

ISSN 1413 - 2605

REVISTA JURÍDICA  
IN VERBIS

REALIZAÇÃO

ACADÊMICOS DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DO RIO GRANDE DO NORTE

APOIO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA/UFRN  
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO -  
FESMP/RN

Ano VIII - Número 14 (Ago./Dez. 2002)

Editora: SERGRAF

Tiragem desta edição: 300 exemplares

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta, desde que citada a fonte.

Toda correspondência para a Revista deverá ser enviada para:

**COMISSÃO EDITORIAL DA REVISTA JURÍDICA IN VERBIS  
ESPAÇO INTEGRADO CAAC - I N VERBIS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
AV. SENADOR SALGADO FILHO, 3000  
SETOR I DO CAMPUS UNIVERSITÁRIO  
CURSO DE DIREITO  
NATAL/RN  
CEP 59072 - 870**

Endereço virtual: [http://in\\_verbis.vila.bol.com.br](http://in_verbis.vila.bol.com.br)

E- mail: [in\\_verbis@bol.com.br](mailto:in_verbis@bol.com.br)

Revista Jurídica In Verbis - Realização: Acadêmicos de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Ano VIII. nº  
14, ago/dez. 2002,  
Natal: Editora Sergraf. 2002 - Periodicidade Semestral.

1. Direito - Periódico. I. Universidade Federal do Rio  
Grande do Norte.

Centro de Ciências Sociais Aplicadas - CCSA/UFRN

CDU - 34

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO  
REVISTA JURÍDICA IN VERBIS

**REITOR**

ÓTOM ANSELMO DE OLIVEIRA

**VICE-REITOR**

TÉCIA MARIA MARANHÃO

**DIRETORA DO CCSA**

MARIA ARLETE DUARTE DE ARAÚJO

**VICE-DIRETORA DO CCSA**

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

**PROFESSOR AVALIADOR DESTA EDIÇÃO**

EDILSON ALVES DE FRANÇA

**NORMALIZAÇÃO**

MARIA DO SOCORRO DE AZEVEDO BORBA

**COMISSÃO EDITORIAL**

AMANDA BARCELLOS CAVALCANTE

FERNANDA BRAGA RAMALHO

JADLA MARINA BEZERRA DANTAS

MATUSALÉM JOBSON BEZERRA DANTAS

ORQUIMARY JUÇARA RAFAEL SIQUEIRA

RENATA VERAS ROCHA

**COLABORADORES**

BRUNO BARCELLOS CAVALCANTE

GLAUSIIEV DIAS

PAULO SÉRGIO PEREIRA DOS SANTOS

REITOR  
GOTM ANSÍMIO DE OLIVEIRA

VICE-REITOR  
LÉCIA MARIA MARANHÃO

DIRETORA DO CCSA  
MARIA ARLETE DUARTE DE ARAÚJO

VICE-DIRETORA DO CCSA  
MARIA DOS REINÍDIOS FONTES SILVA

PROFESSOR AVALIADOR DESTA EDIÇÃO  
EDISON ALVES DE FRANÇA

NORMALIZAÇÃO  
MARIA DO SOCORRO DE ANEVEDO BORBA

COMISSÃO EDITORIAL  
AMANDA BARCELLOS CAVALCANTE  
FRANCA BRAGA RAMALHO  
JADIA MARINA BEZERRA DANTAS  
MATILDE M. JOBSON BEZERRA DANTAS  
ORQUIMARY JUÇARA RAFAEL SIQUEIRA  
RENATA VERAS ROCHA

COLABORADORES  
BRUNO BARCELLOS CAVALCANTE  
CLAUSHEVA DIAS  
FÁBIO SÉRGIO PEREIRA DOS SANTOS

## EDITORIAL

Com o décimo quarto número a *Revista Jurídica In Verbis* chega a seu oitavo ano de existência. Conquista dos alunos, muitas foram as dificuldades para fazer a revista e manter sua periodicidade, bem como organizar cada evento de lançamento. É uma vitória, haja vista a crise por que passam as universidades brasileiras, podermos hoje citar os nomes que desfilarão perante nós o seu saber e abrilhantaram mais ainda cada 'suado' lançamento: Flávia Piovesan, José Augusto Delgado, Alexandre de Moraes, Ivo Dantas, e mais recentemente, Sérgio Cavalieri Filho. Sem contar, em todos esses anos, os vários elogios e agradecimentos pelos exemplares recebidos, de juristas do mais alto quilate, como o saudoso Mário Moacyr Porto, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Carmen Lúcia Antunes Rocha e, há pouco, do ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Tudo isso é o resultado gratificante de muito esforço e dedicação dos alunos e também, é claro, da incansável ajuda de abnegados professores que há tanto tempo estão conosco nessa empreitada. Com todos os que participaram das equipes avaliadoras das catorze edições da revista temos o prazer e o orgulho de dividir as vitórias até então alcançadas pela *In Verbis*.

Continuando o balanço geral, como aliás é de praxe em nossos editoriais, temos muitos outros motivos para comemorar. Por isso nunca é demais relembrar um pouco da história<sup>1</sup> de nossa revista.

A *In Verbis*, revista do curso de direito da UFRN, surgiu em 1995 a partir da iniciativa de alguns alunos, que se organizaram para pôr em prática um sonho já há muito acalentado, de um espaço para o debate de idéias; uma publicação permanente que servisse de estímulo à veia acadêmica natural, presente em cada estudante de direito. Desde então, foram publicados mais de 160 artigos, beneficiando inúmeros estudantes, que contribuíram sobremaneira para a manutenção do bom nível técnico de nosso periódico, ajudando a melhorar o conceito do curso (que necessita de produção científica) e fazendo com que a chama da Revista continuasse sempre acesa, iluminando o caminho daqueles que, com o passar do tempo, viriam a herdar a importante missão de fazer crescer e levar adiante esse projeto.

Motivo de orgulho para nós é apontar entre esses colegas que tiveram seus nomes gravados para sempre na história do curso com a publicação de seus artigos, alguns que hoje estão entre nosso corpo de professores (como é o exemplo do Professor Fabiano Mendonça, um dos fundadores da *In Verbis*) e mais uma vez dão sua valiosa contribuição, com aquele carinho especial de quem um dia ajudou a construir a revista. Além

<sup>1</sup> Para saber um pouco mais sobre o surgimento da *In Verbis*, ver ao final desta edição o texto do Professor Fabiano André de Souza Mendonça sobre a fundação e o lançamento do primeiro exemplar da revista.

disso, a pioneira idéia de uma revista feita por estudantes de graduação, vem rendendo frutos em outras universidades do país. Foi com muita alegria que recebemos a notícia do movimento de articulação para a organização da revista dos estudantes de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), idéia surgida a partir de conversas e trocas de experiências entre um de nossos membros e alguns alunos daquela Universidade.

Dessa maneira a Revista vem dando sua contribuição ao necessário incentivo à pesquisa científica, auxiliando no desenvolvimento das demais habilidades requeridas do graduando de direito, quais sejam, a capacidade de argumentação aliada ao uso da adequada terminologia jurídica, a interpretação e valoração dos fatos sociais e fenômenos jurídicos através de uma postura crítica, instigando a prática da aprendizagem continuada e da pesquisa metodológica de forma dinâmica e autônoma. No desenvolvimento dos conteúdos, vale ainda ressaltar a salutar aproximação do corpo discente e docente, consubstanciada numa perfeita atividade de orientação jurídica e científica, para além da estrita e tradicional relação professor-aluno que vemos em sala de aula.

Um outro motivo para festejarmos é a consolidação de uma idéia que se impôs pelo seu caráter inovador e pedagógico: a edição temática. Este décimo quarto número, que ora apresentamos, é o segundo exemplar direcionado a um único ramo jurídico. O primeiro, inteiramente dedicado ao estudo do direito administrativo (a revista nº 12, que teve como avaliador o professor Edílson Pereira Nobre Jr.), foi lançado no ano passado e obteve grande aceitação, esgotando-se rapidamente.

A idéia da temática, incentivada por nossos professores (em especial Adílson Gurgel), é mais uma iniciativa no sentido de instigar no aluno o espírito do pesquisador, sempre dirigindo o estudo para determinada área do direito, segundo as necessidades de aprendizagem.

Para a composição deste exemplar, dedicado ao direito do consumidor, foram apresentados trinta e quatro artigos, pacientemente analisados pelo professor Edílson Alves de França, que mais uma vez nos prestou inestimável ajuda. Sua avaliação foi além da simples análise do mérito dos artigos. Aliás, quanto a isso, acrescenta-se, sobre a grande quantidade de trabalhos submetidos e a pouca preocupação com as regras metodológicas por parte de alguns alunos que não tiveram seus trabalhos publicados, fica aqui a nossa promessa de proceder com a urgente e necessária reformulação dos "requisitos de admissibilidade" do artigo, e que a partir do próximo exemplar terão caráter eliminatório, sem recurso de apelação. E não se diga que é mera 'formalidade' de pouca importância. A obediência às normas para apresentação de artigos científicos não é apenas uma questão de preocupação com a 'aparência' do trabalho. Trata-se, sobretudo, de fidelidade às fontes de pesquisa e respeito intelectual para com o

leitor, além de ser técnica - de estudo, de redação e expressão do pensamento - que todo profissional do direito deve saber manejar com certa habilidade. Para o próximo número fica então aconselhada a estrita observância das normas científicas, sob pena de 'indeferimento' do artigo, e também, desde já, fixada a data-limite para entrega dos trabalhos: dia 12 de maio. Tema livre.

Sobre os planos para o futuro fica também a promessa de uma reestruturação, visto que tivemos grandes perdas durante esse semestre: deixaram a Comissão Editorial os amigos Alexandre Gonçalves Frazão, Marcos Sampaio de Freitas Jr e Anna Luísa Passeggi (a mamãe do ano) - insubstituíveis, por todos os anos de dedicação à *In Verbis*. Nossa sincera homenagem e votos de boa sorte na vida profissional a estes eternos colaboradores dessa nossa revista.

Por fim, nossos agradecimentos ao Professor Adílson Gurgel, ao Escritório do Prof. Diógenes da Cunha Lima, ao CCSA e à Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP/RN), por acreditarem em nossa iniciativa, tornando possível mais este número.

E um agradecimento especial ao Professor Edilson Alves de França, a quem dedicamos esta edição.

Boa leitura!  
Comissão Editorial.



## SUMÁRIO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO DENTISTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Dijonilson Paulo do Amaral Veríssimo e Flávio Henrique de Oliveira Nóbrega	17
A FUSÃO NAS SOCIEDADES E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR Emanuelle Urbano Maffioletti e Humberto Nesi de Sá	33
O DIREITO DO CONSUMIDOR NA ERA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO Amanda Karina Bezerra Galdino de Araújo	45
A LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE ADESÃO REGULADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Cácio Oliveira Manoel e Stepherson Douglas dos Santos	61
JUROS COBRADOS PELOS BANCOS Alexandre Vieira Câmara	71
A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.591 E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS OPERAÇÕES BANCÁRIAS Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho	79
BREVES ASPECTOS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA APLICADA AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NA TUTELA DO CONSUMIDOR Hirdan Katarina de Medeiros Costa	97
INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS Alexandre Vieira Câmara e Alexandre Nascimento dos Santos	107
A LIVRE-CONCORRÊNCIA COMO GARANTIA DO CONSUMIDOR DE COMBUSTÍVEIS PETROLÍFEROS Flávio Henrique Rodrigues Carneiro	113
APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA INTERNET José Arruda de Miranda Pinheiro	127

*Colaboração Especial:*

RESPONSABILIDADE OBJETIVA: DAS DISCUSSÕES TEÓRICAS  
AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Edilson Alves de França 141

NOTAS SOBRE A FUNDAÇÃO DA REVISTA JURÍDICA *IN VERBIS*  
155

(por Fabiano André de Souza Mendonça)

REGRAS PARA A PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS 157

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO-DENTISTA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dijonilson Paulo Amaral Veríssimo  
Concluinte do Curso de Direito - UFRN  
Flávio Henrique de Oliveira Nóbrega  
Acadêmico do 2º Período do Curso de Direito - UFRN  
Cirurgião-Dentista - UFRN

*1. Introdução - 2. Conceitos básicos - 3. Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista no Código de Defesa do Consumidor. 3.1. Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado e a Responsabilização do Cirurgião-Dentista em face do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 3.2. Obrigações de meio e resultado e o Cirurgião-Dentista. 3.3. Prazo para promover a ação de reparação e Quantum Indenizatório. 3.4. Responsabilidade de Hospitais, Clínicas e Congêneres 3.5. A Jurisprudência Pátria - 4. Aspectos Práticos - 5. Considerações Finais - 6. Referências Bibliográficas.*

## 1. Introdução

Na esteira da tendência mundial de proteção dos direitos do consumidor, a Constituição Federal de 1988 chamou para si, em seu art. 5º, inciso XXXII, o dever de defender o consumidor, conferindo-lhe, a partir de então, o status constitucional de direito fundamental.

Como consectário de tal posição constitucional, conforme salienta Almeida e Wada, surgiram dois efeitos:

*Prevalência, pois se trata de direitos humanos e, portanto, nos eventuais conflitos normativos afirma-se sua prevalência, e segundo, goza da chamada estabilidade constitucional, pois se inscreve nas disposições do art. 60, §4º, IV, da CF, tratando-se de cláusula pétreia, não podendo ser abolida por emenda ou mesmo revisão constitucional (Almeida e Wada, 2002, p. 187).*

Ainda em seu art. 170, V, a Carta Magna inseriu a defesa do consumidor dentre os princípios fundamentais do ordenamento econômico, bem como no art. 48 de suas Disposições Transitórias, determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor no prazo que estipulava. Embora fora do prazo, tal determinação foi cumprida no dia 11.09.1990, quando veio a lume a Lei 8.078, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Com o advento desse novel Estatuto, consagrou-se nas relações de consumo a responsabilidade objetiva.

Anteriormente a tal documento legal, a responsabilidade civil nas relações de consumo baseava-se exclusivamente na demonstração de culpa.

A conseqüência desta posição dogmática trazia inúmeros percalços ao consumidor, como bem enfatizam as célebres palavras do professor Rui Stoco: *Como a culpa deriva da imprudência, negligência ou imperícia, as dificuldades do consumidor na sua demonstração era quase invencível, senão impossível* (Stoco, 2001, p. 331).

Apesar da referida evolução no campo da responsabilidade civil, a responsabilidade objetiva foi expressamente descartada nos casos de responsabilização dos profissionais liberais, o que tem gerado inúmeras críticas quanto à fundamentação de tal privilégio.

Diante disso, vem-se tentando paulatinamente aplicar a “Teoria do Resultado” como forma de mitigar tal determinação legal. E, mais além, modernos doutrinadores têm questionado se esta teoria realmente beneficia o consumidor na totalidade dos seus direitos, alegando que inexistem critérios objetivos para separar adequadamente as obrigações de meio das de resultado, chegando mesmo a sugerir a aplicação da responsabilidade objetiva como a única forma de atender aos anseios de consumidores em sua plenitude.

É neste contexto que se pretende abordar a relação específica entre o cirurgião-dentista e seu paciente/consumidor, ressaltando algumas peculiaridades específicas desta relação, de forma a proporcionar um melhor entendimento por parte do advogado militante, como também iniciar o incipiente estudante da Ciência Jurídica.

## 2. Conceitos Básicos

Conforme enfatiza Miguel Reale no decorrer de sua obra *Lições Preliminares de Direito*, as palavras *guardam muitas vezes o segredo de seu significado*. (Reale, 1996, p. 4).

Dentro do tema em comento, sobreleva buscar na palavra responsabilidade o referido segredo. Assim, segundo De Plácido e Silva, tal palavra forma-se a partir do vocábulo responsável, *de responder, do latim respondere, tomado na significação de responsabilizar-se, vir garantindo, asse-*

*gurar, assumir o pagamento de que se obrigou ou do ato que praticou* (De Plácido e Silva, 2002, p.713).

Pelo exposto, transparece que na sua essência o termo responsabilidade refere-se a uma obrigação de responder pelos atos praticados ou obrigações assumidas.

Esta responsabilidade no vernáculo jurídico apresenta diversas naturezas. A que aqui nos interessa é a responsabilidade civil que pode ser definida nas palavras da professora Maria Helena Diniz como a

*Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal* (Diniz, 1998, p.171).

Este ato próprio a que se refere o conceito supratranscrito pode envolver atos praticados no exercício de uma profissão. Especificamente para o presente estudo estes atos podem advir de atos praticados no exercício da Odontologia.

Neste caso, temos a responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas cujo conceito nos é fornecida de forma satisfatória pela mesma autora: *responsabilidade de reparar dano advindo de a) erro e acidente na anestesia; b) erro de diagnóstico; c) erro de tratamento; d) erro de prognóstico; e) falta de higiene, transmitindo moléstias contagiosas ao cliente; f) extração desnecessária de dentes* (Diniz, 1998, p.177).

### 3. Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista no Código de Defesa do Consumidor

Conforme afirmado alhures, a responsabilidade civil nas relações de consumo assumiu novos contornos com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A regra geral nele adotada é a da responsabilidade objetiva. No entanto, tal preceito geral teve sua abrangência reduzida pelo art. 14, § 4º, ao dispor que *a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*.

O cirurgião-dentista, como profissional liberal que é, rege-se, portanto, em suas relações com seus pacientes pelo disposto no referido dispositivo. Desta forma, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, ou seja, a sua negligência, imprudência ou imperícia.

Porém, como ressalta com pertinência o professor José Augusto Peres Filho ... *é preciso frisar que no tocante à aplicação dos demais dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, não há qualquer outra exceção em benefício do profissional liberal.* (Peres Filho, 1998, p. 95)

E mais adiante:

*A dificuldade de provar a culpa do profissional liberal fica então minorada diante da possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova, que pode ocorrer quando o juiz entender que as afirmações do consumidor são verossímeis e a sua hipossuficiência é patente.* (Peres Filho, 1998, p. 95)

Ademais, vale consignar que o dispositivo em comento encontra-se expresso na Seção II do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que trata da "Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço", portanto ressalte-se que a exceção ali colocada refere-se tão-somente aos serviços que sejam defeituosos por não fornecerem a segurança esperada, ou ainda, quando o fornecedor prestar informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos do serviço. Assim, nos demais casos não incluídos na referida seção, os profissionais liberais permanecem sujeitos à regra geral da responsabilidade objetiva.

Especificamente no campo da Odontologia, importante lembrar que o Código de Ética Odontológica em seu art. 4º, X, dispõe que constitui dever fundamental do cirurgião-dentista *assumir responsabilidade pelos atos praticados* e mais adiante estabelece em seu art. 6º que constitui infração ética *deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas de tratamento; e iniciar tratamentos em menores sem autorização de seus responsáveis ou representantes legais, exceto em casos de urgência ou emergência.*

No estatuto do Consumidor, em correspondência com o disposto no Código de Ética Odontológico, tem-se o direito à correta informação do consumidor/paciente que está consagrado no artigo 6º, III, do CDC:

*São direitos básicos do consumidor:*

*(...)*

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.*

Se o profissional deixa de informar corretamente seu paciente, e essa informação mostrar-se decisiva na determinação do nexo causal, independente de o mesmo ter sido ou não diligente na execução da atividade, advindo a seqüela, o cirurgião-dentista será obrigado a indenizar o paciente, pois agiu culposamente ao negligenciar uma informação importante.

### 3.1 Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado e a Responsabilização do cirurgião-dentista em face do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

A aplicação geral da exceção do art. 14 tem gerado inúmeras críticas por parte dos doutrinadores, e isto pode ser sentido nas palavras do professor Oscar Ivan Prux:

*Com a teoria subjetiva fundada na demonstração antecipada da culpa, a 'alma' do processo é a prova, e se o sistema, na prática, dificulta ou inviabiliza provar, ganhar a ação fica muito difícil; e obter a reparação quase impossível. A justiça legal, formal, não se consubstancia no factual (Prux, 1998, p. 261).*

Acrescenta ainda Lavyne Lima Nogueira que *para justificar este privilégio atribuído aos profissionais liberais, a doutrina apresenta inúmeras explicações, mas nenhuma delas é convincente o bastante, a ponto de acabar com as indagações a respeito*” (Nogueira, 2001, p.209).

O eminente Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, explica essa diversidade de tratamento dada aos profissionais liberais afirmando que a relação que se estabelece entre as partes da relação de consumo neste caso em específico é de natureza *intuitu personae*, baseadas na confiança que o consumidor deposita no profissional (Denari, 2001, p.176).

Diante disso, tem-se tentado aplicar a estes casos a “Teoria do Resultado” que distingue as obrigações assumidas pelos profissionais liberais em obrigações de meio e obrigações de resultado.

A primeira ocorre quando o profissional obriga-se a prestar determinado serviço da forma mais adequada, diligente e cuidadosa necessária às circunstâncias, sem, contudo, comprometer-se a obter o resultado almejado. No dizer da sempre citada Maria Helena Diniz:

*Havendo inadimplemento dessa obrigação, é imprescindível a análise do comportamento do devedor, para verificar se ele deverá ou não ser responsabilizado pelo evento, de modo que cumprirá ao credor demonstrar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência e a prudência a que se encontrava adstrito (Diniz, 1995, p. 157).*

Já nas obrigações de resultado, além do compromisso de utilizar os meios adequados, há uma obrigação de atingir um fim previamente definido pelas partes da relação de consumo. Complementa a citada professora afirmando que: *Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor...* (Diniz, 1995, p. 158).

Na prática, esta diferenciação resultará em responsabilidade subjetiva para os casos de obrigação de meio e responsabilidade subjetiva para as obrigações de resultado. Ou, em outras palavras:

*Aplicar-se-á a responsabilidade subjetiva, constante no § 4º do art. 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando o consumidor se vir diante de uma obrigação de meios, não sendo possível exigir do profissional contratado o resultado por si desejado. Nesse caso, haverá de provar a culpa do mesmo para que seja ressarcido. Contrariamente, quando estiver diante de uma obrigação de resultado, será aplicada a responsabilidade objetiva, sem a necessidade de a vítima provar a culpa do profissional, mesma fórmula utilizada com os demais fornecedores regidos pelo Código de Defesa do Consumido (Nogueira, 2001, p.211).*

Nessa mesma linha doutrinária, haveria também a variação da inversão do ônus da prova, que seria aplicada no caso da responsabilidade objetiva.

Todavia, tem surgido uma preocupação por parte dos doutrinadores quanto à ausência de critérios objetivos para determinar qual o tipo de obrigação no caso concreto.

Quanto a esta preocupação, Oscar Ivan Prux afirma que:

*O direito não deve se preocupar em fixar com precisão o elenco exato das obrigações consideradas de resultado, tanto porque com o passar do tempo o número delas está a aumentar satisfatoriamente, quanto porque, tal qual a sociedade almeja, no futuro, a técnica há de permitir que quase todos os serviços contratados possam ser efetivamente garantidos (Prux, 1998, p. 203).*

Lavynne Lima Nogueira, por outro lado, ressalta que inúmeras críticas são feitas à utilização da distinção - obrigação de meios e resultado -, chegando-se a conclusão de que, no lugar de resolver a questão do dano, torna-a mais complicada e expõe seu ponto de vista nos seguintes termos:

*A prática tem demonstrado a grande dificuldade de enquadrar o caso concreto em um desses tipos obrigacionais, por não se encontrarem estabelecidos no ordenamento jurídico os casos em que se aplica uma ou outra obrigação, ficando essa decisão a critério do julgador (Nogueira, 2001, p.214).*

Ao final, propõe como a forma mais adequada de proteger o consumidor a aplicação geral da responsabilidade objetiva aos profissionais liberais. Afirma que a adoção deste tipo de responsabilidade não seria uma inovação, uma vez que já vem sendo empregada nos casos em que a obrigação é de resultado. Fundamenta sua proposição nos termos que seguem:

*A responsabilidade objetiva existente no Código de Defesa do Consumidor é uma responsabilidade especial, na medida em que, como dito, admite a inversão do ônus da prova. Nessas circunstâncias, tanto o consumidor como o profissional liberal estariam protegidos. O primeiro porque, caracterizada a responsabilidade objetiva, com a aplicação da inversão do ônus da prova, não precisaria juntar provas contra seu ofensor, e o segundo porque, com a possibilidade da contraprova, somente responderia quando não conseguisse provar sua não-culpa (Nogueira, 2001, p.224).*

Indubitavelmente, a proposta da aplicação geral da responsabilidade objetiva é a que melhor se adequa às necessidades consumeristas, bem como a que melhor se enquadra aos preceitos constitucionais. No entanto, a sua aplicação prática é de difícil implementação, uma vez que as associações de classe mantêm forte resistência a qualquer tipo de mudança.

### 3.2 Obrigações de meio e resultado e o Cirurgião-Dentista

Quanto à classificação das obrigações do cirurgião-dentista, a maioria da doutrina considera como predominantemente de resultado. Vejamos algumas posições de doutrinadores pátrios:

*No que tange aos cirurgiões-dentistas, embora em alguns casos se possa dizer que a sua obrigação é de meio, na maioria das vezes apresenta-se como obrigação de resultado. (GONÇALVES, 1995, p. 270).*

*A responsabilidade do dentista, contudo, traduz mais acentuadamente uma obrigação de resultado. (VENOSA, 2002, p. 101).*

Coadunamos com tal posição, tendo em vista que a experiência prática demonstra que é possível obter um resultado previsível. A título de ilustração consideremos a especialidade odontológica denominada ortodontia. No geral, o paciente que procura um especialista em ortodontia não é um paciente doente em busca de melhora, é alguém que, estando bem de saúde, almeja tão-somente melhorar seu sorriso, sua oclusão ou seu aspecto facial. Desta sorte, ao comprometer-se a corrigir o aspecto que ao paciente desagradava, o ortodontista está se obrigando a atingir determinado resultado.

Porém, mister se torna salientar dois pontos. Primeiramente frise-se que esta previsão de resultado é variável dentro de uma média esperada. Segundo que a regra não é absoluta, o caso concreto é que definirá o tipo de obrigação.

A esse respeito, é imperioso colacionar a lição da mestra Maria Helena, quando assevera que:

*O dentista assume, em regra, uma obrigação de resultado, no que diz respeito aos problemas de ordem estética, principalmente em matéria de prótese, p. ex., na colocação de um pivô,*

*na feitura de uma jaqueta. Todavia, o dentista, na cirurgia da gengiva, no tratamento de um canal, na obstrução de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no trato do cliente. Há hipóteses em que se aliam a questão da cura e da estética, devendo-se, então, apreciar cada caso concreto para verificar-se agiu adequadamente. P. ex.: como explica Sílvio Rodrigues, se ele obturou o incisivo de uma bailarina, deixando uma mancha de chumbo na parte de fora do dente, deverá indenizá-la, visto que não atendeu à estética (grifos nossos; Diniz, 1998, 253-254).*

### 3.3 Prazo para promover a ação de reparação e *Quantum* Indenizatório

Conforme o disposto no art. 27 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a pretensão de reparação por danos suscitados pela atividade laboral do cirurgião-dentista prescreve em cinco anos, contados a partir da data da ocorrência do dano, do conhecimento de sua existência ou de sua autoria.

Quanto ao valor das indenizações, o mestre Rui Stoco assevera que nossos tribunais têm considerado que o valor a ser pago deve corresponder apenas às despesas que serão necessárias para contratação de novo profissional para refazer o mal-fadado tratamento.

No que se refere à possibilidade de indenização por danos morais, o Código de Defesa do Consumidor assegura expressamente em seu art. 6º, inciso VI, que constitui direito básico do consumidor *a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*. Portanto, não há o que se questionar sobre a possibilidade de indenização extrapatrimonial. E, como ressalta, RUI STOCO o Código Protetivo do Consumidor introduziu em sua letra expressamente tal indenização *para espancar qualquer dúvida e assegurar efetiva proteção ao consumidor*. (STOCO, 2001, p.343)

### 3.4 Responsabilidade de Hospitais, Clínicas e Congêneres

Ao contrário dos cirurgiões-dentistas, enquanto prestadores pessoais de serviços, os hospitais, as clínicas e congêneres respondem objetiva-

mente pelos danos que venham a causar ao paciente atendido pelo profissional em seu estabelecimento.

Nestes casos, conforme reza o § 1º do art. 25º do Código de Defesa do Consumidor, ambos poderão responder solidariamente. Lembrando ainda que de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo se o dano for causado por componente ou peça integrante do serviço prestado, o seu fabricante ou importador será solidariamente responsável.

### 3.5 A Jurisprudência Pátria

A jurisprudência pátria encontra-se ainda predominantemente fundamentada na teoria da culpa para responsabilização do cirurgião-dentista.

