficiários. Para o Cese é extremamente importante que a nova regulamentação se revista de um caráter facultativo e que assegure o pleno respeito da liberdade de negociação no que se refere à aceitação do direito europeu comum da compra e venda.

Neste sentido o Cese considerou que para fazer face às principais dificuldades identificadas para a aplicação do direito europeu comum da compra e venda seria imprescindível:

- a clarificação da inter-relação entre o instrumento opcional e o direito privado internacional europeu, incluindo as normas nacionais de aplicação imediata e as regras relativas à ordem pública (artigos 9º e 21º respectivamente do Regulamento 593/2008),

- a clarificação explícita do papel do Regulamento Roma I em caso de contratos «B2C», tendo em conta os recentes acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia com orientações a este respeito,

- uma maior garantia da segurança jurídica e um conjunto de normas de direito dos contratos que não remeta para os diferentes ordenamentos jurídicos dos 27 Estados-membros e não suscite problemas de interpretação nem de aplicação.

E definiu como objetivos políticos para a adoção deste regime que no mesmo fossem introduzidos melhoramentos consideráveis, tendo em vista, nomeadamente:

- facilitar as transações em toda a UE, apoiar substancialmente as atividades económicas no âmbito do mercado único e explorar melhor as potencialidades que este encerra;

- proporcionar um valor acrescentado real em termos de custos e vantagens para os operadores económicos e os consumidores;

- oferecer vantagens substanciais em termos de «Legislar melhor» e criar um quadro normativo mais simples, claro e fácil de utilizar;

- reduzir os custos das transações transfronteiriças;

- garantir segurança jurídica e maior coerência entre as regulamentações horizontais e verticais;

- contribuir para que, em termos práticos, os consumidores possam efetivamente beneficiar da nova regulamentação.

Todavia, chamou ainda a atenção para a importância de desenvolver medidas complementares para assegurar o conhecimento do novo regime pelas partes sujeitas a eventual aplicação do direito europeu comum da compra e venda caso este seja adotado, bem como para as formas de assegurar a aplicação eficaz e a interpretação uniforme deste direito. Os Estados-membros, por intermédio do Sistema de Informação do Mercado Interno (IMI) e dos outros canais de informação, devem assegurar a informação de todas as partes interessadas sobre o vasto conteúdo do direito europeu comum da compra e venda, bem como sobre as diferenças existentes entre as

legislações nacionais e europeias, incluindo o aspecto da jurisprudência e das boas práticas existentes.

Na atual conjuntura será imprescindível que a implementação do novo regime seja completada com ações de apoio no âmbito do plano de formação organizado pela Comissão para os representantes das organizações de profissionais, de PME e de consumidores – a quem cabe a tarefa de informar os respectivos membros sobre o direito europeu comum da compra e venda – incluindo medidas de apoio que lhes permitam disponibilizar consultas gratuitas sobre a aplicação do regulamento.

Um aspecto de enorme relevância para uma eficaz aplicação do novo regime mereceu uma particular atenção do Cese e uma viva recomendação. Trata-se da imprescindibilidade de fazer acompanhar a publicação do regulamento de um modelo europeu de cláusulas contratuais que:

- esteja disponível em simultâneo com a publicação e a entrada em vigor do novo regime do direito europeu comum da compra e venda,
- seja especializado em determinados domínios de comércio ou setores de atividade,
- preveja cláusulas e condições normalizadas abrangentes, que valorizem o acervo, a fim de assegurar um elevado nível de defesa do consumidor nos contratos celebrados entre empresas e consumidores e a liberdade contratual nos contratos celebrados entre empresas, bem como a aplicação plena do «Small Business Act»,
- esteja disponível em todas as línguas oficiais,
- seja monitorizado e analisado regularmente com o intuito de melhorar o seu conteúdo, com base nas boas práticas, bem como na doutrina e prática judiciais.

Na elaboração deste modelo europeu de contrato de compra e venda, afigura-se indispensável a participação e cooperação das organizações de PME e de consumidores, bem como dos restantes stakeholders em geral.

IV. O “iter” legislativo

A) No Parlamento Europeu

A proposta da Comissão pendente agora para 1ª leitura no Parlamento Europeu. Nomeados que foram os relatores da Comissão IURI⁴¹ a 1º de março do corrente ano e identicamente designados os correlatores da Comissão IMCO⁴², foi apresentado um *1º Projeto de Relatório*⁴³ já com 205 propostas

de alteração a que já se somaram mais 326 num total, até ao presente, de 531 propostas de alteração⁴⁴.

Da exposição de motivos que acompanha este projeto destaca-se, por particularmente relevante no que se refere à estrutura da proposta, a fusão do regulamento com o anexo, de forma a obter um instrumento consolidado e integrado.

Quanto ao âmbito de aplicação, os relatores opinam que o regulamento se deva aplicar apenas às transações eletrónicas ou à distância, ou seja, aos chamados “contratos à distância”, conceito já definido na nomenclatura do acervo (Diretiva Vendas à Distância, Diretiva Comercialização de Serviços Financeiros à Distância, Diretiva Direitos dos Consumidores).

No que se refere à natureza jurídica do novo regime opcional e à sua relação com o Regulamento Roma I, os relatores entendem tornar absolutamente claro que o acordo para a utilização do direito europeu da compra e venda não deve ser confundido com uma escolha entre dois ordenamentos jurídicos diferentes, mas de uma “escolha entre dois regimes diferentes de um mesmo ordenamento jurídico nacional”.

Relativamente aos meios de defesa dos consumidores, os relatores consideram que o novo regime proporciona um muito elevado nível de proteção dos consumidores que vai além do acervo e, nomeadamente, da Diretiva Bens de Consumo e que corresponde quase inteiramente ou vai mesmo além da legislação nacional.

No entanto, entendem que é necessário assegurar um melhor equilíbrio no que diz respeito à liberdade de escolha dos meios de defesa, tendo em conta a ausência de sanção por parte do vendedor, a ausência de um requisito de notificação da resolução dentro de um certo prazo e o princípio geral da ausência de pagamento pela utilização.

Para este efeito propõem três soluções alternativas:

- ou introduzir um prazo de seis meses após o risco transferido para o comprador, e após cuja expiração o comprador deveria aceitar a sanção;
- ou ser introduzido um requisito de que o consumidor notifique a resolução dentro de um prazo razoável após ter constatado pela primeira vez o incumprimento; daí em diante, o direito de resolução seria perdido e o consumidor deveria ter acesso a outros direitos, menos amplos, como a substituição ou a reparação;
- ou introduzir a obrigação de o consumidor pagar pela utilização nos casos em que resolver o contrato (por oposição aos casos de anulação); segundo esta opção, o consumidor ainda teria a liberdade de escolha entre meios de

defesa, mas o vendedor deveria poder exigir o pagamento pela utilização dos bens se o comprador decidisse resolver o contrato em vez de evocar os seus menos amplos direitos, isto é, substituição ou reparação.

