

**PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR
NO BRASIL E NA EUROPA**

CONCEITOS, JURISDIÇÃO E HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA



SÉRIE DIREITO BRASIL EUROPA
N. 1. V. 1 | Ano 2014

**PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR
NO BRASIL E NA EUROPA**

CONCEITOS, JURISDIÇÃO E HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA

Organizadores

Yanko Marcius de Alencar Xavier

Fabício Germano Alves

Patrícia Borba Vilar Guimarães

(Universidade Federal do Rio Grande do Norte / PPGD)

José Carlos de Medeiros Nóbrega

(Universität Osnabrück / European Legal Studies Institute)



Natal, 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

Reitora

Ângela Maria Paiva Cruz

Vice-Reitora

Maria de Fátima Freire de Melo Ximenes

Diretora da EDUFRN

Margarida Maria Dias de Oliveira

Vice-diretor da EDUFRN

Enoque Paulino de Albuquerque

Conselho Editorial

Cipriano Maia de Vasconcelos (Presidente)

Ana Luiza Medeiros

Humberto Hermenegildo de Araújo

John Andrew Fossa

Herculano Ricardo Campos

Mônica Maria Fernandes Oliveira

Tânia Cristina Meira Garcia

Técia Maria de Oliveira Maranhão

Virgínia Maria Dantas de Araújo

Willian Eufrásio Nunes Pereira

Editor

Helton Rubiano de Macedo

Capa

Thomas Kefas de Souza Dantas

Editoração eletrônica

Fabício Germano Alves

Pré-impressão

Jimmy Free

Supervisão editorial

Alva Medeiros da Costa

Supervisão gráfica

Francisco Guilherme de Santana

Coordenadoria de Processos Técnicos

Catálogo da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Central Zila Mamede

Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa : conceitos, jurisdição e harmonização legislativa / Organizadores : Yanko Marcus de Alencar Xavier ... [et al]. – Natal, RN : EDUFRN, 2014.
235 p. – (Série Direito Brasil Europa ; n. 1, v. 1).

ISBN 978-85-425-0168-1

1. Direito do consumidor. 2. Consumidor – Legislação – Brasil. 3. Proteção do consumidor – Europa. I. Xavier, Yanko Marcus de Alencar.

RN/UF/BCZM

2014/14

CDD 347

CDU 347.451.031

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

Todos os direitos desta edição reservados à EDUFRN – Editora da UFRN

Av. Senador Salgado Filho, 3000 | Campus Universitário

Lagoa Nova | 59.078-970 | Natal-RN | Brasil

e-mail: edufrn@editora.ufrn.br | www.editora.ufrn.br

Telefone: 84 3215-3236 | Fax: 84 3215-3206

SUMÁRIO

Apresentação da Série.....	7
Apresentação da Obra.....	11
Autores.....	19
Proteção dos consumidores especialmente vulneráveis na Europa: elementos dos Direitos alemão e espanhol.....	25
Hans Schulte-Nölke José Carlos de Medeiros Nóbrega	
Análise conceitual da relação jurídica de consumo no Brasil.....	51
Fabrizio Germano Alves Yanko Marcus de Alencar Xavier	
A “voz” do consumidor.....	79
Rafael Augusto de Moura Paiva	
Cross-border consumer jurisdiction in EU law.....	113
Margherita Salvadori	

The Italian Codice del Consumo, a model for consumer legislation?.....137

Geo Magri

A desconsideração da pessoa jurídica no Direito do consumidor brasileiro: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....161

Anderson Souza da Silva Lanzillo
Fabrício Germano Alves

O Direito do Consumidor alemão na fase da harmonização total da União Europeia – A transposição da Diretiva 2011/83/UE.....195

Sven Korzilius

Harmonization versus complementation: the Consumer Rights Directive and the Common European Sales Law.....221

Christoph Busch

Série Direito Brasil-Europa: uma apresentação

As relações entre o Brasil e a Europa são históricas. Nos dias atuais verifica-se um crescente intercâmbio acadêmico entre o Brasil e a Europa. São inúmeros os convênios celebrados entre universidades europeias e brasileiras com intuito de possibilitar o intercâmbio de alunos, professores e pesquisadores. De ambos os lados do Atlântico, as agências de fomento à pesquisa e outras instituições intensificam suas atuações permitindo ainda mais o desenvolvimento de tais atividades.

Na área do Direito essa colaboração tem se desenvolvido cada vez mais, possibilitando aos seus partícipes um maior conhecimento não somente do Direito de outros países, como também uma melhor compreensão do próprio ordenamento jurídico.

Os professores do programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) tem intensificado cada vez mais seus laços com universidades e pesquisadores europeus. A partir desse intercâmbio surgiu a necessidade de um instrumento próprio para divulgação dos resultados das pesquisas desenvolvidas.

O primeiro número, que inicia a Série Direito Brasil-Europa, intitula-se “Perspectivas atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa”. Este número inaugural é publicado em dois volumes (Vol. 1 – Conceitos, Jurisdição e Harmonização Legislativa; Vol. 2 – Relações Contratuais e Comércio Eletrônico), sendo o resultado de uma intensa cooperação acadêmica entre pesquisadores que fazem parte do PPGD da UFRN, juntamente com colaboradores de outras universidades brasileiras, e pesquisadores do *European Legal Studies Institute* (ELSI) da Universidade de Osnabrück, na Alemanha, em conjunto com pesquisadores colaboradores de outras universidades europeias.

O *European Legal Studies Institute* tem avançado nos seus trabalhos de pesquisa e investigação em várias áreas do Direito europeu, aqui entendido não somente como a análise convencional dos Tratados europeus ou do Direito deriva-

do das instituições europeias, mas sim no âmbito de uma abordagem comparativa, cujo princípio orientador é um Direito europeu comum. Isto se reflete claramente nos resultados alcançados pela Universidade de Osnabrück, no âmbito da parceria *Joint Network on European Private Law*, instituída pela Comissão Europeia, e da elaboração do projeto de Quadro Comum de Referência para o direito privado europeu (*Draft Common Frame of Reference*), que abrange os trabalhos do *Study Group on a European Civil Code*, coordenado pelo Prof. Christian von Bar e do *Research Group on EC Private Law* (Acquis Group), pelo Prof. Hans Schulte-Nölke, respectivamente.

A meta almejada de uma Europa dos Cidadãos com um mercado interno em pleno funcionamento faz do direito do consumidor um objeto de análise privilegiado. Entre outros estudos, merece destaque o *EC Consumer Law Compendium* (disponível em site oficial da União Europeia como *EU Consumer Law Acquis Database*, <http://www.eu-consumer-law.org>). É a partir destes trabalhos em cooperação com várias instituições que vem sendo elaborado um instrumento opcional, que atualmente apresenta-se como uma proposta oficial relativa a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda (*CESL – Common European Sales Law*).

A desterritorialização do saber, a intensificação das relações comerciais e dos laços jurídicos, além da amizade entre o Brasil e a Europa, incentivam e justificam esta nova cooperação entre a Universidade Federal do Rio Grande do Norte e o *European Legal Studies Institute*.

Por último, mas de forma não menos importante, aos autores dos estudos aqui publicados são devidos os mais sinceros agradecimentos.

Yanko Marcius de Alencar Xavier
José Carlos de Medeiros Nóbrega

Natal e Osnabrück, janeiro de 2014

Série Direito Brasil-Europa n. 1 – Perspectivas Atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa

n. 1 v. 1 – Conceitos, Jurisdição e Harmonização Legislativa

Proteção dos consumidores especialmente vulneráveis na Europa: elementos dos Direitos alemão e espanhol

Hans Schulte-Nölke

José Carlos de Medeiros Nóbrega

Análise conceitual da relação jurídica de consumo no Brasil

Fabício Germano Alves

Yanko Marcus de Alencar Xavier

A “voz” do consumidor

Rafael Augusto de Moura Paiva

Cross-border consumer jurisdiction in EU law

Margherita Salvadori

The Italian Codice del Consumo, a model for consumer legislation?

Geo Magri

A desconsideração da pessoa jurídica no Direito do consumidor brasileiro: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Anderson Souza da Silva Lanzillo

Fabício Germano Alves

O Direito do Consumidor alemão na fase da harmonização total da União Europeia – A transposição da Diretiva 2011/83/UE

Sven Korzilius

Harmonization versus complementation: the Consumer Rights Directive and the Common European Sales Law

Christoph Busch

Série Direito Brasil-Europa n. 1 – Perspectivas Atuais do Direito do Consumidor no Brasil e na Europa

n. 1 v. 2 – Relações Contratuais e Comércio Eletrônico

O conceito de «materialização» da liberdade contratual

Nuno Manuel Pinto Oliveira

Termination of the consumer sales contract and the obligation to pay compensation for use

Rosalie Koolhoven

Dever de informar nos contratos de consumo: previsão na lei portuguesa sobre cláusulas contratuais gerais e no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor

Gabriela Mesquita Sousa

Espécies de publicidade não previstas no Código de Defesa do Consumidor e sua regulação

Fabício Germano Alves

Anderson Souza da Silva Lanzillo

A proteção do consumidor nos contratos eletrônicos de consumo

Fernando Antônio de Vasconcelos

Fernanda Holanda de V. Brandão

La protección del consumidor en el marco de las relaciones de consumo online. Un estudio de la jurisprudencia más reciente

Juan M. Velázquez Gardeta

Proteção ao consumidor e comércio eletrônico no Brasil

José Augusto Perez Filho

A renovação do Direito do consumidor brasileiro: Alguns aspectos quanto às normas de prevenção ao superendividamento e disciplina do comércio eletrônico

Cláudia Lima Marques

Bruno Miragem

APRESENTAÇÃO DA OBRA

Entwicklungen des europäischen Verbraucherrechts mit Blick auf Brasilien

Hans Schulte-Nölke

Zwischen der Europäischen Union und dem Gemeinsamen Markt Südamerikas (Mercosul) finden seit langem Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen statt. Dessen Verwirklichung hätte erheblichen Einfluss auf Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz auf beiden Seiten des Atlantiks. Das Verbraucherrecht der EU würde erheblich an Bedeutung für den brasilianischen Markt gewinnen wie umgekehrt das brasilianische für den europäischen. Daher lohnt vielleicht zu Beginn dieses Werks ein kurzer Blick auf die Entwicklung in Europa.

Seit vielen Jahren verfolgt die EU ambitionierte Verbraucherprogramme. Die Entdeckung von Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz hat entscheidend zur Entwicklung von einer bloßen Wirtschaftsgemeinschaft für Unternehmer zu einem Europa der Bürger beigetragen. Blickt man über einen größeren Zeitraum zurück, zeigt sich, dass die EU dabei trotz mancher Rückschläge durchaus Erfolge erzielt hat. Beispiele sind etwa Maßnahmen und Vorschriften im Bereich der Produkt- und Lebensmittelsicherheit, die freilich nicht nur dazu dienen unsichere Produkte von den Verbrauchern fernzuhalten, sondern auch eine hohe Qualität der europäischen Exporte zu fördern. Bei Verträgen außerhalb von Geschäftsräumen sowie bei E-Commerce und sonstigem Fernabsatz sind Informationspflichten und ein Widerrufsrecht in der neuen Richtlinie über Verbraucherrechte einheitlich geregelt. Bei Kaufverträgen haben Verbraucher europaweit bestimmte Mindestrechte. Europäische Regelungen zielen auf irreführende Werbung, unlautere Geschäftspraktiken und missbräuchliche Vertragsklauseln.

In zahlreichen Bereichen, von denen Verbraucher besonders betroffen sind, lassen Einzelmaßnahmen europäischen Verbraucherschutz deutlicher sichtbar werden. Dies gilt besonders etwa für Reisende, denen bei Stornierung, Überbuchung und Verspätungen von Flugzeugen, Schiffen, Zügen und Bussen weitgehende Passagierrechte gewährt werden. Spektakulär wirkte auch die Deckelung der Roamingtarife in der EU, durch die die Kosten für Gespräche und Datenverkehr bei Reisen innerhalb der EU um mehr als 70% verringert wurden. Auch in dem wichtigen Bereich der Finanzdienstleistungen gibt es zahlreiche Maßnahmen, für die beispielhaft etwa die europaweit einheitliche Angabe des effektiven Jahreszinses genannt sei.

Im letzten Jahrzehnt hatte die Europäische Union die Riesenaufgabe der Angleichung der Verhältnisse in den „alten“ und den seit 2004 beigetretenen „neuen“ Mitgliedstaaten zu bewältigen. Auch diese Aufgabe scheint zum großen Teil geschafft. Damit weitet sich wieder etwas der Blick dafür, dass Europa nur ein ziemlich kleiner Teil der Welt, aber mit dieser immer enger wirtschaftlich und politisch verflochten ist.

Blickten die europäischen Rechtsvergleicher bei Arbeiten zum Verbraucherrecht primär auf die USA, kommen nun auch Entwicklungen in anderen Ländern in den Blick seien es China, Südafrika oder, wie in diesem Werk, Brasilien. Die einzelnen Beiträge aus brasilianischer wie aus europäischer Sicht zeigen erstaunliche Gemeinsamkeiten bei Problemlagen und Lösungsansätzen, aber auch eine Reihe interessanter Nuancen. Für die Zwecke dieses Werk mag es deshalb auch nützlich sein, etwas in die Zukunft zu schauen und in den Blick zu nehmen, was – jedenfalls aus europäischer Sicht – an weiteren Maßnahmen ansteht.

Die Europäische Kommission hat ihre kurz- und mittelfristigen Ziele in der Europäischen Verbraucheragenda 2012 zusammengefasst. Schon in der Beratung ist der Entwurf 2011 vorgelegte für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Dieser Entwurf ist Teil einer neuartigen Politik, die nicht mehr auf bloße Vorgaben für die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten zielt, sondern daneben auch sogenannte optionale Instrumente schaffen will. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht ist ein umfassendes Regelwerk für Kaufverträge und für Verträge über digitale Inhalte, für das Unternehmer und Verbraucher freiwillig optieren können. Dies würde die Unternehmen davon entlasten, sich mit den rund 30 verschiedenen Vertragsrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten herumzuschlagen. Gleichzeitig hätten Verbraucher mehr Klarheit über ihre Rechte insbesondere bei Internet-Bestellungen im EU-Ausland. Dieses Gemeinsame Europäische Kaufrecht könnte sowohl im unternehmerischen Verkehr als auch bei Verbrauchergeschäften für Verträge mit Vertragspartnern in Brasilien genutzt werden.

Ein erhebliches Problem für Verbraucher in bestimmten Ländern und Regionen liegt darin, dass Internet-Shops ihre Tätigkeit geographisch beschränken mit der Folge, dass Verbraucher viele Waren und Dienstleistungen nicht oder nur zu höheren Preisen über das Internet beziehen können. Zwar hat die EU etwa in der Dienstleistungsrichtlinie grundsätzlich geregelt, dass Verbraucher von Unternehmen nicht aus Gründen der Nationalität oder des Wohnsitzlandes benachteiligt werden sollen. Die Durchsetzung dieses Zieles stößt aber nicht nur auf ganz erhebliche praktische Schwierigkeiten, sondern scheint vor allem auch mit den Grundfreiheiten der Unternehmer kaum in Einklang zu bringen zu sein.

Immer mehr in den Blick rückt die grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung. Eine Maßnahme dazu ist die Stärkung von alternativer Streitbeilegung (ADR) und Online-Streitbeilegung (ODR). Die EU hat soeben dazu eine Verordnung und eine Richtlinie erlassen, deren Wirkung nun abzuwarten bleibt. Mittelfristig ist daran gedacht, auch gerichtliche grenzübergreifende Streitigkeiten bis 2.000€ einfacher, zügiger und billiger zu machen. Immer stärker im Zusammenhang mit Verbraucherschutz werden auch Datenschutzfragen gesehen. Dabei geht es auch darum, den überwiegend außerhalb der EU angesiedelten Internet-Unternehmen Grenzen für das Sammeln und Verwerten von Daten zu setzen, ohne jedoch die europäischen Bürger von attraktiven Online-Dienstleistungen auszuschließen. Die EU berät derzeit über ein Reformpaket zum Datenschutz. Zahlreiche weitere geplante Maßnahmen zielen auf die Verbesserung der Markttransparenz, sei es in den Bereichen Lebensmitteletikettierung, Informationen zu Finanzdienstleistungen oder im Energiemarkt. Eine weitere wichtige Maßnahme ist die laufende Überarbeitung der Pauschalreiserichtlinie.

Viele dieser Fragen haben möglicherweise auch für Brasilien Bedeutung. Dies gilt umso mehr, als nun stärker in den Blick tritt, dass Verbraucherpolitik und Verbraucherschutzrecht in mehrfacher Hinsicht eine Mittelstandsdimension haben. Die öffentlich bekannt werdenden Verbraucherstreitigkeiten zeigen, dass es in Europa zu einem großen Teil Angehörige der sogenannten Mittelschichten sind, die sich außergerichtlich und gerichtlich gegen Unternehmen zur Wehr setzen. Überdies scheint auch die politische Unterstützung von Verbraucherschutzmaßnahmen, insbesondere wenn es um grenzüberschreitende Verbrauchergeschäfte geht, eher aus dem mittleren und gehobenen Einkommens- und Bildungsniveaus innerhalb der Bevölkerungen zu kommen. Wenn es zutrifft, dass die rasante wirtschaftliche Entwicklung Brasiliens den Anteil des Mittelstandes an der Gesamtbevölkerung verbreitert, dann könnte damit auch eine Zunahme an Interesse für eine aktive Verbraucherpolitik einhergehen.

In der EU ist als neuerer Trend zu beobachten, dass Verbraucherpolitik besondere Aufmerksamkeit auf sogenannte besonders schutzbedürftige Verbraucher richtet. Dies sind vor allem zunächst einmal Kinder- und Jugendliche sowie ältere Menschen, soweit diese aufgrund ihres niedrigen oder hohen Alters in bestimmten Marktsegmenten leichter übervorteilt werden könnten. Von hier ist es nur ein relativ kleiner Schritt zu anderen Gruppen besonders verletzlicher Verbraucher, die etwa wegen geringen Einkommens, einer Suchtkrankheit, fehlender Sprachkenntnisse oder einer Lese- und Rechtschreibschwäche als Marktteilnehmer so schwerwiegende Nachteile haben, dass die Politik zur Abschwächung eines Marktversagens mit Verbraucherschutzmaßnahmen eingreifen könnte. Dieser die Mittelstandsdimension flankierende und kompensierende Aspekt von Verbraucherschutz könnte sich in Brasilien mindestens genauso schnell entwickeln wie in Europa.

Den Hintergrund für eine weitere wechselseitige Annäherung bildet die zwar ungewisse, aber durchaus realistische Aussicht eines Freihandelsabkommens zwischen dem Gemeinsamen Markt Südamerikas (Mercosul) und der EU, oder, wenn dies scheitern sollte, eines bilateralen Abkommens allein mit Brasilien. Gerade angesichts des ebenfalls derzeit beratenen Transatlantischen Freihandelsabkommens zwischen den USA und der EU dürfte es insbesondere im Interesse Brasiliens, aber wohl auch der EU, liegen, dass Brasilien nicht isoliert außerhalb der neuen, größeren Freihandelszonen steht. Eine Verbraucherpolitik in wechselseitiger Kenntnis und dem Ziel einer Annäherung verbessert die Verkehrsfähigkeit von Waren und Dienstleistungen in beide Richtungen und wäre deshalb ein wichtiger Beitrag zum Ziel eines freien Handels. Dieses Werk ist eines der wenigen Beispiele für einen gemeinsamen Blick auf gemeinsame Fragen. Wenn er etwas zur beiderseitigen Kenntnis beitragen oder gar als Inspirationsquelle dienen würde, wäre viel erreicht.

Desenvolvimentos do Direito europeu do consumidor tendo em vista o Brasil*

Hans Schulte-Nölke

Entre a União Europeia e o Mercado Comum do Sul (Mercosul) têm sido realizadas, já há muito tempo, negociações sobre um acordo de livre comércio. A sua implementação teria um impacto significativo sobre a política de consumidores e a proteção dos consumidores em ambos os lados do Atlântico. O Direito do Consumidor da UE se tornaria consideravelmente mais importante para o mercado brasileiro, assim como, inversamente, o Direito do Consumidor brasileiro para o mercado europeu. Por isso talvez valha a pena no início desta obra remeter o nosso olhar ao desenvolvimento ocorrido na Europa.

Há muitos anos que a UE tem realizado programas ambiciosos em relação aos consumidores. O surgimento da política e da proteção dos consumidores tem contribuído de forma decisiva para o desenvolvimento de uma Europa dos Cidadãos a partir de uma mera Comunidade Econômica para os empresários. Olhando para trás durante um período mais longo de tempo, verifica-se que a UE certamente conseguiu lograr êxito, apesar de ter sofrido algum revés. Exemplos disso são as medidas e dispositivos legais em matéria de segurança dos alimentos e dos produtos, que obviamente não só servem para manter os produtos inseguros longe dos consumidores, mas também para promover uma alta qualidade das exportações europeias. Para os contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, contratos realizados no âmbito do comércio eletrônico ou à distância, a nova Directiva relativa aos direitos dos consumidores traz uma regulamentação uniforme sobre o dever de prestar informações, bem como sobre o direito de rescisão. Nos contratos

* Traduzido por José Carlos de Medeiros Nóbrega. Título original: "Entwicklungen des europäischen Verbraucherrechts mit Blick auf Brasilien".

de compra e venda, são garantidos aos consumidores em toda a Europa certos direitos mínimos. Regulamentos europeus visam igualmente a publicidade enganosa, práticas comerciais desleais e cláusulas contratuais abusivas.

Em muitas áreas, nas quais os consumidores são especialmente afetados, é que as medidas individuais de proteção ao consumidor na Europa são claramente mais visíveis. Isto pode ser dito especialmente em relação a viajantes, para quem são concedidos amplos direitos aos passageiros em caso de cancelamento, overbooking e atrasos de aviões, navios, trens e ônibus. Extraordinário é também o efeito da limitação das tarifas de itinerância (roaming) na União Europeia, que fez com que o custo das chamadas e do tráfego de dados para quem viaja na UE fosse reduzido em mais de 70%. Mesmo na importante área de serviços financeiros, existem inúmeras medidas a serem mencionadas, a exemplo da taxa anual de encargos (TAEG) efetiva, cujo cálculo é feito de modo uniforme por toda a União Europeia.

Na última década, a União Europeia teve de lidar com a enorme tarefa de ajustamento das condições existentes nos “antigos” e “novos” Estados-Membros, após a adesão destes em 2004. Também esta tarefa parece ter sido concluída em sua maior parte. Com isso pode-se ver que a Europa é apenas uma pequena parte do mundo, mas que está cada vez mais entrelaçada económica e politicamente com o mesmo.

Se nos seus trabalhos para um Direito do Consumidor, os juscomparatistas europeus antes visavam principalmente os EUA, agora também viram o seu olhar para os desenvolvimentos em outros países, a exemplo da China, da África do Sul ou, como nesta obra, do Brasil. As diferentes contribuições a partir das perspectivas brasileira e europeia mostram semelhanças surpreendentes quanto aos problemas e soluções encontrados, mas também uma série de nuances interessantes. Portanto, para os fins desta obra, também poderá ser útil olhar para o futuro e ter em vista aquilo que, pelo menos a partir de uma perspectiva europeia, ainda está pendente de novas medidas.

A Comissão Europeia resumiu seus objetivos a curto e médio prazo na Agenda do Consumidor Europeu de 2012. Logo durante o período de consulta, foi apresentado em 2011 o esboço para um Direito Europeu Comum da Compra e Venda. Este projeto é parte de uma nova política que visa não apenas dar as diretrizes para os sistemas jurídicos dos Estados-Membros da UE, mas que ao mesmo tempo quer criar os chamados instrumentos opcionais. O Direito Europeu Comum da Compra e Venda é um conjunto de normas que abrange contratos de compra e venda e contratos de conteúdo digital, pelo qual as empresas e os con-

sumidores podem optar. Isto aliviaria os profissionais do incômodo de lidar com os cerca de 30 diferentes ordenamentos de Direito Contratual dos vários Estados-Membros. Ao mesmo tempo, os consumidores teriam mais clareza sobre os seus direitos, especialmente no caso de encomendas feitas on-line em outros países da UE. Este Direito Europeu Comum da Compra e Venda poderia ser utilizado tanto nas transações comerciais entre as empresas, como também no comércio para fins de consumo nos contratos envolvendo partes contratantes no Brasil.

Um problema significativo para os consumidores em determinados países e regiões é que as lojas on-line podem restringir geograficamente a sua atuação. Isso implica dizer que os consumidores nem sempre podem adquirir os bens e serviços disponíveis na internet, ou só os adquirem a preços elevados, embora a UE tenha em princípio regulamentado, na Diretiva relativa aos serviços, que os consumidores não podem ser prejudicados pelos profissionais em razão da nacionalidade ou do país de residência. A implementação deste objetivo não só encontra sérias dificuldades de ordem prática, como também parece não ser conciliável com as liberdades fundamentais dos profissionais.

Cada vez mais os olhares se voltam para a aplicação da Lei em âmbito transfronteiriço. Uma medida cabível é o fortalecimento da resolução alternativa de litígios (ADR) e da resolução on-line de litígios (ODR). A União Europeia acaba de promulgar um Regulamento e uma Diretiva neste sentido, cujos efeitos ainda estão por vir. A intenção a médio prazo é que a resolução de litígios judiciais transfronteiriços até € 2.000 (dois mil euros) se torne mais simples, rápida e econômica. Também as questões relacionadas à proteção dos dados pessoais estão cada vez mais fortemente associadas à proteção dos consumidores. Trata-se, igualmente, de definir limites para as empresas com atuação na internet, mas estabelecidas predominantemente fora da UE, na sua forma de lidar com a recolha e utilização de dados, sem, no entanto, excluir os cidadãos europeus de serviços on-line atraentes. Atualmente, a UE está discutindo um pacote de reformas para a proteção de dados. Várias outras medidas ainda em fase de discussão visam melhorar a transparência do mercado, seja nas áreas de rotulagem de alimentos, de informações sobre serviços financeiros ou do mercado de energia. Outra medida importante é a revisão em curso da Diretiva relativa a viagens organizadas.

Muitas destas questões podem ser de relevância também para o Brasil. Isto se aplica ainda mais, quando se leva em consideração que a política de consumidores e o Direito de Defesa dos Consumidores assumem em vários aspectos uma estreita relação com a classe média. Os conflitos consumeristas que têm se tornado

públicos demonstram que na Europa, em grande parte, são os integrantes desta chamada classe média os que conseguem se opor às empresas, tanto extrajudicial como judicialmente. Além disso, parece que o apoio político para medidas de proteção dos consumidores, especialmente quando se trata de relações de consumo transfronteiriças, vem justamente da parte da população, cujos níveis de renda e educação são médios e elevados. Se é verdade que o rápido desenvolvimento econômico do Brasil resultou na ampliação da classe média no total da população, isto poderia, assim, acarretar num aumento do interesse por uma política de consumidores ativa.

Na UE, pode ser observado como uma tendência recente que a política de consumidores tem dedicado uma atenção especial para os chamados consumidores vulneráveis. Estes são em primeira linha crianças e jovens, bem como pessoas idosas, na medida em que podem ser facilmente enganados em determinados segmentos de mercado, em razão de sua pouca ou muita idade. A partir daqui é só um pequeno passo para chegar a outros grupos de consumidores especialmente vulneráveis que sofram sérias desvantagens em sua atuação no mercado, por razão de sua baixa renda, vícios prejudiciais à saúde, falta de competências linguísticas ou deficiências na escrita e leitura, de uma forma que a política, para atenuar esta falha do mercado, passe a intervir com medidas de proteção do consumidor. Este aspecto compensatório da defesa do consumidor que acompanha a classe média poderia se desenvolver tão rapidamente da mesma forma tanto no Brasil como na Europa.

O contexto para um aprofundamento de uma aproximação recíproca encontra-se inserido numa perspectiva de fato incerta, mas bastante realista, de um acordo de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia ou, se isso falhar, um acordo bilateral apenas com o Brasil. Considerando-se a proposta igualmente atual de um acordo de livre comércio transatlântico entre os EUA e a UE, espera-se que seja especialmente do interesse do Brasil, mas também da UE, que o Brasil não fique isolado do lado de fora destas novas grandes zonas de livre comércio. A política de consumidores neste contexto de um maior conhecimento mútuo e de um objetivo de convergência melhora a comercialização de bens e serviços em ambas as direções e seria, portanto, uma importante contribuição para atingir a meta de livre comércio. Esta obra é um dos poucos exemplos de uma perspectiva comum sobre questões comuns. Se ela pudesse contribuir com algo para o conhecimento mútuo ou até mesmo servir como uma fonte de inspiração, já teria se alcançado muito.

Autores

Anderson Souza da Silva Lanzillo

Possui graduação (2004) e Mestrado (2007) em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Foi bolsista de graduação e de mestrado do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCTI nº 36). Atualmente é Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Aplicado ao Setor de Energia e Direito e Linguagem, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito empresarial; Direito e regulação da energia; Direito e linguagem.

Christoph Busch

Holds the Chair of Civil Law, Commercial and Business Law, European and International Private Law at the EBS Universität für Wirtschaft und Recht in Wiesbaden, Germany. He graduated in Law from the University of Paris-Nanterre (Maîtrise en Droit, 2000) and the University of Münster (2002). He received his Dr. iuris from Bielefeld University (2007) for a dissertation on the interplay between contract law and unfair commercial practices law in the field of pre-contractual information duties. Christoph Busch was a research fellow at the University of Turin in the project ‘Uniform Terminology for European Private Law’ and has worked as a senior researcher at the European Legal Studies Institute at the University of Osnabrück where he received his post-doctoral degree (Habilitation) in 2012 for a thesis on the interplay between market regulation, contract law and service standards in the field of architectural services. Christoph Busch is secretary of the European Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) and co-editor of the Journal of European Market and Consumer Law published quarterly by Springer / Verlag Österreich. His fields of research cover European private law, conflict of laws, unfair commercial practices law and construction law.

Fabrizio Germano Alves

Graduado em Direito pela Universidade Potiguar – UNP (2005). Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo pela Universidade Potiguar – UNP (2008). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2011). Mestre e Doutorando em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha (2011 -). Professor de Direito das Relações de Consumo na Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Pesquisador Visitante do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCTI nº 36 / UFRN). Membro do grupo de pesquisa Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia – UFRN.

Geo Magri

Legal Researcher for Italian law, European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück (Chair Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar), Education University of Turin Phd (2008) Dissertation title: Cultural goods and a non domino acquisition. Admitted to the Bar (Turin, 2006) Graduate at the University of Turin (2002). Dissertation title: The negozio fiduciario and the express trust on unmoveable . Main publications La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti ed obblighi di restituzione, Napoli, 2011; La vendita di beni di consumo torna alla Corte di Giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della direttiva 99/44 sul diritto tedesco ed italiano, nota a Corte di Giustizia U. E. (Prima Sezione) 16 giugno 2011, (Cause riunite C-65/09 e C-87/09), in Giur. it. 2012; Acquisto a non domino e beni culturali in Riv. Dir. Civ. 3/2013; Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. L'evoluzione del diritto europeo in materia di tutela dei consumatori dai messaggi pubblicitari ingannevoli ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano. In: Ana Luisa Celino Coutinho, Ana Paula Basso, Maria Áurea Baroni Cecato, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (orgs.), Direito, Cidadania e Desenvolvimento, Florianópolis, 2012 Member of the following legal associations: Associazione il trust in Italia; Isaidat (Ist. Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto Attività Transnazionali); Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française; SIRD (Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato); IJVO(Internationale Juristenvereinigung Osnabrück).

Hans Schulte-Nölke

Professor of Law, Director at the European Legal Studies Institute, University of Osnabrück, Chair for Civil Law, European Private and Business Law, Comparative Law, European Legal History. Co-ordinator of the “Common Principles of European Contract Law (CoPECL)” Network (Network of Excellence funded under the 6th EU Research Framework Programme, entrusted with the elaboration of the Draft Common Frame of Reference on European Contract Law) 2005-2009. Co-ordinator and co-founder of the European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group) since 2002. Co-ordinator of the “Consumer Law Compendium” Project of the European Commission (Transposition studies and databases on the most important EU consumer law directives) since 2004. Member of the European Commission’s Expert Group on Contract Law since 2010. Advisor of the European Parliament Committee for Internal Market and Consumer Protection since 2006. Consultant, inter alia, to the European Parliament, European Commission, German Federal Ministry of Justice. Member of the Advisory Committee of the American Law Institute (Restatement on Consumer Contracts). Member of the Council of the European Law Institute. Member of the Advisory Council of the German Federal Office for Consumer Protection since 2009. Member of the Advisory Council of the Law Faculty of the Radboud University Nijmegen since 2009. Consultant to several national and international research organisations. Drafted expert opinions for German courts on foreign law. Author of several books on the European harmonization of private law.

José Carlos de Medeiros Nóbrega

Dr. iur. (Universität Osnabrück). Legal Researcher for Portuguese and Spanish law, European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück (Chair Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar), Author of studies on behalf of the European Parliament (IMCO) on consumer law (consumer vulnerability, consumer credit directive, misleading package practices) in collaboration with Prof. Dr. Schulte-Nölke and Prof. Dr. Zoll; Contributions to the EU Consumer Law Acquis Database on behalf of the European Commission; Long-year experience in academic projects towards the harmonisation of European private law, contributing as a member of the Study Group on a European Civil Code to several volumes of the series Principles of European Law (PEL) and to the Draft Common Frame of Reference (DCFR); Collaboration for the Portuguese-German Legal Dictionary in Beck Editorial; Lectures and conferences in Germany, Poland, Portugal and Brazil. Academic Awards: Europa-Förderpreis 2009 (Hon.-Prof. Hans-Gert Pöttering, former President of the European Parliament) and Preis des Verkehrsvereins Osnabrück 2011. President of the International Lawyers’ Association of Osnabrück (Internationale Juristenvereinigung Osnabrück e.V.) since 2013.

Margherita Salvadori

Professor of Conflicts of law (University of Turin). In 2012 she was professor of the course on Choice of Court Agreements and of the Human Rights Seminar: Freedom of Expression – this one in co-teaching with prof. Judith Lichtenberg, Department of Philosophy, Georgetown University Washington – at the Centre of Transnational Legal Studies of London (<http://ctls.georgetown.edu/>). Since 1998 she has been Professeur Invitée at the Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion, Université Lorraine, former Université de Nancy 2, France. She is member of the Doctoral School “Diritto, Persona e mercato”, Turin Law Department. She holds a PhD in International Economic Law at the “L. Bocconi” University of Milan (Italy). She is member of the European Observatory on Digital Resistance, Liberation Technology and Human Rights of University of Milan, of the Italian Society of International Law (SIDI), of the Italian Society for Research in Comparative Law (SIRD) and of the British Institute of International and Comparative Law (BIICL).

Rafael Augusto de Moura Paiva

Advogado, Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autor de diversas publicações, entre elas:- Recriar a Vida Contratual e Servir ao Ser Humano: Comunicação e Informação nos Contratos de Adesão, em Revista Portuguesa de Direito do Consumo n. 67, (Centro de Estudos de Direito do Consumo/Coimbra, 2011) e em Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo # 6, (Bonijuris - J.M. Editora / Curitiba, 2012); - O Consumidor-Viajante e as Regras do Consumo Turístico: uma Clara Visão do Mundo ou um Mero Olhar no Espelho de Casa?, em Liber Amicorum Mário Frota - A Causa dos Direitos dos Consumidores, Ada Pellegrini Grinover et al., (Almedina/Coimbra, 2012) e Direito, Turismo e Consumo, (Renovar/Rio de Janeiro, 2012).

Sven Korzilius

Doutor em Direito (Universidade de Saarbrücken), Advogado, bolsas de pesquisa de Pós-doutorado em Trier (2007-2009), Belo Horizonte (2009, UFMG, CAPES), Freiburg (2010, Freiburg Institute for Advanced Studies). Desde 2011, Professor visitante do estrangeiro (PVE, “Fachlektor”) do Serviço de Intercâmbio Acadêmico Alemão (DAAD) na faculdade de direito da USP (FDUSP), oferecendo aulas sobre o Direito alemão.

Yanko Marcius de Alencar Xavier

Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Coordenador do Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) da UFRN. Coordenador do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCTI nº 36) e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia.



Proteção dos consumidores especialmente vulneráveis na Europa: elementos dos Direitos alemão e espanhol

Hans Schulte-Nölke
José Carlos de Medeiros Nóbrega

1 Introdução; 2 Proteção dos consumidores em geral e ainda dos consumidores vulneráveis; 3 A categoria de consumidor vulnerável como efeito da transposição do Direito da União Europeia; 4 Situação atual das demais medidas legislativas e políticas na Alemanha; 4.1 Disposições gerais do Direito Privado sobre situações de vulnerabilidade; 4.2 Legislação específica para a proteção dos consumidores e reflexos jurisprudenciais; 5 Situação atual das demais medidas legislativas e políticas na Espanha; 5.1 A definição de consumidor na legislação nacional; 5.2 Definição de vulnerabilidade do consumidor – o papel da legislação regional; 5.3 Situação atual das medidas legislativas e políticas na Espanha; 6 Medidas que poderiam ser adotadas a nível europeu para lidar com situações de vulnerabilidade dos consumidores.

1 INTRODUÇÃO

A União Europeia tem discutido estratégias de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis¹. Em 22 de maio de 2012 foi aprovada pelo Parlamento Europeu uma resolução com o objetivo declarado de colaborar para a “adoção de uma estratégia política e legislativa ampla e coerente contra a vulnerabilidade, tendo em conta a diversidade e a complexidade de todas as situações envolvidas.” As experiências das legislações nacionais, a exemplo dos casos da Alemanha e da Espanha, refletem algumas dessas situações pertinentes ao direito da União Europeia

¹ Para o acompanhamento das discussões, sugere-se a consulta *on-line* com os seguintes termos: Procedure reference – 2011/2272(INI) – Strategy for strengthening the rights of vulnerable consumers.

e oferecem elementos importantes a serem considerados neste âmbito, a exemplo da efetivação do combate a práticas comerciais desleais, bem como da definição de consumidor vulnerável e dos grupos de consumidores especialmente vulneráveis. Este estudo dedica-se ao tema da vulnerabilidade dos consumidores na Europa, concentrando-se no Direito alemão e no Direito espanhol².

Em termos gerais, pode-se dizer que o direito alemão desenvolveu uma proteção bastante clara e explícita dos consumidores especialmente vulneráveis (*besonders schutzbedürftige Verbraucher*), a exemplo da legislação sobre matérias de publicidade e outras práticas comerciais (serviços médicos, produtos farmacêuticos ou para crianças, entre outros). Este objetivo foi reforçado durante a transposição da legislação comunitária relativa às práticas comerciais desleais³, encontrando expressão na Lei alemã sobre práticas comerciais desleais (UWG)⁴. A legislação alemã protege expressamente os consumidores em razão de sua inexperiência comercial, como também por motivo de coação ou pressão. Com isso, o âmbito de aplicação da legislação alemã direcionada especificamente aos consumidores vulneráveis (mesmo que esta definição sequer esteja presente no texto da lei) é muito mais amplo do que o exigido pela legislação comunitária europeia.

Quanto à Espanha, é preciso ter em conta que há uma coexistência dentro do território nacional de diferentes ordenamentos jurídicos privados, o que vem a ser um marco característico do direito espanhol e que se justifica por razões históricas⁵. Portanto, é preciso distinguir entre a legislação estatal ao nível nacional e a legislação regional ao nível das Comunidades Autônomas. Considerando que a proteção dos consumidores não é uma matéria expressamente incluída no texto constitucional sobre a distribuição das competências legislativas entre o Estado

2 Trata-se do estudo intitulado “Compilation of briefing papers on consumer vulnerability”, elaborado sob encargo do Parlamento Europeu (Secretariado-Geral para Políticas Internas), disponível na internet através das referências PE 475.082 e IP/A/IMCO/NT/2011-20. A primeira versão deste estudo contou com a contribuição de Shaun Charlton, Wiebke Voß e Begoña Alfonso de la Riva.

3 Diretiva 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 e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»).

4 *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 03.07.2004.

5 Díez-Picazo e Gullón, *Sistema de Derecho Civil I* (12. ed., Madrid 2012), p. 69-73. Vide ainda Cerdá Gimeno, *Estudios sobre codificación y derechos civiles extraterritoriales* (Madrid 1993), p. 331-371 e Fernández Domingo, *Curso de derecho civil foral* (Madrid 2000), p. 33-35.

(Reino da Espanha) e as Comunidades Autônomas (CC.AA.)⁶ é de se concluir que estas também têm competência em matéria de direito do consumidor, tanto a nível legislativo quanto a nível executivo e judicial⁷.

A legislação espanhola de defesa do consumidor foi consolidada em 2007 (TR-LGDCU)⁸ e abrange um conceito generalístico de consumidor e usuário. A proteção dos consumidores em situação mais vulnerável que a média dos consumidores (isto é, dos consumidores vulneráveis) no direito espanhol está regulamentada em dois níveis. Ao nível nacional⁹, dá-se a proteção principalmente através da transposição do Direito comunitário europeu e, a nível regional, através da legislação das Comunidades Autônomas. Esta sim é muita específica. Segundo os Estatutos Regionais da maior parte das CC.AA., as autoridades públicas devem conceder um tratamento especial a vários grupos em situações de inferioridade, indefesa ou falta de proteção, como crianças, pessoas deficientes, idosos, mulheres grávidas, famílias numerosas, consumidores em situação econômica e social desfavorável, imigrantes e desempregados, entre outros.

2 PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES EM GERAL E AINDA DOS CONSUMIDORES VULNERÁVEIS?

Há várias respostas diferentes para a pergunta “até que ponto a legislação nacional alemã ou espanhola protege os consumidores vulneráveis?”. Em geral, a legislação de proteção dos consumidores tem por finalidade proteger a parte atuante no mercado, que é a mais frágil. É possível até mesmo dizer que todo consumidor é, por definição, vulnerável. Para evitar apenas uma apresentação da legislação

6 De acordo com o art. 149 (3) da Constituição Espanhola, “las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”. Entre outros, v. *Vazquez de Castro*, *Plurality of derechos civil españoles* (Madrid 1997).

7 Tome-se como exemplo a legislação aragonesa: Art 71(26) *Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón*, que atribui competência exclusiva para a Comunidade Autônoma em questões relativas ao consumo, o que envolve a regulamentação da proteção aos consumidores e usuários, desenvolvimento de associações, treinamento e educação sobre consumo responsável, bem como regulamentação sobre órgãos mediadores e procedimentos pertinentes.

8 *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*.

9 “Direito nacional” é um termo que admite várias conotações, cfr. p. ex. *Hesselink*, *How many systems of private law are there in Europe? On plural legal sources, multiple identities and the unity of law* (2012), p. 11 ss. Disponível *inter alia* em: <<http://ssrn.com/abstract=2046964>>.

em matéria de proteção dos consumidores, é necessário esmiuçar mais ainda esta pergunta, incluindo a forma com que se protegem os consumidores especialmente vulneráveis.

Esta pergunta, formulada então mais precisamente, pode ser respondida de duas formas. Em primeiro lugar, é possível adotar um enfoque legalista, apresentando os diplomas legislativos e a jurisprudência que concedem aos consumidores um maior grau de proteção devido a sua vulnerabilidade especial. Em segundo lugar, é possível adotar uma perspectiva empírica e sociológica e perguntar se existem consumidores vulneráveis e como a legislação os protege atualmente (e se requerem uma maior proteção). Neste estudo, serão dados exemplos destas duas abordagens.

Também é necessário deixar claro qual o significado de legislação “alemã” ou “espanhola”. Como se sabe, a legislação nacional de um Estado-Membro implementa ou transpõe a legislação da União Europeia, a exemplo da legislação sobre consumidores vulneráveis. Ao mesmo tempo, existe tanto regulamentação como jurisprudência nacionais que se ocupam dos consumidores vulneráveis em algumas áreas, onde não há legislação de âmbito europeu. Para se ter uma visão de conjunto, serão apresentados em seguida (i) a transposição na Alemanha e na Espanha da legislação pertinente da União Europeia e (ii) o desenvolvimento autônomo do direito alemão e do direito espanhol (existindo uma fonte europeia, esta será indicada).

3 A CATEGORIA DE CONSUMIDOR VULNERÁVEL COMO EFEITO DA TRANSPOSIÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Primeiramente, é preciso definir a ideia de vulnerabilidade dos consumidores (ou do conceito de “consumidor especialmente vulnerável”) ou pelo menos dar alguns exemplos de consumidores e de situações a que esta expressão se refere.

Na linguagem jurídica alemã, o termo “verletzlicher Verbraucher” (*vulnerable consumer*) é raramente utilizado. Esta terminologia resulta da versão em língua alemã do artigo 5(3) da Diretiva 2005/29 sobre Práticas Comerciais Desleais¹⁰. Mesmo assim, a transposição desta disposição na legislação alemã, que se deu no texto da Lei sobre práticas comerciais desleais (UWG) difere do texto da diretiva.

10 Veja em geral sobre a legislação comunitária relativa às práticas comerciais desleais in: *Schulte-Nölke, Twigg-Flesner e Ebers* (eds.), *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transpositions in the Member States* (Munique 2008), p. 197 ss. Consultar, ainda, a versão atualizada disponível em: <<http://www.eu-consumer-law.org>>.

Diretiva 2005/29, Art. 5(3): As práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do integrante médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente¹¹.

Transposição para o Direito alemão¹²: §4(2) UWG Configura-se prática comercial desleal quando alguém pratica atos comerciais no intuito de aproveitar-se da doença mental ou física, dos consumidores, da sua idade, da sua falta de experiência comercial, da sua credulidade, do seu medo ou de situações em que os consumidores estejam submetidos a coação.

Transposição para o Direito espanhol¹³: Art. 4(3) LCD Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

11 Cfr. em alemão: Art. 5(3) Richtlinie 2005/29, “Geschäftspraktiken, die voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind, werden aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt”.

12 Tradução livre. Cfr. em alemão: § 4(2) UWG, “Unlauter handelt insbesondere, wer [...] geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen”.

13 *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, na redação da Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.*

No Direito alemão, existem pelo menos três diferenças fundamentais em relação à diretiva comunitária, considerando-se a técnica e o conteúdo jurídicos:

(i) A diretiva europeia regulamenta apenas os elementos de avaliação de práticas desleais no caso de um grupo determinado de consumidores especialmente vulneráveis. A lei alemã declara desleais as práticas que possibilitam que alguém se aproveite de determinados consumidores.

(ii) A lei alemã não utiliza, em nenhum trecho, a expressão “*besonders schutzbedürftige Verbraucher*” (consumidores especialmente vulneráveis); mas sim determina diretamente os critérios para os consumidores aos quais deve se dar uma proteção especial.

(iii) A lei alemã transpõe com precisão os três critérios de vulnerabilidade de consumidores (doença – seja mental ou física –, idade, credulidade), mas acrescenta novos critérios: inexperiência com práticas comerciais, medo e situações de coação.

Especialmente neste terceiro ponto, há uma diferença substancial. Os critérios de vulnerabilidade contidos na Diretiva (doença física ou transtorno mental, idade, credulidade) são características de natureza permanente de uma pessoa ou grupo de pessoas. A falta de experiência comercial, entretanto, é diferente. Por outro lado, os critérios “medo” e “pressão sobre os consumidores” revelam uma situação momentânea pela qual a pessoa passa. Por isso, pode-se dizer que na legislação da União Europeia, “consumidores vulneráveis” significa antes de tudo um grupo estável de consumidores que são vulneráveis devido a características específicas, como doenças físicas ou mentais, sua idade (curta ou avançada) e sua credulidade. Na legislação alemã, a proteção dos consumidores vulneráveis (mesmo que não haja, na lei, referência expressa a esse conceito) é mais ampla e inclui ainda situações excepcionais, que são momentâneas ou que dizem respeito apenas a alguns consumidores em estado de medo ou passíveis de coação.

Sendo assim, podem ser dados alguns exemplos de consumidores especialmente vulneráveis, que apresentam uma das seguintes características: (i) doença mental ou psíquica, (ii) idade (curta ou avançada), (iii) credulidade e (iv) falta de experiência em práticas comerciais. No mais, considera-se ainda que consumidores são especialmente vulneráveis se estiverem sob (i) medo ou (ii) sob pressão/coação.

Nos trabalhos preparatórios da lei alemã contra a competência desleal, explica-se que a disposição legal deve proteger os consumidores que se encontrem em uma situação excepcional de medo ou de pressão/coação. Além disso, os grupos

de consumidores com necessidade especial de proteção, em especial as crianças e os adolescentes, mas também os concidadãos que não dominam o idioma ou carecem de experiência comercial, devem ser protegidos contra a exploração de sua inexperiência¹⁴.

Ao contrário do que se verifica na Alemanha, na linguagem jurídica espanhola, o termo “consumidores o usuarios especialmente vulnerables” além de constar na transposição da referida legislação comunitária no texto da LCD¹⁵, tem encontrado guarida na legislação das Comunidades Autônomas, conforme se poderá verificar em seguida.

O legislador espanhol requer a existência de três circunstâncias para que a lealdade ou deslealdade de uma prática comercial seja avaliada não a partir da perspectiva de um consumidor médio, que é o que estabelece o art. 4 (2) LCD, mas sim a partir da perspectiva de um consumidor afetado. O primeiro requisito é que a prática seja dirigida ao público em geral e não a um grupo concreto¹⁶. Em seguida, é exigido que o grupo de especial proteção, por sua vez, seja claramente identificável por razão de deficiência, redução da capacidade de compreensão, idade ou credulidade¹⁷. Por fim, exige-se por parte do empresário, como parte de uma diligência profissional, que ele possa prever o comportamento econômico dos grupos de consumidores frente a essa prática comercial¹⁸.

4 SITUAÇÃO ATUAL DAS DEMAIS MEDIDAS LEGISLATIVAS E POLÍTICAS NA ALEMANHA

4.1 DISPOSIÇÕES GERAIS DO DIREITO PRIVADO SOBRE SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE

No direito alemão, há vários institutos jurídicos que servem como instrumentos de proteção às partes mais frágeis. Muitos destes não fazem parte do

14 Cfr. os *travaux préparatoires* in: Bundestagsdrucksache, 15/1487, p. 17.

15 *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal* (revista, entre outros, pela *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*).

16 *Tato Plaza, Fernández Carballo-Calero e Herrera Petrus*, La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Madrid 2010), p. 98; *Gualde Capó* (dir.), *Competencia desleal* (Madrid 2011), p. 46.

17 *Tato Plaza et al.*, *op. cit.*, p. 98.

18 *Gualde Capó* (dir.), *op. cit.*, p. 46.

direito do consumidor, mas sim do direito privado geral. Todavia, sua função é a de proteger os consumidores vulneráveis, mesmo que não utilize os conceitos de “consumidor” ou de “vulnerável”. É o caso exemplar das disposições do Código Civil alemão sobre os bons costumes (§§ 138 e 836 BGB). Os tribunais têm feito largo uso destas disposições para proteger os filhos ou cônjuges (ou outros parentes próximos) que tenham oferecido um aval para as dívidas de seus respectivos pais ou cônjuges, apesar de que a sua renda ou o seu patrimônio estejam longes de satisfazer a garantia. Esta jurisprudência resulta da prática dos bancos de exigir sistematicamente o aval pessoal de familiares para a concessão de créditos.

Trata-se de um exemplo característico, uma vez que esta disposição, que é relativamente eficaz, não é considerada como parte do direito do consumidor, entendido aqui em sentido estrito. É uma regra legal aplicável a todos os parentes próximos que assumem uma garantia excessiva. Pode-se até duvidar, a exemplo do que faz o Tribunal de Justiça da União Europeia, se um parente próximo que assume uma garantia por uma dívida comercial, por exemplo, deve ser considerado como consumidor. Em qualquer caso, a legislação atual sobre créditos ao consumo não inclui tais garantias.

4.2 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES E REFLEXOS JURISPRUDENCIAIS

As principais disposições do direito contratual alemão relativas a consumidores vulneráveis encontram-se no âmbito das práticas comerciais desleais. Mas a proteção a este tipo de consumidores não é só dada pelo art. 4 (2) da Lei alemão sobre competência desleal. A jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof*) sobre as normas relativas às práticas comerciais tem desenvolvido uma lista bastante extensa de critérios, em particular no que se refere à proteção de menores.

A proteção dos menores de idade contra as práticas comerciais desleais reveste uma importância fundamental devido ao enorme poder aquisitivo dos mesmos e ao grande papel que ocupam enquanto destinatários da publicidade. O segmento de mercado dos menores entre seis e dezenove anos adquire cada vez mais importância. Tendo em vista que esta geração de jovens teve um poder aquisitivo avaliado em 19 000 milhões de euros somente em 2010, não é de se admirar o grande interesse das agências publicitárias por esse grupo. Apesar da perda de poder aquisitivo em 4 000 milhões de euros, comparando-se com 2009, os menores de idade con-

tinuam sendo um fator econômico decisivo. Também a influência que os menores exercem nas decisões de compra de seus pais tem aumentado constantemente¹⁹.

Em relação à proteção deste importante grupo de consumidores, é necessário entender primeiramente que a orientação geral da Lei sobre competência desleal relativa ao consumidor médio bem informado, razoavelmente atento e crítico, não pode ser aplicada aos menores de idade. O grau de proteção oferecida deve concordar com o estágio de desenvolvimento de cada idade, como estabelece o art. 5 (2) da Diretiva 2005/29/CE (transposta na legislação alemã no §3 (2) inc. 2 UWG).

A transposição alemã da diretiva apresenta, porém, várias dificuldades. Se a norma é interpretada de uma forma rigorosa e literal, ela não poderia ser aplicada, caso a publicidade fosse direcionada também ao público em geral e não só unicamente ao grupo vulnerável (p. ex. uma campanha publicitária de doces, que não é direcionada somente a menores de idade). A consequência desleal consiste em que nestas situações não se promoveria uma proteção especial e ampla ao grupo vulnerável pelo simples fato de que a publicidade também se dirigia a outros grupos de consumidores – e isto deverá ser corrigido de acordo com a Diretiva²⁰. Em situações como estas, é a perspectiva de um membro representativo do grupo vulnerável que serve como ponto de partida para examinar se uma prática comercial é desleal²¹. Por conseguinte, quando criam publicidade, as empresas devem levar em conta as necessidades dos consumidores vulneráveis, se a publicidade tiver este grupo como destinatário. De qualquer forma, este aumento do dever de diligência só se justifica se o anúncio afetar claramente um grupo que possa ser identificado anteriormente.

A avaliação das práticas comerciais dirigidas diretamente a menores, e neste sentido, a um grupo de consumidores que requer uma proteção específica, certamente só poderá ser feita através de critérios específicos que demonstrem a exploração da inexperiência dos menores ao examinarem o preço justo e as consequências financeiras do produto ou serviço²². Entretanto, ao se considerar que um

19 Dados procedentes de *Böhler*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen bei Minderjährigen, Wettbewerb in Recht und Praxis 2011, p. 827-833.

20 *Böhler*, Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen bei Minderjährigen, Wettbewerb in Recht und Praxis 2011, p. 827-833.

21 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, 29. Edición de 2011, §3.

22 Decisão do Tribunal Federal de Justiça (BGH) de 6.4.2006, «Werbung für Handyklingeltöne in Jugendschrift», Aktenzeichen I ZR 125/03, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2006, p. 776 ss.; como também em BGH, «Zeitschrift mit Sonnenbrille», Gewerblicher Rechtsschutz und

menor, em média, tenha conhecimentos suficientes do mercado e do valor da oferta, o anúncio não explora sua idade e conseqüentemente não pode ser considerado uma prática desleal. No mais, esta legislação só se aplica à medida em que a aquisição do produto divulgado supere as capacidades financeiras normais do menor²³.

Também na Alemanha, o Tribunal Federal de Justiça emitiu igualmente diretrizes sobre a classificação dos consumidores vulneráveis na decisão sobre a promoção de vendas nos centros de acolhimentos para imigrantes²⁴.

Faz-se necessário garantir proteção específica para os consumidores que não sejam capazes de se informar sobre o produto ou os serviços na forma que o consumidor médio o faria, em razão de incapacidade de ler ou escrever, de obstáculos linguísticos ou de problemas físicos, como deficiência visual ou auditiva ou, ainda, em razão da falta de capacidade intelectual para compreender e refletir sobre o produto ou serviço oferecidos, que é abaixo da média. Uma simples negligência ou falta de atenção por parte do consumidor não implica que este necessite de uma proteção especial²⁵.

No que se refere à proteção dos estrangeiros em geral ou, tratando-se de cidadãos europeus, de nacionais de países terceiros, é necessário considerar que não só os obstáculos linguísticos, mas também a falta de experiência e conhecimento sobre os sistemas jurídico e econômico locais os fazem suscetíveis a todo tipo de ofertas e produtos duvidosos. A necessidade de maior proteção específica aos analfabetos, idosos debilitados ou pessoas que tenham estado presas durante um longo período de tempo, também se baseia nas limitações similares de conhecimento e discernimento²⁶.

A vulnerabilidade pode ser igualmente conseqüência da especial relação de confiança entre o consumidor e o empresário²⁷. Esta relação, que pode surgir por

Urheberrecht 1994, p. 304-305 e BGH, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2006, p. 161-163 (162).

23 Decisão do Tribunal Federal de Justiça (BGH) de 17.7.2008, «Sammelaktion für Schokoriegel», Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2009, p. 71-73 (72).

24 BGH, «Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheimen», Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998, p. 1041 s.

25 BGH, *op. cit.*, Vide também o comentário de *Heermann*, in: Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht § 4 Nr. 2 Rn 6.

26 *Heermann*, *op. cit.*, Cfr. ainda *Stuckel*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, §4 Rn 38.

27 *Plaß*, in: Handkommentar – Wettbewerbsrecht, §4 Rn 217.

ex. de contratos comerciais periódicos anteriores, dá lugar a uma maior receptividade a medidas publicitárias e por isso requer uma maior proteção.

Quanto à situação específica de vulnerabilidade provocada por uma situação de coação ou pressão, descrita anteriormente, a legislação alemã (§ 4 (2) UWG) inclui todas as circunstâncias de ansiedade derivadas de acidentes, doenças, falta de meios ou outras situações graves de pressão²⁸. A influência abusiva sobre consumidores em tais situações deve ser considerada uma prática comercial desleal²⁹.

Fora do âmbito da Lei alemã sobre práticas comerciais desleais (UWG), não há no direito dos consumidores ou no direito contratual uma legislação específica que proteja expressamente os consumidores vulneráveis. Mesmo assim, estes dois ramos do direito oferecem proteção de fato a estes consumidores. Alguns exemplos disso são as disposições que protegem os bons costumes ou a boa fé, como também a regulamentação sobre condições desleais nos contratos com os consumidores, além de demais disposições para áreas como a do crédito ao consumo, do serviço de telecomunicações etc.

Na área do comércio eletrônico, existem alguns diplomas legislativos que protegem contra serviços de alto custo, oferecidos na internet ou na telefonia móvel, a exemplo de toques de chamadas. Há legislação recente contra as chamadas “armadilhas contratuais”, como os *sites* na internet em que os consumidores solicitam serviços aparentemente gratuitos, mas que posteriormente são objeto de um suposto contrato e passam a ser cobrados. Outros atos legislativos são direcionados contra esta prática abusiva e contra as sanções excessivas em razão da violação de direitos de propriedade intelectual, a exemplo do download ilegal de música ou vídeos. Esta legislação, mesmo não contendo referência expressa aos consumidores especialmente vulneráveis, protege de fato os grupos característicos destes consumidores, como os menores de idade ou os usuários da internet inexperientes. Em relação a outras áreas, como a de serviços públicos ou de transporte, há menos atenção por parte do legislador a favor dos consumidores especialmente vulneráveis³⁰.