No entanto, como forma de atender aos reais anseios sociais, tem-se observado uma tímida manifestação no sentido de adotar no caso concreto a “Teoria do Resultado”, utilizando-se o critério de diferenciação entre obrigações de meio e obrigações de resultado. Nesse sentido, encontramos alguns julgados recentes:

*APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - CIRURGIÃO-DENTISTA - IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE DENTÁRIA QUE CAUSOU COMPLICAÇÕES - HIPÓTESE DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO - PRÓTESE ESQUERDA COM CÁRIES - DETERIORAÇÃO POR FALTA DE CUIDADOS - PRÓTESE DIREITA QUE SE SOLTAVA - COMPROVAÇÃO DE SERVIÇO MAL-SUCEDIDO - CONSTRANGIMENTOS - RECURSO PROVIDO EM PARTE - A responsabilidade civil dos dentistas se origina, na maioria dos casos, numa obrigação de resultado, ou seja a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo almejado. II- Os alegados danos na prótese esquerda foram causados por culpa do próprio paciente, eis que não tomou os cuidados necessários para a sua conservação, mesmo sendo orientado pelos profissionais. Subsiste a responsabilidade de ressarcir despesas relativas ao reparo da prótese direita, enfrentadas perante outro profissional, eis que o serviço para*

*sua colocação foi mal-sucedido, acarretando seu deslocamento freqüente, bem como, de reparar os danos de ordem moral, em virtude dos constrangimentos suportados pelo apelante, causados pela aludida imperfeição. IV- Recurso provido em parte (TJES - AC 035980116749 - Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon - J. 09.10.2001).*

*PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PORATO ILÍCITO - RESPONSABILIDADE CIVIL DE CIRURGIÃO DENTISTA - OBRIGAÇÃO DE MEIO - CULPA - FALTA DE PROVA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO CAUSAL ENTRE O RESULTADO E A CONDUTA DO AGENTE - PROVA PERICIAL FRÁGIL - RECURSO DESPROVIDO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL E MATERIAL - DENTISTA - RESPONSABILIDADE CIVIL - O contrato de prestação de serviços odontológicos assemelha-se quanto a sua natureza aos serviços médicos, constituindo uma obrigação de meio e não de resultado. Logo, comprovado que as seqüelas suportadas pelo paciente após o tratamento a que se submeteu não foram decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência do profissional, afastado esta o dever de indenizar eis que ausente um dos elementos que integram a estrutura da responsabilidade civil (TAPR - AC 143437300 - (12592) - Foz do Iguaçu - 4ª C.Cív. - Rel. Juiz Conv. Jurandyr Souza Júnior - DJPR 28.04.2000).*

No entanto, apesar da crescente aplicação da “Teoria do Resultado” pela jurisprudência, Lavynne Lima Nogueira chama novamente a atenção para os inconvenientes da aplicação de tal teoria na prática:

*Diante de alguns julgados pesquisados, observamos que a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado realmente vem sendo aplicada no julgamento dos casos da responsabilidade civil dos profissionais liberais.*

*Contudo, ao invés de se apresentar como uma solução ao consumidor, tem impossibilitado o seu devido ressarcimento.*

*Na grande maioria dos julgados, vigora o entendimento de que a obrigação assumida pelo profissional liberal é de meio, impondo à vítima a prova da culpa (Nogueira, 2001, p.214).*

#### 4. Aspectos Práticos

Cabe ainda salientar alguns aspectos importantes da relação cirurgião-dentista/paciente que devem ser observados pelo causídico quando, porventura, venha a defrontar-se com lide que envolva a responsabilização de tais profissionais. Eis alguns pontos:

- o laudo fornecido pelos peritos do Conselho Regional de Odontologia de nada vale se o processo administrativo ali instaurado não estiver sujeito ao crivo do contraditório;
- quando da fixação da indenização por dano estético, algumas características do caso particular devem ser ressaltadas como a profissão, idade, sexo, posição social;
- a perda de cada dente em particular tem um valor diferente em termos de estética e função, assim, por exemplo, o incisivo central tem alto valor estético e fonético, porém a sua capacidade mastigatória é reduzida, ao contrário, o primeiro molar tem valor estético reduzido, fonético nulo e mastigatório alto - destarte, conforme o caso, deve-se explorar o fator mais afetado;
- com respeito à higienização, de nada adiantará alegar que ela não foi adequadamente realizada pelo paciente se o profissional não demonstrar como ela deve ser feita, e mais, se não acompanhar o paciente, ao longo do tratamento, quanto à melhoria dessa higienização, com anotação no prontuário das observações acerca deste ponto (Calvielli, 1997, p. 406).

## 5. Considerações Finais

O Código de Defesa do Consumidor foi introduzido no meio jurídico de forma a atingir a um fim constitucionalmente previsto na Carta de 1988: a defesa do consumidor.

Com o seu advento, as crescentes e cada vez mais complexas relações de consumo passaram a ter um instrumento de proteção moderno e eficiente. Junte isso ao fato de que os consumidores passaram a ter uma maior consciência de seus direitos.

O cirurgião-dentista, agindo como fornecedor de serviços, adentrou nestas relações e passou a submeter-se aos seus preceitos. No entanto, apesar de seguir as regras gerais do código, sua responsabilidade foi executada da regra geral da responsabilidade objetiva. Assim, sendo norma de exceção, deve ser interpretada restritivamente para que não ocorram injustiças, visto ser o consumidor naturalmente vulnerável nas relações de consumo.

A questão fundamental atualmente é sobre a verdadeira razão de ser desta *exceptio*, tendo em vista que na prática, a justiça não vem sendo aplicada como deveria. É preciso realmente que se entenda o motivo da elaboração de tal exceção pois, como afirma Montesquieu em sua obra clássica “Do Espírito das Leis” quando alguém se esforça tanto para dar razão a uma lei, é preciso que esta razão seja digna dela (MONTESQUIEU, 2002, p. 600).

Como salientado no decorrer do presente trabalho, por mais que a doutrina divirja acerca da obrigação do cirurgião-dentista, se de meio ou de resultado, deve-se analisar o caso concreto para se verificar adequação do serviço prestado. Entretanto, o ônus da prova da regularidade e correção na prestação do serviço deve ser, de ordinário, carreado ao profissional liberal. A ele compete provar que agiu corretamente, dentro da técnica de sua profissão e que não causou dano ao consumidor. Pois, somente proporcionando o verdadeiro equilíbrio das relações de consumo o direito terá atingido seu fim maior: a justiça.

## 6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Maria da Glória Vilaça Borin Gavião de; WADA, Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 41, jan.-mar., 2002.

BRASIL. Código civil e legislação em vigor/organização, seleção e notas

Theotônio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CALVIELLI, Ida T. P. **Responsabilidade profissional do cirurgião-dentista**. In: SILVA, Moacyr da. *Compêndio de Odontologia Legal*. Rio de Janeiro: Editora Médica e Científica, 1997.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentário pelos autores do anteprojeto/** Ada Pellegrini Grinover ...[et al]. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 2º vol.

\_\_\_\_\_ **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 7º vol.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

NOGUEIRA, Lvyne Lima. **Responsabilidade civil do profissional liberal perante o código de defesa do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 40, out.-nov, 2001. p. 199/226

PERES FILHO, José Augusto. **Responsabilidade civil do cirurgião dentista em face do código de defesa do consumidor**. *Revista Jurídica do Ministério Público do RN*. Natal: Ministério Público, nº 3, jul.-dez... 1998. p. 93/97.

PRUX, Oscar Ivan. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.4.

# A FUSÃO NAS SOCIEDADES E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Emanuelle Urbano Maffioletti

Concluinte do Curso de Direito - UFRN

Humberto Nesi de Sá

Bacharel em Direito - UFRN

## 1. Apresentação

No mundo hodierno a grande preocupação contida nas Constituições é assegurar o bem estar social e a dignidade da pessoa humana, proporcionando instrumentos de proteção a esses direitos reconhecidos universalmente. No Brasil, essa proteção se estende para assegurar a proteção do consumidor como direito e garantia fundamental, afirmando-o, também, como princípio da ordem econômica. O direito do consumidor é, então, consubstanciado na Lei nº 8.078/90, que regula os direitos e obrigações do consumidor e os mecanismos de proteção, estabelecendo, ainda, as diretrizes orientadoras da política nacional de relação de consumo.

Este movimento surgiu para fazer face ao poder econômico exercido pelas empresas, quando através do processo de concentração, se estruturaram em conglomerados para atuar de forma monopolista no mercado mundial e, especificamente, nos mercados nacionais, estabelecendo as regras de mercado de modo a assegurar seus interesses. A globalização consolidou estes mecanismos monopolistas para realizar a abertura dos mercados internos para o mercado mundial e as empresas nacionais buscaram sua proteção através deste mecanismo.

O fenômeno da concentração empresarial se verifica por diversificadas maneiras (Cf, Bulgarelli, 2000, p.25)<sup>1</sup>, tendo como exemplo a fusão, que é um processo complexo de transformação empresarial muito usado nos dias atuais.

Reconhecendo a importância da concentração empresarial como forma de avanço do modelo econômico capitalista, o legislador constituinte estabeleceu no texto constitucional a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica<sup>2</sup>. Todavia, reconhecendo a necessidade de assegurar a proteção do cidadão frente ao poder econômico das empresas, limitou a livre iniciativa, que deve se nortear, entre outros, pelos princípios da livre concorrência e da proteção ao consumidor.

<sup>1</sup> Douc cartéis defensivos, pools, corners, rigns, trusts, konzern, consórcios, holdings, sociedades de investimentos e joint ventures, às fusões e incorporações. "que permaneceram ao lado das demais como uma constante"

<sup>2</sup> Artigo 170, Constituição Federal "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; IV - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as Leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País"

O Governo brasileiro para efetivar o princípio da livre concorrência, observando as ações dos agentes econômicos no mercado, implementou instrumentos de proteção - tais como o controle preventivo e repressivo desenvolvido pelo Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (CADE) e a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE).

Ao mesmo tempo, a proteção do Consumidor assegurada pela Lei nº 8.078/90 estabelece mecanismos de defesa, mas sua estrutura de aplicação tem se revelado insuficiente para garantir sua proteção diante do poder dos agentes do mercado.

Neste sentido, através do presente trabalho objetivamos fazer uma breve reflexão sobre os efeitos da concentração nas sociedades nas relações do mercado com o consumidor, analisando, de maneira sumária, as estruturas da concentração e da proteção do consumidor e verificando, dentro do limite do possível, os efeitos da concorrência sobre as relações do consumidor. Enfim, contrastando o Direito Concorrencial ao do Consumidor como inevitável consequência diante da similitude de objetos dos dois sistemas.

## 2. O Direito da Concorrência

A disciplina jurídica da concorrência busca “assegurar o funcionamento das estruturas do livre mercado” (ULHOA, 2000, p.471), estatuidos princípios e normas de controle e combate que abusem do poder econômico, e servindo, portanto, como garantia dos cidadãos.

O Brasil vem combatendo as práticas monopolistas desde a Constituição Federal de 1934 (Cf. SALOMÃO, 2001, p. 48)<sup>3</sup>, a atual Constituição, por sua vez, estabelece como um dos fundamentos da ordem econômica e financeira a livre iniciativa, cuja finalidade é “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (artigo 170, Constituição Federal), valores sociais estes que só serão realizados com a observância dos princípios elencados nos incisos I ao IX, entre os quais destacamos: o princípio da livre concorrência e da defesa do consumidor. A noção de limitação da livre iniciativa pela livre concorrência - e não este princípio sendo uma consequência natural ou necessária daquele -, demonstra a adoção da ordem econômica neoliberal, ou, propriamente, a livre iniciativa concorrencial. (Cf. Costa, 1998, p. 12).

O texto constitucional permite a concentração nas sociedades conquanto diz respeito à livre iniciativa - o que indica a preocupação do Estado no fortalecimento da economia e a aceitação da consequência advinda do

<sup>3</sup> Inicialmente, o Direito da concorrência era delimitado pelos artigos que tratavam da economia popular. Assim o foi nas Constituições de 1934, 1937 e seguintes. A Lei 4.137, de 10.9.1962, visando também à proteção da economia popular, complementou a legislação dispoendo sobre a proteção da liberdade de escolha do consumidor, bem como sobre a lealdade na concorrência entre os agentes no mercado.

avanço do processo capitalista -, e, ao mesmo tempo, impõe limites que protegem o bem estar social, assegurando proteção ao consumidor e aos próprios concorrentes. O Autor Ives Gandra Martins (*apud* Cruz, 1997, p. 235) acrescenta:

*A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram às condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, à procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis como regime de livre concorrência.*

Na Constituição atual, ainda, o antigo princípio do abuso do poder econômico, que embasava o Direito Concorrencial (Cf. COSTA, 2000, p.7)<sup>4</sup>, passou a ser mero dispositivo constitucional de eficácia limitada (artigo 173, §4º, Constituição Federal) ao dispor: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Traçando ditames básicos, esse permissivo legal foi regulamentado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, considerada como um grande instrumento de defesa da disciplina jurídica da concorrência, que fundada na livre concorrência, combate àquelas práticas e outras mais que pretendam abusar do poder econômico e trazer efeitos negativos à sociedade.

## 2.1 Fusão

A fusão consiste na “união jurídica de várias organizações sociais que se compenetraram entre si de tal forma que uma organização juridicamente unitária substitui uma pluralidade de organizações” (SALANDRA, *apud* BULGARELLI, p. 48). A Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades

<sup>4</sup> As constituições passadas a de 1988 previam a repressão dos abusos do poder econômico expressamente - como fundamento do Direito da Concorrência - e a livre concorrência implicitamente.

Anônimas) disciplina este instituto nos dispositivos dedicados às operações de concentrações nas sociedades, definindo como “a união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações” (artigo 228).

Em meados de 1970, houve no Brasil uma maior ocorrência de fusões, quando o Governo, diante da fracassada política de centralização e intervenção na economia, editou normas<sup>5</sup> de incentivos - tais como a isenção de tributos - à concentração empresarial com o intuito de reestruturar o mercado e aderir ao novo modelo de economia competitiva. Esta nova política, inicialmente (Cf. VAZ, 2000, p.224)<sup>6</sup>, compatibilizou-se com o incipiente, então consagrado, processo de globalização, que foi imposto aos países capitalista e passou a ditar regras de mercado.

Com a abertura do mercado brasileiro a outros países (inclusive através das privatizações) e instalação de grandes empresas no Brasil, as empresas nacionais, desprotegidas de planejamento político industrial, recorreram ao procedimento de fusão com outras empresas como forma de sobrevivência. As vicissitudes econômicas possibilitaram a consagração do instituto da fusão, que hoje é um dos processos de concentração mais utilizado pelas sociedades.

## 2.2 Concentração

A fusão proporciona a concentração nas sociedades, sendo um procedimento lícito e permitido pela legislação brasileira, desde que proporcione efeitos positivos à sociedade. Quando utilizada corretamente a disciplina da fusão e do Direito Concorrencial, a fusão tem como consequência: a reorganização econômica e estrutural das sociedades, o aprimoramento da produção de escala, o favorecimento em progressos tecnológicos, o equilíbrio nas competições, preços acessíveis e, entre outros efeitos, ausência de barreiras no mercado.

Outrossim, ao mesmo tempo em que as concentrações nas sociedades trazem benefícios para o mercado e para o usuário, há efeitos negativos e combatidos, como ocorre quando é canal para dominar o mercado, abusando do poder econômico. Neste contexto, a concentração não é permitida, pois as consequências são altamente prejudiciais à livre concorrência e às relações sociais, tendo como exemplos: a imposição de preços exorbitantes, queda na qualidade do produto, criação de barreiras de acesso ao mercado, domínio nas relações de consumo e entre agentes econômicos, enfim to-

<sup>5</sup> Inicialmente com os I PND, 1972/1974 (Lei nº 5.727, de 4-11-1971) e II PND, 1975/79 (Lei nº 6.161, de 4-12-1974). Depois, outros Decretos-leis regulamentaram fusões e incorporações em setores específicos, além de novas concessões de incentivos fiscais, bem como a criação da Comissão Especial de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE)

<sup>6</sup> Após, a Constituição Federal teria alguns dispositivos alterados, como a revogação do art. 171, sem contar com a edição de novas leis, como a Lei nº 8.031/90 que deu margem às privatizações, inclusive sob o controle de capital estrangeiro.

da e qualquer conduta imposta por poucos agentes econômicos em determinado mercado relevante.

### 2.3 A tutela à livre concorrência

Para fiscalizar os abusos do poder econômico, o Direito Concorrencial tem como instrumento a Lei nº 8.884/94, que seguindo experiência centenária estadunidense, também absorvida pela norma européia (Cf. BRIAND, 2000, p.40)<sup>7</sup>, objetiva:

*A prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, sendo a coletividade titular dos bens jurídicos em proteção (artigo 1º)*

Os órgãos de defesa da concorrência, CADE e a SDE - sendo aquele subordinado a este -, agem preventivamente (nos moldes do artigo 54) e repressivamente (artigos 20 e 21). O controle dos atos de concentração nas sociedades será feito preventivamente, sendo analisados, previamente a sua formalização, todos os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (Cf. artigo 54).

Sem prejuízo de outros que demonstrem ofensivos, será obrigatória a passagem pelo CADE dos atos de concentração que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Nada obstante a obrigatoriedade desse controle, a defesa da concorrência poderá ser sacrificada em prol da realização de outros interesses sociais, relacionados no mesmo artigo 54 (Cf. PROENÇA, 2001, 38-46)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Nos EUA também se cultua a livre concorrência, combatendo o aumento do poder econômico e a formação monopolística, que podem decorrer de processos de fusão ou compra de controle acionário de outras empresas. O Clayton act proíbe fusões ou aquisições que reduzam a competição ou objetivem a criação de monopólio. Na Alemanha, o “Ato Contra as Restrições à Concorrência”, aprovado pelo Parlamento em 1958, prevê o controle preventivo das estruturas de mercado, buscando, assim, preservar as estruturas competitivas. Após este país, outros países da Europa promulgaram suas legislações antitrustes, por exemplo: a Inglaterra (Fair Trading Act/73), França (Ordonnance nº 86-1243/86) e Itália (Lei nº 287/90), destinada à proteção da competição e do mercado). Todas elas, tidas como as mais representativas, assemelha-se, em sua estrutura, à legislação alemã. A Comissão Européia, por fim, em seu Regulamento 4064/89 declara incompatível a posição de empresas dominantes que criem entrave ao mercado com o mercado comum.

<sup>8</sup> Esta flexibilidade existe por o Brasil, ao contrário dos Estados Unidos que punem o ilícito per se, adota o sistema da concorrência-meio em que o resultado da concentração é mais importante que a infração a um dos dispositivos da Legislação.

Não é objeto de fiscalização o crescimento interno e natural da empresa (*internal growth*), atuante em mercado aberto e competitivo, que conquista posição privilegiada como justa retribuição (artigo 20, § 1º), mas sim o crescimento extraordinário tendente a exercer abusivamente o domínio do mercado, concretizado mediante alterações nas estruturas de um ou mais agentes econômicos.

Através do controle preventivo, portanto, evita-se que as estruturas econômicas abusem da posição dominante no mercado relevante, refletindo assim, em poder de mercado. O poder de mercado (ou poder de monopólio), por sua vez, consiste no exercício do aumento injustificável do preço (que não ocorreria, se o mercado fosse competitivo) ou a imposição de outras condições comerciais desfavoráveis aos compradores, tais como redução de ofertas.

Outras formas de tutela existem, como a previsão de crimes contra a economia popular, porém não tão eficazes como as previstas na Legislação em apreço.

### 3 O Direito do Consumidor

Nas últimas décadas, confere-se uma nova concepção do direito voltada a valores sociais e a tutela à coletividade, sendo apontado como mais eficaz na medida em que amplia a proteção e, neste diapasão, surge a consciência sobre os direitos dos consumidores, que, diante de sua vulnerabilidade nas relações de consumo, necessitavam de proteção especial. Essa tendência foi recepcionada pela Constituição Federal do Brasil de 1988 em dois de seus capítulos: no dedicado às garantias fundamentais (artigo 5º, XXXII - "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor") e no destinado à ordem econômica (artigo 170 que se refere à observância da ordem econômica ao princípio defesa do consumidor, V).

Após, a era do consumidor é completamente concretizada com o advento da avançada Lei nº 8.078, de 11-09-1990, que disciplina as relações de consumo e eleva o consumidor como sujeito de direitos especiais. O consumidor, enquanto pessoa física, é possuidor de direitos fundamentais, já quando for pessoa jurídica ou agente econômico, a tutela jurídica será a do artigo 170 da Constituição Federal, sendo seu direito limitador da livre iniciativa (Cf. Marques, 2002, p. 306-308).

Além de estabelecer direitos e obrigações no âmbito do consumo, a referida legislação traça diretrizes para a devida proteção do consumidor através "da política nacional de relações de consumo", cujo objetivo é desenvolver mecanismos para o "atendimento às necessidades e garantias básicas dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a

proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (artigo 4º, *caput*). Entre os princípios que orientam a proteção, destacamos:

*Artigo 4º, III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.*

Em relação à execução da política ventilada, o artigo 5º estabelece, nos incisos I ao V, os instrumentos que auxiliarão o Poder Público a executá-los, sendo eles: manutenção de assistência gratuita aos consumidores, instituição de promotorias especializadas, criação de delegacias de polícia especializadas, criação de juizados especiais de pequenas causas e Varas especializadas e concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das associações de defesa do consumidor.

Verifica-se que, ao mesmo tempo em que a proteção do consumidor é reconhecida como princípio da ordem econômica, o Código de Defesa do Consumidor revela obediência aos princípios da ordem econômica, buscando compatibilidade entre os dois sub-sistemas na medida em que se reconhece a união de interesses, não se olvide, entretanto, que o sistema do consumidor foi desenvolvido como proteção contra as ações de mercado e que, caso ocorra conflito, deve-se primar pela defesa do consumidor, e não da livre iniciativa, conquanto condizente com o interesse da sociedade (Cf. COMPARATO, *apud* LUCCA, 1992, p. 85)º.

#### 4 O poder do consumidor diante do poder do mercado e da concorrência

É interessante frisar, nesta etapa, que a preocupação com a proteção do consumidor esteve presente em todos os sistemas estudados, tanto na teoria da concentração como na da concorrência. Em verdade, o interesse na

º No tocante a existência de conflito entre os interesses dos dois sistemas, o Comercialista Newton de Lucca entende que o princípio da livre iniciativa por ser também fundamento da ordem econômica prevalece frente ao princípio da proteção ao consumidor, enquanto o Doutrinador Fábio Comparato sustenta: “Será possível afirmar que a proteção ao consumidor deve subordinar-se ao princípio da liberdade empresarial? Não é, pelo contrário, o inverso que deve ser sustentado, como adverte lucidamente Adam Smith? Faz sentido defender-se, ainda hoje, que a livre concorrência é garantida pelo Estado em benefício dos próprios concorrentes e não do mercado como um todo e do consumidor como especial, como razão de ser e objetivo dessa liberdade empresarial? Contra o que deve o consumidor ser protegido, senão contra os interesses próprios dos produtores e distribuidores de bens e prestadores de serviços? De que maneira se pode dar algum sentido concreto e coerente a mandamento constitucional de defesa do consumidor, se este há de se submeter ao interesse dos empresários?”

satisfação do consumidor é o objetivo da reestruturação das sociedades e do mercado como um todo, no entanto, sob outra ótica, a proteção ao consumidor também reduz a amplitude da livre iniciativa.

Função delicada é a do legislador ao buscar fomentar o crescimento industrial ao mesmo tempo em que deve primar pelo bem estar social, resguardando garantias fundamentais e a dignidade da pessoa humana, porém, a preocupação em buscar conciliar é salutar ao interesse do consumidor e dos próprios agentes econômicos. Ora, quando flui a livre concorrência são conseqüências: o desenvolvimento industrial, a acessibilidade de preços, a melhor qualidade e maior diversidade dos produtos e serviços, o aprimoramento da tecnologia, a inexistência de barreiras no mercado e, sobretudo, o equilíbrio das relações entre agentes econômicos e consumidores.

Observa-se a estreita ligação existente entre o sistema do consumidor e o da concorrência, que primam pelos mesmos resultados, embora com nortes diferentes. A similitude é encontrada a partir da nossa Constituição Federal, que eleva os dois sistemas ao mesmo patamar de limitadores da livre iniciativa e veículo para a realização da justiça social, e, após, na legislação ordinária: a lei nº 1.521 de 1951, que define os crimes contra a economia popular, é considerada como diploma de defesa do consumidor e da concorrência; a Lei nº 8.884/94, incumbida de defender a ordem econômica, cita, tão logo em seu artigo primeiro, como ditame orientador de sua atuação o princípio da defesa da concorrência; o Código de Defesa do Consumidor estabelece como princípio de atuação a observância aos princípios da ordem econômica.

Também estão próximos em termos estruturais de seus órgãos de proteção: a SDE, ente hierarquicamente superior ao CADE, é subordinada ao Departamento Nacional de Proteção do Consumidor.

Ainda, na disposição de instrumentos pela Lei nº 8.078, “Os próprios consumidores são, pela lei, autorizados a iniciar judicialmente processos que visem fazer cessar práticas abusivas (artigo 29), o que mais uma vez mostra a proximidade dos interesses dos consumidores com assuntos de concorrência, embora até hoje não haja precedentes” (Lopes, 2000, p.80), sem contar com o instituto do compromisso de desempenho, previsto no artigo 59, que é um mecanismo do controle preventivo em que as partes se comprometem a minimizar os efeitos anticoncorrenciais da operação e maximizar os seus benefícios, tendo o consumidor legitimidade para fiscalizar.

Embora haja essa ligação entre essas searas, sendo, reconhecida-mente o consumidor o norte das práticas de mercado, o Direito Concorrencial limita-se a defender, primeiramente, a proteção ao mercado (CF. LOPES,

2000: 87)<sup>10</sup>, e o consumidor encontra-se a mercê de órgãos descentralizados, que não possuem o poder normativo como aquele direito, sendo o seu instrumento de proteção desproporcional ao poder econômico das empresas, o que prejudica bastante a sua proteção eficaz.

O CADE, em suas decisões, sustenta ser competente para defender precipuamente o mercado e o interesse do consumidor, na hipótese do interesse coletivo, ainda que objeto indireto, porém, quando se trata do interesse individual, este é da competência dos órgãos de defesa do consumidor. A lesão ao consumidor apenas é averiguada quando evidenciar a prática de abuso do poder econômico (Cf. LOPES, 2000, p.86).

## 5 Conclusão

Nada obstante a proteção dos direitos do consumidor, o abuso do poder econômico tem se verificado nas relações econômicas, demonstrando uma lacuna de ordem prática, ou seja, a estrutura de proteção do consumidor tem se revelado insuficiente para proteger amplamente os seus interesses. Este fato se evidencia nas infrações aos interesses globais ou individuais dos consumidores, que são prejudicados diante da sua hipossuficiência face ao poder das grandes empresas. Tal situação vem sendo crescentemente detectada após a internacionalização do mercado brasileiro, quando os consumidores nacionais têm enfrentado o poder das grandes empresas estrangeiras instaladas no Brasil.

Podemos afirmar que o suporte legal, os órgãos de proteção ao consumidor e a atuação do Ministério Público tem assegurado um nível razoável de proteção. entretanto, a diversidade de demandas denuncia a existência de matérias que não são alcançadas pela estrutura de proteção atual. Fato que, acreditamos, não ocorreria se houvesse uma atuação conjunta entre o Sistema da Concorrência e o Sistema do Consumidor.

Situação diferente é quanto ao interesse mercadológico, em que há, de fato, órgãos especialmente criados para a sua proteção.

O Direito da Concorrência busca a preservação do mercado livre e competitivo, que terá como reflexo o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços, a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, a distribuição equitativa entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro (artigo 54 da lei 8.884/94). É notável que a realização desses objetivos atendem aos interesses dos consumidores, ou seja, a tutela mercadológica supriria o interesse do

<sup>10</sup> "O estudo realizado mostra que o CADE está aberto a receber queixas dos consumidores e não se recusa a examinar contratos privados. Ao fazer isto, entretanto, não se considera como órgão de jurisdição sobre negócios privados, senão quando eles apresentem algum efeito macrosocial ou macroeconômico, ou seja, quando resultem atual ou potencialmente em diminuição do ambiente concorrencial. O CADE encara os interesses dos consumidores como um subproduto de mercados competitivos e eficientes".

usuário final, entretanto, a violação dos princípios éticos da concorrência tem gerado um espaço nebuloso entre os dois sistemas.

Essas breves reflexões nos levam a indagar sobre a possibilidade do CADE, efetivamente, atuar ao mesmo tempo como órgão de defesa do mercado e do consumidor? Perguntamos, ainda, se a lógica do direito da concorrência, que difere da do consumidor, não poderia refletir sobre a lógica consumerista e enriquecer seu conteúdo no ambiente do mercado?

Destarte, não se estaria em tempo de fazer uma revisão no sistema concorrencial, voltando-se também, em primeiro plano, aos interesses do consumidor, e não supletivamente, com o fito de primar pelo interesse da coletividade?

Como se constata, de tamanha complexidade é o tema em estudo, o qual pretendemos aprofundá-lo em sede de trabalho de pós-graduação e que sugerimos, diante da sua atratividade e poucos trabalhos a respeito, que estudos a respeito sejam desenvolvidos.

## 6 Referências bibliográficas

BRIAND, Daniele Meledo. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, (35):38-59, jul./set., 2000.

BULGARELLI, Waldírio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 6ª ed. São Paulo, Atlas, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *A Nova Lei das Sociedades Anônimas: seu modelo econômico*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 1998. v.4.

*Código Comercial*. 14ª ed. São Paulo, ed. Saraiva, 1999.

*Código Comercial, Código Tributário, Constituição Federal*. Coordenadora: Anne Joyce Angher. 2ª ed. atual. até 31-12-2001. São Paulo: Rideel, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macroempresa*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. v. 4.

COSTA, Maurício de Moura. O princípio Constitucional da Livre Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, 5 (1): 7-25. 2000.

CRUZ, Rui Santa. Os princípios da prevenção antitruste. Voto vogal do conselheiro Rui Santa Cruz sobre o Ato de concentração nº 08012.005846/99-12 - AMBEVE. **Revista do IBRAC**, São Paulo, 7(6), Jan., 1997.

DUTRA, Pedro. A concentração do Poder Econômico e a Função Preventiva do CADE. **Revista do IBRAC**, São Paulo, 4(1):5-19, 1997.

FRITSCH, Herbert Jorge. **Cisão nas limitadas**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

LOPES, José Reinaldo. Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, (34): 79-87, abr./jun., 2000.

LUCCA, Newton de. O código de defesa do consumidor: Discussões sobre o seu âmbito de aplicação. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, (85): 86-89, jan./mar., 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito do Consumidor. Aspectos práticos perguntas e respostas**. 2ª ed. São Paulo, Edipro, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos do Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1952. v. 3, 4 e 5.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo. Saraiva, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Regulação e concorrência. (estudos e pareceres)**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 21ª

ed. rev. e ampl. São Paulo, Cortez, 2000.

ULHOA, Fábio Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.v.2.

VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, (35):219-231, jul./set.,2000.

# ODIREITO DO CONSUMIDOR NA ERA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO: ANÁLISE DOS ASPECTOS ESTRUTURAIS E JURÍDICOS

Amanda Karina Bezerra Galdino de Araújo,  
Acadêmica do 8º período do Curso de Direito - UFRN.

*01. Introdução. 02. Breves considerações históricas. 03. Conceito de comércio eletrônico e suas espécies. 04. A figura do provedor na constituição do contrato de consumo. 05. Deveres e responsabilização dos provedores frente aos consumidores virtuais. 05.1. Da responsabilidade do provedor pelo fato de terceiro com sua atividade relacionado. 05.2 Da responsabilidade do provedor pelo fato de terceiro. 05.3. Meios de prova utilizados para caracterizar o comércio eletrônico. 06. Legislação aplicada nas relações de consumo via comércio eletrônico - interna e externa e o direito de arrependimento. 07. Comentário ao art.13 do Projeto de Lei nº 1589/99 da OAB/SP. 08. Conclusão. 09. Referências Bibliográficas.*

## 1. Introdução.

A informática tornou-se o eixo atrativo da sociedade digital, implicando na necessidade de reestruturação do sistema legal mundial, portanto, de abrangência transnacional. Como conseqüência, essa maravilha tecnológica vem abolindo as barreiras do comércio convencional, criando a necessidade de cooperação planetária ao combate do crime virtual, exatamente como se tenta fazer, no mundo real, com o combate do comércio internacional de drogas, bem como, em outro plano, se intenta a regulamentação do documento e comércio eletrônicos, assinatura digital e conseqüente ciber-crimes. Constata-se a evolução científica da computação eletrônica e suas influências em diversos outros setores, todavia o diferencial entre a informática e outras áreas do conhecimento é a contemporaneidade, transnacionalidade e dinâmica revolução dos bytes. Sem nos darmos conta, sutilmente, vamos sendo envolvidos, dia-após-dia, nesse cipoal virtual, numa terra sem lei, conhecido apenas por rede mundial de computadores, sem que notemos suas profundas implicações no âmbito jurídico, filosófico, político e sócio-cultural.