Quanto ao conteúdo digital, os relatores propõem, em particular, uma solução para casos em que este não seja pago com dinheiro, mas e.g. com dados pessoais. A proteção do comprador deve ser alargada nesses casos, pois este deve dispor todo um conjunto de meios de defesa (exceto a redução de preço, já que não pagou com dinheiro).

No que toca à prescrição, os relatores propõem um prazo de seis anos, que consideram adequado à luz dos longos prazos de prescrição existentes nos Estados-membros.

Adicionalmente os relatores propõem um certo número de disposições destinadas a reforçar as medidas de acompanhamento no articulado do texto no que se refere em especial à base de dados sobre sentenças, à ligação com a resolução alternativa de litígios e à elaboração de um contrato-modelo normalizado a nível do conjunto da UE.

Concluindo, os relatores consideram que a proposta da Comissão é uma iniciativa inovadora de grande importância para os consumidores e empresas no mercado interno, em especial na era digital, e oferece uma oportunidade que não se deve perder.

No entanto, a discussão está a dar ainda os primeiros passos e a quantidade e a natureza das emendas já apresentadas vão muito fundo na concepção mesma da proposta para ser legítimo duvidar da probabilidade da sua adoção, pelo menos durante a presente legislatura.

B) Nos parlamentos nacionais

Ao nível dos Estados-membros, do lado do Conselho, a opacidade que timbra as suas posições não permite até agora saber qual a sua orientação.

São, no entanto, conhecidas algumas posições assumidas por vários parlamentos nacionais, comunicadas ao PE, e elas não auguram um resultado positivo no sentido da adoção da proposta.

Com efeito, entre as mais relevantes destacam-se as dos pareceres fundamentados do Senado Belga⁴⁵, do Bundestag da RFA⁴⁶, da Câmara dos Comuns do Reino Unido⁴⁷ e do Bundesrat da Áustria⁴⁸, os quais todos se pronunciaram no sentido de que a proposta viola o princípio da subsidiariedade e não é, assim, aceitável.

Com efeito, a *Câmara dos Comuns do Reino Unido* mostra-se particularmente crítica em termos da subsidiariedade e da necessidade

da presente proposta, destacando designadamente que a Comissão não apresentou *“nenhuma prova convincente que sustente a sua posição de que o novo instrumento do direito dos contratos da UE permitirá alcançar o objetivo de promover a expansão do comércio transfronteiriço”* para além de se revestir de elevado nível de complexidade jurídica totalmente contrário aos interesses dos consumidores e das empresas. Citando, entre outros, estudo da *Consumer Focus*, a Câmara conclui que *“os consumidores e as empresas que participam no comércio transfronteiriço enfrentam outros obstáculos bem mais importantes do que a variabilidade do direito dos contratos”*.

Adianta ainda que a proposta não garante mínimos de segurança jurídica na sua aplicação por não conter qualquer mecanismo que assegure a sua interpretação uniforme em toda a UE. Finalmente a Câmara dos Comuns exprime o seu receio de que *“a introdução de um direito europeu dos contratos facultativo gere confusão nos consumidores, os quais se veriam confrontados com uma situação em que diferentes normas se aplicariam aos mesmos produtos, consoante a quem os comprassem e a localização do fornecedor não lhes garantindo um elevado nível de proteção”*.

Identicamente o *Bundesrat austríaco* também se pronuncia pelo não respeito do princípio da subsidiariedade, destacando-se do seu parecer que *“os diferentes sistemas de regulamentação paralelos não conduzem ao grau de segurança jurídica que é garantido pelo legislador austríaco no direito privado austríaco desde a criação do ABGB (Código Civil), ou seja, exatamente há 200 anos. A ameaça de insegurança jurídica que representa o direito europeu da compra e venda assenta, por um lado, no âmbito limitado da regulamentação, que deixa por regular determinadas questões de uma relação jurídica. No futuro, os profissionais da justiça ver-se-iam confrontados, não só com dois ordenamentos jurídicos, o da outra parte contratante e o seu próprio, mas ainda com um terceiro. Esta tríade faria temer substanciais distorções e contradições na interface entre o direito nacional e o direito europeu da compra e venda (...) Por outro lado, o conjunto de regras contém também inúmeros termos indeterminados, que devem ser interpretados de forma autónoma e, em última instância, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O valor acrescentado para o utilizador da justiça que se pode esperar da proposta de um direito opcional da compra e venda seria também, provavelmente, muito baixo. Pelo contrário, a referida insegurança jurídica faz temer um aumento dos custos das transações.”*

Embora na proposta não esteja em causa um conjunto de regras imperativas, para o *Bundesrat* *“aquela acaba por pressupor a escolha das*

partes contratantes a favor deste direito da compra opcional e é de recear que o consumidor ou PME em posição de inferioridade, ao qual o direito dos contratos é igualmente aplicável, no caso de concluir um contrato com uma grande empresa, não disponha de nenhuma possibilidade de influenciar a escolha”.

Por fim o Bundesrat afirma que “*não são os ordenamentos jurídicos diferentes, mas sim problemas efetivos e práticos, como as barreiras linguísticas tantas vezes existentes, o receio de fraudes, problemas de distribuição ou problemas efetivos no caso de um defeito de um produto fornecido, que impedem os consumidores de desenvolverem as suas atividades a nível transfronteiriço. Mas também para as empresas não são tanto as diferenças de ordenamento jurídico que constituem uma barreira para uma actividade transfronteiras; são sobretudo as considerações económicas gerais que desempenham o papel decisivo.*”

Em suma, para o Bundesrat, “*o prejuízo potencial macroeconómico que a proposta poderia suscitar devido a uma maior complexidade jurídica teria de ser do mesmo modo quantificado pela Comissão, a fim de tornar credível a análise de impacto. Só então esta representaria uma base útil para avaliação da conformidade da proposta com o princípio da subsidiariedade.*”

Opinião ainda mais vigorosa sustenta o Bundestag alemão, que refere, sem ambiguidades, que “*a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda (COM (2011) 635; Doc. do Conselho n. 15429/11) não é compatível com o princípio da subsidiariedade*”, porquanto, “*baseando-se a Comissão no art. 114º, n. 1, segunda frase, do TFUE, relativo à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, de acordo com o objeto e o conteúdo do regulamento, com a introdução de um direito europeu comum da compra e venda, o que não se pretende nem é possível alcançar é, precisamente, tal aproximação*”⁴⁹.

Mas o Bundestag duvida ainda que o regulamento seja compatível com o princípio da subsidiariedade num sentido estrito, bem como com o princípio da proporcionalidade, e demonstra-o pelas seguintes razões:

“*a) Nos termos do artigo 5º, n. 3, do TUE, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos*

O direito europeu comum da compra e venda criará um conjunto completo e independente de normas aplicáveis às transações de compra e venda

Estados-Membros, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser melhor alcançados a nível da União.