28 Cfr. em geral *Knubben*, Werbung unter Ausnutzung von Angst, 2007.

29 *Stuckel*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, §4 Rn 42.

30 Além destas considerações sobre consumidores vulneráveis em geral, há situações específicas em relação ao comércio eletrônico, telecomunicações, serviços públicos, transporte e setor energético. Detalhes disponíveis na primeira versão deste estudo, publicada pelo Parlamento Europeu sob o número PE 475.082, p. 56-59.

5 SITUAÇÃO ATUAL DAS DEMAIS MEDIDAS LEGISLATIVAS E POLÍTICAS NA ESPANHA

5.1 A DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

O texto consolidado [refundido] da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementárias (2007) estabelece um conceito geral de consumidor e usuário nos seguintes termos:

Artigo 3 TR-LGDCU. Conceito geral de consumidor e usuário. Para efeitos desta norma e sem prejuízo das disposições expressas³¹ nos Livros III e IV são consumidores ou usuários as pessoas físicas ou jurídicas que atuam em um âmbito diferente do de uma atividade empresarial ou profissional.

Este assim chamado “conceito geral de consumidor e usuário” resulta das definições encontradas nas Diretivas, cuja aplicação foi consolidada no texto da LGDCU. As exceções ao conceito geral de consumidor estão justificadas devido às referências a “prejudicado” no lugar de “consumidor” realizadas na Diretiva 85/374 (cf. art. 128 e ss. TR-LGDCU) sobre responsabilidade civil por produtos defeituosos e no art. 2 (4) da Diretiva 90/314 sobre viagens, férias e passeios combinados (cf. art. 151 (g) TR-LDGCU)³².

O art. 3 TR-LGDCU não delimita a noção de consumidor com outros adjetivos ou parâmetros, bastando que a pessoa preencha os requisitos gerais ditados pela lei. Por esta razão, o “consumidor”, tal e qual se encontra definido no texto legal TR-LGDCU não é o consumidor médio (“o consumidor normalmente informado e razoavelmente atento e perspicaz, tendo em conta as circunstâncias sociais, culturais e linguísticas”), conforme estabelecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para determinados âmbitos³³ e adotada pelo Direito da União Europeia no art. 4 (2) (b) da Diretiva 2005/29/CE, assim como pela legislação e jurisprudência espanholas em matéria de marcas registradas, publicidade ilícita ou serviços de saúde³⁴.

31 Trata-se dos artigos 128 a 149 sobre responsabilidade civil por produtos defeituosos e artigos 150 a 156 sobre viagens, férias e passeios combinados.

32 Cámara Lapuente (–Cámara Lapuente), Comentarios a las normas de protección de los consumidores (Madrid 2011), p. 103, nota 1.

33 Principalmente no que diz respeito à publicidade enganosa, v. Sentença TJCE de 16 de julho de 1998 (Caso Springenheide), entre outras.

34 Cámara Lapuente (–Cámara Lapuente), *op. cit.*, p. 142, nota 5.3.

Sendo assim, pode-se concluir que o „conceito geral de consumidor“, conforme o art. 3 TR-LGDCU não varia dependendo do nível de competência ou experiência do consumidor („consumidor experto, medio ou vulnerable“)³⁵. Dentro de um contexto de reforma legislativa, mesmo que a doutrina e os comentaristas do TR-LGDCU tenham apresentado várias propostas e sugestões, nenhuma delas se refere à definição *in concreto* do consumidor de acordo com sua experiência, como este sendo experto, médio ou vulnerável³⁶.

No mais, o conceito de consumidor na legislação autônoma não difere do conceito definido no art. 3 TR-LGDCU como, por exemplo, o art. 2 da lei valenciana de defesa do consumidor³⁷.

5.2 DEFINIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR – O PAPEL DA LEGISLAÇÃO REGIONAL

Não obstante a legislação regional das CC.AA., não existe uma definição de vulnerabilidade no texto da lei espanhola nacional TR-LGDCU. Apesar disso, e em razão do art. 51 (1) da Constituição Espanhola, relativo à adoção de medidas efetivas para a proteção dos consumidores e usuários, tanto a versão anterior da LGDCU de 1984 (art. 2(1)(f)), como o texto vigente do TR-LGDCU desde 2007 (art. 8 (f)) classificam como um dos direitos fundamentais de consumidores e usuários “a proteção de seus direitos mediante procedimentos eficazes, em especial nos casos de inferioridade, subordinação e indefesa”³⁸.

O atual TR-LGDCU revogou o capítulo 7 da LGDCU anterior, cujo propósito era o de descrever “as medidas adequadas para suprimir ou equilibrar as situações de inferioridade, subordinação ou indefesa”, o que feito de forma bastante detalhada nos termos do art. 23 da LGDCU. A eliminação desta norma não implica dizer que a lei realmente tenha abolido o alcance jurídico das situações hipotéticas de inferioridade, subordinação ou indefesa, tendo em conta que ainda

35 Cámara Lapuente (–Cámara Lapuente), *op. cit.*, p. 142, nota 5.3.

36 Cámara Lapuente (–Cámara Lapuente), *op. cit.*, p. 148, nota 7.

37 Ley 1/2011 de 22. 3. 2011, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana. «Ley 1/2011, artículo 2, apartado 1: A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional».

38 Cámara Lapuente (–García Cantero), Comentarios a las normas de protección de los consumidores (Madrid 2011), p. 211, nota 5.6.

se faz referência a essas situações, a exemplo do art. 8 (f) e as situações de cláusulas abusivas nos termos dos artigos 82 a 91 TR-LGDCU³⁹.

O art. 86 TR-LGDCU aborda as “cláusulas abusivas por limitar os direitos básicos do consumidor e usuário”. As cláusulas abusivas são objeto de nulidade em razão do art. 83 TR-LGDCU. Esta referência às cláusulas abusivas constitui um exemplo de proteção dos consumidores em geral. Por conseguinte, não contribui para uma definição de vulnerabilidade ou, em outras palavras, não contribui para deixar mais claro quais os grupos que recebem ou devem receber uma proteção especial devido à sua vulnerabilidade.

Ainda em relação ao art. 86 TR-LGDCU, a doutrina afirma que a principal potencialidade desta norma – com a devida contextualização para evitar decisões judiciais exorbitantes – é a natureza injusta das cláusulas contratuais que limitam o consumidor nos seus direitos reconhecidos pelas normas dispositivas da lei⁴⁰. O elenco de cláusulas abusivas nos termos do art. 86 constitui un numerus apertus, o que não é considerado problemático⁴¹.

Como assinalado anteriormente, existem diversos estatutos regionais que contêm um conceito similar de consumidores vulneráveis, que vêm a ser conhecidos como “grupos sujeitos a proteção especial ou prioritária” (colectivos de especial protección o supuestos de protección prioritaria). Em geral, há alguns denominadores comuns à legislação regional que podem ser assinalados, uma vez que os estatutos regionais, em sua maioria:

(i) impõem proteção e tratamento especial, privilegiado ou preferencial, por parte das autoridades públicas, a determinados grupos de consumidores.

(ii) compreendem situações de inferioridade, indefesa ou desproteção por alguma causa especial.

(iii) incluem uma lista de grupos nessas situações, enumerando-se grupos como crianças, adolescentes, pessoas com deficiências, doentes, idosos, mulheres gestantes, consumidores desfavorecidos econômica e socialmente, imigrantes, desempregados, pessoas que por algum motivo se encontrem temporariamente deslocadas de sua residência habitual, bem como mulheres desamparadas, com baixa renda ou afetadas por processos de marginalização.

39 Cámara Lapuente (–García Cantero), *op. cit.*, p. 211-212, nota 5.6.

40 Cámara Lapuente (–Cámara Lapuente), *op. cit.*, p. 831, nota 2.1.

41 Cámara Lapuente (–Cámara Lapuente), *op. cit.*, p. 831, nota 2.3.

(iv) classificam a lista de grupos como uma lista que pode ser ampliada através de nova legislação.

A legislação das Comunidades Autônomas em matéria de proteção do consumidor é extensa, e extensa é a relação de referências legislativas à proteção específica dos grupos de consumidores (especialmente) vulneráveis. Vejamos por ordem cronológica e em língua castelhana:

Região de Múrcia, Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (Art. 4 teve sua redação mantida pela Ley 1/2008, de 21 de abril, por la que se modifica la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia), Colectivos especiales⁴².

Ilhas Baleares, Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, Situaciones de protección especial⁴³.

42 Art. 4 Ley 4/1996 Colectivos especiales. Los colectivos de consumidores y usuarios que, por circunstancias especiales, se encuentran en una posición de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, serán objeto de actuaciones específicas en el marco de lo dispuesto en la presente Ley, en especial los niños y adolescentes, las mujeres gestantes, las personas mayores, los enfermos, los discapacitados y los inmigrantes.

43 Art. 5 Ley 1/1998 Situaciones de protección especial. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente: a. Cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. b. Cuando afecten a los siguientes colectivos: Los niños y menores de edad, las gestantes, los ancianos, los enfermos, las personas con capacidades disminuidas, y los turistas o personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual. Con la finalidad de proteger adecuadamente los derechos de los colectivos anteriores, los poderes públicos atenderán especialmente: La seguridad de los juguetes; La idoneidad de los productos destinados al uso de los niños; La composición de los productos alimenticios infantiles, su etiquetaje y la información que sobre ellos se ofrece; La seguridad de los aparatos e instalaciones del hogar; La seguridad en parques públicos, en locales destinados a los niños y en zonas de recreo; La regulación de la publicidad que pueda afectar a los niños y a zonas de recreo; La regulación de la participación de niños en publicidad y de la emisión de mensajes comerciales dirigidos exclusivamente a la población infantil; La exhibición pública de imágenes, mensajes y objetos que puedan afectar a la sensibilidad de los niños; Los mensajes publicitarios sobre los productos dietéticos y sobre la lactancia artificial para que no conduzcan a error ni sean utilizados para una información falsa, tendenciosa o insuficiente; Las necesidades específicas de los consumidores de la tercera edad, especialmente en materia de comercialización de bienes y prestación de servicios, consideradas las posibles limitaciones de cualquier orden colectivo; La integración social como consumidores y usuarios de personas con disminuciones físicas o psíquicas.

Comunidad de Madri, Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, Colectivos de especial protección⁴⁴.

Castela e Leão, Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León⁴⁵.

Extremadura, Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, Colectivos de especial protección⁴⁶.

Astúrias, Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los consumidores y usuarios, del Principado de Asturias, Art. 5 Colectivos de especial protección⁴⁷.

Ilhas Canarias, Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, Colectivos especialmente protegidos⁴⁸.

44 Art. 4 Ley 11/1998 Colectivos de especial protección. 1. Los colectivos de consumidores que se encuentren en situación de inferioridad, desprotección o discapacidad por razón de su edad, origen o condición serán objeto de atención prioritaria en las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid. 2. Por concurrir las circunstancias enumeradas, esta protección se dirigirá especialmente a: (a) La infancia y la adolescencia. (b) Enfermos y personas con capacidades disminuidas. (c) Personas mayores. (d) Las mujeres gestantes. (e) Los inmigrantes. (f) Los sectores económicos y sociales más débiles.

45 Art. 12 (1) Ley 11/1998 Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, realizarán y promoverán campañas informativas y de divulgación sobre las normas que regulan las características y la comercialización de bienes y servicios, encaminadas a un mejor conocimiento de las mismas por parte de los consumidores y empresarios. Igualmente promoverán programas de información sobre los derechos de los consumidores, prestando especial interés a aquellos colectivos que se encuentren en situaciones de inferioridad o indefensión, como niños, ancianos o discapacitados.

46 Art. 5 Colectivos de especial protección. Los colectivos de consumidores que se encuentren en una posición de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, serán objeto de actuaciones específicas en el marco de lo dispuesto en la presente Ley, en especial: (a) Los menores de edad. (b) Las mujeres gestantes. (c) Las personas mayores. (d) Los enfermos y las personas con capacidades disminuidas. (e) Los inmigrantes. (f) Los sectores económicos y sociales más débiles.

47 Art. 5 Ley 11/2002. 1º Los colectivos de consumidores y usuarios que, por circunstancias especiales, se encuentren en una situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, serán objeto de atención prioritaria en las actuaciones que se desarrollen en ejecución de esta Ley. 2º Dicha atención prioritaria se dirigirá preferentemente a: La infancia y adolescencia. Enfermos. Personas con discapacidad. Personas mayores. Mujeres gestantes. Inmigrantes y Los sectores económicos y sociales más débiles.

48 Art. 4 Ley 3/2003 Colectivos especialmente protegidos. Serán objeto de especial protección por las Administraciones Públicas de Canarias, en el marco de lo dispuesto en la presente Ley, los colectivos de consumidores y usuarios que, por circunstancias especiales, se encuentren en una situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada. Asimismo, serán objeto de

Andalucía, Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía, Capítulo IX, Situaciones de inferioridad⁴⁹.

País Vasco, Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias, Situaciones de protección prioritaria⁵⁰.

Castela-La Mancha, Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del consumidor, Art. 3 Situaciones de protección prioritaria⁵¹.

Cantabria, Ley 1/2006, de 7 de marzo, de defensa de los consumidores y usuarios, Art. 4 Colectivos especialmente protegidos⁵².

especial protección los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

49 Art. 36 Ley 13/2003 Actuación frente a situaciones de inferioridad. Los órganos de defensa del consumidor promoverán las medidas adecuadas para remediar las situaciones de desventaja de los consumidores en el mercado, por razón de edad, discapacidad, deficiencias de formación, desigualdad con las empresas, lugar de residencia o cualquier otra análoga. Art. 37 Ley 13/2003 Medidas especiales ante los servicios de la sociedad de la información. Los órganos de defensa del consumidor promoverán las medidas necesarias para evitar desequilibrios y desventajas de los consumidores en el uso de los servicios de la sociedad de la información.

50 Art. 5 Ley 6/2003 Situaciones de protección prioritaria. Los derechos de las personas consumidoras y usuarias serán protegidos prioritariamente: (i) Cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado; (ii) Cuando afecten a colectivos de especial protección en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente.

51 Art. 3 Ley 11/2005. 1. Los colectivos de consumidores y usuarios que se encuentren en situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección serán objeto de especial protección por la Administración Regional, en el marco de lo dispuesto en la presente Ley, en especial los niños, adolescentes, ancianos, mujeres gestantes, mujeres solas con cargas familiares y con bajos ingresos, mujeres afectadas por procesos de marginación, enfermos, discapacitados, inmigrantes o sectores económicos y sociales más débiles. 2. La Administración Regional extremará su atención con relación a los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

52 Art. 4 Ley 1/2006 Las Administraciones públicas dedicarán una atención especial y preferente a aquellos consumidores y usuarios que, de forma individual o colectiva, se encuentren en situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección. Sin perjuicio de la posibilidad de incluir a otros colectivos entre los beneficiarios de estas actuaciones, ha de entenderse necesariamente incluidos a niños y adolescentes, mujeres gestantes, personas mayores, enfermos, discapacitados físicos o psíquicos, desempleados, inmigrantes y personas que, por el motivo que fuere, se encuentren temporalmente desplazadas de su residencia habitual.

Navarra, Ley 7/2006, de 20 de junio, de defensa de los consumidores y usuarios, Supuestos de especial protección⁵³.

Aragão, Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón, Art. 5 Colectivos de consumidores especialmente protegibles⁵⁴.

Catalunha, Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, Colectivos especialmente protegidos⁵⁵.

Comunidad Valenciana, Ley 1/2011, de 22 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana, De los colectivos de especial protección⁵⁶.

53 Art. 3 Ley 7/2006 Supuestos de especial protección. 1. Serán objeto de especial protección así como de actuaciones específicas por las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral de Navarra, en el marco de lo dispuesto en la presente Ley Foral, los consumidores pertenecientes a colectivos que, por circunstancias especiales, se encuentren en una situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, tales como menores de edad, ancianos, discapacitados, inmigrantes y otros análogos. 2. Asimismo, serán objeto de especial protección los derechos de los consumidores cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

54 Art. 5 Ley 16/2006. 1. Serán objeto de atención prioritaria y especial protección por parte de los poderes públicos los colectivos de consumidores que se puedan encontrar en una situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada, y especialmente: (1) Los niños y adolescentes. (2) Los enfermos. (3) Las personas con discapacidad. (4) Las personas mayores. (5) Las mujeres gestantes. (6) Los consumidores económica y socialmente más desfavorecidos. 2. El catálogo anterior de colectivos especialmente protegibles no constituye un listado cerrado y podrá ser ampliado reglamentariamente.

55 Art. 111-2c Ley 22/2010 Colectivos especialmente protegidos: colectivos que, por la concurrencia de determinadas características, son especialmente vulnerables en cuanto a las relaciones de consumo. En cualquier caso, la protección especial debe darse teniendo en cuenta la persona consumidora media del colectivo en que se integra la persona consumidora. En particular, son colectivos especialmente protegidos: los niños y adolescentes, los ancianos, las personas enfermas, las personas con discapacidades y cualquier otro colectivo en situación de inferioridad o indefensión especiales.

56 Art. 7 Ley 1/2011 De los colectivos de especial protección. 1. Se consideran colectivos necesitados de una especial protección en la actuación de las administraciones públicas de la Comunitat Valenciana, los colectivos de consumidores en los términos del artículo 2 que se encuentren en situación de inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección más acusada por razón de su edad, origen o condición, y, en particular: (a) Los niños y los adolescentes. (b) Las personas con discapacidad. (c) Las personas mayores. (d) Los inmigrantes. (e) Las personas que se encuentren desplazadas temporalmente de su residencia habitual. 2. Reglamentariamente se podrá ampliar el anterior catálogo de colectivos de consumidores necesitados de especial protección.

Galícia, Ley 2/2012, de 28 de marzo, de protección general de las personas consumidoras y usuarias, Colectivos de protección especial⁵⁷.

La Rioja, até o momento (2012/2013) Proyecto de Ley para la Defensa de los Consumidores en La Rioja⁵⁸.

5.3 SITUAÇÃO ATUAL DAS MEDIDAS LEGISLATIVAS E POLÍTICAS NA ESPANHA

A vulnerabilidade do consumidor pode ser verificada em vários âmbitos. Merecem destaque o comércio eletrônico, determinados contratos de serviços públicos (principalmente gás e eletricidade), transporte aéreo e publicidade.

Quanto ao comércio eletrônico, a Lei de Serviços da Sociedade de Informação (LSSI)⁵⁹, promulgada em 2002 como implementação da Diretiva 2000/31/CE⁶⁰, inclui várias disposições que fazem referência a uma proteção especial para dois grupos específicos, quais sejam, crianças e jovens, além de pessoas com deficiência física ou mental. O art. 8 LSSI menciona a proteção da infância e juventude como um princípio que se pode alegar para restringir qualquer tipo de serviço da sociedade de informação. Em seguida, cabe destacar no art. 18 (2) LSSI, sobre os códigos de conduta, a menção especial de grupos de consumidores vulneráveis, de onde se estabelece a participação das associações não só de usuários, mas também

57 Art. 7 Ley 2/2012 Colectivos de protección especial. 1. Las administraciones competentes en materia de consumo velarán de modo especial y prioritario respecto a aquellos colectivos de protección especial, como niños, adolescentes, ancianos, mujeres víctimas de violencia de género, personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión social y todos aquellos que se encuentren en situación de inferioridad, subordinación, vulnerabilidad y un mayor grado de desprotección. 2. De acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, la Xunta de Galicia promoverá la implantación de políticas y de actuaciones dirigidas a facilitar el acceso de las personas con discapacidad a la información previa a la contratación, y, en especial, a la utilización del sistema braille en el etiquetado de los productos. 3. Reglamentariamente podrá ampliarse el catálogo de los colectivos consumidores necesitados de especial protección.

58 Disponível em: <<http://www.larioja.org>>.

59 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

60 Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno («Directiva sobre o comércio eletrônico»).

das organizações representativas de pessoas com deficiências⁶¹. Também se estabelece no art. 18 (2) LSSI a proteção especial dos menores de idade, podendo-se elaborar diplomas legislativos específicos sobre a matéria. Seguindo esta orientação, o chamado Código Ético de Comércio Eletrônico e Publicidade Interativa⁶² dedica um capítulo exclusivo à proteção de menores no âmbito da publicidade, assim como no âmbito do tratamento dos seus dados⁶³.

Em relação aos contratos de serviços públicos de fornecimento de gás e eletricidade, existem, no sistema jurídico espanhol, dois exemplos de proteção de consumidores vulneráveis. Em primeiro lugar, trata-se do anteprojeto de modificação da Lei do Setor de Hidrocarbonetos⁶⁴, publicado em 30 de junho de 2011 pelo Governo⁶⁵, e que permite ao Ministério de Indústria, Turismo e Comércio estabelecer condições específicas de fornecimento para os consumidores que se considerem vulneráveis devido a suas características econômicas e sociais; desta forma, a lei estaria em consonância com a Diretiva 2009/73/CE sobre normas comuns para o mercado interno de gás natural. Devido à mudança de Governo na Espanha depois das eleições celebradas em 20 de novembro de 2011, não é possível afirmar com segurança se este projeto de lei será aprovado ou revisto pelo novo governo⁶⁶. O segundo exemplo de proteção de consumidores vulneráveis resulta das medidas empreendidas no setor da eletricidade com a introdução do “bono social”⁶⁷, um instrumento de congelamento das tarifas de eletricidade para vários grupos: (i) consumidores que utilizem menos de 3 kW em sua residência habitual, (ii) aposentados que recebam quantias mínimas estabelecidas por lei, (iii) famílias numerosas e (iv) unidades familiares que tenham todos os seus membros em situação

61 Tanto o CERMI (*Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad*) como a ONCE (*Organización Nacional de Ciegos de España*) subscreveram um acordo com o *Ministerio de Ciencia y Tecnología* para promover o acesso das personas com deficiência à sociedade de informação. Cf. Cremades (-Ruiz Núñez), *La nueva ley de internet* (Madrid 2002), p. 304.

62 *Código ético de protección de datos en Internet, inscrito en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos, con el n° CT/0004/2002.*

63 No referido capítulo, constam diferentes normas a que estão adstritos os membros da AECE (*Asociación Española de Comercio Electrónico*).

64 *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.*

65 Disponível em: <<http://www.minetur.gob.es/energia/gas/Legislacion/Paginas/Propuestadelegislacion.aspx>>.

66 Informações atualizadas disponíveis em: <<http://www.minetur.gob.es/energia/es-es/novedades/paginas/listadonovedades.aspx>>.

67 Por força do *Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, que adopta medidas en el sector de la energía y aprueba el bono social.*

de desemprego. Segundo o Governo, trata-se de uma medida de caráter social para beneficiar os grupos mais vulneráveis⁶⁸. A efetividade deste bônus social tem sido objeto de vivo debate na sociedade espanhola, como se pode comprovar através de pesquisa nos meios de comunicação *on-line*⁶⁹.

Quanto à área do transporte, mais especificamente ao transporte aéreo de passageiros na Espanha, merece destaque o Regulamento (CE) n.º 261/2004 sobre indenização e assistência aos passageiros, que exige que a transportadora aérea preste uma atenção especial e dê prioridade a pessoas com mobilidade reduzida e aos menores desacompanhados (arts. 9 e 11 do referido regulamento)⁷⁰. Por outro lado, a legislação vigente em matéria de transporte terrestre, que envolve tanto o transporte rodoviário como ferroviário, não faz nenhuma referência especial a grupos de consumidores vulneráveis⁷¹.

Sobre o tema objeto deste estudo, também se pode encontrar uma proteção especial aos consumidores menores de idade no art. 3 (b) da Lei Geral de Publicidade (LGP)⁷².

Artigo 3 (b) LGP: É ilícita [...] a publicidade dirigida a menores que os incite à compra de um bem ou de serviço, explorando sua inexperiência ou credulidade, ou em que se queria persuadir os pais ou tutores à compra. Não se poderá, sem um motivo justificado, mostrar menores em situações de perigo. Não se deverá induzir a erro sobre características dos produtos, nem sobre a segurança, tampouco sobre a capacidade e atitudes necessárias da criança para utilizá-los sem produzir dano para si ou em terceiros.

Em uma sentença sobre publicidade enganosa, o Tribunal Supremo fez referência à Diretiva 2005/29/CE (Diretiva sobre as práticas comerciais desleais) e

68 Cfr. <<http://www.minetur.gob.es/energia/Tur/Bonosocial/Paginas/BonoSocial.aspx>>.

69 Em torno de 40% dos consumidores poderiam ser beneficiados por esta medida. Cfr. detalhes, formulário de requerimento etc. em <http://www.ceaccu.org/notas-de-prensa/quien-puede-solicitarlo-y-como-hacerlo>.

70 Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro de 2004 que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91.

71 *Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.*

72 *Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, na redação da Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.*

recorda que o Tribunal de Justiça da União Europeia dedicou atenção aos efeitos da publicidade enganosa diferenciando entre o consumidor típico (médio) e o consumidor vulnerável. Essa diferenciação foi relevante para a interpretação do artigo 282 do Código Penal espanhol, por se tratar de um caso de publicidade enganosa⁷³.

A proteção especial para grupos de consumidores vulneráveis também foi introduzida na legislação espanhola na matéria de competência desleal, conforme visto anteriormente.

6 MEDIDAS QUE PODERIAM SER ADOTADAS A NÍVEL EUROPEU PARA LIDAR COM SITUAÇÕES DE VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES

Em geral, poderia resultar muito difícil a elaboração de um conjunto de normas legais comuns para fazer frente à vulnerabilidade dos consumidores no âmbito da União Europeia. Os problemas da vulnerabilidade podem ter causas muito distintas, podem surgir em situações muito diversas e podem requerer medidas de diferente natureza para cada caso. Os vários exemplos de legislação e jurisprudência a favor dos consumidores vulneráveis que citamos em relação à Alemanha têm sido uma resposta a práticas comerciais que não se sabe se são comuns em outros Estados-Membros da União Europeia. Por isso, talvez não seja conveniente fazer uso destes exemplos sem investigar mais detidamente se representam problemas na escala europeia e se os meios de defesa aplicados num ordenamento jurídico específico, como o alemão, também funcionariam em outra jurisdição.

A experiência alemã poderia resultar útil para estabelecer uma definição de “consumidores vulneráveis”, no âmbito europeu, que seja mais precisa e ampla, incluindo todos os consumidores inexperientes ou os consumidores submetidos a situações de coação ou pressão. Além disso, a legislação europeia em matéria de proteção dos consumidores poderia fazer garantir que sejam levados em conta os aspectos da vulnerabilidade na transposição e aplicação dessa legislação, fazendo constar expressamente um critério valorativo de que as disposições nesta matéria deverão ser aplicadas de tal modo que os consumidores especialmente vulneráveis recebam a proteção concreta de que necessitem. Esta declaração expressa, no texto da lei, em forma de princípio, poderia contribuir para melhorar a situação dos consumidores vulneráveis, uma vez que os tribunais e as autoridades encarregados

⁷³ Sentença TS 7786/2009, de 17 de novembro de 2009. Disponível em: <www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>. Número de referência ROJ 7786/2009.

da proteção dos consumidores teriam que tomar esse princípio em consideração na hora de interpretar e aplicar a legislação pertinente.

Entendendo-se que a “vulnerabilidade” é um conceito difícil de definir, seria útil pôr a questão em termos mais claros. A experiência alemã poderia servir, assim, para elaborar uma definição mais precisa e ampla do termo “consumidores vulneráveis” do que a figura atualmente presente na Diretiva relativa a práticas comerciais desleais. Esta definição mais ampla poderia incluir, em especial, os consumidores carentes de experiência comercial ou os consumidores submetidos a temor ou pressão.

Na Espanha, a especificidade da coexistência de ordenamentos jurídicos de direito privado tem propiciado a criação de um mosaico de estatutos. Daí resulta que diversas situações de vulnerabilidade dos consumidores ou denominações de grupos vulneráveis de consumidores sejam previstas por lei. É neste sentido que se deve ter em conta a legislação espanhola a nível regional como um manual de exemplos de como podem ser tratadas questões relativas à vulnerabilidade dos consumidores e às situações de vulnerabilidade e grupos de proteção especial. Além disso, é recomendável exercer um controle adequado da efetividade das ações pertinentes e medidas práticas teoricamente aplicáveis em várias áreas, a exemplo do comércio eletrônico, da publicidade, do transporte ou da questão dos vínculos sociais no fornecimento de gás e eletricidade, concluindo-se que não se verifica a devida proteção dos consumidores especialmente vulneráveis, se as medidas não forem efetivadas.

REFERÊNCIAS

- BÖHLER, Christian. Wettbewerbsrechtliche Schranken für Werbemaßnahmen bei Minderjährigen. In: *Wettbewerb in Recht und Praxis*. Frankfurt am Main, 2011.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex, 2011.
- CERDÁ GIMENO, José. *Estudios sobre codificación y derechos civiles extraterritoriales*. Madrid: San José, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, v. I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica. 12. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio. *Curso de derecho civil foral*. Madrid: Dykinson, 2000.
- GÖTTING, Horst-Peter et al. *Handkommentar zum Wettbewerbsrecht (UWG)*. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- GUALDE CAPÓ, Patricia (Dir.). *Competencia desleal*. Madrid: F. Lefebvre, 2011.
- HARTE-BAVENDAMM, Henning; HENNING-BODEWIG, Frauke. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG-Kommentar*. 2. ed. Munique: Beck, 2009.
- HESSELINK, Martijn W. How many systems of private law are there in Europe? On plural legal sources, multiple identities and the unity of law. In: *Social Science Research Network*, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2046964>> Último acesso em: 6 jun. 2013.
- HEERMANN, Peter W. et al. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*. Vol. I. Munique: Beck, 2006.

KÖHLER, Helmut; BORNKAMM, Joachim. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung*. 29. ed. Munique: Beck, 2011.

KNUBBEN, Kerstin. *Die Werbung unter Ausnutzung von Angst - §4 Nr. UWG*. Hamburgo: Kovač, 2007.

SCHULTE-NÖLKE, Hans; TWIGG-FLESNER, Christian; EBERS, Martin (eds.). *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*. Munique: Sellier, 2008. Disponível em: <http://www.eu-consumer-law.org/study_en.cfm> Acesso em: 6 jun. 2013.

TATO PLAZA, Anxo; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo; HERRERA PETRUS, Christian Herrera Petrus. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Wolters Kluwer, 2010.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez. *Pluraridad de derechos civil españoles: el artículo 149.1, regla 8 de la CE*. Madrid: Civitas, 1997.



Análise conceitual da relação jurídica de consumo no Brasil

Fabício Germano Alves
Yanko Marcius de Alencar Xavier

1 Introdução; 2 Conceituação quadripartida de consumidor; 3 Conceito de fornecedor; 4 Produto e serviço como objetos da relação jurídica de consumo; 5 Consumo de serviço público; 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento da relação jurídica de consumo é o fator determinante para a delimitação do âmbito de aplicação do conjunto de regras e princípios que compõem o microsistema de proteção e defesa do consumidor, visto que a normatização consumerista é voltada somente para a regulação das relações jurídicas que implicarem em relações de consumo. No entanto, em todo o microsistema consumerista não há uma definição expressa a respeito do que constitui uma relação de consumo, portanto, para a sua compreensão é necessária a análise conjunta de todos os elementos que a compõem (subjetivos, objetivos e causal). Desta forma, somente a partir do estudo conjugado desses elementos é que se pode chegar a uma conceituação a respeito da relação jurídica de consumo, a qual permitirá a obtenção de uma visão mais clara em relação ao universo de aplicação do microsistema consumerista.

Toda relação de consumo é composta por elementos subjetivos, objetivos, e um elemento causal. Os elementos subjetivos são os sujeitos que compõem a relação de consumo, ou seja, fornecedor (mediato ou imediato) e consumidor (stricto sensu ou equiparado). São considerados elementos objetivos os objetos da relação de consumo, que podem ser produtos e/ou serviços dispostos pelo fornece-

dor no mercado de consumo. O elemento causal ou finalístico é definido a partir de uma doutrina teleológica (teoria da finalidade) que consiste em aferir a presença da destinação final na aquisição ou utilização de produto ou serviço como requisito necessário para a caracterização da relação jurídica de consumo. Note-se que o ato de consumo não se restringe apenas à conduta de adquirir, mas engloba também a conduta de utilizar o produto ou serviço. Assim, ambos poderão ser considerados consumidores, tanto os que adquiram quanto os que apenas utilizem produtos ou serviços como destinatários finais dos mesmos. Esse atributo de destinação final que consubstancia o elemento causal da relação de consumo representa o processo de destruição “técnica” de bens e serviços, isto é, o consumidor atua como usuário final de um bem econômico¹.

Deste modo, para que possa ser inserida na esfera de regulamentação do microssistema instaurado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor é preciso que a relação jurídica contenha simultaneamente todos os elementos caracterizadores da relação de consumo (subjctivos, objetivos e causal). Há que se identificar dentro da relação jurídica o fornecedor e o consumidor, bem como a qualidade de destinatário final deste, pois, estando caracterizada apenas uma dessas partes, seja consumidor ou fornecedor, é consequência necessária a configuração de contrato estranho à relação de consumo². O mesmo ocorre caso esteja ausente o elemento finalístico.

Destarte, diante de uma determinada situação jurídica concreta, se o aplicador do Direito não constatar a configuração de uma relação de consumo, em decorrência da ausência de qualquer de seus elementos, necessariamente deverá deixar de aplicar a normatização consumerista à referida situação, limitando-se ao uso de outras normas do ordenamento jurídico para reger tal relação, sejam de natureza civil, comercial ou outra que lhe seja adequada³. De tal forma se opera a delimitação do campo de incidência de toda a normatização consumerista. Passemos então a conceituação de cada elemento individualmente.

1 Thierry Bourgoignie, O conceito jurídico de consumidor, *Revista direito do consumidor*, p. 16.

2 Fábio Ulhoa Coelho, *O empresário e os direitos do consumidor*, p. 126.

3 Nesse sentido: Roberto Senise Lisboa, *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*, p. 6.

2 CONCEITUAÇÃO QUADRIpartida DE CONSUMIDOR

Dentro do rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXII, instituiu a defesa do consumidor. A feição da concretização desse direito depende essencialmente da interpretação dispensada ao termo consumidor nesta disposição normativa. Em conformidade com o enunciado constitucional supracitado, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) estabeleceu um grupo de definições que devem ser estudadas conjuntamente para formar o conceito de consumidor adotado para os fins de aplicação do microsistema consumerista. Esse conceito trazido pelo Código será o parâmetro usado para definir a acepção do termo consumidor no ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Para o estudo dogmático do Direito das relações de consumo é imprescindível um entendimento claro e preciso a respeito do conceito de consumidor. Em princípio, esse conceito deve ser delineado pelo microsistema jurídico de proteção consumidor independentemente de considerá-lo, em última instância, como detentor do poder do sistema de mercado, por se tratar daquele que escolhe comprar ou não comprar⁴, ou em sentido diametralmente oposto, ser entendido como um ente essencialmente passivo, do qual a racionalidade estaria restrita apenas a responder corretamente a cada estímulo que é submetido⁵.

Uma compreensão geral e completa a respeito do conceito de consumidor, elemento subjetivo cerne da relação jurídica de consumo, somente pode ser obtida a partir do estudo associado das quatro definições, uma de forma direta (*stricto sensu*) e mais três outras por equiparação (*lato sensu*), trazidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não olvidando a imprescindibilidade da caracterização do elemento causal, ou seja, a identificação do consumidor como destinatário final, em caráter prevaLENcente, e a sua vulnerabilidade, em caráter secundário, como fatores determinantes para a classificação de uma relação jurídica como relação de consumo.

Inicialmente o Código apresenta uma definição de consumidor *stricto sensu*, isto é, de forma direta, que aparece no artigo 2º, *caput* com o seguinte texto: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou ser-

⁴ “In the market system the ultimate power, to repeat, is held to be with those who buy or choose not to buy; thus, with some qualifications, the ultimate power is that of the consumer”. John Kenneth Galbraith, *The economics of innocent fraud: truth for our time*, p. 12.

⁵ Celso Furtado, *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*, p. 60.

viço como destinatário final”. A partir de uma simples interpretação literal do dispositivo em questão podemos perceber que se torna de pronto incabível qualquer espécie de discussão a respeito da possibilidade de consideração de pessoa jurídica como consumidora, uma vez que a própria lei já faz menção direta à pessoa jurídica em sua redação, ao reconhecer expressamente a possibilidade de serem consideradas consumidoras tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas⁶. No mesmo sentido, o artigo 4º, inciso I do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao instituir o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, não fez qualquer distinção a respeito da impossibilidade desse reconhecimento em relação à pessoa jurídica, de forma que tal reconhecimento não pode ser apenas para o consumidor pessoa física ou não profissional, quando o próprio legislador não consagrou dita excepcionalidade à vulnerabilidade⁷. Deste modo, ao se encontrar numa posição de destinatária final de produtos e/ou serviços, a pessoa jurídica também pode ser marcada por certa vulnerabilidade na relação, merecendo por isso igualmente uma proteção especial por parte do microsistema de proteção consumerista.

Quanto às condutas de adquirir ou utilizar, trazidas no *caput* do artigo 2º do Código não resta muita dúvida ou dissenso entre os aplicadores do Direito. O problema maior se mostra quando se trata do critério a ser utilizado para a caracterização do consumidor como destinatário final, ou seja, a celeuma principal reside na definição do elemento causal da relação de consumo. No que se refere ao repasse ou revenda dos produtos e serviços, não resta dúvida de que esse tipo de prática desconfigura o requisito de destinação final legalmente exigido. No entanto, considerando o profissionalismo ou aferição de lucro empregada na aquisição ou utilização de determinado produto ou serviço, assim como a situação de vulnerabilidade a que está sujeito no mercado de consumo, surgiram a respeito dessa questão duas teorias: teoria finalista e teoria maximalista.

6 “O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 733.560/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 11/04/2006. DJ. 02/05/2006.

7 Paulo R. Roque Khouri, *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor* em juízo, p. 48.

Também chamada de teoria econômica, minimalista ou subjetiva, a teoria finalista⁸ determina que a interpretação da expressão “destinatário final” deve ser feita de forma restritiva, ou seja, não devem ser considerados consumidores aquelas pessoas físicas ou jurídicas que adquirem ou utilizam um determinado produto ou serviço em seu trabalho, como bem de produção, mesmo que a partir deste não venham a auferir lucro diretamente. Conforme essa teoria existe uma presunção de não vulnerabilidade dos que adquirem certo produto ou utilizam determinado serviço nas mencionadas condições. Ao aplicar essa forma de interpretar, o universo de pessoas que seriam consideradas consumidoras diminui consideravelmente, excluindo-se desse universo inclusive todos os que adquirem ou utilizam produto ou serviço no desenvolvimento de atividade profissional, partindo do pressuposto de que estes não se encontram em situação de vulnerabilidade no ato da realização do contrato. De acordo com a teoria finalista, para a configuração da relação de consumo a constatação da destinação final fática e econômica são requisitos necessários⁹. V.g., um cirurgião dentista que compra uma cadeira odontológica para o seu consultório. Nesse caso, o dentista não auferir lucro diretamente a partir da cadeira odontológica, mas como esta é usada de forma indireta na atividade lucrativa desempenhada pelo citado profissional, e este, segundo a teoria finalista, não se encontra vulnerável nessa relação, ele não poderia ser considerado destinatário final da cadeira odontológica, conseqüentemente, nos termos do Código, não restaria configurada relação de consumo neste caso.

Em contrapartida, para a teoria maximalista¹⁰, também chamada teoria objetiva, a expressão “destinatário final” contida no artigo 2º, *caput* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor deve ser interpretada de forma extensiva, ou

8 Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 306.

9 “Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 476.428/SC. Relatora: Min. Nancy Andrigui. Julgamento em 19/04/2005. DJ. 09/05/2005.

10 Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 79; Fátima Nancy Andrigui, O Código de Defesa do Consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, In: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, p. 26. Antônio Carlos Efig, *Fundamentos do direito das relações de consumo*, p. 60. João Andrades Carvalho, *Código de Defesa do Consumidor: comentários, doutrina, jurisprudência*, p. 20 – 24. Arruda Alvim *et al. Código do Consumidor comentado*, p. 22 – 23.

seja, ampliando o conceito de consumidor para abranger todos os que adquirem ou utilizam produto ou serviço, inclusive os bens de produção, retirando-os do mercado de consumo, independentemente de sua aplicabilidade ou não desempenho de atividade profissional, desde que não venham a auferir de lucro diretamente a partir desse produto ou serviço. Fundamentando-se no princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, insculpido no artigo 4º, inciso I do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a teoria maximalista exige apenas a comprovação da destinação final fática para que se possa configurar a relação de consumo. V.g., no mesmo caso anteriormente citado do cirurgião dentista que compra uma cadeira odontológica para o seu consultório, de acordo com a teoria maximalista deveria haver o reconhecimento da relação de consumo, uma vez que o dentista, embora faça um uso profissional da cadeira odontológica, não busca auferir lucro de forma direta a partir dela, caracterizando assim a sua qualidade de destinatário final. Ainda, a vulnerabilidade do dentista na aquisição da cadeira odontológica já seria presumida.

A teoria maximalista parece ser a mais plausível dentre as duas. Primeiramente porque a expressão “destinatário final” contida no artigo 2º, *caput* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi empregada com a finalidade pura e simples de se contrapor à obtenção direta de lucro mediante a comercialização dos produtos ou serviços já adquiridos ou utilizados, isto é, à revenda ou repasse. Segundamente porque o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo não permite qualquer interpretação restritiva ou excludente em relação a qualquer categoria de consumidores. De tal forma, a restrição quanto à presunção de vulnerabilidade imposta pela aplicação da teoria finalista implica em um excesso incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa dos direitos do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência¹¹. Uma interpretação restritiva dessa natureza seria ilógica, feriria o princípio constitucional da isonomia, além de estar em desacordo com o sistema implantado pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹². Destarte, a interpretação do artigo 4º, inciso I do Código de proteção e Defesa do Consumidor deve ser feita de forma irrestrita, extensiva, de maneira que a situação de vulnerabilidade de todos os consumidores no mercado de consumo possa ser presumida. Com isso, amplia-se o âmbito de caracterização das relações de consumo e conseqüentemente de aplicação do microsistema de

11 Fátima Nancy Andrigui, O Código de Defesa do Consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, In: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*, p. 26.

12 Luis Antônio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, p. 79.

proteção consumerista, possibilitando abarcar um número bem mais elevado de relações jurídicas de tal natureza.

Apesar da instituição do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo como um dos princípios que devem nortear toda a Política Nacional das Relações de Consumo, grande parte da doutrina, acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça, adotou um posicionamento destoante tanto da teoria finalista como da teoria maximalista para explicar a referida expressão “destinatário final”. Esse posicionamento consiste em uma terceira vertente teórica, chamada de teoria finalista atenuada ou mitigada¹³. De acordo com essa teoria o profissional ou empresa que adquire ou utiliza um determinado produto ou serviço no curso de sua atividade pode ser considerado consumidor destinatário final, mesmo em se tratando dos chamados bens de produção, porém, a comprovação de sua vulnerabilidade técnica, jurídica, econômica ou informacional nessa relação é requisito inafastável¹⁴. Deste modo, embora a vulnerabilidade do consumidor pudesse ser presumida, esta não seria hipótese de presunção absoluta (*juris et de jure*), ou seja, essa presunção de vulnerabilidade poderia vir a ser afastada pelo próprio Poder Judiciário de ofício ou mediante apresentação de prova em contrário pela outra parte (*juris tantum*)¹⁵.

13 No Superior Tribunal de Justiça percebemos a adoção a essa teoria nos posicionamentos apresentados nos seguintes acórdãos: Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 661.145 – ES. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em 22/02/2005. DJ. 28/03/2005; Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 476.428 – SC. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 19/04/2005. DJ. 09/05/2005; Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº. 1.080.719/MG. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 10/02/2009. DJe. 17/08/2009. Na seara doutrinária: Nishiyama, *A proteção constitucional do consumidor*, p. 64; Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 36 – 41; Fabrício Bolzan, Serviço público e a incidência do Código de Defesa do Consumidor, In: *Leituras complementares de direito administrativo*: Advocacia pública, p. 232; Maria Antonieta Zanardo Donato, *Proteção ao consumidor*: conceito e extensão, p. 108. Rodolfo de Camargo Mancuso, A jurisprudência evolutiva do STJ em temas controversos e relevantes do consumerismo, In: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno, p. 483.

14 “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 586.316/MG. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em 17/04/2007. DJe. 19/03/2009.

15 Maria Antonieta Zanardo Donato, *Proteção ao consumidor*: conceito e extensão, p. 108.

O conceito de consumidor *lato sensu*, indireto ou por equiparação é composto a partir das disposições contidas no artigo 2º, parágrafo único, artigo 17 e no artigo 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A primeira definição de consumidor por equiparação aparece disciplinada no artigo 2º, parágrafo único do Código com o seguinte texto: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Mediante essa equiparação, o Código institui a qualidade de consumidor a um grupo ou uma universalidade de pessoas, mesmo que não seja possível a sua determinação, quando houver uma intervenção por parte destes na relação de consumo. Note-se que neste caso o citado diploma consumerista não trouxe qualquer parâmetro para se aferir se houve ou não a ocorrência da referida intervenção para os efeitos legais, deixando com isso uma ampla esfera de liberdade ao intérprete-aplicador para a definição desses parâmetros. O objetivo da equiparação em questão é a proteção dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, que englobam as espécies de direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, principalmente de maneira preventiva.

A segunda definição de consumidor por equiparação foi instituída pelo artigo 17 do Código nos seguintes termos: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Inicialmente, cumpre-nos frisar que a seção a que se refere o citado dispositivo é a seção II do capítulo IV, que trata a respeito da responsabilização pelo fato do produto e do serviço. Esta seção disciplina a responsabilidade decorrente da relação de consumo, também chamados acidentes de consumo. Por força do artigo 17 do Código, quaisquer terceiros, mesmo que não intervenham diretamente na relação de consumo, que venham a sofrer algum tipo de dano em decorrência dela, serão considerados consumidores por equiparação¹⁶. Estes são chamados *bystanders*, isto é, pessoas que antes eram estranhas à relação de consumo, porém, devido à ocorrência de um dano decorrente

16 “Nos termos do que dispõe o art. 17 da Lei n. 8.078/90, equipara-se à qualidade de consumidor para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica”. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp. nº 1000329/SC. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em 10/08/2010. DJe. 19/08/2010. E também: “Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 181580/SP. Relator: Min. Castro Filho. Julgamento em: 09/12/2003. DJ. 22/03/2004.

de um defeito ou vício no produto ou serviço objeto de uma relação de consumo, passaram por equiparação a integrar essa relação.

O artigo 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor completa o conjunto de definições por equiparação que compõem o conceito indireto ou *latu sensu* de consumidor adotado pelo microssistema consumerista. O texto do referido artigo estabelece uma equiparação aos consumidores, para os fins dos capítulos V e VI, que dispõem sobre práticas comerciais e proteção contratual respectivamente, de todas as pessoas, ainda que não possam ser determinadas, que forem expostas às práticas previstas no capítulo V, que trata das práticas comerciais¹⁷. Deste modo, somente esse tipo de prática tem o condão de atuar como fator decisivo no processo de aferição que determinará ou não a configuração da relação de consumo por equiparação na hipótese de exposição de pessoas, não obstante a própria redação do artigo 29 determinar que a equiparação seja realizada tanto para os fins do capítulo V (práticas comerciais) como do capítulo VI (proteção contratual). Para que ocorra a equiparação de um conjunto de pessoas ao status de consumidores nos termos do artigo 29 é indiferente a qualidade desse grupo no sentido da possibilidade de determinação.

Para a configuração da equiparação em questão o que se exige é a simples exposição de pessoas às práticas comerciais previstas no capítulo V do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ou seja, não há que se falar em exaurimento da relação de consumo pela prática de um determinado ato, uma vez que, por força do mencionado artigo, a mera exposição é suficiente para a caracterização da relação de consumo por equiparação. Ao exigir como requisito somente a simples exposição o Código procura direcionar o foco para a seara da “prevenção”, uma vez que o Ministério Público, ou mesmo qualquer cidadão, não necessita esperar a concretização ou exaurimento de uma prática comercial nefasta para somente depois atuar, mediante a interposição da ação civil pública ou da ação popular respectivamente. Ambos podem agir de imediato em vistas a evitar que esse dano, que já é presumido, tenha consequências maiores. Logo, quando as pessoas, ainda que indeterminá-

17 “Já o artigo 29 inserto no Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, que trata das práticas comerciais, equipara a consumidor toda pessoa determinável ou não exposta às práticas nele previstas, bem como regula a oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas e os bancos de dados e cadastros de consumidores. Vale dizer que, ainda que não integrem uma relação de consumo, podem as pessoas determináveis ou não serem amparadas pelo código consumerista. São os potenciais consumidores que, atraídos pelas condições da oferta de um produto ou serviço e por sua publicidade, constatarem serem inverídicas aquelas condições, compelindo o fornecedor a respeitar o que divulgou acerca do seu produto ou do seu serviço”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 655.436/MT. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento em: 08/04/2008. DJe. 28/04/2008.

veis, são expostas a uma prática comercial nociva (v.g., uma mensagem publicitária enganosa ou abusiva), a relação de consumo por equiparação é automaticamente caracterizada e o dano em si já é presumido (*praesumptio juris et de jure*), independentemente de prova de ter ou não havido uma perda ou prejuízo real, ou da presença de uma conduta dolosa ou culposa por parte fornecedor. A simples exposição à prática já é absolutamente suficiente para configurar a relação de consumo¹⁸, prescindindo-se de qualquer atuação exauriente por parte do consumidor¹⁹.

Assim, podemos afirmar que as práticas que dizem respeito à oferta, à publicidade, às práticas abusivas, à cobrança de dívidas, e às condutas referentes a bancos de dados e cadastro de consumidores, são espécies de práticas que fazem parte da área de regulamentação do artigo 29 do Código, uma vez que a mera exposição de pessoas, mesmo que indetermináveis, a qualquer das mencionadas práticas tem o condão de configurar uma relação de consumo por equiparação em consonância com a redação do artigo 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor²⁰.

O conjunto de definições que integram o conceito de consumidor por equiparação, adotado pelo microsistema consumerista, pode ser resumido da seguinte forma: “O CDC equipara a consumidor todas as pessoas que intervenham nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único), as vítimas dos acidentes de consumo (art. 17) e todas as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais (art. 29). Isso inclui a publicidade”²¹. Todavia, uma análise mais esmerada nos permite reconhecer a correção apenas parcial do mencionado resumo, uma vez que, embora haja certa ambiguidade, ao interpretarmos a redação disposta no artigo 29 do Código podemos concluir que ao utilizar a expressão “práticas nele previstas” o diploma consumerista faz referência somente a um capítulo de forma singular, neste caso, dirigindo-se ao capítulo V (práticas comerciais) especificamente, não obstante o fato de que a equiparação feita nos moldes do mencionado artigo pode servir para os fins tanto deste como do capítulo VI (proteção contratual). Por conseguinte, a

18 Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 264.

19 Maria Antonieta Zanardo Donato, *Proteção ao consumidor*: conceito e extensão, p. 228.

20 “Nesse dispositivo, encontra-se um conceito próprio e amplíssimo de consumidor, desenhado em resposta às peculiaridades das práticas comerciais, notadamente os riscos que, in abstracto, acarretam para toda a coletividade, e não apenas para os eventuais contratantes in concreto”. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandando de segurança nº 27541/TO. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgamento em: 18/08/2009. DJe. 27/04/2011.

21 Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, p. 77 – 78.

partir de uma visão estrita podemos concluir que as práticas às quais a exposição de pessoas é idônea a caracterizar uma relação de consumo por equiparação nos termos do artigo 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são apenas as práticas comerciais previstas no próprio capítulo em que se encontra o citado artigo (capítulo V), o mesmo não ocorrendo com as práticas contratuais, simplesmente por estarem previstas no capítulo seguinte (capítulo VI). Contudo, não se mostraria absolutamente correta a afirmação no sentido de que nenhuma das práticas contratuais previstas no capítulo VI (proteção contratual) teria o condão de caracterizar uma relação de consumo por equiparação na forma do artigo 29 do Código pela simples exposição, uma vez que a existência dessa possibilidade pode ser constatada ao percebermos que algumas das práticas contratuais disciplinadas no capítulo VI também podem configurar práticas abusivas, inserindo-se de tal forma no universo pertinente às práticas comerciais de que trata o capítulo V (v.g., as cláusulas contratuais abusivas).

De tal forma, em consonância com a conceituação quadripartida apresentada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, embora já tenha sido objeto de definição doutrinária bastante completa²², nos propomos a proferir de maneira sucinta uma definição geral elucidativa para o entendimento do conceito de consumidor dentro do ordenamento jurídico brasileiro, para os fins de delimitação da área de aplicação do microsistema de proteção consumerista, partindo das quatro definições diretivas trazidas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, afirmando que são considerados consumidores diretos ou *stricto sensu* todas as pessoas físicas ou jurídicas, que venham a adquirir ou utilizar, um produto ou serviço, como destinatário final, ou seja, sem a intenção de revenda (*caput* do artigo 2º); assim como, compondo uma acepção *lato sensu*, também são considerados consumidores, indiretos ou por equiparação, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que intervier em uma relação de consumo (parágrafo único do artigo 2º); todas as vítimas dos chamados defeitos ou acidentes de consumo (artigo 17); assim como todas as pessoas, mesmo que indetermináveis, que forem expostas

²² “Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de serviços. Além disso, há que se equiparar a consumidor a coletividade que, potencialmente, esteja sujeita ou propensa à referida contratação. Caso contrário se deixaria à própria sorte, por exemplo, o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança”. José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de direitos do consumidor*, p. 22.

às práticas comerciais previstas no capítulo V do Código (artigo 29); partindo do pressuposto de que em todos esses casos as pessoas consideradas consumidoras estão em uma situação peculiar de vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I).

3 CONCEITO DE FORNECEDOR

Para que se possa delimitar o âmbito de aplicação da normatização consumerista, além de compreender o conceito de consumidor, também é preciso que se entenda o conceito do outro elemento subjetivo que compõe a relação jurídica de consumo, ou seja, o fornecedor²³. Esse conceito encontra-se delineado pela definição constante no artigo 3º, *caput* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, segundo o qual é considerado fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados, desde que desenvolvam atividade de “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. O mencionado dispositivo do Código enumera um rol de atividades possivelmente desenvolvidas por um fornecedor no mercado de consumo, no entanto não se trata de um rol taxativo, isto é, o mencionado dispositivo não se presta a listar exhaustivamente todas as condutas que podem ser assumidas pelos fornecedores. Em virtude de proporcionar uma maior efetividade para o microsistema consumerista, reconhecemos que a interpretação do artigo 3º, *caput* do diploma consumerista deve ser feita de forma abrangente, de maneira que o rol atividades elencadas por ele deve ser entendido como exemplificativo (*numerus apertus*) das atividades que normalmente envolvem as relações de consumo²⁴.

O conceito de fornecedor adotado pelo microsistema de proteção consumerista é formado principalmente a partir do conjunto de atributos instituídos na definição trazida pelo artigo 3º, *caput* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Desta feita, a partir de uma simples interpretação literal do mencionado dispositivo podemos constatar inicialmente que a atribuição da qualidade de fornecedor não é destinada exclusivamente ao universo das pessoas jurídicas. De tal forma, qualquer pessoa física que desempenhe quaisquer das atividades descritas no citado artigo (“produção, montagem, criação, construção, transformação, im-

23 Segundo Plácido Silva o termo fornecedor é “derivado do francês ‘*fournir*’ (fornecer, prover), de que se compôs ‘*fournisseur*’ (fornecedor), entende-se todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias ao seu consumo”. Plácido Silva, *Vocabulário jurídico*, p. 138.

24 Arruda Alvim, *Código do Consumidor comentado*, p. 35.

portação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”), pode vir a ser considerada fornecedora de produtos ou serviços para os fins de aplicabilidade da normatização consumerista.

No universo das relações de consumo o termo “fornecedor” costuma ser geralmente associado à imagem de uma empresa (pessoa jurídica) privada, porém o Código dispensa um tratamento indistinto às pessoas públicas e privadas, permitindo consequentemente que ambas sejam consideradas fornecedoras sem qualquer restrição em relação à natureza. Deste modo, resta clara a possibilidade classificação do Poder Público (Estado) como fornecedor, seja diretamente, principalmente por meio de uma das empresas públicas, ou indiretamente mediante outras pessoas jurídicas concessionárias ou permissionárias de serviço público²⁵. Podemos vislumbrar o reconhecimento do Código em relação a ambas as formas de prestação de serviços pelo Poder Público (direta e indireta) quando ao enunciar no artigo 6º, inciso X o direito básico do consumidor à “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” o referido diploma consumerista não faz qualquer distinção quanto aos serviços públicos próprios ou impróprios.

A mesma indiferença com que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor trata as pessoas jurídicas públicas e privadas, para fins de enquadramento destas no conceito de fornecedor, foi dispensada aos entes nacionais e estrangeiros. Assim sendo, além dos fornecedores nacionais, caso alguma pessoa física ou jurídica proveniente de outro Estado nacional venha a desenvolver quaisquer das atividades elencadas no artigo 3º, *caput* do Código, esta poderá ser considerada fornecedora para os efeitos de incidência do microsistema consumerista brasileiro. Um problema prático se apresenta quando esta atividade for completamente desenvolvida fora do território nacional.

A definição de consumidor apresentada no artigo 3º, *caput* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é tão abrangente que abrange até mesmo os entes despersonalizados²⁶. Portanto, para efeitos de aplicabilidade das normas de proteção e defesa do consumidor, ainda que não sejam formalmente dotados de personalidade jurídica, os entes que desenvolverem qualquer das atividades referidas no citado artigo poderão ser considerados fornecedores. Os entes despersona-

25 José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, p. 47.

26 Entendimento contrário à possibilidade de se considerar ente despersonalizado como fornecedor é sustentado por Cavalcanti. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, *Comentários Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 21.

lizados de a que se refere o Código podem ser sociedades irregulares ou sociedades de fato. Sociedades irregulares são aquelas que embora se encontrem devidamente registradas no cartório de registros ou na junta comercial, possuem algum vício na sua constituição, ao passo que as sociedades de fato dizem respeito aos entes que nem mesmo possuem registro no cartório de registros ou na junta comercial, sendo por isso consideradas “inexistentes” para o Direito. De tal forma, mesmo sendo desprovidos de personalidade jurídica de acordo com os parâmetros legais, alguns entes poderão vir a ser considerados fornecedores para fins de incidência da normatização consumerista nos termos do artigo 3º, *caput* do Código. (v.g., a massa falida autorizada a continuar as atividades comerciais da empresa)²⁷.