A razão de nossa reflexão, desse modo, se faz necessária para que investiguemos não só a natureza e institutos do comércio eletrônico, mas principalmente, qual a forma de regulamentação e aplicação das normas referentes ao Código de Defesa do Consumidor nesse imbricado mundo das relações virtuais.

## 2. Breves considerações históricas.

Data de 1996, a iniciativa da UNICITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Eletrônico) em adotar a Lei Modelo sobre comércio eletrônico, propondo as principais normas a serem adotadas nas legislações nacionais, visando a criar ambiente internacional para o desenvolvimento dessa nova modalidade de negócios. Em 1º de julho de 1997, o então Presidente do Estados Unidos, Bill Clinton propôs uma série de linhas mestras a serem incorporadas pelos países, quer no âmbito de suas legislações, quer no que tange ao procedimento dos governos e das empresas, de forma a permitir o progresso global do comércio. Paralelo a isto e no mesmo período ocorreu a “Global Information Networks, que resultou em recomendações sobre o comércio eletrônico no âmbito da Comunidade Européia e da cooperação internacional. De tais movimentos, resultou a declaração conjunta sobre comércio eletrônico, firmada pelos Estados Unidos e União Européia”. (MARZOCHI, p.94, 2000).

No Brasil, no entanto, não há lei que regulamente ou trate sobre comércio eletrônico, existem apenas projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, dentre os quais se pode citar: O Projeto de Lei nº 1.589/99 da OAB/SP que trata do comércio eletrônico e o Projeto de Lei nº 22 que dispõe acerca dos documentos produzidos e armazenados em meio eletrônico e o Projeto de Lei nº 148 que trata da assinatura digital e fatura eletrônica.

O crescimento do comércio eletrônico deu-se, nesse sentido, a partir de 1995, e desde então, segue um contínuo e acelerado ritmo de crescimento. Os especialistas chegam a dizer que “o comércio eletrônico representa para a revolução da informação o que a ferrovia representou para a revolução industrial”. (DRUCKER, p.118, 2000). Em vista disso, a indústria ligada ao comércio eletrônico deve estar atenta, primeiro, ao perfil do consumidor com o qual estará se relacionando, já que este, ao menos em tese, encontra-se capacitado e disposto a exercer plenamente seus direitos; e em segundo, e mais específico plano, a adotar processos de comunicação e notificação extrajudiciais por meios eletrônicos, o que poderá resultar em sérios prejuízos aos fornecedores de produtos e serviços que não adotarem sistemas de controle de reclamações efetivamente eficazes.

### 3. Conceito de comércio eletrônico e suas espécies.

Com a propagação das novas tecnologias digitais e a popularização da internet, grande parte das atividades que se realizavam habitualmente, também ganharam formato eletrônico. Assim, institutos simples, como a operação de compra e venda de produtos ou prestação de serviços, ganharam complexidade ao se realizarem em estabelecimento virtual. Mas, o que vem a ser o comércio eletrônico? Também conhecido como *e-business* e *e-commerce*, o comércio eletrônico pode ser entendido como qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente ao invés de intercâmbio ou contato físico direto.

Na visão de Albertin, o comércio eletrônico seria:

*A realização de toda a cadeia de valores dos processos de negócios em um ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa de tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. Os processos podem ser de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio a negócio, negócio a consumidor e intra-organizacional, em uma infra-estrutura de informação e comunicação predominantemente pública, de acesso fácil, livre e de baixo custo. (ALBERTIN, p.63, 2000).*

Entretanto, o comércio eletrônico não está somente restrito às vendas e aquisições por meio eletrônico, inclui também a oferta de produtos e serviços, sua publicidade, o intercâmbio de informações entre o site e o cliente, os pagamentos eletrônicos, os serviços de pré e pós-venda, dentre outros.

Assim como no comércio *off line*, o comércio *on line* também tem como destinatário final o consumidor, que segundo o art.2º do CDC “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O art.3º, por sua vez traça a definição do fornecedor, como sendo:

*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, exporta-*

*ção, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.<sup>1</sup>*

De onde se verifica a existência de dois tipos de comércio eletrônico, quais sejam: empresa-empresa e empresa-consumidor.

Também denominado *business to business*, o comércio eletrônico *empresa-empresa* é aquele que é realizado entre empresas e/ou pessoas jurídicas para estabelecer trocas de informações comerciais ou adquirir produtos e serviços como destinatários finais. Todavia, essas transações são consideravelmente seguras, devido à forma com que se realizam. O comércio *empresa-consumidor*, por óbvio é aquele que trata da oferta eletrônica de produtos e serviços ao destinatário final, que é a pessoa física. Esta modalidade, porém, vem acarretando, hodiernamente, diversas alterações no campo do Direito, sobretudo no campo do Direito do Consumidor.

#### 4. A figura do provedor na constituição do contrato de consumo.

O sucesso dos negócios na rede de computadores é altamente promitente e vem atraindo de maneira fugaz empresas e empresários. Estudos concluem que a presença virtual pode significar a sobrevivência da própria empresa. O consumidor tem na redução do custo do produto seu interesse maior, visto que tal valor chega em média a decrescer em torno dos 15%. Por outro lado, o fornecedor pode ter por reduzidos, em até 80% seus custos associados à estrutura e fornecimento do produto vendido. Seria, tal forma de comercialização, uma das maravilhas do mundo moderno, se não carecesse de uma regulamentação específica e de um trato mais atento no que tange a sua operacionalização, já que aos olhos do consumidor o fornecedor é todo aquele que se torna responsável pelo fornecimento de produtos e serviços, e independentemente da venda ter sido realizada num estabelecimento físico ou virtual, em nada seus direitos podem ser alterados.

*Os provedores são aqueles que disponibilizam ao público em geral, usuário da internet, através de suas home pages, uma variedade de informações, bens e serviços, muitas vezes em caráter gratuito, mas que geralmente exigem do interessado o pagamento de uma taxa de subscrição ou uma compensação econômica. (ROSSI & SANTOS, p.118, 2000).*

<sup>1</sup> Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Resta claro, que a figura do provedor se encaixa como a do fornecedor, definida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A atuação dos provedores, de um lado, e dos usuários, de outro, caracteriza a existência de uma típica relação de consumo. Com efeito, tanto o provedor de acesso quanto o provedor de conteúdo (bens e serviços) estabelecem com o usuário da internet um contrato baseado numa relação de consumo. Senão, vejamos: o provedor de acesso obriga-se a prestar serviços de conexão e transmissão de informações, através dos quais disponibiliza acesso aos *sites* e *home pages* e fornece atividades complementares, como a comunicação interpessoal (correio eletrônico e *chats* de conversação), a transmissão de dados, etc. O provedor de conteúdo (bens e serviços), oferta e comercializa bens e serviços, que são fornecidos a medida em que o usuário, aceitando a oferta de contratação eletrônica, adere aos termos e condições de fornecimento contidos na oferta. A diferença básica entre as duas atividades é que, enquanto o provedor de acesso assume uma obrigação de prestação tipicamente de execução continuada, o segundo nem sempre estabelece uma relação jurídica duradoura.

O contrato de prestação de serviços do provedor tem por objeto principal o acesso a internet, com ou sem licenciamento de programas, em caráter individualizado e contínuo, a título oneroso ou gratuito, por prazo determinado ou indeterminado. A formação do contrato se dá, geralmente, pela própria rede, através de e-mail, logo é um contrato que se opera entre ausentes. Como em qualquer outro contrato, para validade e eficácia do mesmo, necessário se percebe atenção aos requisitos e exigências previstos em lei, conforme determinação explícita do art. 82 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, e forma prescrita ou não defesa em lei).

A necessidade de informação ao consumidor é um requisito também essencial de validade das disposições contratuais, devendo conter o instrumento, de forma clara e inequívoca, todas as informações pertinentes ao objeto do contrato, forma de execução, rescisão ou resolução, pagamento, responsabilidades, etc. Outro requisito a ser comentado é o da identificação dos contratantes, onde deve constar as respectivas qualificações, em especial no tocante ao endereço físico do estabelecimento do contratado, sob pena da criação de óbice a localização efetiva para fins de responsabilização do provedor contratado.

Com relação à natureza jurídica da relação, onde os dois pólos são o provedor e o usuário dos serviços, temos a definição da professora Claudia Lima Marques, citada pelo advogado Bernardo Rucker: "*são relações de consumo todas aquelas relações contratuais ligando um consumidora a um profissional, fornecedor de bens ou serviços*". (RUCKER, p.4, 2002). Assim, diante das definições já traçadas sobre quem são os consumidores, fornecedores e provedores, não resta dúvida de que tal relação se desenvol-

ve sob a forma de uma relação de consumo, num contrato de adesão, pois presentes os requisitos essenciais à configuração de ambos, visto que há o oferecimento de um produto, uma contratação com o provedor, sob forma não viciada, e o consumo do bem, serviço ou produto adquirido, bem como uma aderência às cláusulas propostas pelo provedor. Restando acrescentar, que a única forma de não considerarmos a pessoa jurídica que utiliza a internet como consumidora, seria se ela conseguisse provar que o faz tão somente com o objetivo exclusivo de agregar informações e benefícios colhidos por tal uso a sua cadeia produtiva.

Também se pode citar, ainda como características dessa relação de consumo virtual, a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. A vulnerabilidade encontra-se presente na necessidade indiscutível de acesso a rede mundial de computadores, também na oferta indiscriminada, abundante e direta dos meios de publicidade, que adentram incessantemente a tela do computador do usuário, numa verdadeira pescaria de consumo.

A hipossuficiência consiste em que muitas vezes os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, às vezes com saúde frágil, ou aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço são induzidos pela fome desenfreada do consumo e acabam adquirindo produtos que não satisfazem plenamente suas necessidades, ou sem observar com o devido cuidado questões relativas a qualidade, garantia para devolução, e outros aspectos não só intrínsecos ao produto oferecido, bem como também em relação ao próprio contrato firmado. É sabido que a utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.

Os contratos eletrônicos em regra são oferecidos ao usuário em modelo uniforme, contendo as cláusulas essenciais (comprador, objeto e preço, condições de pagamento) e as cláusulas acessórias. Ao consumidor compete apenas preencher os dados faltantes e manifestar seu consentimento quanto aos termos e condições propostos mediante o acionar do botão do mouse nos campos apropriados. É uma forma de contrato de adesão, ou o contratante aceita, ou não aceita e não tem acesso a serviço, podendo incidir o art.54 do CDC, aplicável a essa espécie de contrato, mesmo que via internet.

## **5. Deveres e responsabilização dos provedores frente aos consumidores virtuais.**

A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar aos consumidores informações corretas, claras, ostensivas, e em língua

portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados. É o que está previsto no art.31 do Código de Defesa do Consumidor. De modo que as informações ou publicidade veiculadas por qualquer forma ou meio de comunicação, incluindo-se aí a internet, com relação a produtos e serviços, necessariamente obriga o fornecedor.

Verifica-se nos arts. 18 a 20 do CDC, que se consideram viciados, em relação à qualidade ou quantidade, os produtos ou serviços que apresentarem disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo inclusive o consumidor exigir a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, se mesmo assim a mercadoria viciada lhe oferecer alguma utilidade e com ela desejar permanecer. Assim, as informações e indicações divulgadas pelo estabelecimento virtual devem ser claras, e, sobretudo, verdadeiras, para que não fique configurado o vício de fornecimento, o que acarretara grande infortúnio ao fornecedor, pois o consumidor prejudicado estando respaldado por toda a legislação consumerista deve fazer valer os seus direitos.

Toda publicidade enganosa e/ou abusiva, veiculada via internet, e desde que demonstrado o seu beneficiário, autor e titular, deverá ser reprimida, de acordo com os art.36 a 38 do CDC. Essa responsabilidade (civil, penal e administrativa) é adstrita unicamente ao anunciante, tal qual ocorre com o canal de televisão, com o jornal impresso, como rádio, etc. Quando o titular do site é apenas o veiculador do informe publicitário, disponibilizando o respectivo espaço, não responde por publicidade enganosa ou abusiva, que ocorre apenas quando anuncia seus próprios produtos ou serviços. Importante salientar que todas as disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor a respeito das cláusulas abusivas têm plena aplicação ao comércio eletrônico, devendo ser consideradas nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais arroladas pelos arts. 51 a 53 do CDC, como, por exemplo, as que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza, que subtraíam do consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, que transfiram responsabilidades a terceiros, que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, dentre outras.

Do que se extrai pelo acima demonstrado, aplicam-se aos contratos de provedor de internet todas as disposições presentes na Lei nº 8.078/90, principalmente no que tange à reparação de danos. Algumas questões relativas à responsabilização do provedor, todavia, merecem comentários, justamente pelas peculiaridades inerentes a esses contratos atípicos.

É de solar clareza a responsabilidade oriunda das relações e produtos oferecidos pelo provedor ao usuário, de forma direta. Ou seja, o provedor de internet responde por qualquer vício ou defeito no fornecimento dos

serviços, objeto do contrato, como o gerenciamento da caixa postal, o fornecimento de programas, a lentidão nos acessos, a venda de softwares por parte do provedor, etc. É a configuração da chamada responsabilidade contratual, inerente às normas que tutelam os direitos do consumidor. Desse modo, vê-se que todas as normas da lei de proteção ao consumidor são aqui aplicáveis aos abusos existentes nos contratos formulários de serviços de provedor de internet. Como exemplos de tais abusos, citamos a cláusula que limita a responsabilidade pelo congestionamento das linhas telefônicas, que em primeira análise, trata-se de maneira fácil de eximir-se de danos, imputando qualquer falha a terceiro, no caso o operador dos serviços de telefone, e, por segundo, bate de afronta ao artigo 39, I, do CDC.

Diversos outros abusos podem ser encontrados na análise específica de cada contrato, porém com a firme colocação de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor de forma integral as práticas vedadas nesse diploma legal estabelece-se o ponto de partida para se estabelecer a responsabilização de forma mais satisfatória.

Questão mais complexa é aquela que levanta a hipótese de responder o provedor de internet por todas as transações e conteúdos ofertados por terceiros, dentro de uma responsabilidade extracontratual, que ultrapassa a gama de serviços e produtos por ele diretamente disponibilizados para o consumo direto de seus serviços. Nesse ponto devem ser estabelecidas duas vertentes: a responsabilidade do provedor pelo fato de terceiro com sua atividade relacionado, e a responsabilidade do provedor apenas pelo fato de terceiro, ou seja, sem apresentar relação com sua atividade.

### **5.1 Da responsabilidade do provedor pelo fato de terceiro com sua atividade relacionado.**

Na primeira espécie, e uma vez superada a questão da responsabilidade contratual do usuário do serviço do provedor por parte do próprio provedor na qualidade de fornecedor de serviços e produtos, surge aqui a necessidade de demonstração de uma responsabilidade inerente a terceiros que, de uma forma ou outra, interagem com a atividade empresarial do provedor de internet, atraindo para este, uma responsabilidade na esfera extracontratual.

É a responsabilidade para com os atos de terceiros que utilizam, da mesma forma que o usuário aqui em tal condição retratado, os serviços do provedor, quer seja locando espaço em seu servidor, quer seja anunciando em suas páginas, quer seja vendendo produtos e serviços e remunerando o servidor para tanto. Contribuindo para que o consumidor adquira ou utilize-se de tais produtos ofertados, mediante a participação indireta do provedor.

Para uma melhor visualização da responsabilidade que se pretende demonstrar, deve-se esclarecer, primeiramente, se o fornecedor está ligado de forma direta ou indireta ao provedor, onde poder-se-ia aplicar o disposto no parágrafo único do art. 7º do CDC, no caso de defeito ou vício qualquer na execução de serviços ou na entrega da coisa (em caso de compra e venda *on line*) imputado ao terceiro fabricante fornecedor: “*Parágrafo único. Tendomais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos, previstos nas normas de consumo*”.

Ao comentar tal norma, os autores do anteprojeto do CDC afirmam que como a responsabilidade é objetiva, decorrente de simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado ou então a prestação do serviço. Analisando tal visão parece que o provedor de internet responde pelo conteúdo ali disponibilizado para seus clientes, por se considerar que possui o controle sobre a locação de seu espaço publicitário. Mas a solução não parece tão fácil. Se admitirmos com total frieza a aplicação de citada norma, teremos uma responsabilidade sem limites imputada ao provedor, sob todos os produtos e serviços negociados, ainda que sem sua participação direta, condição que poderia tornar impraticável a atividade.

É bem verdade que os provedores tem se demonstrado displicentes com o conteúdo do material por eles colocado na rede, procurando eximir-se de qualquer responsabilidade nesse sentido. Todavia, Bernardo Rucker citando o mestre Nelson Nery Junior nos ensina que:

*No regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal de o fornecedor indenizar é considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito, sendo, pois ilegítima, sua inclusão nos contratos de consumo. (RUCKER, p.9, 2002).*

Por outro lado, verifica-se que os usuários estão cada vez mais preocupados com a proliferação generalizada das informações na internet. São os casos de pedofilia, ataques pirata a bases de dados, empresas que não entregam os produtos, divulgação e incitação ao uso de drogas, etc. Atento a essas perigosas e possível manifestar a opinião de que os provedores devem assumir e serem responsabilizados pelo conteúdo e transações que, de uma forma indireta, tenham sim, utilização de seus serviços. Essa solução já é adotada em outros países, podendo extrair alguns exemplos do Direito

Comparado Americano, como no caso do mega portal Yahoo que encontra-se sofrendo severo processo por parte das empresas Nintendo, Electronic Arts, e Sega, que acusam o site de permitir a venda ilegal de videogames falsificados em seus leilões. Dependendo do caso, no entanto, o provedor poderá eximir-se de sua responsabilidade caso prove a culpa exclusiva do consumidor ou terceiro (art. 12, § 3º, III e art. 14, § 3º, II do CDC).

A sugestão que se oferta para o deslinde da questão seria a aplicação da solidariedade passiva às relações de consumo oriundas de serviços que envolvam de forma indireta os provedores de serviço de internet, desde que observadas as peculiaridades do caso concreto, e estando-se atento para a efetiva possibilidade de controle por parte do servidor sobre as informações e idoneidade de seus anunciantes e contratantes.

## 5.2 Da responsabilidade do provedor pelo fato de terceiro.

Passemos, agora, à análise da responsabilidade em campo mais abrangente, não ligado ao ramo da atividade, parcerias comerciais e afins do provedor de internet aqui considerado singularmente como sujeito passível ou não de responsabilização civil.

São os chamados terceiros que não possuem qualquer relação para com o provedor. O usuário chega ao seu conhecimento não mediante anúncio, indicação ou outro meio de divulgação utilizado de forma direta pelo provedor, mas sim através de outras fontes, tendo o provedor de internet participação tão somente em virtude de ter disponibilizado ao usuário o acesso do mesmo a rede mundial de computadores. É absurdo pretender que responda o provedor por casos, como, por exemplo, ter o usuário obtido acesso a métodos de fabricação de entorpecente químico obtido em *home page* européia, ou ainda pela contaminação de seu computador através de vírus de um arquivo a sua pessoa enviado aleatoriamente, ou simplesmente pelo fato de ter o provedor permitido ao usuário o acesso à rede mundial de computadores, e, conseqüentemente, às informações consideradas ilícitas ou que eventualmente venham causar qualquer tipo de dano reparável ou indenizável. É, analogicamente, o mesmo que pretender responsabilizar o fabricante de fax pelas mensagens a ele transmitidas.

Bem verdade é, que atualmente, pode o provedor de internet, até como meio de constatar a eficiência de sua publicidade indireta, rastrear as páginas visitadas pelo seu usuário, mas tal rastreamento não pode, em hipótese alguma, ser confundido com controle ou censura, ficando completamente impossível ao provedor limitar ou tutelar o acesso de seu usuário às infinitas variedades de *home pages*, serviços e produtos disponibilizados na rede mundial de computadores.

### 5.3 Meios de prova utilizados para caracterizar o comércio eletrônico.

Os recursos utilizados por quem compra na rede mundial de computadores para respaldar a transação - troca de e-mails e a impressão do documento - servem em juízo apenas como prova oral, no caso de conflitos. O ideal é que, além de imprimir o documento, o consumidor, para sua própria segurança, procure obter a confirmação da compra, solicitando, por exemplo, um fax do pedido.

Segundo Newton de Lucca,

*A criptografia (escrita oculta de origem grega) desenvolvida por antigos métodos de transposição e substituição de símbolos, consiste na técnica de embaralhamento, com códigos simétricos, de dados confidenciais, que poderão ser identificados apenas por fonte segura. Este é, na atualidade, um dos meios mais garantidos de manter o sigilo das informações na rede. (LUCCA & SIMÃO, p.277, 2001).*

Os ensinamentos de Gustavo Corrêa nos demonstram que:

*Dentro de uma linguagem simples, essa tecnologia funciona da seguinte maneira: o programa codifica um documento-texto, utilizando para isso a chamada chave-pública, que consiste basicamente num número longo. Ele transforma todo o documento em caracteres legíveis. E assim, somente quem possui a outra chave, a privada, poderá acessar e decodificar o documento. (CORRÊA, p.78, 2000.).*

Outros métodos de identificação digital existem e estão sendo desenvolvidos, tanto com o uso de sistemas de criptografia, como de tecnologias biométricas, que se baseiam em características físicas e comportamentais dos indivíduos, tais como impressões digitais, investigação da retina, reconhecimento de voz, dentre outros.

Feitas essas observações, cumpre ressaltar, que, na legislação interna o Código de Defesa do Consumidor, em seu art.6º, inc. VIII prevê a facilitação da defesa do consumidor, através da inversão do ônus da prova, a seu favor, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. É mais plausí-

vel entender que uma vez apresentada pelo consumidor a prova documental, ela terá valor probatório de documento, e não de prova oral, pois caberá ao fornecedor (provedor) descaracterizar tal prova.

## **6. Legislação aplicada nas relações de consumo via comércio eletrônico - interna e externa e o direito de arrependimento.**

Ao analisarmos a legislação que versa sobre as relações de consumo via comércio eletrônico, duas proposições devem ficar bastante claras: a primeira refere-se ao fato de que nas relações de consumo via comércio eletrônico interna, ou seja, limitando-se ao território brasileiro será aplicado o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor; por outro lado, e com relação a segunda proposição na configuração deste tipo de relação no âmbito externo, ou seja, extrapolando-se o limite do território nacional, será aplicado o art.9, § 2º do nosso Código Civil, que diz: “A obrigação resultante do contrato reputar-se-á constituída no lugar onde residir o proponente”.

Desse modo, vê-se que na aplicação da legislação externa a operação será regida pelo princípio do *pacta sunt servanda*, todavia a matéria não encontra-se pacificada, existindo inclusive julgados no sentido de que o CDC (Código de Defesa do Consumidor) poderá ser invocado em virtude da solidariedade existente na responsabilização das relações de consumo.

Com relação à questão do direito de arrependimento, estatui o art.49 do CDC que: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone em domicílio”.

Verifica-se que tal disposição tem aplicação imediata em relação ao varejo virtual, já que tem ocorrência quando a contratação de fornecimento de produtos e serviços se der fora do estabelecimento comercial. Doze anos atrás se pensava apenas na aplicação às compras efetuadas por catálogo ou telefone, porém vê-se que esse dispositivo adequa-se perfeitamente às compras realizadas via internet.

O problema do arrependimento nas compras *on-line* é de fato bastante comum e permite mostrar, segundo a inteligência do art. 49 que em sete dias a contar da compra ou recebimento do produto, pode haver o arrependimento por parte do comprador, podendo ele devolver o produto e se ressarcir dos valores eventualmente pagos, a qualquer título. A lei diz ainda que os valores serão devolvidos de imediato e monetariamente atualizados pelo período em que permaneceram com o vendedor. O motivo não é relevante, basta que o comprador entenda que o produto não corresponde ao que se esperava, ou do que foi ofertado.

Há algumas particularidades no negócio on-line, em especial sobre sua concretização. Esta se dá no momento da aceitação da proposta pelo comprador, o que no meio da internet, se traduz pelo clique afirmativo no botão, ou na efetiva comunicação de seus dados pessoais, número de cartão de crédito ou mesmo pelo depósito em conta corrente em nome do vendedor. Passada essa fase, tem-se de identificar os momentos corretos para a contagem do prazo para o arrependimento. Na hipótese de o contrato ser assinado em um dia e o produto ou serviço ser entregue ou prestado. Entende-se que o prazo tem início a partir da efetiva entrega do produto (quando o consumidor o receber em suas mãos) ou da prestação do serviço.

Dos momentos fornecidos pela lei, tem-se o prazo de sete dias para comunicar o desfazimento do contrato, no entanto estabeleceram-se alguns pontos controversos. *In casu*, para a internet pela sua própria característica de velocidade e interatividade, dificilmente se obedecerá tal prazo. Um e-mail, em geral, chega em poucos minutos ao seu destino e mesmo que o ofertante não abra sua caixa postal no prazo legal de desistência, ela será válida, posto que o prazo foi obedecido no envio da mensagem pelo comprador e este não pode ficar à mercê dos hábitos particulares de navegação daquele que lhe vendeu o objeto. Assim, como esclarece Luís Eduardo Schoueri em seu livro *Internet: o Direito na era virtual*, “*somente quando o consumidor recebe o produto ou serviço encomendado é que poderá verificar se este atende, ou não, suas expectativas, ensejando o raciocínio de que se o tivesse visto e examinado preliminarmente, não o teria comprado.*”(SCHOUERI, p.105, 2001)”.

Por fim, vale salientar que como o comércio eletrônico permite que se realizem corriqueiramente transações diversas com empresas de outros estados e até mesmo países, torna-se imprescindível a verificação de idoneidade da outra parte. Mesmo porque uma eventual contenda judicial para fazer valer os direitos do consumidor pode trazer muitos mais problemas do que certas medidas de precaução antes de efetuar a compra.

## 7. Comentário ao art.13 do Projeto de Lei nº 1589/99 da OAB/SP.

*O projeto adotou a técnica de não pretender conceituar os novos institutos, nem criar novos tipos jurídicos, preferindo inclusive manter o estilo de redação dos dispositivos que já dispõem sobre aspectos jurídicos do documento eletrônico, seja no âmbito civil, seja na tipificação penal, de forma a permitir melhor compreensão por parte dos operadores do direito.* (MARZOCHI, p.96, 2000).

O art. 13 trata especificadamente da aplicabilidade das normas de defesa e proteção do consumidor nas relações de consumo efetuadas no meio eletrônico. Nele encontram-se mecanismos que visam facilitar a solução de eventuais conflitos que se dêem nesse meio, quais sejam:

- a) poderá o consumidor utilizar a via eletrônica para notificar e intimar extrajudicialmente o ofertante (provedor);*
- b) deverão os ofertantes disponibilizar espaço de fácil identificação pelos consumidores, de modo a permitir o armazenamento das informações, com data de transmissão para fins de futura comprovação;*
- c) o sistema eletrônico do ofertante deverá oferecer resposta eletrônica automática, confirmando o recebimento de quaisquer intimações e notificações pelo consumidor.*

O projeto veio confirmar aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, bem como agilizar a solução dos impasses porventura oriundos das relações de consumo mediante o comércio eletrônico. Todavia, há outros projetos de lei em tramitação, que buscam regulamentar aspectos diversos, inclusive definindo e tipificando delitos nessa área.

## 8. Conclusão.

Ultrapassados os momentos iniciais do surgimento da internet como fator de impulsão econômica, passa esse veículo, agora, por um processo de acomodação, natural a todo fato social novo. E o comércio apesar de ser por nós conhecidos desde os primórdios da civilização, hoje se apresenta com nova e rebuscada roupagem, de maneira tal, que associado à internet, sob a forma de comércio eletrônico, surpreende, ao mesmo tempo em que assusta os olhos curiosos de toda a sociedade consumidora de produtos e serviços.

Vê-se que as inseguranças dos consumidores em relação às transações eletrônicas tem sido o principal fator de inibição do desenvolvimento do comércio eletrônico, especialmente em virtude da falta de mecanismos legais que dêem garantias mínimas aos consumidores, fato que não deve causar espanto, na medida em que sabemos que o Direito anda a reboque do fato social. Por outro vértice, sabe-se que, hodiernamente, as relações, sobretudo as comerciais se conduzem numa velocidade infinitamente maior, sobretudo quando as pessoas não dispõem de muito tempo e dispõem de mecanismos ágeis, como a internet, o que faz dela, de seus acessos e conexões meios ágeis de flexibilização de compromissos e atividades.

Ademais, o trabalho de efetivação e tutela dos direitos do consumidor tem se mostrado cada vez mais progressista. Há pouco mais de uma década, o consumidor brasileiro estava sujeito a pagar preços altos por produtos que às vezes estavam até mesmo danificados ou estragados. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, esse panorama tem se modificado e embora se reconheça em alguns casos a não aplicação de suas normas, muito se tem feito para a efetivação dos direitos do consumidor no âmbito do comércio eletrônico.

Como exposto, mesmo ainda não existindo leis específicas que tutelem os direitos do consumidor virtual, a analogia vem se adaptando com facilidade na resolução de conflitos, e atrelado a isto se apresentam comissões, como a UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) que busca oferecer ao legislador nacional um conjunto de regras aceitáveis no âmbito internacional que lhe permitam eliminar alguns dos obstáculos, e assim permitir um desenvolvimento mais seguro das vias eletrônicas nas negociações designadas sob a forma do comércio eletrônico (Pinheiro, Reginaldo C., pág.6. 1999) também há projetos de lei, como o 1.589/99 e o 1.483/99, de autoria, respectivamente, do Dep. Luciano Pizzatto e do Dep. Hélio de Oliveira Matos. bem como não se pode olvidar da participação ativa dos órgãos de defesa do consumidor no qual, além de esclarecer, a principal tática tem sido estimular a prevenção entre os consumidores.

Nesse ínterim, há que se dizer que para o desenvolvimento do comércio eletrônico proporcionalmente à sua potencialidade, se faz necessário que consumidores e empresas tenham garantia de que suas transações não serão interceptadas, nem modificadas; e que os mecanismos utilizados para as transações sejam acessíveis, legais e seguros, pois criar esse clima de confiança e condição prévia e essencial para a difusão tranqüila dessa incipiente forma de comercializar.