Para atuar a nível da União, é necessário que os objetivos visados possam ser mais facilmente alcançados através dessa medida concreta. A Comissão remete para os entraves ao comércio transfronteiriço atribuíveis às diferenças existentes entre as legislações nacionais em matéria de contratos.

O Bundestag duvida que as diferentes legislações dos Estados-Membros aplicáveis aos contratos possam efetivamente constituir um entrave perceptível às atividades económicas no espaço europeu. A este título, justifica-se referir a experiência adquirida na aplicação da convenção das Nações Unidas sobre contratos internacionais de compra e venda. A prática mostra que são sobretudo as barreiras linguísticas e as longas distâncias que dificultam as atividades económicas transfronteiriças, afetando na mesma medida os consumidores e as empresas, como o demonstram os pareceres das respectivas associações.

Assim, admitindo que as diferenças entre os ordenamentos jurídicos aplicáveis aos contratos comerciais não constituem um obstáculo de monta às trocas comerciais transfronteiriças, não se justifica a necessidade de um direito europeu comum da compra e venda e, desse modo, a aplicação da medida prevista no artigo 5º do TUE.

Refira-se ainda que não é certo que os objetivos possam ser alcançados, porque certas questões fundamentais para a celebração de um contrato eficaz não são contempladas no direito europeu comum de compra e venda, continuando a reger-se pelo direito interno dos Estados-Membros, o qual é aplicável nos termos dos Regulamentos (CE) n. 593/2008 e (CE) n. 864/2007, ou nos termos de outras normas de conflitos de leis pertinentes (considerando 27). Em causa estão questões importantes como personalidade jurídica, invalidade do contrato por motivo de incapacidade laboral, poderes de representação, ilegalidade contratual por questões jurídicas ou violação dos bons costumes, cessão de direitos, compensação ou acerto de contas, maioria de credores e devedores e substituição das partes. Perante este pano de fundo, e contrariamente ao disposto no considerando 8, os parceiros contratuais não poderão celebrar o seu contrato com base numa única legislação contratual uniforme. Nestas condições, o direito europeu comum da compra e venda, em vez de eliminar, ainda agrava mais, para os utilizadores do direito, a insegurança e incerteza jurídicas resultantes da existência de diferentes ordenamentos jurídicos no mercado interno.

Além disso, também no âmbito dos regimes cobertos pelo regulamento, o Bundestag considera que subsiste o perigo de uma grave insegurança jurídica, o que justifica fortes reticências quanto à possibilidade de concretização dos objetivos do

regulamento. Por natureza, o direito europeu comum da compra e venda só pode proporcionar disposições legislativas gerais que encerram, além disso, numerosos conceitos jurídicos indeterminados. Acontece que, na Alemanha como nos demais Estados-Membros, o direito contratual se caracteriza, em grande medida, por decisões jurisprudenciais. Por conseguinte, a maioria das regras relevantes para os parceiros contratuais terá ainda de ser criada com base numa aplicação das normas relevantes por parte dos tribunais, através da concretização de princípios e da exploração das possibilidades jurídicas disponíveis. Tal é a tendência clara observável no modo como evoluem os ordenamentos nacionais em matéria de direito contratual. No entanto, na União não existe nenhuma competência jurisdicional uniforme em matéria de direito civil através da qual possa ser criado um conjunto de normas gerador de segurança jurídica. Pela sua função e estrutura, o Tribunal de Justiça Europeu não reúne as condições necessárias para assegurar a unidade jurídica. Acresce ainda que um tal processo, como revela a comparação da evolução dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, demoraria anos se não mesmo décadas, o que foi aliás salientado pelos peritos na audição de 21 de novembro de 2011. Durante todo esse período, o comércio transfronteiriço não seria promovido, mas sim inibido por causa da referida insegurança jurídica e dos elevados custos associados das transações.”

Embora por razões diversas também o *Senado Belga* é de parecer que a proposta não respeita o princípio da subsidiariedade fundamentalmente porque “organiza a concorrência entre regimes jurídicos distintos quando deveria ter como objetivo combater os efeitos prejudiciais que resultam de legislações diferentes ou, em alternativa, atenuá-los”.

E fundamenta a sua posição essencialmente nas seguintes razões maiores:

a) “*Os autores da proposta baseiam a sua intervenção no primeiro parágrafo do artigo 114º do TFUE. Esta disposição visa assegurar a «aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno».* No n. 3 do mesmo artigo, é especificado que, nas disposições que formular, nomeadamente em matéria de defesa do consumidor, a Comissão deverá ter por base «um nível de proteção elevado». A proposta não se insere, contudo, na perspectiva da aproximação das disposições legislativas nacionais. Os autores deveriam ter escolhido outra base legal, como o artigo 352º do TFUE, que autorizasse a União a tomar «medidas adequadas» caso «uma ação da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados, sem que estes tenham previsto os poderes de ação necessários para o efeito». Neste caso,

caberia aos autores da proposta obter a adesão unânime dos Estados-Membros. Fazendo erroneamente referência ao artigo 114º do TFUE, introduzem uma distorção no processo legislativo europeu. Incidentalmente, deslocam também o centro da decisão política no seio da União.”

b) No que diz respeito à análise da pertinência, *“a proposta garante «uma proteção menos forçada» do que a do direito belga, tal como se exprime na Lei de 6 de abril de 2010 relativa às práticas do mercado e à defesa dos consumidores”.*

c) Finalmente, no que diz respeito à análise da proximidade, porque *“os autores do projeto de regulamento europeu demonstram suficientemente que o ato legislativo que propõem pode satisfazer uma análise de subsidiariedade”, designadamente “não demonstram que um vigésimo oitavo regime – dito «opcional» –, acrescentado aos vinte e sete regimes jurídicos aplicáveis nos Estados-Membros e que entre em concorrência com os mesmos, servirá melhor os interesses dos produtores e dos consumidores”.*

É particularmente significativo que parlamentos nacionais de países com diferentes tradições jurídicas e bem diversas opiniões quanto à forma de realizar a integração e a aproximação dos direitos nacionais e a realização de um mercado interno tenham expresso uma tal concordância quanto à proposta da Comissão e que, decerto, não irá facilitar a sua adoção a nível do Conselho.

V. Algumas conclusões

Uma proposta como a presente representa uma verdadeira revolução no direito civil europeu. Ao escolher como objeto o contrato de compra e venda, a Comissão decidiu afrontar a mãe de todos os contratos e o direito das obrigações.

O fato de se tratar de um regime opcional, em si mesmo uma opção de grande alcance e de inegável mérito, ao ser aplicado em bloco a todos os contratos, não deixa de significar uma modificação substancial, mesmo radical, no direito privado europeu.

Compreendem-se, mesmo que se não justifiquem de um ponto de vista estritamente racional, as reações mais emocionais que acompanharam a presente proposta.