Na definição de fornecedor constante no mencionado dispositivo do Código, o profissionalismo e a continuidade no desenvolvimento de atividade no mercado de consumo não são instituídos como requisitos imprescindíveis à configuração de uma determinada pessoa como fornecedora para fins de aplicação do microsistema consumerista. Apesar da omissão legislativa nesse sentido, entendemos que a atividade de inserção de produtos e serviços que interessem ao consumidor no mercado de consumo não deve resultar de atividade incidental ou intermitente²⁸, mas sim ser desenvolvida mediante organismos econômicos permanentes (fatores de produção)²⁹, ou seja, de maneira especializada e profissional (habitual)³⁰. Contudo, em muitos casos torna-se difícil realizar a distinção entre profissionais e não profissionais, uma vez que essa tarefa exige quase sempre uma investigação simultânea sobre a vida privada e profissional do indivíduo³¹ para a obtenção dos elementos necessários à aferição ao padrão exigido pelo Código para a caracterização de uma determinada pessoa como fornecedor.

Assim sendo, para fins de determinação da aplicabilidade do microsistema consumerista, poderíamos afirmar que a atividade desenvolvida pelo fornecedor no mercado de consumo consiste na prática reiterada de atos negociais por um

27 Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, *Comentários Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, p. 48.

28 Eduardo Gabriel Saad, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 70.

29 Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, p. 47.

30 “[...] a profissionalidade é, portanto, o que determina a incidência jurídica da norma, ao tempo que afasta as demais, v.g., as normas civis”. Flávio de Queiroz Bezerra Cavalcanti. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*, p. 44.

31 “*L’application de la distinction entre professionnels et non professionnels n’est cependant pas toujours aussi commode car une interpenetration de la vie privée et de la vie professionnelle de l’individu est inévitable*”. Pierre Godè, *Dictionnaire juridique consommation*, p. 270.

mesmo sujeito, de maneira organizada e unificada, com uma finalidade econômica unitária e permanente³², de forma que são compreendidos no conceito de fornecedor todos os que propiciam a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, não importando a que título³³. Desta maneira, seriam considerados fornecedores todos aqueles que, aos olhos do consumidor, se tornam responsáveis pelo fornecimento de mercadoria ou de serviços, desde a produção até a comercialização dos mesmos³⁴.

Dependendo da forma com que o fornecedor interage com o consumidor na esteira da mercancia para a efetivação da relação de consumo, aquele pode ser classificado como fornecedor mediato ou imediato. Também chamado fornecedor indireto, o fornecedor mediato é aquele que embora faça parte da cadeia de consumo, não mantém uma relação direta com os consumidores. Estão incluídos nesta categoria de fornecedores todos aqueles que propiciam a efetivação da relação de consumo mediante o desempenho de atividades nas quais não há interação direta com os consumidores, tais como a produção, fabricação, montagem, criação, construção, transformação, manipulação, importação, exportação, distribuição, apresentação, acondicionamento, entre outras. Ao contrário, é considerado fornecedor direto ou imediato todo aquele que se relaciona diretamente com o consumidor no desempenho de suas atividades, sem a existência de intermediários, ou seja, é o que atua de forma mais específica na comercialização de produtos e/ou na prestação de serviços de forma direta para os consumidores. Dessa forma, são classificados como fornecedores imediatos todos que atuam exercendo atividades de oferta, publicidade, vendas, realização de serviços, ou qualquer outra em que haja interação direta com os consumidores.

Deste modo, podemos perceber que o conceito de fornecedor, seja mediato ou imediato, dentro do microsistema de proteção e defesa do consumidor assume uma vultosa amplitude à medida que abrange igualmente as pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, além de abarcar até mesmo os entes despersonalizados, desde que desenvolvam quaisquer das atividades elencadas no artigo 3º, *caput* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor ou atividade análoga, de forma habitual (especializada e profissional), no mercado de consumo.

32 Luís Gastão Paes de Barros Leães, *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*, p. 13 – 14.

33 José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de direitos do consumidor*, p. 46.

34 João Andrades Carvalho, *Código de Defesa do Consumidor: comentários, doutrina, jurisprudência*, p. 27.

4 PRODUTO E SERVIÇO COMO OBJETOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Assim como a conceituação dos elementos subjetivos da relação de consumo (consumidor e fornecedor), juntamente com a do elemento causal ou finalístico (destinação final), são peças essenciais para que possamos delimitar o universo de incidência do microsistema consumerista, o mesmo ocorre com os elementos objetivos desse tipo de relação, ou seja, o produto e o serviço. Ambos carecem de conceituação, e no afã de atender a essa necessidade o Código de Proteção e Defesa do Consumidor trouxe nos parágrafos de seu artigo 3º definições a respeito desses elementos.

A definição de produto apresentada pelo Código aparece no artigo 3º, §1º com o seguinte texto: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. De início percebemos que o legislador procurou construir uma definição em poucas palavras, mas que paradoxalmente fosse bem abrangente. Chegamos a esta conclusão inicial simplesmente em razão da utilização da expressão “qualquer bem” na definição de produto, por se tratar de uma terminologia que permite uma concepção absurdamente ampla. Porém, para efeitos de aplicação da normatização consumerista o vocábulo “bem” contido no mencionado dispositivo do Código deve ser entendido como o objeto da relação de consumo destinado a atender os interesses e/ou suprir as necessidades do consumidor ao passo que movimenta o negócio do fornecedor. Embora na definição de produto apresentada pelo Código apenas haja referência expressa à classificação dos bens em móveis ou imóveis e materiais ou imateriais, entendemos que, pelo simples fato de tratar-se de uma decorrência lógica e que não contraria o microsistema de proteção consumerista, também podem ser inseridos no conceito de produto os bens semoventes, fungíveis ou infungíveis, divisíveis ou indivisíveis, principais ou acessórios, duráveis ou não duráveis, ou sujeitos a quaisquer outras classificações.

Para a inserção de um determinado bem no conceito de produto adotado pelo microsistema de proteção do consumidor não é *conditio sine qua non* a exploração de um valor econômico, ou seja, o Código não exige a existência de qualquer tipo de remuneração em contraprestação à aquisição ou utilização de produtos. Conclusão contrária não poderia ser formulada pelo simples fato de que a redação contida no artigo 3º, §1º do Código não faz qualquer exigência nesse sentido. Desta forma, em tese, um produto distribuído gratuitamente poderia ser considerado como elemento objetivo de uma relação de consumo para fins de aplicação da normatização de proteção e defesa do consumidor. Todavia, entendemos

que em tal hipótese a gratuidade em questão não seria plena, isto é, haveria uma exploração econômica indireta sob o manto da distribuição gratuita do produto. Isso é o que ocorre no caso da chamada amostra grátis, onde não há nenhuma contraprestação direta de cunho econômico por parte do consumidor para a aquisição ou utilização de um determinado produto, caracterizando em princípio a sua gratuidade. Porém, existe uma presunção de que o oferecimento ou distribuição dessa amostra grátis esteja na verdade encobrendo um interesse econômico do fornecedor “doador”, configurando uma forma de contraprestação econômica indireta. De imediato a aquisição ou utilização do produto “grátis” não gera qualquer custo de ordem econômica para o consumidor, porém por meio da realização dessa prática o fornecedor busca despertar no consumidor o desejo de aquisição ou utilização posterior desse produto, e dessa vez essa prática se dará mediante uma contraprestação econômica direta, configurando a chamada gratuidade interessada.

Embora consista em uma normatização de natureza essencialmente ética, voltada precipuamente para a própria categoria dos publicitários, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) possui o condão de funcionar como referência e fonte subsidiária na aplicação de toda a normatização consumerista no que se refere à publicidade, seja pelo Poder Judiciário ou mesmo em seara administrativa³⁵. Esse Código trouxe alguns dispositivos que disciplinam a “gratuidade” de produtos no mercado de consumo, especificamente na seara publicitária. Em seu artigo 27, §4º, “a” o mencionado Código institui um no sentido de que: “o uso da palavra “grátis” ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente”, que é complementada no item “b” do mesmo parágrafo sob os seguintes termos: “nos casos que envolverem pagamento de qualquer quantia ou despesas postais, de frete ou de entrega ou, ainda, algum imposto, é indispensável que o Consumidor seja esclarecido”. Esse regramento da “gratuidade” feito pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária vem apenas reforçar a desnecessidade de contraprestação direta para a configuração de certo bem como produto para fins de aplicação do microsistema consumerista.

35 Neste sentido é a redação do artigo 16 do CBAP: “Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio”. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em: 18 out. 2010.

A definição de serviço trazida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor encontra-se inculpada no artigo 3º, §2º nos seguintes termos: “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”. Inicialmente, podemos perceber que, de maneira análoga à definição de produto, ao utilizar a expressão “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo” o legislador abriu espaço para uma interpretação bastante ampla na conceituação de serviço como elemento objetivo da relação de consumo. Deste modo, apenas foram instituídos como limites à conceituação de serviço pelo Código a exigência de que a atividade desenvolvida no mercado de consumo seja exercida mediante uma contraprestação de natureza remuneratória, e a exclusão expressa das relações de caráter trabalhista³⁶. Entretanto, a atividade interpretativa do conceito de serviço adotado pelo Código também deve considerar como limites os parâmetros da legalidade, de forma que uma conduta que constitui crime, ou mesmo uma contravenção penal, não poderia estar protegida pelo microssistema consumerista.

Na definição de produto estabelecida pelo Código não há qualquer exigência em relação à remuneração, porém, o mesmo não ocorre em relação ao serviço. Para a configuração deste, o citado diploma consumerista instituiu expressamente o requisito da remuneração³⁷, no entanto, inexistente a exigibilidade de que esta contraprestação remuneratória seja realizada de forma direta. De tal forma, a remuneração pela prestação do serviço pode ser efetuada diretamente em razão da execução do mesmo, ou indiretamente no caso em que prestação “gratuita” do serviço é economicamente compensada por meio da utilização diretamente remunerada de outro serviço ou da aquisição de um produto.

As atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária foram inseridas na seara dos serviços tutelados pelo microssistema consumerista por força de menção expressa do artigo 3º, §2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor neste sentido. Essa inserção veio para que fosse eliminado qualquer questionamento a respeito do enquadramento das mencionadas atividades no universo

36 “O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1155200/DF. Rel. Min. Nancy Andriighi. Julgamento em 22/02/2011. DJ. 02/03/2011.

37 “O conceito de “serviço” previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC)”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 493.181/SP. Rel. Min. Denise Arruda. Julgamento em 15/12/2005. DJ. 01/02/2006.

das relações de consumo. No que tange especificamente às atividades de natureza financeira, o Superior Tribunal de Justiça já editou inclusive súmula reconhecendo a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor³⁸. No mesmo sentido também já houve manifestação do próprio Supremo Tribunal Federal³⁹.

A partir da interpretação da definição de serviço apresentada pelo Código no artigo 3º, §2º podemos perceber que as atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista foram expressamente excluídas do universo das relações de consumo. Assim sendo, toda e qualquer prestação de serviço desenvolvida em razão de uma relação jurídica de natureza laboral não poderá constituir elemento objetivo de relação de consumo e consequentemente não estará abarcada pelo microssistema de proteção e defesa do consumidor. Consoante o disposto no artigo 114 da Constituição Federal, esse tipo de atividade pertence ao universo de competência da Justiça do Trabalho⁴⁰.

5 CONSUMO DE SERVIÇO PÚBLICO

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor regula expressamente a prestação de serviços públicos em diversos dispositivos. No artigo 6º, X, “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” é instituída como um dos direitos básicos do consumidor. No artigo 4º, VII, o Código consagrou como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo a “racionalização e melhoria dos serviços públicos”. Ainda, no artigo 22, *caput*, o referido diploma consumerista impõe aos órgãos públicos e empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, em relação aos serviços essenciais, que sejam prestados de forma contínua. Sendo assim, a discussão a respeito da aplicabilidade

38 Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 297*. In: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

39 O Supremo Tribunal Federal decidiu pela incidência das normas veiculadas pelo Código à atividade das instituições financeiras, excetuando-se a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro, que ficou reservada ao Conselho Monetário Nacional. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2591/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 07/06/2006. DJ. 29/09/2006.

40 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...] IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

do microsistema de proteção e defesa do consumidor às atividades que constituem prestações de serviços públicos, sejam realizadas diretamente pelo Poder Público ou indiretamente através de órgãos concessionários ou permissionários de serviço público⁴¹, parece inócua. No entanto, há entendimento no sentido diametralmente oposto, pugnando pela total separação entre a relação jurídica existente na prestação de serviço público e a relação de consumo⁴².

É completamente injustificável a exclusão cabal da prestação de qualquer serviço público da área de regulamentação, bem como da área de proteção do microsistema consumerista, uma vez que, como já foi exposto, o próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor disciplina a prestação dessa espécie de serviço em múltiplos dispositivos. A inclusão de tais disposições normativas no texto do Código tem o condão de inserir a atividade de prestação dos serviços públicos dentro da órbita protecionista das relações de consumo, sejam eles próprios ou impróprios. Deste modo, mostra-se incabível a suposta incompatibilidade entre o microsistema de proteção e defesa do consumidor e a atividade de prestação de serviços públicos.

A definição de serviço trazida pelo artigo 3º, §2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, além da constituição de atividade desenvolvida no mercado de consumo, somente institui um único requisito e uma única restrição para a caracterização de um determinado serviço como elemento objetivo da relação de consumo. O requisito imposto pelo Código diz respeito simplesmente à existência de remuneração, não explicitando se esta deve ocorrer de forma direta ou indireta. Quanto à restrição, esta é no sentido de que a atividade desenvolvida não deve decorrer de uma relação de caráter trabalhista. Foi justamente fundamentando-se neste requisito remuneratório que houve o surgimento, em sede doutrinária e jurisprudencial, de uma corrente de pensamento que busca excluir uma parcela dos serviços públicos do âmbito de regulamentação do microsistema consumerista. Essa corrente pugna pela inaplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos serviços públicos *uti universi*, ou seja, os serviços onde não há identificação ou individualização dos destinatários (v.g., saúde, segurança pública

41 Admitindo a possibilidade de um usuário de serviço público ser enquadrado no conceito de consumidor destinatário final: Fabrício Bolzan, Serviço público e a incidência do Código de Defesa do Consumidor, In: *Leituras complementares de direito administrativo: Advocacia pública*, p. 237.

42 “Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra, a de consumo”. Antônio Carlos Cintra do Amaral, Distinção entre usuário de serviço público e consumidor, In: *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*, p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

e educação), também chamados serviços públicos próprios ou coletivos. O argumento utilizado é que por se tratar de uma remuneração apenas indireta mediante o pagamento compulsório de tributos, principalmente em forma de taxa, a prestação dessa espécie de serviço constituiria uma relação de natureza tributária. De tal forma, somente poderiam ser considerados serviços que ensejariam a incidência da normatização protetiva do consumidor, os serviços públicos *uti singuli*, ou seja, onde os destinatários são determinados ou determináveis (v.g., telefonia, água e energia elétrica), também chamados serviços públicos impróprios ou individuais. Neste caso, a utilização dessa categoria de serviços se daria de forma facultativa e a remuneração ocorreria de maneira direta, mediante o pagamento de tarifa⁴³ ou preço público, e por isso ensejaria a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁴⁴.

Embora este seja o posicionamento adotado por grande parte da doutrina⁴⁵ e jurisprudência⁴⁶, entendemos que essa distinção entre serviços públicos *uti singuli* e *uti universi* para fins de delimitação do âmbito de aplicação do microsistema de proteção e defesa do consumidor carece de sustentação uma vez que o próprio Código não a faz, disciplinando a categoria de serviços públicos de forma geral. Do ponto de vista econômico, o requisito da remuneração pode ser verificado tanto na prestação de serviços públicos *uti singuli* como no caso dos serviços *uti universi*. A diferença reside no fato de que naqueles a remuneração é efetuada de maneira direta e específica (tarifa) em razão da fruição, ao passo que nestes a remuneração embora pareça inexistente, ocorre apenas de maneira indireta (tributo)⁴⁷.

43 “A prestação de serviço público não obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa” Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 926.159/RS. Rel. Min. José Delgado. Julgamento em 13/11/2007. DJ. 29/11/2007.

44 “A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cediço, não ostenta natureza tributária”. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 976.836/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 25/08/2010. DJe. 05/10/2010.

45 “ – serviço remunerado público *uti singuli* – incluído no campo de aplicação do CDC (ex.: água, luz, energia elétrica, telefonia fixa e móvel etc.) – serviço público *uti universi* – não incluído no campo de aplicação do CDC, relação de cidadania (remuneração por tributos em geral e por algumas taxas, como a taxa judiciária etc.)”. Claudia Lima Marques, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 390 – 391; No mesmo sentido: Elaine Cardoso de Matos Novais, *Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 156.

46 Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 840.864/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgamento em 17/04/2007. DJ. 30/04/2007; Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 493.181/SP. Rel. Min. Denise Arruda. Julgamento em 15/12/2005. DJ. 01/02/2006.

47 Elaine Cardoso de Matos Novais, *Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 156.

Não se deve coadunar com o entendimento de que a prestação dos serviços públicos que possuem remuneração indireta não configura relação jurídica de consumo, na medida em que está vinculada ao Estado detentor de autoridade, e por isso deve ser excluída do âmbito de aplicação do microsistema consumerista⁴⁸. Pois, ao instituir o requisito da remuneração para a caracterização do serviço como elemento objetivo da relação de consumo, o Código não exige que esta seja efetuada exclusivamente de forma direta, permitindo assim que sejam incluídas nesse conceito de serviço as prestações realizadas pelo Poder Público, seja direta ou indiretamente, em que haja uma contraprestação econômica indireta ou escondida, como ocorre nos serviços públicos *uti universi*. Ainda, é importante lembrar que a única restrição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor dentro da conceituação de serviço diz respeito às atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista. Destarte, fundamentando-se principalmente na regulamentação expressa contida no Código de Proteção e Defesa do Consumidor a respeito da prestação de serviços públicos, que inclusive não dispensa qualquer tratamento distintivo em relação a serviço público *uti singuli* e *uti universi*, aliada a regra hermenêutica que demanda uma interpretação ampla da área de aplicação da normatização consumerista, reconhecemos a incidência dessa normatização sobre todas as prestações de serviços públicos, independentemente de serem ou não remuneradas diretamente, o que resulta em uma identidade entre usuário de serviço público e consumidor diante da situação jurídica em questão.

Em sentido contrário a esse reconhecimento há o argumento de que o fato de ter sido dispensado o tratamento da proteção ao usuário de serviço público no artigo 175, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal, enquanto a defesa do consumidor foi instituída nos artigos 5o, inciso XXXII e 170, inciso V da mesma, implicaria em um reconhecimento constitucional implícito da dicotomia entre usuário de serviço público e consumidor. Contudo, o simples fato da Constituição Federal ter disciplinado a defesa do usuário de serviço público e do consumidor em dispositivos diversos não é suficiente para a conclusão dessa dicotomia entre ambos, pois, podemos constatar hipótese análoga no fato de que a regulamentação constitucional, instituindo a necessidade de lei federal especial para regular o tema, a respeito das diversões e espetáculos públicos, constante no artigo, 220, §3o, inciso I, e da publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, estabelecida no artigo 220, §4o, não resultou na exclusão dessas atividades

48 Elaine Cardoso de Matos Novais, *Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*, p. 163.

do universo das relações de consumo tratado principalmente em seus artigos 50, inciso XXXII e 170, inciso V.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive já emitiu reiteradas decisões acerca da inexistência de incompatibilidade entre o microsistema de proteção e defesa do consumidor e o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade estatal que são prestados indiretamente⁴⁹.

A possibilidade de aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como meio de fomentar a proteção do usuário-consumidor encontra fundamento no artigo 7o da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal⁵⁰. No mesmo sentido, a prestação de serviço público já foi apresentada como um “especial objeto da relação de consumo” pelo Superior Tribunal de Justiça⁵¹. Ainda, na mesma esteira podemos encontrar o artigo 3o, inciso XI, que institui ao usuário de serviços de telecomunicações o direito de “peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor”, e o artigo 5o, que institui a observância do princípio

49 “Não existe incompatibilidade entre o sistema de regulação dos serviços públicos de titularidade do estado prestados de forma indireta e o de proteção e defesa do consumidor, havendo, ao contrário, perfeita harmonia entre ambos, sendo exemplo disso as disposições constantes dos arts. 6º, inc. X, do CDC, 7º da Lei 8.987/95 e 3º, XI; 5º e 19, XVIII, da Lei 9.472/97”. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.034.962/SP. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em 21/08/2008. DJe. 17/11/2008; Resp. nº 1.007.703/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 18/03/2008. DJe. 18/11/2008; Resp. nº 983.329/PB. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 18/12/2007. DJe. 06/02/2009; Resp. nº 993.511/MG. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 11/12/2007. DJe. 01/12/2008; Resp. nº 988.749/RJ. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 11/12/2007. DJe. 27/11/2008; Resp. nº 978.629/MG. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 06/12/2008. DJ. 18/12/2007; Resp. nº 947.731/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 06/12/2007. DJ. 18/12/2007; dentre outras.

50 Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...].

51 “A Lei 8.987/95, por sua vez, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, em seu Capítulo II (“Do Serviço Adequado”), traz a definição, para esse especial objeto de relação de consumo, do que se considera “serviço adequado”, prevendo, nos incisos I e II do §3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção.”. Resp. nº 775.215/RS. Relatora: Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento em 16/03/2006. DJ. 03/04/2006.

da defesa do consumidor na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações⁵², ambos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Nesse contexto, por todos os argumentos supra apresentados, reconhecemos a possibilidade de caracterização da prestação de serviços públicos como relação jurídica de consumo, tendo como elementos subjetivos, o usuário/consumidor do serviço público e o Poder Público/fornecedor, seja através da administração direta ou indireta, ou mesmo dos particulares concessionários e permissionários do serviço público; como elemento objetivo, o serviço público prestado, seja mediante remuneração direta (*uti singuli*) ou indireta (*uti universi*); e como elemento causal ou finalístico, a destinação final com que o usuário do serviço público o utiliza. No entanto, ainda existe muito por fazer para que a proteção e a defesa do usuário/consumidor de serviços públicos fique consolidada como um direito fundamental e um interesse público e indisponível⁵³.

6 CONCLUSÃO

O critério definidor do âmbito de aplicação da normatização consumerista é a conceituação da relação jurídica de consumo, esta é obtida a partir da constatação da presença simultânea de seus elementos subjetivos, fornecedor (mediato ou imediato) e consumidor (*stricto sensu* ou equiparado); um dos elementos objetivos (produtos e/ou serviços dispostos no mercado de consumo); e o elemento causal ou finalístico, definido a partir da análise da condição de destinação final na aquisição ou utilização de produto e/ou serviço, explicada pelas teorias maximalista, finalista e finalista atenuada.

O conceito de consumidor adotado pelo microssistema de proteção consumerista compõe-se das quatro definições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, uma de forma direta (*stricto sensu*) e mais três por equiparação (*lato sensu*). Todavia, em todas as definições de consumidor encontra-se presente a condição de destinatário final (em caráter prevalecente) juntamente com a presunção de vulnerabilidade (em caráter secundário) dentro da relação jurídica de

52 Art. 5º. Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

53 Duciran Van Marsen Farena, A indisponibilidade do interesse do consumidor e o discurso regulatório. In: *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*, p. 402.

consumo (artigo 4º, inciso I). A definição de consumidor direto ou *stricto sensu* abrange todas as pessoas físicas ou jurídicas, que venham a adquirir ou utilizar, um produto ou serviço, como destinatário final (artigo 2º, *caput*); Nas definições de consumidor por equiparação ou *lato sensu* tem-se: a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que intervém em uma relação de consumo (artigo 2º, parágrafo único); as vítimas (*bystanders*) dos chamados acidentes de consumo (artigo 17); bem como todas as pessoas, ainda que indetermináveis, que forem expostas às práticas comerciais previstas no capítulo V do Código (artigo 29).

Conforme a definição de fornecedor contida no artigo 3º, *caput*, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor nesta categoria podem ser incluídas pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, nacionais e estrangeiras, e até mesmo entes despersonalizados, desde que desenvolvam de forma habitual atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição, comercialização de produtos ou prestação de serviços, ou qualquer outra atividade análoga.

O produto, como objeto da relação jurídica de consumo, definido no artigo 3º, §1º do Código, possui uma definição bastante ampla que engloba qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, ainda que não seja objeto de exploração de um valor econômico. Para fins de aplicação da normatização consumerista, conforme o enunciado no artigo 3º, §2º do Código, pode ser considerado serviço como objeto de uma relação de consumo, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, desde que seja exercida mediante uma contraprestação de natureza remuneratória, excluindo-se as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O microssistema consumerista é aplicável à relação jurídica existente na prestação de serviço público remunerado direta (*uti singuli*) ou indiretamente (*uti universi*), realizada pelo Poder Público, em sede de administração direta ou indireta, ou ainda de forma delegada por órgãos concessionários ou permissionários de serviço público, em razão da possibilidade de enquadramento na definição de serviço trazida pelo artigo 3º, §2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, e principalmente da regulamentação expressa a respeito dos serviços públicos trazida pelo mencionado Código em diversos dispositivos (artigo 4º, VII; artigo 6º, X; artigo 22, *caput*).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANDRIGUI, Fátima Nacy Andrigui. O Código de Defesa do Consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). São Paulo: Atlas, 2010.

BARROS LEÁES, Luís Gastão Paes de. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOLZAN, Fabrício. Serviço público e a incidência do Código de Defesa do Consumidor, In: *Leituras complementares de direito administrativo: Advocacia pública*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. In: *Revista direito do consumidor*. São Paulo, n. 2, p. 7–51, abr./jun.1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária de 05 de maio de 1980*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em: 18 out. 2010.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2009.

CARVALHO, João Andrades. *Código de Defesa do Consumidor: comentários, doutrina, jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor, In: *Revista eletrônica de direito administrativo econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, maio/jun./jul. de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em: 15 mar. 2009.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FURTADO, Celso. *Em busca de novo modelo: reflexões sobre a crise contemporânea*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GALBRAITH, John Kenneth. *The economics of innocent fraud: truth for our time*. Boston: Houghton Mifflin Company, 2004.

GODÈ, Pierre. *Dictionnaire juridique consommation*. Paris: Dalloz, 1983.

KHOURI, Paulo R. Roque. A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. *Relação de consumo e proteção jurídica do consumidor no direito brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A jurisprudência evolutiva do STJ em temas controvertidos e relevantes do consumerismo, In: *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. t. 1.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Plácido. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.1.

ULHOA COELHO, Fábio. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

A “voz” do consumidor

Rafael Augusto de Moura Paiva

“Do que é isto ao que é que isto pode ser, chegamos a uma ponte que conduz, nem mais nem menos, do inferno ao paraíso e, coisa curiosa, um paraíso construído do mesmo material de que era feito o inferno.”

(Odisséas Elytis¹)

1 Apresentação; 2 Quem é o consumidor?; 2.1 A destinação final, a conclusão de contratos atípicos por profissionais e a situação das pessoas jurídicas como consumidoras na União Europeia; 2.2 Os mixed purposes na União Europeia; 2.3 A utilização de um intermediário profissional para a venda de um bem na União Europeia; 2.4 A realidade brasileira comparada à da União Europeia; 2.5 A vulnerabilidade como conceito-chave para o Direito do Consumidor; 2.6 A hipervulnerabilidade no Brasil; 2.7 O “consumidor equiparado” no Brasil; 2.8 Análise comparativa dos problemas similares encontrados no Brasil e na União Europeia. Preferência pela solução mais flexível. “Quem deve provar” e “como deve ser provada” a qualificação de “consumidor”. Conclusão Parcial; 3 A “Voz” do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa revelar e reivindicar mudanças no campo do Direito (de Proteção) do Consumidor, através de uma análise comparativa das realidades europeia e brasileira, com base na legislação, na doutrina e na jurisprudência,

¹ *Apud* Dominique GRANDMONT, *A Viagem de Traduzir*, tradução e posfácio de João Domingues e Maria de Jesus Cabral, (Lisboa, Edições Pedagogo, 2013), p. 27 e 28.

assumindo finalidades de desenvolvimento criativo e harmonizador das ciências jurídicas.

O principal tema a ser abordado é o da noção de consumidor (relacionada sobretudo com os conceitos de vulnerabilidade e de hipervulnerabilidade). Temas como o acesso à justiça, a informação aos consumidores e a necessidade de solidariedade como “contra-ataque” aos prejuízos causados pela sociedade de consumo massificado também serão pontualmente estudados.

2 QUEM É O CONSUMIDOR?

Na Europa continua a prosperar a noção do consumidor “em sentido estrito”, isto é, “pessoas que atuam fora dos padrões normais de determinada atividade profissional”, sobretudo partindo da ideia de existência de assimetria informacional e do poder negocial entre este grupo de pessoas e os profissionais que fornecem bens, direitos ou serviços². Por outras palavras, temos que o common core da noção de consumidor, de acordo com as Diretivas Europeias que tratam do Direito do Consumidor, é encontrado na sua definição como (i) pessoa física (natural person) e (ii) que atua com propósitos que não são considerados como profissionais, comerciais, industriais ou artesanais³.

Entretanto, a transposição de muitas Diretivas que compõem o acervo comunitário consumerista, por parte de alguns Estados-Membros, bem como a aplicação de tal legislação, por parte de diversos Tribunais, não foi literal em relação ao que havia sido estabelecido⁴.

Mais recentemente, foram surgindo novos normativos referentes ao Direito do Consumidor Europeu, os quais, sem abandonar a noção de consumidor

2 Jules STUYCK, *Who is the Consumer?*, em *The Future of European Contract Law – Essays in Honour of Ewoud Hondius, Katharina Boele-Woelki e Willem Grosheide* (Editors), (Kluwer Law International/Alphen aan den Rijn, 2007), p. 425.

3 Martin EBERS, *The Notion of Consumer*, em *Consumer Law Compendium*, p. 713-716, Disponível em: http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part3a_en.pdf, citando um vasto quadro de Diretivas Europeias e aduzindo que as aludidas características comuns também são encontradas em normas procedimentais, como os Regulamentos 44/2001 e 593/2008. A exceção recai sobre os adquirentes de “pacotes turísticos”, cuja proteção é mantida ainda que a viagem tenha fins profissionais.

4 Continuamos a seguir de perto EBERS, *op. cit.*, p. 721 e ss., referindo – e em alguns casos atualizando – a lista de “desvios conceituais” da noção de consumidor exposta por este autor.

em sentido estrito, possuem um âmbito de aplicação que pode beneficiar outras pessoas⁵.

Assim, baseando-se em “flutuações” conceituais, pelo menos em alguns momentos do desenvolvimento do Direito do Consumidor na União Europeia, entendeu-se que a proteção da “figura estrita” de consumidor deveria ser estendida aos seguintes grupos de pessoas, nos seguintes países:

(i) ao “destinatário final” em Espanha⁶, Grécia, Hungria, Luxemburgo.

(ii) aos profissionais que concluem “contratos atípicos” (no sentido de não estarem diretamente relacionados com a sua atividade principal e de por vezes “negociarem como consumidores”) em França, Bulgária, Polónia, Letónia, Luxemburgo, Reino Unido e Itália⁷.

(iii) às pessoas jurídicas (legal persons) no Reino Unido, Áustria, Bélgica, República Tcheca, Dinamarca, França, Grécia, Hungria, Eslováquia e Espanha⁸.

5 Referimo-nos especialmente à Diretiva 2011/83/UE e à Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda, disponível em www.eur-lex.europa.eu.

6 Porém, o “texto refundido” da *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU) acabou por adotar, no seu art. 3º, a noção de consumidor em sentido estrito (no que toca ao âmbito não profissional da atuação).

7 No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) construiu, ainda durante a vigência da Diretiva 85/577, através do Processo C-361/89 (Caso *Di Pinto*), a noção estrita de consumidor, o que acabou por ser “confirmado” através da emenda feita à Proposta para a Diretiva 99/44, quando foi suprimida a expressão que caracterizava o consumidor como aquele que agia “não diretamente” no âmbito de uma atividade profissional ou comercial.

8 Entretanto, nos Processos C-541/99 e C-542/99 (Caso *Idealservice*), o TJUE estabeleceu expressamente, quanto ao art. 2º da Diretiva 93/13, que qualquer pessoa distinta da pessoa física que conclua um contrato com um vendedor ou fornecedor não pode ser considerada como um consumidor. Mais recentemente, o Considerando (13) da Diretiva 2011/83/UE parece ter reaberto a questão ao referir que “[...] os Estados-Membros poderão decidir alargar a aplicação das regras da presente Diretiva a pessoas singulares ou colectivas que não são «consumidores» na acepção da presente Diretiva, como, por exemplo, as organizações não governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas”. Ver ainda o art. 7º da Proposta de Regulamento sobre um Direito Comum da Compra e Venda, dispondo que as suas regras podem ser aplicáveis às relações *business-to-business* quando um dos empresários for uma “pequena ou média empresa” (PME) definida nos moldes do n. 2 (isto é, quando empregar menos de 250 trabalhadores e tiver volume anual de negócios que não exceda a € 50 milhões ou balanço anual total que não exceda € 43 milhões, ou, no caso das PME com residência habitual num Estado-Membro cuja moeda não é o euro ou num país terceiro, o montante equivalente na moeda desse Estado-Membro ou país terceiro).

(iv) às pessoas que celebram contratos com “dupla finalidade” ou com “dual-use” (profissional e não profissional), o que se manifesta de diversas maneiras em diferentes países (e será melhor analisado a seguir quando tratarmos dos “mixed purposes”) e

(v) às pessoas cujas atividades, associadas com a “fundação” de uma empresa, apareçam cobertas pela noção de consumidor⁹.

Além dos questionamentos acima referidos, baseados na Lei e na Jurisprudência da UE, importa salientar que a doutrina europeia também fez o seu papel construtivo e criticou a noção estrita de consumidor ao indagar o seguinte:

(i) uma pessoa que, na conclusão de um contrato com outro consumidor, é representada por um intermediário (o qual deve ser considerado como profissional), continuará a gozar da proteção consumerista em relação ao outro consumidor, já que normalmente nas relações consumer-to-consumer não há necessidade de proteção especial, pois as partes estão “em pé de igualdade”?

(ii) Além disso, é o consumidor quem deve provar que está atuando fora do âmbito profissional ou comercial? Quais são os requisitos para levar a cabo uma tal prova?

Reunido o que até aqui foi dito, temos que a colocação “em cheque” da noção de consumidor em sentido estrito pode ser estimulante numa análise comparativa “euro-brasileira”, pois muito do que foi ou é posto em dúvida na UE, não obstante os referidos posicionamentos do seu Tribunal de Justiça, também é visto – ou poderá ser visto – como um problema no Brasil¹⁰. As soluções brasileiras, no

9 EBERS, *op. cit.*, p. 729, refere que, nos termos do Art. 1(3) do *Consumer Protection Act* da Áustria, as transações pelas quais uma pessoa, previamente ao início da sua atividade comercial, obtém os bens ou serviços necessários para tanto, não são qualificadas como transações comerciais. O TJUE se posicionou a favor da noção de consumidor “em sentido estrito” no Caso *Benincasa* (C-269/95), afirmando que, mesmo quando a finalidade profissional ou comercial se refere a uma atividade “planejada para o futuro”, as regras (no caso o art. 15 do Regulamento 44/2001) que protegem especificamente o consumidor não protegerão quem desenvolve tal atividade. Porém, como referido, o Considerando (13) da Diretiva 2011/83 parece ter reaberto a problemática ao mencionar a situação das “novas empresas”.

10 Um resumo da querela europeia pode ser visto em W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction Between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, Working Paper Series n. 2009/06, Centre For Study of the European Contract Law, Universiteit van Amsterdam, p. 14-15. Destaque-se, por muito relevante, que nos *Principles, Definitions and Model Rules – Draft Common Frame of Reference (Outline Edition)*, preparados pelo Study Group e pelo Acquis Group, editado por eminentes juristas como Christian VON BAR, Eric CLIVE e Hans SCHULTE-NÖLKE, (Sellier European Law Publishers/Munique, 2009), Disponível em: <http://

entanto, parecem ser bastante diferentes e serão tratadas após a resposta às principais indagações acima expostas.

2.1 A DESTINAÇÃO FINAL, A CONCLUSÃO DE CONTRATOS ATÍPICOS POR PROFISSIONAIS E A SITUAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS COMO CONSUMIDORAS NA UNIÃO EUROPEIA

Quanto às questões referentes à “destinação final” e à “conclusão de contratos atípicos”, tocando eventualmente na questão referente às “pessoas jurídicas enquanto consumidoras”, pergunta-se: a assimetria informacional e de poder negocial presente na relação entre o “consumidor em sentido estrito” e o fornecedor profissional não estará também presente nas relações entre tais fornecedores e os profissionais que trabalham em “pequena escala”?

Tal questão subdivide-se em outras duas: (i) pode o profissional, sendo pessoa singular e trabalhando numa pequena empresa, quando compra um produto para a sua esfera de vida privada (pensemos numa cabeleireira que compra uma cadeira para a sua casa), ser considerado como um consumidor? e (ii) quando um businessman compra um bem ou serviço no contexto de sua atividade profissional, mas sem que essa compra esteja relacionada com a essência da sua atividade (v.g. se um engenheiro informático compra um sofá para o seu escritório, ele fará uso profissional do bem, mas a sua profissão não é comprar nem vender sofás, mas tratar dos computadores), então ele poderá ser considerado como um consumidor? A resposta à primeira questão é geralmente “sim” (pois a atuação está “fora” da finalidade profissional), a resposta à segunda questão é geralmente “não” (pois a atuação, ainda que em menor escala do que aquela referente à principal atividade do profissional, já está “dentro” da sua atividade profissional). Ou seja, à primeira vista temos uma solução de “tudo ou nada”.

A dúvida persiste quando pensamos que o profissional não é “mais” ou “menos” profissional por comprar um bem para a sua esfera privada ou para aquela profissional: voltando ao exemplo anterior, a cabeleireira continua a ser a mesma profissional se a cadeira vai para a sua casa ou para o salão de beleza. Por que então diferenciar a proteção? Coloca-se, em consequência, a questão consistente em

www.ec.europa.eu, p. 178, consta a noção de consumidor como pessoa natural agindo primariamente (do modo mais importante, antes de tudo) com propósitos que não estejam relacionados com a sua atividade profissional, comercial ou empresarial.

saber se a “destinação final” do bem é pertinente para saber se tal pessoa é ou não consumidora.

Se pensarmos na destinação final pura e simples, no sentido de que a compra do bem não é feita com intuito de revenda (a profissão da cabeleireira não é revender cadeiras, mas arranjar os penteados), a situação permanece igual (em ambos os casos a pessoa seria destinatária final, quer em casa, quer no salão). A diferença surge a partir do momento em que passamos a olhar a pessoa como destinatário final “econômico-profissional” do bem, isto é, quando tal bem passa a fazer, de alguma forma, parte da escala de produção ou serviço daquele profissional ou vem a render-lhe, de alguma forma, mais proveitos do que ele teria se não tivesse comprado o bem. Se a senhora tem mais cadeiras onde clientes podem se sentar, de certa maneira ela tem mais capacidade para auferir proveitos e não apresenta a mesma fragilidade que o adquirente com finalidades estritamente particulares: há uma destinação econômico-profissional do bem, não se trata de simples consumo. Parece, então, justificada a posição europeia acima descrita, em resposta às questões formuladas¹¹.

2.2 OS *MIXED PURPOSES* NA UNIÃO EUROPEIA

Entretanto, o que dizer dos *mixed purposes* ou das *mixed situations* em que (i) o bem adquirido tem dupla destinação (profissional e não profissional) ou (ii) quando a destinação muda ou provavelmente mudará depois da aquisição? Tomemos como situações exemplares a do pizzaiolo que compra um carro para uso simultaneamente profissional (viagens para comprar ingredientes ou fazer contatos com exportadores italianos, entregas a domicílio) e não profissional (passear com a família, visitar os amigos, conhecer novos lugares etc.). Ou então, voltando à situação da cabeleireira, imaginemos que ela adquira um computador para uso “na sua plenitude”: ao comprá-lo, será ou não consumidora?

A primeira posição avançada para a resolução do problema consiste na análise do “propósito predominante”. Se um bem ou serviço é adquirido para fins predominantemente profissionais, então o adquirente não pode ser tratado como consumidor. Contudo, por vezes é difícil determinar o que é ou não predominante: no caso de pequenas empresas agrícolas, as quais funcionam em espaços onde vive a família dos agricultores, o vendedor de produtos de agricultura não sabe com certe-

11 STUYCK, *op. cit.*, p. 426-429, refere que é esse o posicionamento que vem sendo adotado pelo TJUE, como aconteceu no caso C-541/99.

za, no momento da venda, se a utilização do bem vendido será predominantemente profissional ou não profissional. Nesses casos, será possível, avaliadas as circunstâncias (da oferta de bens de consumo, das práticas comerciais levadas a cabo pelo fornecedor), tratar o agricultor como consumidor, por exemplo no que respeita à definição da jurisdição competente para julgar determinado litígio, de acordo com a então Convenção – hoje Regulamento – conhecido por Bruxelas I¹².

Porém, será também possível defender o contrário, como aconteceu após a apelação no referido caso Gruber: não basta a predominância do uso privado para a caracterização do adquirente como consumidor, é preciso que a contraparte no contrato (no caso o fornecedor de produtos agrícolas) saiba ou esteja avisado desse domínio com base em evidências objetivas. No caso relatado, essas evidências não existiam ou existiam em desfavor do tratamento do Sr. Gruber como consumidor: a elevada quantidade do produto adquirido apontava para finalidades objetivamente comerciais¹³.

Após a chegada do caso à Suprema Corte Austríaca e posterior apresentação das questões pertinentes ao TJUE, o Tribunal Europeu acabou por tornar um pouco mais flexível a posição de “tudo ou nada” antes descrita: por um lado, só os contratos concluídos fora e independentemente de qualquer atividade ou propósito de trade ou business, nos quais “só existe o propósito de satisfazer necessidades particulares em termos de consumo privado”, estão cobertos pelas regras especiais de Bruxelas I sobre a proteção do consumidor enquanto weaker party; por outro, nos casos de propósitos em parte profissionais e em parte não profissionais, essa cobertura só pode ser mantida se o propósito profissional for tão limitado ou marginal que possa ser negligenciado no contexto geral da negociação¹⁴.

12 Assim decidiu a Justiça da Áustria em 1ª instância, consoante relata o TJUE no caso *Gruber* (C-464/01).

13 Sem embargo, em nosso entender, a situação das “quantidades” deve ser relativizada também com outros fatores que podem influenciar na compra do produto: a “distância” das deslocações para aquisição do bem, os “perigos” envolvidos, o “tempo” necessário etc. Um consumidor pode preferir comprar grandes quantidades do “produto” mas não ter interesse em vendê-lo ou utilizá-lo profissionalmente, apenas direcionando-o para consumo próprio: se compra muito, é porque não quer correr o risco de ter de comprar muitas vezes pequenas quantidades, o que pode implicar sucessivas deslocações e perda de tempo (que pode ser utilizado em atividades diversas de “comprar”, como a própria utilização do bem junto da família).

14 Ver também a decisão do TJUE no Processo C-269/95. Segundo EBERS, *op. cit.*, p. 728, a solução pela qual só os contratos concluídos exclusivamente para uso privado são considerados como “consumer transactions” é adotada na Bélgica e na Áustria, enquanto a solução que admite os “propósitos predominantes” é estabelecida na Dinamarca, Finlândia e Suécia (na Alemanha também parece haver

Quer-nos parecer que tais “teses” (“tudo ou nada” ou “propósito predominante” de uso não profissional) não extinguem as possibilidades de solucionar a questão referente aos mixed purposes. Há outras maneiras de “repensar” o problema, as quais merecem ser descritas.

Primeiramente, quando os propósitos para a aquisição de um bem são profissionais e não profissionais (ou quando mudam ou podem mudar após a sua aquisição), se for possível “separar” as finalidades (por exemplo no decurso do tempo de utilização do bem ou serviço), então a proteção ao consumidor pode ser aplicável enquanto a utilização for profissional e inaplicável enquanto a utilização for não profissional¹⁵.

Convém, entretanto, lembrar o seguinte: pode acontecer de os propósitos serem simultâneos e não poderem ser previamente “separados”, como no exemplo acima mencionado do agricultor que adquire produtos agrícolas para cultivo de subsistência e também para produção agrícola comercial. Para trabalhar, a família precisa de alimentação e para viver ela vende parte da sua produção agrícola. Ou então, em atenção às viagens, pensemos em alguém que, pretendendo viajar com a dupla motivação de “lazer” e “negócios”, tenha um problema prévio ao comprar o bilhete junto de uma companhia aérea ou de uma operadora turística. Podemos considerar tais pessoas como consumidoras?

Se retomarmos a ideia de “preponderância”, pode ser sugerido um caminho diverso do referido acima (no que toca ao caso Gruber e à Diretiva 2011/83/UE): em vez de exigir que a destinação profissional seja “tão limitada ou marginal que possa ser negligenciada no contexto da negociação”, podemos pensar que, para tratar uma pessoa como consumidora, em tais situações, basta que o seu interesse privado seja superior àquele profissional – ainda que o interesse comercial não seja ínfimo nem desprezível no contexto do negócio.

discussão sobre o assunto, ao menos na jurisprudência); na maior parte dos casos, entretanto, não há regras nacionais claramente definidas quanto à classificação dos atos com *mixed purposes* como atos de consumo. Recentemente, a Diretiva 2011/83 tratou do assunto no seu Considerando (17): [...] *no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade e se o objectivo da atividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente considerada consumidor.*

15 STUYCK, *op. cit.*, p. 434, considera, entretanto, que essa solução não é muito eficiente do ponto de vista dos procedimentos de qualificação de um adquirente. Pensamos que o autor manifesta a sua posição partindo da ideia de que por vezes é difícil estabelecer a “fronteira” entre as finalidades.

Ainda mais favorável ao consumidor – mas fora das ideias de “preponderância” – é a seguinte solução: se uma pessoa adquire um bem ou serviço com fins simultaneamente profissionais e não profissionais, então ela receberá a proteção conferida ao consumidor enquanto agir com finalidades não profissionais (por mais que também estejam presentes outras finalidades) e será tratada como profissional somente quando agir exclusivamente nessa condição¹⁶. Por outras palavras, basta que exista a finalidade não profissional, ainda que mínima, para que a pessoa seja tratada como consumidora, o que equivale a inverter o posicionamento do TJUE.

A solução mais adequada, entretanto, parece-nos ser a alternativa “geral” – pois serve para todas as situações antes referidas e mesmo para outras, ou seja, não apenas para o assunto dos mixed purposes – de sustentar um ideal de justiça e igualdade, dando a cada um o que é seu e tratando as pessoas desigualmente, na medida das suas desigualdades¹⁷. Pensando dessa maneira, é injusto e viola a igualdade substancial que tratemos do mesmo modo (i) a pessoa que adquire um bem somente com fins econômico-profissionais e (ii) aquela que o adquire com fins preponderantemente privados (ou prevalentemente econômico-profissionais) e (iii) a pessoa que adquire com fins profissionais e não profissionais “em igual intensidade” ou (iv) que não pode prever ao certo em “quais momentos” cada uma de ambas as finalidades será manifestada. Impõe-se a análise da vulnerabilidade da pessoa na relação jurídica em concreto, não somente em abstrato, procurando alcançar um equilíbrio. É com a tese da “proteção dos vulneráveis”, amplamente

16 No âmbito da proteção do turista referimos esta solução em: *O Consumidor-Viajante e as Regras do Consumo Turístico: uma Clara Visão do Mundo ou um Mero Olhar no Espelho de Casa?*, em Liber Amicorum Mário Frota – A Causa dos Direitos dos Consumidores, Ada Pellegrini Grinover, Guillermo Orozco Pardo, Jean Calais-Auloy, José Luis Pérez-Serrabona González, Manuel Januário da Costa Gomes e Vinício Augusto Pereira Ribeiro (Comissão Organizadora), (Almedina/Coimbra, 2012), p. 449.

17 Ver, por todos, ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Tradução, Prefácio e Notas de António de Castro Caetano, (Quetzal/Lisboa, 2009), em várias passagens, com destaque para o Livro V, em que dedica-se à “Justiça” e afirma que ela é também “igualdade” (123). A ideia da p. 33 também se afigura importante para o que aqui se debate: [...] *não se pode procurar o rigor de modo semelhante em todas as coisas, mas em cada uma delas individualmente, segundo a matéria específica que está sujeita a tratamento e na medida em que o processo de investigação, que lhe é pertinente, o admitir*. Tais ideias repercutiram nos ensinamentos de grandes juristas, como RUI BARBOSA no Brasil ou na Alemanha Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro, (Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, 1989), 18. No campo do Direito do Consumidor veja HESSELINK, *op. cit.*, p. 6, referindo explicitamente o “equality principle”.

aceita e crescentemente eficaz no Brasil, que a solução de justiça e igualdade ganha força no âmbito do Direito (de Proteção) do Consumidor¹⁸.

2.3 A UTILIZAÇÃO DE UM INTERMEDIÁRIO PROFISSIONAL PARA A VENDA DE UM BEM NA UNIÃO EUROPEIA

Voltando brevemente às questões formuladas, pode o consumidor beneficiar da proteção que lhe é conferida quando contrata com outro consumidor através de um intermediário? Imaginemos a situação de um anúncio de jornal em que alguém anuncia a venda em segunda mão de um carro como sendo de “particular para particular”, quando na verdade está a funcionar um intermediário que é vendedor de carros profissional: é possível pensar, nestes casos, que o comprador deve beneficiar de uma proteção como a que lhe é conferida nas relações business-to-consumer, já que a outra parte beneficiará da experiência profissional do intermediário. Esta solução parte da ideia de desequilíbrio informacional e vulnerabilidade e nos parece a mais acertada para resolver a questão, mas há quem pense que o intermediador pode resumir-se a vender o carro conforme as orientações do vendedor, de tal modo que a relação funcione “como se fosse” consumer-to-consumer, diferenciando tal situação daquela de “revenda pura” na qual quem determina as condições de transmissão do veículo é o intermediário e não o dono¹⁹. Para quem admite esta diferenciação, a qual não parece fácil de ser distinguida, um indício de que se está perante um caso de revenda pura será a garantia do profissional, perante o vendedor, de que consegue vender o carro por determinado valor, assumindo os riscos econômicos da negociação. Nesse caso o consumidor comprador deveria ser protegido. O problema, a nosso ver, será provar um acordo que pode facilmente escapar à sua alçada de conhecimentos. A questão da prova também é muito importante para o Direito do Consumidor, conforme será aprofundado a seguir.

2.4 A REALIDADE BRASILEIRA COMPARADA À DA UNIÃO EUROPEIA

Passando à análise da realidade brasileira e da sua comparação em relação à europeia, temos o seguinte: no Brasil, refletindo o projeto constitucional de cria-

18 Veremos adiante se é possível estabelecer um diálogo entre esta doutrina e a que foi anteriormente referida quanto ao plano europeu. Em Portugal, ver Fernando BAPTISTA OLIVEIRA, *O Conceito de Consumidor – Perspectivas Nacional e Comunitária*, Fernando Gravato de Moraes (Prefácio), (Almedina/Coimbra, 2009), p. 135-137.

19 STUYCK, *op. cit.*, p. 433-434.

ção de um Direito Privado mais social e preocupado com os vulneráveis²⁰, o Código de Defesa do Consumidor (doravante CDC) possui quatro noções de consumidor, sendo a primeira em sentido próprio e as demais em sentido “equiparado”²¹. Assim, o consumidor é (i) a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; (ii) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo; (iii) todas as vítimas do “fato do produto ou do serviço” (acidentes de consumo relacionados com defeitos de segurança) e (iv) todas as pessoas expostas às práticas comerciais²².

No que toca à noção de consumidor “em sentido próprio”, a evolução do conceito de “destinatário final” é feita através de esclarecimentos doutrinários, os quais são manifestados através da adoção das seguintes teorias: (i) maximalista, considerando como consumidor aquele que retira o bem do mercado, em termos objetivos e sem indagar sobre a vulnerabilidade desta pessoa; (ii) finalista, avaliando se essa retirada ocorrerá ou não para integração do bem ou serviço na atividade econômico-profissional do adquirente ou usuário (admitindo como consumidor somente o destinatário “fático e econômico” do bem, restringindo a figura àquele que adquire ou utiliza o bem para uso próprio e de sua família e nesse passo aproximando-se da aludida noção “europeia” de “consumidor em sentido estrito”, com fundamento nas assimetrias informacionais e de poder negocial) e, mais recentemente, (iii) finalista aprofundada, baseada na utilização da “noção maior” de “vulnerabilidade como conceito-chave”, no seu exame in concreto e no uso das “equiparações ao consumidor” acima referidas²³.

20 Cf. art. 48 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como arts. 5º, XXXII; 170, V e 219 da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CRFB).

21 Cf. respectivamente os arts. 2º, *caput* e *parágrafo único*, 17 e 29 do CDC.

22 Tendo em vista que o conceito de consumidor no Brasil é sobretudo uma noção “relacional”, importa transcrever a definição de “fornecedor” que consta do art. 3º, *caput*, do CDC: *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição de produtos ou prestação de serviços.*

23 Por todos, *vide* Antônio Herman BENJAMIN, Cláudia LIMA MARQUES, Leonardo Roscoe BESSA, *Manual de Direito do Consumidor*, (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2009), em especial 70-73, onde é referida uma decisão em que, após 14 anos de discussões, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se pelo “finalismo” e criou inclusive um “finalismo aprofundado”, considerando como consumidora uma pessoa jurídica exposta a práticas comerciais abusivas levadas a cabo por outra pessoa jurídica, restando caracterizada a vulnerabilidade da 1ª pessoa (Recurso Especial 476428-SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19.04.2005).

Temos, portanto, demarcada uma grande diferença entre as noções “próprias” (deixando para momento posterior a análise das noções “equiparadas”) de consumidor na União Europeia e no Brasil: no primeiro caso, vemos a preponderância da solução estrita de “tudo ou nada” (consumidor é só a pessoa física em atividades com fins que não sejam profissionais ou comerciais); no segundo caso, temos uma solução bastante flexível, não só por consentir que as pessoas jurídicas sejam consumidoras, mas sobretudo graças à aceitação da vulnerabilidade como caracterizadora do conceito de consumidor, elevada a princípio pelo art. 4º, n. 1 do CDC, presumindo-se como vulneráveis, de acordo com a doutrina, os consumidores pessoas físicas e as pessoas com uma “vulnerabilidade potencializada”, que a seguir serão tratadas como “hipervulneráveis”²⁴.

2.5 A VULNERABILIDADE COMO CONCEITO-CHAVE PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR

Tomando-se a análise da vulnerabilidade como muito importante para definir quem é o consumidor no Brasil, convém indagar: o que é a vulnerabilidade?

Em termos gerais, “vulnerabilidade” deriva do latim *vulnus*, significando alguém que foi atacado por algum mal ou que apresenta uma fragilidade. É o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida, que pode ser ferido (*vulnerare*) ou é vítima facilmente²⁵.

Juridicamente, sendo filha do princípio da igualdade (que remonta à máxima aristotélica acima referida), dele diferencia-se por ser uma noção mais flexível e ainda não completamente consolidada, com traços de subjetividade. A principal diferença, segundo pudemos perceber, está na independência de uma comparação entre situações e sujeitos. Assim, a vulnerabilidade passa a ser mais um “estado da pessoa”, um “estado inerente de risco”, um fator de agravamento dos riscos ou ainda um “sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado”, podendo ser permanente ou provisória, individual ou coletiva, mas de todo modo fragilizando ou enfraquecendo o sujeito de direitos e desequilibrando uma relação.

24 LIMA MARQUES, *Algumas Observações sobre a Pessoa no Mercado e a Proteção dos Vulneráveis no Direito Privado Brasileiro*, em *Direito Privado, Constituição e Fronteiras – Privatrecht, Verfassung und Grenzüberschreitung* (Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil), Stefan Grundmann, Gilmar Mendes, Cláudia Lima Marques, Christian Baldus, Manuel Malheiros (Organizadores), (Porto Alegre e Brasília/Orquestra, 2012), p. 124.

25 LIMA MARQUES, *Algumas Observações*, *op. cit.*, p. 119.

Embora não possamos elevar a vulnerabilidade a “fundamento absoluto” das regras de proteção do consumidor, a sua compreensão torna-se cada vez mais importante para perceber a necessidade de proteção das pessoas na vida em sociedade. Em termos jurídicos, identificar a(s) vulnerabilidade(s) de alguém é acima de tudo uma técnica para a boa aplicação do Direito (do Consumidor e não só), a fim de corrigir as disparidades verificadas numa determinada relação²⁶.

A doutrina refere que existem vários tipos de vulnerabilidade²⁷:

(i) informacional (que é aquela “básica” ou “intrínseca” do consumidor e aparece crescentemente agravada por diversos fatores, como o rápido desenvolvimento dos meios tecnológicos, o excesso de informações desnecessárias, a concentração do poder informacional “nas mãos” dos fornecedores etc., representando mesmo um “risco” para a sociedade atual, o qual deve ser corrigido em homenagem à dignidade do consumidor, especialmente quando pessoa física²⁸);

(ii) técnica (pois o comprador não possui conhecimentos sobre o bem que adquire, sendo portanto mais facilmente enganado quanto às suas características e utilidade, o mesmo valendo para os serviços; no caso de o comprador ter uma finalidade profissional, tal vulnerabilidade será excepcional e necessitará de prova

26 LIMA MARQUES, *Algumas Observações*, *op. cit.*, p. 122 e 130.

27 LIMA MARQUES, *Manual*, *op. cit.*, 73 e ss. Em Portugal, *vide* Mário FROTA, *Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, Curso de Pós-Graduação, (Centro de Estudos de Direito do Consumo/Coimbra), p. 3.

28 A nosso ver, alguns argumentos contrários à identificação de vulnerabilidade informacional do consumidor (*vide* HESSELINK, *op. cit.*, p. 34, quando fala que a vulnerabilidade também está presente em relações civis e comerciais) são rechaçados a partir da solução “brasileira” de tripartição do Direito Privado (mantendo sempre a fundamentação constitucional), em que o sistema de proteção do consumidor aparece sobretudo no CDC, enquanto as normas para as relações civis e comerciais constam principalmente do Código Civil. A ideia de que “*se o consumidor contrata, é porque está bem informado*”, deve ser afastada porque altamente desatenta aos anseios de um Direito Privado mais justo, solidário e social. Consoante a interessantíssima tese de Sandra PASSINHAS, *Dimensions of Property under European Private Law – Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?*, (Instituto Universitário Europeu/Florença, 2010), p. 235, a informação pode (i) não chegar aos consumidores (que têm as suas limitações, como todo ser humano), (ii) estes podem não querer ter acesso à informação (quando não vêem muitas vantagens nisso) ou (iii) ter dificuldades em compreendê-la e utilizá-la, (iv) apesar da informação podem faltar alternativas de escolha ao consumidor (à vista de monopólios ou mesmo por questões de preço, como acontece quando um produto de pior qualidade é mais barato que outro de melhor qualidade, mas o consumidor não pode pagar pelo mais caro) e (v) a própria “cultura de consumo” (no Brasil, poderíamos falar em “consumismo”) torna a informação menos eficiente.

in concreto para que não seja classificada como “consumo intermediário”, o qual afasta-se do âmbito de aplicação do CDC²⁹).

(iii) jurídica ou científica (que é a falta de conhecimentos específicos, geralmente associados ao campo jurídico, da contabilidade ou da economia, parecendo portanto ser uma especificação da vulnerabilidade técnica; é presumida quanto ao consumidor não profissional e pessoa física, mas presume-se o contrário quanto aos profissionais e pessoas jurídicas, os quais devem ter conhecimentos mínimos para exercer a profissão ou devem consultar advogados ou outros profissionais especializados antes de assumirem obrigações³⁰).