A proibição *offline*, também deve se estender ao que é *on line*, ou seja, é de extrema importância a disciplina e regulamentação do e-commerce, e alinhado a isto, as instituições de proteção ao consumidor, governos estaduais e a sociedade civil em geral, devem clamar por alternativas que estimulem a produção legislativa e atribuam esforços incessantes para proporcionar um melhor conhecimento da lei, e conseqüentemente, favorecer a maneira mais eficaz para a efetivação dos direitos do consumidor.

O Direito ao visar regular os hábitos e atividades sociais deve, *in casu*, necessariamente acompanhar a evolução exigida pela atual configuração do comércio que se desenvolve nas malhas virtuais; e assim, criar novas regras jurídicas ou alterar interpretações relativas as já existentes, de modo a garantir a segurança jurídica das relações consumeristas.

## 9. Referências Bibliográficas.

ALBERTIN, A.L. **Comércio eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BARRETTO, Petrus. A regulamentação do comércio eletrônico. **Revista Pró Consumidor**. pág.51,dez, 2000.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DRUCKER, Peter. O futuro já chegou. **Revista Exame**, São Paulo, n.6, p.118ª, ed.22 mar.2000.

GANDELMAN, Silvia. A proteção do consumidor na internet. **Revista Pró Consumidor**. pág.49, set, 2000.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. O direito de arrependimento nas compras pela Internet. **Revista Pró Consumidor**. pág.49, nov, 2000.

LUCCA, Newton De & SIMÃO FILHO. **Direito & Internet**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2001.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. **Direito.br : aspectos jurídicos da internet no Brasil**. São Paulo: LTr, 2000.

PINHEIRO, Reginaldo Cezar. O comércio eletrônico e a tutela jurídica do consumidor, Disponível em <http://www.c-i-a.com/199911iu.htm/>, pág.6 dez,1999. .25/09/02

ROSSI, Mariza Delapieve & SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Aspectos legais do comércio eletrônico - contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.36, p118, 2 p.118, 2000.

RUCKER, Bernardo. Responsabilidade do Provedor de internet frente ao Código do Consumidor. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1776>.p.4 e 9.22/09/02.

SCHOUERI, Eduardo Luís. **Internet: o Direito na era virtual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

# A LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE ADESÃO REGULADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cácio Oliveira Manoel

Acadêmico do 9º período do curso de Direito - UFRN

Stepherson Douglas dos Santos

Acadêmico do 6º período do curso de Direito - UFRN

## 1. Introdução

A modernidade das relações contratuais aponta para a formação de novos paradigmas que possam nortear o comportamento dos sujeitos envolvidos no contrato, bem como o arcabouço jurídico possível de ser utilizado na solução de conflitos.

A doutrina tradicional prescreve a máxima insculpida pelo Direito Romano da *Pacta Sunt Servanda*, na qual o contrato será elemento principal na determinação da responsabilidade dos contratantes, bem como a partir dele a norma aplicável ao caso *in concreto* será determinada. Neste modelo, o princípio da autonomia da vontade reveste-se de um caráter extremado, valorizando o poder de contratar atribuído a cada indivíduo, pois, em resumo, cada um sabe o que é melhor para si mesmo, não celebrando um contrato que venha a lhe trazer prejuízos.

Evidente que no seu nascedouro, a *Pacta Sunt Servanda* e a autonomia da vontade tinham um papel social importante na garantia do modelo econômico romano, haja vista a intensificação do comércio e o número limitado de pessoas com legitimidade para contratar, o que gerava uma certa paridade entre os contratantes, podendo até encontrar respaldo a fundamentação ideológica.

Com o aumento do alcance das relações jurídicas, já na Idade Moderna, os instrumentos ideológicos romanos adotaram uma tônica mais utilitarista, na qual os contratantes com maior poder econômico e político tinham maior poder de decisão na formulação dos contratos, entretanto, àqueles que não tinham o mesmo poder eram submetidos às regras “impostas” pelo *Pacta Sunt Servanda*.

Ainda neste período, as relações contratuais tinham um caráter comercial, no qual as relações contratuais de cunho civil ainda não tinham uma expressão relevante. As empresas dominavam as relações jurídico-contratuais e o pensamento jurídico da época voltava suas atenções ao tema.

Na sociedade contemporânea, vemos que essa relação tende a se equivaler, pois as relações entre as pessoas físicas entre si e com as empre-

sas tornaram-se cada vez mais evidentes, o que pugnou por um disciplinamento jurídico próprio.

A necessidade de se proteger a parte mais frágil da relação contratual foi um desafio da ciência jurídica que necessitou construir toda uma sistemática própria para alcançar os objetivos colimados.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor<sup>1</sup> (CDC) é um microssistema jurídico próprio criado sob uma hermenêutica de cunho protetivo e preventivo na defesa do consumidor de produtos e serviços contra ilegalidades, abusividades ou mesmo falhas eventuais ou pré-existentes nos contratos formulados.

O reflexo mais evidente do poder conferido às empresas está no uso corrente do contrato de adesão, o qual mereceu tratamento específico no que tange às relações consumeristas, exatamente para possibilitar o equilíbrio das partes na relação contratual.

O instituto da arbitragem é conhecido pela sociedade humana como um meio autônomo para solução de conflitos, no qual estão presentes os mesmos princípios dos contratos em geral da teoria tradicional, quais sejam a *Pacta Sunt Servanda* e a autonomia da vontade.

Nesse sentido, a possibilidade de solucionar os conflitos de forma célere sem a necessidade da intervenção estatal é uma alternativa para garantia do acesso à justiça.

Estes dois institutos sempre conviveram paralelos e autônomos, porém, no que tange o ordenamento jurídico nacional, a partir da Lei de Arbitragem<sup>2</sup> (LA), começou a existir um choque de princípios entre estes dois instrumentos jurídicos que demandam severas discussões e pesquisas científicas, qual seja: ao permissivo do art. 4º, § 2º, da LA para a instituição da cláusula compromissória nos contratos de adesão.

Como é liçãoomezinha no Direito brasileiro que a referida matéria é tratada especificamente no CDC, surge o conflito de saber da legitimidade do dispositivo da Lei n. 9.307/96 nas relações de consumo pátrias, sendo este o propósito do presente artigo.

## 2. A Arbitragem no Brasil e a Lei n. 9.307/96

Enquanto instrumento autônomo para a solução de conflitos, a arbitragem é amplamente conhecida pela humanidade sendo sempre uma alternativa a jurisdição estatal.

No contexto jurídico nacional, temos um campo normativo de difusão da arbitragem amplo, tendo como marco inicial a Constituição do Império de 1824, no qual previa-se a possibilidade de solução de conflitos entre na-

<sup>1</sup> Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>2</sup> Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

cionais e estrangeiros por via de juízes-árbitros.

O Código Comercial de 1850 também dispõe de forma expressa, em alguns de seus artigos, a possibilidade de utilização da arbitragem. Como exemplo, podemos citar o art. 95.

O Código Civil de 1916, hoje ainda em vigor, apresentava um capítulo exclusivo para regulamentar o assunto, o Capítulo X, o qual mais tarde foi revogado. Mais recentemente, a Lei dos Juizados Especiais<sup>3</sup> tratou do referido assunto, em seu art. 24, que assim dispõe: "Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma presente nesta lei."

É fácil perceber que, de forma institucionalizada, a arbitragem, no Brasil, era relegada a determinados casos, não garantindo a amplitude inerente ao próprio instituto, pois a autonomia da vontade, em tese, é aplicável em qualquer caso em que o conflito verse sobre direito disponível.

Exatamente para garantir tal amplitude, que o legislador criou a LA, a qual instituiu e regulamentou todo o procedimento arbitral, delimitando a competência e as atribuições dos árbitros, bem como os limites de atuação da lei.

Doutrinadores do porte de Pedro A. Batista Martins (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 15), afirma que dois empecilhos básicos eram os responsáveis pelo entrave ao implemento da arbitragem no Brasil, quais sejam, a ineficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação judicial da decisão arbitral.

No primeiro caso, o desconhecimento jurídico da arbitragem e a inexistência de sanção àqueles que descumprissem a cláusula compromissória levou ao seu total descrédito.

Já no que diz respeito a homologação da decisão, há uma supressão da característica mais pragmática mais expressiva da arbitragem que é a celeridade, pois o instituto apresenta-se como alternativa à jurisdição estatal, não podendo, então, ter a mesma lentidão que aquela. Caso contrário, será fadado, lamentavelmente, ao descrédito.

A LA acabou por sanar tais defeitos existentes no antigo modelo ao garantir a eficácia da cláusula compromissória através do princípio da *Competez-competez*, segundo o qual o juiz tem legitimidade para decidir, bem como também por força dos arts. 1º, 3º, 7º e 41, da própria lei. Além disso, garantiu autonomia ao laudo arbitral, suprimindo a homologação pelo judiciário.

A arbitragem institucionalizada trouxe uma série de princípios que norteiam a sua aplicabilidade e que dão a tônica das relações a elas submetidas.

Os princípios norteadores da arbitragem, segundo Selma M. Ferreira Lemes (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 78-81), são o da autonomia da vontade, no qual as partes possuem total liberdade para es-

<sup>3</sup> Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

colher ou não à instância arbitral. Evidente que a hermenêutica constitucional limitou o alcance deste princípio apenas aos conflitos oriundos de direitos patrimoniais disponíveis.

O princípio da boa-fé, como corolário do princípio da autonomia da vontade, determina que é defeso a uma das partes, após ter firmado o contrato e eleito espontaneamente a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido.

Consagra-se também o princípio da *Pacta Sunt Servanda*, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos a medida em que foi instituída a convenção de arbitragem, sendo este princípio mais normativo que o da boa-fé.

Uma grande inovação trazida pela LA foi a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Nas palavras de Carmona (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 36),

*Os doutrinadores brasileiros, ancorados na tradição francesa, não consideravam possível que a arbitragem tivesse início sem um compromisso arbitral, de tal sorte que se criou entre nós a forte impressão de que a cláusula somente seria um pré-contrato de compromisso (...).*

Com a redação do art. 4º, *caput*, da LA, firmou-se um novo entendimento sobre a questão.

*Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.*

Em sendo assim, conclui-se pela autonomia da cláusula compromissória em relação ao compromisso arbitral, podendo prescindir deste para efetivação da arbitragem.

A cláusula compromissória é prévia a existência de qualquer conflito, sendo uma promessa futura e compulsória de submeter possíveis conflitos à arbitragem. O compromisso arbitral é contemporâneo ao conflito, sem cunho contratual, sendo utilizado apenas para delimitar o campo de atuação da arbitragem.

A LA criou um novo espaço para o uso da arbitragem, ampliando seus horizontes e possibilitando a sua utilização em áreas até então impensadas pela doutrina, como por exemplo, os contratos de adesão.

O arcabouço principiológico da arbitragem favoreceu a esta inovação, considerando o fato que a cláusula compromissória é tida como um contrato autônomo. A consequência imediata foi o § 2º, do art. 4º, da LA, garantir a aplicabilidade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, o que vai de encontro ao que preconiza o CDC, como veremos a seguir.

### **3. Os Contratos de Adesão no Código de Defesa do Consumidor**

#### **3.1. O Código de Defesa do Consumidor**

O direito contratual tem sofrido inúmeras transformações, nesses últimos tempos, fazendo surgir a necessidade de novas normas reguladoras de todas as relações de consumo, devido à grande modificação ocorrida na economia nacional, passando de agrícola para industrial e capitalista, gerando não só a concentração da riqueza, como também do poder. Foi dentro desse contexto que surgiu o CDC brasileiro, em 1990, com o intuito de regular as relações de consumo havidas no território nacional, colocando produtores ou comerciantes e consumidores em igualdade de condições dentro dessas relações, oferecendo uma maior proteção aos hipossuficientes, representados pelos consumidores, parte mais fraca da relação contratual de consumo, bem como oferecendo maiores garantias a estes na efetivação desses contratos.

Sendo um diploma atualizado e em sintonia com as tendências do direito comparado, o CDC brasileiro não se restringiu a abordar as figuras contratuais já insertas em nosso sistema legal, introduzindo-lhe novas figuras e inovando no tratamento das já existentes.

Dentre essas novas figuras inseridas em nosso sistema jurídico, pelo CDC, destaca-se o contrato de adesão, o qual é, hoje, regulado quase que exclusivamente, em nosso país, pelo CDC, sendo figura já contemplada no novo diploma civil a entrar em vigor em janeiro de 2003, figura esta que, apesar de relativamente nova na ordem jurídica brasileira, já suscitou inúmeras discussões dignas da análise dos nossos cientistas do direito.

#### **3.2. Os contratos de adesão**

Os contratos de adesão são regulados pelo CDC em seu art. 54, o qual traça os norteamentos básicos para sua aplicação, não só nas relações de consumo, como também em toda e qualquer relação contratual efetivada sob esta figura.

É justamente no artigo supracitado que encontramos a definição legal dos contratos de adesão, qual seja:

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

Comobem nos mostra Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2002, p. 61), o surgimento da expressão “contratos de adesão” é, geralmente, atribuída ao professor francês Raymond Salielles, em sua obra do início do século passado, tentando expressar através desta denominação os contratos nos quais predominavam apenas a vontade de uma das partes, a qual ditava sua lei. Como pode se depreender desse entendimento, os contratos de adesão muito se aproximariam de uma declaração unilateral de vontade.

Devido ao pensamento do ilustre professor francês, muito se discutiu acerca do caráter contratual ou não dos contratos de adesão, chegando a doutrina contemporânea a aceitá-lo como uma das muitas figuras contratuais existentes. Prova desse entendimento é a inclusão dessa nova figura contratual no novo Código Civil brasileiro.

Os contratos de adesão, como se verifica na sua definição legal, citada anteriormente, devem se apresentar como contratos que possam ser oferecidos a um número indeterminado de pessoas, em modelo uniforme, geralmente através de formulários impressos, faltando apenas o preenchimento dos dados referentes à identificação do contratante-aderente.

Dessa forma, vê-se que quem deseja contratar com empresas através dessa figura contratual, não terão a oportunidade de discutir acerca das condições essenciais do mesmo, visto que estas já foram previamente estabelecidas pela outra parte contratante.

Assim, pode-se afirmar que o hipossuficiente limita-se a aceitar em bloco as cláusulas que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela outra parte, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifestada pela parte contrária no instrumento contratual de massa.

Por fim, vale ressaltar que a característica principal dos contratos de adesão, conforme a abordagem realizada é a falta de uma fase pré-negocial decisiva, ou seja, a ausência de um prévio debate acerca das cláusulas componentes do contrato.

Não obstante esse entendimento, quando analisado o CDC em sua totalidade vê-se que os contratos de adesão sofrem uma atenuação quanto a unilateralidade de sua formulação, uma vez que, por força do seu art. 51,

as cláusulas abusivas constantes em qualquer contrato de consumo são nulas de pleno direito. Há que se considerar, ainda, que o rol constante do referido art. 51, não é *numerus clausus*, podendo ser estendido de acordo com a evolução da hermenêutica consumerista.

#### 4. Aplicabilidade da Lei de Arbitragem nas Relações Regidas pelo Código de Defesa do Consumidor

Duas correntes de pensamento se formam acerca da aplicabilidade do § 2º, do art. 4º, da LA, no que concerne às relações de consumo.

Em uma primeira corrente, temos que o dispositivo legal coaduna-se perfeitamente na sistemática da legislação consumerista, pois a determinação da convenção de arbitragem não é feita de maneira compulsória, mas sim, na consagração perfeita da autonomia da vontade, podendo apresentar-se, segundo Selma M. Ferreira Lemes (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 124-125), de duas formas possíveis: “cláusula compromissória sujeita à condição suspensiva e a cláusula arbitral com eficácia plena como documento anexo ou em negrito”.

Na primeira possibilidade, a cláusula somente surtirá efeitos diante da manifestação de vontade posterior do aderente, aceitando o procedimento arbitral. O efeito vinculante ocorrerá a partir desse momento. Assevera Selma M. Ferreira Lemes (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 125): “Vale dizer, a cláusula compromissória pactuada em contratos de adesão na modalidade de cláusula inserta em contrato, sem destaque, é obrigatória para o proponente, mas facultativa para o aderente”.

A segunda, retrata a possibilidade de eficácia plena à cláusula compromissória que deve ser incluída no contrato mediante prévia e consciente aceitação do consumidor. O aderente deverá mostrar o seu interesse no momento da assinatura do contrato, tomando ciência do que está firmando, atentando e chamando atenção por estar em documento anexo ou em negrito no final do contrato de consumo.

Segundo esta corrente, estaria revogado o art. 51, inciso VII, do CDC, pois uma lei é revogada quando lei posterior dá um tratamento diferente à mesma situação por ela tratada. Nesse contexto, estaria a LA em plena vigência e eficácia, podendo ser aplicada a cláusula compromissória aos contratos de adesão, mesmo aqueles disciplinados pelo CDC.

A segunda corrente acerca da temática posiciona-se contrária à aplicabilidade do § 2º, do art. 4º, da LA, por entender incabível a arbitragem compulsória nos contratos regidos pelo CDC, por força do inciso VII, do art. 51, desse diploma legal, que trata das cláusulas abusivas, *in verbis*:

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (.....) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem. (....)*

Para os seguidores desta corrente, o princípio da autonomia da vontade, ensejador da arbitragem para o caso, é mitigado pelo princípio da proteção ao hipossuficiente, pois, em qualquer relação de consumo é presumida a condição de desvantagem a que o consumidor está submetido. No tocante aos contratos de adesão, essa lógica é mais evidente, posto que há uma flagrante estipulação das cláusulas contratuais, não podendo, então, se falar em autonomia da vontade nesses casos.

A conclusão é que a imposição da arbitragem é vedada taxativamente pelo CDC, para que os objetivos colimados por essa lei e pela Constituição Federal, Lei Maior de nosso país, sejam alcançados.

No que tange à alegação de revogação do inciso VII, do art. 51, Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2002, p. 546) assevera que

*A posição do CDC como lei especial-subjetiva, lei posterior e hierarquicamente superior, como lei de ordem pública e complementar ao mandamento constitucional, assegurar a força necessária para que esta lei de função social possa cumprir sua finalidade renovadora.*

Finaliza a autora (MARQUES, 2002, p. 547): “(...) a lei especial nova não revoga tacitamente a lei geral anterior, uma vez que o campo de aplicação da lei geral é naturalmente mais amplo e não coincidente com a lei especial nova”.

Desta forma, descabe a assertiva de que houve revogação do inciso VII, do art. 51, do CDC, pela LA, visto que esta trata do assunto relativo às relações de consumo de forma tangencial e circunstancial, não podendo revogar um dispositivo específico de uma lei que trata especificamente das relações consumeristas. sendo a mesma, ainda, oriunda de um permissivo constitucional, criado sob um ordenamento próprio e estruturado.

## 5. Considerações Finais

Com base em todo o exposto, cumpre-nos afirmar que a cláusula compromissória não pode ser incluída nos contratos referentes às relações

de consumo, visto que não há que se falar em revogação de uma lei específica, com embasamento em dispositivo constitucional, como assim o é o CDC, por lei, mesmo que posterior e especial, que trate de relações estranhas àquelas contidas no outro diploma anterior.

Isso pode ser reforçado, quando analisamos a situação de um caso concreto, no qual torna-se praticamente impossível se constatar a prevalência da autonomia da vontade, uma vez que os contratos de adesão são formulados por uma só parte, sem a possibilidade de discussão das cláusulas constantes no mesmo pelo contratante-aderente, visto que este adentra na relação contratual quando o contrato já está totalmente elaborado, restando a inclusão de sua identificação e confirmação de sua aderência à relação pré-estabelecida.

Vale, ainda, ressaltar que o CD foi elaborado de modo a proteger o consumidor, parte hipossuficiente da relação contratual consumerista, protegendo-o, muitas vezes, até dele próprio, visto que devido a situação de inferioridade em que se encontra, submete-se a certas situações nas quais não adentraria se estivesse em pé de igualdade com a outra parte contratante.

Não podemos aceitar que uma lei derogue um dispositivo criado para proteger a grande parte hipossuficiente da sociedade, apenas para aumentar o poder de barganha dos comerciantes e fornecedores, ou seja, que a justificativa para essa derrogação seja essa única e exclusivamente econômica, visto que estaria se ferindo de morte o diploma legal que protege os direitos do consumidor em nosso país, desprezando o interesse de toda a nossa Nação.

Dessa forma, quando nos deparamos com uma relação contratual consumerista, a qual seja estabelecida sob a figura do contrato de adesão, não podemos sequer imaginar que seja possível a inclusão em tal contrato de uma cláusula compromissória, vez que estaríamos desrespeitando a nossa Lei Maior, qual seja a Constituição Federal de 1988, uma vez que a defesa do consumidor, a parte frágil da relação consumerista, nela está insculpido, devendo ser observado e respeitado por todos nós cidadãos brasileiros.

## 6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no código do consumidor. *Revista de direito do consumidor* 33.

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor - cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990.

MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

# JUROS COBRADOS PELOS BANCOS

Alexandre Vieira Câmara  
Acadêmico do 9º período do Curso de Direito - UFRN

## 1. Considerações iniciais

Atualmente, as instituições bancárias assumiram papel relevante na estrutura econômica brasileira, tornando-se grandes intermediárias nas relações econômicas e contribuindo para o desenvolvimento do Brasil. Daí, o Direito disciplinou suas atividades, podando os excessos e legitimando os contratos entre o banco e o cidadão. Este, razão do Direito, nem sempre foi parceiro dos bancos em seus empreendimentos, mas sim vítima de algumas práticas abusivas, como por exemplo a usura, isto é, cobrança excessiva de juros. Tais práticas, apesar de antigas, ainda lesam a parte fraca (consumidor) da relação jurídica, daí a necessidade de um estudo jurídico sobre o assunto.

No Brasil, 10% dos brasileiros mais ricos controlam 51,3% da renda nacional: os 60% mais pobres, 15,9% (VESENTINI, 2001, p. 163). A cobrança exagerada de juros contribui em parte para tamanha desigualdade, remunerando em demasia os bancos credores e, em muitos casos, arruinando financeiramente os devedores. Como exemplo da desproporcionalidade entre bancos e consumidores basta citar que os juros do cheque especial estão acima de 8% ao mês, ao passo que a remuneração da poupança gira em torno de 0,72% ao mês. Assim, quem saca R\$ 100 reais do cheque especial terá que devolver, ao final de 30 dias, os R\$ 100 reais mais R\$ 8 reais de juros; ao passo que quem depositar R\$ 100 reais na poupança terá, ao final de 30 dias, R\$ 100,72 reais, isto é, cem reais e setenta e dois centavos. Como instrumento de combate às injustiças sociais, o Direito precisa abordar e mostrar soluções para o assunto, evitando que as instituições bancárias venham a se locupletar em detrimento do consumidor.

O presente trabalho visa a conscientizar os consumidores acerca de seus direitos, para que não fiquem à mercê de algumas atividades bancárias desleais. Além do mais, aponta alternativas para tentar obstaculizar a cobrança excessiva de juros. Será abordada a problemática que envolve a cobrança de juros por parte dos bancos, com base na legislação em vigor, na jurisprudência e na doutrina, sem olvidar o bom senso.

## 2. Bancos *versus* consumidores

Juro é o rendimento do capital, o fruto civil do dinheiro. É o pagamento feito para a utilização do capital alheio, já que o dono deste fica pri-

vado de investir em algo rentável. Os juros podem ser compensatórios ou moratórios. Aqueles compensam o fato de o credor ficar privado de seu capital; estes são uma pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação. Também existem juros convencionais e legais. Aqueles são pactuados, estes provêm da lei. O §3º do art. 192 da Constituição Federal faz referência a juros reais, que são todos os juros que se cobram menos a correção monetária (NICOLAU JUNIOR, 2000, p. 116).

É público e notório que as instituições bancárias cobram juros acima de 12% ao ano. Os juros do cheque especial, por exemplo, ultrapassam os 8% ao mês. Tal prática é proibida pelo decreto 22.626/33, que dispõe sobre os juros nos contratos. É a famosa Lei da Usura. Seu art. 1º determina: “É vedado, e será punido nos termos desta Lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal”. Esta é de 6% ao ano. A atitude dos bancos também não encontra respaldo na Constituição Federal, que assim dispõe no § 3º do art. 192:

*As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.*

Segundo o art. 13 do decreto 22.626/33, a usura é crime que enseja pena de prisão e de multa.

Mesmo com expressa proibição legal, por que as instituições bancárias continuam cobrando juros excessivos? Não se discutia a aplicação da Lei de Usura até entrar em vigor a lei 4.595/64, que dispõe sobre as instituições bancárias. Ela atribui ao Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência para disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e limitar as taxas de juros. A partir dessa lei é que avolumou-se a polêmica em torno da taxa de juros. Atualmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a lei 4.595/64 revogou as restrições que limitavam o teto de 12% ao ano. Além do mais, a súmula 596 do Supremo Tribunal Federal (STF) declara: “As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”.

A súmula 596 do STF foi editada sob a égide da Constituição de 1969 - período de governo ditatorial. Já que a atual Constituição proíbe taxa de juros superior a 12%, qual a legitimidade da supracitada súmula? A lei 4.595 foi publicada no dia 31 de dezembro de 1964 - período marcado pela

ditadura militar e pelas atenções da população quantos às festividades de fim de ano. Além do mais, esta lei não foi recepcionada pelo art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que assim dispõe:

*Ficam revogados, a partir de cento e oitentadias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional [...].*

Destarte, a lei de 1964 que confere ao CMN a competência para limitar as taxas de juros não foi recepcionada pela atual Constituição, haja vista o inciso XIII do art. 48 da Lei Maior, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações. Além do mais, o § 1º do art. 68 da Carta Magna determina:

*Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar [...].*

A partir de 1964 a Lei de Usura teve sua eficácia debilitada em razão da lei nº 4.595. Houve repristinação já que esta lei não foi recepcionada pela Constituição Federal? Não. A repristinação ocorre quando a lei revogada se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. Tal fenômeno não ocorreu no caso em análise, pois a Lei de Usura jamais foi revogada:

*[...] os juros estão limitados ao patamar de 12% ao ano devido ao que dispõe a Lei de Usura, a qual não foi revogada em nenhum momento da história brasileira, tendo apenas a sua incidência, no que tange às instituições financeiras, bloqueada pelo disposto no art. 4º, IX e XVII, da Lei 4.595/64 e na Súmula 596 do STF, os quais concediam ao CMN verdadeiro poder de 'legislar' sobre as taxas de juros (Mello Casado, 2000, p.47).*

O caput do art. 192 da Constituição reza que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Com base nesse artigo, Saulo

Ramos, citado por Pinto Ferreira (1994, p. 570), defende que a limitação aos juros só entrará em vigor após a promulgação da lei complementar. Filiamos-nos à opinião de Paulo Brossard, que em voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 4, defende :

*Tenho pra mim que o disposto na primeira cláusula do § 3º do art. 192 da Constituição é auto-aplicável, pois não necessita de nenhum suplemento legal para dizer tudo o que quer e a lei complementar que vier a ser editada há de ser-lhe fiel ou será inconstitucional.*

É o *caput* do art. 192 da Constituição que faz referência à lei complementar, e não o § 3º. Assim, a regulamentação em lei complementar atinge apenas os incisos do supracitado artigo (I a VIII), não abrangendo os parágrafos, que têm autonomia. O § 3º do art. 192 não usa a expressão “lei complementar”, e sim “nos termos que a lei determinar”, essa lei pode ser entendida como a Lei de Usura. Mauro Nicolau Junior, Juiz de Direito em Nova Friburgo no Rio de Janeiro, assim se manifesta em brilhante artigo na Revista dos Tribunais:

*Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal posterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata (NICOLAU JUNIOR, 2000, p. 120).*

Até hoje o Congresso Nacional se mostrou omissivo quanto à elaboração da supracitada lei complementar. Nem mesmo o seguinte mandado de injunção (MI) foi capaz de preencher a lacuna:

*EMENTA : Mandado de injunção. Juros. Limite constitucional de 12% a.a.: ausência de norma regulamentadora do art. 192. § 3º, da Constituição. Litisconsórcio. 1 - O mandado de injunção pode ser impetrado, apenas, contra pessoas estatais, pois só delas pode emanar a norma regulamentadora reclamada; não*

*é compatível com a natureza do mandado de injunção a formação de listisconsórcio passivo entre particulares e entes estatais. 2 - Mora do Congresso Nacional reconhecida, para a regulamentação do dispositivo. Precedentes. 3 - Mandado de injunção parcialmente deferido para comunicar ao Poder Legislativo sobre a mora em que se encontra, cabendo-lhe tomar as providências para suprir a omissão. (MI 502-8/SP. Rel.: Min. Maurício Corrêa. Plenário. Decisão: 07/03/96. DJ 1 de 19/04/96, p. 12.211.).*

E quanto ao anatocismo? Anatocismo ou capitalização dos juros é a contagem de juros sobre juros, é a mais perniciosa forma de usura. Configura-se prática desleal repudiada até pela decreto nº 22.626/33. A súmula 121 do STF é clara: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". O juro deve incidir sobre a dívida original, por isso rejeitamos toda e qualquer modalidade de anatocismo. Respeitamos mas não concordamos com a súmula 93 do STJ: "A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros".