Acresce que o seu desenho também não foi particularmente cuidado nem as soluções encontradas para diversos aspectos fundamentais de um regime contratual como o presente devidamente ponderadas. Vários aspectos

parcelares da proposta foram objeto de análises detalhadas por parte vários autores que colaboraram com o parlamento europeu e deles se destacam as fundadas críticas a institutos como a prescrição, a restituição, as cláusulas abusivas e os meios de reação à sua utilização, as garantias, a entrega etc.

Por outro lado, os estudos de impacto revelaram-se totalmente desajustados, os aspectos económicos foram mal apreciados, as perspectivas dos consumidores e dos empresários deficientemente equacionadas.

Também o carácter verdadeiramente opcional não foi devidamente garantido ou, pelo menos, não foi passada a correta mensagem quanto à garantia do consenso e da liberdade essenciais para a sua voluntária adoção por todas as partes.

Finalmente, o regime revela-se desnecessariamente complexo e confuso, em especial por não ter sido acompanhado de um ou mais modelos de contratos.

O carácter demasiado ambicioso da proposta contribuiu claramente para a sua generalizada rejeição e não se crê que centenas de propostas de emenda apresentadas no Parlamento Europeu possam contribuir para um desenho correto do regime europeu do contrato de venda.

Teme-se assim, justificadamente, que se trate de uma proposta que não vai ver a luz na presente legislatura e que será eventualmente sujeita a profunda alteração, se não mesmo à pura e simples rejeição.

Bruxelas, 4 de julho de 2013
Jorge Pegado Liz

Notas

¹ Ver “A Nova Diretiva sobre Direitos dos Consumidores”, J. Pegado Liz, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, n. 2, junho de 2012, pág. 185 e sgs.

² Comunicação da Comissão ao Parlamento, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões – Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transações transfronteiras no mercado único (COM (2011) 636 final de...

³ Em 1971, o Conselho de Direção do UNIDROIT havia adotado uma resolução no sentido de incluir no seu programa de trabalho uma tentativa de unificação do direito obrigacional *ex contractu*, projeto que foi designado por “Progressive Codification of International Trade Law”. No entanto, somente em 1980 é que se constituiu um grupo de trabalho, incluindo representantes dos cinco continentes sob a coordenação de Michael Joachim Bonell, que culminou 1994 com a publicação dos “Principles for Internacional Commercial Contracts”.

Estes princípios contêm regras básicas sobre a formação, validade, interpretação, cumprimento e incumprimento dos contratos comerciais internacionais. Cada artigo contém além das regras de

direito um comentário exemplificativo, frequentemente, com exemplos ilustrativos. Os comentários fazem parte integrante dos princípios, pelo que cada artigo deve ser lido juntamente com o respectivo comentário que muitas vezes introduz desenvolvimentos à regra expressa.

Nestes comentários evitaram-se referências a qualquer direito positivo nacional para explicar a adoção de cada solução, adotando-se expressões tanto quanto possível neutras ou então expressão comumente aceita na prática do comércio internacional. As únicas exceções são as referentes à Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 11 de Abril de 1980, cujas soluções foram consagradas com adaptações em alguns pontos.

O objetivo dos princípios do UNIDROIT é servir de guia para os tribunais quando da interpretação do direito uniforme existente e aos árbitros quando tenham que decidir conflitos sobre contratos comerciais internacionais. Podem ainda, servir de modelo e estímulo à discussão sobre o direito uniforme dos contratos para a Europa.

Ver mais em: <http://jus.com.br/revista/texto/5461/a-uniformizacao-do-direito-privado#ixzz2XOV9ITxW>.

⁴ Ver JO C 158 de 1989; é no seu seguimento que um grupo de eminentes juristas publica o primeiro conjunto de estudos, coordenado e editado pela Kluwer Law International (1a. ed. 19942. ed. 1998) sob o título “Towards a European Civil Code”, em que avultam nomes como Edwoud HONDIUS, Arthur HARTKAMP, Thomas WILHELMSSON, Ole LANDO, Christian Von BAR, Geraint HOWELLS entre outros. Em 1997, uma outra perspectiva de aproximação a um direito privado europeu ressalta no Colóquio realizado na Universidade de Reims e cujas Atas foram publicadas sob a direção de Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES sob o título “Le Droit Privé européen” (ed. ECONOMICA, 1998 Coll. Études Juridiques).

⁵ COM (2001) 398 final, de 11 de julho de 2001 (JO C 255 de 13.09.2001); ver Parecer CES 836/2002, de 17 de julho de 2002 (INT/117) relator D. RETUREAU; ver igualmente o Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno do PE, de 6 de novembro de 2001, elaborado pelo deputado K-H. LEHNE (Doc. A5-0384/2001).

⁶ Entre os principais contributos para esta discussão destacam-se os artigos de Denis MAZEAUD, professor na Universidade Paris II e presidente da Associação Henri Capitant “Faut-il avoir peur du droit européen des contrats?”, in «Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation», Thierry BOURGOIGNIE, GREDICC-UQAM, Ed. Yvon Blais, 2006, pág. 83; Norbert REICH, professor emérito na Universidade de Bremen e atualmente na Universidade de Tartu, Estónia, “A European Contract Law or an EU Contract Law Regulation for Consumers?” in *Revue européenne de droit de la consommation* 1/2006, pág. 5; do mesmo, “A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration”, *Zentrum für Europäische Rechtspolitik-Diskussionpapier* 7/2006; Thomas WILHELMSSON, professor na Universidade de Helsínki, “Varieties of Welfarism in European Contract Law, in *European Law Journal*, v. 10, n. 6, pág. 712; Reiner SCHULZE, professor na Universidade de Münster, “Consumer Law and European Contract Law” in *The Yearbook of Consumer Law* 2007, pág. 153; Guido ALPA, professor de Direito Privado, Universidade de Roma,

«The Future of European Contract Law: Some questions and some answers» in *The Yearbook of Consumer Law* 2008, pág. 19; Norbert REICH, «Crisis or future of European Consumer Law?» in *The Yearbook of Consumer Law* 2009, pág. 3. Já na presidência francesa “*Quel Droit Européen des contrats pour l’Union Européenne?*” (23-24 de outubro de 2008), onde se confrontaram alguns dos maiores expoentes do pensamento jurídico europeu sobre esta matéria, tendo a posição da Comissão sido apresentada por Salla SAASTAMOINEN, chefe de unidade e Georg HAIBACH, administrador, ambos da Unidade da Justiça Civil da Direção Geral Justiça, Liberdade e Segurança.

⁷ COM (2003) 68 final, de 12 de Fevereiro de 2003 (JO C 63 de 15.03.2003).

⁸ Ainda desta vez o PE foi particularmente crítico quanto às medidas e iniciativas propostas pela Comissão, podendo ler-se no Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno de 9 de julho de 2003, elaborado pelo deputado Klaus-Heiner LEHNE, à guisa de resumo sobre a Comunicação da Comissão: “O plano de ação da Comissão – muitos planos e pouca ação” (Doc. A5– 0256/2003).