(iv) fática ou socioeconômica [a qual manifesta-se através da imposição da superioridade do fornecedor, diante de vários fatores (com destaque para o econômico ou por situações de monopólio), a todas as pessoas que com ele contratam; por outras palavras, é uma vulnerabilidade que decorre da “concentração de forças” no parceiro contratual daquele que vem a ser considerado como vulnerável³¹].

29 Na jurisprudência do STJ, veja-se as seguintes decisões: (i) Recurso Especial 142.042-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. Em 11.11.1997, quando se definiu que “é de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e a compradora que a destina à sua *atividade de campo*” e (ii) Recurso Especial 1014-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. Em 02.09.2008, estabelecendo, num caso de compra de adubo, que “*a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo [...]*”. Podem ser referidas também decisões que não consideram como relação de consumo a compra de equipamentos para análises médicas, por mais que sejam “sofisticadíssimos” e importados, por pessoa jurídica profissionalmente especializada no fornecimento de serviços médicos e de exames.

30 Quer-nos parecer que, no campo processual, esta vulnerabilidade é bem ilustrada pela “litigância eventual” do vulnerável, que via de regra vai a Tribunal para resolver um determinado assunto uma única vez na vida (ou poucas vezes), enquanto o profissional ou “litigante habitual” já se encontra acostumado a litigar, conhecendo os debates jurídicos que envolvem determinadas questões, tendo condições para contratar melhores advogados, suportar os custos, a delonga e os problemas psicológicos decorrentes de um processo judicial. Sobre o assunto ver MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, *Acesso à Justiça*, (Sérgio Fabris Editor/Porto Alegre, 1988), p. 25 e 26.

31 Deitando suas luzes sobre essa situação, LIMA MARQUES, *Manual, op. cit.*, 76, ensina que no campo processual a vulnerabilidade fática torna-se em “hipossuficiência (econômica)”, repercutindo em questões essenciais de acesso à justiça, como a assistência judiciária gratuita, que no Brasil é presumida para o consumidor hipossuficiente mediante simples declaração de pobreza, sem necessidade de comprovação, mas admitindo-se revogação se a parte contrária provar a sua inexistência (nesse sentido ver a jurisprudência do STJ nos Recursos Especiais 200.390-SP, julg. Em 24.10.2000, Min. Edson Vidigal e 243.386-SP, julg. Em 16.03.2000, Min. Felix Fischer) e a imposição pelo art. 101, I do CDC de um foro privilegiado ao consumidor, em vez de cláusulas abusivas de eleição de foro (*vide* Recurso Especial 156.002-MG, julg 21.05.1998, Min. Cesar Asfor Rocha). Na Europa, HESSELINK, *op. cit.*, p. 33, dá conta dos argumentos contrários à consideração do consumidor como parte econo-

(v) psíquica [porque na vida real as pessoas nem sempre comportam-se de maneira racional quando fazem escolhas; tal constatação, que colide com a teoria economicista de que as pessoas agem sempre racionalmente, manifesta-se com especial incidência na celebração de contratos e é evidenciada por alguns fenômenos, como os seguintes: (a) a importância que muitas pessoas dão ao status quo, de modo que não querem mudar a situação estabelecida (mesmo quando existem maneiras de maximizar os seus rendimentos), (b) é frequentemente difícil calcular previamente os custos e benefícios decorrentes da escolha de uma determinada alternativa e por isso muitas pessoas resumem-se a raciocinar a partir de casos passados, avançando “poucos passos” a partir daí (o que põe em causa a ideia de que o consumidor é razoavelmente informado, sobretudo num mercado que se renova a todo instante e que se utiliza de práticas agressivas e desleais), (c) a medida de rejeição das pessoas a “ter prejuízos” é duas vezes maior do que medida com que buscam “ter benefícios” (assim, mesmo quando é recomendável receber aconselhamento jurídico, as pessoas só o fazem depois de ocorrido o problema); (d) muitas vezes o que chama mais atenção não é o mais importante para resolver uma questão³².

(vi) política ou legislativa (os operadores econômicos e fornecedores organizam-se com muito mais facilidade do que a imensa massa de consumidores, tendo ainda um melhor acesso ao poder, facilitando a sua atuação política, lobbies

micamente frágil: (i) a concorrência no mercado – que premia os justos e castiga os injustos – basta (o que não é verdade, tanto que são necessárias várias restrições legais à atividade empresarial); (ii) a Justiça distributiva pode decorrer de normas gerais (alteração das circunstâncias, reparação dos danos, leis sobre cláusulas contratuais gerais, boa-fé etc.), o que já foi atacado acima, por igualar situações díspares (já que as regras de Direito Civil e também do Direito Empresarial foram feitas para as relações “entre iguais” e a relação de consumo é “entre diferentes”) e que também é criticável porque tais “normas gerais” têm o seu âmbito de aplicação bastante restrito (por exemplo, se existe uma Lei que protege especificamente um consumidor porque foi vítima de uma prática comercial desleal, o aplicador do Direito que quer fazer justiça “agarra-se” a ela, em vez de procurar justificar a sua decisão numa violação da boa-fé por parte do comerciante, o que demanda uma maior carga de fundamentação e justificativas, podendo acarretar prejuízos em termos de economia processual e efetividade da Justiça) e (iii) há empresários “mais frágeis” que os consumidores nas suas relações com outros empresários (entretanto existe um ramo do Direito especialmente dedicado às relações entre empresários, logo não deve esse argumento interferir no que já foi conquistado em termos de proteção ao consumidor, sem prejuízo do que é dito nesse trabalho acerca da proteção dos vulneráveis).

32 Adaptamos ao tema sob enfoque os preceitos transmitidos por Jan M. SMITS, *Diversity of Contract Law and the European Internal Market*, em *The Need for a European Contract Law – Empirical and Legal Perspectives*, Edited by Jan Smits, (Europa Law Publishers/Groningen, 2005), p. 174-177, os quais foram utilizados em relação à política legislativa europeia em matéria de Contratos. Para maior aprofundamento, vide PASSINHAS, *op. cit.*, p. 94, 96, 99, 246-257.

no plano legislativo etc., sendo que os benefícios de tal organização não são repartidos com os consumidores e podem chegar mesmo a prejudicá-los³³).

(vii) ambiental (alguns autores falam no mal aproveitamento dos recursos existentes pela sociedade voltada para o consumo massificado, gerando danos e riscos à saúde, à segurança e ao bem estar das pessoas; outros acrescentam que, mesmo no seu ambiente mais íntimo, como a casa onde reside e onde mantém a sua caixa de correios, bem como o seu computador, o consumidor vem sendo “atacado” por ofertas de consumo indesejadas, que lhe constroem e tomam tempo, o que acontece, por exemplo, através de práticas como o *doorstep selling* ou o envio de comunicação comercial não solicitada).

Temos, portanto, justificada a existência de uma presunção legal de vulnerabilidade dos consumidores, cujo sentido e campo de aplicação é completado por uma presunção funcional de que esta vulnerabilidade atinge primariamente a pessoa física (a qual, atuando numa relação com um fornecedor profissional, presume-se agir em função de uma necessidade própria e familiar)³⁴. Esta presunção é de grande utilidade e economia, facilitando até a prova da vulnerabilidade de profissionais pessoas físicas, tanto nos casos de usos mistos como quando o fornecedor encontra-se em posição de poder muito elevada (vulnerabilidade in concreto facilitada).

Assim, a noção de vulnerabilidade e o “finalismo aprofundado” permitiram ao Direito do Consumidor no Brasil uma prática verdadeiramente protetora

33 Conforme esclarece o atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, HERMAN BENJAMIM, em *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*⁹, Ada Pellegrini Grinover (Presidente da Comissão), Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, (Forense Universitária/Rio de Janeiro, 2007), 264, o art. 29 do CDC (que equipara a consumidores as pessoas expostas a práticas comerciais) foi alvo de intuitos eliminatórios por parte do *lobby* empresarial brasileiro, obrigando os autores ao seu “transporte” entre capítulos (a noção inicialmente constava do art. 2º do Capítulo I). Ver também RIZZATO NUNES, *O “contrabando” operado no sistema legislativo, as garantias constitucionais, os limites para o legislador e o direito do consumidor*. Disponível em: <www.netconsumo.com>. Acesso em: 7 nov. 2011.

34 LIMA MARQUES, *Algumas Observações*, *op. cit.*, p. 124: *Alguns têm tentado ‘descaracterizar’ a vulnerabilidade dos consumidores in concreto, mesmo que pessoas físicas, alegando que os bens por eles comprados seriam ‘de luxo’ ou que deteriam conhecimentos especiais, como advogados ou ‘especialistas’.* Esta linha de argumentação não pode prosperar, justamente porque a presunção legal do art. 4º, I do CDC é clara sobre o reconhecimento por lei da vulnerabilidade ‘geral’ a todos os consumidores. Assim, em se tratando de pessoa física destinatária final sequer é necessário discutir a sua qualificação como consumidora, pois se reconhece e presume o CDC a sua vulnerabilidade frente aos fornecedores e as normas protectivas do CDC a ela se aplicam.

dos mais fracos. Mesmo quando se exige que um profissional pessoa física prove em concreto a sua vulnerabilidade, ela já vem sendo topicamente reconhecida, como acontece em relação a caminhoneiros, taxistas, freteiros, agricultores e até surfistas³⁵.

2.6 A HIPERVULNERABILIDADE NO BRASIL

No campo do Direito do Consumidor, a “hipervulnerabilidade” seria a situação fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais, aparentes ou conhecidas do fornecedor³⁶. Pode ser temporária (prodigalidade, incapacidade, necessidades físicas ou mentais especiais) ou permanente (doença, gravidez, analfabetismo, idade). Em relação às pessoas com necessidades especiais, pessoas com idade avançada, crianças e adolescentes, a hipervulnerabilidade tem garantia constitucional (ver, por exemplo, os arts. 226 a 230 da CRFB), mas como se trata de um estado subjetivo pluriforme e multidimensional, outros grupos de pessoas especialmente fragilizadas podem estar abrangidos.

O próprio desenvolvimento da doutrina brasileira sobre o assunto classifica a hipervulnerabilidade como um corolário positivo da proibição constitucional de discriminação, logo do princípio da igualdade, bem como do mandamento de pleno desenvolvimento da personalidade, ligando-se, portanto, ao tratamento equitativo e digno da pessoa humana, admitindo-se a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas no sentido da “inclusão dos diferentes”³⁷.

35 Como aconteceu no caso de perda da prancha de um surfista profissional por uma empresa de transporte aéreo (Recurso Inominado 71002097210, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, Dr. Heleno Tregnago Saraiva, julg. 03.12.2009). É também interessante notar o caso referido no Recurso Especial 1080719/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 10.02.2009, no qual a vulnerabilidade de um freteiro, adquirente de um caminhão “zero quilômetro”, restou comprovada. Essas e outras decisões são referidas por LIMA MARQUES, *Algumas Observações*, *op. cit.*, p. 125.

36 LIMA MARQUES, *Algumas Observações*, *op. cit.*, p. 126.

37 LIMA MARQUES, *Algumas Observações*, *op. cit.*, p. 129. Veja-se, neste sentido, utilizando a noção de *Drittwirkung*, em caso de seguro saúde, a ementa do STJ: “*Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, se o Juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objectivo, como também afronta o direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar*”. [RE 201819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julg. em 11.10.2005 [...] *Recurso Especial provido para reestabelecer a sentença*] (REsp 962980/SP, Rel. Min. Luis Filipe Salomão, Quarta Turma, julg. em 13.03.2012).

2.7 O “CONSUMIDOR EQUIPARADO” NO BRASIL

Partindo da ideia de que o deficit informacional dos consumidores é cada vez mais profundo e de que a vulnerabilidade encontra-se hoje partilhada por muitas pessoas, mesmo algumas que não são exatamente as destinatárias finais dos produtos e serviços, importa salientar que no Brasil o CDC equipara alguns sujeitos de direito aos consumidores:

(i) a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo (v.g. o filho de um consumidor *stricto sensu* que vem a ingerir um produto causador de uma enfermidade);

(ii) as vítimas do fato do produto ou do serviço, independentemente de serem “terceiras” numa relação de consumo, dada a potencial gravidade que um acidente de consumo pode ter (como as pessoas que transitam numa rua em que um avião cai por defeito do serviço, os comerciantes ou visitantes de um shopping center que é explodido após a colocação de uma bomba etc.) e

(iii) as pessoas vulneráveis em concreto e expostas às práticas comerciais de oferta, contratos de adesão, comunicação comercial, cobrança de dívidas, bancos de dados e cadastros de consumidores (portanto, incluindo também os profissionais e empresários, que entretanto podem ter algum receio de utilizar a legislação para se protegerem porque depois ela também poderá ser usada contra eles próprios)³⁸.

2.8 ANÁLISE COMPARATIVA DOS PROBLEMAS SIMILARES ENCONTRADOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA. PREFERÊNCIA PELO CONCEITO MAIS FLEXÍVEL. “QUEM DEVE PROVAR” E “COMO DEVE SER PROVADA” A QUALIFICAÇÃO DE “CONSUMIDOR”. CONCLUSÃO PARCIAL

Completado o quadro sintético da noção de consumidor no Brasil, percebemos que as questões tratadas na UE como “desvios” ao conceito de consumidor em sentido estrito são vistas no Brasil como potenciais causadoras de problemas interpretativos, mas podem ser abrangidas na ideia de consumidor (em sentido próprio ou equiparado) enquanto figura vulnerável (reportamo-nos aos casos de

³⁸ LIMA MARQUES, *Manual, op. cit.*, p. 79-81. Um exemplo arrojado de equiparação no Judiciário vem da Dra. Nícia Olga Andrade de Souza DANTAS, *Comunicação em massa e Código de Defesa do Consumidor*, na Revista de Direito do Consumidor n. 64, Cláudia Lima Marques (Coord.), (Revista dos Tribunais/São Paulo, outubro-dezembro de 2007), p. 289-300.

peças jurídicas, profissionais que agem fora do seu âmbito de trabalho “típico” ou com propósitos mistos, “novos empresários” e consumidores que celebram contratos com representantes de outros consumidores).

O conceito “brasileiro” serve ainda para responder às questões que haviam ficado sem resposta. Assim, quanto a saber “quem deve provar” e “como deve provar” a sua identificação como consumidor, temos que o ônus da prova varia conforme o caso, mas via de regra presumir-se-á sobretudo a fragilidade da pessoa física não profissional, bem como do “hipervulnerável”, admitindo-se uma “vulnerabilidade in concreto facilitada” da pessoa física profissional (especialmente quanto a “usos mistos” e quando houver grande disparidade de poder negocial em relação ao fornecedor), mas invertendo-se a presunção quanto à pessoa jurídica profissional (que só excepcionalmente poderá ser considerada consumidora, por exemplo quando provar que não possui conhecimentos técnicos ou jurídicos sobre o bem adquirido)³⁹.

Tudo isso não significa que a Europa não tenha voltado as suas atenções para a proteção dos vulneráveis⁴⁰. Acontece que, segundo a nossa experiência comparativa, como o consumidor é intrinsecamente visto como vulnerável no Brasil e o mesmo não ocorre na Europa (ou pelo menos não ocorre com a mesma intensidade), a tendência é que os hipervulneráveis do Brasil sejam vistos na Europa simplesmente como “consumidores vulneráveis” (expressão que, destacada de outros contextos e sem maiores especificações, poderá muito bem ser vista como redundante pela doutrina brasileira acima referida). Um exemplo disso refere-se às crianças e jovens. No Brasil, sendo constitucionalmente protegidas já há algum tempo pelos arts. 226 e 227 da CRFB, passam agora a ser consideradas como “hi-

39 É ainda interessante notar a solução conferida pelo art. 6º, VIII do CDC no que respeita à *hiposuficiência*, que não deixa de ser uma vulnerabilidade aplicada ao plano processual: *São Direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*

40 Ver, por exemplo, a *Compilación de Notas Informativas sobre la Vulnerabilidad de los Consumidores – Estudio*, feita pela Dirección General de Políticas Interiores (Departamento Temático de Política Económica y Científica) del Parlamento Europeo, Elke Ballon (Administrador Responsable), 2012, Disponível em: <www.europarl.europa.eu/studies>, em que a vulnerabilidade é analisada em cinco países (Dinamarca, Inglaterra, Estónia, Alemanha e Espanha), especialmente no que respeita a quatro temas (contratos electrónicos, telecomunicações, contratos públicos e transportes). Nós próprios nos voltamos para a proteção dos vulneráveis quanto ao setor dos transportes em *Sobre a Proteção da Pessoa Humana no Transporte Ferroviário: “Linhas e Linhas”*, In: *Temas de Direito dos Transportes*. v. II, M. Janeiro da Costa Gomes (Coord.), (Almedina/Coimbra, 2013), p. 307-442.

pervulneráveis”⁴¹. Enquanto isso, na Europa, ainda são vistas como “consumidoras vulneráveis”⁴².

Sem embargo de serem alcançadas boas soluções de proteção dos vulneráveis tanto no Brasil como na União Europeia, quer-nos parecer que a visão brasileira evidencia de maneira mais aperfeiçoada, seja pela expressa previsão legal do art. 4º, I do CDC, seja pela nomenclatura facilmente compreensível aos “olhos” dos seus beneficiários, a normal vulnerabilidade de certos grupos, bem como o seu agravamento, acabando por ser mais benéfica a essas pessoas, pois chamará a atenção de todos para a necessidade de serem tomadas medidas – com destaque para a elaboração de normas especiais e por uma crescente preocupação social com a execução prática da Justiça – voltadas para a sua proteção/“hiperproteção”. O importante, em todo caso, é que sejam tomadas medidas acrescidas de justiça e de inclusão social⁴³.

41 LIMA MARQUES e Bruno MIRAGEM, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2012), p. 187-188.

42 Begoña Alfonso DE LA RIVA e José Carlos de Medeiros NÓBREGA (Colaboradores Expertos), *La Vulnerabilidad de los Consumidores en el Derecho Español*, em *Compilación de Notas, op. cit.*, 68, 69 e 77, esclarecem com percuciência que não existe uma definição de vulnerabilidade do consumidor na LGDCU, mas esta já aparece em algumas legislações regionais, como é o caso da Comunidade Valenciana, que protege os consumidores que forem crianças ou adolescentes, ao lado de pessoas com incapacidade, idosos, imigrantes e pessoas que se encontrem temporariamente fora da sua residência habitual (cf. art. 6º, n. 1). Sobre a proteção de crianças e jovens contra a publicidade que lhes é nociva, leia-se o trabalho de Jorge PEGADO LIZ (Relator), *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças”*, (CESE/Bruxelas, 18 de Setembro de 2012).

43 Nesse sentido, v. os belos ensinamentos de LIMA MARQUES e MIRAGEM, *O Novo Direito Privado, op. cit.*, 210-212, referindo o exemplo da criação de normas voltadas para a proteção dos estrangeiros contra atos de violência na Alemanha. Esse tipo de “assunção” de responsabilidades por parte do Estado, que reputamos como louvável, acaba por alinhar-se ao que transmitem DE LA RIVA e NÓBREGA no texto acima referido, quanto a outras modalidades de *hipervulnerabilidade* que vêm clamando por uma maior atenção dos operadores jurídicos, como acontece, por exemplo, com a situação de “*distância em relação à residência habitual da pessoa*”. Às repercussões dessa problemática no campo da proteção do turista, bem como às suas soluções, dedicamos o nosso *Direito, Turismo e Consumo*, (Renovar/Rio de Janeiro, 2012). O problema, no entanto, persiste na Europa e pode chegar ao Brasil, como dá conta o interessante trabalho de Simon WHITAKER, *The Interpretation of Concepts in European Private Law*, em *The Future of European Contract Law, op. cit.*, 333-345, fornecendo como exemplo a situação de exclusão dos contratos de *aluguel de automóveis* do âmbito de aplicação da Diretiva 97/1/CE (inaplicável aos “*contratos para a provisão de transporte numa data ou período especificado*”), gerando a impossibilidade de exercício do direito de retractação ou arrependimento do consumidor após a celebração do contrato à distância (no caso, os contratos eram exclusivamente celebrados através da *Internet*), consoante Acórdão do TJUE no Proc. C-336/03 (Caso *easyCar*). Para

3 A VOZ DO CONSUMIDOR

Diante do exposto, definir o consumidor, mais do que uma questão técnico-jurídica, torna-se hoje um problema de justiça social. A voz do consumidor não é simplesmente a voz dos pobres, como alguns querem acreditar, mas a voz dos necessitados, dos mais fragilizados, dos débeis, dos vulneráveis e, mais recentemente, dos “hipervulneráveis”.

Ser consumidor, portanto, é lutar para ser reconhecido como diferente e receber tratamento jurídico na medida dessa diferença. É, ainda, batalhar diariamente para não haver retrocessos no campo do Direito do Consumidor, pois os abusos perpetrados contra os consumidores não podem agora ser apontados como “solução” para a crise econômica que afeta pessoas, famílias, nações e quer chegar aos grandes blocos econômicos. Pensar dessa maneira conduz a situações absurdas e agrava as desigualdades. Seria como acreditar que a concessão de crédito através de contratos repletos de cláusulas proibidas e desleais, com manifesto desrespeito aos deveres de comunicação e informação nos contratos de adesão, sem avaliação da solvabilidade dos mutuários e com a cobrança de juros clamorosamente abusivos, os quais podem ser apontados como causas do estado de crise econômica em que se vive, pudessem se tornar agora numa solução para essa mesma crise, conferindo

o autor, ao assimilar “contrato de transporte” e “aluguel de automóveis” em prejuízo dos consumidores, o TJUE: (i) demonstrou pouca vontade de obter uma noção técnico-legal única e harmônica, deixando superada a coerência conceitual em nome da vontade de equilibrar o mercado; (ii) falhou na aplicação de diversos princípios interpretativos (a) por considerar que os trabalhos preparatórios da Diretiva não ofereciam clarificações (contrariamente à posição assumida pelo Advogado-Geral), (b) por negligenciar a comparação terminológica entre a Lei em questão e as respectivas transposições para os Estados-Membros e (c) por ignorar conscientemente o princípio de que as exceções à proteção do consumidor devem ser interpretadas restritivamente e (iii) rejeitou a análise tradicional de tipos contratuais e a necessidade de proteção dos consumidores para basear a sua decisão (de exclusão do contrato do âmbito aplicativo da Diretiva) numa análise de sectores do mercado de serviços, segundo a sua particular visão econômica. Apesar das críticas, a Diretiva 2011/83/UE manteve e até aprofundou as exceções antes existentes, como comprovam o Considerando (49) e o art. 16, *l*). No Brasil, porém, o art. 1º, III do Decreto 7.692/13 parece ter caminhado em sentido oposto, garantindo o “*respeito ao direito de arrependimento*” na contratação relativa ao comércio eletrônico, sem explicitar exceções. A nosso ver, uma análise correta deverá (i) considerar que mesmo em caso de cancelamentos abruptos as empresas podem fazer promoções como se dá através dos contratos “*last minute*” ou “*last second*”, francamente potenciados pela Internet, evitando os prejuízos econômicos e (ii) recordar sempre que os consumidores estão mal protegidos, são vulneráveis e, mesmo quanto a esses casos, os locatários são frequentemente hipervulneráveis, quer por serem turistas, quer por contratarem à distância, quer porque a execução contratual pode ocorrer longe do seu local de residência etc.

novo impulso à atividade empresarial através do vilipêndio dos direitos conferidos aos consumidores.

Por um lado, é certo que, para sabermos “quem será” o consumidor (ou melhor, “quem queremos que seja” o consumidor) de hoje em diante, será preciso aprofundar vários assuntos referentes à técnica jurídica (v.g. a qualidade e os custos da informação, o acesso à justiça e a revisão do tratamento legal das ações coletivas, as cláusulas dos contratos formados por adesão e/ou no âmbito do comércio eletrônico, os meios de comunicação e a sua necessária utilização em favor da educação para o consumo, as melhores maneiras de legislar e de aplicar a legislação no campo do Direito do Consumidor e a Política de Consumidores⁴⁴). Por outro lado, o que se quer não é simplesmente a riqueza econômica através da justa aplicação da legislação consumerista, mas a transmissão e partilha da “riqueza criativa” consistente em saber quando, onde, como e por que motivos consumir (ou não consumir) em nome da erradicação das desigualdades⁴⁵.

Conjugando a análise jurídica e econômica com a necessidade de criatividade e solidariedade, a maneira mais rápida de escapar dos problemas econômicos parece ser a “invenção” de modos para deixar de ser simplesmente produtor, distribuidor, vendedor e consumidor de bens e serviços para passar a ser, diretamente e sem intermediações, “criador” e “idealizador” daquilo que se necessita para a vida própria, em harmonia e solidariedade com o próximo, com a coletividade e também com o mundo que nos abriga.

Assim, sem defender nenhuma espécie de incentivo à pobreza, “ser consumidor” passa a ser, também, “não ser consumidor”, através da sabedoria que

44 Quanto a esse último assunto, veja-se o Programa dos Consumidores da União Europeia (UE) para o período compreendido entre 2014 e 2020, tratando principalmente dos seguintes temas: (i) a complexidade do processo de decisão, (ii) a adoção de padrões de consumo mais sustentáveis, (iii) a digitalização e suas repercussões, (iv) o aumento de exclusão social e do número de consumidores vulneráveis e ainda (v) o envelhecimento da população. No que toca ao Brasil, recorde-se que o Projeto de Revisão do Código de Defesa do Consumidor incide principalmente sobre o aperfeiçoamento das disposições gerais, o comércio eletrônico, a disciplina do crédito ao consumidor, a prevenção ao superendividamento e a disciplina das ações coletivas.

45 Nós temos usado os valores públicos do alcance da paz social e da justiça, bem como o do acesso à cultura plural, para tentar justificar a disseminação de informações favoráveis ao consumidor. Um discurso interessante parece ser o dos *winsumers* e *trysumers* (em vez de simplesmente *consumers*), segundo o qual incentiva-se a conscientização de que “todos somos consumidores” e de que o Direito do Consumidor é hoje o “direito do dia a dia”, para que cada consumidor olhe para o seu semelhante como um “irmão gêmeo” (*twin*) e depois, com essa consciência, divida e compare as suas experiências mais positivas (*share and compare*).

resulta da valorização de atividades que nada custam do ponto de vista econômico, mas que consomem o nosso tempo e o dos nossos semelhantes (quando sabemos que a vida não é infinita)⁴⁶. Logo, é possível somar, à geração de riqueza, o trabalho, o estudo e até a diversão, valorizando o tempo através de um paradigma de união e não mais de separação entre (i) os homens e as mulheres, (ii) entre o trabalho e a casa, (iii) o trabalho e o estudo e (iv) o trabalho e a aposentaria (reforma).

Para darmos exemplos mais concretos, em atenção à necessidade de informação que se sente hoje em dia (um dos grandes problemas do Direito do Consumidor), podemos dizer que não basta ver, escutar ou ler, pura e simplesmente.

É preciso:

(i) querer ver o que muitos não conseguem ver, pois não têm “olhos” nem tempo para tanto e acabam por deixar passar despercebidos momentos irrepetíveis de elevação existencial para privilegiar uma exaltação patrimonial⁴⁷.

(ii) escutar com calma, sem querer chegar logo aos “finalmente”, sem abominar o silêncio, deixando à vontade o interlocutor a fim de alcançar a com-

46 Nesse sentido, pergunta-se: quanto custa olhar o mar e as estrelas? Quanto custa passear alegremente com os amigos? Quanto custa fazer amor com a pessoa amada? Quanto custa conversar com um taxista durante uma viagem ou com uma pessoa num ponto de ônibus enquanto se aguarda o transporte? Quanto custa ler um livro e escrever uma poesia? [...] Como nos lembra o Professor De Masi, da Universidade de Roma La Sapienza, é até divertido imaginar e ampliar esse rol de indagações – o que também não custa nada!

47 Vergílio FERREIRA, *Pensar*, (Quetzal/Lisboa, 2013), (i) 64-65: “Tudo tem o seu lado superficial e o seu lado profundo, o visível e o seu invisível, a realidade imediata e outra. E é isto que nos afecta para sermos quem somos, naquilo que nos rodeia – uma flor, uma estrela, um cão. Olhar e ver [...] É diferente olhar um céu limpo à noite e condensar esse olhar, mergulhando-o no seu abismo. É muito diferente olhar uma pessoa e tocar a realidade do ‘eu’ que a habita [...] [Porque ver é ver sempre pela primeira vez. E tudo pode ser apenas sabido de cor. Mas eu falo de um ver primordial, para lá do que o hábito endureceu [...] e quando o descobrimos, a nossa vida pessoal, que é a mais imediatamente sentida, não existe desprendida ou à superfície de tudo o mais no mundo, mas estabelece com isso uma estranha união. Olhar uma pedra, uma vaga no mar, uma flor [...]” e (ii) 53: “Sol vivo e o vento que arrasta consigo o rumor do mar. Cheguei agora do não ser, e vi, e ouvi. Contemplo o mistério das margens da vida e ele existe à minha face, oculto e deslumbrante. As coisas existem no fulgor da luz, agitam-se um pouco na agitação do ar. Estou de fora, não sabem que as olho e escuto. O mistério abre-se diante dos meus olhos e um momento assisto à revelação do ser. Não contavam comigo e cumpriam-se por si na obtusidade de existirem. Não têm porquê nem para quê no absoluto com que são. Mas eu vi e ouvi. A luz, o som. E imediatamente teci sobre eles uma rede que os aprisionasse no meu sabê-los e eles existissem na criação do meu entendimento. É uma rede que os envolve de todo lado como um voo. Mas eles trespassam-na sem entenderem que eu entenda. A minha única atitude sensata é a da humildade. Ficar à margem e olhar. Assistir ao milagre [...]”.

preensão mútua, aguardando que o necessitado de um bem venha procurá-lo em vez de impingir a compra, substituindo a autoridade pela alteridade⁴⁸.

(iii) “ler melhor” (não somente “ler mais”), querendo compreender a leitura com reflexão⁴⁹, partilhando a sua sabedoria e – por que não? – estimulando internamente e externamente o potencial criativo e o “conhecimento sensível” que emana de um livro, mudando o mundo e a nossa vida a partir das nossas leituras⁵⁰.

48 Entre outros, veja-se o nosso *Recriar a Vida Contratual e Servir ao Ser Humano: Comunicação e Informação nos Contratos de Adesão*, em Revista Portuguesa de Direito do Consumo n. 67, (Centro de Estudos de Direito do Consumo/Coimbra, 2011) e em Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo # 6, (Bonijuris e J.M./Curitiba, 2012).

49 Recordando as aulas de Estética do Professor António Pedro Pita (Faculdade de Filosofia da Universidade de Coimbra), lembremos, antes de contratar irracionalmente e/ou de consumir “tudo num instante”, que uma *obra de arte* pode “demorar séculos para ser lida”, como aconteceu – e de fato acontece – com a *Guernica* de Picasso, com o *Dom Casmurro* de Machado de Assis, com o *Carlos da Maia de Eça de Queirós*, com o teatro de Shakespeare ou de Molière, oferecendo liberdade e até convidando o leitor a pensar, a reflectir... Por que então fazer dos contratos referentes a aspectos fulcrais da nossa existência, como os que versam sobre a saúde, a educação e a comunicação, algo de irreflectido, instantâneo, restritivo da nossa liberdade e da nossa qualidade de vida? Por que não recriar a vida contratual e buscar inspiração para a redação jurídica nas obras de arte?

50 Sobre o tema, Maria de Jesus Reis CABRAL, no artigo *Dire de près pour lire le loin*, oferece-nos um belo estudo dentro obra coletiva *Lire de près, lire de loin – Close reading versus distant reading*, na qual vários autores discutem as disparidades existentes entre a leitura intrínseca do texto literário (*close reading*) e a proposta de Franco Moretti acerca do *distant reading* (ler o texto “à distância”, do ponto de vista biológico ou estatístico, contar as suas palavras e páginas para outras finalidades que não a sua profunda compreensão...). Maria de Jesus Cabral posiciona-se de maneira sublime a favor de um *close reading* que tenha em linha de conta a “voz” do texto, o seu “ritmo” no momento da escritura e da leitura, aquilo que, apesar de estar distante, ganha “corpo” e vence as barreiras do tempo e do espaço. Devemos, portanto, “dizer” de perto para “ler” o longe... Como a leitura é um re-encontro entre pensamento e emoção, olhar somente o “conjunto” da obra, visto “de fora” como sugere o *distant reading*, significa ver apenas a montanha e a floresta, mas esquecer-se do principal: as árvores que a formam, as suas raízes e a seiva (da vida!) que corre dentro delas... A “voz” do leitor que escuta “de perto” essa outra “voz” do texto, uma vez que reproduzida no seu íntimo e nos seus sentimentos, torna-se uma “quarta pessoa do singular” (Valère Novarina), a qual que não pode ser desprezada. Por isso, à leitura distante e formal que procura vaticinar o fim de alguns livros através de uma “selecção natural”, devemos contrapor o princípio da “variação genérica”, admitindo diferentes especificidades discursivas com base na dinâmica socio cognitiva do texto literário. A meta é não separar o texto de sua fonte de emanção, fazendo viver a sua “voz” e a sua “poesia” (não sendo demais lembrar que “poesia” provém do grego *poiein*, isto é, “criar”). A poesia é portanto a “arte da palavra”, é a “palavra-viva”. Ler é uma operação “e-motiva” (*ex movere*, proveniente do movimento que vem do outro para nós) e que depois vai de nós para o mundo (inventando, imaginando) através da linguagem, num exercício de “re-criação” e de *recreação* onde o leitor é ao mesmo tempo o espectador e o autor de um “corpo” bastante *teatral*, na medida em que ele é o “transmissor” da “voz” escrita. Ler é por isso (trans) formação, aliança e partilha, coincidindo com o que temos proposto quanto à defesa do consumidor.

É preciso dialogar e comunicar com intuitos de reparação das injustiças e correção das desigualdades, aplicando diretamente os direitos fundamentais às relações privadas. É preciso incentivar o crescimento de correntes de pensamento como as do “ativismo do consumidor”, do “consumerismo ético”, do “consumerismo político” (“comprar é votar?”), do “slow-food”⁵¹, das “compras éticas”, dos “boicotes a determinados produtos” (*boycott*), dos “investimentos socialmente responsáveis”⁵², do consumo sustentável⁵³ etc. É imprescindível punir severamente (duplamente, progressivamente) aqueles que, sendo os detentores do poder de comunicação e informação, o utilizarem de maneira ilegal, abusiva e/ou desleal para com os mais

Portanto, com a “voz” do consumidor entre as mãos, sugerindo a sua (trans)formação, a sua aliança com os demais consumidores e finalmente a partilha paritária de bens e recursos entre todos os povos e culturas da terra, podemos concluir o seguinte: “*Ler (também) é defender o consumidor*”.

51 Através de um estudo realizado em mais de 50 países por mais de 500 especialistas, comprovou-se que a obesidade “mata” mais, hoje em dia, do que a desnutrição, ou seja, o excesso de peso e a má alimentação vêm causando mais prejuízos do que a falta de alimentação em um grande número de países. Vide Pauline FRÉOUR, *L'obésité plus meurtrière dans le monde que la malnutrition*, em LeFigaro.fr de 20.12.2012, consultado em 04.05.2013.

52 PASSINHAS, *op. cit.*, p. 105.

53 Bernie KRAUSE, *Entretien – Le Grand Orchestre de la Nature est peu à peu réduit au silence*, em LeMonde.fr de 30.03.2013, consultado em 07.06.2013, afirma que a exploração de florestas, a industrialização e a poluição (especialmente a sonora) estão acabando com a *biofonia* e a *geofonia* (ou seja, com os sons naturais emitidos por seres humanos e por elementos como o vento, a água, a chuva e os movimentos do solo). O músico aponta, como solução para esse problema, “*dar um termo ao consumo desenfreado de produtos dos quais uma pessoa não tem necessidade*”, bem como passar a pensar numa “*ecologia da paisagem sonora*”, a qual é uma grande reveladora do estado de saúde dos diversos *habitats* naturais. Pierre RABHI, *Je suis le Père, le Fils et l'Amant de la Terre*, numa entrevista disponível em: <<http://www.femininbio.com/agir-green/actualites-nouveautes/pierre-rabhi-intime-68618>>. Acesso em: 7 jun. 2012. Explica que a “agroecologia” começa pela agricultura biológica, a qual não utiliza produtos químicos nos seus cultivos, transformando a matéria orgânica em “húmus” (palavra que, não à toa, tem a mesma etimologia de “humanidade” e de “humildade”), permitindo que antes das refeições continuemos a desejar “bom apetite” em vez de “boa sorte” (aludindo aos riscos de comer alimentos com agro-tóxicos). Depois, à agricultura biológica adiciona-se a rearboração, evitando a erosão de terra e gerindo água da chuva através de sistemas que a obrigam a se infiltrar no solo para recarregar os lençóis freáticos, o que permite regenerar o meio ambiente. Luta-se contra *lobbies* e interesses diversos: além de fabricantes de adubo e de pesticidas, o próprio Governo torna-se cúmplice quando lucra com as taxas que cobra para a comercialização de tais produtos. A *agroecologia* é portanto a “agricultura com respeito à vida”, é um “abraço” de quem trabalha a terra e é ao mesmo tempo “trabalhado” por ela; é, portanto, ser pai da Terra (porque cuida dela), mas ao mesmo tempo filho (pois dela vem a sua nutrição) e amante da Terra, com o amor que um homem sente por uma mulher quando o espírito e o coração se juntam. Para mais dados e sugestivas fotos sobre o assunto, no que respeita ao período compreendido entre 1992-2012, ver Yann ARTHUS-BETRAND, *A Terra Vista do Céu – 20 Anos de Retratos do Planeta (ECO 92 / RIO+20)*, (Casa da Palavra/Rio de Janeiro, 2012).

fragilizados (chegando a causar “danos sociais”), já que vivemos na “era da comunicação e da informação”⁵⁴.

Esse parece ser, a nosso ver, o “contra-ataque” mais eficaz a uma sociedade de consumo de massas que insiste em causar desigualdades sociais. Propõe-se mais uma vez a substituição do individualismo predatório, da ilimitada liberdade contratual e do positivismo legalista – desatento, para dizer o mínimo, à legitimidade – por uma ética solidarista de amor, compaixão, exteriorização dos valores e conjugação dos verbos sempre em “Nós”⁵⁵.

54 Veja-se que, na ânsia por cativar consumidores e vender produtos, enormes desrespeitos vêm sendo praticados contra os direitos fundamentais das pessoas através da Internet. Algumas mudanças vêm sendo realizadas nas Leis, mas sempre depois de graves problemas terem sido verificados, com sérios e por vezes incorrigíveis danos causados às pessoas. Em meio ao desenvolvimento dos programas para utilização de empresas denominados como *IP tracking* (permitindo a identificação do IP de um internauta e a partir daí a mudança de preços de acordo com o seu interesse num produto, a oferta de bens indesejados pela pessoa, a perda de tempo de vida de quem tem de fechar “janelas” sucessivas que se abrem em seus computadores...), parece-nos que a maioria das pessoas não sabe que pode ter a sua “navegação” perseguida e desconhece as maneiras de evitar que isso ocorra. O desenvolvimento empresarial não pode ser custeado pelo vilipêndio à intimidade e ao livre desenvolvimento das pessoas. Depois, questionamo-nos se a fiscalização de práticas como essas, que têm finalidades meramente económicas (ou até criminosas), pode existir de maneira eficaz, pois os gastos com a criação de programas podem ser elevados, o que aponta para mais gastos por parte de quem quiser “fiscalizar” os abusos. O pensamento preventivo parece merecer uma iniciação a partir de uma educação fácil, com sugestões simples. Por exemplo, a frases do tipo “*se você gostou disso também vai gostar de...*” podemos opor – se quisermos, é claro – a frase “*Quem sabe sou eu*”. Sem dispensar as conversas suplementares e educacionais, um bom “aviso”, a ser feito através de “proteção” de tela (de ecrã) nos computadores dos iniciantes (por exemplo no caso das crianças que partilham dados pessoais com desconhecidos, colocando em risco a sua segurança e podendo comprometer gravemente sua liberdade no futuro) poderia ser: “*A Internet não esquece*”. Outra frase que nos parece metalinguisticamente “trabalhável” no âmbito virtual (ou seja, uma frase a respeito da Internet para ser discutida através da Internet) é a seguinte: “*Tudo o que é invasivo, sobretudo quando tem fins comerciais, é mau*”. Enfim, sem podermos exaurir *hic et nunc* as inúmeras discussões que poderiam ser trazidas à tona sobre o tema, reservando maiores considerações para o futuro, recomenda-se a leitura: (i) no Brasil, do Decreto n. 7.692/13 (Contratação no Comércio Eletrônico) e (ii) em Portugal, das Conclusões das V Jornadas Transmontanas de Direito do Consumo, Disponíveis em: <www.netconsumo.com>.

55 É o que “nos” sugere Diogo LEITE DE CAMPOS em variados momentos do seu livro *As Relações de Associação*, (Almedina/Coimbra, 2011). No campo literário, ver CABRAL, Maria de Jesus, “Variations Génériques et Autres Fugues: Mallarmé et Pessoa”, em *Pensar a Literatura no Séc. XXI*, João Amadeu Carvalho da Silva, José Cândido de Oliveira Martins e Miguel Gonçalves (Org.), (Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa/Braga, 2011), 152, 159, nos recordando que grandes escritores e “divulgadores culturais” como Stéphanne MALLARMÉ, quando queriam aproximar-se dos leitores, usavam várias técnicas, como o uso do colectivo “nós” com significado de “aproximação” e de “estratégia inclusiva”. É preciso que os juristas, com destaque para os

Por outras palavras, é possível (sim!) “traduzirmos” e enriquecermos de significado o “ser” consumidor. Para que isso ocorra, devemos lutar por um diálogo universal e paritário entre todos os povos da Terra, contrariando a homologação forçada de todas as culturas a uma cultura dominante e preservando a natureza e o mundo que nos acolhe. A redefinição do “ser consumidor” deve ocorrer em virtude da troca de experiências, recursos, instrumentos, tecnologias e ideias, valendo-se do progresso organizativo e da difusão da escolarização para criar e partilhar Justiça, Igualdade e Solidariedade.

Talvez um “ser” que decidisse refletir sobre o assunto (repensando o “ser” consumidor) numa noite estrelada, enquanto assistisse a um diaporama sobre o brilho tocante do génio criativo de Van Gogh, enquanto escutasse o lamento sonoro de Don McLean (“I really told you, Vincent, this world was never meant for one as beautiful as you”)... Dizíamos, em meio a tais circunstâncias excepcionais, talvez esse “ser” pudesse acreditar, com toda a razão, que o mundo ainda não percebeu o bem que podia fazer a si próprio. E nessa medida-desmedida, talvez até sonhasse e, com sorte, sonharia com o entusiasmo de Carlos Drummond de Andrade, singular alento nos momentos mais difíceis:

“Ó vida futura, nós te construiremos!”

Porém, com os olhos bem despertados, é grande a melancolia ao “ver” que, após anos de consumerismo, o nosso “ser” consumidor ainda vive para trabalhar, ainda trabalha para ganhar salário, ainda ganha salário para comprar e, o pior de tudo, ainda compra porque é bonito, porque o consumo é sinónimo de prazer, de diversão!

jusconsumeristas, compreendam que não basta escrever livros exclusivamente informativos, é preciso “persuadir” as pessoas a agirem correta e concretamente, “sugerindo” os leitores e consumidores a perceberem que é bom fazer o bem e lutar pela justiça. Até a concepção criadora “pluricêntrica”, nos moldes heteronímicos de Fernando Pessoa (que gostava muito de “outrar-se”, como sabem) é bem-vinda num campo como o Direito do Consumidor, em que vemos violações diárias às normas. Assim alguns jusconsumeristas abriram contas em bancos “de propósito” para verem os abusos que seriam cometidos e em seguida publicarem matérias em jornais de grande circulação no Brasil, pelo bem de todos; assim também os “clientes-mistério” em Portugal frequentam diferentes estabelecimentos a fim de compararem as condições contratuais oferecidas no mercado de consumo para depois publicarem matérias em revistas especializadas...

Será ele uma espécie de dependente de drogas, que acredita “consumir” quando na verdade está a “ser consumido”? Terá ele percebido “bem”, mas não “o” bem? E como retirar o “ser” desse exílio – sem sentido em relação à Beleza da Humanidade e da Natureza – quando ele julga viver num Reino?

“Toma e lê”, ouviu Santo Agostinho, “levanta-te e anda”, diz a parábola bíblica. No plano jurídico, marcantes foram os ensinamentos de Rudolf von Ihering: “O Direito é luta”. Da nossa parte, poderíamos sugerir “Consumir sem ser consumido”, mas talvez o principal mandamento hoje seja mesmo “criar”, ou seja, “viver duas vezes”, como escreveu Albert Camus. De todo modo, qualquer desses ensinamentos nos convida a fazer parte de movimento maior que nós, quiçá universal.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Tradução, Prefácio e Notas de António de Castro Caeiro (Quetzal/Lisboa, 2009).

ARTHUS-BETRAND, Yann. *A terra vista do céu – 20 Anos de Retratos do Planeta (ECO 92 / RIO+20)* (Casa da Palavra/Rio de Janeiro, 2012).

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*, (Edições 70/Lisboa, 2011).

CABRAL, Maria de Jesus Reis. *Variations génériques et autres fugues: Mallarmé et Pessoa*, em *Pensar a Literatura no Séc. XXI*, João Amadeu Carvalho da Silva, José Cândido de Oliveira Martins e Miguel Gonçalves (Organizadores), (Publicações da Faculdade de Filosofia da Universidade Católica Portuguesa/Braga, 2011).

_____. *Dire de Près pour Lire le Loin, em Lire, de Près de Loin*, Close reading versus distant reading, Paris, Classiques Garnier, col. «Rencontres. Théorie de la littérature» (em fase de publicação).

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro (Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, 1989).

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* (Sérgio Fabris Editor/Porto Alegre, 1988).

DANTAS, Nícia Olga Andrade de Souza. Comunicação em massa e Código de Defesa do Consumidor, na *Revista de Direito do Consumidor*, n. 64, Coord. de Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais/São Paulo, outubro-dezembro de 2007.

DE MASI, Domenico e BETTO, Frei. *Diálogos criativos* (Sextante/Rio de Janeiro, 2008).

DE LA RIVA, Begoña Alfonso e NÓBREGA, José Carlos de Medeiros (Colaboradores Expertos). *La Vulnerabilidad de los consumidores en el derecho español em compilación de notas informativas sobre la vulnerabilidad de los consumidores – Estudio*, Dirección General de Políticas Interiores (Departamento de Política Econó-

mica y Científica) del Parlamento Europeo, Elke Ballon (Administrador Responsable), (2012). Disponível em: <www.europarl.europa.eu/studies>.

EBERS, Martin. *The notion of consumer, em consumer law compendium*, 713-716, Disponível em: <http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part3a_en.pdf>.

FACHIN, Luiz Edson. *Pessoa, sujeito e objeto: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo*, em Diálogos sobre o Direito Civil – v. III, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Organizadores) (Renovar/Rio de Janeiro, 2012).

FERREIRA, Vergílio. *Pensar* (Quetzal/Lisboa, 2013).

FRÉOUR, Pauline. *L'obésité plus meurtrière dans le monde que la malnutrition*, em LeFigaro.fr de 20.12.2012.

FROTA, Mário. *Teoria geral da relação jurídica de consumo*, Curso de Pós-Graduação (Centro de Estudos de Direito do Consumo/Coimbra).

GRANDMONT, Dominique. *A viagem de traduzir*, tradução e posfácio de João Domingues e Maria de Jesus Cabral, Lisboa, Edições Pedagogo, 2013.

HERMAN BENJAMIM, Antônio. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover (Presidente da Comissão), Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari (Forense Universitária/Rio de Janeiro, 2007).

HERMAN BENJAMIN; LIMA MARQUES, Cláudia e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor* (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2009).

HESELINK, Martijn W. *Towards a sharp distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, Working Paper Series n. 2009/06, Centre For Study of the European Contract Law, Uninvestiteit van Amsterdam.

KRAUSE, Bernie. *Entretien* – « Le Grand Orchestre de la Nature est peu à peu réduit au silence », em LeMonde.fr de 30.03.2013, consultado em 07.06.2013.

LEITE DE CAMPOS, Diogo. *As relações de associação – O Direito sem Direitos* (Almedina/Coimbra, 2011).

LIMA MARQUES, Cláudia. *Algumas Observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*, em *Direito Privado, Constituição e Fronteiras – Privatrecht, Verfassung und Grenzüberschreitung* (Encontro da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil), Stefan Grundmann, Gilmar Mendes, Cláudia Lima Marques, Christian Baldus, Manuel Malheiros (Organizadores) (Porto Alegre e Brasília/Orquestra, 2012).

LIMA MARQUES e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis* (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2012).

LIZ, Jorge Pegado (Relator). *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças”*, (CESE/Bruxelas, 18 de Setembro de 2012). Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Confiança e aparência nos contratos de consumo via internet*, em *Revista de Direito do Consumidor*, MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2007).

OLIVEIRA, Fernando Baptista. *O conceito de consumidor – perspectivas nacional e comunitária*, Fernando Gravato de Morais (Prefácio) (Almedina/Coimbra, 2009).

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. *Recriar a vida contratual e servir ao ser humano: comunicação e informação nos contratos de adesão*, em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 67, (Centro de Estudos de Direito do Consumo/Coimbra, 2011) e em *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo # 6* (Bonijuris e J.M./Curitiba, 2012).

_____. *O consumidor-viajante e as regras do consumo turístico: uma clara visão do mundo ou um mero olhar no espelho de casa?*, em *Liber Amicorum Mário Frota - A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Ada Pellegrini Grinover, Guillermo Orozco Pardo, Jean Calais-Auloy, José Luis Pérez-Serrabona González, Manuel Januário da Costa Gomes e Vinício Augusto Pereira Ribeiro (Comissão Organizadora) (Almedina/Coimbra, 2012).

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. *Direito, turismo e consumo* (Renovar/Rio de Janeiro, 2012).

_____. Sobre a proteção da pessoa humana no transporte ferroviário: “Linhas e Linhas”, em *Temas de Direito dos Transportes* – v. II, M. Januário da Costa Gomes (Coord.) (Almedina/Coimbra, 2013), 307-442.

PASSINHAS, Sandra. *Dimensions of property under european private law – Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?* (Instituto Universitário Europeu/Florença, 2010).

PÉREZ, María Irigoyen (Relatora), *Relatório do Parlamento Europeu sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis* – Documento de Sessão n. A7-0155/2012, Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores (Parlamento Europeu, 3 de maio de 2012).

RABHI, Pierre. *Je suis le père, le fils et l’amant de la terre*, entrevista, Disponível em: <<http://www.femininbio.com/agir-green/actualites-nouveautes/pierre-rabhi-intime-68618>>. Acesso em: 7 jun. 2012.

RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *O “contrabando” operado no sistema legislativo, as garantias constitucionais, os limites para o legislador e o direito do consumidor*, 07.11.2011. Disponível em: <<http://www.netconsumo.com>>.

SCHULTE-NÖLKE, Hans; CHARLTON, Shaun e VOß, Wiebke (Colaboradores Expertos). Los consumidores vulnerables en la legislación alemana, em *Compilación de Notas Informativas sobre la Vulnerabilidad de los Consumidores* – Estudio, Dirección General de Políticas Interiores (Departamento de Política Económica y Científica) del Parlamento Europeo, Elke Ballon (Administrador Responsable) (2012). Disponível em: <www.europarl.europa.eu/studies>.

SMITS, Jan M. Diversity of contract law and the european internal market, em *The need for a european contract law – Empirical and Legal Perspectives*, Edited by Jan Smits (Europa Law Publishers/Groningen, 2005).

STUYCK, Jules. Who is the consumer?, em *The future of european contract law – Essays in Honour of Ewoud Hondius*, Katharina Boele-Woelki e Willem Grosheide (Editors) (Kluwer Law International/Alphen aan den Rijn, 2007).

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric e SCHULTE-NÖLKE, Hans (Editors). *Principles, definitions and model rules – Draft Common Frame of Reference (Outline Edition)*, (Sellier European Law Publishers/Munich, 2009). Disponível em: <<http://www.ec.europa.eu>>.

WILHELMSSON, Thomas. The ethical pluralism of late modern europe and the codification of european contract law, em *The need for a european contract law – Empirical and Legal Perspectives*, Edited by Jan Smits (Europa Law Publishers/ Groningen, 2005).

WHITAKER, Simon. The interpretation of concepts in european private law, em *The future of european contract law – Essays in Honour of Ewoud Hondius, Katharina Boele-Woelki e Willem Grosheide (Editors)* (Kluwer Law International/ Alphen aan den Rijn, 2007).

Endereços Eletrônicos Consultados

Acesso ao Direito da União Europeia. Disponível em: <www.eur-lex.europa.eu>.

Boletim Virtual da Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Disponível em: <www.netconsumo.com>.

Centre de Recherches LEA! (Lire en Europe Aujourd'hui) – Radboud Universiteit. Disponível em: <www.ru.nl/lea/>.

Comissão Europeia. Disponível em: <www.ec.europa.eu>.

Comité Económico e Social Europeu. Disponível em: <www.eesc.europa.eu>.

Consumidor Vencedor. Disponível em: <www.consumidorvencedor.mp.rj.gov.br>.

European Union Consumer Law Compendium. Disponível em: <www.eu-consumer-law.org>.

Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor. Disponível em: <www.brasilcon.org.br>.

Instituto Universitário Europeu. Disponível em: <www.eui.eu>.

Parlamento Europeu (Estudos). Disponível em: <www.europarl.europa.eu/studies>.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <www.curia.europa.eu>.



Cross-border consumer jurisdiction in EU law

Margherita Salvadori

1 Introduction; 2 Jurisdiction over consumer contracts under the Brussels I Regulation; 3 The concept of consumer: the private capacity; 4 The relevance of the territory where the trader wishes to market; 5 Circumstances in which an online trader “directs its activities” to another Member State; 6 Proceedings brought against the Other Party; 7 Jurisdiction Agreements.

1 INTRODUCTION

In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the European Union (‘EU’) shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers and shall promote their right to information, education as well as to organise themselves in order to safeguard their interests¹.

The EU shall contribute to achieving the aforementioned objectives through: (1) measures adopted² in the context of the completion of the internal

1 See the Treaty on the Functioning of the European Union, art 169.1. The Treaty was formerly known as the Treaty Establishing the European Community (Rome, 25 March 1957); it has been renamed and its provisions renumbered by the Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (Lisbon, 13 December 2007; OJ C306, 17.12.2007, p 1); see the consolidated text of the EU Treaties OJ C115, 9.5.2008, p 194.

2 Pursuant to the Treaty on the Functioning of the European Union, Article 114., See. C.VEDDER, W.H.VON HEINEGG (ed.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden Baden, 2012, p. 713 ff.; R.STREINZ (ed.), *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, Munich, 2012, p. 1720 ff.

market³; and (2) measures that support, supplement and monitor the policy pursued by the member states⁴.

The European Parliament and Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, must adopt the measures referred⁵. Measures so adopted do not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures, provided that such measures are compatible with the EU Treaty and the Commission is notified of them⁶.

The principal means by which the EU exercises its competences in consumer protection matters is through the adoption of directives and regulations⁷. Directives are binding as to the result to be achieved by each member state to which they are addressed, but implementation is the responsibility of national authorities⁸. Regulations have general application, and are binding in their entirety and directly applicable in all member states.

Private international law regulations have been added to the extensive EU consumer rights legislation, in order to guarantee further consumer protection during cross-border transactions.

3 Treaty on the Functioning of the European Union, Article 169.2(a).

4 Treaty on the Functioning of the European Union, Article 169.2(b).

5 Treaty on the Functioning of the European Union, Article 169.3.

6 Treaty on the Functioning of the European Union, Article 169.4.

7 Treaty on the Functioning of the European Union, art 288. The EU also exercises its competences through decisions, recommendations and opinions (art 288), but these are of secondary relevance to this title.

8 A number of European Community directive contain provisions to protect consumers, which are liable to have impact on the content and the enforceability of contracts which consumers may conclude. See Directive 85/5777 to protect the consumers in respect of contracts negotiated away from business premises, [1985] OJ L372/31, Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts, [1993] OJ L95/29; Directive 94/47 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, [1994] OJ L 280/83, repealed by the Directive 2008/112, on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange products, [2009] OJ L33/10; Directive 97/7 on the protection of consumers in respect of distance contracts, [1997] OJ L144/19; Directive 2002/65 on the distance marketing of consumer financial services, [2002] OJ L271/16; Directive 2006/123 on services in internal market, [2006] OJ L376/36; and Directive 2011/83 on consumers rights, [2011] OJ L 304/64. See. J. HILL, *Cross-border Consumer Contracts*, OUP, Oxford, 2008.

Sure enough, the formation of an internal market has brought to light the need to attribute “directly” to competent authorities also within the «sector of judicial cooperation in civil matters»⁹, i.e. which EU country has jurisdiction; which court is competent; which law is applicable; and ensuring that judgments in one country are recognised and enforced in other countries without difficulties.

This is what motivated the stipulation¹⁰ of the 1968 Brussels Convention on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters¹¹ and the 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations¹².

The 1969 Brussels Convention has been extended to the States that have progressively adhered to the European Community. Following the changes introduced by the 1997 Amsterdam treaty, the EU regulation EC n. 44/2001, Brussels I Regulation¹³, replaced the 1968 convention on relations between Member States

9 See Article 65 Amsterdam Treaty of 1997, now Article 81 TFUE. Art. 81 para 1 and 2 provide as follows: «1. The Union shall develop judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments and of decisions in extrajudicial cases. Such cooperation may include the adoption of measures for the approximation of the laws and regulations of the Member States; 2. For the purposes of paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures, particularly when necessary for the proper functioning of the internal market, aimed at ensuring: (a) the mutual recognition and enforcement between Member States of judgments and of decisions in extrajudicial cases; (b) the cross-border service of judicial and extrajudicial documents; (c) the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction; (d) cooperation in the taking of evidence; (e) effective access to justice; (f) the elimination of obstacles to the proper functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States; (g) the development of alternative methods of dispute settlement; (h) support for the training of the judiciary and judicial staff». See K.LEANAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Int.Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 255 ff.

10 See Article 220 Treaty of the Economic European Community, afterwards Article 293 Treaty of the European Community, repealed by TFUE.

11 Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussels Convention. See R.PLENDER, *The European contracts convention: the Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1991.

12 Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations, Rome Convention. See G.SACERDOTI, M.FRIGO (ed.), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1992; T. BALLARINO (ed.), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994.

13 Brussels I Regulation, Reg. 44/2001, also known as the Judgments Regulation, Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 Dec. 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement

and is binding for all EU¹⁴ Member States. Nevertheless, the 1968 Convention can still be applied to disputes and decisions concerning territory (subject to the sovereignty of community States, but) the so-called “overseas territories”, such as French Polynesia and New Caledonia.¹⁵, are excluded from the sphere of territorial validity of European law.

The primary purpose of the Brussels I Regulation is to facilitate the recognition and enforcement of foreign judgements in civil and commercial matters within the member States of the European Union. The almost identical Lugano Convention extends the same regime to Iceland, Norway and Switzerland¹⁶. Although, as far as detail is concerned, there are some minor differences between the Brussels I Regulation and the Lugano Convention, the structure of the two instruments is the same and the basic principles are common to both.