## 2.1 Aplicação do Código do Consumidor

Havia muita discussão acerca da responsabilidade civil dos bancos. Não havia consenso sobre se era responsabilidade objetiva ou subjetiva, contratual ou extracontratual, com culpa provada ou presumida. Após a vigência da lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) houve melhor entendimento, pois o § 2º do art. 3º inclui expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. Assim, a instituição bancária é considerada fornecedor, haja vista que é uma prestadora de serviço. E haverá a relação de consumo desde que o devedor não faça empréstimo com o objetivo de negociar o dinheiro com outrem, pois ele deve ser o destinatário final. Em suma, aplica-se o Código do Consumidor à relação de consumo entre o banco e o cidadão que faz o empréstimo para si próprio. O aplicador do Direito precisa pôr em prática o sensato preceito do supracitado código:

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor*

*em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.*

Não se decidindo pela nulidade da cláusula abusiva, pode o Juiz optar pela modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, conforme o inciso V do art. 6º. Um bom exemplo de prestação desproporcional é o banco cobrar juros de 8% ao mês no cheque especial, quando a remuneração da poupança gira em torno de 0,72% ao mês. Se o consumidor, perante tamanha discrepância, continuar inerte, o Juiz nada poderá fazer, pois o Poder Judiciário precisa ser provocado, conforme determina o princípio da ação ou da demanda. É preciso contratar um advogado para pleitear a nulidade ou a revisão de artigo do contrato que estabelece juros acima do limite constitucional de doze por cento ao ano. Também pode o Ministério Público pleitear junto ao Judiciário a defesa desse direito que atinge milhões de pessoas em todo o Brasil, haja vista que uma de suas funções institucionais, prevista no inciso II do art. 129, é zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

### 3. Considerações finais

A atividade econômica deve servir para o desenvolvimento do ser humano, facilitando o intercâmbio de mercadorias e valores, promovendo o bem-estar social, e não um meio de exploração humana. O Direito não pode tolerar os excessos do poder econômico das instituições bancárias. O STF e o STJ estão em sintonia com os anseios sociais e primam pelas decisões justas, por isso temos a esperança de que esses órgãos de cúpula desaprovem taxas de juros extorsivas, como por exemplo as do cheque especial, que giram em torno de 84% ao ano, portanto, 7 vezes acima do limite constitucional. Se esses tribunais superiores já reviram teses anteriores, por que não podem mudar de posicionamento quanto aos juros? Conclamamos o povo brasileiro a requerer junto ao Poder Judiciário a defesa de seus direitos, que foram discutidos e elencados neste trabalho. Acreditem na Justiça, não pensem que o esforço será em vão. Chegará o dia em que decisões corajosas como essa do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (TARGS) serão uma praxe no Brasil:

*Embargos Infringentes. Juros. Limitação a 12%. Quer pelo entendimento de que a norma do art. 192, §3º, da Constituição Federal (CF)/88 é auto-aplicável, quer pelo de que a CF (arts.*

*22, 48, 68, § 1º, e 25 do ADCT) revogou a legislação anterior que permitia ao CMN, via Banco Central, dispor sobre a matéria, os juros estão limitados a 12% ao ano, por força do D. 22.626/33 (Lei de Usura). Embargos rejeitados. (Embargos Infringentes n. 195012562, Terceiro Grupo Cível do TARGS - julg. 24.11.95).*

#### 4. Referências bibliográficas

CASADO, Marcio Mello. **Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. 13º ed. São Paulo : Saraiva, 1999. v. 2.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 6.

GRINOVER, Ada Pellegrini; HERMAN, Antônio; FINK, Daniel Roberto et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Norma constitucional de limitação de juros é auto-aplicável ou meramente programática? **Revista dos Tribunais**. n. 772, p. 112-127, fev. 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.

VESENTINI, J. William. **Brasil sociedade & espaço: geografia do brasil**. 31ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

# A ADIN Nº 2591 E A APLICABILIDADE DAS NORMAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho  
Acadêmico do 9º período do Curso de Direito - UFRN

## 1. Introdução

Poucos acontecimentos jurídicos do século passado tiveram no direito brasileiro tanta repercussão quanto a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Isto porque a referida norma não se ateve a regulamentar uma pequena parcela de negócios jurídicos, preocupando-se em revolucionar as relações vividas na sociedade brasileira, impondo, a partir da sua vigência, o fornecimento de produtos e serviços segundo os melhores padrões de qualidade, confiabilidade e segurança.

Ao trazer expressamente em seu texto os princípios da boa-fé e da justiça contratual, considerados as vigas sustentadoras do novo direito dos contratos, o legislador ordinário provocou uma verdadeira mudança de paradigma em nosso ordenamento jurídico. O contrato então deixou de ser visto como algo estático e individual, para ser encarado como algo dinâmico e social, o que é extremamente salutar para o comércio jurídico e satisfação de interesses legítimos. Relativizou-se assim o princípio do *pacta sunt servanda*, abrindo espaço para a justiça contratual, a tutela da confiança e da boa-fé, tornando o contrato um instrumento de necessidades individuais e coletivas, e não mais um meio de acentuar a supremacia de um contratante sobre o outro para que este enriqueça as custas daquele.

No tocante especificamente às operações bancárias, é de se ressaltar que a Lei. nº 8.078/90 criou, para os que não aceitam que as atividades bancárias junto ao público sejam relações de consumo, uma ficção jurídica conceituando as atividades bancárias como objeto das relações de consumo. Diante disto não haveria razão para quaisquer questionamentos referentes à aplicabilidade ou não das normas protecionistas ao consumidor nesta modalidade de negócio jurídico. Entretanto, diante do grande montante de ações judiciais de que foram alvos, os bancos passaram a questionar a legitimidade desta lei. Quando a questão parecia em vias de se pacificar no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>1</sup>, onde se consolidava o entendimento positivo quan-

<sup>1</sup> O entendimento atualmente predominante no STJ defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos assinados entre o consumidor e as instituições bancárias e impõe a boa-fé às condutas das instituições financeiras, como em caso de extravio de cheque (REsp. 238.016-SP, REsp. 239.702), recusa de exibição de documentos (REsp. 246.660-SE e REsp. 207.310-DF), manutenção do devedor em cadastro quando há contestação judicial da dívida (REsp. 255.266-SP, REsp. 200.267-RS, REsp. 164.542-RS, REsp. 262.672-SE), multa moratória (REsp. 213.825-RS, REsp. 235.200-RS e REsp. 231.208-PE), capitalização forada dos casos permitidos (REsp. 235.200-RS, REsp. 258.647-RS e REsp. 244.076-MG), cumulação da comissão de permanência (REsp. 287.828-SP e AGA 296.516-SP), denegação da eleição de foro privilegiado (REsp. 190.860-MG, REsp. 159.931-SP, REsp. 201.195-SP) e poupança (REsp. 106.888-PR).

to a aplicação destas normas aos contratos bancários, o Banco Central editou, em 26 de julho de 2001, a Resolução nº 2.878, posteriormente atualizada pela Resolução nº 2.892 de 27 de setembro de 2001, o que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 2591 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), reacendendo a discussão.

Ao longo do presente trabalho, faremos uma sucinta análise no direito estrangeiro sobre o tema em questão, abordaremos os pontos de vista conflitantes existentes, para enfim nos posicionarmos a respeito do assunto.

## **2. A aplicação das normas de proteção do Consumidor aos Contratos Bancários no Direito Estrangeiro.**

A normatização da proteção ao consumidor não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, em um mundo onde todo o sistema econômico-social dos países é direcionado e baseado na aquisição e consumo de bens e serviços, esta regulamentação é um imperativo social.

Neste contexto, o crédito possui especial destaque uma vez que constitui um fator essencial neste mecanismo de produção possibilitando aos cidadãos a satisfação das vontades e desejos que o próprio sistema suscitam em si. Assim, vejamos o que nos ensina Élcio Trujillo:

*O sistema crédito bancário ocupa, em tempos atuais, ponto de destaque no sistema econômico, pois sua função não é apenas atender as necessidades de crédito das pessoas, mas também dar segurança e fomentar o próprio desenvolvimento da nação, trazendo modelo de sustentação para a economia. (TRUJILLO, Élcio. A defesa do consumidor, a relação contratual bancária e o empresário financeiro. In: Direito Bancário On Line: www.direitobancario.com.br, 20 de setembro de 2002).*

Isto posto, diversos países já demonstram uma preocupação, que lhes é extremamente salutar, em proteger os clientes dos abusos praticados pelos estabelecimentos integrantes do sistema financeiro.

Cláudia Lima Marques nos chama a atenção para a existência de uma tendência cada vez maior de inclusão dos contratos de financiamento, para fins privados, pessoais, ou familiares, e os contratos de crédito direto ao

consumidor no rol dos submissos a uma proteção especial. Esta, aliás, é a situação observada na Alemanha, onde desde 1991 vigora a Lei sobre Crédito ao Consumidor que, atendendo orientação da Comunidade Européia, prevê um direito de arrependimento para os mutuários.

Na França, o entendimento doutrinário predominante, capitaneado pelo renomado autor Therry Boneau<sup>2</sup>, é no sentido da aplicação das normas protecionistas ao domínio bancário.

Também no direito espanhol predomina o entendimento de que a Lei 26/1984, a que trata da defesa dos consumidores e usuários, contém em seu artigo 10, manifestações que são aplicáveis sem dúvidas aos contratos bancários<sup>3</sup>.

Já na Argentina, como leciona Juan M. Farina<sup>4</sup>, a tutela do cliente bancário surge como um capítulo especial dentro do direito de proteção ao consumidor (art. 36 da Lei 24.240).

No âmbito do direito interacional, Celso de Oliveira destaca as amplas discussões sobre o Direito do Consumidor realizadas entre os países do Mercosul e que culminaram com a promulgação do Protocolo de Las Leñas, onde se buscou estabelecer uma igualdade de condições jurídicas para todos os cidadãos perante a jurisdição dos Estados-membros do Mercosul, permitindo que consumidores paraguaios tenham no Brasil as mesmas facilidades de acesso à justiça que os próprios brasileiros; e o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em matéria de relações de consumo. Neste último resta bastante clara a intenção dos países integrantes do referido bloco econômico de incluir os clientes bancários entre os protegidos pelas normas protecionistas do consumidor, pois, já em seu artigo primeiro, dispõe que seu objetivo é determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que um dos contratantes seja consumidor quando se trate de venda a prazo de bens móveis corpóreos, empréstimo a prazo ou outra operação de crédito vinculada ao financiamento da venda de bens ou qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou a provisão de objetos móveis corpóreos<sup>5</sup>.

Após comentar os artigos 4º e 5º desta norma de direito internacional, nos quais fica estabelecido que as demandas originárias de contro-

<sup>2</sup> "Ce cadre subit nécessairement les influences du droit de la consommation. En particulier, la prohibition des clauses abusives, dont la détermination relève, malgré les textes, du pouvoir du juge, s'"applique" au domaine bancaire" (BONEAU, Therry, Droit bancaire. 1º ed. Montchrestien: Paris, 1994).

<sup>3</sup> "... la tan bien intencionada como deficiente Ley 26/ 1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 10, contiene manifestaciones que son aplicables sin duda a los contratos bancarios".

(CALERO, Fernando Sánchez. Condiciones generales de los contratos bancarios. In Contratos Bancarios, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996).

<sup>4</sup> "La tutela del hombre común como cliente de una entidad bancaria surge como un capítulo especial dentro del derecho de protección al consumidor" (FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos, 2º ed., Astrea: Buenos Aires, 1997)

<sup>5</sup> Art. El presente Protocolo tiene por objeto determinar la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, cuando se trate de:

a) venta a plazo de bienes muebles corporales;

b) préstamo a plazo u otra operación de crédito vinculada al financiamiento de la venta de bienes;

c) cualquier otro contrato que tenga por objeto la prestación de un servicio o la provisión de los objetos muebles corporales.

vérsias entre consumidor e fornecedor deverão ser ajuizadas no domicílio do primeiro, a não ser que este por vontade própria deseje que a jurisdição internacional seja do Estado da celebração do contrato, do cumprimento da prestação do serviço ou da entrega dos bens, ou ainda do domicílio do demandado. Celso de Oliveira assim conclui o seu raciocínio:

*Parece, portanto, que mais uma vez se pretendeu amenizar as desigualdades entre consumidor e fornecedor, tendo-se em vista a freqüente superioridade deste em relação àquele. O que se verifica então, é que o mesmo Regulamento que já era previsto pela Resolução 126/94 do GMC para a consolidação de normas comuns de defesa do consumidor, cuja ausência já naquele momento fez com que se estabelecesse a utilização de normas internas de cada Estado-membro para a solução de conflitos nas relações de consumo, vem agora condicionara aplicação de uma das legislações do Mercosul mais expressivas na defesa desta classe consumidora. (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor, 2002, p.49 e 50)*

### 3. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos Bancários no Direito Brasileiro.

#### 3.1 Posição Contrária

Não é de hoje que as instituições financeiras buscam escapar do raio de abrangência do Código do Consumidor, utilizando os argumentos mais variados possíveis. Para tais entidades, cujas atividades práticas normalmente destoam em muito do que é apregoado pelas normas protecionistas do CDC, a submissão a tal estatuto representaria um encarecimento excessivo da sua atividade, algo inaceitável para empresas de natureza privada - principalmente para aquelas que se instalaram no Brasil para se esquivar do rigor fiscalizatório de outros países e em busca de mão de obra barata - para quem o lucro exacerbado deve ser buscado a qualquer custo.

Após uma série de derrotas nas mais diversas instâncias da jurisdição brasileira e percebendo que o posicionamento contrário aos seus inte-

resses estava se consolidando cada vez mais nos pretórios brasileiros, a CONSIF, aproveitando-se da edição da Resolução nº 2.878 do Banco Central, equivocadamente intitulada Código de Defesa do Cliente Bancário e que em seu artigo 1º expressa sua subsidiariedade em relação as normas já existentes<sup>6</sup>, ajuizou a ADIN nº 2591, buscando com ela ficar excluído da rigidez das normas da Lei 8.078/90, submetendo-se apenas a referida norma administrativa cuja flexibilidade é tal que pouco mais de dois meses após sua edição foi modificada por uma outra resolução do mesmo órgão de forma a atenuar o rigor da anterior, beneficiando, assim, as instituições financeiras.

A respeito desta postura adotada pelas instituições bancárias, de esquivar-se da abrangência do Código do Consumidor a qualquer custo, Osny Claro de Oliveira Júnior escreveu: “Como pode então causar tanto pavor uma lei que apenas impõe o dever da boa-fé? Será que os bancos querem liberdade legal para agir deliberadamente com má-fé objetiva ao contratar com o consumidor? Não posso acreditar que seja assim.” (OLIVEIRA JÚNIOR, Osny Claro de. A ADIN dos bancos e o Código do Consumidor. In: Jus Navigandi, n.55: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2751>, 24. Set. 2002, pág. 1 e 2)

De qualquer forma passaremos a estudar, os argumentos utilizados brilhantemente pelos festejados juristas Arnoldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins e Luiz Carlos Bettioli, nesta ação visando fulminar a expressão inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do art. 3º, §2º, da Lei nº 8.078/90, por entender não ser necessária a impugnação específica de cada uma das disposições, uma vez que as demais ficariam inaplicáveis às atividades mencionadas neste dispositivo, tornando-se inconstitucional por derivação, pelo menos, no que se refere às instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional(SFN).

Ab *initio*, defendem os “bancos”, através da inteligência dos juristas supraelencados, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal por criar novos e maiores encargos e obrigações e por imputar mais responsabilidades às instituições financeiras, sendo lei ordinária uma vez que o art. 192 da Constituição Federal exige textualmente para tal a edição de lei complementar. Isto porque, segundo o seu entendimento, ao incluir todas as atividades (qualquer atividade) de natureza bancária, financeira de crédito e securitária no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, a lei ordinária pretendeu alcançar as relações próprias do SFN, invadindo campo reservado à lei complementar, além de violar o art. 5º, LIV, da CF, lesionando o princípio do devido processo legal.

<sup>6</sup>O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada em 26 de julho de 2001, com base no art. 4º, inc. VIII da referida lei, considerando o disposto na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, Resolveu: Art. 1º. Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional... (grifos nossos)

Aduzem ainda em sua peça vestibular que o conteúdo e alcance do art. 192 da CF já haveria sido bem delimitado pelo Pretório Excelso quando do julgamento da ADIN nº 4, uma vez que na ocasião decidiu-se que somente lei complementar poderia dar concreção a todas as matérias pertinentes ao SFN, contidas nesta norma, e que o regramento infraconstitucional exigido pelo Constituinte, deveria ser objeto de uma única lei complementar. Em outras palavras, defenderam na ocasião os doutrinadores a tese de que quaisquer ônus, encargos, obrigações ou regulamentações de seja qual for a espécie, referentes às instituições financeiras públicas e privadas, somente poderiam ser realizadas por meio de lei complementar, nunca por meio de lei ordinária.

Outro argumento então utilizado foi o de que o legislador ordinário teria incorrido no grave equívoco de não respeitar a distinção implícita na Constituição Federal entre consumidor e cliente de instituição financeira. Isto porque o título VII da Constituição Federal, intitulado “Da ordem Econômica e Financeira”, encontra-se dividido em quatro capítulos, os três primeiros referentes à Ordem Econômica e o último ao SFN. Como no primeiro capítulo está consagrada a Defesa do Consumidor como princípio geral da ordem econômica e apenas no último a Constituição determina que o SFN seja regulado por lei complementar, o legislador constituinte teria distinguido propositivamente consumidor e cliente de instituição financeira, completando ainda que tal diferenciação mereceria aplauso em razão das peculiaridades existentes neste tipo de atividade, como se pode concluir a partir do trecho que passamos a transcrever:

*É de se ressaltar, por exemplo, que as instituições financeiras não trabalham com dinheiro próprio, mas de terceiros. A pretensão de aplicar-lhes regras de consumo - que não se amoldam às peculiaridades das operações bancárias - podem atingir, de rigor, os correntistas e aplicadores que ofertam recursos ao sistema para serem repassados, mediante guarda ou aplicação, em vez de mantê-los guardados em casa ou no cofre das empresas. Vale dizer a proteção a alguns consumidores representaria, na verdade violação ao direito de outros consumidores, ou seja, dos demais usuários da instituição, titulares dos recursos do sistema. Não há, pois, como admitir o exercício do direito do consumidor contra o próprio consumidor, ou, o que é pior, de forma a pôr em ris-*

*co os direitos dos correntistas e investidores.* (WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandra da Silva e BETTIOL, Luiz Carlos. Da inconstitucionalidade da expressão “*inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, contida no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº15, São Paulo: janeiro-março de 2002 pág. 295 à 314).

Outra reclamação feita pela CONSIF, por intermédio dos doutrinadores já repetidamente mencionados foi a de que a Lei nº 8.078/90 teria ampliado o leque de legitimados para questionar em nome próprio e, sobretudo, em nome alheio a atuação das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional, o que conflitaria com as normas do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho Monetário Nacional (CMN) a que estão sujeitas as instituições financeiras, de acordo com as disposições da Lei 4.595/64, recepcionada em parte como lei complementar, a teor do art. 192 da CF. Os renomados juristas alegam que tratar de forma igual ao consumidor, o depositante, o mutuário e o arrendatário mercantil é tão equivocadamente equiparar consumidor a contribuinte, complementando que, se, na defesa dos direitos do consumidor, mostra-se cabível o ajuizamento de ação civil pública, o mesmo não se pode dizer nas relações oriundas do contrato de mútuo, de arrendamento mercantil ou das relações fiscais, pois essas hipóteses prestigiam reações pautadas em direito pessoais e disponíveis, nas quais inexistem um direito ao crédito.

Também foi questionada a equiparação de tratamento feita entre as entidades financeiras e às demais, pois aquelas possuem peculiaridades próprias e necessidade de regulação e fiscalização específicas. Um dos motivos utilizados para justificar tais assertivas é o de que “não se poderia confundir as instituições vinculadas ao SFN com os demais fornecedores de produtos porque aqueles não podem garantir a boa qualidade de sua mercadoria, que é a moeda, produzida, garantida - e algumas vezes, no passado, manipuladas - pelo Estado”. ( WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandras da Silva e BETTIOL, Luiz Carlos. *Da inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*”, contida no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº15, São Paulo: janeiro-março de 2002 pág. 295 à 314).

Complementando ainda que “tampouco se lhes pode exigir concedam créditos a todas as pessoas, pois a relação creditícia é baseada na con-

fiança que o banqueiro deve ter no cliente, sob pena de gestão temerária, que, na área financeira, constitui crime”. (*Ib idem*)

Este entendimento, apesar de amplamente minoritário, tem conquistado a simpatia e a adesão de grandes doutrinadores. Entre estes merece destaque Carlos Alberto Hagström que compartilha das opiniões acima expostas, embasando seu posicionamento na competência do CMN do BACEN para fiscalizar e regular as relações entre as instituições financeiras e o público (clientes e usuários). haja vista a especialidade da atividade bancária. Em seu entendimento, três seriam as soluções para solução da controvérsia acerca da aplicação do CDC às instituições financeiras:

A primeira consistiria na criação de um código de ética ou código de conduta destinado aos atores do Sistema Financeiro onde ficariam determinados os deveres destes de adequação interna (honestidade e competência das pessoas; existência de meios e materiais suficientes; separação das atividades de que possa resultar fraude), para com o cliente (conhecer o cliente, as suas necessidades e os seus meios; ver prioridade aos interesses dos clientes e informa-los dos meios e dos resultados das operações) e deveres face ao mercado (respeitar a segurança de mercado e sua integridade. abstendo-se de manobras dolosas, manipuladoras, jogos, fraudes). Ressalta o autor ter sido esta a solução adotada em diversos países.

Uma segunda opção seria a adoção de normas legais específicas para proteção dos clientes das instituições financeiras, como fizeram França e Itália em relação aos tomadores nas operações de crédito ao consumidor. Apesar de concordarmos com o referido jurista de que esta seria uma alternativa plausível, dele discordamos quando argumenta ter sido esta a adotada pelo Brasil quando da edição das Resoluções nº 2.878 e 2.892 do CMN. Isto porque enquanto seu entendimento é no sentido de ser tal matéria concernente ao SFN, e, portanto, passível de regulamentação pelos órgãos que o integram, entendemos tratar-se de matéria eminentemente consumerista, logo somente sujeita a tratamento mediante lei ordinária. Isto posto, somente uma nova lei ordinária poderia criar normas específicas para proteção do cliente bancário, que os afastasse da proteção aos consumidores em geral.

### 3.2 Posição Favorável

Apesar de muito bem construídas, as razões acima apresentadas são falaciosas e não têm sido bem aceitas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Isto porque, não podemos falar que há inconstitucionalidade no dispositivo que determina a aplicação das normas da Lei nº 8078/90 aos contratos praticados por instituições de natureza bancária, financeira, secu-

ritária, e de crédito, pois o art. 192 da Constituição, que transcreveremos a seguir, trata tão somente das normas referentes à organização do Sistema Financeiro Nacional, nada impedindo, portanto, que dispositivos referentes a defesa do consumidor dos produtos bancários e semelhantes sejam estabelecidos por uma lei ordinária. *In verbis*:

*Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:*

*I - (...)*

*II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;*

*III - (...)*

*IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras pública e privadas.*

Não sendo possível a existência de norma constitucional inconstitucional, pelo menos em se tratando de dispositivo constitucional originário, uma vez que a Constituição deve ser interpretada como um sistema cujos dispositivos se completam e se integram em harmonia, parece claro que o legislador constituinte originário determinou serem disciplinados por lei complementar tão somente os dispositivos referentes à organização do SFN, delegando ao legislador ordinário a regulamentação das normas de defesa do consumidor, sem, ao contrário do que defendem alguns, distinguir consumidor em geral dos clientes bancários.

Esta foi a tese defendida pelo Procuradoria Geral da República (PGR), em parecer proferido nos autos da ADIN em discussão, que entendendo ter sido a defesa do consumidor alçada a princípio da ordem econômica pelo artigo 170, V da CF, defendeu a constitucionalidade da inclusão dos serviços bancários entre os protegidos pela proteção ao consumidor, assim estatuinto:

*(...) Ao assim proceder, o legislador ordinário longe esteve de afetar relações próprias do Sistema Financeiro Nacional, 'invadindo campo reservado à lei complementar'. Pela Lei 8.078 não se criam atribuições peculiares ao merca-*

*do e às instituições financeiras; as normas ali insculpidas não dizem respeito, absolutamente, à regulação do Sistema Financeiro, mas à proteção e defesa do consumidor, pressuposto de observância obrigatória por todos os operadores do mercado de consumo - até mesmo pelas instituições financeiras. (BRINDEIRO, Geraldo. Da inconstitucionalidade parcial da expressão "inclusive de na tureza bancária, financeira de crédito e securitária", contida no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº16, São Paulo: abril-junho de 2002 pág. 273 à 282).*

A instância máxima do *Parquet* Federal também chamou a atenção em seu pronunciamento para o fato de outros diplomas legais, de índole ordinária, tais quais a legislação previdenciária, a trabalhista e a societária, criarem, de alguma maneira, atribuições para as instituições financeiras e nem por isso serem considerados inconstitucionais e observou que não há contrariedade entre a aplicação do CDC e o que ficou decidido por ocasião da ADIN 4. Neste último caso, fundamentando suas assertivas na implausibilidade dos motivos expendidos pelo CONSIF e por entender que tal evento desafiaria, em tese, a formulação de reclamação ao STF, para assegurar a autoridade de uma sua decisão; não a propositura de nova ação direta, tendente à mera reafirmação do que fora antes assentado.

Ademais, se uma resolução promulgada por uma entidade autárquica, como é o caso do Banco Central, cria normas que regrem as atividades bancárias em relação ao tratamento para com seus clientes, deverá ter aplicação, pois, de acordo com a nossa Carta Magna e com a Lei nº 4.595/64, que apesar de lei ordinária tem-se entendido que foi recepcionada em parte como lei complementar pela nova ordem constitucional, é da competência do referido órgão fiscalizar e disciplinar a atuação dos estabelecimentos que compõe o SFN. O que não nos parece razoável é pretender-se que esta norma se sobreponha a uma lei democraticamente aprovada pelos representantes populares, dentro dos ditames constitucionais.

Principalmente porque, no tocante às relações de consumo, as regras da Lei nº 8.078/90 são especiais em relação a quaisquer outras. Esse é inclusive o entendimento que vem prevalecendo em relação as determinações do novo Código Civil, que entrou em vigor no último mês de janeiro, as quais não revogarão as regras do CDC, a despeito de serem posteriores.

O simples fato das instituições financeiras trabalharem com recursos de terceiros não torna o consumidor poupador, que dispõe dos recursos posteriormente reempregados na forma de empréstimo aos demais, o lado ativo da relação de consumo, pois este será preenchido sempre por aquele que prestar o serviço, no caso o estabelecimento bancário. Aliás, diga-se ainda que a responsabilidade por eventual irregularidade detectada na relação de consumo entre cliente e instituição financeira não será suportada pelo poupador dos recursos que foram posteriormente repassados a outrem, mas sim, pela empresa que intermediou a operação, através dos recursos obtidos com o “spread” auferido nas relações bancárias.

Novamente se faz pertinente trazermos a colação a opinião do eminente Procurador Geral da República:

*Não há de prosperar, por conseguinte, só porque trabalhariam os bancos com recursos de terceiros, a assertiva segundo a qual “a proteção a alguns consumidores representaria na verdade, violação ao direito de outros consumidores, ou seja, demais usuários da instituição, titulares dos recursos do sistema”. A verdade inexorável é que as instituições do Sistema Financeiro captam recursos no mercado, mediante remuneração ou não, e os repassam, na qualidade de fornecedores, aos consumidores de produtos financeiros e serviços bancários, auferindo, nessa condição, o lucro inerente à atividade econômica. (BRINDEIRO, Geraldo. Da inconstitucionalidade parcial da expressão “inclusive de na tureza bancaria, financeira de crédito e securitária”, contida no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, nº16, São Paulo: abril-junho de 2002 pág. 273 à 282).*

É importante ressaltar, no entanto, que apesar de a doutrina amplamente majoritária ser favorável a aplicação das normas protecionistas do CDC às operações bancárias, há dentro dela divergências de posicionamento no tocante a abrangência ou não das normas a todas as operações bancárias. Uma corrente, capitaneada por José Geraldo Brito Filomeno (FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001), entende que todas as atividades desempenha-

das pelas instituições financeiras, quer na prestação de serviços aos seus clientes (por exemplo, cobrança de contas de energia elétrica, água e outros serviços, ou então expedição de extratos-avisos etc.), quer na concessão de mútuos ou financiamentos para aquisição de bens, inserem-se igualmente no conceito amplo de serviços e enquadram-se indubitavelmente nos dispositivos do novo Código de Defesa do Consumidor. Outra, apesar de admitir a aplicação das normas do CDC à ampla maioria das operações bancárias busca excluir uma ou outra forma de contrato de sua abrangência por entender que só serão tuteladas aquelas situações que se enquadrarem no conceito de consumidor dado pelo próprio Código, ou seja, para ser consumidor o usuário deverá ser o destinatário final do serviço ou produto ou encontrar-se na situação prevista no art 29 deste estatuto, isto é, estar sujeito as práticas comerciais e à publicidade enganosa. Esse é o entendimento manifestado por Débora Gozzo (GOZZO, Débora. *Lei Consumerista, depósitos bancários e ação civil pública*. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 4, nº 14, São Paulo: outubro-dezembro de 2001 pág. 58 à 78).

Entretanto, esta discussão passa pela dualidade de teorias sobre o conceito de consumidor (maximalista e finalista), que pela sua complexidade e profundidade, deixo para tratar em outra ocasião, pois o tema dá ensejo a um outro trabalho.

Importa observar, no entanto, como o faz Cláudia Lima Marques, que a tendência hoje do STJ é aplicar o CDC a quase todas as relações em que esteja presente o banco. Ressalta ela também que relevante para este pretório é a presunção de vulnerabilidade dos clientes bancários. Vejamos:

*A jurisprudência do STJ, porém, ensina que, na complexidade da prestação múltipla bancária e na abstração do crédito, há uma espécie de presunção de vulnerabilidade dos clientes bancários (pessoas físicas) e aceita uma fácil prova da vulnerabilidade concreta dos clientes profissionais (pessoas jurídicas, se pequenos comerciantes, firmas individuais, taxistas, empresários de porte médio etc.), como se a destinação final importante aqui fosse sempre a fática. Grandes quantias financiadas, ainda mais se internacionais e em contratação não massificada, ficam excluídas do campo de aplicação do CDC. Também fica geralmente excluído o tema dos juros. Mas a visão finalista, a importância da destinação final e a vulnerabi-*

*lidade, antes explicitada está também presente e como ensina o REsp. 264126/RS, o importante para a classificação como consumidor 'stricto sensu' é a destinação final econômica: "Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualifica-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor". (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, páginas 453 à 455).*

Adiante, ressalta a referida autora que em se tratando de pessoa física, o STJ presume ser ele destinatário final dos serviços bancários e do mútuo, exemplificando com o seguinte julgado:

*Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC" (AGA 296516/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07.12.2000).*

No tocante a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para defesa de uma coletividade de consumidores, não visualizo nenhum óbice a sua aplicação aos contratos bancários, desde que esteja relacionado às hipóteses legais, ou seja nos casos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>7</sup>. Se ficar caracterizada uma dessas hipóteses não há razão porque não se aceitar a ação civil pública, ainda que se trate de relação oriunda do contrato de mútuo ou de arrendamento mercantil.

Igualmente impertinente é a alegação de alguns adeptos da corrente finalista de que em sendo o dinheiro o produto comercializado pelo banco, não poderiam os bancos se submeterem ao regime da Lei nº 8.078/90 pois o dinheiro não é consumido, uma vez que sua função é estar sempre em circulação. Contra esta idéia surgiram na doutrina diversas contra-argumentações.