⁹ COM (2004) 651 final, de 11 de outubro de 2004 (JO C 14 de 20.01.2005).

¹⁰ Cf. o Parecer do PE de 18.10.2005, de que foi relatora a deputada Diana WALLIS, membro da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, que não se eximiu a criticar, de forma particularmente contundente, a ausência de participação democrática do PE no que considerou tratar-se de um “exercício em matéria de legislar melhor”, não sendo “de forma alguma claro a que é que o mesmo conduzirá em termos de resultados práticos nem qual a base jurídica para a adoção de qualquer instrumento ou instrumentos vinculativos” (Doc. PE 364.753v01-00). Por estas razões o PE decidiu constituir um grupo permanente no seio da Comissão dos Assuntos Jurídicos para acompanhar este tema e encomendou e apresentou em setembro de 2008 um dos mais importantes estudos críticos sobre o CFR, da autoria de Martijn W. HESSELINK, professor de direito privado europeu da Universidade de Amesterdão, intitulado “The values underlying the Draft Common Frame of Reference: What role for fairness and “social justice?” e divulgado na Conferência de Paris, de 23 e 24 de outubro (PE 408 312).

¹¹ Inicialmente presidido pelo professor Reichert Facilides e atualmente dirigido pelo professor Helmut Heiss, este grupo acaba de publicar a primeira parte dos resultados do seu trabalho, em livro intitulado “Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)” ed. Sellier European Law Publishers GmbH, Munich, 2009. O autor teve o privilégio e a honra de pertencer a este grupo desde 2002 a 2005 e contou com o seu apoio muito especial na elaboração do Parecer de Iniciativa do Cese, de que foi relator, sobre a Lei Europeia do Contrato de Seguro onde, pela primeira vez, no seio das instituições comunitárias, se fez a defesa do chamado “28º regime” como forma de melhor legislar a nível europeu (Cese 1626/2004, de 15 de dezembro de 2004 (INT/202)).

¹² De entre as variadas conferências sobre este tema, em que o autor teve oportunidade de participar como orador, enquanto membro do Cese, destacam-se a Conferência promovida pela presidência austríaca e realizada em Viena a 26 de maio de 2006, especificamente sobre “The Review of the Consumer Acquis and the Common Frame of Reference – Progress, Key Issues

ans Perspectives”, onde prestigiados académicos e representantes dos interesses em causa tiveram oportunidade de se interrogarem e de questionarem criticamente a Comissão sobre o estado e o futuro do exercício em curso; a “Conference on Private Law and the many Cultures of Europe”, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Helsinkia, a 27/29 de agosto de 2006, onde merecem uma referência especial as intervenções sobre esta temática, de Martin J. DORIS e de Sandra M. COLINO, da Universidade de Glasgow, com o título “The creation of an European Identity through Legal Harmonization and its Implications for National Cultures” e de Brigittta LURGER, da Universidade de Graz, Áustria, sob o título “Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe”; a conferência realizada na Cour de Cassation, em Paris, em 26 de janeiro de 2007, promovida pelos participantes no manifesto “Social Justice in European Contract Law” e dirigida pelas professoras Horatia MUIR-WATT e Ruth SEFTON-GREEN da Universidade de Paris I, sob o lema “Démocratie et justice sociale: Quel avenir pour le droit privé européen?” onde merecem ser sublinhadas as contribuições dos professores Hans MICKLITZ, da Universidade de Bamberg, Hugh COLLINS, da London School of Economics, Thomas WILHEMSSON da Universidade de Helsinki e de Stephen WEATHRILL, da Universidade de Oxford; a “SECOLA Conference on the Common Frame of Reference and the future of European Contract Law”, realizada em Amesterdão a 1 e 2 de junho de 2007, promovida pela Society of European Contract Law (SECOLA) em colaboração com o Centre for the Study of European Contract Law, onde o autor fez parte do painel de discussão final, juntamente com a comissária KUNEVA, o ministro da Justiça da Alemanha OEHLER, o ministro da Justiça da Holanda BOUWES e o professor Thomas WILHELMSSON da Universidade de Helsinkia. Promovida pela Comissão foi também importante a “Stakeholders’ Conference” realizada no Centre Albert Borschette, em Bruxelas, a 14 de novembro de 2007, onde a Comissão foi amplamente confrontada com a falta de resultados e a ambiguidade latente de todo este exercício.

¹³ Primeiro Relatório Anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo de 23 de setembro de 2005 (COM (2005) 456 final) e Segundo Relatório de progresso sobre o Quadro Comum de Referência, de 25 de julho de 2007 (COM (2007) 447 final).

¹⁴ Os trabalhos em causa foram oficialmente entregues à Comissão a 31 de dezembro de 2007 compreendendo o Draft Common Frame of Reference (DCFR), os dois volumes do estudo de direito comparado elaborado pela Associação Henri Capitant e a Sociedade de Legislação Comparada, relativos à “Terminologia Contratual Comum” e aos “Princípios Contratuais Comuns” e a Parte Geral do “Insurance Restament Law” e estão na origem dos progressos que iriam culminar com a proposta de Diretiva da Comissão sobre um Regime Jurídico Opcional para a Lei Europeia do Contrato de Venda ainda em discussão acesa no Parlamento Europeu e nos Estados-membros. Quanto a uma lei europeia para o Contrato de Seguro, segundo o modelo opcional ou 28º regime, recebeu recente impulso com a nomeação de um grupo de peritos para assessorar a DG JUST na elaboração de uma proposta e de que o autor faz parte.

¹⁵ Em maio de 2003 a DG SANCO identificou como fazendo principalmente parte deste acervo 18 diretivas e 4 recomendações, embora no site da Comissão, em 2007, se contassem por 253 as medidas legislativas relativas aos consumidores.

¹⁶ Entre as várias experiências nesse sentido ressaltam-se o Código do Consumo Francês, versão “menos ambiciosa” do que o projeto inicial, no dizer do seu próprio autor, Jean CALAIS-AULOY, (Cf. “Propositions pour un code de la consommation” in La Documentation Française, 1990 e também do mesmo autor e de Franz STEINMETZ, “Droit de la Consommation”, Dalloz, 4. ed., 1996, pág. 28 e sgs; ver igualmente, de Yves PICOD e Hélène DAVO, “Droit de la Consommation”, Armand Colin, 2005, pág. 7 e sgs.). Na Bélgica idêntica iniciativa, levada a cabo por Thierry BOURGOIGNIE, não chegou a passar de projeto. Entre nós foi em 1996 constituída uma Comissão encarregada da elaboração de um Código do Consumo, presidida pelo professor António PINTO MONTEIRO, cujos trabalhos apenas 10 anos depois foram publicados em forma de anteprojecto (ed. Instituto do Consumidor, março de 2006), não havendo notícia do futuro destino deste labor, o qual foi acolhido com as mais sérias reservas, quer nos meios académicos, quer pelas organizações representativas dos interesses em causa, consumidores e profissionais. Recentemente na Itália, em Malta e no Luxemburgo foram publicados códigos do consumo, embora sem o carácter demasiado ambicioso do projeto português, mais ao estilo de verdadeiras leis de defesa dos consumidores desenvolvidas e aprofundadas nos seus aspectos essenciais. Fora da Europa merece destaque a forma como esta ideia foi concretizada no Brasil.