The core of the Brussels I Regulation is to be found in the first three groups of provisions: Chapter I scope, Chapter II jurisdiction and Chapter II recognition and enforcement of judgements¹⁷.

of judgments in civil and commercial matters, O.J. 2001, L 12/1. See. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006; H.BURKHARD, P.SCHLOSSER, T.PFEIFFER, *The Brussels I - Regulation (EC) No 44/2001*, Munich, 2008; S. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, VI ed., Torino, 2009; T.RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Kommentar*, Munich 2010; U.MAGNUS, P.MANKOWSKI (ed), *Brussels I Regulation*, Munich, II ed. 2012.

14 Extending community competence to the area of judicial cooperation in civil matters does not concern the United Kingdom, Ireland and Denmark, subject to the provisions of protocols n. 4 and n. 5 (in 1997 annexes to the EU treaty and the treaty that institutes the European Community) concerning the position of such States. Sure enough, the United Kingdom and Ireland only upon submitting specific declarations shall be considered once again comprised in the operative of the various laws adopted in the area of judicial cooperation in civil matters (*opt-in*). Such declaration is registered by both States with reference to reg. n. 44/2001. The position of Denmark is instead different as it cannot make ‘adhering’ declarations concerning specific community laws adopted under the subjects at title IV CE, it can solely renounce tout court to its status of exclusion (*opt-out*) as regards the title in question. For this, on 19th October 2005 Denmark signed an international agreement with the European Community concerning the application of the Brussels I Regulation; such agreement became law on 1st July 2007; See Decision 2005/790/CE, [2005] OJ, L 299/61.

15 See article 68.1 Brussels I Regulation.

16 Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano, 16 September 1988, OJ L319, 25.11.88, p 9), revised in 2007 OJ [2009] L 147/5.

17 It is useful to remember some of the Brussels I Regulation’s key principles. First, the material scope of the Brussels I Regulation is limited to civil and commercial matters relating to property. Secondly, the Regulation contains rules of direct jurisdiction, which are applicable in the State in which the initial proceeding are brought and determine the court vested with jurisdiction. Thirdly,

On the subject of enforceable law, the 1980 Rome Convention has been replaced by the EC Regulation n. 593/2008, Roma I Regulation¹⁸, however the United Kingdom and Denmark chose to not adopt this Regulation¹⁹, therefore the 1980 Rome Convention is still applied to their relations.

The Rome I Regulation essentially provides that a contract is governed by the domestic system of law chosen by the parties, and that where the parties do not make a choice of law it is governed by the law of the country with which it is most closely connected.

The new Council Regulation keeps its general character and the quest for the proper law of the contract remains the same, as well as the party autonomy in the conflict of laws and the consumer protection. It is important to note that a new concept, the minimum Community standard is emerging under the form of mandatory provisions and that new Council Regulation applies also to new fields in the

the defendant's domicile is the point on which the rules on jurisdiction hinge. As a general rule, the courts of the Member States may continue to apply national bases of jurisdiction as against defendants who are not domiciled in a Member State. Fourthly, the Regulation contains precise and detailed rules of jurisdiction specifying the instances in which a person domiciled in a Member State may be sued in the courts of another Member State. Fifthly, the defendant's rights must have been respected in the State of origin. Sixthly, grounds for refusing recognition and enforcement are limited. Seventhly, the enforcement procedure is unified and simplified. Eighthly, the Regulation governs relations with other international conventions. Ninthly, steps are taken to ensure that, as far as possible, interpretation of the Brussels I Regulation and the Lugano Convention is uniform.

18 Rome I, Regulation, Reg. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O.J. 2008, L 177/6. See P.PICONE, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in P.PICONE (ed.), *Il diritto internazionale privato e il diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 352 ff.; G.CARELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in G.CARELLA (ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 80 ff.; B.UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008; F.FERRARI; S.LEIBLE, *Rome I regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, Munich, III ed., 2009; R.PLENDER, M.WILDERSPIN (ed.), *The European private international law of obligations*, London, 2009; T.BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, p. 40 ff.; N.BOSCHIERO (ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009; B.UBERTAZZI, *L'individuazione del diritto applicabile ai contratti transnazionali*, in F.MARRELLA, F.GALGANO (ed.), *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2010, p. 313 ff.; G.P.CALLIENS (ed.), *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.

19 For the opt-in and opt-out mechanism established by the protocol of the Amsterdam Treaty, see previous note n. 14.

world of contracts, that were previously excluded from the Rome Convention, such as insurance contracts and carriage of passengers²⁰.

It is interesting to note that both Regulations, and both Conventions, have specific exceptions designed to protect the weaker party of a contract, drafting rules that enable a consumer (in certain cases) to sue a business in the jurisdiction where the litigation is cheapest for the consumer, the courts for the place where the consumer is domiciled, and under the law with which the consumer is most familiar, the law of the country of the consumer's habitual residence²¹. In both Conventions, a consumer is defined as person who concludes a contract «for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession»²².

20 On that matter, a special position is taken by EU passenger law, which has turned into an independent field of law governed by its own remedies, laid down in four Regulations: the Denied Boarding Regulation (EC) 261/2004, Regulation (EC) 1371/2007 on rail passengers' rights, Regulation (EU) 1177/2010 on the rights of passengers when travelling by sea and inland waterway, Regulation (EU) 181/2011 on rights of passengers in bus and coach transport.

21 See H.BATIFFOL, *La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit International privé*, in *Revue critique de droit int.*, 1981, p. 231 ff.; A.E.VON OVERBECK, *Le projet de convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, in *Annuaire suisse de droit int.*, 1981, p. 96 ff.; A.C.IMHOFF-SCHEIER, *Quelques observations sur le projet de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, in *Annuaire suisse de droit int.*, 1981, p. 129 ff.; F.POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Accadémie de droit international de La Haye*, v. V, 1984, p. 339 ff.; M.SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatore e lavoratore) nella Convenzione di Roma*, in G.SACERDOTI, M.FRIGO (ed.), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 43 ff.; M.SALVADORI, *La protezione del consumatore nella Convenzione di Roma, con particolare riferimento alle convenzioni di diritto uniforme*, in T.BALLARINO (ed.), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 265 ff.; F.SEATZU, *Contratti con i consumatori e regolamento Roma I*, in N.BOSCHIERO (ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 476 ff.; P.CACHIA, *Consumer contracts in European Private International Law: the Sphere of Operation of the Consumer contract rules in the Brussels I and Roma I Regulation*, in *European Law Review*, 2009, p. 476 ff.

22 The definition of a consumer contract in Article 5.1 of the Rome Convention corresponded broadly to the definition contained in Article 13.1 of the Brussels Convention 1968. Both articles creates a special rule that derogates from the general principle which form the basis on its Convention; article 5 derogates from the principle of party freedom of choice, article 13 derogates from the rule that in legal proceedings it is the court of the country where the defendant is domiciled that will have jurisdiction. Both provisions are therefore subject to the principle that courts will usually interpret rules which derogates, a strictly interpretation. Similarly the definition of a consumer contract in Article 6.1 of the Rome I Regulation corresponds broadly to that contained in Article 15.1 of the Brussels I Regulation.

Provision is also made in relation to non-contractual obligations, in respect of which it is provided that in general, the enforceable law is that of the country in which the damage has occurred, irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries where the indirect consequences of the event occur²³.

During the last decade, the EU has adapted multiple regulations²⁴; the development continues and several regulations are currently undergoing a process of evaluation and redrafting²⁵.

23 See Regulation (EC) 864/2007 (OJ L199, 31.7.2007, p. 40) on the law applicable to non-contractual obligations, i.e. Rome II Regulation.

24 Following the Brussels I Regulation, we find many other Regulations. Even if they don't have specific rules on consumers, it can be useful to remember the actual UE Law in private International matters: Brussels II bis [Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 Nov. 2003 concerning jurisdiction and the recognition of and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No. 1347/2000, O.J. 2003, L 338/1], the Evidence Regulation [Council Regulation (EC) No. 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil and commercial matters, O.J. 2001, L 174/1.], the Service Regulation (including a recast) [Regulation (EC) No. 1393/2007 of the European Parliament and the Council of 13 Nov. 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters and repealing Regulation (EC) No. 1348/2000 of 29 May 2000, O.J. 2007, L 324/79.], the Insolvency Regulation [Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, O.J. 2000, L 160/1], the Maintenance Regulation [Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 Dec. 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, O.J. 2009, L 7/1], the Enforcement Order Regulation [Regulation (EC) No. 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 Apr. 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, O.J. 2004, L 143/15], the European Injunction Regulation [Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and the Council of 12 Dec. 2006 creating a European payment procedure, O.J. 2006, L 399/1.], and the Regulation on Small Claims [Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing European Small Claims Procedure, O.J. 2007, L 199/1]. Further, with regard to the conflicts of laws, besides the Rome I and Rome II mentioned above, Rome III [Regulation (EC) No. 1259/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 Dec. 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III), O.J. 2010, L 343/10] and Regulation (EC) No. 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession [O.J. 2012 L 201/1], should be mentioned.

25 See Brussels I Recast, Regulation 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [O.J. 2012 L 315/1] and the Agreement between the European Community and the Denmark [O.J. 2013 L 79/4]. At present evaluations (and reforms) of the Insolvency Regulation, of the Brussels II bis Regulation and, finally, the adoption of a Regulation

2 JURISDICTION OVER CONSUMER CONTRACTS UNDER THE BRUSSELS I REGULATION

The Brussels Regulation provides that actions against a person domiciled in a Member State must, as a general rule, be brought in that Member State²⁶. It also consents, however, that cases resulting from a contractual relationship may be decided by the courts for the place of performance of the contractual obligation in question²⁷.

Section 4 of Chapter II (jurisdiction) of the Brussels I Regulation contains the jurisdiction provisions that apply to certain consumer contracts. The jurisdiction rules that apply to contracts generally do not apply to consumer contracts within the scope of Section 4. Article 15.1 provides a further exception to the general rules in relation to consumer contracts in circumstances where a trader, «pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities»

In such circumstances, the consumer can bring proceedings before the courts of the Member State of his domicile or in the Member State where the trader is domiciled. However, the trader can only sue the consumer in the Member State where the consumer is domiciled.

The basic aim of these provisions is to protect the party who, from a socio-economic point of view, is weaker. In the context of consumer contract, the consumer is in a weaker position than the supplier. The effect of the relevant provisions is that, regardless of whether he is the defendant or the claimant, the consumer has the option of demanding the litigation to take place in his home forum. Furthermore, the requirements for jurisdiction agreements in such contracts are stricter than in the context of other contracts with the consequence that only under limited circumstances may such agreements be enforced against the consumer.

on the Attachment of Bank Accounts [COM(2011) 445 final, 25 July 2011;] are all on the legislative agenda. Further instruments will address matrimonial property [COM(2011)126 final of 16 March 2011].

²⁶ See Article 2 Brussels I Regulation.

²⁷ See Article 5.1 Brussels I Regulation.

Not all proceedings involving consumers fall within the scope of Section 4. For the consumer provision to apply, various conditions must be satisfied. First, the proceeding must concern a concluded contract. Secondly, the contract must have been concluded by a person for the purpose which can be regarded as being out with his trade or profession, as states art. 15.1 Brussels I Regulation.

The contract must fall within one of three categories: (i) contracts for the sale of goods on instalment credit terms; (ii) contracts for a loan repayable by instalments, or for any other for credit, made to finance the sale of goods; (iii) situations where: « the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities», as states Article 15.1 Brussels I Regulation.

Although contracts of transport are excluded contracts which for an inclusive price provided for a combination of travel and accommodation (such as package holidays) are not, as states Article 15.3 Brussels I Regulation.

3 THE CONCEPT OF CONSUMER: THE PRIVATE CAPACITY

The concept of consumer must be regarded under independent interpretation; in particular that interpretation cannot rely on the national legislation of each Member State. Concerning unfair terms in consumer contracts, the Court of Justice has ruled that only a natural person – and not a legal person²⁸ – can qualify as a consumer²⁹. There is every reason to think that the same approach should be followed with regard to the Brussels I Regulation. The Court of Justice has indicated an unwillingness to extend the consumer provisions to persons for whom the protection provided by Section 4 is not required. In *Benicia v. Dentalkit srl*³⁰ the plaintiff, having entered into a franchise agreement with an Italian company,

28 See C-541/99 and C-542/99, *Cape snc v. Idealservice srl; Ideal Service MN RE Sas v. OMAI srl* [2001] ECR I-9049.

29 It is the definition arising from European *acquis*. See art. 1:201 of the *acquis* principles: «Consumer means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person's business activity» (<http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de/ag/dms/ag/dms.php?UID=pb38raf12pqcdarb23ff0nmb6&p=home&s=Draft%20of%20the%20Acquis-Principles&UID=pb38raf12pqcdarb23ff0nmb6>).

30 See Case C- 269/95 *Benincasa v. Dentalkit srl* [1997] ECR I-3767.

sought to rely on the consumer provisions. The essence of the argument was that, since at the time of the conclusion of the contract the plaintiff had not yet set up the franchised shop that was envisaged by the agreement, he was a consumer. The court of Justice rejected this argument and ruled that a plaintiff who enters a contract with a view to pursuing a trade or profession in the future is not to be regarded as a consumer³¹. In the course of its judgement the Court of Justice indicated that: «only contracts concluded for the purpose of satisfying an individual's needs in terms of private consumption come under the provisions designed to protect the consumer as the weaker party economically»³².

A similarly strict interpretation of a consumer contract was taken in *Gruber v. Bay Wa AG*, which concerned a farmer buying roof tiles for his farm building and ancillary building used principally for the farm. The Court of Justice held that the farmer should not benefit from the rules of Section 4. Where a contract has a dual purpose, i.e. it is concluded partly for trade purposes and partly for non-trade purpose, Section 4 is inapplicable, notwithstanding the fact that the private use is predominant, as long as the proportion of the professional usage is not negligible³³. In addition, the Court stated that the person who claims to be a consumer must not have behaved in such a way as to give the other party to the contract the impression that he was acting for business purposes; otherwise, he would lose the protection afforded by Section 4³⁴.

31 See par. 19 ruling: «the first paragraph of Article 13 and the first paragraph of Article 14 of the Convention must be interpreted as meaning that a plaintiff who has concluded a contract with a view to pursuing a trade or profession, not at the present time but in the future, may not be regarded as a consumer».

32 See par. 17 ruling: «only contracts concluded for the purpose of satisfying an individual's own needs in terms of private consumption come under the provisions designed to protect the consumer as the party deemed to be the weaker party economically. The specific protection sought to be afforded by those provisions is unwarranted in the case of contracts for the purpose of trade or professional activity, even if that activity is only planned for the future, since the fact that an activity is in the nature of a future activity does not divest it in any way of its trade or professional character».

33 See Case C-464/01 *Johann Gruber v. Bay Wa AG* [2005] ECR I-439.

34 See para 51-53 ruling: «The rules of jurisdiction laid down by the Convention... must be interpreted as follows: - a person who concludes a contract for goods intended for purposes which are in part within and in part outside his trade or profession may not rely on the special rules of jurisdiction laid down in Articles 13 to 15 of the Convention [corresponding to Articles 15 to 17 Brussels I Regulation] unless the trade or professional purpose is so limited as to be negligible in the overall context of the supply, the fact that the private element is predominant being irrelevant in that respect; - it is for the court seised to decide whether the contract at issue was concluded in order to satisfy, to a non-negligible extent, needs of the business of the person concerned or whether, on the

However, the value of the contract is irrelevant to whether it falls within Section 4. It is, for example, perfectly possible for a contract for the purchase of a yacht to qualify as a consumer contract if the relevant conditions of Section 4 are satisfied³⁵.

It is less clear whether certain types of contracts in the area of financial services can be said to satisfy a person's «needs in terms of private consumption». In the case *Standard Bank of London v. Apostolakis*³⁶, for instance, two persons married and both resident in Greece, invested their money in foreign currency via a contract with an English bank, entering into a written agreement with a bank entitled “Terms and Conditions for Foreign Exchange in Precious Metals Margin Trading”, the agreement incorporated the bank's standard terms of business. After some unfortunate investments the Greek couple started proceedings against the bank in Athens asserting that the bank's conduct was unlawful, arbitrary and in breach of contract. Shortly before service of those proceedings in December 1999, the bank commenced proceedings in the English jurisdiction seeking an injunction restraining the Greek couple from continuing with the proceedings, which they instituted before the multi-member first instance court in Athens. The basis of this latter claim was that the couple had agreed to submit any claim under the relevant contract to the exclusive jurisdiction of the English court. However, the English High Court refused to consider the Greek couple as a professional and therefore found that jurisdiction lay with the Greek court, but on the other hand the Greek Polimedes Protodikeio Athens declined jurisdiction³⁷. According to the Greek court the couple could not be considered as a consumer because a) the contract had a commercial purpose, b) the couple had a strong economic position and was in a knowledge-related position with the bank, therefore they did not need the special protection reserved to consumers, c) the objective of increasing richness with investment activities cannot be considered a consumption act, «since it does

contrary, the trade or professional purpose was negligible; - to that end, that court must take account of all the relevant factual evidence objectively contained in the file. On the other hand, it must not take account of facts or circumstances of which the other party to the contract may have been aware when the contract was concluded, unless the person who claims the capacity of consumer behaved in such a way as to give the other party to the contract the legitimate impression that he was acting for the purposes of his business», see. para 51-53.

35 See case C-99/96, *Mietz v. Inteship Yachting Sneek BV* [1999] ECR I-2277.

36 See *Standard Bank London Ltd. v Apostolakis & Anor*, Court of Appeal - Commercial Court, February 09, 2001, [2001].

37 The decision of the Greek court is summarized in R.PLENDER, M.WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, London, 2009, par. 23I.

not aim at satisfying any natural or intellectual demand of human life». The Greek decision is not really persuasive, but it demonstrates that the definitions of private consumption is still a problematic point and, to some extent, an open question.

The Court of Justice has ruled that consumer contract provisions apply only to the extent that a consumer is party of a dispute. In *Shearson Lehman Hutton v. TVB*³⁸ a German nation had instructed the defendant to carry out currency futures transactions on a commission basis. The original contracting party assigned his rights under the contract to the plaintiff, a German company, which brought proceedings against the defendant. The plaintiff was not a consumer, but sought to rely on the consumer provisions, on the basis that the original contracting party had dealt with the defendant as a consumer. The Court of Justice held that Section 4 protects the consumer only if he personally is the plaintiff or the defendant in proceedings. A plaintiff who acts in the exercise of his trade or profession rather than in his private capacity is not a consumer for the purposes of Section 4 and cannot invoke the special rules on jurisdiction laid down for consumer contracts.

Similarly, a consumer protection organisation, which brings proceedings as an association on behalf of consumers, cannot rely on the consumer contract provisions³⁹.

Proceedings may be brought against a consumer by the other party to the contract only in the courts of the Member State in which the consumer is domiciled, as states Article 16.2 Brussels I Regulation.

The relevant time for determining the consumer's domicile is when the proceedings are instituted, rather than when the contract is concluded⁴⁰. It should also be noted that the other party has «the right to bring a counter-claim in the court in which [...] the original claim is pending.», as states article 16.3 Brussels I Regulation. Thus, if the consumer sues the other party in the court of that party's

³⁸ See Case C-89/91 *Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, ECR [1993] I-139. Ruling: «Article 13 of the Convention [corresponding to Article 15 Brussels I Regulation] is to be interpreted as meaning that a plaintiff who is acting in pursuance of his trade or professional activity and who is not, therefore, himself a consumer party [but rather only a consumer's assignee] to one of the contracts listed in the first paragraph of that provision, may not enjoy the benefit of the rules of special jurisdiction laid down by the Convention concerning consumer contracts».

³⁹ See Case C-167/00, *Henkel* [2002] ECR I-8111.

⁴⁰ See *Jenard Report*, [1979] OJ C 59/33.

domicile, the later may bring a counter-claim against the consumer, even though the consumer is not domiciled in that State.

The contract must fall within one of three categories: (i) contracts for the sale of goods on instalment credit terms⁴¹; (ii) contracts for a loan repayable by instalments, or for any other for credit, made to finance the sale of goods⁴²; (iii) situations where: «the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities», as states Article 15.1 Brussels I Regulation.

Although contracts of transport are excluded contracts which for an inclusive price provided for a combination of travel and accommodation (such as package holidays) are not, as states Article 15.3 Brussels I Regulation.

4 THE RELEVANCE OF THE TERRITORY WHERE THE TRADER WISHES TO MARKET

According to Article 13.3 of the Brussels Convention, the special jurisdiction applies if the consumer contract was for the supply of services or the supply of goods and «in the State of the consumer's domicile the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising» and «the consumer took, in that State, the steps necessary for the conclusion of the contract».

41 This also covers hire purchase. *Schlosser Report* [1979] OJ C 59/118, para. 157. For the limits of this category, see case C-99/96 *Mietz v. Inteship Yachting Sneek BV* [1999] ECR I-2277. Ruling [as far as Section 4 is concerned]: «Article 13 [corresponding to Article 15 Brussels I Regulation] first paragraph, point 1 of the Convention... must be construed as not applying to a contract between two parties having the following characteristics, that is to say, a contract: - relating to the manufacture by the first contracting party of goods corresponding to a standard model, to which certain alterations have been made; - by which the first contracting party has undertaken to transfer the property in those goods to the second contracting party, who has undertaken, by way of consideration, to pay the price in several instalments; and - in which provision is made for the final instalment to be paid before possession of the goods is transferred definitively to the second contracting party».

42 The Commission has observed that art. 15.1 (a) and (b) does not cover the new types of credit products that have been developed, such as reflected in Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers and repealing Directive 87/102/EEC [2008] OJ L133/66; Commission Report, COM (2009) 174 final, p. 10.

The new version of that article resulted in the removal of the previous obligation that the consumer must have taken, in his State, the necessary steps for the conclusion of the contract. As the Commission stated in the commentary on the proposed Article 15⁴³, that amendment «means that Article 15, first paragraph, point (3), applies to contracts concluded in a State other than the consumer's domicile». The Commission added that «[t]his removes a proved deficiency in the text of the old Article 13, namely that the consumer could not rely on this protective jurisdiction when he had been induced, at the co-contractor's instigation, to leave his home State to conclude the contract». More clearly the Pocar Report, in relation to Article 15 of the regulation and Article 15 of the Lugano Convention (which is identical to Article 15 of Regulation No 44/2001)⁴⁴, explicitly states that the connecting factor «does not depend on the place where the consumer acts, or on the place where the contract is concluded, which may be in a country other than that of the consumer's domicile: it attaches importance only to the activities of the other party, which must be pursued in the State of the consumer's domicile, or directed to that State, perhaps by electronic means». According to the report, in those cases, «the consumer may bring proceedings in the courts of his own domicile, under Article 16 of the [Lugano] Convention, regardless of the place where the contract was concluded and regardless of the place where a service supplied electronically was enjoyed».

While the first paragraph of Article 13 of the Brussels Convention limited the field of application of point 3 thereof to contracts 'for the supply of goods or ... for the supply of services', Article 15.1, lett. c) of the Brussels I Regulation is drafted in more general and broader terms. The new provision covers all contracts, whatever their purpose, if a consumer with a profession has concluded them and fall within the latter's commercial or professional activities⁴⁵.

⁴³ See Commission Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (COM(1999) 348 final).

⁴⁴ See the explanatory report on the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007, *Pocar Report*, [2009] OJ C 319/1.

⁴⁵ The Court used the change of wording of Article 15. 1 lett. c) Brussels I Regulation to point out, that «the specific conditions for application that those contracts must fulfil, which were set out in detail in headings (a) and (b) of point 3 of the first paragraph of Article 13 of the Brussels Convention, are now worded more generally in Article 15. 1 lett. c) Brussels I Regulation in order to ensure better protection for consumers with regard to new means of communication and the development of electronic commerce», see Case C-180/06 *Ilseger* [2009] ECR I-3961, para. 50. Specifically because the new wording is more protective of consumers' interests, the Court held that

In short, unlike the connecting factor included in the old article of the Brussels Convention, the connecting factor used in Article 15.1 lett. c) is not the place where the consumer is situated but rather the commercial activity that is directed to the Member State of the consumer's domicile. Accordingly, the relevant factor is now the territory where the trader wishes to market goods or services he seeks to act. If the market which the trader actively pursues includes the State of domicile of the consumer with whom the trader enters into a contractual relationship, the latter's activity must be regarded as having been directed to that State.

5 CIRCUMSTANCES IN WHICH AN ONLINE TRADER "DIRECTS ITS ACTIVITIES" TO ANOTHER MEMBER STATE

The purpose of Article 15.1 is to include «a consumer contract concluded via an interactive website accessible in the State of the consumer's domicile»⁴⁶ within the protective ambit of the consumer contract provisions.

The increase in global distribution of goods and services via the internet gives rise to significant uncertainty on matters concerning the choice of jurisdiction in online consumer contract disputes because internet communication makes it more difficult to determine the place where the steps necessary for the conclusion of a contract have taken place.

In a recent reference by the Supreme Court of Austria concerning two separate cases, the European Court of Justice has considered the circumstances in which a trader «directs its activities» to another Member State, within the meaning of art.15.1, lett. c Brussels I Regulation, when trading online such that the rule in contract cases that disputes may be determined in the place of performance of the contractual obligation is displaced⁴⁷. The ECJ has ruled that this extra protection for

Article 15 «appears... to be no longer being limited to those situations in which the parties have assumed reciprocal obligations», para. 51.

46 See European Commission, proposal, COM (1999) 348 final, p. 16.

47 See *Peter Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG* and *Hotel Alpenhof GesmbH v Oliver Heller* (Cases C-585/08 and C-144/09) December 7, 2010, not yet reported. In the first case, Peter Pammer, an Austrian resident, wished to travel by freighter from Trieste in Italy to the Far East. He booked a voyage with the German company Reederei Karl Schlüter through a German travel agency specialising in the sale on the internet of voyages by freighter. Mr Pammer, however, refused to embark on the grounds that the conditions on the vessel did not, in his view, correspond to the description which he had received from the agency. He duly sought reimbursement of the sum that he had paid for the voyage and when the defendant reimbursed only part, Mr Pammer issued

consumers contracting cross-border, is not triggered by the mere use of a website by the trader but by evidence of an intention to establish commercial relations with consumers from other Member States. The ECJ has also provided a non-exhaustive list of matters that are capable of constituting evidence from which it may be concluded that a trader's activity is directed to the Member State of the consumer's domicile.

The guidance handed down by the ECJ is that the mere accessibility of a website in Member States other than where the trader concerned is established does not in itself mean that its activity is «directed to» other Member States for the purposes of art.15.1 lett. c) of Brussels I Regulation. The trader must have manifested its intention to establish commercial relations with such consumers.

As to what evidence could demonstrate that a trader was envisaging doing business with consumers domiciled in other Member States, the court stated that this would include clear expressions of the trader's intention to solicit the custom of those consumers, for example where it offered its goods or services in several Member States designated by name or when it paid a search engine operator for an internet referencing service in order to facilitate access to its site by consumers domiciled in those Member States.

The ECJ stressed, however, that other items of evidence, possibly in combination with one another, were also capable of demonstrating the existence of an activity «directed to» a Member State of the consumer's domicile. These would include: the international nature of the activity at issue, such as certain tourist activities; mention of telephone numbers with the international code; use of a top level domain name other than the country code top-level domain for the state where the

proceedings in the Austrian courts. The defendant contended that Austria lacked jurisdiction on the ground that it did not pursue any personal or professional activity in that country. In the second case, Oliver Heller, a German resident, reserved a number of rooms for a week in Hotel Alpenhof in Austria. The reservation was made by email which Mr Heller obtained from the hotel's website. His reservation and the confirmation thereof were effected by email. Mr Heller found fault with the hotel's services and left without paying his bill. The hotel then issued proceedings in Austria and Mr Heller raised a plea of lack of jurisdiction on the basis that as a consumer resident in Germany, he could only be sued in that country. In both cases the Austrian Supreme Court made reference to the ECJ for guidance on the interpretation of art.15(1) of the Brussels Regulation, specifically as to whether the fact that a company established in a Member State offers its services on the internet means that those services "directed" to other Member States such that consumers domiciled in those other Member States who have recourse to the services also benefit, in the event of a dispute with the trader, from the more favourable rules on jurisdiction. See P.McELEVAY, *Clarifying the 'Philosophy of Article 15' in the Brussels I Regulation*, in *Int.Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 ff.

trader is established or use of a generic top level domain name such as «.com» or «.eu»; the description of itineraries from one or more other Member States to the place where the service is provided; and mention of an international clientele composed of customers domiciled in various Member States, in particular by presenting accounts written by such customers. Likewise, if a website permits consumers to use a language or currency other than that generally used in the trader's Member State, this could also constitute evidence demonstrating cross-border activity.

On the other hand, the ECJ stressed that the mention on a website of a trader's email address or geographical address, or of its telephone number without an international code, would not constitute such evidence and that information would not indicate whether the trader was directing its activity to one or more Member States.

It is for the national Court to determine whether it is apparent from traders' websites and overall activity that they are envisaging doing business with other Member States consumers, in the sense that they are with intent to conclude contracts with them.

However, it is not intended that Section 4 should extend to situations where, prior to entering the contract, the consumer acquires knowledge of a service or of the possibility of buying goods via a passive website.

Even in the recent case, *Mühlleitner* case⁴⁸, the Court of Justice confirmed that «the essential condition to which the application of Article 15(1)(c) of the Brussels I Regulation is subject is that relating to a commercial or professional activity directed to the State of the consumer's domicile. In that respect, both the establishment of contact at a distance [...] and the reservation of goods or services

48 See Case C-190/11, *Mühlleitner v. Yusufi*, 6 September 2012, not yet reported. In that case Mühlleitner, domiciled in Austria, searched on the internet for a car of a German make which she wished to acquire for her private use. After selecting the vehicle which corresponded best to her search criteria, she was directed to an offer from the defendants, Mr A. Yusufi and Mr W. Yusufi, who operate a motor vehicle retail business in Hamburg (Germany). Then Mühlleitner went to Germany and, by a contract of sale, bought the vehicle, taking immediate delivery of it. On her return to Austria Mühlleitner discovered that the vehicle she had purchased was defective, and consequently asked the defendants to repair it. When the defendants refused to repair the vehicle, Mühlleitner brought proceedings in the court of her place of domicile, in Austria, for rescission of the contract for the sale of the vehicle, which she claims to have concluded as a consumer with an undertaking directing its commercial or professional activities to Austria, a case falling within Article 15.1, lett. c) of the Brussels I Regulation. The defendants contested that they did not direct their activities to Austria and that the claimant had concluded the contract in Germany.

at a distance, or a fortiori the conclusion of a consumer contract at a distance, are indications that the contract is connected with such an activity»⁴⁹.

6 PROCEEDINGS BROUGHT AGAINST THE OTHER PARTY

The consumer is given a choice of fora in which to proceed against the other party. A consumer may bring proceeding against the other party to a contact either in the court of the Member State in which the party is domiciled or in the court of the State in which he is himself domiciled⁵⁰.

The other party may be deemed, for certain purposes, to be domiciled in a Member State, even though for the purposes of article 2 to 4 he is not domiciled in a Member State. It is provided that where a consumer enters into a contract with a party that is not domiciled in a Member State but has a branch, agency or another establishment in one of the Member States, that party shall, in disputes arising out of the operations of the branch, agency or establishment, be deemed to be domiciled in that State⁵¹.

It is provided that the consumer contract provisions are without prejudice to article 4 and point 5 of Article 5 Brussels I Regulation⁵². Accordingly, if the other party is not domiciled in a Member State, and is not deemed to be so domiciled, Section 4 does not apply and jurisdiction must be determined by reference to national rules⁵³. Furthermore, a defendant who is domiciled in a Member State may be sued in the court of another Member State «as regards a dispute arising out

⁴⁹ See. Para. 44 of *Mühlleitner case*.

⁵⁰ See Article 16.1 Brussels I Regulation.

⁵¹ See Article 15.2 Brussels I Regulation.

⁵² See Article 15.1 Brussels I Regulation «jurisdiction shall be determined by this Section, without prejudice to Article 4 and point 5 of Article 5».

⁵³ Article 4 Brussels I Regulation provided that if a defendant is not domiciled in a Member State the jurisdiction of the courts of each Member States Shall be determined by the law of that State. But there are some provisions which apply to defendants regardless of their domicile. The basic rule in Article 4 is subjected to the provisions of Article 22, concerning exclusive jurisdiction, which apply regardless of domicile, and also to Article 23, the provision dealing with jurisdiction agreements. See Case C-318/93 *Wolfgang Brenner and Peter Noller v. Dean Witter Reynolds*. [1994] ECR I-4275. Ruling: «The courts of the State in which the consumer is domiciled have jurisdiction in proceedings under the second alternative in the first paragraph of Article 14 of the Convention [corresponding to Article 16 Brussels I Regulation] ...if the other party to the contract is domiciled in a Contracting State or is deemed under the second paragraph of Article 13 of that Convention [corresponding to Article 15 Brussels I Regulation] to be so domiciled».

of a branch, agency or other establishment, in the Court of the place in which the branch, agency or other establishment is situated», as states Article 5.5 Brussels I Regulation.

7 JURISDICTION AGREEMENTS

The Brussels I Regulation restricts the extent to which parties to a consumer contract can forsake the jurisdiction rules set out in Section 4 by means of a jurisdiction agreement. According to the Schlosser Report⁵⁴, jurisdiction agreements in consumer contracts, in so far as they are permitted at all, must comply with the formal requirements that apply to jurisdiction agreements in commercial contract, requirements that are listed in Article 23 Brussels I Regulation.

Article 17 provides that jurisdiction agreements in consumer contracts are to be given effect in three situations.

First, there is no objection to a jurisdiction agreement, which is entered into after the dispute has arisen⁵⁵, generally speaking, such agreements are not likely to be very common in practice.

Secondly, the courts will give effect to a jurisdiction agreement that allows the consumer to bring proceedings in courts other than those included by the other consumer contract provisions⁵⁶. Again, such agreements are likely to be rare.

Thirdly, effect will be given to a jurisdiction agreement which is entered into by the consumer and the other parties to the contract, both of whom are at the time of concluding the contract domiciled or habitually resident in the same State, and which confers jurisdiction on the court of that State, provided that such an agreement is not contrary to the law in that State⁵⁷.

This third possibility is designed to protect the other party to a consumer contract who finds that, after the contract has been concluded, the consumer moves to another country. Although, under article 16.2, the consumer ought to be sued in the country of his new domicile, fairness requires that the other party should be able to rely on a jurisdiction agreement in favour of the courts of the country of their common domicile at the time when the contract was concluded.

54 Schlosser Report [1979] OJ C 59/118, para 161.

55 See Article 17.1 Brussels I Regulation.

56 See Article 17.2 Brussels I Regulation

57 See Article 17.3 Brussels I Regulation

The use of domicile and habitual residence as alternative connecting factors means that: «The criterion of habitual residence allows agreements conferring jurisdiction to be concluded even where a buyer or borrower remains domiciled in a Contracting State other than that in which he is resident. It follows, for example, that a seller or lender need not sue the defendant abroad in the courts of the State in which the defendant is domiciled, if, when the proceedings are instituted, the defendant is still resident in the State in which the contract was concluded»⁵⁸.

Finally, it is important to note how concrete verification of the significant circumstances needed to enforce protective regulation for consumers shall always lie with the national judge⁵⁹.

58 See *Jenard* Report, [1979] OJ C 59/33 and 34.

59 By way of example, in a very recent judgment the German Federal Court of Justice had to deal with the question of whether German courts have jurisdiction over claims of a consumer against a Danish tour operator arising out of a tenancy of a holiday house abroad and, referring to Articles 15.1, lett. c) Brussels I Regulation, the court answered the question in the affirmative. See case of Bundesgerichtshof, 23 October 2012, n. X ZR 157/11 [<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2012-10-23&nr=62623&pos=25&anz=28>]. The plaintiffs, a German couple domiciled in Germany, rented from the defendant, a Danish tour operator, a holiday house located in Belgium and belonging to a third party. Upon arrival, the plaintiffs realized that the house suffered from substantial defects. When the defendant failed to fix it, the plaintiffs cut their vacation short and returned to Germany. Back home, the plaintiffs sued the defendant for reimbursement of the travel cost and compensation for wasted holiday time in front of a German Court.

REFERENCES

H. BATIFFOL, *La quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, in *Revue critique de droit int.*, 1981, p. 231 ff.

A.BONOMI, *La protection des consommateurs dans la Convention de Lugano révisée. La Convention de Lugano. Passé. Présent et devenir, Actes de la XIXe Journée de droit international privé du 16 mars 2007, organisée conjointement par l'Institut suisse de droit comparé et le Centre de droit comparé, de droit européen et de législations étrangères de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich (Schulthess), 2007.*

H.BURKHARD, P.SCHLOSSER, T.PFEIFFER, *The Brussels I - Regulation (EC) No 44/2001*, Munich, 2008.

P.CACHIA, *Consumer contracts in European Private International Law: the Sphere of Operation of the Consumer contract rules in the Brusseles I and Roma I Regulation*, in *European Law Review*, 2009, p. 476 ff.

G.P.CALLIESS (ed.), *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Wolters Kluwer, 2011.

S.CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, VI ed., Torino, 2009.

F.FERRARI; S.LEIBLE, *Rome I regulation: the law applicable to contractual obligations in Europe*, Munich, III ed., 2009.

J.HILL, *Cross-border Consumer Contracts*, OUP, Oxford, 2008.

A.C.IMHOFF-SCHEIER, *Quelques observations sur le projet de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, in *Annuaire suisse de droit int.*, 1981, p. 129 ff.

K.LEANAERTS, *The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 255 ff.

U.MAGNUS, P.MANKOWSKI (ed), *Brussels I Regulation*, Munich, II ed. 2012.

P.MCELEAVY, *Clarifying the 'Philosophy of Article 15' in the Brussels I Regulation*, in *Int. Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 557 ff.

A.E. OVERBECK (VON), *Le projet de convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs*, in *Annuaire suisse de droit int.*, 1981, p. 96 ff.

R.PLENDER, M.WILDERSPIN (ed.), *The European private international law of obligations*, London, 2009.

F.POCAR, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Accadémie de droit international de La Haye*, vol. V, 1984, p. 339 ff.

T.RAUSCHER, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Kommentar*, Munich 2010.

N.REICH, *Cross-Border Consumer Protection*, in H-W.MICKLITZ, N.REICH, P.ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp, Oxford, Portland, 2009.

F.SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006.

M.SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatore e lavoratore) nella Convenzione di Roma*, in G.SACERDOTI, M.FRIGO (ed.), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 43 ff.

M.SALVADORI, *La protezione del consumatore nella Convenzione di Roma, con particolare riferimento alle convenzioni di diritto uniforme*, in T.BALLARINO (ed.), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 265 ff.

F.SEATZU, *Contratti con i consumatori e regolamento Roma I*, in N.BOSCHIERO (ed.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 476 ff.

R. STREINZ (ed.), *EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, Munich, 2012.

K. TAKAHASHI, *Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspectives of Non-Member States (Third States)*, in *Journal of Private International Law*, 2012, p. 1 ff.

S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Hart, Oxford, 2009.

C. VEDDER, W.H. VON HEINEGG (ed.), *Europäisches Unionsrecht*, Baden Baden, 2012.

S. WEATHERILL, *EU consumer law and Policy*, Edward Elgar, 2nd edition, 2005.

S. WEATHERILL, *The Consumer Rights Directive: how and why a quest for “coherence” has (largely) failed*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1279 ff.

M.M. WILDERSPIN, *Le règlement (CE) 44/2001 du Conseil: conséquences pour les contrats conclus par les consommateurs*, in *Rev.eur. de droit de la consommation*, 2002, p. 24 ff.

A. ZANOBETTI, *Protezione del consumatore e disciplina della giurisdizione nella Cee*, in E. JAYME, M.L. PICCHIO FORLATI (ed.), *Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Cedam, Padova, 1990, p. 59 ss.



The Italian Codice del Consumo, a model for consumer legislation?

Geo Magri

1 From Codice Civile to the Codice del Consumo; 2 The structure of the code and the definition of consumer, professional and consumers' association; 3 Consumer education, information and advertising; 4 The consumer relationship; 5 Product safety and quality; 6 Consumers' associations and access to Justice; 7 Closing remarks.

1 FROM CODICE CIVILE TO THE CODICE DEL CONSUMO

At the end of 1970s Italian authors started to debate on “*età della decodificazione*” (the decodification age)¹. It is quite interesting to analyse the grounds for this expression.

In 1942 Italy had its second unitary *codice civile*². It combined both civil and commercial law, which were previously regulated under two different codes³. With the *codice civile* of 1942 the codification ideal in Italy was at the height of its glory. In 1942, the aim of the codificator was essentially the same as the enlightened legislator. The code should be an all-embracing and self-sufficient guidebook to the world of civil law.

1 See N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milan 1979 und Id., *L'età della decodificazione. «L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, Milan IV ed., 1999 and S. PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Rome – Bari, 1999, p. 37 ff.

2 The first one was completed in 1865 and it was clearly influenced by the french *Code Napoléon*.

3 The Italian unified code is now a model for the Argentinean legislator. In Argentina the proposal for a Código civil y comercial unificado is being discussed (see <<http://www.codigocivil.argentina.ar/>> for details).

This idea started to become a chimera immediately after WWII, when it was clear that a code was not enough to regulate all aspects of civil law and a lot of significant social matters started to be disciplined under special statutes. It was the beginning of the decodification age.

The code became everyday less important than complementary legislation, and many *leggi speciali* (special laws) regulating a considerable number of civil law issues started to bloom.

All these fragmented statutes were collected and reorganized under Acts called *testi unici* (TU) to discipline specific topics. The purpose of a *testo unico* is to coordinate and organize in a systematic way all provisions that regulate a specific matter. We have, among others, a *testo unico bancario*⁴ regulating banks, bank agreements, consumer credit and other aspects of bank business, a *testo unico dell'edilizia*⁵ covering law on building activity and a *testo unico dei beni culturali* on cultural property⁶.

Sometimes a *testo unico* becomes a code in its particular sector. For example, in 2004 the *testo unico dei beni culturali* became the *Codice dei beni culturali*⁷. What happened to consumer law? It is well known that the civil code of 1942 already held dispositions safeguarding the weak contracting party.

We have a clear example in art. 1341 CC that covers standard conditions of contract imposed by one party on the other: «Standard conditions prepared by one of the parties are as effective the other, if at the time of drawing up the contract, the latter knew of them or should have known of them through ordinary diligence».

The article also holds the directive on unfair contract terms. According to paragraph II, conditions which establish in favour of whom has prepared the text of the contract limitations on liability, the power of withdrawing from the contract or of suspending its performance, or that impose time limits involving forfeitures

⁴ *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, d.lgs. 1/09/1993, n. 385, in GU 30/09/1993 n. 230.

⁵ *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*, D.P.R. 6/06/2001, n. 380, in GU 20/10/2001 n. 245

⁶ *Testo unico in materia di beni culturali e ambientali*, d. lgs. 29.10.1999 n° 490, in GU 27.12.1999, n. 302.

⁷ *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 Legge 6 luglio 2002, n. 137*, d. lgs. 22/01/2004, n. 42, in GU 24/02/2004, n. 45.

on the other party, limitations on the power to raise defences, restrictions on contractual freedom in relations with third parties, tacit extension or renewal of the contract, arbitration clauses, or derogations from the competence of courts are ineffective (void⁸) if not expressly approved in written form.

Despite provisions that protect, in general, the weaker party, the first rules on consumer protection arose only from EC and EU directives.

Initially, the directives were implemented by adding new articles to the civil code⁹ or by special rules *extra codicem*¹⁰.

When the *corpus* of consumer rules started to grow, the legislator realised that was necessary to harmonise and consolidate all these laws, in order to guarantee a high level of consumer protection¹¹.

It is for this reason that, in Italy, debate commenced on whether to pull together all (or, at least, most of) the regulations concerning consumers.

In 2003¹² a commission chaired by Professor Guido Alpa was appointed to draft a proposal and, after intense discussion¹³, in 2005 the *Codice del Consumo*¹⁴

8 There is no doubt that the term *inefficacia* should be read as *nullità*. See V. ROPPO, *Il contratto del 2000*, Turin 2002, p. 48 ff. and G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 298.

9 For instance directive CE 93/13 on unfair terms in consumer contracts was transposed in articles 1469 *bis* ff. c.c. and directive 99/44 on certain aspects of the sale of consumer goods, was transposed in articles 1519 *bis* ff. More details in *Codice del consumo, commentario*, G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (ed.), Naples 2005, 25 and *Codice del consumo, commentario*, G. VETTORI (ed.), Padua, 2007, 3 ff.

10 See for instance the d. lgs. 22/05/1999, n. 185, in GU 21/06/1999, n. 143 transposing directive 97/7 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

11 The intention is clearly set out in art. 1 *Codice del consumo*: «In accordance with the Constitution and in compliance with the principles contained in the Treaties establishing the European Communities, the Treaty on European Union, European Community law with special reference to Article 153 of the Treaty establishing the European Economic Community, and international treaties, the present Code harmonises and consolidates the laws of purchase and consumption, so as to ensure a high level of protection to consumers and users».

12 See art. 7 law 29/07/2003, n. 229, in GU 25/8/2003, n. 196.

13 See the presentation paper of the *Codice* by prof. G. Alpa in the *Consiglio nazionale forense* website <<http://www.consigionazionaleforense.it/site/home/pubblicazioni/studi-e-ricerche/articolo5467.html>>.

14 The English translation of consumer code(updated to 2006) is available here: <http://www.andec.it/public/80%2004-Codice_del%20Consumo%20_En.pdf?idPP=1365&idPulsante=861>.

was ready and was thus adopted by the *decreto legislativo* 6/09/2005 n. 206 in GU 8/10/2005, n. 235 which came into force on 23rd October 2005.

The Consumer code is considered a milestone for consumer protection in Italy, especially for the importance that the new legislation acquired in terms of Public policy. It covers and consolidates all the different stages within consumer dealings, from advertising to correct information, consumer contracts to product safety, access to justice and consumer organizations. It brings together 21 Statutory Instruments (4 Laws, 2 Presidential Decrees, 14 Legislative Decrees, and 1 Enabling Law) into a consolidated Act synthesising 558 articles in less than 200.

Even if still not faultless, the code has re-examined several problematic aspects and made necessary improvements to law dispositions.

An example can be useful. According to article 1469 *quinquies* civil code, unfair terms in B2C (business to consumer) contract were ineffective (*inefficaci*); the meaning of this expression was examined and the doctrine interpreted it as void (*nulli*). Art. 36 consumer code is now clear: «Terms considered to be unfair pursuant to articles 33 and 34 are void, whilst the rest of the contract shall remain valid».

The most important juridical meaning of *codice del consumo* is, in my opinion, that it highlights the end of a uniform civil law, suitable for business as well as normal contractors, and entails the return of a *ius particulare* enforceable only by some subjects.

For an Italian jurist the consumer code must be viewed as part of a more general legislation covering the market and providing advantages not only for consumers, but also for companies and consequently for the market itself¹⁵.

In particular the code should improve the legal status of consumers, both as individuals and as a group; it has made progress in the directives covering proper business practice, information, and access to justice. It should also increase competitiveness, transparency, and availability of market information, thus encouraging better-quality goods and services.

The most meaningful consequence for the market should be a greater level of consumer and business confidence in how the market operates, which could generate more trade and benefits socially.

¹⁵ See the relation of Italian Minister of *Attività produttive* Scajola to the consumer code: <http://www.andec.it/public/80%2004-Codice_del%20Consumo%20_En.pdf?idPP=1365&idPulsante=861>.

After six years from the code entering into force, we can say that the goals of the legislator were maybe (as it often happens) overly optimistic and difficult to achieve, but the consumer code still stands as a valid and useful instrument for Italian jurists and consumers, because it has systematically reorganized, in a single text, a great part of the dispositions concerning consumers.

2 THE STRUCTURE OF THE CODE AND THE DEFINITION OF CONSUMER, PROFESSIONAL AND CONSUMERS' ASSOCIATION

The code is divided into VI parts.

The first one contains general provisions (purpose, subjects and definitions) that are useful to interpret and apply the code; the second concerns consumer education, information and advertising; the third one disciplines consumer relationship; part IV deals with product safety and quality. The last two parts relate to consumers' associations and access to justice (part V) and to final provisions coordinating the *codice del consumo* with the *codice civile* and other dispositions (Part VI).

The general definition of consumer is given by art. 3 lit. a).

A consumer (*consumatore*) is a natural person acting for purposes out with his trade, business or profession. We have to stress that the Italian Constitutional Court rejected the opinion that considered the weak professional¹⁶ to also be worthy of protection as a consumer.

¹⁶ Corte Costituzionale n. 469 del 22 November 2002, in *Giur. it.*, 2003, I, 290 ss. The idea to extend the protection given to the consumer also to the weak professional is supported by R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. e impr. Europa*, 2003, p. 715 ff. This opinion seems to be now supported also by whereas 13 directive 2011/83/EU: «Member States should remain competent, in accordance with Union law, to apply the provisions of this Directive to areas not falling within its scope. Member States may therefore maintain or introduce national legislation corresponding to the provisions of this Directive, or certain of its provisions, in relation to contracts that fall outside the scope of this Directive. For instance, Member States may decide to extend the application of the rules of this Directive to legal persons or to natural persons who are not consumers within the meaning of this Directive, such as non-governmental organisations, start-ups or small and medium-sized enterprises. Similarly, Member States may apply the provisions of this Directive to contracts that are not distance contracts within the meaning of this Directive, for example because they are not concluded under an organised distance sales or service-provision scheme. Moreover, Member States may also maintain or introduce national provisions on issues not specifically addressed in this Directive, such as additional rules concerning sales contracts, including in relation to the delivery of goods, or requirements for the provision of information during

On the contrary a professional (*professionista*) is a natural or legal person acting for purposes related, also in a promiscuous way¹⁷, to his trade, business or profession (art. 3 lit. c).

Quite important is the definition of a consumers' association given by art. 3 lit. b). According to this disposition a consumers' associations is a social group (*associazione*) whose only statutory purpose is to protect consumers' rights and interests.

The most relevant aspect of part II is that it has brought together, for the first time, the various definitions of consumer, professional, consumers' association, etc., as they were given in the previous regulations.

3 CONSUMER EDUCATION, INFORMATION AND ADVERTISING

In the second part, the code has rules disciplining the precontractual phase. The purpose of part II is to anticipate consumer protection to the stage before the contract is closed when the consumer has not already decided to close it¹⁸.

In articles 18 ff. we find provisions on advertising that were previously disseminated in special laws¹⁹, it is enunciated the consumer's right to be educated (art. 4) and there are (art. 5 ff.) accurate disclosure duties. The purpose of part II

the existence of a contract». See G. PONGELLI, *La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo*, in *NGCC*, 2012, II, p. 665 ff.

17 About the definition of consumer in the Court of Justice EU decisions see J. DEVENNEY – M. KENNY, *European Consumer Protection*, Cambridge University Press, 2012, p. 125 ff. For more information on the promiscuous use see N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padua, 2012, p. 84 ff.; L. DI NELLA, *Il consumatore, il professionista e l'inderogabilità in pejus delle norme applicabili ai contratti dei consumatori*, in G. DE CRISTOFARO, *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, Turin, 2009, p. 39 ff. and E. FAZIO, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 153 ff.

18 See G. TADDEI ELMI, *sub art. 4 in Codice del consumo, commentario*, G. VETTORI (ed.), Padua, 2007, 66.

19 It is important to remember that in Italy protection of the consumer from bad advertising is a quite new phenomenon. According to the civil code and to Italian judges advertising was, since a few years ago, only a unfair competition problem. See G. MAGRI, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. L'evoluzione del diritto europeo ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in *Direito, cidadania e desenvolvimento*, A. L. CELINO COUTINHO, A. P. BASSO, M. Á. BARONI CECATO, M. L. PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA (ed.), Florianópolis, 2012, p. 189 ff.

is to decrease the information asymmetries between the parties, assuring to consumers the right to take informed transactional decisions.

The fundamental right to be educated is particularly meaningful because it forces public institutions and private enterprises to encourage awareness of consumers' rights and interests, the development of associations, the participation of consumers in administrative procedures and their presence in representative bodies. According to Art. 4.2: «Activities designed to educate consumers carried out by public or private bodies are not for promotional purposes». On the contrary they are intended to explain clearly the characteristics of goods and services and to make the costs and benefits of choosing such goods and services clearly evident. The activities shall also give special consideration to those categories of consumers that are most vulnerable.

The right to be informed expressed in art. 5 ff. can be considered the load-bearing axis of all the consumer code, indeed we find disclosure and information duties also in other parts of the code. We have, for instance, rules regarding information duties in articles 52 and 53 (about distance contracts), in art. 59 (relating to television and other mass-media selling), in art. 70 and 71 (regulating contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a time-share basis), in art. 87 ff. (regarding contract for the sale of packages²⁰) and in art. 104 (regulating the obligations of the producer and distributor). In relation to all such dispositions, the rules contained in part II are provisions designed to improve market transparency in a more general way.

The idea to discipline, in the same part of the code, both education, information and advertising²¹ could be criticised: education and information are not commercial communications, whilst advertising has a clear promotional purpose. But if we look more closely at advertising, we realise that it has an ambiguous function. On one hand it influences consumers' decisions, and on the other it gives information to set apart coexisting products. In addition the code forbids provi-

²⁰ These dispositions have been placed in the so called tourism code (*Codice del turismo*) d. lgs. 23/5/2001, n. 79 Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio, in GU, 6/6/2011, n. 139.

²¹ The definition of advertising (*pubblicità*) is given in art. 20 of the code: «advertising: means the making of a representation in any form in connection with a trade, business, craft or profession in order to promote the sale of movable or immovable property, the establishment or transfer of rights and obligations over said property or the provision of works or services».

ding the consumer with false or misleading information. Therefore it is not that unusual to consider advertising as another aspect of information or, at least, as a point related to it.

Furthermore, in certain cases (for instance with medications, cigarettes, etc.), the consumer must be informed by the advertising about particular aspects of the product. In these cases he or she can be educated in responsible consumption through advertising.

It must be noted that the definition of consumer given in Part II is broader than the general definition given in Part I by art. 3. According to Art. 5.1 «Without prejudice to the provisions of Article 3, paragraph 1(a), for the purposes of this Title, ‘consumer’ or ‘user’ are also intended to mean any natural person to whom the business information is directed». In other words to be considered a consumer it is sufficient to be the natural person addressee of a business information.

Concerning advertising, art. 18. 1 lit. a) offers a traditional description, identifying as a consumer «any natural person who, in commercial practices covered by this Title, is acting for purposes which are out with their trade, business, craft or profession», but it seems important to notice that the original definition given by art. 18 consumer code was even more extended, because a consumer was considered to be not only the natural person but also the legal one²².

4 THE CONSUMER RELATIONSHIP

The third part of the code is the most extensive (in the original version, nearly 100 articles) and it regulates the main aspects of consumers’ contracts. It includes regulations on unfair contract terms (*clausole vessatorie*), as well as directives for contracts negotiated away from business premises (*contratti negoziati fuori dai locali commerciali*) or distance contracts (*contratti a distanza*).

In the first version of *codice del consumo* tourist services were also disciplined (Chapter II), but this part has been recently removed from the consumer code and incorporated into the tourism code of 2011, a special code grouping all laws implementing directives on tourism and regulating travel agencies, tourist activities and tourism contracts.

²² «For the purposes of the present Title, ‘consumer’ or ‘user’ shall include any natural or legal person to whom the commercial communications are directed or who is subject to the consequences thereof». This version was amended by art. 1 D.Lgs. 2/08/2007, n. 146, in G.U. 06/09/2007 n. 207.

In the first chapter of part 3 unfair contract terms (*clausole vessatorie*) are regulated. The discipline of *clausole vessatorie* were previously contained in articles 1469 *bis* and ff. civil code. Authors²³ criticise the fact that article 33 did not correct the text of art. 1469 *bis* according to which «..terms shall be considered unfair where, despite the good faith, they cause a significant imbalance...». This formulation, deriving from a translation mistake of the directive into Italian, is judged incorrect and not complying with EU law, consequently it was strongly stigmatized. According to the doctrine, the right formulation of the article should be: a term is unfair if, contrary (and not despite) to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations.

The decision to conserve the old text is partially balanced by the declaration of the Commission that the article should be read in the right formulation, but it was impossible to change it, because there was a risk of exceeding the mandate that the legislator had given²⁴.

An important change, as we have already seen, is made in article 36 of the consumer code. The disposition, concerning nullity for protection (*nullità di protezione*), reproduces article 1469 *quinquies* civil code, but it specifies that unfair terms are void, not only without effects²⁵. This change is very important because it demonstrates that the consumer code is not only a collection of copied and pasted rules, but a new text that, if and when possible, would need to bear in mind problems connected to the interpretation and application of old provisions.

Regarding contracts negotiated away from business premises and distance contracts, the most important aspect is the right of withdrawal (*diritto di recesso*) regulated in articles 64 ff. The right to withdraw has its origins in the national legal systems of various European countries. Many directives grant this right to the consumers in transactions relating to life insurance, real estate timeshares, distance selling of goods and financial services, and consumer credit. The right of with-

23 G. VETTORI, in *Codice del consumo, commentario*, G. VETTORI (ed.), Padua, 2007, 8 and also Consiglio di Stato, Sez. cons., n. 1160/04, of 20/12/2004, in DVD Juris Data, Milan, V, 2012.

24 G. ALPA, in *Codice del consumo, commentario*, G. ALPA and L. ROSSI CARLEO (ed.), Naples 2005, p. 25.

25 The article speaks about *nullità relativa* (relative voidness), because the invalidity of the term can be contested only by the consumer. See P. CENDON (ed.) *Commentario al codice civile. D.Lg. 6 settembre 2005, n.206. Codice del consumo*, Milan, 2010, p. 436-7.

drawal also appears in the Draft Common Frame of Reference for European Private Law, and can now be considered as a distinctive feature of EU consumer law²⁶.

The right to withdraw simply provides the consumer the right to terminate the contract within a period of time after it has been concluded. The consumer must send back the goods, and in return the seller must refund the purchase price. The only charges the consumer must face are the shipping costs, no other costs can be charged.

Part III also disciplines the so-called *multiproprietà* (timesharing). According to article 69 lit a) a timeshare contract is a contract of a duration of more than one year under which a consumer, for a price, acquires the right to use one or more overnight accommodation in an immovable property for more than one period of occupation. Unfortunately the consumer code does not clarify the nature of this right that remains an open question. Some think that *multiproprietà* is a kind of co-ownership (*comproprietà*), for others it is an atypical real right (*diritto reale atipico*), for others a normal real right²⁷.

5 PRODUCT SAFETY AND QUALITY

Part IV regulates product safety and quality and aims to ensure that goods, which are sold on the market, are safe for use (art. 102.1).

Producers are required not only to sell exclusively safe products and to take precautions against risks connected with the product or its use, but also to provide consumers with all the relevant information necessary to enable them to assess the possible risks a product may have throughout its normal or foreseeable use, where such risks are not immediately obvious without adequate warnings (art. 102.3).

It is quite clear that safety and information duties regulated in part II are strictly connected.

²⁶ See, O. BEN-SHAHAR – E. A. POSNER, *The Right to Withdraw in Contract Law*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 40 (1) Jan. 2011, p. 118.