<sup>7</sup> Observamos que esta última hipótese só é prevista para as relações de consumo, não sendo aplicável às outras hipóteses em que há previsão de aplicação da ação civil pública.

Nelson Nery Júnior, no prefácio que faz para a obra de Carlos Efig, defende que o produto comercializado não é o dinheiro, mas sim o crédito, e este consiste em um bem imaterial constante do § 1º do art. 3º do CDC como objeto da relação de consumo.

Adalberto Pasqualotto por sua vez, observa o seguinte:

*Dentre os bens de consumo, o § 2º do art. 3º inclui expressamente os de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. A oposição destes setores econômicos ao dispositivo é manifesta. Embora o dinheiro em si mesmo, não seja objeto de consumo, ao funcionar como elemento de troca, a moeda adquire a natureza de bem de consumo. As operações de crédito ao consumidor são negócios de consumo por conexão, compreendendo-se nessa classificação todos os meios de pagamento em que ocorre deferimento da prestação monetária, como cartões de crédito e cheques. Está, pois, em harmonia com o sistema considerar serviços de consumo as atividades bancárias, financeiras, creditícias e securitárias. (PASQUALOTTO, Adalberto. In: RT 666/53)*

Já Celso de Oliveira (OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor*. Campinas: LZN editora, 2002), refuta aquela idéia estatuinto que a circunstância de o usuário consumidor dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco.

Há também os que defendem que o dinheiro é um bem consumível por determinação legal do art. 51 do Código Civil\*.

Cumpre destacar as razões apontadas pelo magistrado Albino Jacomel Guérios, ao analisar o recurso de agravo de instrumento 126.181-2 do TJSP, que reputamos ter encontrado a melhor solução para esta discussão:

*Ainda que 'ad argumentandum' se diga que as operações bancárias não seriam ontologicamente destinadas ao consumo, são elas consideradas ex lege como serviços para os efeitos de sua caracterização como relação de consu-*

\* Art. 51. São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados a alienação.

*mo. Haveria, por assim dizer, uma ficção jurídica conceituando as atividades bancárias como sendo objeto das relações de consumo.*

#### 4. Conclusão

Felizmente, visualizamos no início deste julgamento tão esperado e importante boas perspectivas de que o bom senso prevalecerá. Isto porque, além do parecer da PGR, dois votos foram proferidos antes do pedido de vista do Ministro Nelson Jobim, ambos favoráveis a constitucionalidade do dispositivo que determina a aplicação das normas de defesa do consumidor as instituições bancárias e congêneres. Foram estes, o do Ministro Carlos Velloso, na qualidade de relator, entendendo que o Código de Defesa do Consumidor não conflita com as normas que regulam o sistema financeiro e deve ser aplicado às atividades bancárias, ressaltando que a Constituição de 1988 privilegiou o princípio da defesa do consumidor em vários artigos; e o do Ministro Néri da Silveira que pontuou que se não há conflito entre o conteúdo do artigo 192, que regula o Sistema Financeiro Nacional, e o Código de Defesa do Consumidor, então não há inconstitucionalidade.

Ademais, como nos informa Celso Oliveira (OLIVEIRA, Celso. ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos. In: Jus Navigandi, n.55 <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2741>, 13 de setembro de 2002), em recente entrevista no Diário de São Paulo, o Presidente do STF, Ministro Marco Aurélio, manteve o posicionamento a respeito do tema 'o CDC nas relações bancárias' onde afirmou ser um entusiasta do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo ainda que, em um Estado Democrático, a parte mais fraca tem que estar protegida e, neste caso, é ela o consumidor.

Se nossas previsões forem confirmadas o Brasil estará dando importante passo no sentido de proteger os consumidores bancários - que em uma sociedade eminentemente capitalista como é a nossa, representam uma parcela significativa da população - dos abusos praticados por instituições que preferem torrar rios de dinheiro para tentar se esquivar das suas responsabilidades pela via judicial, do que empregar essa quantia numa proposta de adequar-se a nova realidade imposta pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.

#### 5. Referências Bibliográfica

1) ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6ª ed. ver., atual. E mpl. Pelo Dr. Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2000;

- 2)BRINDEIRO, Geraldo. Da inconstitucionalidade parcial da expressão “inclusive de na tureza bancaria, financeira de crédito e securitária”, contida no §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, nº 16, São Paulo: abril-junho de 2002 pág. 273 à 282)
- 3)EFING, Antonio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;
- 4) FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001;
- 5)GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *O Código de defesa do consumidor e os contratos bancários*. *In: Jus Navigandi*, n. 47: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=720>, 24 de setembro de. 2002;
- 6)GOZZO, Débora. Lei Consumerista, depósitos bancários e ação civil pública. *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 4, nº 14, São Paulo: joutubro-dezembro de 2001 pág. 58 à 78.
- 7) GRINOVER, Ada Pellegrini..[e tal]. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000;
- 8) HAGSTRÖM, Carlos Alberto. A disciplina do relacionamento entre as instituições financeiras e seus clientes: “Código de defesa dos clientes dos bancos”. *In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, nº 17, São Paulo: julho-setembro de 2002 pág. 29 à 58.
- 9)MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- 10)OLIVEIRA, Celso. O STF, o direito do consumidor e os contratos bancários. *In: Jus Navigandi*, n.57: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3018>, 24 de setembro de 2002;
- 11)OLIVEIRA, Celso. ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos. *In: Jus Navigandi*, n.55 <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2741>, 13 de setembro de 2002;

- 12) OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Código de defesa do cliente bancário: à luz do código de defesa do consumidor*. Campinas: LZN editora, 2002;
- 13) OLIVEIRA JÚNIOR, Osny Claro de. *A ADIN dos bancos e o Código do Consumidor*. In: Jus Navigandi, n.55: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2751>, 24 de setembro de 2002];
- 14) SENE, Leone Trida. *A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre clientes e instituições bancárias*. In: Jus Navigandi, n.57: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2996>, 13 de setembro de 2002;
- 15) WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Gandras da Silva e BETTIOL, Luiz Carlos. *Da inconstitucionalidade da expressão "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária"*, contida no § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, nº15, São Paulo: janeiro-março de 2002 pág. 295 à 314.

# BREVES ASPECTOS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA APLICADA AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NA TUTELA DO CONSUMIDOR.

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Acadêmica do 7º período do Curso de Direito - UFRN

Bolsista do Programa de Recursos Humanos da ANP para o Setor de Petróleo e Gás Natural (PRH ANP/MCT 36 - Direito do Petróleo e Gás)

*1. Introdução; 2. O Desenvolvimento do Comércio e do Contrato Eletrônicos: massificação do consumo como reflexo global; 3. Princípios atinentes ao Código de Defesa do Consumidor insitos nos Contratos Eletrônicos; 4. Da interpretação dos contratos eletrônicos no âmbito do direito consumerista: peculiaridades e o enfoque na tutela do consumidor; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.*

## 1. Introdução

No limiar do século XXI reafirmaram-se relações jurídicas permeadas de novas formas de contratar. Essas apesar de aparentemente estarem inseridas em velhos institutos, remontam contudo, conseqüências que precisam ser refletidas e aprofundadas, principalmente, em sede de direito do consumidor.

Com o crescente uso da informática e da Internet no cotidiano, observou-se concomitantemente a intensificação de formas de convencionar que facilitavam a vida do usuário. Com isso, as relações foram se dando de formas mais dinâmicas e, hodiernamente, ao simples clicar do mouse em links pode-se ter uma relação jurídica.

Ademais, o enorme montante de capital, que ora circula nas operações e nas relações realizadas no ambiente digital, faz com que o comércio eletrônico se afirme no cenário mundial como um grande gerador de lucros.

Dessa forma, inúmeros contratos são acordados no ambiente digital, desenvolvendo o comércio eletrônico e ao mesmo tempo ventilando questões jurídicas recém suscitadas. Entre tais avenças pode-se destacar os contratos advindos das relações consumeristas, nasce, pois, uma novel realidade contratual, qual seja, não somente os contratos de adesão, as condições

gerais dos contratos e os contratos cativos de longa duração, mas, sobretudo os contratos à distância no crescente comércio eletrônico de consumo.

Desde meados dos anos 90, as redes eletrônicas e de telecomunicações em massa abrem mais um espaço de comércio com os consumidores, conhecido como comércio eletrônico. Nesse itinerário dinâmico de redes de alta velocidade conectadas ao ambiente digital não se pode olvidar o interesse irmanado pela humanidade de tutelar os hipossuficientes.

Nesse âmbito far-se-á relevante indagar, tendo em vista a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, a forma pela qual se efetivará a tutela do consumidor diante de aspectos eminentemente recém levantados pelo comércio eletrônico e pelos contratos eletrônicos. Esses trazem intrinsecamente diversas questões jurídicas, entre os quais, a interpretação dada aos contratos eletrônicos estabelecidos entre consumidor e fornecedor, tendo em vista o meio digital e as diversas peculiaridades da rede mundial de computadores, em que são feitas essas avenças, bem como a incidência dos princípios imiscuídos no direito do consumidor atinentes ao contrato eletrônico.

## **2. O Desenvolvimento do Comércio e do Contrato Eletrônico: massificação do consumo como reflexo global.**

Desde os primórdios da humanidade o homem vem se preocupando com a sua sobrevivência, dessa forma foi criando meios capazes de assegurá-la. Superado o estágio primitivo, veio a produção, seja pela agricultura, seja pela criação de animais. Posteriormente, com o excedente tem-se a troca, como modalidade de circulação de bens necessários a todos.

Assim, de um contrato meramente verbal evoluiu-se para formas mais complexas. E hoje, pode-se dizer verdadeiramente que a sociedade moderna não vive sem contratar, qualquer ato implica na formação de um vínculo exigível e contido no acordo de vontades capaz de gerar efeitos jurídicos.

À medida que a sociedade foi progredindo contratualmente a tecnologia também o foi, e, nesse contexto, ter-se-á a origem dos contratos eletrônicos no *electronic data interchange (EDI)* que se desenvolveu no meio governamental tendo em vista a facilitação de transações, o armazenamento de dados para, posteriormente, ser empregado em grandes empresas que utilizaram o sistema para transações atacadistas entre elas (Santos e Rossi, 2000, p. 107).

Dessa forma, “inicialmente como um sistema *computer to computer* de caráter local e privado o EDI rapidamente ingressou no comércio internacional” (Santos e Rossi, 2000, p. 107). Partiu-se, então, para o merca-

do consumidor por meio de expansão da rede com o uso crescente da internet por milhares de usuários. Destarte, a criação de *sites*, *home pages*, correio eletrônico e estabelecimentos comerciais virtuais foram imprescindíveis à intensificação do comércio eletrônico e, conseqüentemente, de um novo ângulo nas relações contratuais.

É nítido, hodiernamente, o montante de transações comerciais no ambiente digital, sendo mister ressaltar que a massificação do consumo nesse ambiente composto de estrutura lógica, qual seja, sistemas organizados que são os provedores de acesso e de conteúdo, e na outra face uma estrutura física que se “denomina de auto-estrada da informação e constitui o sistema de redes de alta velocidade, alta capacidade e alta qualidade técnica, está baseada em tecnologia digital, que unem os computadores e os meios de comunicação em geral” (Santos e Rossi, 2000, p.106).

Nesse diapasão, far-se-á necessária a indagação do que vem a ser comércio eletrônico. Segundo Cláudia Lima Marques comércio eletrônico (2002, p.98) é:

*O comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail etc.), por Internet (on line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim à distância).*

Após essa preliminar perfunctória, far-se-á mister tecer breves alusões acerca da relação jurídica moldada a partir desse comércio eletrônico. Em verdade, esse não é um instituto recém criado, trata-se de tão somente um novo meio que, por seu turno refletirá conseqüências jurídicas anteriormente não ventiladas. Sem dúvida o meio eletrônico é mais um veículo de contratação, como o televisivo, telemático ou por cabo, ou seja, meios já conhecidos. Basta, então, a identificação do específico nessa forma de contratação vez que o comércio eletrônico utiliza-se muitas vezes de contratos de adesão, de condições gerais, de contratos cativos de longa duração, e este último, se dá principalmente, em matéria de serviços de informação ou de provimento de acesso à Internet” (Marques, 2002, p.98).

Os contratos eletrônicos seriam, então, os instrumentos aptos a nortear as relações advindas do comércio eletrônico. Dessa forma, clarividente é a colocação da professora Cláudia Lima Marques (2002, p.99) no que tange ao fato de tais contratos apresentados revelarem que “o fornecedor não teria 'rosto', não mais apareceria ou poderia nem mesmo existir fisi-

camente ou territorialmente”, pois alguns fornecedores globais de redes de distribuição não teriam sede fixa.

Esses contratos seriam peremptoriamente concluídos por um simples apertar de botão, mais pelo silêncio do que pela linguagem, daí decorre o fato da adequação dessas peculiaridades à forma adotada de se interpretar tal instrumento.

Não há dúvida que a característica ínsita de tal contrato, o qual não se deve olvidar, é o meio absolutamente novo, que por seu turno traz “o uso metodológico da imagem, da conduta social típica e do silêncio dos consumidores” (Marques, 2002, p. 100).

Podendo-se apreender conceitualmente a lição do professor Manoel J. Pereira Santos (2000, p. 195): “contratos eletrônicos são negócios jurídicos que utilizam o computador como mecanismo responsável pela formação e instrumentalização do vínculo contratual”. Nítido é, portanto, o meio em que irá se estabelecer a avença.

Dentre os contratos eletrônicos que figuram na seara consumerista Cláudia Lima Marques (2002, p. 101) cita Vivant: a) os contratos de acesso técnico às redes eletrônicas- contrato entre consumidor e um fornecedor de acesso; b) contrato de venda on-line, venda de produtos materiais e venda de produtos imateriais, como *software*; c) contratos de bens informacionais, bens totalmente desmaterializados, como músicas, por exemplo. Complementando à enquadração de Vivant a mesma autora aponta a contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras, bancos e financeiras.

Enfim, a sociedade global transformou-se numa aldeia em que a todo instante e em todo lugar a oferta está acessível, independente de noções estáticas de tempo e lugar. O fenômeno é novo pela sua interatividade, instantaneidade, complexidade, distância, simultaneidade, objetividade ou autonomia, “a distância física entre o fornecedor e consumidor é enorme fator de debilidade informativa, as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor e acessadas com uniformidade” (Marques, 2002, p. 102). Sendo assim, a massificação do consumo auferido no comércio eletrônico é mais uma face da sociedade internacional, que dentro dessa perspectiva aponta ao Direito novas dimensões e inserções abrangidas nos contratos eletrônicos firmados, peremptoriamente, entre consumidores e fornecedores.

### **3. Princípios atinentes ao Código de Defesa do Consumidor ínsitos nos Contratos Eletrônicos.**

Por tudo anteriormente exposto clarividente se torna a repercussão do comércio eletrônico nas relações consumeristas, sendo que o for-

necedor vai ser tanto o provedor de acesso quanto o de conteúdo. O primeiro disponibiliza para o usuário, qual seja, o consumidor do serviço ou produto, uma infinidade de bens, serviços e produtos, geralmente gratuitamente ou pelo pagamento de uma taxa de subscrição ou uma compensação de natureza econômica. Em outra órbita existe o servidor de conteúdo que “estabelece verdadeiros estabelecimentos comerciais virtuais, porque, através de seus *sites* os usuários podem consultar o catálogo de bens e serviços oferecidos, escolher o que desejam adquirir, fazer o pedido e pagar *on line*.” (Santos e Rossi, 2000, p.118). No caso do provedor de acesso (intermediário) apreende-se um contrato de execução continuada, enquanto no segundo percebe-se que nem sempre se estabelece uma relação jurídica prolongada no tempo, contudo ambos trazem imbricados os métodos de contratação de massa, apresentando-se basicamente como contratos de adesão.

Vale frisar, em verdade, que tendo em vista a peculiaridade dos meios empregados no comércio eletrônico, a tutela do consumidor urge como uma necessidade, pois como apascenta Cláudia Lima Marques (2002, p.112) “o meio utilizado no comércio eletrônico é altamente automatizado e telemático sendo profissionalmente utilizado pelos fornecedores que expõem seus serviços, representando uma vulnerabilidade técnica e um desafio extra ao consumidor.” Fazendo-se primordial a proteção aos hipossuficientes, haja vista os longos desafios outrora enfrentados por tais na sociedade que fez surgir à necessidade de uma doutrina de igualdade real e não formal. A mesma autora expõe que “as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, de Belo Horizonte, em 2000, já foram pela auto aplicação das normas de direito do consumidor brasileiras ao comércio eletrônico com consumidores.” (2002, p.112).

Nessa esteira de raciocínio no que atina em sede de princípios do CDC aplicáveis aos contratos aqui tratados, a doutrina aponta como principais o dever de informação consoante artigo 6º, III e/c o artigo 4º que prescrevem o dever de informar como reflexo da transparência, bem como o artigo 31 que diz:

*Art. 31. A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*

Por seu turno, o artigo 46 do CDC trata da proteção contratual aclarando a oportunidade do consumidor tomar conhecimento prévio do conteúdo da avença, bem como de uma redação que não dificulte a compreensão do instrumento, sob pena do mesmo não se obrigar contratualmente. E o princípio da boa-fé presente no artigo 49 que traz ínsito o direito de arrependimento do consumidor, haja vista quando do momento do pactuado este não conhecer o produto.

Tendo em mente o princípio da boa-fé, que possui como um dos seus reflexos o direito de arrependimento instituído para as vendas a domicílio o CDC prescreve em seu artigo 49:

*Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.*

Em termos internacionais, pode-se fazer menção a Diretiva Européia 97/7/CE, essa asseverando um extenso direito de informação ao consumidor e sancionando eventuais falhas no cumprimento deste, sendo que penaliza com a dilatação do prazo de reflexão para o consumidor. Já a Diretiva 2000/31/CE traz deveres de informação nos arts. 5º, 6º e 10 e o dever de confirmação da aceitação no art. 11, direitos de privacidade e de não receber produtos no art. 7º, e regras especiais sobre conclusão dos contratos por meio eletrônico no art. 9º (Marques, 2002, p. 113).

No Brasil, em termos legislativos, existe o Projeto de Lei nº 1589/99, oriundo da Ordem dos Advogados Brasileiros de São Paulo, que “Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital e dá outras providências”. Sendo que conforme corrobora Semy Glanz (2002, p. 121) “no Brasil a matéria é regulada por decretos e recentemente por medida provisória”. O mesmo autor, então, aponta o Decreto 3.587, de 05.09.2000, baixado pelo Presidente da República, que “estabelece normas para Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal - ICP-Gov, e dá outras providências”, bem como um novo Decreto, nº 3.714, de 03 de janeiro de 2001 que “Dispõe sobre a remessa por meio eletrônico de documentos a que se refere o art. 57-A do Decreto 2.954, de 29.01.1999, e dá outras providências”.

Continuando na mesma linha de raciocínio, o autor supracitado alenta que, por sua vez, em 28 de junho de 2001, foi editada a Medida Provisória 2.200, destinada a dar segurança jurídica à assinatura e ao comércio eletrônico.

nicos, reeditada em 27.07.2001, que “institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal - ICP, e dá outras providências”.

Retomando o projeto de Lei nº 1.589/99, vale ressaltar que nesse urge os deveres de informação, de confirmação e de cuidado dos fornecedores do comércio eletrônico como preocupações cruciais, que em síntese, impõem o dever do fornecedor de informar sobre o meio usado, sobre o produto ou serviço que oferece, sobre as suas condições gerais contratuais e condições específicas da oferta e o dever se identificar de forma clara e eficaz (Marques, 2002, p.113).

No que tange a responsabilidade do intermediário pelas transações comerciais, não está ainda assente na doutrina, ensejando controvérsias, haja vista o artigo 9º e 10 do Projeto de Lei nº 1.589/99 dizer que não há responsabilidade do intermediário pelos danos causados ao consumidor. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor veda tal estipulação contratual em seus artigos 25 e 51. Podendo-se concluir que o intermediário será responsável pelos prejuízos que sua ação ou omissão vier a causar, como prestador dos serviços de conexão e transmissão de informações. (Santos e Rossi, 2000, p.120)

#### **4. Da interpretação dos contratos eletrônicos no âmbito do direito consumerista: peculiaridades e o enfoque na tutela do consumidor.**

A interpretação é a forma pela qual a norma irá ser aplicada concretamente. Destarte, a ingerência do intérprete no que toca ao Direito do Consumidor não pode olvidar seus princípios elencados ao longo de uma história que consolidou a proteção do hipossuficiente.

Esse arcabouço arraigado à tutela do consumidor refletirá nos contratos eletrônicos sobre uma ótica peculiar, dado o fato de o meio digital oferecer no seu bojo caracteres que ensejam a vulnerabilidade do usuário. Essa se dá seja pela oferta constante, seja pela complexidade, interatividade, impessoalidade e demais características já citadas do ambiente virtual.

Nas relações regidas pelo Código Civil de 1916, tem-se no artigo 1.084: “Se o negócio for daqueles em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.” Por seu turno, a mesma questão vem tratada, primordialmente, no artigo 111 do Novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *in verbis*: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

É sabido contudo, que no tocante às relações consumeristas a interpretação do contrato se faz a favor do consumidor art. 47 do CDC, *vide*:

“as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” Conseqüentemente, a utilização do direito subsidiário geral, qual seja, os diplomas cíveis, só se fará quando favorável ao consumidor. Portanto, como assevera a professora Cláudia Lima Marques (2002, p. 124)” no direito do consumidor a regra é inversa: o silêncio do consumidor significa negação e indício que aconteceu uma prática abusiva do fornecedor.” Concluindo na mesma assertiva diz que “no mundo virtual, o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim indício de que um ato comercial dos fornecedores pode ser abusivo”, violando a confiança dos consumidores depositada frente aos fornecedores do comércio eletrônico.

Pelo exposto, suscita-se a seguinte questão: então, tendo em vista o meio virtual e suas peculiaridades como se dará a verificação da vontade do consumidor? Como se terá a certeza de que o consumidor realmente aceitou a oferta?

Bem, no mundo virtual ao se acessar um *site* ou uma *home page* ter-se-á uma infinidade de produtos e serviços que para o usuário comprar deverá proceder através de atos ou palavras (tocar símbolos, ícones, fazer clicks - *point and click agreements*, *click-wrap agreements* - e condutas sociais típicas, etc.), ora não se tem um silêncio portanto, do consumidor e, sim, uma vontade manifestada conforme o meio utilizado na conclusão da avença, logo o silêncio não é presumido.

Em relação à certeza ou não da aceitação do consumidor, mister é expor que o meio digital possui registros que irão mesmo comprovar a transação. Isso fica clarividente, pela razão de programas de informática poderem traduzir os fatos, revelando o pensamento ou a vontade daqueles que o formularam, além disso, ele também pode ser reproduzido tal qual o documento físico, como por exemplo, o CD que armazena dados retirados dos computadores, fora do disco rígido.

Igualmente, ao se aplicar os princípios da boa-fé e da informação conjuntamente à interpretação há que se considerar as linhas de presunção da identidade do agente contratante, qual sejam, fornecedor e consumidor, em que o princípio da boa-fé impõe a aplicação da teoria da aparência para o primeiro, haja vista a aplicação do Direito Comercial. E para o segundo o princípio da boa-fé dispõe acerca da confiança.

Nesse diapasão, relevante é igualmente a indagação a respeito dos contratos que merecem uma interpretação especial como “os que envolvem jogos de azar, prêmios, conteúdos pornográficos e de lazer, geralmente envolvendo a ordem pública dos conectados.” (Marques, 2002, p. 126). Ao terem objetos ilícitos que atentam contra a ordem pública e os bons costumes, são, portanto, inválidos.

Por fim, importante alentar um exemplo para se aclarar a questão referente a produtos em que o consumidor não pediu e mantém o seu silên-

cio, sendo defeso, e estando dentro do rol das prática abusivas, ao fornecedor de produtos ou serviços “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço” (art. 39, III, do CDC) implicando, conseqüentemente, a punição do fornecedor ao prescrever, no parágrafo único do artigo citado, “os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.” (art. 39. III c/c parágrafo único, do CDC).

## 5. Considerações finais

A evolução vista em torno dos contratos eletrônicos com um enfoque dado à interpretação dos mesmos na proteção do consumidor leva o presente trabalho a breves considerações finais, sem, contudo querer esgotar a temática.

Existe um novo enfoque dado à relação contratual quando ela se desenvolve no ambiente digital. Essa nova realidade tem por escopo o fomento do capital e do comércio internacionais.

Um dos pontos fundamentais para a compreensão da atual força que vem tomando os contratos eletrônicos é o desenvolvimento do comércio eletrônico que traz em seu bojo um apanhado de transformações estruturais.

Na Idade Média era comum o comércio em toda Europa, atualmente, é extremamente normal o comércio eletrônico sem fronteiras. Não há dúvida, então, que mais uma vez problemáticas perpassam à proteção dos hipossuficientes nas relações contratuais, não se podendo deixar esse à mercê de contratos com cláusulas e demais elementos abusivos.

O Direito, ciência em constante construção, haja vista tratar das relações humanas que por seu turno são multifacetárias, pugna mais uma vez para acompanhar os rumos que a contemporaneidade prega, cabendo, ao profissional do direito no seu constante mister de interpretar normas, dando vida as mesmas, e, destarte, favorecendo o consumidor na aplicação dos contratos eletrônicos entre esses e fornecedores.

Diante do exposto, apreende-se que os contratos eletrônicos são cada vez mais percebidos no cotidiano, seja pelas discussões legislativas, doutrinárias e jurisprudências, seja pela predisposição latente de regulação desse velho instituto com estruturas e características novas surgido a partir da dinâmica social. Trata-se de um fato jurídico e como tal deve ser norteado de estudos para o melhor entendimento e atuação. É dentro dessa ótica que se inseri a indagação de quais sejam os novos rumos da tutela do consumidor.

Parafraseando sobre o tema em testilha, Cláudia Lima Marques

(2002, p. 126) corrobora que “se o meio virtual, a rede da Internet e a globalização aumentam a liberdade teórica dos consumidores, a prática lhes limita e a solução só pode ser a regulamentação pelo Direito.”

Em suma, dentro da interpretação empreendida nos contratos eletrônicos, em sede consumerista, não se podem olvidar os princípios arraigados à matéria, nem muito menos o fato de que os direitos dos hipossuficientes são resultados de uma longa conquista histórica e não devem ser submetidos ao poder econômico e a suas nuances.

O Direito segue, então, sua saga de ordenação e, portanto, aqueles que o fazem devem sempre estar atentos para a má-fé e para as práticas abusivas, coibindo-as, e, dessa forma, protegendo os menos favorecidos nas relações contratuais.

## 6. Referências Bibliográficas.

GLANZ, Semy. Consumidor e Contrato Eletrônico. *Revista dos Tribunais*. V. 796, Nº 91, p. 115-123, fevereiro de 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Proteção do consumidor na Era da Globalização. *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 41, p. 81-95, janeiro-março de 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira. *Direito, sociedade e informática/org*. Aires José Rover. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

\_\_\_\_\_ e ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos Legais do Comércio Eletrônico - Contratos de Adesão. *Revista de Direito do Consumidor*. Nº 36, p. 103-129, outubro-dezembro de 2000.

VIDIGAL, Geraldo Facó. Artigo Acerca das Assinaturas digitais e certificação. In. *Jus Navigandi*: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. 27 de julho de 2002.

# INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS

Alexandre Vieira Câmara

Alexandre Nascimento dos Santos

Acadêmicos do 9º período do Curso de Direito - UFRN

## 1 - Introdução

Volta e meia, ouvimos alguém dizer que empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos que exploram alguma atividade ligada a distribuição de serviços essenciais interromperam o fornecimento do serviço quando do não pagamento do mesmo por parte do consumidor.

Tal ato visando a interrupção do fornecimento de serviços essenciais agride diretamente o ordenamento jurídico brasileiro, não só preceitos constitucionais, como também a legislação infraconstitucional.

Assim, se deduz dos conteúdos constitucionais, mais precisamente do art. 5º, nos seus incisos XXXV, LIV e LV, que qualquer medida inclinada a abrigar direito individual violado deve se sujeitar ao Poder Judiciário e ao devido processo legal.

Da mesma forma, é inadmissível o exercício arbitrário das próprias razões, como estabelecido no artigo 345 do Código Penal Brasileiro, o que significa dizer que a legislação pátria não permite que os seus sejam privados dos seus bens, a não ser é claro, que tal privação se dê após o desfecho de um processo que passe pela análise minuciosa do Poder Judiciário, em conformidade com a sistemática legal, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, a legislação infraconstitucional considera como indispensável a contínua prestação de serviços públicos essenciais. E também, proíbe a utilização de métodos coercitivos, como por exemplo, a arbitrária suspensão do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento, com o objetivo de recebimento de dívida.

Portanto, o presente trabalho tem como fim demonstrar a impossibilidade de interrupção no fornecimento de serviços essenciais em virtude do não pagamento do serviço prestado.

## 2. Do fato

Dona Sandra Pereira Santos, mãe de dois filhos, residente em Cidade Satélite, nesta capital, costureira autônoma, foi surpreendida, em maio de 2001, pela interrupção no fornecimento de energia elétrica da sua resi-

dência. Não recebeu nenhuma advertência acerca da conta em atraso e a equipe enviada pela concessionária de serviço público que explora a distribuição de energia elétrica foi implacável, já veio com a ordem de corte e alardeando que a justificativa era o atraso no pagamento da conta mensal, dispensando assim qualquer negociação ou explicação ao consumidor. Dona Sandra teve de usar velas para enxergar na escuridão, a geladeira parou de funcionar, estragando os alimentos, não pôde ligar o liquidificador para preparar o lanche dos filhos, nem assistir à televisão e, por pior, deixou de trabalhar porque não havia energia elétrica para fazer funcionar a máquina de costura, inviabilizando sua única fonte de remuneração. O prazo de pagamento da conta em atraso venceu antes de Dona Sandra ocupar o imóvel. Muito antes do corte, ela avisou o fato ao proprietário da casa e entregou cópia autenticada do contrato de aluguel à concessionária de energia, como forma de provar que ela não deu origem ao débito. Ao procurar a companhia de energia elétrica após a interrupção do fornecimento, foi informada de que o serviço voltaria a ser fornecido se a conta em atraso fosse paga com os índices de reajuste ditados pela empresa.