¹⁷ Primeiro com o artigo 129 A do Tratado de Maastricht e depois com o artigo 153 do Tratado de Amesterdão.

¹⁸ Para uma análise das várias noções de codificação e do pensamento de alguns dos mais ilustres juristas europeus sobre este tema, ver as Atas e Debates do Colóquio realizado em Lyon a 12 e 13 de dezembro de 1997, reunidas em livro editado pela Bruylant (1998), sob o título “Vers un Code Européen de la Consommation”, em especial as intervenções de Filali OSMAN “Codification, Unification, Harmonisation du droit en Europe: un rêve en passe de devenir réalité?” e de Antoine JEAMMAUD, “Unification, Uniformisation, Harmonisation: de quoi s’agit-il?”. Ver, igualmente, de Thierry BOURGOIGNIE, “Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?” in Les Cahiers de Droit, vol. 46, nos 1 e 2, março/junho 2005, pág. 153.

¹⁹ COM (2001) 531 final, de 2 de outubro de 2001; ver Parecer Cese 344/2002, de 20 de março de 2002 (INT/127), relatora A. DAVISON (JO C 125, de 27.05.2002).

²⁰ COM (2002) 289 final, de 11 de junho de 2002.

²¹ São estas comunicações que se irão concretizar na Proposta da Comissão relativa a uma diretiva sobre as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno (COM (2003) 356 final, de 18 de junho de 2003), que esteve na origem da Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005 (JO L 149, de 11.06.2005); ver Parecer Cese 105/2004, de 29 de janeiro de 2004, (INT/201), relator H. BATALLER. Sobre esta Diretiva, os seus antecedentes e o significado político da sua adoção ver, do autor, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE)”, in *RPDC*, n. 44, dezembro de 2005, págs.

17 e sgs. e “A Publicidade na Europa”, in *RPDC*, n. 48, págs. 47 e sgs. Ver também do professor Mário Frota “Das práticas comerciais na União Europeia – o ordenamento da União Europeia”, in *RPDC*, n. 43, setembro 2005, págs. 28 e sgs. e de Óscar Lopez Santos “La diretiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripcion y comentario critico”, in *RPDC*, n. 47, setembro 2006, págs.15 e sgs.

²² COM (2002) 208 final, de 7 de maio de 2002 (JO C 137, de 08.06.2002); ver Parecer Cese 1194/2002, de 26 de fevereiro de 2003 (INT/150), relatora A. DAVISON.

²³ In JO L 149, de 11.06.2005, transposta no direito interno português pelo Decreto-Lei 57/08 de 26 de Março; a Comissão intentou ações por incumprimento de transposição desta diretiva no Tribunal de Justiça contra a Hungria (Proc. C-270/08, de 24.06.08), o Luxemburgo (Proc. C-282/08, de 27.06.08), a Holanda (Proc. C-283/08 da mesma data), o Reino Unido e a Irlanda (Proc. C-284/08, da mesma data), a Espanha (Proc. C-321/08, em 15.07.08) e a Alemanha (Proc. C-326/08, de 16.07.08).

²⁴ In JO L 133, de 22.05.2008, transposta no direito interno português pelo Decreto-Lei 134/09, de 2 de Junho.

²⁵ In JO L 33, de 03.02.2009.

²⁶ COM (2006) 744 final; ver Parecer Cese 668/2007 (INT/336), de 23.05.2007, rel. Adams.

²⁷ Constantes do seu Anexo II as referidas diretivas seriam as Diretivas 85/577/CEE, de 20 de dezembro de 1985, relativa às vendas negociadas fora dos estabelecimentos (JO L 372, de 31.12.1985); 90/314/CEE, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens, férias e circuitos organizados (JO L 158, de 23.06.1990); 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas contratuais abusivas (JO L 95, de 21.04.93); 94/47/CE, de 26 de outubro de 1994, sobre a proteção dos consumidores relativamente a certos aspectos dos contratos relativos à compra de direitos sobre imóveis em regime de tempo partilhado (JO L 280, de 29.10.1994); 97/77CE, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores a respeito de contratos à distância (JO L 144, de 04.06.1997); 98/6/CE de 16 de fevereiro de 1998, sobre a indicação de preços nos produtos oferecidos aos consumidores (JO L 80, de 18.03.1998); 98/27/CE, de 19 de maio de 1998, relativa às ações em cessação em matéria de proteção dos consumidores (JO L, 166 de 11.06.1998); e 99/44/CE, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos das vendas de produtos e garantias a eles associadas (JO L 171, de 07.07.1999).

²⁸ De fora das orientações do Livro Verde ficava a questão fundamental do campo de aplicação do instrumento horizontal, ou seja, se se aplicaria exclusivamente aos contratos transfronteiras ou também às transações domésticas.

²⁹ Comunicação da Comissão COM (2007) 99 final, de 13.03.2007 “Responsabilizar o consumidor, melhorar o seu bem-estar e protegê-lo de forma eficaz” (Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them); ver Parecer Cese 259/2008, de 13 de fevereiro de 2008 (INT/357), relatora DARMANIN.

³⁰ JO L 304, de 22.11.2011.

³¹ Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo (COM(2010) 2020 final).

³² Como referido antes, o Quadro Comum de Referência (QCR) foi um projeto a longo prazo que se destina a dotar as instituições legislativas da UE (Comissão, Conselho e Parlamento Europeu) de um instrumento ou manual para redigirem propostas de novos atos legislativos ou para reverem legislação já em vigor em matéria de direito de contratos. Este instrumento poderia conter princípios fundamentais do direito dos contratos, definições de conceitos essenciais e disposições-tipo. No âmbito do Sexto Programa, a Direção-Geral “Investigação” criou, na área das ciências sociais e humanas, a rede de excelência sobre os princípios uniformes do direito europeu dos contratos (Common Principles of European Contract Law – CoPECL), composta por mais de 150 investigadores e de múltiplas instituições e organizações ativas em todos os Estados-membros da UE no âmbito do direito privado europeu. Os trabalhos da rede, decorridos entre 2005 e 2009, culminaram justamente no Projeto de Quadro Comum de Referência.

³³ Para além da iniciativa lançada pelo parecer do Cese sobre o Contrato de Seguro Europeu e prosseguida pelo Grupo de Projeto Restatement of European Insurance Contract Law [Revisão do direito europeu dos contratos de seguro] com a recente publicação dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro (Principles of European Insurance Contract Law) (PEICL) no âmbito do QCR (Quadro Comum de Referência), só raras vezes o legislador europeu seguiu uma abordagem semelhante no domínio do direito das sociedades, do direito da propriedade intelectual e do direito internacional.