²⁷ G. BENACCHIO *Dal condominio alla multiproprietà*, in *Riv. Not.*, 1982 p. 7 ff.; F. SANTORO PASSARELLI, *Multiproprietà e comproprietà*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1984 p. 25 ff.; M. PERFETTI, *Multiproprietà e comunione: una questione ancora aperta*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 400 ff.; U. MORELLO, *Multiproprietà*, in *Digesto Disc. Priv.*, IV ed., Vol. XI, Turin, 1994, p.490 ff. and A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. II, *Diritti reali parziari*, Milan, 2011, p. 457 ff.

The producer is not the only one who shall ensure product safety; distributors are also required to act with due and diligent care in order to make certain that solely safe products are put on the market (Art. 104.6).

Both producers and distributors have information duties if they know or ought to know, that a product they have placed on the market involves hazards to the consumer. In particular they are required to immediately notify the competent authorities, specifying the actions taken to prevent risk to consumers. When serious risks are possible, the information to be provided shall at least include: the exact identification of the product or batch of products in question; a full description of the risk that the product in question entails; all relevant available information for use in tracing the product; details of actions implemented to prevent risks to consumers.

Part IV also contains provisions addressed to the public administration.

In particular the Ministries of Productive Activities, Health, Employment and Social Policy, the Interior, Economy and Finance, Infrastructures and Transport and other competent administrations shall arrange, according to their respective fields, for the creation of a rapid information exchange system via a suitable electronic retrieval device, whether or not over the public network, in compliance with the provisions laid out at European level, and which allow the storage and distribution of information. In addition, public authority shall check that all products placed on the market are safe.

In articles 114 ff. we find directives regulating the liability of the producer for damage caused by defective products²⁸. The producer is liable for any damages caused by a defect of his product (art. 114). If a producer cannot be identified, liability for damage falls to the supplier if he has failed to inform the injured person, within three months of the date of application, of the name and domicile of the producer or person who supplied him with the product (art. 116.1).

A product shall be considered defective when it does not provide the safety which one can reasonably expect. To assess reasonable safety all circumstances must be taken into account, including the way in which the product was distributed, its packaging, evident features, instructions, and the warnings given;

28 About liability of the producer see U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milan, 1974; Id, *Produttore e responsabilità per danno da prodotto difettoso nel codice del consumo*, in *RCP*, 2009, p. 1938 ff.; G. VISINTINI, *Responsabilità del produttore per danni da prodotto difettoso, Trattato breve della responsabilità civile*, Padua, and. 2005M. STELLA RICHTER, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *RCP*, 2006, p. 1603 ff.

the normal use to which the product can reasonably be put and the life cycle which the product can be reasonably expected to undergo.

Last but not least part IV contains provisions on the sale of consumer goods (*vendita di beni di consumo*) applicable not only to sales contracts *strictu sensu*, but also to contract of permutation (*permuta*), supply (*somministrazione*), work (*appalto*), services (*opera*), as well as all other contracts intended to supply consumer goods to be manufactured or produced.

Rules about the sale of consumer goods are quite different from the ones regulating sale in general and they further protect the buyer.

According to art. 129 the seller must deliver goods to the consumer in conformity with the contract of sale. Consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they are fit for the purposes for which goods of the same type are normally used, they comply with the description given by the seller and possess the qualities held by goods which the seller has presented to the consumer as a sample or model, they have the quality and performance which are normal in goods of the same type and which the consumer can reasonably expect²⁹ and they are fit for any particular purpose for which the consumer requires them and which he has made known to the seller at the time of drawing up the contract and which the seller has accepted, also implicitly.

The seller is liable to the consumer for any lack of conformity that exists at the time the good was delivered. In case of non-conformity the consumer has a number of different solutions. He is entitled to have the goods brought into conformity free of charge by repair (*riparazione*) or replacement (*sostituzione*), or to have an appropriate reduction of the price (*riduzione del prezzo*) or end the contract (*risoluzione del contratto*)³⁰.

The civil code (art. 1490 ff.), on the contrary, provides only two alternative remedies: the possibility to reduce the price or to end the contract (art. 1492 civil code).

²⁹ The law specifies that in this case it should be take into account any public statements on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling

³⁰ About the cooperation of solutions see ECJ, 16 Juni 2011, Sec. I, cases C-65/09 and C-87/09 in *Giur. it.*, 2012, 534, with my comment: *La vendita di beni di consumo torna alla Corte di giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della Dir. 99/44/CE sul diritto tedesco e italiano.*

Another important difference can be found in the time limits when reporting a defect. Consumer code (art. 132.2) requires a term of two months, on the contrary art. 1495 civil code establishes the buyer's duty to report any defect at no later than eight days from it having been discovered. The action is set at twenty-six months in the case of consumer sale (art. 132.4) and at only one year in the case of normal sale (art. 1495.3 civil code).

6 CONSUMERS' ASSOCIATIONS, ACCESS TO JUSTICE AND FINAL DISPOSITIONS

The Ministry for Productive Activities set up the National Council of Consumers and Users (*Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti*). The Council (art. 136) uses facilities and staff at the Ministry and is formed by representatives of the consumers' and users' associations listed with the register of consumers' associations³¹ and is chaired by the Minister of Productive Activities (or a person appointed thereby).

31 According to Art. 137 Consumer Code: «The Ministry of Productive Activities keeps a list of all consumers' and users' associations. 2. Inclusion on the list is subject to the following requirements, which are proved by presenting documentation conforming to the directions and procedures established by an Order from the Ministry of Productive Activities: a) the Association must have been founded at least three years previously, via a public or private certified deed, and shall possess sections regulating a democratic system with the sole aim of protecting consumers and users, and shall not operate for the making of profit; b) a list of members shall be kept, updated annually, with an indication of the fees paid directly to the association for statutory purposes; c) the number of members shall not be less than 0.5 ‰ of the Italian population, and shall be present in at least five regions or autonomous provinces, with a number of members no lower than 0.2 per mille inhabitants in each region, to be certified by a self-executed affidavit provided by the legal representative of the association in accordance with the procedures referred to at Articles 46 et seq. of the Consolidated Act of Legislative and Regulatory Directions concerning Administrative Documentation, pursuant to Presidential Decree no. 445 of 28 December 2000; d) a statement of the income and expenditure shall be drafted each year, indicating the fees paid by the members, and the keeping of accounts in conformity with the legislation in force concerning accounting for non-registered associations; e) continuous activities must have been carried out during the three previous years; f) its legal representatives shall not have been convicted of any offences in relation to the association's activities, and said representatives shall not be businessmen or directors of manufacturing or service companies, in whatever form they are established, for the same sectors in which the association operates; 3. Consumers' and users' associations shall be forbidden from undertaking any promotional or commercial advertising activities relating to goods or services produced by third parties and any shared interests with production or distribution companies. 4. The Ministry of Productive Activities shall be required to update the list annually. 5. The list referred to in this Article may also include associations of consumers and users operating exclusively in those areas where constitutionally recognised linguistic minorities reside, if they are in possession of the

The Council is responsible for: expressing opinions, when required, on the regulations' position concerning the rights and interests of consumers and users; formulating proposals in relation to the protection of consumers and users; promoting studies, research programmes and conferences about the problems of consumerism and the rights of consumers and users; controlling the quality and safety of products and services; drawing up programmes that distribute and divulge information to consumers and users; encouraging initiatives designed to improve consumers' and users' access to justice in order to settle disputes; encouraging all forms of alignment and co-ordination between national and regional policies in relation to the protection of consumers and users; establishing relations with similar public or private bodies from other countries and the European Union; notifying the Department for Public Administration at the Prime Minister's Office of any difficulty, hindrance or obstacle concerning the execution of provisions to simplify procedures or documentation in public authorities.

According to art. 140 of the consumer code, consumers' association are qualified to act, with an inhibitory action (*azione inibitoria*), to protect the collective interest of consumers and users. With this action they can call for: a) prohibition order against actions damaging consumers' or users' interests; b) suitable measures to resolve or eliminate the damaging effects of these actions; c) orders to publish the provision of the Court in one or more national or local daily newspapers.

When making such a decision the judge can also order payment of a sum in case of non-compliance of the obligation set out in the arrangement, within the fixed deadline. The provision is aimed to encourage fulfilment of the obligation that rises from the decision and it is quite important because it is the first case of *astreinte* (we can qualify it as an *astreinte provisoire*) in Italian law³². The payment can

requirements pursuant to Paragraph 2, subparagraphs a), b), d), e), and f), and provided that the number of members is no less than 0.5 ‰ of the inhabitants of the region or autonomous province in question, to be certified by a self-executed affidavit provided by the legal representative of the association in accordance with the procedures referred to at Articles 46 et seq of the aforementioned Consolidated Act, pursuant to Presidential Decree no. 445 of 2000. 6. The Ministry of Productive Activities shall be required to notify the EC Commission of the list pursuant to Paragraph 1, and to include the bodies pursuant to Article 139, Paragraph 2, and the relative updates to enable registration on the list of the bodies entitled to file injunctions to protect the collective interests of consumers, held by the European Commission»

32 The so-called "*astreinte all'italiana*" (Italian *astreinte*) was introduced by art. 614 *bis* civil procedure code only in 2009 (the article was put in the civil code by art. 49 law 18th June 2009, nr. 69). See P. PUCCIARIELLO e G. FANELLI, in B. CAPPONI (ed.), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milan, 2011, p. 49 ff.

also be ordered by one of the parties in case of non-compliance after the deadline (in this case we have a normal *astreinte* with a punitive purpose)³³.

Such sums of money shall be re-allocated to a fund to finance initiatives that benefit consumers.

The most interesting and debated aspect of part V is surely the so-called class action (*azione di classe*)³⁴. According to art. 140 *bis*: «The homogeneous, individual rights of consumers and users ... can also be enforced through class action...». With a class action a member of the interested class can - individually, or through associations or committees - take legal action against the professional to assess liability and claim an order to pay damages and repayments.

The action can enforce three different categories of rights (art. 140 *bis* par. 2):

- a) contracting rights of a number of consumers who find themselves in the same situation, in relation to the same company, that shall include rights relating to contracts that comply with Articles 1341 and 1342 civil code;
- b) identical rights, to a given product, that final consumers are entitled to, regarding its manufacturer, even in the absence of a direct contracting rapport;
- c) identical rights to payment of damages due to these consumers and deriving from unfair commercial practices or anti-competitive behaviour.

³³ S. BENUCCI, Comment on art. 140 in *Codice del consumo, commentario*, G. VETTORI (ed.), Padua, 2007, 1104.

³⁴ Works about class action are countless. We can quote only some of them: C. BELLI (ed.), *Le azioni collettive in Italia, profili teorici ed aspetti applicativi*, Milan, 2007; S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 567; C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *Obiettivo class action. L'azione collettiva risarcitoria*, Milan, 2008; A. GIORGETTI, V. VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, Milan, 2008; F. GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Padua, 2008; A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Milan, 2008; P. G. DEMARCHI, *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010; C. PONCIBÒ, *Interesse collettivo*, Turin, 2010; Fondazione centro internazionale su diritto società e economia (ed.), *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 1-2 ottobre 2010*, Milan, 2011.

The claim is submitted to the Court of the Region's capital³⁵ where the company is situated, with an arraignment (*atto di citazione*), which is also notified to the office of the Public Prosecutor of the Court in charge, who may only intervene for judgment on admissibility (art. 140 *bis* par. 4 and 5).

Consumers can join the class action, but without their personal lawyer. Joining the class action entails discontinuation of any individual settlement or counteractive action based on the same title.

After the first hearing, the Court shall decide on the admissibility of the claim, but, if there is an ongoing inquest before an independent Authority on the facts that are relevant to the decision, or a trial before the administrative judge, it may suspend the judgment (art. 140 *bis* par. 6).

The Court shall declare the claim inadmissible if clearly unfounded, if there is a conflict of interest between the parties³⁶, if the judge does not recognise the identity of the individual rights and when the proposing party seems to be incapable of adequately protecting the class's interests. If the class action is inadmissible the judge settles the expenses according to art. 96 civil procedure code³⁷.

If the action is admissible, the Court sets the most appropriate terms and methods of public notice in the order with which it admits the action. Public notification is a condition for the prosecution of the claim.

If the plaintiffs' claim is successful on the merits, the Tribunal can determine the amount of the damages consistent with art. 1226 civil code or issue a declaratory judgement setting out the criteria to be used in calculating them.

Class action is quite an original remedy for Italian law. It is debated whether to be a good innovation or not. For some³⁸ it is a way to augment (and maybe

³⁵ But according to art. 140 *bis* par. 4 the Court of Turin has jurisdiction over Valle d'Aosta, the Court of Venice over the Regions of Trentino-Alto Adige and Friuli-Venezia Giulia, the Court of Rome over Marche, Umbria, Abruzzo and Molise, and the Court of Naples over Basilicata and Calabria.

³⁶ We can think the case of a nexus between the proposer of the action and the defendant, for instance if a consumers' association connected with a union, proposes a class action against this union we have an evident case of conflict of interests. See G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padua, 2010, p. 975.

³⁷ It is discuss if the judge can dispose the payment of punitive damages for the proposer in the case of an inadmissible class action. See G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padua, 2010, p. 976.

³⁸ R. CAPONI *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 819 ff., in particular par. 5: «Sotto questo profilo, l'azione risarcitoria

in a certain way “privatize” returning to consumers’ associations) market control, for others³⁹ it is a way to increase and improve competition between companies⁴⁰. On the contrary, for the general confederation of Italian industry (Confindustria) it will damage competition⁴¹.

After six years from the introduction of class action in 2007, we can say that the innovation was fundamentally a good principle.

Perhaps, at the beginning, consumers’ associations were not well enough prepared to manage it technically. But then a growing number of class actions against banks, insurances, phone companies, transport and oil companies and even against public administration⁴² began being registered.

As we can appreciate from the web site of the Italian register of class actions⁴³ the response is getting underway and there are more and more actions being taken. Also the press helps to give information about actions that have been undertaken.

We can optimistically conclude that class action is helping to reduce unfair practice by companies, even if a lot still remains to do.

Part VI of the Code contains the final dispositions of the consumer code. It abrogates incompatible rules (art. 142 and 146) contained in the civil code and in statutes implementing European directives, it disciplines any changes to legisla-

in forma collettiva costituisce una nuova forma di tutela, poiché un rimedio giurisdizionale non è connotato solo dal contenuto del provvedimento finale, ma anche dalle modalità del procedimento. Ciò accade tutte le volte in cui queste ultime abbiano una rilevanza sul piano sostanziale: contribuiscano cioè all’adeguatezza della risposta giurisdizionale rispetto ad un determinato bisogno di tutela). Oltre al profilo teso al ristoro individuale dei soggetti lesi, abbinato a seconda del valore della singola controversia ad una funzione di economia processuale o di effettività della tutela giurisdizionale, il nuovo strumento, congiunto se del caso alla tutela inibitoria presenta anche profilo di deterrenza nei confronti della commissione di illeciti dannosi per una cerchia più o meno ampia di soggetti (illeciti plurioffensivi). In questo settore, l’iniziativa giudiziaria collettiva privata si affianca all’attività pubblica di prevenzione e di controllo nei confronti del potere economico dell’impresa, come sorta di potere generato dalla società civile, contrapposto al potere economico dell’impresa».

39 M. DONA (ed.), *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class action*, Milan, 2008, p. 12.

40 See *Class action. Profili critici e proposte di modifica*, in www.confindustria.it, 26.11.2007.

41 <<http://convenzioni.confindustria.it/comstampa2.nsf/All/2AFF8318DEEDF7B0C-125739500303D51?openDocument&MenuID=26E97DD4D8B19018C1256EFB00357A04>>.

42 Class action against public administration was introduced a bit later by law decree 20/12/ 2009, nr. 198.

43 <<http://sitiitaly.tripod.com/registrodelleclassactionitaliane/id9.html>>.

tion that may affect the code⁴⁴ and gives some general provision useful for applying the code.

It seems quite important to remember that, according to art. 143, the rights provided for by the consumer code are inalienable and any agreement in conflict with them cannot be enforced. Art. 143 par. 2 contains a disposition of international private law providing that: «If parties choose to apply any other law than that of Italy to a contract, consumers shall still be entitled to the basic protection afforded them by the Code», therefore Italian rules protecting Italian consumers are mandatory even when a different law is chosen.

7 CLOSING REMARKS

We are told that the code's purpose is to harmonise and consolidate the laws of purchase and consumption, so as to ensure a high level of protection to consumers and users. In other words it should be a kind of *consumer magna charta*, containing consumers' fundamental rights⁴⁵. If so, the question that should be posed is: does the consumer code provide a higher level of protection for consumers when compared to the previous fragmented law provisions?

The answer is positive. The protection level arising from the single disposition is obviously always the same, the difference is that with a sole code it is easier to build a system of rules completing a *casus dubius* or a *casus omissus*, furthermore a systematic interpretation grants a higher protection.

The risk is that reforms succeeding the introduction of the consumer code can destroy this system. As we have already partially seen, some of the dispositions for consumerism that at the beginning were put in the consumer code are now in other bodies of law. For instance in the tourism code (*codice del turismo*) we find dispositions covering consumer protection and tourism services and in the *testo unico bancario* we have rules on consumer credit.

⁴⁴ Art. 144 consumer code: «Any changes to legislation that affect the Code or the persons covered thereby shall be implemented through the express amendment, addition, repeal, or suspension of the specific provisions contained therein».

⁴⁵ According to art. 2 par. 2: «The following shall be recognised as fundamental rights of consumers and users: a) health protection; b) the safety and quality of products and services; c) adequate information and correct advertising; d) consumer education; e) fairness, transparency and equity in contractual relations; f) the promotion and development of free, voluntary and democratic associations between consumers and users; g) the supply of public services according to standards of quality and efficiency».

It seems that the decodification phenomenon can tarnish also sector codes and not only the civil one. But the problem for the jurist is to determine whether rules protecting consumers that are not brought together under the consumer code should be read and interpreted in its light or in the light of the disposition in which they are now contained. The difference is not irrelevant, because it means deciding between a reduction or an implementation of protection.

The consumer code, in a certain way, creates a *ius singulare*, a special statute for consumers, that closely resembles the medieval *lex mercatoria*.

We know that, as in the Middle Ages, merchants used special rules, different from those enforceable by common people⁴⁶, whereas today consumers have special rules that differentiate B2C contracts from one another. These rules can also generate unequal treatment. Sometimes they seem to be even unjust. We can imagine a millionaire contracting a household policy: there is no doubt that he has more contractual power than a stallholder who wants insure his small stand, while the millionaire is protected by consumer rules, the poor merchant is not! It is for this reason that some hope consumer protection will evolve into a general protection of the weaker contractor⁴⁷.

Other authors criticize in a more radical way the fact that protection given to a consumer cannot be extended to all weak contractors⁴⁸. According to this opinion it appears unreasonable and unconstitutional (violation of the equality principle foreseen in art. 3 Italian Constitution) to protect consumers as a weak party and, at the same time, to refuse protection to all other weak subjects only because they are professional.

Obviously a consumer code, creating a *ius speciale* increases disparities because it makes it clear that rules for consumers are not enforceable, neither in an analogical way, for other contractors. So, if the question is: is the consumer code a model to follow? The answer is yes, if the legislator aims to grant a higher level of consumer protection and create a consumer law system that can be an alternative to

46 See F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 2010.

47 See V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Turin, 2005, p. 23 ff.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ff. and G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale - Vol. II: I singoli contratti*, Padua, 2009, p. 15.

48 R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. e impr. Europa*, 2003, p. 715 ff.

ordinary civil law. On the contrary, the answer could be no, if the legislator strives to progress the legal system from consumer protection to protection of the weak party in general. In this case it seems better to follow the example of the German *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* and implement the consumer law under the general provisions of the civil code⁴⁹.

⁴⁹ See; M. DREHER, *Der Verbraucher – Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts*, in *JZ*, 1997, 167 ff., 177; H. DÖRNER, *Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB*, in: R. SCHULZE - H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Münster, 2001, p. 177 ff., 180; D. MEDICUS, *Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – behutsame Weiterentwicklung oder Systemwechsel*, in B. DAUNER-LIEB, H. KONZEN, K. SCHMIDT, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Munich, 2002, p.69 ff.; M. SMITS, *The German Schuldrechtsmodernisierung and the New Dutch Civil Code: a Study in Parallel*, in: O. REMIEN (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen 2008, p. 117 ff. and M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milan, 2009, p. 33 ff.

BIBLIOGRAPHY

Codice del consumo, commentario, G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (ed.), Naples 2005.

Codice del consumo, commentario, G. VETTORI (ed.), Padua, 2007.

G. BENACCHIO *Dal condominio alla multiproprietà*, in Riv. Not., 1982 p. 7 ff.

C. BELLI (ed.), *Le azioni collettive in Italia, profili teorici ed aspetti applicativi*, Milan, 2007.

O. BEN-SHAHAR – E. A. POSNER, *The Right to Withdraw in Contract Law*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 40 (1) Jan. 2011, p. 118 ff.

R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in Contr. e impr. Europa, 2003, p. 715 ff.

R. CAPONI *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, p. 819 ff.

B. CAPPONI (ed.), *L'esecuzione processuale indiretta*, Milan, 2011.

U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milan, 1974.

Id, *Produttore e responsabilità per danno da prodotto difettoso nel codice del consumo*, in RCP, 2009, p. 1938 ff.

S. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in Riv. dir. proc., 2007, p. 567 ff.

P. CENDON (ed.) *Commentario al codice civile*. D.Lg. 6 settembre 2005, n.206. Codice del consumo, Milan, 2010.

C. CONSOLO, M. BONA, P. BUZZELLI, *Obiettivo class action. L'azione collettiva risarcitoria*, Milan, 2008.

C. Consolo, B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140 bis codice del consumo* Padua, 2012.

B. DAUNER-LIEB, H. KONZEN, K. SCHMIDT, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Munich, 2002.

G. DE CRISTOFARO (ed.), *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, Turin, 2009.

G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padua, 2010.

P. G. DEMARCHI, *I diritti del consumatore e la nuova class action*, Bologna, 2010.

J. DEVENNEY – M. KENNY, *European Consumer Protection*, Cambridge University Press, 2012.

DREHER, *Der Verbraucher – Das Phantom in den Opera des europäischen und deutschen Rechts*, in JZ, 1997, p. 167 ff.

M. DONA (ed.), *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class action*, Milan, 2008, p. 12.

Id., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Turin, 2008

E. FAZIO, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, in Europa e dir. priv., 2007, p. 153 ff.

Fondazione centro internazionale su diritto società e economia (ed.), *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*. Atti del Convegno di studio. Courmayeur, 1-2 ottobre 2010, Milan, 2011.

F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 2010.

A. GAMBARO – U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, vol. II, Diritti reali parziari, Milan, 2011.

A. GIORGETTI, V. VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia*, in Europa e nel Mondo, Milan, 2008.

M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milan, 2009.

F. GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*. La c.d. class action italiana, Padua, 2008.

A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.

N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milan 1979.

Id., *L'età della decodificazione. «L'età della decodificazione» vent'anni dopo*, Milan IV ed., 1999.

A. J. Lilja, *Der Codice del Consumo (2005) - Ein Vorbild für die Europäische Verbrauchergesetzgebung?*, Berlin, 2010.

G. MAGRI, *Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore*. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento, in Riv. dir. civ., 2011, p. 298 ff.

Id., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. L'evoluzione del diritto europeo ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in Direito, cidadania e desenvolvimento, A. L. CELINO COUTINHO, A. P. BASSO, M. Á. BARONI CECATO, M. L. PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA (ed.), Florianópolis, 2012, p. 189 ff.

Id. *La vendita di beni di consumo torna alla Corte di giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della Dir. 99/44/CE sul diritto tedesco e italiano*, in Giur. it., 2012, p. 534 ff.

U. MORELLO, *Multiproprietà*, in Digesto Disc. Priv., IV ed., Vol. XI, Turin, 1994, p. 490 ff.

S. PATTI, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Rome – Bari, 1999.

M PERFETTI, *Multiproprietà e comunione: una questione ancora aperta*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p. 400 ff.

C. PONCIBÒ, *Interesse collettivo*, Turin, 2010.

G. PONGELLI, *La proposta di regolamento sulla vendita nel processo di creazione del diritto privato europeo*, in *NGCC*, 2012, II, p. 665 ff.

O. REMIEN (ed.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen 2008.

V. ROPPO, *Il contratto del 2000*, Turin 2005.

ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ff.

G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Scritti in onore di Carmine Punzi*, Milan, 2008.

F. SANTORO PASSARELLI, *Multiproprietà e comproprietà*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1984 p. 25 ff.

R. SCHULZE - H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Münster, 2001.

M. STELLA RICHTER, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *RCP*, 2006, p. 1603 ff.

G. VISINTINI, *Responsabilità del produttore per danni da prodotto difettoso, Trattato breve della responsabilità civile*, Padua, and. 2005.

Ead., *Trattato della responsabilità contrattuale - Vol. II: I singoli contratti*, Padua, 2009.

N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padua, 2012.

A desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Consumidor brasileiro: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Anderson Souza da Silva Lanzillo
Fabrício Germano Alves

1 Introdução; 2 Caracterização da desconsideração do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro; 3 A desconsideração da personalidade jurídica e o Código de Defesa do Consumidor; 4 A desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumidor no Superior Tribunal de Justiça; 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A introdução do Código de Defesa do Consumidor no Brasil trouxe um conjunto de novos institutos e instrumentos para o ordenamento jurídico nacional. Entre esses instrumentos encontra-se a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, a qual passou a somar-se a outros no intuito de garantia e efetivação de direitos trazidos pelo código.

Consagrando a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, o Código de Defesa do Consumidor não tomou apenas o abuso como base para aplicação do instituto, mas também outras hipóteses levando em consideração a proteção do consumidor enquanto hipossuficiente.

A aprovação do Código Civil de 2002 e os debates sobre o instituto na doutrina e na jurisprudência brasileira influenciaram a sua interpretação no âmbito consumerista, trazendo várias questões acerca de sua aplicação.

Para descrever e retratar o estado atual da interpretação e aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumidor brasileiro, o objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação do referido instituto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (doravante apenas chamado pela sua sigla, STJ). A escolha da jurisprudência do STJ justifica-se pelo fato desse tribunal ter no Brasil a missão de dar a última palavra na interpretação da legislação federal. Para realizar a pesquisa, fez-se um corte temporal, focando-se nos julgados recentes da corte sobre o tema.

Para realizar a análise, no primeiro momento se faz uma descrição do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Brasileiro de forma geral. No segundo momento, estuda-se como o Código de Defesa do Consumidor lida com o referido instituto. De posse das categorias de base da análise, realiza-se a descrição, estudo e debate da jurisprudência do STJ sobre o tema.

2 CARACTERIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

A realização de atividades econômicas é uma característica observável em diversas sociedades humanas. Por mais que haja diversas formas, de alguma maneira encontra-se alguma espécie de estrutura econômica, mais simples ou mais complexa, que esteja presente na sociedade em estudo.

A presença de uma organização econômica demanda no mesmo passo que haja uma organização jurídica que a corresponda e a faça florescer. O ordenamento jurídico deve conter normas que possibilitem, resguardem e estimulem o desenvolvimento das atividades econômicas por uma sociedade, ou mesmo mais de uma sociedade, levando em conta a existência da globalização nos dias atuais.

Desse modo, há uma íntima relação entre organização econômica e as normas jurídicas, que, juntas, constroem a estrutura sobre a qual se assenta uma sociedade. Não há como entender uma sem a outra.

A sociedade e a economia moderna são reflexos do desenvolvimento do modo de produção capitalista. O modo de produção capitalista representa uma forma complexa de desenvolvimento da atividade econômica, que, em suas variações (mercantilista, industrial, financeira e tecnológica), traz consigo a estruturação das relações em torno da ideia de liberdade de iniciativa, ainda que temperada com a

atuação do Estado, mais ou menos interventiva. A liberdade de iniciativa levou à conjugação de esforços e fortunas para o desenvolvimento de uma série de atividades, bem como ao desenvolvimento de uma série de institutos jurídicos, como os contratos e os títulos de créditos.

Em meio a esses institutos jurídicos, um deles ganhou dimensão e uso amplo na sociedade capitalista: o da pessoa jurídica. A complexidade crescente das atividades econômicas colocava cada vez em mais desvantagem o exercício pessoal dessas atividades. Essa desvantagem pode ser vista por várias dimensões: a organizacional, pois demandam as atividades econômicas complexas a articulação de vários recursos materiais e humanos; patrimonial, pois o exercício da atividade econômica exige patrimônio a ela dedicado, o qual não se pode confundir com o pessoal; de risco, pois a atividade econômica não comporta garantia de sucesso e a falha põe em risco o patrimônio acumulado pela pessoa.

Por essas razões, o desenvolvimento do instituto da pessoa jurídica, do ponto de vista econômico, é uma forma de estímulo ao desenvolvimento das atividades, limitando as perdas e ganhos, especialmente no campo empresarial¹. Também é uma forma de se lidar com as atividades sociais complexas de caráter coletivo, motivo pelo qual a aplicação e uso da pessoa jurídica não se limitaram ao campo da atividade econômica, mas também ganhou reflexos na organização de movimentos da sociedade civil e mesmo da organização política². A pessoa jurídica passa a ser um elemento indissociável da forma de se pensar e estruturar a sociedade contemporânea.

No campo jurídico, a figura da pessoa jurídica é uma maneira de criar um ente à maneira da pessoa física/natural. Como não possui o substrato concreto da pessoa física/natural (no caso, o ser humano), essa figura cria dificuldades teóricas e conceituais quanto a sua caracterização. Há diversas teorias que procuram explicá-la, passando da afirmação de ser a pessoa jurídica uma ficção até a explicação da pessoa jurídica como realidade jurídica própria³. Independente da teoria, a criação

1 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 40-41; EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 179.

2 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236-237.

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138-139.

e existência da pessoa jurídica é algo que só é possibilitado pelo Direito, prevendo meios para que esse ente possa nascer, existir e morrer⁴.

A doutrina brasileira, baseada nessas considerações, traça um conceito de pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações criado a partir de uma reunião de pessoas portadoras de um objetivo comum, ou como forma de manter a existência jurídica independente de certa atividade, tendo em ambos os casos o intuito de concretizar uma finalidade para a qual é constituída⁵. Uma vez que é voltada a uma finalidade, a pessoa jurídica não goza de existência ampla e diversa como a pessoa física/natural, pois está vinculada ao documento que a estrutura (o ato constitutivo) e à finalidade para a qual é instituída, limites de sua personalidade e capacidade jurídica⁶. Ainda com relação à conceituação, há de notar que esse conceito encontrado na doutrina brasileira dá conta muito mais do que será classificado adiante como pessoa jurídica de direito privado. Como já dito, a organização social hodierna expandiu o uso da pessoa jurídica, aplicando o instituto na organização política, gerando as pessoas jurídicas de direito público no direito brasileiro. Nesse caso, o conceito doutrinário mais corrente não dá conta dessa última espécie, pois essa é gerada de forma diversa, a partir de leis e fatos históricos.

A criação da pessoa jurídica leva a várias repercussões. A primeira delas é a de ser sujeito perante a ordem jurídica pátria. Sendo sujeito, a pessoa jurídica pode adquirir direitos e obrigações à semelhança da pessoa física/natural. É uma situação atributiva, pois os direitos e as obrigações vão ser a ela imputados, não havendo uma relação de mera proteção ou de base de satisfação patrimonial. Essa situação de sujeito possui duas faces: tanto é a pessoa jurídica sujeito de direitos e obrigações no plano das relações materiais, quanto também é sujeito de direitos e obrigações no plano das relações processuais, passando a ter titularidade processual e ser parte legítima em processos, ativa e passivamente⁷.

A segunda das consequências é ter existência própria. Não se confunde em direito a existência da pessoa jurídica com a existência das pessoas físicas que as compõe ou são responsáveis pelo patrimônio que as funda. A existência própria leva à autonomia da pessoa jurídica, separação da pessoa física/natural, sendo um dos

4 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236-237.

5 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138-139.

6 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237.

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150-152.

instrumentos para regular essa separação o registro de suas atividades em contabilidade própria⁸. Essa existência própria, resultando em autonomia da pessoa jurídica, foi um dos motivos principais para o desenvolvimento da pessoa jurídica no plano econômico e empresarial, pois é uma salvaguarda para o insucesso empresarial⁹.

Em decorrência da existência própria, a terceira consequência é que a pessoa jurídica passa a contar com um patrimônio particular, não pertencente às pessoas que são membros dela. O membro da pessoa jurídica não possui juridicamente uma parte do patrimônio dela, mas direito de crédito, que pode ser eventual, na ocorrência de sua liquidação, ou rotineiro, ao fim do exercício social e apuração de perdas e ganhos. Com os direitos e obrigações que surgem na sua vida, a responsabilidade decorrente incide sobre o patrimônio da pessoa jurídica, não sobre o patrimônio da pessoa física/natural que a compõe¹⁰.

Ainda como resultado da existência própria, a pessoa jurídica possui estrutura constitutiva que não se confunde com a de uma pessoa física/natural. A pessoa física/natural é determinada pela sua substância biológica, com os limites impostos pela vida natural; por outro lado, a pessoa jurídica tem sua substância regulada enquanto fato cultural, transcendendo a existência singular da vida humana. Ela é regulada pelo Direito, consubstanciada no documento que a cria e nas leis que balizam sua existência. Por essa razão, permitem-se ao longo de sua existência mudanças estruturais, tanto das pessoas que são seus membros quanto dos elementos materiais e formais que a definem¹¹.

No direito brasileiro, o Código Civil define a classificação e existência da pessoa jurídica. Para as pessoas relacionadas à organização política do Estado, o código define as pessoas jurídicas de direito público. Essa espécie subdivide-se em pessoas jurídicas de direito público interno (as que organizam internamente o Estado brasileiro) e pessoas jurídicas de direito público externo (dizem respeito àquelas pertencentes ao direito público internacional). Pelo código, as de direito público interno são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias, as associações públicas e outras criadas por lei com caráter público¹².

8 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237.

9 LEITE, Roberto Basilton. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002p. 109.

10 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*: 1º volume. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 463-464.

11 Ibid., p. 463-464.

12 Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.; Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I – União; II – os Estados, o Distrito Federal e os

Para permitir a livre iniciativa da sociedade para perseguir a realização de atividades de qualquer fim, econômicas ou não, prevê o Código Civil a figura da pessoa jurídica de direito privado. Essas pessoas são as associações, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos (para fins não econômicos), as sociedades e as empresas individuais de responsabilidade limitada (para fins econômicos)¹³. No meio termo entre o público e o privado, há ainda a empresa pública e a sociedade de economia mista, que não são definidas pelo código, possuindo natureza jurídica entre o público e o privado¹⁴.

Como já abordado, a constituição de pessoa jurídica é uma preocupação central na mente daqueles que vão realizar uma atividade empresarial ou outro empreendimento que demanda esforços coletivos e patrimoniais consideráveis. Prova da importância disso é que até 2011 o Direito brasileiro não reconhecia a possibilidade de constituição de pessoa jurídica por apenas um titular, gerando várias sociedades de fachada, só com o fim de possibilidade de exploração de atividade econômica na forma de pessoa jurídica, fato esse alterado pela introdução da figura da empresa individual de responsabilidade limitada¹⁵. Entretanto, a experiência com o instituto mostrou que muitas vezes a constituição da pessoa jurídica e sua

Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

13 Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações. IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos. VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.

14 É o que pode ser percebido na redação constitucional sobre esses entes quando fala ao mesmo tempo de sujeição às normas do direito privado e da administração pública: Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. §2º – As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

15 A empresa individual de responsabilidade limitada é pessoa jurídica instituída por apenas um titular (pessoa física/natural ou pessoa jurídica) com capital social mínimo de 100 vezes o salário mínimo vigente. Para maiores detalhes, VIDE CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *O empresário de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

respectiva autonomia não se traduzem apenas numa expectativa legítima de seu uso, mas também dá vazão a usos questionáveis diante da ordem jurídica.

A história mostrou que a autonomia alcançada pela constituição da pessoa jurídica pode ser um instrumento para o cometimento de atos abusivos e fraudulentos¹⁶. Esta tendência é maior quando a pessoa jurídica é estruturada consoante modelos que permitem a responsabilidade limitada dos seus membros¹⁷, como é o caso da sociedade limitada e da sociedade por ações no direito brasileiro, tipos esses que são comuns na exploração de atividade empresarial no Brasil. A problemática não é que a ilicitude ou o abuso seja um defeito intrínseco ao instituto da pessoa jurídica, mas que é resultado das pessoas que na realidade concreta a manipula e a abusa, em geral sócios que já constituíram a pessoa com esse fim ou escondem-se nela para se furtar às responsabilidades patrimoniais¹⁸.

Dado que a realidade mostrou que a pessoa jurídica pode ser um meio para o cometimento de atos contrários ao Direito e ao próprio fim da pessoa jurídica, os tribunais e os juristas passaram a meditar sobre como combater essa realidade¹⁹. A separação entre a pessoa jurídica e a pessoa física ou mesmo jurídicas que a compõe não poderia ser mais vista de forma absoluta e estreita²⁰. Nesse contexto surgem debates que passaram a formar aquilo que no Brasil convencionou-se chamar de teoria da desconsideração pessoa jurídica.

Notam os autores que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica surge primeiramente como construção jurisprudencial realizada no campo do Direito proveniente da Common Law. Nos tribunais ingleses e americanos casos concretos como *Salomon vs Salomon & Co* apontaram a necessidade de desconsiderar-se o manto protetivo da pessoa jurídica para atingir os verdadeiros responsáveis pelos seus atos. A doutrina nesses países foi alcunhada com expressões nesse sentido (*disregarding the legal entity, piercing the corporate veil* ou *lifting the corporate veil*)²¹.

16 LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 110.

17 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237; EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 179.

18 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 37.

19 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 538.

20 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117.

21 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo:

No plano doutrinário é apontado como sistematizador da análise empírica dessas decisões, bem como formulador teórico Rolf Serick. No Brasil, a doutrina passa a ser discutida por meio de estudo publicado por Rubens Requião²².

No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, as discussões doutrinárias e as decisões estrangeiras serviram de mecanismo propulsor inicial para que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica fosse aplicada a despeito de inexistência de legislação a respeito da matéria. Na doutrina e na jurisprudência foi sendo estabelecido o entendimento de que a desconsideração não necessita de previsão ou alteração legislativa em razão de decorrer da repressão a atos fraudulentos²³. Ela seria decorrente da proibição geral de abuso do direito, bem como da fraude contra credores²⁴. A manutenção da existência autônoma da pessoa jurídica só se justifica pelo fim lícito que ela prevê e pratica²⁵.

A falta de legislação no Brasil sobre a desconsideração da pessoa jurídica é uma situação que começa a mudar na década de 90 do século passado. A aprovação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 (Lei Federal 8.078/1990) trouxe a previsão do instituto no art. 28, indo além das hipóteses de abuso e fraude contra credores²⁶. Ampliando a possibilidade de aplicação da desconsideração para além do campo consumerista, finalmente o Código Civil de 2002 trouxe o referido instituto no art. 50.

A previsão legislativa da teoria da desconsideração da pessoa jurídica no direito brasileiro dá bases seguras para a sua aplicação nos diversos casos envolvendo pessoas jurídicas, congregando a regra geral do art. 50 do Código Civil de 2002 com a previsão das legislações especiais. Nesta parte do trabalho são feitas considerações gerais sobre a teoria da desconsideração de caráter material e processual,

Saraiva, 2009, p. 538; REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*: v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 458-459; EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 178.

22 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 38; EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 179.

23 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 39; LEITE, Roberto Basilton. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 110.

24 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*: 1º volume. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 459.

25 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117.

26 LEITE, Roberto Basilton. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 110-111.

especialmente do art. 50 do Código Civil, deixando a questão do Código de Defesa do Consumidor para o próximo tópico do trabalho.

A aplicação da desconsideração da pessoa jurídica suscitou debates sobre se a separação promovida entre ele e seus membros seria ainda algo válido nos dias atuais. Como já dito, a desconsideração relativiza a separação e a autonomia, chamando os sócios à responsabilidade²⁷. Contudo, chama-se atenção ao fato de que a desconsideração não é uma medida de anulação da pessoa jurídica, mas de garantia do instituto. Em outras palavras, a existência da desconsideração reforça a existência e validade prática da pessoa jurídica. Do contrário, ela poderia ser esquecida e substituída por ser a pessoa jurídica acusada erroneamente como meio em si de cometer fraudes e injustiças²⁸.

Os autores na doutrina brasileira chamam atenção para o fato de que a desconsideração é uma medida corretiva do uso abusivo e fraudulento²⁹. Logo, a desconsideração não é uma forma de anulação ou dissolução da pessoa jurídica. Não se declara nulo o ato constitutivo da pessoa jurídica³⁰. Não se confunde a desconsideração com a hipótese de falência, situação na qual há a dissolução da pessoa jurídica. Se a desconsideração importasse na anulação ou dissolução, toda a vida da pessoa jurídica e seus atos subsequentes estariam prejudicados pela nulidade, seja pela anulação em si, seja pela falta de personalidade/capacidade jurídica para os atos da vida civil que é imposto pela dissolução³¹.

Uma vez que não importa em anulação ou dissolução, a desconsideração é considerada medida episódica, temporária, incidente sobre um caso concreto³². Não se extingue a pessoa jurídica, nem se prolonga a superação para casos futuros, limitando-se seus efeitos ao caso concreto em curso.

27 LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 110.

28 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 38.

29 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237-238.

30 Ibid., p. 246-248.

31 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 42-43.

32 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 543; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117; DINIZ, Maria Helena. *Lições de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133-134.

Outra observação realizada é que a desconsideração da pessoa jurídica é medida excepcional³³. Isso significa que ela não deve ser buscada em primeiro lugar, pois a responsabilidade pelos direitos e obrigações gerados é da pessoa jurídica e é com o seu patrimônio que a obrigação deve ser satisfeita. Portanto, a desconsideração não deve ser aplicada apenas pelo fato de ser a pessoa jurídica insolvente³⁴ e a insolvência não precisa ser demonstrada para sua aplicação³⁵. Essa forma de compreensão é chamada de teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica.

Numa execução, a insolvência pode ser um quadro temporário, e, como a execução incide sobre os bens futuros, não há impedimento para que ao longo do processo outros bens da pessoa jurídica possam ser penhorados para o pagamento das dívidas. Contudo, verifica-se que esse entendimento revela uma preocupação com o uso no direito brasileiro do instituto da desconsideração pelos juízes como forma de responsabilização subsidiária dos sócios pelas dívidas contraídas pela pessoa jurídica. É a chamada teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica³⁶.

Não existe na legislação a precisão dos efeitos concretos da desconsideração sobre os sócios. Não há clareza se esses efeitos são globais, atingindo todos os sócios, o que aproximaria a desconsideração de uma hipótese de responsabilidade subsidiária ou apenas incidente sobre as pessoas, sócios ou não, que cometeram a ilegalidade e o abuso. Na doutrina encontra-se a opinião de que a desconsideração nos moldes gerais não possui efeitos globais, mas sim específicos, sobre os sócios que são responsáveis pela irregularidade, a qual demanda a aplicação desse instrumento. Argumenta-se que a desconsideração é uma forma de levantar o manto protetivo e tornar velado um ilícito que está oculto. Consoante essa visão, a desconsideração é necessária, pois a irregularidade aparenta ser fruto da atividade cotidiana da pessoa jurídica quando, na verdade, é proveniente de sócios ou outras pessoas que no seu poder de mando cometem abusos e ilícitos³⁷. Portanto, se o ato

33 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237-238; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 118-119.

34 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 118-119.

35 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 546.

36 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 54.

37 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246-248; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 539; 543-544; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 34.

visivelmente é ilícito e atribuível a sócio ou outra pessoa que tenha poder de direção na pessoa jurídica, a desconsideração é uma medida dispensável, pois se pode atribuir responsabilidade pessoal e direta³⁸.

No tocante à legislação, o art. 50 do Código Civil de 2002 comporta a hipótese genérica de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica. A redação do dispositivo comportaria duas formulações: uma baseada no aspecto subjetivo, caracterizada pela fraude e abuso de direito, e outra baseada no aspecto objetivo, caracterizada pelo desvio de finalidade e confusão patrimonial. A variação de formulação é importante, pois sua face objetiva facilita a produção de prova, não precisando adentrar no campo da intencionalidade dos agentes causadores do ato ilícito (ex.: a confusão patrimonial pode ser demonstrada por uma mera perícia contábil)³⁹.

A evolução da aplicação do instrumento trouxe a hipótese da desconsideração inversa. Na desconsideração inversa há a desconsideração não para deslocar uma dívida em nome da pessoa jurídica para a esfera dos sócios ou outros com poder administrativo. Como deixa entrever o nome, a desconsideração é para buscar a satisfação patrimonial em razão de dívida realizada pelo sócio. Observou-se que os sócios, para escapar das suas dívidas, especialmente no campo do direito de família e das sucessões, transferem seu patrimônio para pessoa jurídica de forma abusiva. Assim, só formalmente o patrimônio é da pessoa jurídica, formando seu capital, quando na realidade é um subterfúgio do sócio que foge das suas responsabilidades pessoais⁴⁰.

Afora o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, encontra-se a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica em outros ramos da legislação brasileira.

38 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

39 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45-46; MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 239.

40 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

No direito do trabalho, não há dispositivo expresso que trate da descon sideração da pessoa jurídica. Apesar disso, com base na interpretação do art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, bem como na concepção do crédito trabalhista tendo natureza alimentar, a descon sideração é deferida apenas com a prova de insuficiência patrimonial, tendo efeito global sobre os sócios (descon sideração como responsabilidade subsidiária baseada na teoria menor)⁴¹. Outra razão trazida é analogia com base no Código de Defesa do Consumidor, que se justifica pelo fato do trabalhador estar na classe dos hipossuficientes.

Encontra-se a previsão da descon sideração da pessoa jurídica também na legislação antitruste e na legislação ambiental⁴². A redação dos dispositivos lembra a do Código de Defesa do Consumidor e, por esse motivo, não será analisada aqui em detalhes.

No tocante às questões processuais, a descon sideração da pessoa jurídica deve ser feita em processo judicial. Ela demanda prova das situações que ensejam a aplicação do instituto, não sendo matéria apenas de interpretação do direito vigente sobre os limites de responsabilidade⁴³. O que se discute é a medida pela qual a medida judicial pode ser tomada, a necessidade ou não de citação e a situação das pessoas atingidas pela descon sideração. Esses tópicos serão debatidos quando for analisada a jurisprudência coletada a partir dos acórdãos do STJ.

Feitas essas considerações gerais, passa o estudo a analisar as caracterís ticas da descon sideração da pessoa jurídica no Direito do Consumidor. Para isso

41 Art. 2º – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º – Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 241.

42 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 52-57; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548.

43 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237-238; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 118-119; Coelho defende que a descon sideração não deve ser feita por mera decisão interlocutória num processo, o que não é aceito pela jurisprudência do STJ, como será visto (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 57-58).

discute-se em primeiro lugar em que contexto social, principiológico e legal no qual se insere essa ferramenta.

3 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Uma vez vistas as bases gerais do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, fica claro que esse instrumento derivou primeiro de uma preocupação prática com o abuso da pessoa jurídica em detrimento dos credores. Do ponto de vista do consumidor, essa premissa não será diferente, mas, diferentemente daquilo previsto na legislação civil comum, a finalidade da desconsideração não se resume aos ditames clássicos que proíbem a realização de atos ilícitos e fraudulentos. Vai além, pois incorpora toda a principiologia que cerca o direito consumerista no Brasil. Por essa razão, para se analisar a configuração do instituto no Brasil, faz-se necessário abordar premissas gerais que envolvem o Direito do Consumidor.

Ao lado das disciplinas jurídicas como o Direito Civil e o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor possui sua existência não somente vinculada a uma categoria de conflitos a partir de um conjunto principiológico específico. Para além dessa principiologia, num contexto capitalista o Direito do Consumidor é uma ferramenta a mais disponível para a disciplina da ordem econômica, das relações que são geradas no âmbito da economia. Por essa razão, a disciplina consumerista reflete as relações econômicas concretas e os problemas que advém dessas relações⁴⁴.

Enquanto forma de disciplina da ordem econômica, no Direito do Consumidor há o encontro de formas, muitas vezes antagônicas, de regulação jurídica. Há formas de regulação pública (intervenção estatal) combinada com economia de mercado. Embora no Brasil haja a tendência de se enxergar o direito consumerista eminentemente como disciplina que preza pela intervenção estatal, não significa que ela cubra todos os espaços, não dando espaço para a regulação pelos mercados em razão de temas não legislados (ex.: “ranqueamento” de consumidores para concessão de crédito). Nesse contexto, o Direito do Consumidor, embora principiológicamente voltado à defesa do hipossuficiente, como estratégia regulatória deve

⁴⁴ MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

mediar conflitos entre o governo, grupos sociais e as empresas, bem como as discrepâncias entre os valores individuais do consumo e os ligados às comunidades⁴⁵.

Uma vez que o Direito do Consumidor reflete as necessidades da organização econômica, a existência e o surgimento desse direito são associados à ascensão da sociedade de massa após a Segunda Guerra Mundial. A sociedade de massa implica numa prática e numa concepção onde as relações não mais se dão de forma interindividual e particular. O dinamismo dessa sociedade fez surgir a despersonalização das relações e a criação de formas negociais para atender a um sem número de interações, sem levar em conta os indivíduos reais que vão contratar, a não ser para se realizar as devidas adaptações. Surgem, assim, formulários, contratos padronizados. A adesão a formas preestabelecidas passa a ser a forma típica de contratação, contrapondo-se à fórmula tradicional do consenso no acordo de vontades previsto no direito civil clássico⁴⁶.

O surgimento da sociedade de massa traz uma nova realidade existencial e contratual a ser levada em conta pelo Direito. Como o processo produtivo e negocial sai do controle interindividual e passa a estar majoritariamente do lado dos produtores, o Direito do Consumidor é pensado a princípio como reflexo da luta de grupos sociais em defesa da outra ponta, o consumidor, fragilizado nessa relação. De maneira semelhante ao Direito do Trabalho no século XIX, o Direito do Consumidor inicia a sua caminhada como movimento de caráter político e social, cujo foco é a defesa do consumidor enquanto grupo desfavorecido perante os produtores, resultando naquilo que pode ser chamado de Consumerismo. O Consumerismo constata que há uma desigualdade real entre produtores e consumidores no âmbito da sociedade capitalista de massa e de que a regulação jurídica deve ser realizada de modo a trazer esta situação fática de desequilíbrio para uma situação de equilíbrio por meio de normas jurídicas (criação e efetivação pelo Estado)⁴⁷.

Quando se fala em consumidor, a referência buscada nesse vocábulo está numa primeira análise calcada em todos os tipos de consumidores. Empiricamente falando, não há homogeneidade entre os consumidores. Há pessoas mais instruídas, outras menos instruídas, Há homens, há mulheres. Há crianças, há adultos e há idosos. Há pessoas saudáveis, há pessoas doentes. Cada uma dessas classes de

45 MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

46 MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 207.

47 Ibid., p. 215-216.

consumidores possui suas particularidades e necessitam de normas jurídicas que a levem em consideração. Não obstante, o que une esta diversidade de pessoa numa forma de tratamento comum como “consumidor” é a abstração das questões empíricas diversas para se olhar o traço comum de vulnerabilidade que as envolve⁴⁸.

A vulnerabilidade tem a ver com a configuração da economia de mercado num contexto de sociedade de massa. O traço mais geral é a assimetria: nas relações de consumo, independentemente do conhecimento do produto e do serviço que ele possa ter, sempre ele está em posição de desvantagem. Há sempre uma inferioridade, tanto posicional quanto negocial que o coloca na posição de elo mais fraco da relação. Mesmo que um consumidor saiba mais de um produto que o próprio vendedor, isso não o fará ter a resolução de algum problema na relação negocial de forma mais rápida. Isso acontece porque a relação consumerista não envolve um nexos vendedor imediato – consumidor (relação interindividual) apenas, mas também uma rede de relações entre diversos agentes e uma rede de contratos que ultrapassa a situação imediata de consumo. Daí que o foco da regulação consumerista não está na relação imediata interindividual, mas nas relações de mercado que ela envolve e das quais a situação imediata depende para que os direitos sejam garantidos e efetivados⁴⁹.

No Brasil, ainda que o fenômeno de sociedade de massa tomasse lugar mesmo com uma sociedade de industrialização tardia, houve praticamente a não existência de uma legislação no campo consumerista, relegando o papel dessa proteção ao Código Civil e ao trabalho doutrinário e jurisprudencial em pensar essa lei à luz das questões postas por esse modelo de sociedade. No final da década de 80, coube à Constituição Federal de 1988 o papel de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o direito do consumidor em espectro amplo. O Direito do Consumidor no Brasil passa a possuir uma peculiaridade: não é hermeneuticamente fundado pela Constituição apenas; nasce, na verdade, do texto constitucional enquanto disciplina legislativa⁵⁰.

48 MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 215.

49 BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78-80; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 250.

50 SANTOS, Fernando Guerardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

O espectro amplo do Direito do Consumidor na Constituição é percebido pela extensão com a qual ela recobre o texto constitucional. Ele manifesta-se como um dos fundamentos da ordem econômica; também está presente como base de políticas públicas no mercado; e, por fim, é direito fundamental, na esfera individual e coletiva.

A ordem econômica na Constituição Federal de 1988 possui características que a afastam da ordem econômica constitucional anterior. A presente ordem econômica afasta-se dos pressupostos filosóficos do Estado Liberal, para o qual deve haver uma separação entre Estado e mercado. Segundo esse pensamento, o Estado não deve intervir na economia, deixando aos cidadãos decidir sobre suas relações. Ao Estado só resta uma posição garantista dos direitos dos cidadãos quando feridos⁵¹.

Sendo mais social a atual ordem econômica (não totalmente social, pois prevê a existência de princípios que ampara a vigência de uma economia de mercado), ela permite a intervenção do Estado na economia com base nos princípios por ela previstos. Nessa medida, a previsão jurídica permite reconhecer a realidade da sociedade de massa, que não pode ser tratada nos moldes clássicos de resolução de conflitos com base na autonomia da vontade⁵².

A intervenção não aniquila, mas molda a autonomia da vontade, estabelecendo normas para as quais não há a liberdade como havia no ambiente contratual tradicional. Sendo social, os institutos de direito não permitem mais entender os direitos subjetivos como exercício irrestrito da vontade. O exercício deve ter em mente ao ambiente e aos fins sociais que circundam um direito, normativamente orientados pela Constituição. Se há a propriedade, ela não pode ser pretexto para destruir o meio ambiente (fala-se em destruir, porque em alguma medida vai afetar). Se há livre iniciativa, ela não pode ser desculpa para não cumprir direitos trabalhistas. Da mesma maneira é com o Direito do Consumidor: a atividade econômica não pode ser desempenhada sem levar em conta esse fundamento da ordem econômica brasileira⁵³.

51 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207.

52 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 208; SANTOS, Fernando Guerardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

53 MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 53.

A proteção do consumidor, entretanto, não funciona apenas como molde e limite do exercício de direitos subjetivos. Ela é elemento formador e hermenêutico de compreensão da atual ordem econômica constitucional. Logo, em todas as dimensões que se possa imaginar a ordem econômica, da atividade em si até o meio ambiente, o consumo está presente⁵⁴.

Essa constatação leva à segunda dimensão do Direito do Consumidor na Constituição: a de promotor de políticas públicas. A força constitucional do direito do consumidor coloca como obrigação para o Estado a realização de políticas públicas nas três esferas de poderes (executivo, legislativo e judiciário) para dar efetividade ao seu conteúdo normativo. É princípio constitucional de natureza impositiva, sobre o qual o Estado pode variar a intensidade de aplicação, mas nunca abdicar do seu uso⁵⁵.

As políticas públicas que derivam da proteção consumerista serão de caráter intervencionista. A autorregulação na sociedade de massas mostrou-se historicamente falha para que haja um equilíbrio entre empresas e consumidores. Nesse cenário, a intervenção é uma forma de o Estado promover normas que estabeleçam um equilíbrio entre as partes, considerando que tutela é mais adequada de acordo com as condições reais verificadas⁵⁶.

Havendo a necessidade de intervenção, essa intervenção será pautada em normas que vão estabelecer uma direção para os comportamentos. No direito civil tradicional, essa unidirecionalidade apenas existia para proteger genericamente a ordem pública e os bons costumes, mas em sua maioria, especialmente no campo contratual, ela não existe, pois suas normas permitem a derrogação pelas partes, sendo a lei apenas fonte supletiva. No campo consumerista, as normas postas como fruto da intervenção do Estado são de ordem pública, não admitindo derrogação pelas partes⁵⁷. Obrigações e proibições são postas de forma unidirecional, não admitindo flexibilidade como regra geral. Ademais, as normas consumeristas ultra-

54 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 248.

55 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 248.

56 EFING, Antônio Carlos. *Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 1*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 28.

57 *Ibid.*, p. 30-31; 33.

passa a noção tradicional de ordem pública no direito brasileiro: elas estruturam, dão concretude e existência ao próprio funcionamento do mercado de consumo em todos os seus elos. O mercado de consumo não pode ser fundado sem elas⁵⁸.

Decorrência desse estatuto jurídico constitucional, as normas expedidas pelo legislador infraconstitucional devem facilitar e promover a defesa do consumidor. Se essas normas põem em dúvida e dificulta essa proteção, elas não desrespeitam apenas o ideal do Consumerismo, mas também desrespeitam a própria constituição brasileira que se colocou como fiadora dessa garantia⁵⁹.

A proteção constitucional do consumidor expande os direitos fundamentais trazidos pela constituição. Ao lado de direitos já consagrados como o da vida, da liberdade e da propriedade, a defesa do consumidor passa a ser mais um deles. Se nas duas primeiras situações a defesa do consumidor é um elemento estruturante da atividade econômica, normativa e estatal, como direito fundamental ela foca no aspecto subjetivo, tanto individual quanto coletivo⁶⁰. É o direito do indivíduo e da coletividade exigir para sai a proteção consumerista de forma direta, e não apenas direta pela intervenção do Estado na economia. Essa defesa, que dá ao sujeito individual e coletivo o direito de exigir proteção estatal, direta no caso concreto ou por ação legislativa, reafirma o objetivo de realização de justiça e igualdade substancial, não formal, imposta pelo texto da Constituição Federal de 1988⁶¹. E para dar efetividade a isso a Constituição Federal de 1988 previu a edição de normas consumeristas, o que foi realizado com a edição do Código de Defesa do Consumidor⁶².

58 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 250.

59 EFING, Antônio Carlos. *Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 1*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 30.

60 Ibid., p. 28-29.

61 NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87.

62 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 48 (ADCT). O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor; NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei que consuma o processo constitucional de mudança de status jurídico da proteção consumerista no Brasil. A vulnerabilidade, antes baseada numa defesa social e política levada a cabo pelo movimento consumerista, assume o posto de norma principiológica de todo o sistema de direitos do consumidor. Considerando a assimetria existente no mercado de consumo derivada da posição perante o empresário caracterizada pela hipossuficiência independentemente de condições objetivas ou subjetivas⁶³, a vulnerabilidade informa a elaboração, interpretação e aplicação das normas consumeristas. A vulnerabilidade dá compreensão às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor e faz entender a razão pela qual ele traz uma tutela diferente e inovadora no bojo das normas civis⁶⁴.