## 2.1 Do direito

Conforme o art. 170 da Carta Magna, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observada a defesa do consumidor. Esta, por intermédio do constituinte de 1988, foi elevada ao status de garantia fundamental. Se existem meios legais de cobrar o débito, privar o consumidor de um serviço essencial como forma de constrangê-lo ao pagamento é lícito assegurar existência digna? Segundo o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), as concessionárias de serviço público são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Assim, é ilegal interromper o fornecimento de serviço essencial. É válido frisar que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, através da Portaria número 3/99, reconhece como serviço essencial o fornecimento de energia elétrica, telefonia e água. Caso se verifique o inadimplemento, a empresa pode ajuizar uma ação de cobrança para pleitear seus direitos em juízo, e não apelar para o corte sumário do serviço. Tal posicionamento tem amparo legal e jurisprudencial, conforme revela esta ementa citada na Revista dos Tribunais de número 795:

*Tarifa - Água - Corte do seu fornecimento em relação a consumidor inadimplente - Inadmissibilidade, por tratar-se de serviço es-*

*sencial, regular e contínuo, não atuando o atributo da autotutela administrativa, pois não se pode privar o usuário do desfrute de um bem vital - Descabimento, contudo, da pretensão do recorrente em compelir a administração a transacionar, tanto que essa tem a faculdade de ajuizar a ação de cobrança executória - Recurso parcialmente provido (1.º TACivSP, 5.ª Câmara, Ap 776.323-7, Comarca de Jaboticabal, rel. Juiz Nivaldo Balzano, j. 09.09.1998, de ram parcial provimento, v.u.).*

Quanto à doutrina, há opiniões divergentes. Zelmo Denari entende que a concessionária de serviço público não é obrigada a prestar serviço ininterrupto se o consumidor descumprir o adimplemento. Segundo ele, “Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária...” (GRINOVER, 2001, p. 195). Respeitamos a opinião do insigne jurista, mas notamos que ela não se coaduna com as notáveis conquistas da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que é claro em determinar em seu art. 22 a continuidade dos serviços essenciais. Embora defensor da tese supracitada, o mesmo Zelmo Denari sustenta que, caso a empresa tenha por escopo forçar o usuário ao pagamento da conta em atraso, não pode haver interrupção no fornecimento do serviço, além do mais, em razão do interesse público, Denari considera inadmissível a interrupção do fornecimento se o consumidor for pessoa jurídica de Direito Público (GRINOVER, *op. cit.* p. 195).

Os advogados das concessionárias de energia elétrica usam como argumento o art. 6.º da Lei n.º 8.987/95, que em seu inciso II do § 3.º prescreve que não se configura descontinuidade do serviço público a sua interrupção por inadimplemento do usuário. Consideramos tal dispositivo legal incompatível com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, haja vista que um atraso no pagamento não pode se sobrepor a um serviço essencial à vida do cidadão. Do contrário, estaríamos priorizando o acúmulo de capital em detrimento da qualidade de vida.

Já o advogado Roberto Dias Cardoso arremata: “... não resta a menor dúvida quanto à ofensa ao direito do consumidor quando este é compelido a pagar as contas em atraso sob pena de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica” (CARDOSO 2002, p. 57). Segundo o causídico, só se justifica a cessação do serviço mediante processo perante o Poder Judiciário, valendo-se do contraditório e da ampla defesa. O mesmo posicionamento é seguido por Mário Antônio Lobato de Paiva:

*Com efeito, não há justificativas para a prática abusiva do corte no fornecimento de energia elétrica da impetrante por falta de pagamento por parte da concessionária de energia na cobrança de dívidas, expondo a consumidora a constrangimento e prejuízos de toda a ordem, sendo certo que existem mecanismos legais de cobrança, não sendo possível referendar a autotutela (PAIVA, 2001 p. 47).*

Além da indevida interrupção do fornecimento de energia elétrica, Dona Sandra sofreu sério constrangimento perante sua clientela, a vizinhança e a equipe da concessionária de energia, sendo alvo de comentários depreciativos. No dia do corte, ao argumentar que o inquilino anterior era o responsável pela conta em atraso, Dona Sandra ouviu gargalhadas e zombarias irônicas dos funcionários, que foram ríspidos e sarcásticos. Segundo o art. 42 do Código do Consumidor: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. No caso em análise, a consumidora não era inadimplente nem deveria ter sido tratada com rispidez. Não é proibido cobrar uma dívida, o Código do Consumidor opõe-se apenas aos excessos. São inadmissíveis procedimentos de cobrança que atingem, direta ou indiretamente, outras pessoas além do próprio consumidor. Foi o que aconteceu no caso em análise, haja vista que os vizinhos e os clientes da consumidora presenciaram o ato vexatório, configurando-se a intenção da empresa de envergonhar o usuário. Além do mais, na cobrança foi empregada uma informação incorreta, já que os funcionários alegaram o corte de energia em razão do inadimplemento de Dona Sandra. “Inadmissível a cobrança de dívida de consumo alavancada por informações que não estejam totalmente em sintonia com a realidade dos fatos” (GRINOVER, *op.cit.* p. 343).

O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável, conforme o parágrafo único do art. 42 do Código do Consumidor. Assim, Dona Sandra tem direito a receber em dobro o valor da conta não paga pelo inquilino anterior. Não há engano justificável, pois ela enviou cópia autenticada do contrato de aluguel, demonstrando que não deu origem ao débito. Além do mais, com base no inciso VII do art. 6.º do Código do Consumidor, é possível pleitear junto ao Poder Judiciário indenização por perdas e danos, já que ela sofreu humilhações e deixou de trabalhar durante o tempo em que ficou desprovida de energia elétrica. “Se o consumidor perdeu o emprego,

ganhou a antipatia de seus vizinhos, foi envergonhado publicamente, teve sua reputação ferida, viu seu casamento afetado, em todos estes e em outros casos de prejuízos, faz jus à reparação” (GRINOVER, *op. cit.* p. 346).

Uma aconselhável maneira de se resolver o problema da falta de energia elétrica é impetrar um mandado de segurança com pedido de liminar *inaudita altera parte*, pois conforme a Carta Magna essa ação constitucional é cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. O requisito do direito líquido e certo é preenchido porque deriva de fato certo, além do mais, o direito de Dona Sandra vem expresso em norma legal, mostrando-se apto a ser exercido no momento da impetração. A ilegalidade do agente de pessoa jurídica se demonstra pela afronta à garantia legal da continuidade do serviço público, prevista no art. 22 do Código do Consumidor. Em sintonia com as garantias constitucionais que protegem o cidadão ofendido por ilegalidade ou abuso de poder, é louvável o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), que serve de exemplo para os demais tribunais, vejamos a ementa:

*Energia elétrica. Corte de fornecimento. Dívidas em atraso. Inadmissibilidade. Mandado de Segurança concedido. Não se admite corte de fornecimento de energia elétrica como forma de compelir o usuário a pagar dívidas em atraso. Empresa concessionária de serviço de distribuição de energia elétrica. Interrupção do serviço sob alegação de débito. Inadmissibilidade na hipótese, writ deferido, sentença confirmada (TJSC, ApMS nº 2.427. 1ª Câmara, Relator Desembargador Napoleão Amarante, Revista dos Tribunais 609/168).*

Quanto ao cabimento da liminar, o *fumus boni iuris* se revela pela existência do direito do consumidor de ver observada a continuidade e a eficiência no serviço de fornecimento de energia elétrica. O *periculum in mora* está presente, haja vista que a companhia de energia elétrica está atribuindo à consumidora dívida injusta e de valor ilegítimo que, se não for paga continuará com o corte no fornecimento do serviço essencial para a vida humana. O deferimento da providência só ao término da demanda poderá ser inócuo, ensejando resultados desastrosos para a saúde mental e física da impetrante e de seus familiares. Assim, com fulcro no inciso II do art. 7º da Lei 1.533/51, estão presentes os elementos capazes de levar o Juiz a ordenar

a suspensão do ato que deu motivo ao pedido, determinando o retorno do serviço de energia elétrica ao consumidor.

### 3. Conclusão

Como foi observado acima, o consumidor, ainda que inadimplente, não pode ser privado do fornecimento de serviços essenciais por parte de empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, devendo tais entidades cobrarem o valor devido através de ação de cobrança, sempre respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. É preciso respeitar a continuidade dos serviços públicos, conforme disposto no art. 22 do CDC. Caso o serviço essencial seja interrompido, o consumidor pode impetrar mandado de segurança para suspender o ato da autoridade coatora que determinou o corte.

### 4. Referências Bibliografia

CARDOSO, Roberto Dias. Energia elétrica : interrupção no fornecimento. *Consulex*, n. 121, p. 56-57, jan. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 10ª ed. v.7. São Paulo : Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; HERMAN, Antônio; FINK, Daniel Roberto et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, João Carlos. **Código do consumidor**: jurisprudência selecionada. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Mandado de segurança**: suspensão do Fornecimento de serviços essenciais. *Consulex*, n. 112, p. 42-49, set.2001.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3ª ed. São Paulo : Ltr, 1998.

# ALIVRE CONCORRÊNCIA COMO GARANTIA DO CONSUMIDOR DE COMBUSTÍVEIS PETROLÍFEROS

Flávio Henrique Rodrigues Carneiro

Aluno do 7º período do curso de Direito da UFRN  
Bolsista do Programa de Recurso Humanos da Agência  
Nacional do Petróleo

## 1. Introdução

O objetivo do artigo é analisar as relações existentes entre a proliferação do número de empresas distribuidoras de derivados de petróleo no Brasil a partir de meados da década de 1990, e a concorrência que passou a caracterizar o relacionamento entre essas empresas, levando-se em consideração a situação do consumidor final. Com a abertura do mercado de distribuição de derivados petrolíferos, novas companhias passaram a distribuir combustíveis e, conseqüentemente, a disputar mercados com os grandes grupos que durante décadas dominaram o setor. Para se manterem nessa concorrência as empresas têm usado estratégias das mais diversas. Algumas dessas estratégias estão associadas à utilização de medidas ilegais. Tal situação tem conduzido o Ministério Público a denunciar práticas lesivas ao Direito do Consumidor, entre elas a adulteração de combustíveis e a sonegação fiscal. Junte-se a isso os casos de formação de cartéis e oligopólios - atos extremamente nocivos à livre concorrência.

## 2. A distribuição de combustíveis no Brasil

A disputa pelo controle sobre o petróleo existente no Planeta é uma das características marcantes da contemporaneidade. No Brasil, particularmente, o setor petrolífero tem sido alvo de paradoxos: A política econômica do governo para a abertura do mercado de derivados petrolíferos acabou por gerar um desequilíbrio nas relações de mercado. A desregulamentação do setor provocou uma proliferação de distribuidoras de pequeno porte, geralmente constituídas de forma irregular, e especializadas em desequilibrar as relações estabelecidas em um mercado auto-regulável. Dessa forma, as denúncias de adulteração de combustíveis e fraudes contra o fisco vêm ocupando um espaço de destaque na imprensa nacional.

A história da distribuição no Brasil iniciou-se em 1912 quando chegaram as primeiras multinacionais para a exploração do setor. A Carta Magna de 1934 ainda permitia a atuação no país de qualquer empresa, des-

de que constituída sob as Leis nacionais. A instauração do Estado Novo imprimiu uma nova dinâmica às relações econômicas do país, pois a política nacionalista de Getúlio Vargas estava claramente expressa na Constituição outorgada em 1937 que protegia demasiadamente o empresariado nacional. Ainda durante o Estado Novo, o presidente Vargas instituiu, pelo Decreto nº 395 de 29/04/1938, o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), com a função de controlar e supervisionar a produção e o comércio do petróleo e de seus derivados no país. No desenvolvimento dessa onda nacionalista o petróleo foi alvo de intensos debates. Pressões sociais e políticas e uma campanha nacional que tinha como lema “O Petróleo é Nosso !” levaram à criação da Lei 2.004, de 03/10/1953, que estabelecia a nova política nacional do petróleo, definia as atribuições do CNP, e instituía a “Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima - PETROBRAS S.A.”. A Lei que criou o monopólio nacional do petróleo excluiu do seu alcance a importação, exportação e a distribuição. As primeiras foram incorporadas posteriormente, enquanto a última continuou sendo desenvolvida pela iniciativa privada. O Nacional-Desenvolvimentismo proposto pelo governo Juscelino Kubitschek (1956-61) apresentou sinais positivos para a economia, mas o país tornou-se mais dependente do capital estrangeiro. O setor de distribuição entrou em uma fase de estagnação e as menores empresas fecharam as portas. Apesar das dificuldades enfrentadas pelo setor, o Governo decide criar, em 1971, uma subsidiária da PETROBRAS para atuar no setor de distribuição: A BR - PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A.

As crises internacionais do petróleo de 1973 e 1979 fizeram com que o Governo revisse a matriz energética no sentido de reduzir a dependência do petróleo estrangeiro. Foram incentivados os setores de prospecção e refino. Nesse período, as distribuidoras tiveram as suas margens de lucro garantidas graças à regulamentação oficial do setor. A concorrência ficou praticamente anulada, pois os preços ficaram muito parecidos.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 pouco alterou o monopólio do petróleo. A nova Carta apenas reforçou o monopólio na medida em que o trouxe para o bojo da Constituição. Iniciando o projeto nacional de modernização da economia, o Governo instituiu, com a aprovação da Lei nº 8.031/90, o “Programa Nacional de Desestatização”. A partir desse programa o setor petrolífero ganhou maior autonomia através de uma política de “Desregulamentação”, que culminaria com a abertura geral do mercado.

Esse contexto aguçou a concorrência e obrigou as distribuidoras a reverem os seus modelos de eficiência e competitividade. O setor de distribuição voltou a ser um mercado promissor. O número de solicitações de registros para novas companhias distribuidoras começou a crescer - sinais de bons tempos para os consumidores ?

A partir 1995, os preços dos derivados foram desvencilhando-se dos subsídios estatais que garantiam a equalização dos mesmos. Em 1996, o Governo libera, a partir da refinaria, os preços da gasolina, do álcool hidratado e do querosene de aviação. Se estes fatos aqueceram a competitividade entre as distribuidoras, eles, também, provocaram um fenômeno ainda não conhecido pelo setor: a proliferação das empresas de distribuição de pequeno porte. Intensificaram-se, também, nesse período, as denúncias sobre adulteração de combustíveis. Se antes essas denúncias limitavam-se a casos isolados, naquele momento elas começavam a colocar em risco a credibilidade do setor de distribuição.

No processo de desestatização do setor petrolífero, a discussão voltou-se para a viabilidade da manutenção do monopólio do petróleo e culminou com a aprovação da Emenda nº 09, de 11/11/1995, que permitiu à União contratar empresas estatais ou privadas, por sua conta e risco, para exercer as atividades da indústria do petróleo. Após a Emenda nº 09/95, foi aprovada a Lei 9.478 (Lei do Petróleo), de 06/08/1997. Esta Lei foi criada para estabelecer as formas do exercício das atividades petrolíferas após a “flexibilização” do monopólio, além de instituir o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP). A Lei estabeleceu, também, um período de transição para que todos os agentes econômicos envolvidos na distribuição pudessem adequar-se à livre concorrência. Nesse período, inicialmente marcado para durar até o dia 05 de agosto de 2000, os preços ainda seriam fixados pelo Governo. Por questões de dificuldades na aprovação de um novo regime tributário para o setor, o prazo do período de transição foi alterado, pela Lei 9.990 - de 21 de julho de 2000, para o dia 30 de dezembro de 2001. Finalmente, o mercado distribuidor concluiria a última fase da abertura integral do mercado de derivados.

### **3. A Livre Concorrência e os Poderes Constituídos: O Caso Brasileiro**

No Brasil de hoje a distribuição dos combustíveis derivados de petróleo tem envolvido diversos interesses: distribuidoras; o Poder Executivo da União; o Legislativo Federal e estaduais; o Judiciário e o Ministério Público Federal e estaduais. As distribuidoras ao disputarem o mercado aberto à concorrência necessitam constantemente utilizar mecanismos que garantam compradores para os seus produtos. Muitas dessas distribuidoras, buscando beneficiar-se nessa disputa, terminam adotando práticas que infringem o direito da concorrência e acabam por prejudicar, também, os consumidores. O Poder Executivo tem almejado a formação de um sistema eficaz de defesa da concorrência. O poder legislativo procura produzir tanto leis que defendam a concorrência, quanto os direitos dos consumidores, além da apuração de denúncias de infrações, atra-

vés das Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs). O judiciário, apesar das denúncias de envolvimento de juizes na indústria das liminares, tem a cada dia se envolvido mais no tema procurando construir interpretações mais sólidas sobre o mercado distribuidor de combustíveis. O Ministério Público tem firmado convênios com institutos de defesa do consumidor e com a ANP para investigar e oficializar as denúncias de adulteração de combustíveis.

### 3.1 As Distribuidoras

A prática de infrações contra a livre concorrência no setor de derivados do petróleo no Brasil ocorre, geralmente, por uma das seguintes formas: ingerência das distribuidoras de combustíveis no setor de revenda; *dumping*; formação de cartel; e adulteração de combustíveis.

A ingerência das distribuidoras de combustíveis no setor de revenda dá-se quando uma empresa distribuidora é também proprietária de postos de revenda de combustíveis. Nestas condições a distribuidora quebra a obrigatoriedade da separação vertical entre distribuição e revenda, e consegue fixar os preços no varejo, assim como a margem de lucro do revendedor.

No caso de *dumping*, as distribuidoras vendem seus produtos no varejo por um preço inferior ao preço de aquisição com o intuito de tornar inviável a sobrevivência das concorrentes. Nota-se a disparidade de preços entre as diversas áreas, e até em uma mesma área, isto em decorrência da venda abaixo do preço de custo dos produtos nas regiões onde há guerra de preços, e do superfaturamento e recuperação destes valores em regiões onde estas distribuidoras já dominaram o mercado.

A formação de cartéis é prejudicial à livre concorrência uma vez que tolhe o direito do consumidor de buscar a melhor oferta, criando um mercado artificial e que nivela seus preços para cima ou para baixo, de acordo com o interesse do empresário, sem um real comprometimento com o custo e qualidade do produto comercializado.

Finalmente, a adulteração dos combustíveis, aplicada isoladamente ou em conjunto com a sonegação fiscal. Esse tipo de infração às leis de defesa da concorrência configura-se pelo fato de impedir que as distribuidoras que mantêm a qualidade de seus produtos e cumprem rigorosamente suas obrigações fiscais possam praticar os mesmos preços aplicados pelas distribuidoras que ignoram os preceitos legais.

Estas práticas, além de constituir barreira à entrada dos concorrentes, impedindo a livre iniciativa do empresariado em engajar-se no segmento, prejudica diretamente o consumidor, vez que fica privado de meios alternativos de aquisição de combustíveis e da melhor oferta dentro de um ambiente competitivo.

### 3.2 O Executivo

Historicamente, o cenário econômico nacional da atividade de distribuição de combustíveis experimentou, desde o seu início, momentos distintos no tocante à intervenção do Governo.

Inaugurando a legislação pátria de defesa da concorrência, temos o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938. Tal Decreto, voltado à tutela da economia popular, também almejava coibir os abusos no mercado. Desde então, a defesa da concorrência ocupa lugar cativo no Direito Econômico nacional.

Buscando consolidar um modelo mais duradouro, desde os anos 1990 o governo brasileiro tem procurado estabelecer medidas que estimulem a livre concorrência e, conseqüentemente, fortaleça o liberalismo. Em junho de 1994 foi aprovada a Lei 8.884. Esta Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - criado pela Lei 4.137/62 - em uma autarquia federal e estabeleceu normas sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Assua estrutura favoreceu a constituição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), formado por três órgãos encarregados da defesa da concorrência no País: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda; a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça; e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que tem entre suas atribuições a de zelar pela livre concorrência e difundir a cultura da concorrência por meio de esclarecimentos ao público sobre as formas de infração à ordem econômica, além de decidir as questões relativas às mesmas infrações. As decisões do CADE, tribunal administrativo e instância judicante do Sistema, não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

A SEAE e a SDE possuem função analítica e investigativa, sendo responsáveis pela instrução dos processos. A SDE conta em sua estrutura com o Departamento de Proteção e Defesa da Ordem Econômica (DPDE) e com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC).

A atuação dos órgãos de defesa da concorrência subdivide-se em duas vertentes: a) o controle das estruturas de mercado, via apreciação de fusões e aquisições entre empresas (atos de concentração); e b) a repressão a condutas anticompetitivas.

### 3.3 O Legislativo

A produção legislativa nacional, no tocante à defesa da concorrência no setor de distribuição de derivados, ainda apresenta muitos pontos

vulneráveis às manobras daqueles que, dolosamente, buscam um caminho mais fácil para o lucro. Todavia, passos significativos já foram dados no sentido de garantir o fortalecimento do livre mercado.

As leis de proteção à livre concorrência e ao consumidor caminham paralelamente. O Código de Defesa do Consumidor alia-se às Leis de Defesa Econômica, que pretendem conferir maior agilidade ao combate aos trustes e cartéis. Atento a isso, o Legislativo promoveu as alterações necessárias, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001, que alterou os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal; e o advento da Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, que instituiu a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível. Com a instituição da CIDE, a carga tributária relativa ao PIS/COFINS, incidente sobre o petróleo e seus derivados, foi transferida para o produtor, o formulador e o importador, fazendo com que a alíquota da distribuição e revenda seja zero. Além de estabelecer a cobrança monofásica, a nova Lei derrubou o fundamento das contestações judiciais, que embasavam as liminares sob o argumento da irregular substituição tributária.

O trabalho dos legisladores no combate às irregularidades do setor de distribuição de derivados do petróleo não se limita à produção de normas. Alguns Estados estão apurando os fatos de adulteração e sonegação através de CPIs. Estados como Pernambuco, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro e Mato Grosso já conseguiram, como resultado das investigações das Comissões, grandes vitórias contra os cartéis e os crimes de adulteração de combustíveis.

No âmbito do Congresso Nacional a discussão sobre a adulteração e a fraude fiscal na indústria do petróleo também ganha espaço. Por duas vezes aconteceram propostas para a instalação de uma CPI para investigar o setor. Em ambas, as propostas foram rejeitadas. Além disso, também existem no Congresso dois espaços para o debate de assuntos ligados ao tema: A Frente Parlamentar do Petróleo, organização suprapartidária que reúne Deputados e Senadores; e o Parlacom, fórum suprapartidário de deputados para discussão de problemas do setor de combustíveis.

### 3.4 O Judiciário

Como consequência da ineficiente legislação que regulamenta o setor de distribuição no Brasil, as distribuidoras perceberam que contestar, no judiciário, o pagamento dos impostos devidos era um bom negócio. Na maioria dos casos os empresários reconhecem a obrigatoriedade do recolhimento, e futuramente irão efetuar-lo. Todavia, caso seu pedido de liminar seja acata-

do, ele ganhará tempo em virtude da morosidade do processo judicial e do futuro processo administrativo de cobrança. Da gasolina comprada pelas distribuidoras emergentes, 72% são vendidos a preços artificialmente baixos sob a proteção de liminares - prática nociva ao livre mercado. A grande maioria delas concedida para garantir a sonegação do pagamento do PIS/COFINS.

Para contar com o apoio do Judiciário no combate à sonegação e à adulteração, os organismos (sindicatos e associações de distribuidores, Procons, Secretaria da Fazenda, etc.) diretamente envolvidos no problema estão realizando encontros com os magistrados com o intuito de esclarecê-los a respeito do real funcionamento da indústria do petróleo. Tal iniciativa tem surtido efeitos, uma vez que é perceptível a elevação do nível da fundamentação das decisões que negam os pedidos de liminares.

### 3.5 Ministério Público

A luta contra o desequilíbrio nas relações de mercado tem, também, recebido a importante contribuição do Ministério Público, representado por suas Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, que investiga e oferece a denúncia sempre que toma conhecimento de atos contra a ordem econômica e que lesem os interesses sociais e individuais indisponíveis da comunidade.

Para sistematizar a atuação do Ministério Público junto ao setor de distribuição de combustíveis, a Agência Nacional do Petróleo e o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça do Brasil, conjuntamente com os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, firmaram, em julho de 2002, um convênio de cooperação técnica e operacional visando, de um lado, dotar o Ministério Público de instrumentos técnicos relevantes para a persecução aos crimes e aos abusos praticados no mercado de consumo, em todo o território nacional, e de outro, tornar mais eficaz a fiscalização pela ANP, na forma das legislações federal e estaduais, e conforme as normas técnicas brasileiras em vigor. Além deste convênio de âmbito nacional, o Ministério Público, nos estados, tem firmado parcerias com os órgãos locais de defesa do consumidor, com os escritórios regionais do Instituto Nacional de Metrologia (INMETRO), e com as Secretarias da Fazenda e Tributação.

## 4. A Proteção do Consumidor no Brasil

O Brasil, atualmente, ocupa uma posição de destaque no cenário mundial no que diz respeito à proteção do consumidor. Mas nem sempre isso foi assim.

Até o início da década de 1990 as relações consumeristas eram regidas, se assim pode-se dizer, pelas antigas normas do Código Civil de 1916. Desnecessário acrescentar que o quadro econômico do país adquiriu, com o passar dos anos, aspectos completamente distintos daqueles experimentados no início do século passado. Dessa forma o consumidor encontrava-se, na realidade, totalmente desamparado para enfrentar os abusos do mercado de consumo.

Não se pode negar, também, a existência de legislação anterior que indiretamente protegia o consumidor, embora esse não fosse o pensamento principal do legislador da época. Já em 07 de abril de 1933, foi editado o Decreto 22.626 com o intuito de reprimir a usura, talvez o primeiro dispositivo legal nessa área. A Constituição Federal de 1934 trouxe, em seus artigos 115 e 117, as primeiras normas constitucionais de proteção à economia popular. Os Decretos-Lei 869/38 e 9.840/46 cuidaram dos crimes contra a economia popular, e foram seguidos, em 1951, pela chamada Lei de Economia Popular. A Lei 4.137/62, já citada, além de criar o CADE, também teve reflexo na proteção consumidor. Em 1984 foi editada a Lei 7.244 que facultou aos Estados instituírem os Juizados de Pequenas Causas, revogada, então, pela atual Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, no âmbito dos quais criaram-se os Juizados Especiais do Consumidor.

Se no plano Civil e Penal o consumidor não encontrava um amparo consistente, no plano processual civil a situação não era melhor. O Ministério Público, as associações, ou qualquer outro órgão público não dispunham de legitimidade para representar, em juízo, os interesses dos consumidores. Com a entrada em vigor da “Lei da Ação Civil Pública”, lei 7.347, de 24 de julho de 1985, todas essas entidades ganharam legitimidade para a propositura de “ações de responsabilidade por danos causados ao consumidor”, além de outros bens tutelados, iniciando, assim, a tutela jurisdicional dos interesses difusos no país.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, em outubro de 1988, a tutela dos direitos do consumidor recebeu respaldo constitucional. Em vários de seus dispositivos a nova Carta reafirma essa proteção. No capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, no art. 5º, XXXII, a Constituição dispõe que o “Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”. Mais adiante, no art. 170, V, afirma que “a ordem econômica”, entre outros princípios, deve observar “a defesa do consumidor”. Finalmente, nas “Disposições Constitucionais Transitórias”, art. 48, ficou estabelecido que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

Dessa forma, o CDC encontra seu vigor normativo diretamente no texto da Constituição da República. Esse vigor constitucional gera a obri-

gatoriedade de sua observância, por ser norma imperativa de ordem pública, sujeitas à observância geral, o que não ocorre com as normas dispositivas, por exemplo, do Código Civil.

Em sua análise a respeito do período que antecedeu a introdução do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no ordenamento jurídico nacional, o professor Daniel Firmato de Almeida Glória comenta que

*Existiam, é verdade, normas especiais que, aqui e ali, tutelavam, direta ou indiretamente, o consumidor. Mesmo essa proteção mínima, espalhada por todo o ordenamento, carecia de sistematização, uniformização e, principalmente, tecnicidade. (Glória, 2003, p.37).*

Todas essas características, apontadas pelo professor, materializaram-se em 11 de setembro de 1990, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor seis meses após. O Brasil passou a ser o primeiro país do mundo a ter uma lei geral cuja abrangência alcançava todos os grandes temas que integram o Direito do Consumidor. E o mesmo autor acrescenta que

*Certo é que o CDC promoveu verdadeira revolução no Direito brasileiro, alterando, profundamente, o Direito Privado e aspectos importantes do Direito Processual Civil e do Direito Penal, tais como tratamento moderno da responsabilidade civil do fornecedor, o modelo de controle da publicidade, das práticas abusivas e das condições gerais dos contratos e a criação de mecanismos inovadores de acesso à justiça. (Glória, 2003, p.37).*

A função primordial do CDC é buscar sempre o restabelecimento do equilíbrio nas relações de consumo. Isto porque o consumidor está sempre em uma posição de desvantagem econômica em relação ao fornecedor. Esta “vulnerabilidade econômica” é um dos princípios que regem o CDC e tem sua sustentação em mais quatro princípios informadores.

O Princípio da Transparência garante que o consumidor tenha sempre o direito de ser informado, de forma clara e precisa, sobre os bens e serviços que adquirir.

“O Princípio da Confiança garante a adequação, a qualidade e mesmo uma segurança razoável dos produtos e serviços de forma a evitar danos

à saúde e prejuízos econômicos para o consumidor e os terceiros vítimas” (Marques, 1998. 643).

O Princípio da Equidade, ou Isonomia, surge da filosofia do CDC que entende o consumidor como hipossuficiente em relação ao fornecedor. Nesta situação, o consumidor apresenta uma maior vulnerabilidade econômica e merece estar mais protegido. Esta proteção busca equilibrar as relações entre as partes e pode ser facilmente percebida, no CDC, pelo estrito controle das possíveis cláusulas abusivas.

Por fim, o Princípio da Boa-Fé, segundo a análise da professora Cláudia Marques,

*Orientará não só o contrato de consumo, mas, como destacamos, será o guia das práticas comerciais dos fornecedores no mercado brasileiro. O CDC busca, em última análise, transparência e harmonia nas relações de consumo; esta harmonia será alcançada através da exigência de boa-fé nas relações pré-contratuais entre fornecedor e consumidor. As normas do CDC impõem um novo regime basilar para as práticas comerciais, evitando assim que estas práticas se utilizem da vulnerabilidade dos consumidores (Marques, 1998, 642).*

As constantes denúncias sobre adulteração de combustíveis veiculadas pela imprensa, e as que são levadas oficialmente ao conhecimento do Ministério Público, demonstram que nesse setor a vulnerabilidade do consumidor é bem mais exposta. Ao contrário de outros segmentos do mercado, nos quais os princípios informadores do CDC podem ser ignorados individualmente, na venda de combustíveis adulterados eles são desrespeitados conjuntamente.