³⁴ Pareceres Cese 1624/2004 (INT/202), de 15.12.2004 e 1869/2009 (INT/499), de 28.04.2010, *in* respectivamente, JO C 157, de 28.06.2005 e..., ambos do relator J. Pegado Liz. Cf. A propósito o artigo “O 28º Regime. Um passe de mágica ou uma abordagem proativa de harmonização legislativa na União Europeia” *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, de março de 2011.

³⁵ Parecer Cese 60/2011 (INT 524), de 19.01.2011, rel. A. Pezzini no qual, aliás se recordava que a criação de um instrumento opcional de direito dos contratos é, além do mais, uma das ações principais da Agenda Digital Europeia apresentada pela Comissão Europeia em 19 de Maio de 2010.

³⁶ Aí se comentava que embora o Projeto de Quadro Comum de Referência (PQCR), que abrange o direito dos contratos em geral, não tivesse sido, na verdade, concebido como um instrumento opcional, contudo, os seus autores salientam, na introdução, que ele pode servir de base para um ou mais instrumentos opcionais e exprimia assim a sua convicção que, “esta proposta também poderia ser posta em prática de forma restrita através da introdução das disposições gerais do PQCR num instrumento opcional aplicável somente a domínios específicos do direito dos contratos. Isso ajudaria a colmatar lacunas na regulamentação que surgiriam inevitavelmente se só fossem aplicadas disposições específicas a tipos especiais de contrato”.

³⁷ O Cese no seu parecer de 2002 já havia manifestado que “a elaboração de um direito europeu dos contratos uniforme e geral, por exemplo, sob a forma de um regulamento, solução que o Comité

prefere para evitar divergências, pode requerer tempo e estudos complementares, mas deveria apoiar-se nos trabalhos já efetuados pelas várias comissões e instituições já mencionadas e nas regras e práticas internacionais em vigor” (J O C 241, de 7.10.2002, p. 1).

³⁸ Nesse sentido o Cese já havia sublinhado noutro seu parecer de 2010, que “A rede ‘Princípios Comuns de Direito Europeu dos Contratos’ (rede CoPECL) deu por terminado há pouco o seu Projeto de Quadro Comum de Referência e apresentou-o à Comissão Europeia. Essas regras dão manifestamente ao legislador europeu um modelo que poderia ser utilizado para a adoção de um instrumento opcional, como advogado pela comissária Viviane Reding” (Parecer Cese 758/2010, de 27 de Maio de 2010, relator PEGADO LIZ.).

³⁹ Parecer Cese 800 (INT/600), de 29.03.2012, relatora: Ana Bontea.

⁴⁰ Diretiva 2011/83/UE, relativa aos direitos do consumidor.

⁴¹ Klaus-Heiner Lenhe e Luigi Berlinguer (relator sombra).

⁴² Evelynne Gebhardt e Hans-Peter Mayer.

⁴³ Doc 2011/0284 PE505.998v01-00, de 06.03.2013.

⁴⁴ Doc PE510.560v01-00, de 03.05.2013.

⁴⁵ De 6 de dezembro de 2011, Doc PE478.715v01-00, de 12.01.2012.

⁴⁶ De 1º de dezembro de 2012, Doc PE478.528v01-00, de 16.12.2011.

⁴⁷ Doc PE478.503v01-00, de 14.12.2011.

⁴⁸ De 1º de dezembro de 2011, Doc PE478.418v01-00.

⁴⁹ E demonstra-o em dois parágrafos lapidares que, por isso, se transcrevem:

“a) O direito europeu comum da compra e venda aplica-se numa base voluntária aos contratos transfronteiriços mediante um acordo explícito entre os parceiros contratuais. As disposições individuais, pelas quais se rege a eleição do direito europeu comum da compra e venda, resultam dos artigos 3º e seguintes do regulamento. Nos termos daqueles artigos, caso os parceiros não estipulem que se aplica o direito europeu comum da compra e venda, aplicam-se as disposições da respetiva legislação nacional nos termos do Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, ou outras disposições relativas aos conflitos de leis.

Nos termos do regulamento, as disposições legais nacionais aplicáveis aos contratos de compra e venda, bem como a outros tipos de contratos abrangidos pelo direito europeu comum da compra e venda, deveriam permanecer inalteradas. No considerando 9, refere-se expressamente que não é operada uma harmonização do direito contratual através de uma modificação do direito contratual nacional, mas através da criação, em cada Estado-Membro, de um segundo regime de direito contratual facultativo para os contratos que se inscrevam no âmbito de aplicação daquele regulamento.

b) Na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, esclarece-se que, se não modificar os ordenamentos jurídicos nacionais, um ato legislativo não dá azo a qualquer harmonização das disposições jurídicas e administrativas dos Estados-Membros na aceção do artigo 114º, nº 1, do TFUE (cf. TJUE, acórdão de 2.5.2006, C-436/03, Parlamento ./. Conselho, Col. 2006, I-3733). Por conseguinte, as medidas legislativas adotadas com disposições uniformes para toda a União e que coexistam com o direito nacional, apenas se sobrepondo a este, não podem ter por base jurídica o artigo 114º do TFUE.

Esta interpretação do artigo 114º do TFUE é confirmada por uma comparação sistemática com a base jurídica do artigo 118º do TFUE. Segundo este artigo introduzido com o Tratado de Lisboa, é possível criar, no âmbito do processo legislativo ordinário, entre outros, títulos jurídicos europeus destinados a assegurar uma proteção uniforme dos direitos de propriedade intelectual na União. Tais títulos europeus intervêm paralelamente aos títulos correspondentes dos Estados-Membros, sem os modificarem ou substituírem. Por conseguinte, o Tratado de Lisboa confere à União, para o setor exclusivo dos direitos da propriedade intelectual, poderes para adotar medidas legislativas aplicáveis paralelamente às disposições nacionais. Por raciocínio inverso, conclui-se que o artigo 114º do TFUE não pode ser invocado como base jurídica de disposições europeias aplicáveis aos demais setores, se essas disposições se aplicarem paralelamente às disposições nacionais, não alterando o seu conteúdo.

Tal corresponde à prática legislativa que vigorou até à data na União: os títulos e as formas jurídicas do direito da União, que coexistem com as correspondentes disposições legislativas nacionais sem as alterarem nem substituírem, nunca se basearam no artigo 114º do TFUE, mas sempre no artigo 352º do TFUE (ver, por exemplo, os regulamentos que instituem a associação económica europeia, a sociedade europeia e a cooperativa europeia). O mesmo princípio se aplica aos regulamentos europeus relativos à proteção das variedades vegetais, à marca comunitária e aos desenhos ou modelos comunitários, os quais, sem exceção, complementam os ordenamentos jurídicos nacionais, sem os substituírem ou harmonizarem.