Tendo em conta a vulnerabilidade, o código consumerista prescreve uma série de direitos básicos. Considerando o tema da desconsideração da pessoa jurídica, devem ser destacados dois desses direitos: o acesso à justiça e a efetiva reparação.

O direito básico de acesso à justiça, também entendido como princípio, orienta que deva haver meios que promovam e facilitem o acesso do consumidor ao Poder Judiciário e outros meios de realização da justiça consumerista. Para isso deve haver meios processuais, órgãos e outros instrumentos que possam facilitar a defesa do consumidor e concretizar os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor⁶⁵.

A efetiva reparação diz respeito a que nenhum dano provocado ao consumidor no campo das relações consumeristas pode ficar sem ressarcimento. O ressarcimento inclui dois aspectos: o específico, na busca da satisfação da prestação prevista em contrato (tutela específica da obrigação), bem como pecuniária, indenizando o consumidor por todas as espécies de danos sofridos. E quando se trata de danos, a reparação deve ser integral, cobrindo toda sua extensão⁶⁶.

No tocante à pessoa jurídica no direito do consumidor, ela pode estar nas duas pontas da relação no direito brasileiro. Para o estudo empreendido, interessa

63 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 105; CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 156.

64 Idem. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24.

65 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 109-110.

66 Ibid., p. 113.

quando ela assume a posição de oferta de produtos e serviços e nesse quesito o Código de Defesa do Consumidor trata a pessoa jurídica numa categoria mais ampla: a de fornecedor.

A figura de fornecedor não se confunde com a de pessoa jurídica. Ela envolve tanto a pessoa física/natural, a pessoa jurídica quanto entes despersonalizados⁶⁷. Isso acontece porque esse conceito envolve todos aqueles que ofertam produtos e serviços no mercado de consumo, independentemente da personalidade jurídica que assume⁶⁸. A definição de fornecedor não se baseia num ramo específico de atividade, mas na realização de atos voltados à introdução de produtos e serviços no mercado⁶⁹, ainda que se refira a alguma delas de forma explícita (atividade bancária)⁷⁰. Embora não seja uma lista exaustiva, o Código de Defesa do Consumidor elenca alguns atos da cadeia de consumo: produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e prestação de serviços⁷¹. Com isso mostra-se que o fornecedor não é apenas aquele presente na imediata relação contratual com o consumidor, mas todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento de produtos e serviços⁷², podendo ser nacional ou estrangeiro⁷³.

A oferta de produtos e serviços não é elemento que por si só define alguém como fornecedor. Há situações em que alguém vende uma mercadoria para um público amplo (venda por classificado, por exemplo) de forma pontual, sem se dedicar às vendas como forma de vida, Atento a isso, a doutrina brasileira restringe

67 FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46; LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 43-44.

68 YONEKURA, Sandra Yuri. *O Código de Defesa do Consumidor e o erro médico*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 2*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 143.

69 FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 46.

70 NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

71 LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 43-44.

72 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 334-335; EFING, Antônio Carlos. *A proteção jurídica do consumidor de equipamentos e serviços de informática*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 2*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 46.

73 LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 43-44.

o conceito de fornecedor a algumas características do exercício da atividade. Essas características são o profissionalismo (a oferta de produtos e serviços deve ser o modo pelo qual a pessoa exerce sua atividade econômica e obtém seus meios de vida), a habitualidade (a atividade deve ser desempenhada de forma constante, não esporádica) e por meio de remuneração (a pessoa deve visar a ganhos, seja direto ou indireto)⁷⁴. Essas características independem de feição privatística ou empresarial da pessoa, abrangendo assim tanto as pessoas jurídicas de direito privado quanto as de direito público⁷⁵.

Os conceitos de vulnerabilidade (com os direitos básicos daí decorrentes) e o de fornecedor dão a tônica para a hermenêutica e aplicação da desconsideração da pessoa jurídica na legislação consumerista. A vulnerabilidade faz reconhecer com maior razão de que os atos ilícitos e o abuso de direito cometidos por meio da pessoa jurídica devam ser combatidos, e, como já dito acima, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro alberga a relativização da pessoa jurídica⁷⁶. Para que isso possa acontecer, o código não pode se contentar com os instrumentos tradicionais de cobrança dos créditos na legislação civil comum, já que esses instrumentos pressupõe paridade de forças que não existe na relação consumerista. Deve haver formas que ultrapassem o quadro tradicional para efetivar os direitos básicos, entre eles o da efetiva reparação. Dessa maneira a desconsideração é um meio material e processual de concretizar os direitos consumeristas⁷⁷.

Nesse sentido, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor é inovador, pois, tendo em mira a efetivação acima tratada, ele prevê hipóteses que não se limitam a teoria do abuso de direito e da fraude contra credores, trazendo certas controvérsias doutrinárias na interpretação e aplicação no direito brasileiro⁷⁸.

74 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 326-328; NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114; EFING, Antônio Carlos. *A proteção jurídica do consumidor de equipamentos e serviços de informática*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 2*. Curitiba: Juruá, 2003, 2003, p. 44-45; LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 43-44.

75 LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 44.

76 Relativização da existência da personalidade jurídica pelo CDC (EFING, 2004, p. 179).

77 LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002, p. 107.

78 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração em sua primeira parte na forma tradicional, a formulação subjetiva. Assim, será desconsiderada a pessoa jurídica quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito e violação de contratos e estatutos⁷⁹. Agora, diferentemente do que foi observado acima, a prova dessas circunstâncias está dentro do regime consumerista, o qual prevê formas de facilitação como a inversão do ônus da prova⁸⁰.

Numa feição mais objetivista, mas ainda presa a requisitos da ação individual, a segunda parte prevê hipóteses de desconsideração quando há falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade por má administração⁸¹. O perfil mais objetivista deve-se que a desconsideração é aplicada em virtude de situações da impossibilidade de continuidade da pessoa jurídica, tornando pouco crível que o patrimônio da pessoa jurídica em si baste para o ressarcimento dos consumidores. Contudo, não é apenas a situação de impossibilidade de continuidade existencial e, conseqüentemente, patrimonial, que dá vazão a essa hipótese: deve haver prova de que o administrador agiu com falta de diligência, de que a gestão do negócio levou a sua ruína. Não bastaria a mera insolvência aqui, pois ela deve estar acompanhada de prova de que a administração foi desastrosa, resultando na situação de inviabilidade.

A última hipótese de desconsideração da pessoa jurídica no Código, além de ser de caráter objetivo, traz uma espécie de aplicação genérica do instituto quan-

violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. §1º (Vetado). §2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. §3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. §4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

79 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 180.

80 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

81 Casos de aplicação da desconsideração no CDC: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação de estatutos ou contrato social; também há aplicação quando há falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade por má administração; desconsideração também quando a personalidade jurídica é um obstáculo para o ressarcimento efetivo do consumidor. EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 180.

do falha as outras hipóteses. Diz o Código que a desconsideração pode ser aplicada quando a pessoa jurídica é um obstáculo para o efetivo ressarcimento do consumidor⁸². Quando se fala em obstáculo, o texto da norma entrevê um rompimento com as condições tradicionais da desconsideração, não exigindo elemento subjetivo de fraude ou abuso, nem atos de pessoas que possuam poder de mando sobre a pessoa jurídica.

Essa hipótese tem gerado no Brasil controversas de interpretação doutrinária em razão do ramo de conhecimento. Enquanto os comercialistas alegam que o texto não possa ser visto de forma isolada, exigindo-se a comprovação de elementos de fraude e abuso⁸³, os autores do campo consumerista enxergam que qualquer obstáculo, inclusive a insuficiência patrimonial, autoriza a desconsideração, fazendo-se desnecessário perquirir elementos subjetivos. Para esses últimos, essa hipótese de desconsideração alberga a teoria menor da desconsideração, justificada como efetivação do direito básico do consumidor de acesso à justiça e efetiva reparação⁸⁴.

As hipóteses de desconsideração previstas no art. 28 do código não afastam as genericamente previstas no art. 50 do Código Civil. Em razão da teoria do diálogo das fontes⁸⁵, não se tem mais um visão estreita de que uma lei especial afasta uma lei geral. Essas legislações devem comunicar-se, especialmente quando traz benefícios e facilita a defesa do consumidor, como no caso do presente estudo. Desse modo, hipóteses de desconsideração podem ser aplicadas no âmbito consumerista quando há comprovação de confusão patrimonial e desvio de finalidade.

A relativização da personalidade jurídica no código não se preocupa somente com a realidade imediata da pessoa jurídica, mas como o fato de ela estar

82 Casos de aplicação da desconsideração no CDC: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação de estatutos ou contrato social; também há aplicação quando há falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade por má administração; desconsideração também quando a personalidade jurídica é um obstáculo para o ressarcimento efetivo do consumidor. EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 180.

83 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009.

84 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004; LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002.

85 Sobre a teoria VIDE MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. In: REVISTA DA ESMESE, Nº 07, 2004 - DOUTRINA – 15. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ClaudiaLM.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2013.

num complexo de relações dentro de uma cadeia de fornecimento. Não desconsidera que a pessoa jurídica pode ser apenas um braço da atuação de outras pessoas jurídicas, seja na forma cooperativa, seja em razão de participação acionária ou poder de controle. Assim, no caso de identificação de ser uma pessoa jurídica uma sociedade atuando em conjunto com outras sociedades, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro prevê formas de responsabilização.

Se uma sociedade for integrante de um grupo de sociedades ou for uma sociedade controlada, o código prevê a responsabilidade subsidiária da sociedade holding do grupo e da sociedade controladora⁸⁶. O grupo de sociedades é uma situação onde há a integração de sociedades por meio de grupos de fato (existência de poder de controle) e de direito (quando há convenção que define explicitamente a relação entre sociedade controladora e controlada, gerando o que se convencionou chamar de “holding”).

Sendo de direito, a formação de grupo de sociedades, feita por convenção, é uma técnica de gestão e concentração de empresas, pela qual se cria uma sociedade cuja finalidade social é controlar outras sociedades. O controle não importa em transformar as sociedades controladas em filiais da sociedade controladora, pois juridicamente cada uma delas mantém personalidade, patrimônio e existência própria, embora sob uma única direção⁸⁷.

Ao lado do grupo de direito, há o grupo de fato, que não resulta da formalização do controle por documento, mas da situação fática de poder de controle, na qual uma sociedade tem o efetivo poder de mando e direção de outra⁸⁸. Embora a Lei das Sociedades por Ações traga conceituação do poder de controle nessas situações, na área consumerista a visão do controle é mais ampla, pois pode ser realizada para além dos mecanismos formais da participação acionária e do exercício do direito de voto e direção.

Se duas ou mais sociedades não estão sob a mesma direção, mas conjuguem esforços para exercer atividade econômica na forma de consórcio, o código consumerista preconiza que a responsabilidade das consorciadas entre si é solidá-

86 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 180-181.

87 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 181; ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual de sociedades comerciais (direito de empresa)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 327; LOBO, Jorge. *Direito dos grupos de sociedades*. In: ARAÚJO, José Francelino de. *Direito empresarial*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 51.

88 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 200.

ria⁸⁹. O consórcio é instrumento previsto na legislação societária pelo qual duas ou mais sociedades firmam documento para realizar um empreendimento em comum, embora mantendo cada uma mantenha autonomia enquanto pessoa jurídica⁹⁰. Verifica-se na disposição o intuito protetivo do Código de Defesa do Consumidor, já que, regra geral, a Lei de Sociedades Anônimas afirma que a solidariedade não é presumida⁹¹.

Se duas sociedades apresentam situação de coligação, não havendo direção única ou esforços comuns, a responsabilidade de uma sociedade por atos de outra é só na hipótese de culpa⁹². A justificativa para esse tratamento inusitado (a regra geral no Direito do Consumidor brasileiro é a responsabilidade objetiva) é de que a coligação caracteriza-se por participação societária na razão de 10% ou mais, sem exercício do poder de controle⁹³. Se não há controle ou esforço comum, há no mundo dos fatos no distanciamento entre os atos de cada sociedade. Não obstante, como se chamou atenção acima, essa forma de responsabilidade só pode ser mantida se a coligação não for apenas uma estrutura formal.

Trazidos os conceitos gerais que envolvem a desconsideração da pessoa jurídica na legislação brasileira e os específicos trazidos pelo código consumerista, na próxima parte é levantada a forma pela qual o STJ tem tratado o assunto no Brasil.

4 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A investigação do direito na modernidade não pode ser feita tendo em perspectiva apenas os estudos dos doutrinadores e da lei. No Brasil, como em outros países, cada vez mais esse estudo deve levar em conta as decisões judiciais e as maneiras pelas quais elas interpretam e aplicam os institutos jurídicos. A escolha

89 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 180-181.

90 ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual de sociedades comerciais (direito de empresa)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

91 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume I: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 330.

92 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 180-181.

93 MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 202-203.

nesse estudo da jurisprudência do STJ está no papel último de interpretação da legislação federal, abrangendo o Código de Defesa do Consumidor.

A investigação feita é de base qualitativa de caráter documental e interpretativista. Isso significa que o objetivo não foi de quantificar para a realização de extrapolações estatísticas. Também não é objetivo de apontar consolidação e tendências: o objetivo é interpretar e sistematizar as posições do referido tribunal sobre o assunto, a partir de documentos produzidos por esse tribunal (não utilização de vias indiretas), seja sobre questões já previstas em lei e doutrina brasileira, seja sobre questões não discutidas nos campos atrás mencionados.

Para realizar essa investigação, adotaram-se alguns critérios: a) os documentos analisados referem-se a acórdãos, não aos votos dos ministros. A justificativa reside no objetivo de buscar as conclusões do tribunal sobre a matéria, não o raciocínio, nem o pensamento individual dos ministros; b) a pesquisa levou em consideração aspectos gerais da desconconsideração da pessoa jurídica e a aplicação específica no Direito do Consumidor. Por isso, na coleta dos documentos coletados no site do tribunal⁹⁴ usou-se dos termos de busca “desconconsideração da pessoa jurídica” e “consumidor e desconconsideração da pessoa jurídica”. A apresentação dos resultados levou em consideração as diferenças da desconconsideração na legislação em geral e no Código de Defesa do Consumidor; c) foi estabelecido um limite temporal para a coleta dos acórdãos, começando em 01/01/2005 e terminando em 01/08/2013; d) os resultados são apresentados em três grandes grupos: I – requisitos para a aplicação da desconconsideração da pessoa jurídica; II – alcance e efeitos da aplicação da desconconsideração; III – aspectos processuais da desconconsideração da pessoa jurídica.

No campo dos requisitos para a aplicação da desconconsideração da pessoa jurídica, o STJ tem afirmado que a aplicação da desconconsideração da pessoa jurídica não é expediente de aplicação automática e corriqueira nos processos, seja em qualquer fase, de conhecimento ou de execução. A aplicação da desconconsideração é de caráter excepcional, devendo ser provada as hipóteses da lei. Sem a demonstração dos motivos postos pela lei, não pode a parte simplesmente requerer ou mesmo o juiz decretar de ofício a desconconsideração da pessoa jurídica. Percebe-se a preocupação da manutenção do instituto da pessoa jurídica, sendo sua relativização exceção. Da

94 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

mesma forma, vê-se que há vários julgados nesse sentido mostrando a preocupação com o uso do instituto pelos tribunais brasileiros⁹⁵.

O STJ não enxerga na desconsideração medida judicial de anulação ou dissolução da pessoa jurídica, mas medida temporária dentro de um caso concreto de forma a integrar os verdadeiros responsáveis no polo passivo da demanda. Esse entendimento reforça o instituto da pessoa jurídica e, como na situação anterior, só vislumbra a relativização com relação a uma demanda, não como algo a acompanhar a existência dessa pessoa⁹⁶.

Tratando da regra geral de desconsideração contida no art. 50 do Código Civil, o STJ enxerga no dispositivo a consagração da teoria maior da desconsideração. Avalia que ela não exige sempre a prova de elementos subjetivos e dessa maneira entende que ela comporta tanto sua formulação subjetiva quanto sua formulação objetiva. Logo, o abuso e a fraude podem ser presumidos no desvio de finalidade e na confusão patrimonial⁹⁷. O STJ faz a ressalva de que somente no caso de leis especiais é que pode ser aplicada a teoria menor da desconsideração. Não havendo lei, há de ser aplicada a teoria maior⁹⁸. Um dos casos em que o STJ aceita a aplicação da teoria menor é justamente o das relações de consumo, mas percebe-se uma imprecisão, pois se fala em insolvência somada à má administração, obstáculo ao ressarcimento e mera insolvência econômica, hipóteses aventadas pelo tribunal que divergem da redação legal e parecem tratar insolvência como algo separado da hipótese de pessoa jurídica como obstáculo⁹⁹.

95 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1259066 / SP; REsp 1169175 / DF; REsp 693235 / MT; AgRg no AREsp 321325 / MG; AgRg no AREsp 10939 / RS; AgRg no AREsp 42985 / RS; REsp 1233379 / SP; REsp 1259066 / SP; AgRg na MC 19142 / PR; AgRg no REsp 1307639 / RJ; REsp 1199211 / SP; AgRg no Ag 668190 / SP; REsp 1169175 / DF; REsp 948117 / MS; REsp 846331 / RS; REsp 693235 / MT; REsp 968564 / RS; REsp 876974 / SP; REsp 767021 / RJ.

96 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1169175 / DF; REsp 1312591 / RS; REsp 1348449 / RS; AgRg no REsp 1307639 / RJ; REsp 1180714 / RJ; REsp 1180191 / RJ.

97 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1316256 / RJ; REsp 1315110 / SE; REsp 1141447 / SP; REsp 970635 / SP.

98 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1316256 / RJ; RMS 27126 / RJ; AgRg no AREsp 28612 / SP; AgRg no REsp 1173067 / RS; REsp 1267232 / PR; REsp 1200850 / SP; REsp 970635 / SP; REsp 744107 / SP.

99 Dada essa imprecisão, vale a pena reproduzir textualmente parte desses julgados: “1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art.

Como forma presumida de abuso da personalidade jurídica, o STJ tem entendido que o encerramento irregular da empresa é uma de suas formas¹⁰⁰, mas há julgados que ponderam que o não encerramento das atividades na Junta Comercial, mudança do endereço ou insolvência por si não são elementos que autorizam a desconsideração, salvo as ressalvas que foram feitas no caso de relações de consumo quando se trata de insolvência¹⁰¹.

O STJ enxerga tanto a possibilidade de desconsideração normal quanto a de desconsideração inversa, aperfeiçoando as hipóteses práticas de aplicação da ferramenta¹⁰². Estabelece o tribunal que a desconsideração não se confunde as regras de responsabilidade civil, possuindo requisitos próprios, não admitindo transferências de conceitos e hipóteses¹⁰³.

No que tange ao alcance e efeitos da desconsideração, os julgados do STJ possuem certas incongruências no que dizem respeito aos sócios e demais pessoas envolvidas na vida empresarial, não permitindo ver uma orientação mais uniforme. Há julgado que afirma que a desconsideração somente alcança os sócios que realizaram ou beneficiaram-se da conduta ilícita. Há outro que diz que o alcance limita-se aos sócios gerentes e administradores, mas há julgado que não admite essa

28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor).” (REsp 1111153 / RJ). “6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, mercê da parte final do caput do art. 28, e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.” (REsp 1096604 / DF). “É possível a desconsideração da personalidade jurídica com base no artigo 28, §5º, do CDC, na hipótese em que comprovada a insolvência da empresa, pois tal providência dispensa a presença dos requisitos contidos no caput do artigo 28, isto é, abuso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, sendo aplicável a teoria menor da desconsideração, subordinada apenas à prova de que a mera existência da pessoa jurídica pode causar, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.” (AgRg no Ag 1342443 / PR). VIDE também os casos: REsp 737000 / MG; REsp 1111153 / RJ.

100 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1259066 / SP; REsp 1312591 / RS; REsp 1348449 / RS.

101 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: AgRg no REsp 762555 / SC; AgRg no REsp 1173067 / RS; REsp 970635 / SP; REsp 876974 / SP.

102 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: AgRg no AREsp 216391 / SP; AgRg no REsp 1096319 / SP; REsp 948117 / MS.

103 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1036398 / RS.

restrição, podendo alcançar aqueles que não participaram da gerência¹⁰⁴. Embora se possa argumentar que analisando os casos concretos estas conclusões possam ser harmonizadas, de um ponto de vista geral elas são inconsistentes.

Quando se está em causa a desconsideração em caso de relacionamento entre sociedades diferentes participantes de um grupo, há mais uniformidade no entendimento, não tendo sido encontrada divergência. Para o STJ, se a estrutura de autonomia entre pessoas jurídicas de um mesmo grupo é uma formalidade, sem expressar autonomia real, a desconsideração pode alcançar toadas as sociedades do grupo em razão da confusão patrimonial existente¹⁰⁵.

Atingindo o sócio, o STJ possui julgado no qual assevera que o art. 50 do Código Civil não limita à responsabilidade patrimonial por desconsideração ao limite de cotas ou ações de um sócio¹⁰⁶. A execução pode ser efetivada desconsiderando o montante subscrito para a formação do capital social. Porém, segundo outro julgado do STJ a ilimitação de responsabilidade trazida pela desconsideração não afasta as hipóteses de impenhorabilidade. Bens de família, por exemplo, não podem ser penhorados¹⁰⁷.

No campo das questões processuais geradas pela aplicação da desconsideração, o STJ possui vários julgados considerando que não há prazo para a realização do pedido, não se sujeitando à preclusão, prescrição e decadência. Pode ser pedida, enquanto não extinto o processo, a qualquer momento da fase de conhecimento ou da execução¹⁰⁸.

Quanto à forma processual de decretação, o STJ entende dispensável a instauração de processo de conhecimento autônomo e citação das pessoas atingidas

104 Dada essa incongruência, vale a pena reproduzir textualmente parte desses julgados: “5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.” (REsp 1316256 / RJ). “A despersonalização de sociedade por ações e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada só atinge, respectivamente, os administradores e os socios gerentes; não quem tem apenas o status de acionista ou sócio.” ((REsp 786345 / SP). “1. Possibilidade de a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada atingir os bens de sócios que não exercem função de gerência ou administração.” (REsp 1315110 / SE).

105 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1326201 / RJ; RMS 29697 / RS; REsp 1253383 / MT; REsp 907915 / SP; REsp 1071643 / DF

106 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1169175.

107 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1326415.

108 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1312591 / RS; REsp 1348449 / RS; REsp 1199211 / SP; REsp 1180714 / RJ; REsp 1180191 / RJ.

para aplicar a desconsideração da pessoa jurídica. No seu entendimento, a desconsideração é incidente processual e não fere o contraditório, pois, sendo intimadas da decisão da desconsideração, as pessoas atingidas podem entrar com recurso¹⁰⁹.

Havendo a desconsideração, o STJ compreende que os sócios e outras pessoas que porventura forem atingidas pelos efeitos da decisão farão parte do processo. Não são considerados terceiros, nem interessados, podendo manejar os recursos típicos dessas pessoas (agravo, apelação) e não daqueles estranhos ao processo (embargos de terceiro)¹¹⁰.

O STJ afirma que a desconsideração da pessoa jurídica em todas as suas hipóteses, inclusive a consumerista, não é simples matéria de direito. Ela demanda prova dos fatos que as hipóteses circunscrevem, provas essas que devem ser manejadas pelas partes. Exige igualmente fundamentação judicial embasadas nas provas levantadas. Diante disso, não há a possibilidade para o STJ de aplicação automática da desconsideração e de ofício pelo juiz, o que tem servido muito como fundamento para o STJ negar a apreciação de recursos especiais¹¹¹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da desconsideração da personalidade jurídica e da sua visão pela ótica do STJ no campo consumerista revela que essa ferramenta jurídica é de ampla invocação e aplicação no referido tribunal. Se até o final da década de 80 a matéria ainda estava em gestação no Brasil, pode-se por meio dessa análise hoje constatar a efetiva aplicação do instituto, gerando situações diversas.

Para se fechar a pesquisa, faz-se um balanço entre as posições do STJ colhidas sobre o tema e aquilo que foi apresentado no tocante à legislação e à doutrina.

Quando se abarca os aspectos gerais do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, foi verificado que os acórdãos pesquisados no STJ estão em linha com o que é apregoado na doutrina nacional. A desconsideração como

109 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 1096604 / DF; REsp 693235 / MT; REsp 1316256 / RJ; AgRg no AREsp 9925 / MG; REsp 907915 / SP; REsp 693235 / MT; REsp 1071643 / DF; REsp 881330 / SP; REsp 920602 / DF; REsp 331478 / RJ; AgRg no REsp 798095 / SP.

110 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: REsp 258812 / MG; REsp 686112 / RJ; REsp 921596 / PR; REsp 258812 / MG; AgRg no AgRg no Ag 656172 / SP.

111 VIDE os acórdãos dos seguintes casos: AgRg no Ag 1342443 / PR; AgRg no REsp 726816 / SP; RMS 25251 / SP; AgRg no REsp 699137 / SP.

instituto de aplicação excepcional e superação temporária da personalidade jurídica é uma compreensão que é encontrada de forma semelhante dos dois lados. Isso mostra que o tribunal em análise entende que a pessoa jurídica é um instituto que merece proteção em seus aspectos de existência autônoma, separada das pessoas que a compõem, sendo a desconsideração medida corretiva. Não se encontrou no âmbito do STJ entendimento que apontasse para a transformação da desconsideração em forma de responsabilidade patrimonial subsidiária.

Ademais, foi percebido que o STJ possui, em consonância com a doutrina consultada, entendimento de que o art. 50 do Código Civil rege a hipótese geral de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, comportando a dimensão subjetiva tradicional e a objetiva construída com base na experiência vivida e na dicção do mencionado dispositivo. Para que outras hipóteses sejam discutidas, cabe entender que as situações encontram guarida no art. 50 do Código Civil brasileiro (como foi o caso encontrado em acórdão do STJ relativo ao encerramento irregular de empresa) ou por meio de regra diferenciada da legislação (como nos julgados relativos às hipóteses de aplicação no Direito do Consumidor), regra essa que amplia, não restringe o uso da desconsideração.

Ainda no campo das concordâncias, o STJ entende que a desconsideração é matéria que demanda prova realizada pelas partes e fundamentada em sentença pelo juiz, do mesmo modo que defendida pela doutrina consultada.

Quando se trata de atribuição de responsabilidade na hipótese de desconsideração, começam a surgir divergências. A doutrina levantada argumenta que a desconsideração deva ser aplicada apenas às pessoas que deram causa ao abuso, a fraude e às outras situações previstas em lei. Numa primeira linha de julgados encontra-se esse entendimento, mas há outros que foram listados que admite à extensão para outras pessoas em situações excepcionais. O levantamento dos julgados deixa ainda mais dúvida no tocante ao consumidor: em nenhum dos acórdãos levantados há uma indicação se a desconsideração tem efeitos globais (envolver todos os sócios, independentemente de ter ou não praticado os atos previstos em lei, ter ou não poder de administração) ou efeito específico (só sobre os responsáveis) considerando o §5 do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Abordando o §5 do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, a discordância maior diz respeito à interpretação do referido dispositivo. Enquanto na doutrina comercialista há uma posição de que onde há o termo “obstáculo” não se pode ler como “insolvência patrimonial”, bem como deve ser feita uma interpretação de que o obstáculo deve ser derivado do uso abusivo e fraudulento da pessoa

jurídica, na doutrina consumerista consultada não se encontra essas restrições, entendendo que obstáculo é algo que impeça o ressarcimento efetivo do consumidor. Para a doutrina consumerista, esse obstáculo pode ser de qualquer natureza, inclusive a insuficiência patrimonial, não demandando prova a mais de fraude e abuso. Seria uma forma excepcional de atribuição de responsabilidade patrimonial, independentemente de ato ruinoso, ilícito ou fraudulento.

Observou-se que os julgados do STJ levantados albergam a tese da doutrina consumerista, aceitando suas premissas. O problema encontrado é que em nenhum deles há uma definição do que seja “obstáculo” e, no momento que se refere a “insolvência combinada com má administração” não indica precisamente o que significar com insolvência (falência, insolvência civil são situações que estão no conceito de insolvência, mas insolvência não se restringe a elas). Dado que para o STJ as hipóteses de desconsideração devam ser provadas, deveria ter o acórdão ter trazido essa definição, pois é ele, e não os votos dos ministros que possui efetivo valor jurídico. Com essa questão, a pesquisa aponta novas perspectivas para análise. Mostra-se que a compreensão de diversos temas enfrentados pelo STJ na aplicação da desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Consumidor demanda mais estudos, levantando-se a maneira pela qual os ministros chegaram às suas conclusões, mas apontando desde já deficiências na definição de situações que deveriam estar postas nos acórdãos enquanto fonte oficial de suas decisões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual de sociedades comerciais (direito de empresa)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *O empresário de responsabilidade limitada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. São Paulo, Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 8: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Lições de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

EFING, Antônio Carlos. *A proteção jurídica do consumidor de equipamentos e serviços de informática*. In: EFING, Antônio Carlos (org.). *Direito do consumo – 2*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direito Constitucional do Consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 1*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Fundamentos do direito nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2013.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEITE, Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: LTr, 2002.

LOBO, Jorge. *Direito dos grupos de sociedades*. In: ARAÚJO, José Francelino de. *Direito empresarial*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial – v. 1*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. In: Revista da Esmese, n. 07, 2004 - Doutrina – 15. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ClaudiaLM.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2013.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial: v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Fernando Guerardini. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

YONEKURA, Sandra Yuri. *O Código de Defesa do Consumidor e o erro médico*. In: EFING, Antônio Carlos (Org.). *Direito do consumo – 2*. Curitiba: Juruá, 2003.

O Direito do Consumidor alemão na fase da harmonização total da União Europeia – A transposição da Diretiva 2011/83/UE

Sven Korzilius

1 Introdução; 2 As alterações concretas no Direito do Consumidor Alemão; 2.1 Definições e outras pequenas alterações; 2.2 Alterações no âmbito de contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e contratos celebrados à distância; 2.3 Alterações no âmbito dos requisitos de informação, do direito de arrependimento, e na área da compra e venda que envolve um consumidor; 2.4 A omissão de não transpor corretamente a exigência de sanções; 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Antes da apresentação da Lei que transpõe a Diretiva 2011/83/UE¹ será feita uma breve introdução ao desenvolvimento do Direito do Consumidor até o ano 2011². O Direito do Consumidor ou da Proteção do Consumidor³ alemão não se acha num Código. Em parte, isto tem a ver com o desenvolvimento desta

1 Uma breve apresentação do seu conteúdo oferecem Schwab, Andreas/Giesemann, Amelie. *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, in: EuZW 2012, p. 253 e segs. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=O-J:L:2011:304:0064:0088:DE:PDF>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

2 Consulte também Grunewald, Barbara/Pfeifer, Karl-Nikolaus. *Verbraucherschutz im Zivilrecht*, Berlin/Heidelberg, 2010.

3 Uma das principais defensoras do elemento “proteção” no conceito é Tamm, Marina. *Verbraucherschutzrecht*, Tübingen 2011, p. 62-66. Segundo a autora, o fato de se não falar mais em “proteção” significa uma opção política desfavorável aos consumidores.

área do Direito. Depois de uma primeira fase de legislação nacional⁴, grande parte da legislação alemã sobre a matéria hoje em dia se deriva de Diretivas europeias, o que significa uma legislação aos pedaços. Durante vários anos esta transposição se realizou através de “leis extravagantes”⁵. Por motivo da reforma do Direito das Obrigações no ano 2002, grande parte do Direito do Consumidor foi inserida no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), principalmente nos §§ 305 e segs. (cláusulas abusivas, ex-AGBG); §§ 312 e segs. (contratos estabelecidos fora do estabelecimento, “*Haustürgeschäfte*” (ex-*Haustürwiderrufsgesetz*) e contratos à distância, “*Fernabsatzverträge*” (ex-*Fernabsatzgesetz*), §§ 355 e segs. (o direito à retractação, respectivamente da devolução do bem, “*Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen*”), nos §§ 491-504 (crédito ao consumo, ex-*Verbraucherkreditgesetz*, que, de sua vez, tinha substituído o *Abzahlungsgesetz*), e nos §§ 481-487 BGB (ex-*Teilzeitwohnrechtgesetz*). A transposição da Diretiva 99/44 CE (venda de bens de consumo e garantias a ela relativas) foi um dos elementos importantes da reforma do Direito das Obrigações no ano 2002. Consequentemente, ela foi transposta diretamente dentro do BGB (§§ 474-479), tal como a Diretiva

⁴ A primeira lei que se menciona geralmente no nosso contexto é a lei sobre pagamentos em prestações (*Abzahlungsgesetz*) de 1894. Ela não é uma lei de proteção de consumidores *strictu sensu*, porque não protegeu somente pessoas fazendo o papel de consumidores, mas também pequenos produtores que compraram máquinas, financiando-as através de créditos (o motivo principal pela lei tinha sido uma ampla série de petições de costureiras endividadas depois de terem compradas máquinas de costurar ao Reichstag, o parlamento do Segundo Império). Nos anos setenta do século vinte são promulgadas a lei sobre condições gerais em contratos (*Gesetz über allgemeine Geschäftsbedingungen*, AGBG) e a Lei sobre o ensino à distância (*Fernunterrichtsgesetz*), ambas do ano 1976. No ano 1979 o legislador cuidou dos direitos de passageiros que compraram pacotes de viagens, desta vez inserindo a matéria diretamente no BGB (§§ 651 a e seguintes).

⁵ Para acompanhar a europeização do direito dos consumidores e seus efeitos na Alemanha consulte <www.portal21.de>. Da fase da transposição de diretivas europeias quero mencionar a transposição da diretiva 85/374 CEE (sobre a responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos) no *Produkthaftungsgesetz*, a da diretiva 85/577 CEE (considerando contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais) no *Haustürwiderrufsgesetz*, a da diretiva 87/102 CEE, sobre o crédito ao consumo, no *Verbraucherkreditgesetz* (1990). A transposição da diretiva 90/314 CEE (viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados) se realizou modificando diretamente o BGB, a transposição da diretiva 93/13 CEE (cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores) significou algumas alterações no AGBG, a diretiva 94/47 CEE (aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis) foi transposta na forma do “*Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden*” (*TzWrG*), a diretiva 97/7 CEE (contratos a distância) foi transposta no “*Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts* (2000), a Diretiva 98/6 CE (sobre a declaração de preços) na *Preisangabenverordnung*, a Diretiva 98/27 CE (ações inibitórias) se acha no *Unterlassungsklagengesetz*.

2000/35/CE, que dispõe sobre a mora (§288 BGB)⁶. A solução alemã, seja através de pequenas leis extravagantes, ou mediante a inserção no Código Civil, não é a única maneira possível de resolver o problema da incorporação sucessiva⁷. Outras nações optaram por um Código do Consumidor⁸. E até na Alemanha, uma parte dos “civilistas” (bem que minoritária) prefere o Código separado⁹. Esta discussão sobre a forma é um reflexo do debate “ideológico” sobre a pergunta, se o Direito do Consumidor (já) forma um ramo do Direito (Civil)¹⁰.

Por causa da legislação europeia depois de 2002 se fizeram necessárias algumas modificações. Por exemplo, nas áreas dos serviços de pagamento¹¹, do crédito ao consumo¹², dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca¹³. A Diretiva mais re-

6 Zimmermann, Reinhard. *The New German Law of Obligations*, Oxford, 2005.

7 Para o desenvolvimento em vários países consulte o banco de dados. Disponível em: <<http://www.eu-consumer-law.org>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

8 Por exemplo a França com o *Code de la consommation* (Howells, Geraint/Ramsay, Iain/Wilhelmsen, Thomas: Consumer law in its international dimension, in: idem, e Kraft, David (orgs.): Handbook of Research on International Consumer Law, Cheltenham (UK)/Northampton (Mass.) 2010, p. 1-18 (3); a Itália com seu *Codice di Consumo* e outros exemplos neste livro.

9 Durante o 69º Deutscher Juristentag em Munique, 2012, foi decidida sobre a proposta: “*Die bestehenden Vorschriften des Verbraucherrechts sind in ein in sich geschlossenes, neu zu schaffendes Verbraucherrechtsgesetzbuch zu integrieren*”. Porém a proposta não achou uma maioria.

10 Veja os posicionamentos de Damm, Reinhard. *Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem*, JZ 1978, 173 e segs.; Joerges, Christian. *Verbraucherschutz als Rechtsproblem – Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts*, Heidelberg 1981; Dauner-Lieb, Barbara. *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?*, Berlin 1983; Hönn, Günther. *Wirksamkeitskontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen*, JZ 1983, p. 677 e segs.; Tonner, Klaus. *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung des europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, p. 533 e segs.; Heiss, Helmut. *Erwiderung – Europarecht, Verbraucherrecht und allgemeines Privatrecht – Eine schwierige Dreiecksbeziehung*, JZ 1997, p. 83 e segs.; Drexl, Josef. *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen 1998; Schmidt, Karsten. *Unternehmer – Kaufmann – Verbraucher*, BB 2005, p. 837 e segs.

11 A Diretiva 2007/46 CE modificou as Diretivas 97/7/CE, 2002/65/CE e 2006/48/CE, e revogou a Diretiva 97/5/CE. Ela foi transposta na Alemanha na forma dos §§ 675 c-676 c BGB, e no artigo 248 EGBGB.

12 A Diretiva 2008/48 CE revogou a Diretiva 87/102/CEE. A partir de 11 de junho de 2010 as regras sobre o crédito ao consumo se encontram nos §§ 491-509 BGB.

13 A Diretiva 2008/122 CE revogou a Diretiva 94/47 CEE. As modificações no BGB entraram

cente sobre a matéria, que foi transposta em Lei alemã, é a Diretiva 2011/83/UE¹⁴, que altera as Diretivas 93/13/CEE, 99/44/CE, 85/577/CEE e 97/7/CE. O prazo da transposição expira somente no dia 13 de dezembro de 2013, e as respectivas leis nacionais de transposição têm que entrar em vigor em 13 de junho de 2014¹⁵. Entretanto, no dia 14 de junho de 2013, a Lei de transposição nacional passou no parlamento alemão (*Bundestag*), e no dia 5 de julho no Conselho Federal (*Bundesrat*, a Câmara dos Representantes dos Estados Membros). O legislador alemão interpreta esta matéria como sendo puramente da área do Direito Civil. Porém, esta abordagem não é nada evidente. Na verdade, a proteção do consumidor também pode ser promovida pelo Direito Administrativo, e em casos graves, até pelo Direito Penal¹⁶.

em vigor exatamente no último dia do prazo para a transposição – 23 de fevereiro de 2011. As obrigações de informação agora são mais rígidas, as regras abrangem mais tipos de contratos, como duração mínima chega um ano, o direito de retratação (o “Widerrufsrecht” alemão) é ampliado. A primeira entrada somente vence quando o prazo da revogabilidade expira. Para detalhes veja a informação do Ministério de Justiça da Alemanha: <http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/20101030_Verbesserter_Schutz_beim_Timesharing_Urlaub.html>. Acesso em: 14 ago. 2013.

14 Versão portuguesa. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:PT:PDF>>. Acesso em: 9 ago. 2013. Uma abordagem do processo legislativo europeu não pode ser feita neste lugar. Um projeto desta Diretiva (considerado necessário já no Livro Verde de 8 de fevereiro de 2007) foi publicado pela Comissão no dia 8 de outubro de 2008 (alguns detalhes se acham *apud* Gomes, José Fiorini. Dificéis tentativas de uniformização jurídica em direitos humanos do consumidor na União Europeia e no Mercosul: empecilhos à integração regional, In: *Revista Direitos Humanos e Democracia* (Unijuí), 2013, p. 281-302). Uma abordagem crítica do projeto de 2008 se acha por exemplo em Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane (Org.). *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* Wien 2009; Effer-Uhe, Daniel Oliver/Watson, Jonathon Mark. *Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, In: GPR 2009, p. 7 e segs.; Jud/Wendehorst. *Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper*, In: GPR 2009, 68 e segs.; Tacou, Theofanis. *Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung?* – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, in: ZRP 2009, 140 e segs. Do projeto original, de 2008, só uma parte foi realizada na versão atual de 2011. Por exemplo, a parte sobre cláusulas abusivas, e grande parte da compra e venda que envolve consumidores não se tornam lei (Schmidt-Kessel, Martin. *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicher Richtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung*, p. 3 e seg. Disponível em: <http://www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VRRL.pdf>. Segundo a visão, que os órgãos europeus tem de si mesmos, a nova Diretiva faz parte de uma estratégia de “better regulation” ou “smart regulation”. O resultado, porém, fica longe de tais ambições. O Schmidt-Kessel considera a qualidade da Diretiva, até na sua versão final de 2011, como „inaceitável” (“Rechtsakt von ... inakzeptabler Qualität”, p. 35).

15 Disponível em: <<http://www.portal21.de/PORTAL21/Navigation/Service/meldungen,-did=661624.html>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

16 Veja a discussão interessante que traz Schmidt-Kessel, *op. cit.*, p. 12 -14; idem: *Vom Beruf unserer*

A Câmara da Indústria e do Comércio (IHK) classificou a Diretiva e o projeto de lei nacional como normas mais favoráveis às empresas do que o Direito anterior¹⁷, e durante o debate no parlamento, a oposição fez críticas no sentido de que o projeto de lei do governo somente adotou as exigências mínimas da Diretiva¹⁸, e não aproveitou para melhorar os direitos dos consumidores¹⁹. Porém, as margens de apreciação do legislador nacional de um Estado-membro da União Europeia são cada vez mais estreitas. Isso porque a União Europeia ultimamente adotou uma política de “harmonização total”²⁰, em vez do “padrão mínimo de harmonização” da fase anterior, que deixou aos Estados a possibilidade de criar um nível de

Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des Verbraucherrechts, In: VuR 2012, 350-355; Brönneke, Tobias. *Verbraucherschutz durch Zivilrecht?* VuR 2012, p. 334-338.

17 Disponível em: <<http://cms.ihk-trier.de/ihk-trier/Integrale?SID=1371F588D9005092534ACE-D1962C5060&MODULE=Frontend&ACTION=ViewPageView&PageView.UniqueName=aktuelles-detail&Document.PK=13112>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

18 Uma crítica detalhada do projeto de lei se acha nos protocolos da Comissão de Assuntos Jurídicos (Rechtsausschuss) do Bundestag. O grupo dos deputados do partido verde criticou, que no projeto de lei foi excluído o direito de retratação de contratos de viagens celebrados fora de estabelecimentos comerciais (§ 312 II n° 4 do projeto), no caso de contratos de construção civil (na mesma hipótese de serem celebrados fora de estabelecimentos comerciais (§312 II n° 3 do projeto), a falta do mesmo direito de retratação no caso de fornecimento de alimentos, bebidas ou bens do “dia a dia”, quando se trata de prestações sucessivas, e contratos celebrados ou a distância ou fora de estabelecimento comercial (§ 312 II n° 8 do projeto), a exclusão do dever de informação no caso de contratos de transporte de pessoas (Personenbeförderungsvertrag, n° 5) ou no caso de compra e venda automatizada (Warenautomat). Na mesma petição foi requerido de não limitar estes direitos aos casos de prestações pagas (*entgeltliche Verträge*; com a argumentação, que um consumidor, que baixa uma “app” gratuitamente na internet, muitas vezes fornece dados interessantes sobre si mesmo como “contraprestação”). Os deputados também reivindicaram sanções no caso de omissões nos deveres de informação; uma regra, que o contrato feito telefonicamente, quando uma empresa ligou o cliente sem ser autorizada para isso, dependesse de uma confirmação escrita. Muitas destas reivindicações foram aprovadas pela Comissão de Assuntos Jurídicos, e, mais tarde, pelo pleno do parlamento também.

19 Veja o discurso da deputada Ingrid Hönlinger (partido verde): <http://www.gruene-bundestag.de/parlament/bundestagsreden/2013/juni/verbraucherrechterrichtlinie_ID_4389092.html>. Acesso em: 9 ago. 2013; ou a fala da Deputada Karin Binder (Die Linke), Protocolo de Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 247. Sitzung, 14 de junho de 2013.

20 Como pode-se ler, explicitamente, no artigo 4° da diretiva 2011/83/UE: “Os Estados-Membros não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente diretiva.” Sobre o conceito da harmonização plena veja Gsell, Beate/Herresthal, Carsten (Org.): *Vollharmonisierung im Privatrecht*, Tübingen 2009; Stürner, Michael (Org.). *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht*, München 2010.

proteção mais alto a favor dos consumidores²¹. Um efeito negativo concreto deste desenvolvimento mais recente resulta do fato de que a Alemanha tinha se afastado bastante das Diretivas europeias na fase do “padrão mínimo de harmonização”. A necessidade de se aproximar mais das Diretivas causou uma reforma permanente, sobretudo em volta dos §§312 e segs., §§355 e segs. e §§434 e segs. do BGB, em muitos casos sob pressão direta do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE; depois do Tratado de Lisboa (2009), da União Europeia, TJUE)²². Este reformismo acelerado significa uma grave perda de segurança jurídica.

21 Uma abordagem crítica desta política da harmonização total oferecem, na doutrina alemã, por exemplo Tamm, Marina. *Binnenmarkt contra Rechtsvielfalt? Ein Plädoyer für das Minimalstandardprinzip – wider die Brüsseler Pläne zur Vollharmonisierung*, KJ 2007, 391 f.; idem. *Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse*, EuZW 2007, p. 756 e segs.; Micklitz, Hans. W./Reich, Norbert. *Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über “Rechte der Verbraucher”, oder: “der Beginn des Endes einer Ära...”, In: EuZW 2009, 279 f.; Tonner, Klaus/Tamm, Marina. Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*, In: JZ 2009, p. 207 segs.; Schinkels, Boris. *Der Kommissionsentwurf einer Verbraucherrechte-Richtlinie und §355 BGB*, JZ 2009, p. 774 e segs.; Howells, Geraint/Schulze, Reiner, In: idem (Org.). *Modernising and Harmonising EU Contract Law*, Munique 2009, p. 3, 8; Micklitz, Hans-Werner. *The Targeted Full Harmonization Approach: Looking Behind the Curtain*, In: Howells/Schulze, *op. cit.*, p. 47, 51 e segs.; Mello, Flávio Citro Vieira de. *Direito internacional do consumidor – proposta de diretiva do parlamento europeu e do Conselho aos Direitos dos Consumidores COM (2008) 614 final 2008/0196*, de 8 de outubro de 2008, In: *Revista Portuguesa de Direito do Consumidor*, n. 64, (dez. 2010) p. 54-84. Toda a doutrina crítica aqui citada receia que a harmonização plena significa uma perda de qualidade da proteção do consumidor nas ordens jurídicas que hoje garantem um alto nível de proteção. Temos que partilhar estes receios. Na orientação ao mercado, um alto nível de proteção de consumidores atrapalha, então não é desejado politicamente. Exemplos de um abaixamento do nível de proteção se acham em Tamm, Marina. *Verbraucherschutzrecht*, Tübingen 2011, p. 243 e segs. Schmidt-Kessel, *Loc. Cit.*, discuta os problemas do conceito da harmonização total no exemplo do direito da retratação: o fato, que a diretiva concede este direito a certos casos, significa, que ela proíbe aos legisladores nacionais a concedê-lo em outros casos? A lista cumprida de exceções no artigo 16 da diretiva pelo menos serve como indício, que o legislador europeu não quis deixar muita liberdade aos legisladores nacionais, pelo menos nas áreas adjacentes duas situações reguladas pela diretiva, Schmidt-Kessel porém, argumenta a favor de uma certa liberdade dos legisladores nacionais.

22 Schmidt-Kessel cita a decisão “Heininger” do TJCE do 13 de dezembro de 2001 (C-481/99), que fez necessária uma correção do nosso § 355 III BGB; e as decisões do 25 de outubro 2005 (C-350/03, “Schulte”), do mesmo dia (C-229/04 “Crailshaimer Volksbank eG”); do 10 de abril de 2008 (C-412/06 “Hamilton”), do 7 de junho de 2008 (C-404/06 “Quelle”), do 3 de setembro de 2009 (C-489/07 “Pia Messner”), do 15 de abril de 2010 (C-511/08 “Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH” – a interpretação do § 357 I BGB pelos tribunais alemães não estava em conformidade com a Diretiva); do 16 de junho de 2011 (C-65/09 e C-87/09 “Weber”/“Putz” – necessária correção dos §§ 275 II, 439 III BGB).

Outro problema resulta da ambição do legislador alemão de entrelaçar o Direito do Consumidor intensivamente com as outras áreas do Direito Civil, o que cada vez mais dificulta a adaptação às exigências de novas Diretivas²³. Nesta última Lei de transposição, porém, tem certos indícios de que o legislador alemão começa a desistir desta ambição, deixando a matéria no processo legislativo europeu um pouco mais separada de outras instituições do BGB²⁴.

2 AS ALTERAÇÕES CONCRETAS NO DIREITO DO CONSUMIDOR ALEMÃO

Nesse contexto de várias mudanças ocorridas no Direito do Consumidor alemão é preciso analisar quais são as modificações trazidas pela nova Lei²⁵ que entrará em vigor exatamente na data prevista pela Diretiva²⁶.

2.1 DEFINIÇÕES E OUTRAS PEQUENAS ALTERAÇÕES

Uma pequena adição se faz necessária na definição do consumidor. A consideração preliminar no 17 da Diretiva, tratando dos “mixed-purpose contracts”, constata que “no caso dos contratos com dupla finalidade, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade, e se o objetivo da atividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato, essa pessoa deverá ser igualmente

23 Schmidt-Kessel menciona como exemplo o fato, que o legislador equiparou as consequências do exercício de um direito a retratação pelo consumidor (“Ausübung des Widerrufsrechts”) às consequências do exercício de um direito a rescisão unilateral do contrato (“gesetzliches Rücktrittsrecht”).

24 No próprio exemplo dado por Schmidt-Kessel, o legislador hoje considera o direito a retratação como instituto mais distinto, também nas suas consequências (Schmidt-Kessel fala da “Separierung des Widerrufsrechts von den Rücktrittsfolgen”). A motivação, que o governo alemão juntou ao projeto de lei (BT-Drucksache 17/12637, = “motivação”), p. 33, deixa isto bem claro. Primeiros passos de diferenciar os dois institutos já aconteceram em consequência da decisão “Messner” do TJUE. Depois da reforma que esta decisão provocou, o § 357 III 1 BGB (que regula as consequências da retratação pelo consumidor) derroga o § 346 II 1 Nr. 3 BGB (que regula a rescisão unilateral do contrato em outros casos (“gesetzliches Rücktrittsrecht”).

25 O texto do projeto de lei como foi votado pelo parlamento consulte aqui: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/139/1713951.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2013.

26 A questão da transição é tratada no art. 229º do *Einführungsgesetz* (EGBGB).

considerada consumidor”. O legislador alemão traduz isto no §13 BGB, introduzindo na sua versão reformada o advérbio “predominantemente” (“überwiegend”)²⁷.

Uma alteração na definição da forma “*Textform*” de documentos (§126 b BGB) adapta a consideração preliminar nº 23 da Diretiva²⁸. Um pouco supérfluo nos parece trocar o conceito “Sache” (coisa) pelo conceito “Ware” (“bem”, na terminologia do art. 27 da Diretiva na sua versão portuguesa, definido no seu art. 2º, n. 3º), no §241 (fornecimento não solicitado) – um exemplo sintomático de que significa “harmonização total”. A própria motivação pelo governo admite que isto não significa mudança nenhuma para o entendimento e a interpretação da norma²⁹. Mais interessante é a eliminação do atual inciso 3º do mesmo §241 a. Um profissional se acha na situação de não conseguir fornecer o produto escolhido pelo comprador. Porém, ele entrega um produto equivalente. Neste caso, a entrega do bem equivalente atualmente não é considerada um fornecimento não solicitado, quando a empresa informa, que o cliente não é obrigado a aceitá-lo.

A nova Diretiva, porém, tem que ser interpretada num sentido mais rígido. O envio do aliud agora significa fornecimento não solicitado. Em vez disso, o novo inciso 3º deixa claro que as consequências no caso do fornecimento não solicitado fazem parte do ius cogens, de modo que qualquer alteração contratual menos favorável ao consumidor, ou até tentativas de evasão (“Umgehung”) são nulas (ou pelo menos ineficazes).

O art. 18º II da Diretiva foi transposto mediante pequenas alterações no §323 BGB. Trata-se aqui de uma transposição tipo “überschießende Umsetzung”, porque este artigo da Diretiva se refere somente à compra e venda, uma solução

27 Mais detalhadamente sobre as consequência para o §13 BGB Purnhagen, Kai: Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht, In: ZRP 2012, p. 36 e segs.

28 “Os suportes duradouros deverão permitir ao consumidor guardar as informações durante o tempo necessário para proteger os seus interesses decorrentes da sua relação com o profissional. Entre estes suportes incluem-se, em especial, papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória ou discos duros de computadores, bem como mensagens de correio electrónico.” A decisão do TJCE de 5 de julho de 2012 (C-49/11), baseando-se na Diretiva 97/7/CE deixou claro, que, “uma prática comercial que consiste em só tornar acessíveis as informações previstas nesta disposição através de uma hiperligação num sítio Internet da empresa em causa não responde às exigências da referida disposição, uma vez que estas informações não são «fornecidas» por esta empresa nem «recebidas» pelo consumidor, na aceção desta mesma disposição, e que um sítio Internet como o que está em causa no processo principal não pode ser considerado um «suporte durável» na aceção do referido artigo 5.º, n. 1º”. O §126 b BGB então não fala mais de “dauerhafte Wiedergabe” somente, mas sim de “dauerhafter Datenträger”.

29 p. 44.

alemã a todos os tipos de prestações. Em causa está o incumprimento de prazos de prestação, quando é deixado claro, que o prazo é essencial para o consumidor (“wesentlich”, na terminologia da Lei de transposição).

2.2 ALTERAÇÕES NO ÂMBITO DE CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL E CONTRATOS CELEBRADOS À DISTÂNCIA

A reforma amplia o âmbito dos §§312 e seguintes do BGB, que na versão atual se referem somente a contratos a distância (“Fernabsatzverträge”) e contratos celebrados fora do estabelecimento comercial (os antigos “Haustürgeschäfte”³⁰), e a todos os tipos de contratos que envolvem consumidores³¹, desde que exista uma contraprestação destes³². Porém, na verdade, somente uma parte dos benefícios é estendida a todos os contratos que envolvem consumidores.

O legislador europeu, porém, no art. 3º da Diretiva, exclui numerosas áreas da aplicação. Em certos casos, o legislador alemão se mostra desobediente, por exemplo na exclusão total de contratos sobre “serviços sociais” (art. 3º III alínea a da Diretiva). Segundo o novo § 312 III BGB, uma parte das regras que protegem o consumidor, na Alemanha ficam aplicáveis também na área deste tipo de serviços. O mesmo pode dizer-se sobre contratos de aluguel para fins residenciais (o novo §312 IV BGB significa uma divergência significativa da aliena f da Diretiva). O legislador se mostrou mais obediente no caso de contratos sobre o transporte de

30 O legislador alemão elimina o conceito “*Haustürgeschäft*” (contrato celebrado “na porta da casa”) a favor de um a tradução mais literal da linguagem das diretivas europeias: “*Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge*”.

31 O atual subtítulo “*besondere Vertriebsformen*” (formas especiais de venda) vai ser intitulado “*Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen*” (princípios na área de contratos com consumidores e nas formas especiais de venda). O subtítulo ganha mais estrutura e clareza, com quatro capítulos: 1) área de aplicação (*Anwendungsbereich*) e princípios considerando contratos com consumidores, 2) Contratos celebrados fora de estabelecimentos comerciais e contratos de longa distância, 3) contratos no comércio eletrônico, 4) acordos contratuais que se afastam da lei, ônus da prova.

32 Para acompanhar os debates sobre o pré-requisito “pago”, consulte a decisão “*Dietzinger*” (TJCE C-45/96, do 17 de março de 1998), e, para a situação na Alemanha, Masuch, no *Münchener Kommentar*, § 312 n.º 29 e segs. Bem que a doutrina (Schmidt-Kessel, p. 28) e a oposição parlamentar criticaram a inserção da palavra “paga” (“*entgeltliche*”) no projeto do governo (um ato ao qual a Diretiva não obrigou), a Comissão de Assuntos Jurídicos do Bundestag não alterou o projeto neste detalhe, e a lei passou desta forma.

passageiros (aliena k da Diretiva), criticado por isso pela oposição parlamentar e por parte da doutrina. Esta crítica é justificada, tomando em consideração, que a mesma UE promove a “liberalização” (quer dizer: privatização) do transporte. O mesmo pode dizer-se sobre a exclusão de contratos relativos “ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo profissional em turnos frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor”. Bem que esta exclusão total significa uma deterioração em comparação à situação anterior, e o Bundesrat quis alterar o projeto (pelo menos na alternativa de contratos celebrados fora do estabelecimento), a versão final mantém a solução desfavorável aos consumidores, tal como no caso da exceção para contratos da área de construção civil (art. 3 III alínea f da Diretiva, § 312 II n.o 3 BGB). No caso de distribuidores automáticos, em vez da exclusão total (art. 3º III aliena l da Diretiva, § 312 II n.o 9 BGB; já existente na versão atual, § 312 b III n.o 7º), uma adaptação das regras que protegem o consumidor à situação concreta teria sido suficiente para atender aos interesses das respectivas empresas. Um caso especial é a exclusão de contratos sobre “viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados” (art. 3 III aliena g da Diretiva).

O projeto do governo simplesmente copiou a exclusão completa destes contratos (§ 312 II n.o 4 BGB). A versão final, porém, pelo menos preserve a aplicabilidade das regras que protegem os consumidores no caso, em que uma viagem é vendida fora do estabelecimento do profissional, e se isto aconteceu sem que o consumidor solicitou a visita de um representante. O exemplo, em que as vozes críticas acharam uma lacuna de proteção, foi um pacote de viagem, vendido durante uma excursão promocional tipo “Kaffeeahrt” (Brönneke, p. 2; também a opinião do Bundesrat (BT-Drucksache 17/12637 do 6 de março de 2013, anexo 3). A solução alemã de excluir certos contratos feitos necessariamente perante tabelião (no novo § 312 II n.o 1º BGB), transpõe a ideia do art. 3º III alínea i da Diretiva. A ideia é, que a forma notarial do contrato substitui outras formas de informação e proteção. Brönneke critica severamente as numerosas exceções. Segundo o jurista, elas refletem sucessos do lobbying de certos grupos de interesse (“Lobbying-Erfolge in Brüssel”).

Um caso especial ficam os serviços financeiros, que continuam sujeitos ao regulamento da Diretiva 2002/65/CE, de modo que muitas regras da nova Diretiva não são aplicáveis a eles. Isto se reflete em várias exceções também no novo BGB. As novas regras também não se aplicam a contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca,

porque a nova Diretiva não altera a Diretiva 2008/122/CE. Esta matéria continua sendo regulada inalteradamente nos §§ 481 até 481 b BGB. A exclusão de serviços de saúde (art. 3º III alínea a da Diretiva, respetivamente § 312 II n. 7 do novo BGB) se justifica por causa da existência de uma Diretiva particular sobre a matéria (2011/24/UE)³³.

O importante direito de retratação, por exemplo, fica limitado aos contratos celebrados fora do estabelecimento e aos contratos à distância, como antes. Na forma do novo §312 a BGB, junto com o novo artigo 246º EGBGB tem-se uma pequena parte geral dos contratos do consumidor³⁴, na qual se acham transpostos os artigos 5º, 17, II, 19, 21 e 22 da Diretiva.