Numa audição pública da comissão dos assuntos jurídicos do Bundestag realizada em 21 de novembro de 2011, os peritos Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, Dr. Peter Huttenlocher, Prof. Dr. Karl Riesenhuber, Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Prof.^a Dr.^a Marina Tamm e Prof. Dr. Gerhard Wagner, confirmaram as reservas face à escolha do artigo 114º do TFUE para base jurídica do regulamento.

No presente caso, pode sempre recorrer-se à competência “por aproximação” do artigo 352º do TFUE. No entanto, essa base jurídica prevê um processo distinto. Nos termos do artigo 352º, nº 1, do TFUE, o Conselho delibera por unanimidade após aprovação do Parlamento Europeu. Além disso, o representante da República Federal da Alemanha junto do Conselho da União Europeia só poderá votar a favor após o Bundestag, com o consentimento do Bundesrat, para tal o ter autorizado através de uma lei nos termos do artigo 23º, nº 1, da Constituição alemã (artigo 8º da Lei alemã sobre a responsabilidade pela integração).”

Referências

Organizações

1. Bar Council of England and Wales – Response to the EC Consultation on Contract Law (31.01.2011) Michael Patchett-Joyce
2. Union Luxembourgaise des Consommateurs – Boundaries of European Private Law (University of Luxembourg 28/29.10.2010) Bob Schmitz
3. Union Luxembourgaise des Consommateurs – Proposition de directive relative aux contrats des consommateurs – Avis portant sur les objectifs et les limites de l’harmonisation maximales (03.12.2008)

4. Union Luxembourgeoise des Consommateurs – Proposition de directive relative aux contrats des consommateurs – Avis préliminaire portant sur les règles proposées (Jan. 2009)
5. Conférence: Quel Droit Européen des contrats pour l’U. E.? Université de la Sorbonne, 23/24.10.2008
6. Parlamento Europeu – The Values underlying the draft Common Frame of Reference: What role for Fairness and “Social Justice”? (Legal Affairs – IMCO, PE 408 312 Set. 2008) Martijn W. Hesselink
7. Parlamento Europeu – Common European Sales Law: focus on the remedies provisions (PE 462 458, 2012) Mag. Alice Wagner
8. Parlamento Europeu – The proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: provisions on remedies (PE 462 462, 2012) Burghard Piltz
9. Parlamento Europeu – Restitution in the proposal for a Common European Sales Law (PE 462 465, 2012) Christian Wendehorst
10. Parlamento Europeu – Prescription in the Proposal for a Common European Sales Law (PE 462 466, 2012) Antoni Vaquer e Esther Arroyo
11. Parlamento Europeu – Proposal for a Common European Sales Law: an e-business perspective (PE 462 471, 2012) Hanne Melin
12. Parlamento Europeu – The proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Making the Proposal simpler and more certain (PE 462 473 2012) Sir John Thomas
13. Parlamento Europeu – Consumer Protection under the Proposal for a Common European Sale Law (PE 462 507, 2012) Hans Schulte-Nolke
14. Parlamento Europeu – Common European Sales Law – Detailed Appraisal by the EP Impact Assessment Unit of the European Commission’s Impact Assessment (PE 496 736, Jan. 2013) Alexia Maniaki-Griva e Elke Ballon
15. Parlamento Europeu – Common European Sales Law – Research paper on economic aspects of the European Commission’s Impact Assessment (PE 496 741, Feb. 2013) Mitja Kovac

Doutrina

1. Reiner Schulze – Consumer Law and European Contract Law (The Year Book of Consumer Law, pag. 153)
2. Reiner Schulze – Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law (Sellier European Law Publishers, 2009)
3. Reiner Schulze, Gerald Masch e Denis Mazeaud – Nouveaux défis du droit des contrats en France et Europe (Sellier European Law Publishers, 2009)
4. Henk Snijders e Stefan Vogenauer – Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational (Sellier European Law Publishers, 2009)
5. Hans Schulte-Nolke e Lubos Tichy – Perspective for European Consumer Law – Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond (Sellier European Law Publishers, 2010)

6. Hans Schulte-Nolke, Christian Twigg-Flesner e Martin Ebers – EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis (Service Contract n° 17.020100/04/389299, 12.12.2006)
7. Christian von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nolke – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Interim Outline Edition, www.sellier.de)
8. Christian von Bar e Eric Clive – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Full Edition Vol. 1, Vol. 2, Vol. 3, Vol. 4, Vol. 5 e Vol. VI, Sellier European Law Publishers, 2009)
9. Thomas Wilhelmsson – Varieties of Welfarism in European Contract Law (European Law Journal Vol 10, n° 6. Nov. 2004, pag. 712)
10. Norbert Reich – A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration (ZERP University of Bremen, Diskussionspapier 7/2006, set. 2006)
11. Norbert Reich – A European Contract Law or an EU Contract Law Regulation for Consumers? (European Consumer Law Journal 1/2006)
12. Norbert Reich – From “Hard” to “Optional” to “Soft Law” in B2C transactions in E-commerce in the Internal Market (BEUC)
13. Guido Alpa – European Private Law: statutory bases and action plans
14. Gert Bruggemeir e outros – Social Justice in European Contract Law: a Manifesto (Study Group on Social Justice in European Private Law) (European Law Journal Vol. 10, n° 6, Nov. 2004, pag. 653)
15. Stefan Vogenauer e Stephen Weatherill – The Harmonisation of European Contract Law – Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006)
16. Helmut Heiss e Noemi Downes – Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflexions from a Private International Law Perspective (European Review of Private Law 5-2005, pag. 693)
17. Luis Gonzalez Vaqué – El Derecho del Consumo en la Unión Europea: la problemática planteada por la *armonización mínima* en las normativas comunitarias relativas a la protección de los consumidores (Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n° 233 (2004) pag. 33)
18. Maria Font i Mas – Questions Terminològiques en la Transposició de Directives sobre Dret Contractual Europeu: La perspectiva de l'ordenament jurídic espanyol (Revista de Llengua i Pret, n° 46, 2006, pag. 103)
19. Jan Smits – The need for a European Contract Law – Empirical and Legal Perspectives (Europa Law Publishing Groningen 2005)
20. Denis Voinot e Juliette Sénéchal – Vers un Droit Européen des Contrats Spéciaux (Ed. Larcier, 2012)
21. Geraint Howells – A Model Contract for European Consumers (BEUC)
22. Geraint Howells, Hans Micklitz e Norbert Reich – Optional Soft Law Instrument on EU Contract Law for Businesses and Consumers (BEUC)

23. Olivier Deshayes – Le livre vert «relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et, les entreprises» Contribution du LEJEP (lextenso editions Juillet 2011)
24. Cristina Amato – Per un Diritto Europeo dei Contratti con i Consumatori (Giuffrè Editore Milano 2003)
25. Teresa Silva Pereira – Proposta de Reflexão sobre um Código Civil Europeu, (*Revista Ordem Advogados*, Ano 64, Vol. I/II, Nov. 2004)
26. Leonardo Gomes de Aquino – A uniformização do Direito Privado (*Revista Jus Navigandi*, 05/2004)