33 Veja sobre esta Diretiva Mayer, Udo R. *Die neue EU-Patientenrichtlinie: Patientenrechte bei grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung in der EU*, in: *Soziale Sicherheit* 8/2011 (p. 254-259; <http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_dwp_recht/Mayer/EU_Patientenmobilitaet.pdf>.). Baumann, Herta. *Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*, In: *Soziale Sicherheit* 4/2011, p. 183-189 (http://www.hauptverband.at/mediaDB/784011_SoSi_Artikel_Baumann_Patientenrechte.pdf), e Igl, Gerhard. *Implementation der EU-Patientenrichtlinie in deutsches Recht*, pdf: <<http://www.medizinrechts-beratungsnetz.de/medizinrechtstag/2011-berlin/igl-dmrt-2011-berlin-skript.pdf>>. O projeto para a lei de transposição desta Diretiva se acha em: <http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Gesetz_zur_Verbesserung_der_Rechte_von_Patientinnen_und_Patienten.pdf?__blob=publicationFile>. A lei final, de 20 de fevereiro de 2013, está disponível em: <http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verkuendung_BGBI_Patientenrechte.pdf?__blob=publicationFile> Acesso em: 13 ago. 2013. Esta lei muda os §§ 630 c, e, e f do BGB.

34 Ein “(kleiner) Allgemeiner Teil”, nas palavras do Schmidt-Kessel (p. 36). O § 312 a (que era o §312 c no projeto do governo) significa uma transposição que ultrapassa a Diretiva, porque estende a proibição de o profissional ficar anónimo (art. 8º V) a todos os contratos que envolvem consumidores (§ 312 a I BGB), tal como a proibição de o profissional “cobrar aos consumidores, em relação à utilização de certos meios de pagamento, taxas que ultrapassem o custo por si suportado para a utilização de tais meios de pagamento” (art.º 19º da Diretiva, § 312 a IV BGB). O mesmo é válido para a garantia, que “no caso de o profissional utilizar uma linha telefónica para ser contratado em relação ao contrato celebrado, o consumidor, ao contactar o profissional, não fique vinculado a pagar mais do que a tarifa de base” (art. 21º da Diretiva, § 312 a V BGB), e o dever do profissional de obter previamente “o consentimento expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional à remuneração acordada relativamente á obrigação contratual principal do profissional” (art. 22º da Diretiva, § 312 a III BGB). Depois das críticas feitas pela doutrina (p. ex. Schmidt-Kessel, p. 29), a Comissão de Assuntos Jurídicos do Bundestag modificou o projeto neste ponto. O projeto do governo falou de uma “prestação adicional paga” (entgeltliche Nebenleistung, veja § 312 c V do projeto), que não corresponde à Diretiva. O consumidor também tem que ser protegido contra pagamentos adicionais, aos quais não corresponde prestação nenhuma. Por isso, a versão final se refere a um pagamento adicional (“eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers”).

Para combater os efeitos negativos do *cold calling* na área de contratos à distância celebrados por telefone, o art. 8º, VI da Diretiva abre aos legisladores nacionais a possibilidade de “prever que o profissional tenha de confirmar a oferta ao consumidor, que só fica vinculado depois de ter assinado a oferta ou de ter enviado o seu consentimento por escrito”. Ainda que o *Bundesrat* e a doutrina tenham simpatizado com esta solução³⁵, o governo alemão infelizmente não optou a favor dela no seu projeto de lei, e o parlamento não melhorou a lei neste ponto³⁶. No caso de contratos celebrados na internet, o art. 8º, II da Diretiva adotou a “solução de botão” (“*Button-Lösung*”), apoiada sobretudo pelos Alemães, para proteger o consumidor contra “armadilhas de gastos” (“*Kostenfallen*”) na internet. No novo BGB esta solução se achará no §312 j III, IV³⁷.

O novo conceito de “contratos estabelecidos fora do estabelecimento” é mais amplo do que o antigo conceito do “*Haustürgeschäft*”. O novo §312 b I n.ºs. 1º-4º constitui uma tradução quase literal do art. 2º VIII lit. a-d da Diretiva, e a definição de “estabelecimento comercial” no novo §312 b II cuida de não se afastar do art. 2º IX da Diretiva.

2.3 ALTERAÇÕES NO ÂMBITO DOS REQUISITOS DE INFORMAÇÃO, DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO, E NA ÁREA DA COMPRA E VENDA QUE INVOLVE UM CONSUMIDOR

Falando dos requisitos de informação (art. 5º da Diretiva para todos os contratos com consumidores, art. 6º da Diretiva para as duas formas especiais), a reforma do BGB (e do EGBGB) elimina a diferença entre o contrato celebrado fora

35 BT-Drucksache 17/12637 do 6 de março de 2013; tomada de posição do Conselho Federal, n. 6º; Brönneke (2013), p. 9.

36 Criticado por isso, por exemplo, pela deputada Karin Binder (die Linke), na sessão do dia 14 de junho de 2013 (veja o protocolo, BT-Drucksache 31696).

37 Na verdade, o legislador alemão já tinha antecipado a transposição deste detalhe, em agosto de 2012, na forma do § 312 g IV do BGB na sua versão atual. Uma abordagem crítica da “solução botão” oferece Alexander, Christian: Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, in: NJW 2012, p. 1985 e segs. Segundo o autor, o legislador alemão não deveria ter optado para uma nulidade do contrato em todos os casos de falta de um tal “botão”. Segundo a Diretiva, o consumidor deve ter a opção, se quer manter o contrato ou não. Weiss, Alexander: Die Untiefen der “Button”-Lösung, in: JuS 2013, 590, crítica a mesma coisa. O autor propõe uma redução teleológica das consequências da não existência de um tal “botão”. Ele argumenta, que no caso contrário, o profissional podia derivar vantagens da sua conduta imprópria, por exemplo na situação, que o consumidor queira manter o contrato, mas o profissional não. Esta proposta parece justificada.

do estabelecimento e aquele celebrado à distância³⁸. Isto significa mais mudanças no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento³⁹, porque os deveres de informação do parágrafo 360 BGB na versão anterior eram muito limitados em comparação com a nova situação. O §312 e do novo BGB determina que o profissional não pode cobrar encargos suplementares ou outros custos, ou mesmo custos de devolução, quando não informou sobre eles anteriormente (art. 6 I alíneas e, i, VI da Diretiva). O §312 f determina que o profissional deve fornecer ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro no caso do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, e ainda deveres parecidos no caso do contrato à distância (artigo 7, II, 8 VII da Diretiva). Os deveres de informação no comércio eletrônico (§312 g atual, “*elektronischer Geschäftsverkehr*”, §§312 i e j depois da reforma) não se ampliam muito, pois se trata em primeiro lugar de uma alteração redacional. Novos aspectos são a informação sobre possíveis restrições aos fornecimentos, e uma declaração mais clara sobre os meios de pagamentos que a empresa aceita (transposição do art. 8º, III da Diretiva). Para os detalhes dos deveres de informação, os §§312 e segs. do BGB, depois da reforma, remetem aos artigos 246 e segs. do EGBGB, de seguinte forma: O art. 246 contém deveres no caso de todos os contratos com consumidores, o art. 246 fala destes deveres só nos casos de contratos celebrados fora do estabelecimento e à distância; o art. 246 b especifica ainda mais para os casos em que estes contratos tratam de serviços financeiros; o art. 246 c finalmente trata do comércio eletrônico. Quanto ao novo §312 d podemos criticar a determinação de que as informações fornecidas pelo profissional somente se tornam conteúdo do contrato, se foram dadas “em cumprimento deste dever”. A Diretiva não prevê esta restrição. Teria sido melhor deixar claro que também outras informações dadas fora dos deveres legais podem vincular o profissional e criar pretensões contratuais no lado do consumidor⁴⁰.

Tratando do direito de retratação, este se acha excluído num certo número de casos⁴¹. O modelo de instruções de retratação (anexo do art. 246 a §1 II 2

38 Na versão atual, os requisitos de informação sobre o direito de retratação, no caso do contrato celebrado fora do estabelecimento, se acham regulados no §360 BGB, e no caso do contrato celebrado à distância, no art. 246 do EGBGB. Depois da reforma, § 312 d BGB remete para ambos os casos aos novos artigos 246 a e b EGBGB.

39 No caso dos contratos à distância, a motivação constata (p. 41), que a situação quase não muda.

40 Schmidt-Kessel (2013), p. 15 (“schädliche Abweichung vom Richtlinienwortlaut”).

41 Art.º 16 da Diretiva, ou § 312 g II do novo BGB, respectivamente, por exemplo o fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo (já excluídos no

EGBGB) se acha adaptado à versão da Diretiva atual, que foi traduzida literalmente e reproduzida exatamente na forma do modelo do anexo da Diretiva. Este padrão europeu facilita bastante a vida dos consumidores quando celebram contratos em outros países da União. Uma modificação desfavorável aos consumidores consiste no fato de que o consumidor não pode mais declarar concludentemente sua vontade de rescindir o contrato através da simples devolução da coisa adquirida. A respectiva palavra “*Rückgabe*” foi conseqüente eliminada pelo legislador⁴². Porém, a empresa tem que fornecer um formulário (pode ser na internet) ao consumidor, pelo qual este pode declarar a retratação (um modelo deste formulário se acha no anexo da Diretiva). O prazo para exercer o direito de retratação continua sendo de 14 dias, porém o início do prazo não é mais adiado por causa de certas omissões do lado da empresa. Quando não tem nenhuma instrução sobre o direito de retratar (ou uma instrução errônea), no direito vigente o prazo não começa nunca (“*ewiges Widerrufsrecht*”), na versão nova (§356 III BGB) o direito de retratar expira, o mais tardar, depois de um ano e 14 dias.

Um problema especial surge no caso da retratação, quando o produto é software baixado da internet. Quando o consumidor já baixou, economicamente seria injusto de permitir a ele de retratar. Parece um pouco afastado da realidade resolver o problema de maneira que o fornecedor tenha que esperar 14 dias antes de possibilitar o download, só para garantir o prazo de retratação. Art. 16 da Diretiva prevê o seguinte: “Ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação”.

Porém, o fornecedor dos conteúdos digitais perde seu direito à contra-prestação nos casos que o consumidor não tiver dado seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias, ou o consumidor

BGB atual, § 312 d IV n.º 1º), o fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de proteção de saúde ou de higiene quando abertos após a entrega, ou o fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos (igualmente já excluído no § 312 d IV n.º 1º da versão vigente). As exclusões alíneas i e j da Diretiva (n.ºs 6º e 7º do novo § 312 g) correspondem ao atual § 312 d IV n.º 3º e 4º BGB. Também não modificada se acha a situação de leilões públicos (compare o atual § 312 d IV n.º 5º com o novo § 312 g II n.º 10º). Segundo a motivação (p. 57), os assim chamados “leilões” na internet continuam sendo não considerados leilões no sentido da norma (segundo a sentença do Bundesgerichtshof, BGH NJW 2005, 53), inalterada se acha também a exclusão de loterias, apostas e jogos parecidos (§ 312 d IV n.º 4º da versão atual, § 312 g II n.º 12 do BGB reformado).

42 Veja p. 59 e seg. da motivação.

não tiver reconhecido que perde o seu direito de retratação ao dar o seu consentimento, ou o profissional não tiver fornecido a confirmação nos termos do art. 7º, n. 2, ou do art. 8º n. 7. Isto foi transposto nos §§ 356 V, 357 XI BGB.

Certas consequências da retratação agora são diferenciadas de forma melhor, segundo as causas da retratação. No caso de qualquer retratação, a nova Diretiva e a nova Lei determinam um curto prazo para a devolução de ambas as prestações: 14 dias (artigos 13 e 14 da Diretiva; §357 I BGB). No caso da retratação pelo consumidor, o profissional não pode cobrar deste as custas da entrega (art. 13º da Diretiva; §357 II BGB). As custas para a devolução ao profissional, porém, tem que ser pagas pelo consumidor. Contudo, o consumidor somente tem que bancar estes custos, se ele for informado corretamente sobre isso previamente (art. 6º I alínea e, VI da Diretiva, sobre “todos os encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos”, transposto nos §§ 312 a II⁴³ e § 312 e; art. 6º I aliena i, VI da Diretiva sobre os custos da devolução, transposto na forma do § 357 VI BGB). Desfavorável ao consumidor é a solução que ele tem que devolver o produto primeiro, antes de receber o preço de volta (art. 13º da Diretiva, §357 IV BGB). Inalteradamente, o profissional assume o risco de deterioração ou perecimento do bem durante o transporte do retorno.

Complicada é a questão referente à compensação das vantagens do uso da coisa, ou da deterioração dela, caso o consumidor se retrate. A decisão “Messner” do TJUE de 2009 obrigou o legislador alemão a certas mudanças, que entraram em vigor no dia 4 de agosto de 2011⁴⁴. Neste contexto, a doutrina alemã critica o legislador europeu pelo fato de somente conhecer dois tipos de contratos – a

43 Aqui se trata de uma “transposição que ultrapassa” (“überschießende Umsetzung”), porque a Diretiva não prevê esta consequência para contratos com consumidores em geral.

44 Sobre a situação atual, depois de agosto de 2011, nos informa Bartholomä, Andreas. *Die Systematik des neuen Wertersatzregimes nach Widerruf*. In: NJW 2012, p. 1761 e segs. No caso Messner o TJUE decidiu somente sobre a indenização compensatória pela utilização de um bem adquirido por contrato à distância, no caso de o consumidor ter exercido o seu direito de rescisão. Segundo o TJUE, a Diretiva 97/17/CE se opõe a uma regulamentação nacional que, de maneira geral, preveja a possibilidade de o vendedor exigir uma tal indenização, exceto o caso de o consumidor ter usado o referido bem de uma forma incompatível com os princípios do direito civil, como a boa fé ou o enriquecimento sem causa. O legislador alemão incorporou isto no § 312 e BGB (versão atual), e ampliou este raciocínio aos casos da deterioração da coisa. Nos casos, em que o profissional não informou o consumidor sobre a obrigação de compensar o valor da eventual deterioração da coisa, o consumidor nem precisa compensar danos que causou (sem dolo) na coisa comprada (§357 III BGB). Grothe (in: *Bamberger/Roth*, BeckOK-BGB, 22. ed. (2012), §357) e Bartholomä são da opinião, que isto é válido também no caso do perecimento da coisa. Esta opinião está correta. Diferenciar entre deterioração e perecimento não faz sentido, como hoje se vê também no art. 14 da Diretiva 2011/83/UE.

prestação de serviços e a aquisição de bens. Isto dificulta a subsunção de contratos sobre a concessão da utilização durante um período de tempo limitado (“*Gebruuchsüberlassung*”), que nós consideramos tradicionalmente um terceiro tipo.

Por exemplo, um consumidor aluga um carro, já o usa, e depois declara a retratação. A empresa pode cobrar o valor do uso do consumidor, ou não? Segundo a dicotomia da Diretiva, incorporada na nova Lei no §357 VII e VIII BGB, a resposta depende do fato, se se trata aqui de uma prestação de bens, ou de serviços⁴⁵. O novo §312 g, que fala dos casos em que o consumidor não goza do direito da retratação, se acha em conformidade com o artigo 16 da Diretiva⁴⁶. Existe uma situação em que a transposição da Diretiva até melhora a posição do consumidor alemão: segundo a versão atual do BGB (§312 III n° 1), o consumidor não tem o direito à retratação, quando foi ele quem chamou o profissional (ou representante dele), segundo o texto do dispositivo: “auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers”. Respeitando a Diretiva (art.º 2º VIII), o legislador alemão eliminou esta restrição⁴⁷. Também podemos constatar uma modificação quanto ao direito à retratação no caso da prestação de serviços.

O novo §356 BGB harmoniza o contrato celebrado fora do estabelecimento e o contrato à distância, que na versão atual tem soluções diferentes (compare o §312 III com o §312 d III da versão atual do BGB⁴⁸). O consumidor ganha

45 Veja sobre o problema Schmidt-Kessel, p. 25 e seg. O TJCE trata este tipo de contratos como prestações de serviços (decisão de 10 de março de 2005, C-336/03 “easy Car”).

46 A proposta de Brönneke (p. 3, aliena e), de incorporar a decisão do Bundesgerichtshof de 19 de março de 2003 (VIII ZR 295/01, BGHZ 154, p. 239-247 “Dell”) no novo parágrafo, não foi adotada pelo legislador. A proposta foi de esclarecer, que não é considerado um caso de “*build to order*” com a consequência de perder o direito de retratação, quando o profissional pode simplesmente separar e completamente reutilizar as partes (como tais não individualizadas) que usou para construir um produto segundo uma demanda específica de um cliente.

47 Ela “sobrevive” em dois casos: Quando o consumidor chama um profissional que se desloque ao seu domicílio para efetuar reparações ou operações de manutenção (art. 16 aliena h da Diretiva, respetivamente §312 g II n. 11 BGB); ou quando um consumidor chamou um profissional para adquirir dele uma viagem. Esta restrição é possível, porque a inclusão de contratos sobre viagens, nos casos restantes, significa uma ampliação do âmbito de proteção, em comparação à Diretiva. Então o legislador alemão aqui não restringe à Diretiva, mas só sim, a sua própria ampliação (“*überschießende Umsetzung*”).

48 Quanto ao contrato à distância, na versão atual o consumidor sómente perde seu direito a retratar, quando ambas as partes cumpriram (“*wenn der Vertrag von beiden Seiten ... vollständig erfüllt ist*”). Aqui, na adaptação da Diretiva, a situação piorará para o consumidor, porque na nova versão a perda do direito de rescindir depende sómente do cumprimento do lado do profissional (motivação, p. 61).

uma pequena vantagem no caso de querer rescindir um crédito ao consumo (§495 BGB novo, §356 b na versão anterior). A partir de 2014, ele pode fazer isso oralmente, não precisando mais da “*Textform*”⁴⁹. As consequências da rescisão do contrato sobre serviços financeiros (§357 a BGB) sofrem pequenas alterações por causa da já mencionada separação do instituto “*Rücktritt*” do §346 BGB.

Por razões redacionais, a retratação de contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca, se achará no §357 b, e não mais no §485 II BGB. Os §§ 358 até 360 tratam de contratos ligados entre si de certa forma. O BGB reformado conhece dois tipos: *verbundene Verträge* (já existentes, significando uma conexão *strictu sensu*) e *zusammenhängende Verträge* (definidos no novo §360 II, como uma forma de ligação menos rígida, e subsidiária à primeira). O instituto “*zusammenhängender Vertrag*” pretende transpor o art. 6 VII da Diretiva sobre os contratos à distância, o art. 14º IV da Diretiva sobre o crédito ao consumo, o art. 11 I da Diretiva sobre contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca, e o art. 15º da Diretiva aqui em questão. Na versão portuguesa, este art. 15 se refere a “contrato acessório”⁵⁰, instituto definido no art. 2 n. 15 da mesma Diretiva, que desconhece a diferença entre dois tipos diferentes de possíveis ligações entre contratos. Esta solução escolhida pelo legislador alemão é deslegante, sendo desnecessário o afastamento terminológico da Diretiva, que também em alemão utiliza o termo “*akzessorischer Vertrag*”, conceito que fornece muito mais clareza ao interprete da lei.

A transposição fiel do art. 14 IV da Diretiva sobre o crédito ao consumo (2008/48/CE)⁵¹ significa uma deterioração da situação do consumidor. Na altura, o legislador alemão conscientemente não tinha transposto este trecho, em favor do consumidor, de modo que um contrato entre o profissional e o terceiro atualmente

49 Segundo a motivação (p. 36), em consequência da reforma, o consumidor vai ganhar três minutos em média (sic!): “Der Zeitaufwand reduziert sich [...] um drei Minuten je Fall, da keine Schriftstücke mehr aufgesetzt werden müssen.” Na prática, porém, os consumidores vão continuar de declarar a rescisão em forma escrita, para melhor poder provar o ato da declaração (motivação, p. 62).

50 “*Contrat accessoire*” em francês, “*ancillary contract*” em inglês,

51 “Se o mutuante ou um terceiro prestar um serviço acessório relacionado com o contrato de crédito com base num contrato entre esse terceiro e o mutuante, o consumidor deixa de estar vinculado ao contrato relativo ao serviço acessório no caso de exercer o seu direito de retratação do contrato de crédito de acordo com o presente artigo”.

não é necessário para o consumidor poder se retratar também em relação ao terceiro⁵².

Na área da compra e venda, o legislador teve que adaptar o conceito da “*Garantie*” à definição de garantia pela Diretiva (§ 443 BGB)⁵³. Neste contexto, a Diretiva não prevê a responsabilidade do profissional resultando de uma garantia dada por terceiros, por exemplo por uma distribuidora. A nova lei alemã, porém, mantém a situação anterior à reforma, favorável ao consumidor, já existente no BGB⁵⁴. Se acham pequenas modificações na definição da venda de bens de consumo⁵⁵ e no regulamento sobre o momento da prestação e a transferência do risco, no caso da mesma⁵⁶.

2.4 A OMISSÃO DE NÃO TRANSPOR CORRETAMENTE A EXIGÊNCIA DE SANÇÕES

O legislador alemão não criou sanções, deixando deste modo sem transposição o art. 24º da Diretiva. Segundo opinião frequente, o legislador nacional deveria considerar certos comportamentos dos profissionais como infrações (*Ordnungswidrigkeiten*), para transpor corretamente a Diretiva. As possibilidades já existentes, como a notificação (*Abmahnung*) por uma associação de consumidores, ou uma ação de outras empresas por causa de concorrência desleal (*Unterlassungsklage*) não são consideradas “sanções” no sentido da Diretiva⁵⁷.

52 Na prática, porém, possivelmente as consequências não serão graves, porque na grande maioria dos casos um contrato entre o profissional e o terceiro deve existir.

53 Segundo a definição no art. 2º, n.º 14º da Diretiva. O que, segundo a motivação, vai trazer poucas consequências práticas.

54 Motivação, p. 68 (compare as duas versões do § 443: “*oder ein Dritter*”).

55 De um contrato de compra e venda de bens de consumo se trata também no caso de um contrato misto, pelo qual também é prestado um serviço (por exemplo a montagem de um bem vendido; art. 2 n. 5 da Diretiva, §474 I 2 do novo BGB).

56 Compare o art.º 18º da Diretiva, e § 474 III do novo BGB. O § 474 IV do novo BGB corresponde ao art. 20 da Diretiva.

57 Brönneke, p. 5 e seg.

3 CONCLUSÃO

Afinal das contas, a recente reforma não piorou dramaticamente a situação dos consumidores, mas também não significa um progresso para eles⁵⁸. A harmonização com certeza não é negativa para os consumidores, no caso de negócios transfronteiriços, e o alinhamento dos contratos celebrados fora do estabelecimento e à distância não deixa de significar um progresso, porém o déficit técnico, a linguagem tecnicista, e o perder-se em pormenores não ajudam a deixar mais transparentes os direitos aos consumidor.

Concluindo, podemos constatar que os problemas da transposição da Diretiva 2011/83/UE não resultam do “multilinguismo” europeu, nem de profundas diferenças entre várias tradições jurídicas. Segundo a nossa opinião, Gomes insiste demasiadamente neste argumento “jus-culturalista”. Existe, ao contrário, certa unanimidade entre juristas oriundos de muitos países, sobre a qualidade deficitária da Diretiva, que conseqüentemente infiltra as respectivas legislações nacionais.

Numa análise crítica, podemos interpretar estes déficits na qualidade legislativa como sintomas das políticas que formam a base deste processo legislativo. No caso dos catálogos de exceções, que – fazendo lembrar os catálogos de certas leis bárbaras – estilisticamente significam um grave retrocesso⁵⁹, Bönneke já denunciou como uma das causas políticas o *lobbying* eficaz em Bruxelas de certos grupos economicamente poderosos. Parece que o ativismo legislativo em primeiro lugar serve para fazer crer o consumidor que ele estaria no centro do interesse do legislador (europeu e nacional), deste modo desviando a sua atenção do fato, que o

58 A motivação (p. 33), diz explicitamente, que o interesse é de baixar custos para as empresas. (“So sollen sich für die Unternehmer die Kosten verringern...”). O governo se mostra muito preocupado em manter os custos para as empresas (“Erfüllungsaufwand”) baixos, e se preocupa até com os custos, que a repressão de práticas consideradas menos leais, tais como os custos adicionais para ligações a serviços de clientes (“hotline” paga) ou para certas vias de pagamento, ou para a eliminação de formulários na internet, que vendem automaticamente uma prestação adicional (por exemplo um seguro), se o consumidor não se cuida (p. 38 e segs. da motivação).

59 Veja Wach, Adolf: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. *Allgemeiner Teil*. Legislative Technik, Berlin 1908, p. 38. Com o progresso cultural, a legislação se desenvolve da casuística a generalização (“von der Kasuistik zur Generalisierung”). Sobre os efeitos negativos de uma legislação em mesmo tempo hiper-acelerada e casuística veja Schneider, Hans. *Gesetzgebung*. Lehrbuch- und Handbuch, 3ª ed., Heidelberg 2002, p. 255 e segs.: volatilidade (“Unstetigkeit”), inexatidão, inadequação de meios e fins, inexecutabilidade (porque nem as casas editoras conseguem imprimir tão rapidamente as alterações...), feias frases “tênia” (“*Bandwurmsätze*”) etc.

interesse predominante continua sendo o do mercado, e das grandes empresas que o dominam⁶⁰.

Os problemas verdadeiros não são nem serão resolvidos através de uma legislação tecnicista de pormenores, ainda por cima dogmaticamente deselegante como a atual, mas sim no tocar em questões profundas, tais como a da justiça distributiva (*Verteilungsgerechtigkeit*) nas sociedades da Europa, e do mundo⁶¹, e uma reflexão mais profunda sobre a ideologia consumista como tal. Talvez, em adição a uma proteção do consumidor *no* consumo, hoje em dia temos que refletir sobre uma proteção dele *do* consumismo.

60 Esta preocupação pelos déficits sociais partilham, entre outros, por exemplo Tamm (2011), p. 313-316; o “Study Group on Social Justice in European Private Law”; Wagner, Gerhard. *Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen*, ZeuP 2007, 180 e segs.; Wilhelmsson, Thomas. *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, ELJ 2004, p. 712 e segs.; Joerges, Christian/Rödl, Florian. *Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts*, KJ 2008, p. 419 e segs.

61 Veja sobre tais assuntos Scharpf, Fritz W.: *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, In: 40 *Journal of Common Market Studies* (2002), p. 645 e segs.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Christian. *Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet*. Neue Juristische Wochenschrift, ano 65, 2012, p. 1985-1990.

BAMBERGER, Heinz Georg; ROTH, Herbert (Ed.). *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 22. ed. München: Beck, 2012.

BARTHOLOMÄ, Andreas. *Die Systematik des neuen Wertersatzregimes nach Widerruf*. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), ano 65, 2012, p. 1761-1764

BAUMANN, Herta. *Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*. Soziale Sicherheit 4/2011, p. 183-189 <http://www.hauptverband.at/mediaDB/784011_SoSi_Artikel_Baumann_Patientenrechte.pdf>.

BRÖNNEKE, Tobias: Verbraucherschutz durch Zivilrecht? *Verbraucher und Recht*, ano 27, 2012, p. 334-338.

DAMM, Reinhard. Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem. *Juristenzeitung (JZ)*, ano 27, 1978, p. 173-180.

DAUNER-LIEB, Barbara. *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher*: Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung? Berlin: Duncker & Humblot, 1983 .

DREXL, Josef. *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

EFFER-UHE, Daniel Oliver; WATSON, Jonathon Mark. Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*, ano 6, 2009, p. 7-15

GOMES, Joséli Fiorin. Dificéis tentativas de uniformização jurídica em direitos humanos do consumidor na União Europeia e no Mercosul: empecilhos à integração regional. *Revista Direitos Humanos e Democracia* (Unijuí), 2013, p. 281-302.

GRUNEWALD, Barbara; PFEIFER, Karl-Nikolaus. *Verbraucherschutz im Zivilrecht*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2010.

GSELL, Beate; HERRESTHAL, Carsten (Org.). *Vollharmonisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

HEISS, Helmut. Erwiderung – Europarecht, Verbraucherrecht und allgemeines Privatrecht – *Eine schwierige Dreiecksbeziehung*. JZ, ano 46, 1997, p. 83.

HÖNN, Günther. *Wirksamkeitskontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen*. JZ, ano 32, 1983, p. 677-688.

HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas. Consumer law in its international dimension, In: idem, e KRAFT, David (Org.). *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham (UK)/Northampton (Mass.): Edward Elgar 2010, p. 1-18.

HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David (Org.). *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham (UK)/Northampton (Mass.): Edward Elgar, 2010.

HOWELLS, Geraint; SCHULZE, Reiner. *Modernising and Harmonising EU Contract Law*, Munique: Sellier, 2009.

IGL, Gerhard. *Implementation der EU-Patientenrichtlinie in deutsches Recht*. Disponível em: <<http://www.medizinrechts-beratungsnetz.de/medizinrechtstag/2011-berlin/igl-dmrt-2011-berlin-skript.pdf>>.

JOERGES, Christian. *Verbraucherschutz als Rechtsproblem – Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft, 1981.

JOERGES, Christian; RÖDL, Florian. Das soziale Defizit des Europäischen Integrationsprojekts, *Kritische Justiz*, ano 41:2, 2008, p. 149-165.

JUD, Brigitta; WENDEHORST, Christiane (Ed.). *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* Wien: Manz, 2009.

JUD, Brigitta; WENDEHORST, Christiane. *Proposal for a Directive on Consumer Rights* – an Academic Position Paper. GPR 2009, p. 68-71.

MAYER, Udo R. *Die neue EU-Patientenrichtlinie: Patientenrechte bei grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung in der EU*. Soziale Sicherheit 8/2011, p. 254-259 <http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_dwp_recht/Mayer/EU_Patientenmobilitaet.pdf>.

MELLO, Flávio Citro Vieira de. Direito internacional do consumidor – proposta de Diretiva do parlamento europeu e do Conselho aos Direitos dos Consumidores COM (2008) 614 final 2008/0196, de 8 de outubro de 2008. *Revista Portuguesa de Direito do Consumidor*, n. 64, (dez. 2010) p. 54-84.

MICKLITZ, Hans. W.; REICH, Norbert. Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über “Rechte der Verbraucher”, oder: “der Beginn des Endes einer Ära...” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, ano 19, 2009, p. 279-286.

MICKLITZ, Hans-Werner. *The Targeted Full Harmonization Approach: Looking Behind the Curtain*, In: Howells; Schulze (2009).

PURNHAGEN, Kai. Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2012, p. 36-39.

SCHARPF, Fritz W. The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity. *40 Journal of Common Market Studies*, ano 40, 2002, p. 645-670.

SCHINKELS, Boris. *Der Kommissionsentwurf einer Verbraucherrechte-Richtlinie und §355 BGB*. JZ 2009, p. 774-779.

SCHMIDT, Karsten. *Unternehmer – Kaufmann – Verbraucher, Betriebsberater (BB)*, ano 60, 2005, p. 837-842.

SCHMIDT-KESSEL, Martin. *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung* <http://www.zivilrecht9.uni-bayreuth.de/pdf_ordner/Stellungnahme_VRRL.pdf>.

SCHMIDT-KESSEL, Martin: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des Verbraucherrechts. *Verbraucher und Recht* (VuR) 2012, p. 350-355.

SCHNEIDER, Hans. *Gesetzgebung*. Lehrbuch- und Handbuch. 3. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2002.

SCHWAB, Andreas; GIESEMANN, Amelie. *Die Verbraucherrechte-Richtlinie*: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, In: *EuZW* 2012, p. 253-257.

STÜRNER, Michael (Org.). *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht*. München: Sellier, 2010.

TACOU, Theofanis. *Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung?* – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher. *ZRP* ano 42, 2009, p. 140-142

TAMM, Marina. *Binnenmarkt contra Rechtsvielfalt?* Ein Plädoyer für das Minimalstandardprinzip – wider die Brüsseler Pläne zur Vollharmonisierung. *Kritische Justiz* 2007, p. 390-403.

TAMM, Marina. *Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung* – eine kritische Analyse. *EuZW*, ano 18, 2007, p. 756-761.

TAMM, Marina. *Verbraucherschutzrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

TONNER, Klaus. *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung des europäischen Zivilrechts*, *JZ* 1996, p. 533-541 .

TONNER, Klaus; TAMM, Marina. *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*. *JZ* 2009, p. 277-290.

WACH, Adolf. *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*: Allgemeiner Teil. Legislative Technik, Berlin: Liebmann, 1908.

WAGNER, Gerhard. *Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen*. ZEuP 2007, p. 180-211.

WEISS, Alexander. Die Untiefen der “Button”-Lösung. *Juristische Schulung* 2013, p. 590-593.

WILHELMSSON, Thomas. Varieties of Welfarism in European Contract Law, *European Law Journal* (ELJ), ano 10, 2004, p. 712-733.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2005.



Harmonization versus complementation: the Consumer Rights Directive and the Common European Sales Law

Christoph Busch

I From minimum to full harmonization: the development of the consumer acquis; II From full to “half harmonization”: a critical assessment of the consumer rights directive; 1 Scope of application; 2 Precontractual information duties; 3 Rights of withdrawal for distance and off-premises contracts; III From harmonization to complementation: contract law through the garden gate.

The legislative landscape of European consumer law is currently undergoing a major change. Two legislative texts are at the centre of the debate about the future of consumer law in Europe: the Consumer Rights Directive¹ (CRD) and the proposal for a Common European Sales Law² (CESL). The two instruments stand for two rather different legislative approaches in the field of EU consumer law: the CRD represents the traditional policy of harmonization of national laws by means of directives, the CESL represents a new policy of complementation of national laws by means of an optional instrument. This paper argues that the CRD falls short of remedying the main flaws of the existing consumer acquis. Preference should be given to the innovative complementation policy as the efforts to create a coherent consumer law through harmonization of member state laws have not proven successful.

1 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, O.J. 2011, L 304/64.

2 Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council for a Common European Sales Law, COM (2011) 635.

The first part of the paper provides a short summary of the legislative developments that lead to the CRD (I). In a second step, a closer look at some key features of the CRD will show that the new directive, although it brings some improvements, does not solve the key problems of the current consumer acquis (II). Finally, the point is made that optional instruments such as the CESL are more suitable for creating a level playing field for businesses in the internal market and, at the same time, ensuring a high level of consumer protection (III).

I FROM MINIMUM TO FULL HARMONIZATION: THE DEVELOPMENT OF THE CONSUMER ACQUIS

If one evaluates the development of EU consumer law in terms of quantity, one might call it a success story. Since the 1980s, the number of legislative instruments aiming at a high level of consumer protection in the internal market has ever been growing. EU consumer legislation now ranges from areas such as doorstep and distance selling to consumer sales, consumer credit and protection against unfair contract terms, to name but a few. However, while the quantity of EU consumer legislation has been on the rise, also issues of legislative quality have arisen. The legislative approach followed by the EU in the past has failed to provide a coherent set of rules and has not created a level playing field for market participants. The main flaws are inconsistencies resulting from a sector specific approach and fragmentation caused by directives containing minimum clauses and options for member states³.

A few examples may illustrate the problems: According to art. 6(1) of the Distance Selling Directive (97/7/EC), consumers entering into a distance contract shall have a period of seven working days in which they can withdraw from the contract. However, as the directive only defines a minimum level of consumer protection⁴, the withdrawal period for distance sales currently ranges from 7 days in France to 15 days in Slovenia. Fragmentation of the regulatory framework is further increased by options for national legislators. For example, according to art. 11(3) of the directive, member states may, but need not, stipulate that the burden

³ See H. Schulte-Nölke, The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private law, in: C. Twigg-Flesner (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge 2010, p. 131-146 at 134.

⁴ Article 14 Directive 97/7/EC.

of proof for fulfilling precontractual information requirements is placed on the supplier⁵. About half of the member states have made use of this option⁶.

Also the Consumer Sales Directive (99/44/EC) contains a number of legislative options. For example, member states are free to require consumer guarantees to be provided in a particular language. This option has also been transposed by about half of the member states⁷. In addition, member states may, but need not, allow parties to reduce the two year liability period to one year for used goods. While some member states (e.g. Germany and Spain) have made use of this option, others have not (e.g. Denmark, France, the Netherlands)⁸. In short, while EU legislation in the field of consumer law has helped to establish a certain degree of consumer protection in the internal market, it has done so at the expense of creating a rather fragmented regulatory framework, which causes significant compliance cost for businesses wishing to trade cross-border.

In response to widespread criticism, the European Commission, in its Consumer Policy Strategy 2002-2006, expressed that “there is a need to review and reform existing EU consumer protection directives, to bring them up to date and progressively adapt them from minimum harmonization to ‘full harmonization’ measures”⁹. Interestingly, the Commission linked¹⁰ the paradigm shift from minimum to full harmonization with the plan to develop a common framework in the area of European contract law outlined just a few months earlier in the law¹¹. Indeed, it seems hardly possible to conceive a revision of the consumer *acquis* without considering the broader context of general contract law and without carefully coordinating the interplay between these two areas of law¹².

5 Article 11(3) Directive 97/7/EC.

6 H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner and M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium* (Munich: Sellier 2008), p. 307.

7 H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner and M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium* (Munich: Sellier 2008), p. 437.

8 *Ibid.* p. 430. Another example is the consumer’s duty to notify a lack of conformity within two months. Some member states (e.g. Denmark, Spain, Hungary) have made use of this options, others have not (e.g. Austria, Germany, Belgium).

9 Consumer Policy Strategy 2002-2006, COM (2002) 208 at p. 12; see also Consumer Policy Strategy 2007-2013, COM (2007) 99, p. 8.

10 COM (2002) 208 at p. 12 sub 3.1.2.3.

11 Communication on European Contract Law, COM (2001) 398.

12 H. Eidenmüller, F. Faust, H. C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *Towards a revision of the consumer acquis*, 48 *Common Market Law Review* 2011, p. 1077.

Step by step, the new full harmonization approach was implemented in various areas of consumer law starting with the Directive (2002/65/EC) on distance marketing of financial services and the Directive (2005/29/EC) on unfair commercial practices. However, in order to reduce the fragmentation of the regulatory framework in the field consumer law, a broader approach was needed. Thus, in 2004 the European Commission launched a review process aiming at a more coherent consumer acquis¹³. The scope of the review covered eight directives: Doorstep selling (85/577/EC), Distance selling (97/7/EC), Unfair contract terms (93/13/EC), Consumer sales (99/44/EC), Package travel (90/314/EC), Timeshare (94/47/EC), Price indication (98/6/EC), and Injunctions (98/27/EC). In 2006 the European Commission presented the outline of its new policy¹⁴. Sector specific legislation should be replaced by a so-called “mixed approach” combining a “horizontal” directive covering a broad field of consumer contracts with some “vertical” directives for specific areas. In addition, as already announced earlier in its Consumer Policy Strategy, the level of harmonization should change from minimum harmonization to (targeted) full harmonization. Finally, in October 2008 the European Commission tabled a proposal for a horizontal directive which should replace four out of the eight directives covered by the acquis review: Doorstep selling (85/577/EC), Distance selling (97/7/EC), Unfair contract terms (93/13/EC), and Consumer sales (99/44/EC).

Yet, in reaction to fierce criticism from consumer organisations, academia¹⁵ and several member states, the legislative proposal underwent a considerable “shrinking process”. The text, which resulted from lengthy political negotiations, has little in common with the original proposal by the Commission. After the deletion of the originally planned provisions on consumer sales and control over unfair terms, the final text is now more or less limited to a revision of the rules on information duties and rights of withdrawal for off-premises and distance contracts (Chapters II and III). Consequently, only the Directives 85/577/EEC and 97/7/EC will be repealed¹⁶. Under the heading “Other consumer rights”, chapter IV of

13 European Contract Law and the Revision of the Acquis: The way forward, COM (2004) 651.

14 Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, COM (2006) 744.

15 See e.g. H.-W. Micklitz and N. Reich, *Crónica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a “Directive on consumer rights”*, 46 *Common Market Law Review* 2009, p. 471 at 474; P. Rott and E. Terryn, *The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules*, 17 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2009, p. 456; T. Wilhelmsson, *Full harmonization of consumer law?*, 16 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, p. 225.

16 Article 31 CRD.

the proposal brings together a somewhat random assortment of individual rules regarding e.g. delivery and transfer of risk which are recognisable as the remnants of the originally planned and more extensive set of provisions on consumer sales. Chapter IV is completed with provisions regarding fees for the use of certain means of payment (e.g. credit cards) as well as telephone rates for consumer helplines. In addition, the directive now contains several exceptions from the full harmonization principle and a number of options for the member states.

II FROM FULL TO “HALF HARMONIZATION”: A CRITICAL ASSESSMENT OF THE CONSUMER RIGHTS DIRECTIVE

The “shrinking process” of the CRD raises the question whether the directive will actually be able to remedy the main flaws of the existing consumer acquis. As a closer look at some key features of the CRD shows, the progress made, despite some improvements, is rather limited. In particular, the directive confines full harmonization only to rather narrow areas. Thus, instead of introducing full harmonization across the board, the CRD only provides for partial or “half harmonization”¹⁷.

1 SCOPE OF APPLICATION

Regarding the rules defining the scope of application of the CRD, the balance sheet is mixed. The personal scope of application of the CRD is based on the classical definition of the term ‘consumer’. According to art. 2(1) CRD, ‘consumer’ means ‘any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession’. This definition does not offer a clear solution to the well-known problem of dual purpose contracts (e.g. a contract for the sale of a car to be used both for business and private purposes). However, recital 17 of the CRD gives some guidance. According to recital 17, a person is considered as ‘consumer’ if ‘the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract’. This differs from the CJEU’s approach, which seems to prefer a rather narrow interpretation. In the Gruber case, which concerned the definition of ‘consumer’ in art. 13 of the

¹⁷ N. Reich, *The Social, Political and Cultural Dimension of EU Private Law*, in: H. Schulze and H. Schulte-Nölke (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives* (Munich: Sellier 2011), p. 57-88 at 81.

Brussels Convention¹⁸, the Court held that a person may not rely on the special rules of jurisdiction for consumer contracts ‘unless the trade or professional purpose is so limited as to be negligible in the overall context of the supply’. In contrast, the Draft Common Frame of Reference¹⁹ (DCFR) favours a broader definition of ‘consumer’ which covers ‘any natural person which is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession’²⁰. The CRD seems to align itself with the DCFR rather than with the CJEU²¹.

During the legislative process, the scope of the CRD has been reduced. From a systematic point of view, the exclusion of ‘social services’ (art. 3(2)(a)) is of particular interest. This exception covers inter alia social housing, childcare and support of families and persons permanently or temporarily in need, including long-term care. Neither the Doorstep Selling Directive, nor the Distance Selling Directive currently contain such an exception. The provision is apparently inspired by art. 2(2)(j) of the Services Directive (2006/123/EC). However, in the Services Directive the exception only applies to social services ‘provided by the State, by providers mandated by the State or by charities recognised as such by the State’. This shows that art. 2(2)(j) of the Services Directive is mainly based on socio-political considerations and aims at excluding the so-called ‘third sector’ from the market liberalisation policy pursued by the Internal Market and Services Directorate General. Within the structure of European consumer law, however, the notion of ‘social services’ is a novelty. The exclusion of such services which, not least for demographic reasons, are becoming a more and more important market is not very convincing. This applies particularly to the extension of this exclusion to private providers of social services as mentioned explicitly in Recital 29 of the Directive.

¹⁸ CJEU, 20 January 2005, C-464/01.

¹⁹ C. von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference – Outline edition* (Munich: Sellier) 2009.

²⁰ The same approach (with a slightly different wording) is followed by Art. 1:201 ACQP (‘Consumer means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person’s business activity’).

²¹ Interestingly, the original draft of the CESL did not mention the issue of dual use cases at all. Yet, the European Parliament’s Committee on the Internal Market and Consumer Protection (IMCO) in its draft opinion published in February 2013 has suggested to insert into the CESL an additional recital with a wording taken from the above-mentioned recital 17 of the CRD, cf. the Draft Opinion of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, 22 February 2013, Document No. PE505.986v01-00, p. 6.

It is not clear why the consumer protection rules of the new Directive should not apply to babysitting or nursing services offered at the doorstep or via the internet.

2 PRECONTRACTUAL INFORMATION DUTIES

Article 5 CRD contains a list of pre-contractual information requirements regarding inter alia the main characteristics of the goods or services, the identity of the trader, the total price as well as delivery and payment conditions. This general information duty applies to consumer contracts regardless of the object of the contract and situation in which the contract has been concluded. This provision considerably extends the European model of consumer protection through information by detaching it from any situational and substantive preconditions. Considering the growing criticism of the European ‘informed consumer model’²² – not least from the perspective of behavioural economics²³ – this is a rather questionable choice.

For off-premises contracts and distance contracts art. 6 CRD provides a separate list of information requirements which is more detailed than the one in art. 5 CRD. In some cases the allocation of the information items to one or the other list is not entirely convincing. For example, one might wonder why information about an out-of-court complaint and redress mechanism is only required for off-premises and distance contracts (art. 6(1)(t) CRD) and not for other contracts.

In practice, not only the content of pre-contractual duties is relevant, but also the question which party bears the burden of proof that such duties have been complied with. While the Distance Selling Directive left this issue to the member states²⁴, art. 6(9) CRD with regard to doorstep and distance contracts now explicitly places the burden of proof on the business. In contrast, the general information duty set out in art. 5 CRD lacks a corresponding rule. This could invite e contrario arguments and may thus be a source of legal uncertainty. It is, however,

22 N. Reich, Crisis or Future of European Consumer Law in Twigg-Flesner *et al.* (eds.) *The Yearbook of Consumer Law 2009* (Farnham: Ashgate 2008) p. 3 at p. 6-10.

23 See e.g. R. Incardona and I. Poncibò, The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution, 30 *Journal of Consumer Policy* 2007, p. 21-38, F. Rischowsky and T. Döring, Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information as well as Behavioural Economics, 31 *Journal of Consumer Policy* 2008, p. 281-314 and C. Busch, *Informationspflichten im Wettbewerbs und Vertragsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008).

24 Article 11(3) Directive 97/7/EC.

hard to find a justification for treating the two cases differently. The CESL has adopted a more convincing solution as art. 21 CESL places the burden of proof for all pre-contractual information duties on the business without making any distinction between different types of contracts.

Another key question is the relationship between the information duties stipulated in the CRD and other information requirements laid down by national laws and other European legislative acts. Regarding the relationship with other EU acts, art. 3(2) CRD contains a general conflict rule according to which other EU acts governing specific sectors shall prevail over the CRD. Furthermore, Art. 6(8) underlines that the information requirements set out in the CRD apply in addition to those laid down in the Services Directives (2006/123/EC) and the E-Commerce Directive (2000/31/EC). Unfortunately, the CRD is silent on its relationship to the Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC) which also contains a lengthy list of information items a trader must not omit in an ‘invitation to purchase’²⁵. Other EU legislative acts are not the only source of additional information requirements to be added to the lists provided in arts. 5 and 6 CRD. National legislators may also impose additional information duties as is made clear by the ‘opening clauses’ in art. 5(4) and art. 6(8) CRD. For example, member states remain free to impose additional information duties based on general principles of contract law such as good faith or *buena fe*. This means that the CRD increases the number of information duties without in turn providing legal certainty nor a level playing field for businesses.

A glaring gap remains with regard to the sanctions for a breach of the information duties²⁶. Article 24 CRD leaves this issue to the member states and only stipulates that sanctions should be “effective, proportionate and dissuasive”. In addition, art. 23 CRD requires member states to ensure that public bodies, consumer organisations and professional organisations may take action against a business before national courts or administrative bodies. In contrast, the question whether consumers themselves shall be granted any individual remedies is left open. The European legislator has not used the opportunity to take inspiration from the DCFR²⁷ and the Acquis Principles (ACQP)²⁸ which both give the consumer a right to claim

25 See art. 7(4) Directive 2005/29/EC.

26 This is a general problem of EU legislation, cf. A. Börger, *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten* (Munich: Sellier 2010).

27 Article II.-3:109(3) DCFR.

28 Article 2:208(3) ACQP.

for damages in case of a breach of the precontractual information duties. In contrast, the DCFR/ACQP solution has been taken on board by art. 29(1) CESL.

3 RIGHTS OF WITHDRAWAL FOR DISTANCE AND OFF-PREMISES CONTRACTS

Regarding withdrawal rights for distance and off-premises contracts, the CRD brings some improvements to the consumer *acquis*. The most salient changes in this area include a unification of the rules regarding the length (now 14 calendar days) as well as the beginning and the calculation of the withdrawal period. In addition, the directive now contains a model instruction on withdrawal (Annex I.A.) and a model withdrawal form (Annex I.B.) which will most likely increase legal certainty.

So far, the *acquis* did not offer a coherent answer to the question which sanction applies if the consumer has not been informed about the right of withdrawal. While the CJEU in the *Heininger* case acknowledged an ‘eternal’ right of withdrawal for off-premises contracts²⁹, the Distance Selling Directive only provided for an extension of the withdrawal period of up to three months³⁰. The CRD now introduces a common solution for both scenarios: If the consumer is not informed about the right of withdrawal, the withdrawal period is extended by 12 months (art. 10(1) CRD). If, however, the business corrects this omission, the withdrawal period expires 14 days after the information on withdrawal rights has been provided (art. 10(2) CRD)³¹.

Improvements have also been made with regard to the consequences of withdrawal. Both the Distance Selling Directive and the Doorstep Directive barely regulated this issue. Therefore, it was for the CJEU to provide answers to the questions left open by both directives and to clarify the details. The CRD now specifies the consequences of withdrawal (art. 13, 14 CRD). In general, this increases legal certainty. However, while some provisions provide very detailed and convincing answers in line with the CJEU’s case law, others raise new questions.

²⁹ CJEU, 13 December 2001, C-481/99.

³⁰ Art. 6(1) Directive 97/7/EC.

³¹ In some member states the new rules regarding the length of the withdrawal period will result in a decrease of the level of consumer protection. This will be the case, for example, in Germany where the ‘eternal’ withdrawal right currently not only applies to off-premises contracts but also to distance contracts, cf. § 355(4) German Civil Code.

If the consumer exercises his right of withdrawal the trader has to reimburse within 14 days all payments received from the consumer, including the costs of delivery (art. 13(1) CRD). This solution is in line with the CJEU recent Heinrich Heine decision³². The Court held that art. 6(1) of the Distance Selling Directive precludes national legislation which requires the cost of delivering the goods to be charged to the consumer after he exercises his right of withdrawal. Article 13(2) CRD now adds a necessary restriction, which was not explicitly stated in Heinrich Heine. The trader is only obliged to reimburse the cost for the least expensive type of standard delivery which he offers. Any extra costs for a 'premium delivery' option (e.g. next day delivery) chosen by the consumer do not have to be reimbursed. This solution seems reasonable in the light of art. 16(a) CRD which excludes service contracts from the right of withdrawal which have been fully performed with the consumer's prior express consent. If one considers the 'premium delivery' an extra service, the consumer has no right to withdraw from the service part of his contract with the trader. Consequently, he cannot demand the reimbursement of the additional charge paid for the 'premium delivery'.

In *Messner* the CJEU decided that art. 6(1) and art. 6(2) of the Distance Selling Directive preclude member states from imposing on consumers who exercise their right of withdrawal a duty to pay a compensation for the value of the use of the goods acquired³³. However, the Court held that the directive does not prevent the consumer from being required to pay compensation for the use of the goods in the case where he has made use of those goods in a manner 'incompatible with the principles of civil law, such as those of good faith or unjust enrichment'. The opaque wording left readers of the Court's decision somewhat in the dark. Therefore, it would have been helpful if the European legislator had used the opportunity to provide some clarification. However, the CRD remains silent on the issue of compensation for the value of use. In the light of art. 14(5) CRD, which states that the consumer shall not incur any liability as the consequence of the exercise of the right of withdrawal, one might argue that the consumer is not liable for compensation for the value use at all. However, if such a deviation from *Messner* was intended, it should have been made more explicit as it was done by art. 45(4) CESL.

The list of exceptions from the right of withdrawal (art. 16 CRD) is also less convincing. The lack of any systematic approach is shown e.g. by the exception for alcoholic beverages the price of which has been agreed upon at the time of the

³² CJEU, 15 April 2010, C-511/08.

³³ CJEU, 3 September 2009, C-489/07.

conclusion of the sales contract, the delivery of which can only take place after 30 days and the actual value of which is dependent on fluctuations in the market. Recital 49, which explicitly refers to 'vin en primeur', reveals that this provision may be the result of successful lobbying.

III FROM HARMONIZATION TO COMPLEMENTATION: CONTRACT LAW THROUGH THE GARDEN GATE

If one compares the final text of the CRD with the proposal submitted by the Commission in October 2008³⁴, it becomes obvious that the Commission's original plan to introduce a broad regime of full harmonization in the field of consumer law is now compromised in a number of cases. As mentioned above, the sanctions in case of breach of the information duties are mainly left to the member states (art. 5 CRD). The same applies to the effects of the exercise of the right of withdrawal on ancillary contracts (art. 15(2) CRD) as well as the remedies of the consumer in case of late delivery (art. 18(2) CRD). Thus, the directive is far from establishing a level playing field in the area of consumer contract law.

The "shrinking process" of the CRD is not just the result of the rapidly changing tides of European consumer policy. The unfortunate fate of the directive raises the deeper question whether the Commission's harmonization policy has failed and needs a fundamental realignment. The *raison d'être* of the Commission's initial proposal for the CRD was the acknowledgement that the policy of minimum harmonization, while establishing a certain level of consumer protection across the EU, did not create a level playing field for businesses in the internal market. In other words, the minimum harmonization approach in the field of consumer policy was not compatible with the EU's internal market policy. It was for this reason that the Commission intended to shift from sector-specific minimum harmonization to horizontal full harmonization.

But now, as the CRD has been reduced to its bare bones, it seems that the full harmonization policy has also failed to successfully combine consumer policy and internal market policy. Consumer organisations were, with good reason, afraid that the new legislative approach would effectively result in reducing the level of consumer protection. Indeed, if one simply changes the level of harmonization without changing the content of the rules this will reduce the level of protection in those member states which so far have made use of the minimum

³⁴ COM (2008) 614 final.

clauses and have introduced more consumer-friendly provisions³⁵. Yet the key problem was the relationship of fully harmonised EU rules with existing national law. A broad full harmonization approach would have resulted in unwanted and hardly foreseeable spill over effects which might have endangered the coherence of national contract laws³⁶. In particular, full harmonization of consumer sales rules would have had serious ramifications for the general law of contract with which sales rules are inextricably intertwined. On a more general level, full harmonization also has a constitutional dimension as it implies the full transfer of legislative powers from member states to the European Union³⁷. As it turned out, a number of member states were not willing to accept such a transfer regulatory competence from national legislators to Brussels.

In short, both the minimum harmonization policy and the full harmonization policy have failed because they did not offer a viable solution for the relationship between EU rules and existing national law. If, however, it is not feasible to achieve consumer policy and internal market policy aims through harmonization of rules within the existing framework of national laws, the solution may possibly be found outside of that framework. Instead of implanting harmonised consumer law rules into the existing framework of national contract law and thus creating tensions between the two bodies of law, it may indeed be more promising to complement the existing framework by establishing a separate and optional regime in which consumer law and contract law are well coordinated. Such an approach would also offer the benefit of being less invasive to national legal systems than harmonization of broad areas of contract law. Thus, in the light of the proportionality principle complementation is preferable to harmonization. If the new 'complementation policy' proves successful, i.e. if market participants choose the CESL (and maybe in future other optional instruments) for cross-border transactions, it will therefore be hard to justify, at least from an internal market perspective, a 'double-track' policy combining complementation with further harmonization.

35 K. Tonner and K. Fangerow, Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?, 1 *Journal of European Consumer and Market Law* 2012, p. 67.

36 T. Wilhelmsson, Full harmonization of consumer law?, 16 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, p. 225; H. Schulte-Nölke, The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private law, in: Twigg-Flesner (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law* (Cambridge 2010), p. 131.

37 H.-W. Micklitz and N. Reich, Crónica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a "Directive on consumer rights", 46 *Common Market Law Review* 2009, p. 471 at 478.

Two caveats must be added: First, in order to reduce potential frictions with national law, the CESL must be as comprehensive as possible, as any lacunae will require a recourse to national laws and thus endanger the level playing field³⁸. Second, from a more political perspective, it must be taken into consideration that introducing the CESL may give businesses the option to avoid national consumer law by offering their products e.g. through a subsidiary in another member state. This ‘exit option’ could, in the medium term, put pressure on national legislators to align domestic consumer law to the level provided by the CESL. However, despite these caveats, if neither minimum nor full harmonization have opened the door towards a well-functioning internal market, it may be worth exploring new ways and find out whether the key lies in the complementation approach. Maybe, the poet Rabindranath Tagore was thinking of consumer contract law when he said: “Fools hurry, the clever wait, the wise enter through the garden gate.”

38 On the tricky issue of gap-filling in the CESL see U. Magnus, Interpretation and gap-filling in the CISG and in the CESL, 11 *Journal of International Trade Law and Policy* 2012, p. 266 and C. Busch, Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, 22 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2011, p. 655.

REFERENCES

von BAR, Christian et al. (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference – Outline edition*. Munich: Sellier, 2009.

BÖRGER, Andreas. *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten - Eine Untersuchung gemeinschaftlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*. Munich: Sellier 2010.

BUSCH, Christoph. *Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

BUSCH, Christoph. Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht, 22 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Munich: Beck, 2011, pp. 655-662.

EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Christoph et al. Towards a revision of the consumer acquis, in: *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer, 2011, pp. 1077-1023.

INCARDONA, Rossella and PONCIBÒ, Cristina. The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution, in: *Journal of Consumer Policy*. Berlin/Heidelberg, Springer 2007, pp. 21-38.

MAGNUS, Ulrich. Interpretation and gap-filling in the CISG and in the CESL, in: *Journal of International Trade Law and Policy*. Bradford: Emerald, 2012, pp. 266-280.

MICKLITZ, Hans-W. and REICH, Norbert. Crónica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a “Directive on consumer rights”, in: *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer, 2009, pp. 471-519.

REICH, Norbert. The Social, Political and Cultural Dimension of EU Private Law, in: Schulze, Reiner and Schulte-Nölke, Hans (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*. Munich: Sellier 2011.

REICH, Norbert. Crisis or Future of European Consumer Law, in: Parry, Deborah; Twigg-Flesner, Christian et al. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2009*. Farnham: Ashgate 2008.

RISCHKOWSKY, Franziska and DÖRING, Thomas. Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information as well as Behavioural Economics, in: *Journal of Consumer Policy*. Berlin/Heidelberg, Springer 2008, pp. 285-313.

ROTT, Peter and TERRY, Evelyne. The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. Munique: Beck, 2009, pp. 456-488.

SCHULTE-NÖLKE, Hans. The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private law, in: TWIGG-FLESNER, Christian (ed.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2010.

SCHULTE-NÖLKE, Hans; TWIGG-FLESNER, Christian; EBERS, Martin (eds.). *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*. Munique: Sellier, 2008.

TONNER, Klaus and FANGEROW, Kathleen. Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?, in: *Journal of European Consumer and Market Law*. Vienna: Springer 2012, pp. 67-80.

WILHELMSSON, Thomas. Full harmonization of consumer law?, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. Munique: Beck, 2008, pp. 225-229.