Qualquer ato que tenha como objetivo adulterar combustíveis, já começa por desrespeitar o Princípio da Boa-Fé. Evidentemente, não existem placas informativas que alertem o consumidor de que ele está comprando um produto adulterado, desta forma elimina-se o Princípio da Transparência. Quando isso ocorre, o objetivo do fornecedor infrator é aumentar os seus lucros em detrimento do “hipossuficiente” consumidor, e é como se o Princípio da equidade nunca tivesse existido. E como falar em Princípio da Confiança se nestes casos os consumidores são expostos a riscos à saúde e prejuízos econômicos ?

## 5. A Vulnerabilidade do Consumidor e o Direito da Concorrência

Mais de uma década passou-se desde a entrada em vigor do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. O modelo de mercado predominante no país aproxima-se cada vez mais da “economia de mercado”. Nesse contexto, não restam dúvidas de que a situação dos consumidores melhora na mesma proporção em que a livre concorrência é exercida plenamente pelos fornecedores, de modo a proporcionar uma forma indireta de proteção às relações de consumo.

Nos mercados que implantaram uma boa política de concorrência, todo o potencial empregado pelos empresários na obtenção de maiores lucros flui no sentido de proporcionar aos consumidores produtos de melhor qualidade por um preço mais baixo. Sem estas políticas, o potencial dos empresários é direcionado para a obtenção do lucro fácil, através da formação de grupos para a exploração, e possível eliminação, dos concorrentes que estejam em situação menos favorável, impedindo que os consumidores obtenham os benefícios que deveriam obter por viverem em uma economia de mercado.

Esta inter-relação entre os dois bens tutelados apresenta-se mais evidente pelo estudo das duas leis. Muitos são os pontos comuns a elas. Já no artigo primeiro da Lei brasileira de defesa da concorrência, o dispositivo explícita o propósito de defesa do consumidor. Ao estabelecer no parágrafo único do referido artigo, que “*a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei*”, o professor, Daniel F. Glória entende que “o legislador quis dizer os consumidores. Vale dizer, é o consumidor o alvo de proteção da lei de concorrência” (Glória, 2003, 95).

A harmonia entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência continua no que diz respeito à elevação do preço sem justa causa. A garantia de um preço justo é preocupação da defesa da concorrência e do consumidor. Isso geralmente ocorre devido ao poder econômico das grandes empresas, que têm maiores possibilidades de manipular os preços, as condições de mercado e as práticas abusivas ao direito do consumidor. Os artigos 21, XXIV da lei 8.884/94 e o 39, X da lei 8.078/90 tratam da elevação dos preços de bens ou serviços sem justa causa. O CDC não previu originariamente a elevação injustificada de preços como uma prática abusiva, o que foi prontamente suprido pela lei de Defesa da Concorrência que acrescentou tal inciso ao artigo 39 da lei consumerista.

O compromisso de desempenho, previsto no artigo 58 da Lei de Concorrência, é um dos dispositivos mais importantes da tutela dos consumidores pelo Direito da Concorrência. O compromisso de desempenho é uma forma de minimizar os prejuízos provocados à livre concorrência, por exem-

plo, no caso de uma fusão ou incorporação de empresas. Esse compromisso será composto de condições que devem ser observadas pelas empresas envolvidas na transação para que o ato de concentração seja aprovado pelo CADE. Esta ferramenta tem sido bastante usada para permitir uma maior flexibilização no tratamento das concentrações empresariais.

Como exemplo prático da aplicação do compromisso de desempenho, Glória cita um caso nacional recente ocorrido por ocasião da

*Aquisição da Kolynos Corporation pela Colgate Palmolive Company, em 1996, em que ficou determinado, como medidas mais relevantes, a suspensão da utilização do nome "Kolynos" como marca de creme dental no período de 4 (quatro) anos e a disponibilização, através de oferta pública, de parte da capacidade produtiva para a fabricação de cremes dentais para terceiros (Glória, 2003, 99-100).*

No setor de distribuição de combustíveis no Brasil, apenas um ato de concentração entre grandes empresas marcou o mercado: a aquisição, em 1993, da rede de distribuição da multinacional americana "Atlantic" pela empresa "Ipiranga" de capital nacional. Este ato ocorreu antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência, logo o sistema jurídico de proteção à concorrência ainda não conhecia, ou melhor, não utilizava os compromissos de desempenho. Pelo volume de recursos empregados e a importância da rede de distribuição envolvida, certamente o segmento sentiu o impacto da aquisição de uma forma que poderia ser amenizada com a adoção do compromisso de desempenho.

## 6. Considerações Finais

No Brasil, apesar da falta de tradição na proteção do consumidor e na defesa da concorrência, grandes avanços podem ser observados nestas duas matérias. O ordenamento jurídico que as disciplina foi constituído de tal maneira que, como visto, a harmonia entre ambas dá um revestimento especial aos bens tutelados por elas.

O Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor apresentam-se para o mercado como a força que poderá forjar um modelo de relacionamento entre consumidores e fornecedores no qual os princípios da livre concorrência convertam-se em meios de garantia de produtos e serviços de alta qualidade, por preços cada vez mais favoráveis ao consumidor.

Os consumidores de combustíveis petrolíferos no Brasil ainda estão em uma situação de extrema vulnerabilidade. Desde o início da abertura do mercado, em meados da década de 1990, o setor vem sofrendo uma série de alterações: entrada de novos *players* no mercado de distribuição, consequentemente maior disputa por consumidores de seus produtos; liberação de preços; regulação através de uma agência especializada; importações de combustíveis; alterações na legislação tributária. etc.

Todavia, o tempo previsto para que o mercado se acomode ao novo modelo ainda não expirou. É necessário que o setor amadureça as novas concepções surgidas com as mudanças trazidas pela abertura e descubra novas formas de atrair os consumidores.

Todos os órgãos envolvidos no estabelecimento de uma livre concorrência no setor distribuidor de combustíveis estão amplamente empenhados na consecução de suas metas. Os Poderes Executivo, Judiciário, e Legislativo buscam estabelecer uma economia de mercado à altura do potencial econômico do país; o Ministério Público, no seu papel de defensor dos interesses sociais, tem conseguido, com êxito, inibir práticas lesivas ao consumidor e à economia popular; a Agência Nacional do Petróleo, através de suas políticas de regulação, tem conduzido, com mais acertos que erros, a indústria do petróleo no país.

Para finalizar, as distribuidoras e postos revendedores de combustíveis, em sua grande maioria, através de seus sindicatos ou entidades representativas, têm dado uma importante contribuição às entidades reguladoras. Além, é claro, da constante busca do lucro pelos mecanismos legais existentes num mercado auto-regulável.

## 7. Referências Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COLISTETE, Renato Perim. A força da idéias: A Cepal e o industrialismo no Brasil no início dos anos 50. In: SZMRECSÁNYI, Tamás. SUZIGAN, Wilson. (Org.). **História econômica do Brasil contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Edusp/Hucitec, 2002.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Edusp: FDE, 1995.

**GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. A Livre Concorrência como garantia do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

**MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais.** 3ª ed. São Paulo: RT, 1998.

**MARTINS, Ives Gandra. BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de Outubro de 1988. v.9. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

**MEDAUAR, Odete. (Org.). Coletânea de legislação administrativa.** 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

**MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Comentários à lei do petróleo:** Lei Federal nº 9.478 de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000.

**SILVA, Américo Luís Martins da. Introdução ao direito econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

**SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos jurídicos do planejamento econômico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

# APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA INTERNET

José Arruda de Miranda Pinheiro  
Acadêmico do 8º Período do Curso de Direito da UFRN

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar um dos temas de maior importância e repercussão no contexto atual do Direito: a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (C.D.C.) aos contratos celebrados por intermédio da grande rede mundial de computadores.

Inicialmente, far-se-á uma breve análise histórica da evolução do comércio, até alcançar a perspectiva da sociedade Pós-Moderna. Posteriormente, concentram-se os esforços no estudo do comércio eletrônico, dando-se relevo à importância da Internet posta a seu serviço.

Os aspectos jurídicos da aplicação da Lei 8.078/90 aos contratos realizados com o auxílio da informática serão ressaltados, inclusive com identificação de princípios que os norteiam.

Ao final, diante dos argumentos jurídicos desenvolvidos, haverá tomada de posição diante da problemática.

Não se tem a pretensão de esgotar as possibilidades temáticas da matéria, diante da extensão que a informa. Busca-se contribuir para fomentar a discussão, na medida em que se procura despertar a curiosidade do estudioso para a disciplina jurídica das relações contratuais firmadas através da Internet.

## 2. Breve Panorama Histórico da Evolução do Comércio

O homem, há muito, mostrou-se um ser social, buscando formas de interagir com o meio, tentando ampliar os horizontes de suas relações, fossem elas comerciais ou simplesmente associativas.

Na era primitiva, não era praticado o comércio como elemento identificador de lucro. As pessoas viviam sob um regime rudimentar de subsistência, que se realizava através da caça e da pesca, desenvolvendo-o em agrupamentos familiares, baseados no sistema patriarcal.

Ao longo dos tempos, esses núcleos sociais começaram a se unir, na busca de uma interação, diante das necessidades crescentes. Essa nova realidade fez surgir utensílios de uso pessoal e doméstico, que passaram a gerar um excedente a ser comercializado através da troca. Logo se desper-

tou para o desejo do lucro, passando a existir a mercadoria intermediária, que passou a ser vendida por um certo valor em moeda. Começa a fase monetária.

Novas ferramentas e técnicas de produção passam a ser desenvolvidas, gerando um excedente ainda maior, que necessitava ser comercializado. As fronteiras são expandidas, e as maneiras de praticar o comércio modificam-se completamente, na medida em que se formam caravanas em terra e desenvolve-se a navegação.

Waldemar Martins Ferreira pontifica sobre este assunto:

*Veio o mar a ser, no conceito de Heródoto, a estrada mestra, a unir os homens, de tal modo que os habitantes do interior dos países jaziam excluídos das facilidades e prazeres das relações dos povos e privados dos progressos da civilização. A navegação marítima abriu as sendas e horizontes para o comércio, que largamente se irradiou entre os povos antigos. (Ferreira, 1954, ps. 12/13).*

Ocorreu a chamada Revolução Industrial, que começou na Inglaterra e se expandiu por outros países, transformando o comércio, ao mesmo tempo em que novas máquinas, capazes de elevar a capacidade de produção, e por via de consequência, o consumo, atingiram escala mundial.

A etapa mais recente do processo de evolução histórico-comercial e que inicia a época Pós-Moderna, é a Revolução Tecnológica, marcada pela Globalização, ou como alguns preferem chamar, Mundialização, que pode ser entendida como um meio de se utilizar padrões mundiais para a produção e para o consumo.

### 3. Aspectos da Sociedade Pós-Moderna

O traço marcante do processo que identifica a passagem do Modernismo para o Pós-Modernismo é a evolução tecnológica, que alterou substancialmente as relações econômicas (incluindo as de consumo), políticas e sociais, as quais passam a ser realizadas de uma maneira cada vez mais ágil, na medida em que evoluem os meios de comunicação.

Francisco Pedro Jucá escreve:

*Eis o chamado fenômeno da globalização, e que já pode ser percebido como conseqüência da tran-*

*sição Modernidade/Pós-Modernidade, portanto, do industrialismo para o pós-industrialismo, e pelo ingresso na sociedade da informação e da tecnologia. Nele o sistema produtivo mundializa-se na proporção e com a finalidade de dialogar com o mercado consumidor que também se mundializa. (Jucá, 2000, ps. 45/46).*

É nesse aspecto que Touraine, na obra *Crítica da Modernidade*, assinala que o tripé da sociedade moderna é constituído por: Estado-nacional, Empresas e Consumidor.

Na atual conjuntura, percebe-se o estreitamento das fronteiras entre os Estados, bem como a expansão das indústrias transnacionais, passando a existir um amplo mercado de consumo.

Esse é o mesmo entendimento de Antônio Vieira Santos, ao ponderar:

*O traço fundamental desta revolução começa a ser delineado pela migração do papel condutor do Estado-nacional, para o da Grande Corporação. A explosão da economia de escala rompendo as barreiras tradicionais impõe que a produção e o consumo formem equação que ultrapassa aos limites do Estado-nacional, que passam a ser estreitos, porque esta nova escala tem como parâmetro, seja para a produção, seja para o consumo, o Mundo. (Santos, 1997, p. 52).*

#### **4. O Comércio Eletrônico e a importância da Internet para a sua realização**

A grande rede mundial de computadores surgiu na década de 60, inicialmente destinada a fins estratégico-militares. Com o passar dos tempos, foi ela ampliando seu âmbito de influência. Na década de 70, passou a fazer parte da realidade acadêmica. No final dos anos 90, começou a ser amplamente utilizada para diversos fins, inclusive os comerciais.

O comércio eletrônico pode ser dividido em duas espécies: entre empresas e entre empresa e cliente. Este é o ângulo que será aprofundado.

Pode definir-se comércio eletrônico como sendo o negócio jurídico bilateral ou plurilateral, realizado através da informática, em que duas partes acordam em perfazer um contrato que tem por objeto um produto e/ou serviço.

Alain Bensoussan conceitua-o como sendo “um conjunto de trocas digitalizadas, ligadas a atividades comerciais, entre empresas, entre empresas e particulares ou entre empresas e administração” (Bensoussan, 1998, p. 118).

Não há que se falar em comércio eletrônico sem Internet, haja vista que a grande rede mundial de computadores é o principal meio pelo qual se realizam as relações comerciais eletrônicas.

Há cerca de quinze anos já se comercializa eletronicamente no Brasil. Muito antes, essa prática já era uma realidade em outros países.

Números veiculados em matéria do jornal O Estado de São Paulo, edição de 07/02/2000, comprovam que a grande rede mundial de computadores é um excelente meio de se praticar atos comerciais, indicando uma ótima perspectiva de crescimento. Em 1997, o comércio eletrônico movimentou cerca de US\$ 8 bilhões em todo o mundo. No ano de 2001, as estimativas giravam em torno de US\$ 100 a US\$ 150 bilhões. Para 2002, estima-se que cerca de US\$ 330 bilhões serão comercializados. No ano de 2003, espera-se chegar à impressionante cifra de US\$ 600 bilhões. No Brasil, as projeções indicam que, em 2003, serão comercializados eletronicamente cerca de 1,9 bilhão.

É a comprovação de que a Internet é uma realidade que não pode ser descartada, constituindo-se em um modo rápido e prático para a celebração de contratos, facilitando sobremaneira a vida dos cidadãos em todo o mundo.

## 5. Os Contratos Eletrônicos

A idéia de contrato, desde os romanos, sempre teve como base as práticas sociais, o modelo econômico e o aspecto moral da época em que praticados.

Adaptações puderam ser percebidas nessa espécie de negócio jurídico, devido às novas necessidades da sociedade em constante transformação, sendo que uma das mais novas formas de contratação é a eletrônica.

Cláudia Lima Marques destaca:

*A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico. (Marques, 1998, p. 37).*

Não existe uma definição em lei ou uma reiteração na jurisprudência do que vem a ser contrato eletrônico, mas pode fazer-se uma analogia com os conceitos que informam os contratos civis, haja vista que as únicas distinções entre eles referem-se ao meio através do qual é realizado o negócio, a maneira de tradição da coisa e o momento de sua perfeição.

Caio Mário da Silva Pereira define contrato como: “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. (Pereira, 1999, p. 2)

Pode se dizer que contratos eletrônicos são negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, realizados através de mecanismos eletrônicos, através dos quais extingue-se, modifica-se ou cria-se um direito patrimonial, de acordo com os princípios da ordem pública.

Quanto ao aspecto da segurança nos contratos celebrados pela Internet, o sistema de proteção mais utilizado atualmente é o criptográfico de chave pública.

No Congresso Nacional Brasileiro está em discussão o Projeto de Lei nº 1.589/99, de autoria do deputado Luciano Pizzato, que dispõe sobre o comércio eletrônico e assinatura digital, prevendo no artigo 14 que é considerado original o documento eletrônico assinado pelo seu autor mediante sistema criptográfico de chave pública.

Antes de celebrar contratos eletrônicos, recomenda-se que o consumidor procure saber o nome (ou razão social), endereço e telefone do vendedor ou da empresa para a qual trabalha; o respectivo CNPJ; a descrição dos bens ou dos serviços contratados, detalhando o preço e as obrigações contratuais das partes.

Após essas precauções, deve-se imprimir os dados da transação e guardá-los, para que sejam usados como meio de prova de sua concretização.

## **6. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos**

A Internet, como espaço interativo mundial, também está sujeita às limitações impostas pelo ordenamento jurídico dos países onde atua.

Não existe uma norma jurídica internacional que regule as relações de consumo celebradas por meio eletrônico. No caso do Brasil, inexistem leis específicas que regulem o assunto.

A disciplina dos contratos eletrônicos pode ser viabilizada pelo Código de Defesa do Consumidor, desde que tenha por objeto um produto e/ou serviço, estando presente o binômio fornecedor e consumidor.

Essa proteção visa justamente tutelar os direitos da parte hipossuficiente, erigindo-se contra os abusos que venham a ser praticados.

Rodrigo Benevides de Carvalho observa:

*Inegável, portanto, que o comércio eletrônico faz criar operações que nitidamente configuram relações de consumo e que, nesse passo, se submetem inteiramente aos preceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, até porque, não obstante os projetos elaborados a esse respeito, o direito brasileiro até o momento não contém nenhuma norma específica que tutele o consumidor frente ao comércio eletrônico.* (Carvalho, 2001, p. 101).

Conclui-se, assim, que o comércio eletrônico, no que concerne à defesa dos consumidores, deve observar as disposições em geral e os princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Aliás, os preceitos a serem utilizados no comércio pela Internet são exatamente os mesmos verificados no comércio tradicional, verificando-se tão somente alterações na forma e nos mecanismos de contratação, através do desenvolvimento de novas tecnologias". (Carvalho, 2001, p. 101).

O C.D.C. deve abranger a proteção ao consumidor em todos os seus níveis e aspectos do mercado de consumo.

## 7. Princípios aplicáveis aos contratos celebrados pela Internet

A importância principiológica ganhou força a partir do Pós-Positivismo. Os valores principiológicos, na realidade jurídica atual, constituem-se verdadeiros nortes da aplicação e da interpretação do Direito.

Miguel Reale conceitua os princípios desta maneira:

*Verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.* (Reale, 1994, p. 299).

Muitos são os princípios que possuem importância e repercussão na área dos contratos eletrônicos. Abordemos alguns deles.

## 7.1 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé possui relação estreita com o aspecto ético das relações jurídicas, cuja base é a dignidade da pessoa humana como fonte de valores.

Segundo Silvio Rodrigues, “a boa-fé é um conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.” (Rodrigues, 2002, p. 60).

Atualmente é considerado, por diversos tribunais no mundo, o princípio mais utilizado na solução das lides oriundas do comércio eletrônico.

É de fundamental importância a sua aplicação nos contratos eletrônicos, haja vista a busca constante pela segurança jurídica nas relações de consumo.

Esse princípio pode ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro no art. 4º. III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor:

*Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...).*

*III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;*

*Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços e que: (...).*

*IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

Também existe previsão no Código Comercial brasileiro, no art. 131, n. 1:

*Sendonecessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobretidas, será regulada sobre as seguintes bases:*

*1. A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.*

O novo Código Civil brasileiro, consagra o princípio da boa-fé nos arts. 113 e 422:

*Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.*

No direito comparado encontramos esse princípio consagrado em várias legislações estrangeiras. Dentre elas, citamos o art. 1.134 do CC francês, o art. 1.375 do CC italiano e o art. 157 do CC alemão.

## 7.2 Princípio da Autonomia da Vontade

De acordo com esse princípio, existe uma ampla liberdade para se comercializar. Isso quer dizer que “as pessoas podem dispor sobre os seus interesses, através das transações, contudo, geram efeitos jurídicos vinculantes, se a ordem positiva assim estabelecer”. (Coelho, 1999, v. 1, p. 11).

Mais especificamente no comércio eletrônico, o princípio da autonomia da vontade pode ser encontrado nos *sites* de leilões, em que se basta preencher um formulário de cadastro para comprar, vender ou trocar bens.

Esse princípio sofre limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Segundo Cláudia Lima Marques:

*Na teoria do direito, a liberdade contratual encontra um obstáculo somente: as regras impe-*

*rativas que a lei formula. Mas no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade. No mais, as normas legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta das vontades das partes e a oferecer regras supletivas para o caso dos contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre o lugar e o tempo do pagamento. (Marques, 1998, p. 46).*

É importante lembrar que os negócios jurídicos celebrados em nosso território, dentre eles os contratos celebrados pela Internet, devem observar os requisitos exigidos pelo art. 167 do novo Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, sob pena de nulidade ou anulabilidade.

Em relação ao objeto lícito, é necessário que o contrato eletrônico não tenha por objeto um bem ou serviço que contraste com a lei, a moral ou os bons costumes.

No que diz respeito à forma, esta não precisa ser especial, a menos que a lei expressamente a exija.

Problema maior surge quando o ato é praticado por um agente incapaz. Em essência, é nulo, por não cumprir as exigências do Código Civil. Entretanto, imprescindível é ressaltarmos o caráter informal que rege as relações comerciais, haja vista que elas não comportam regulamentação rígida, pois o Direito Empresarial realça o interesse de imprimir celeridade na contratação.

Como ainda não existem mecanismos eficazes de controle da capacidade dos agentes pela Internet, os atos praticados, apesar de serem nulos, podem gerar efeitos jurídicos, como ocorre por exemplo no caso de uma criança ao celebrar um contrato de compra e venda que tem por objeto um brinquedo, utilizando-se do número do cartão de crédito do pai, que autoriza a celebração do contrato.

Caso o ato seja praticado por menor relativamente capaz, há de ser aplicada a regra contida nos arts. 155 do antigo Código Civil (C.C.), e no art. 180 da Lei nº 10.406/02 (novo Código Civil):

*Art. 155 do C.C. de 1916: O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a*

*sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior.*

*Art. 180 do novo Código Civil: O menor, entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.*

Portanto, cabe ao fornecedor precaver-se ao contratar, questionando sobre a idade do adquirente do produto ou serviço.

### 7.3 Princípio da Transparência ou da Ampla Informação

É mais uma garantia assegurada ao consumidor pela Lei nº 8.078/90, mais precisamente nos arts. 6º, III, 31º e 46º, ao estabelecer:

*Art. 6º - São direitos do consumidor:*

*(...).*

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.*

*Art. 31 - A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores.*

*Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.*

É de fundamental importância a aplicação desse princípio, diante da constante busca pela segurança nas relações de consumo, mormente as praticadas pela Internet. A insegurança jurídica é a maior inibidora da celebração dos contratos eletrônicos.

As informações de um determinado bem ou serviço, ofertado pela Internet, por várias vezes, são apresentadas de maneira lacunosa, possibilitando o equívoco do consumidor acerca do produto, que não pode ser manuseado. Daí a importância de serem oferecidas todas as informações disponíveis sobre o bem, até como forma de garantia de qualidade.

Victor Morais de Andrade oferece posicionamento:

*Dentre os demais princípios que devem permear os contratos de consumo, inclusive os realizados via Internet, está o princípio da transparência. O consumidor, ao acessar um site, além do direito de estar protegido contra a propaganda enganosa ou abusiva, deve ter plena possibilidade de entender todos os aspectos do contrato que pretenda firmar: identificação geográfica do fornecedor, a fim de possibilitar-lhe a apresentação de eventuais reclamações; legislação aplicável; nível de segurança do site, característica do bem ou serviço oferecido; eventual despesa com a entrega do bem ou do serviço; prazo de validade da oferta; normas acerca do acusamento do recebimento de pedido e mensagens, responsabilidades das partes etc. Ainda que a cláusula de responsabilidade não esteja disposta no site acessado, a aplicação das regras de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor permanece obrigatória. (Andrade, 2001, p. 23).*

#### 7.4 Princípio da Territorialidade

Grave problema enfrentado pelo comércio eletrônico diz respeito à lei aplicável às relações contratuais surgidas nas relações de consumo estabelecidas pela Internet, além da determinação do foro competente para dirimir daí decorrentes conflitos.

Caso fornecedor e consumidor sejam domiciliados no Brasil, não existe problema aparente, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor

é aplicável territorialmente. Entretanto, caso o fornecedor esteja situado fora das fronteiras nacionais, podem surgir controvérsias.

Existem duas correntes que procuram equacionar o assunto. A primeira entende que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois o contrato foi disciplinado por uma norma que não faz parte do ordenamento jurídico alienígena. Nesse caso, o contrato seria regido de acordo com as cláusulas estabelecidas e aceitas pelo consumidor. Tal posicionamento segue a orientação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que possui a seguinte redação:

*Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

*§.1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos ao ato.*

*§2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

A segunda, defende que ao consumidor é permitido demandar no domicílio do fornecedor, submetendo-se à lei alienígena, com a possibilidade de ajuizar ação no Brasil, de acordo com a permissão do art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, vindo a executá-la no país onde tem domicílio o fornecedor, de acordo com o ordenamento jurídico estrangeiro.

Nesse caso, a efetividade do processo estaria amplamente ameaçada, face à morosidade que iria ocorrer. Além disso, seria necessário que o Código de Defesa do Consumidor fosse recepcionado pelo ordenamento jurídico alienígena onde a ação vier a ser executada.

Já existe orientação jurisprudencial, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, entendendo que um produto adquirido no exterior está sujeito às garantias de conserto no Brasil, desde que haja uma filial da empresa fornecedora em nosso território. No julgamento do Recurso Especial 63981-SP 1995/0018349-8, o Ministro César Asfor Rocha pontifica: "as grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais". No mesmo julgamento, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar afirma que: "Se a Panasonic está em todos os lugares, ela pode prestar serviço em todos os lugares".

## 8. Conclusão

A Internet é uma realidade presente e definitivamente instalada na sociedade Pós-Moderna. Ao longo dos tempos, ela mostrou-se um mecanismo extraordinário para que os homens pudessem expandir seus horizontes, tanto na perspectiva da informação quanto na efetivação do comércio mundial.

Nos dias atuais, não existem no Brasil mecanismos específicos que controlem o comércio eletrônico. Aplicar o Código de Defesa do Consumidor a esses contratos é perfeitamente possível, desde que sejam celebradas relações de consumo.

Para que sejam resolvidos problemas de aplicação da lei no espaço, no entanto, é necessária a criação de uma norma de caráter internacional, capaz de disciplinar as relações comerciais eletrônicas em todo o mundo, dentro da perspectiva de proteção ao consumidor.

## 9. Referências Bibliográficas

BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.). **Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENSOUSSAN, Alain. **Internet - aspects juridiques**. 2ª ed. Paris: Hermes, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 1.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1954, vol. 1.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Renovação do Direito do Trabalho: Abordagem Alternativa à Flexibilização**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 3ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

OTTA, Lu Aiko. **Comércio via rede pode criar guerra fiscal**. *In. O Estado de São Paulo*: <http://www.estadao.com.br>, 18-09-2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 2.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3.

SANTOS, Antonio Viana. Tribunal de Justiça Supranacional do Mercosul. **Revista da ANAMATRA**. São Paulo: Jan/Mar de 1997.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Internet: O Direito na Era Virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. (Trad. Elia Ferreira Edel). Petrópolis: Vozes, 1994.

# RESPONSABILIDADE OBJETIVA: DAS DISCUSSÕES TEÓRICAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

**Edilson Alves de França**  
Professor do Curso de Direito da UFRN e  
Procurador Regional da República

*SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Críticas à teoria objetiva. 3. A convincente resposta dos objetivistas. 4. Bases sociológicas para a objetivação da responsabilidade civil. 5. A teoria objetiva no código de defesa do consumidor. 6. Conclusão.*

## 1. Introdução

Apesar do talento jurídico romano haver lançado as bases do direito civil, os juriconsultos que contribuíram para a monumental obra codificada por Justiniano não lograram alcançar uma efetiva sistematização desse importante ramo do direito. Particularmente, no que tange à responsabilidade civil, embora não se tenha registrado mencionado avanço técnico-legislativo, foram os romanos que abriram, a partir da Lei Aquília, o caminho através do qual se procurou firmar a responsabilidade com base na culpa, em detrimento do princípio primitivo da causalidade material, conforme se colhe dos Títulos III, IV e V, Livro Quarto, do *Corpus Juris Civilis Justinianeu*.

Somente mais recentemente, na segunda metade do século XIX, ao se revelar insuficiente o critério da culpa, é que se pensou em substituí-lo por um outro que correspondesse às exigências sociais e melhor representasse os anseios de igualdade e de justiça. Nesse contexto, conforme leciona **Alvino Lima**, surgiu a teoria do risco como uma necessidade imperativa de um momento em que era registrado “o aumento assustador de acidentes e (...) cada vez mais acentuada a impossibilidade de provar a causa dos mesmos ou a culpa dos seus responsáveis (...). Sendo assim, conclui:

*Dentro da estrutura econômica moderna, neste burburinho infernal de movimento criador de danos, impossível seria manter o princípio de igualdade, que deve reinar juridicamente entre os homens, nos moldes da teoria da culpa.*  
(LIMA, A., 1998, p.329)

Ainda conforme ressalta o saudoso mestre sergipano, quando o legislador e o juiz procuraram uma nova fórmula capaz de contrapor a evidente desigualdade entre a vítima e o agente do fato danoso, não tinham em mente “*arquitetar uma teoria especulativa, filosófica ou abstrata.*” Eram movidos, sim, pelo propósito de “*...acudir necessidades imperiosas da vítima, haurindo na própria vida, nas suas manifestações reais, inconfundíveis, brutais, às vezes, a lição dos fatos para a confecção dos preceitos.*” (*Idem, Ibidem*)

As críticas e oposições à nova teoria foram muitas, como revela **Wilson Melo da Silva** (1974, p. 95). Chegou-se, inclusive, como fizeram os irmãos Mazeud, a dizer que a objetivação da responsabilidade materializava o direito civil ou, ainda, como lembra o mesmo autor, que referido avanço, paradoxalmente, representava “*uma revivescência do barbarismo primitivo, contemporâneo da talião de antanho, do olho-por-olho e do dente-por-dente da aurora da nossa civilização.*” É, portanto, diante da importância histórica desse conservador pensamento, que se faz recomendável a análise de alguns aspectos do secular confronto doutrinário travado, particularmente, pela doutrina francesa. Muito embora não se possa deixar de reconhecer que evidências como as que inspiraram recentes diplomas legais, de alcance social indiscutível, facilitem um atual posicionamento quanto à viabilidade da teoria em referência. O fato é que, segundo entendemos, no âmbito de uma publicação voltada para o Direito do Consumidor, oportuno se busque melhor compreender as razões das divergências que deram azo à apaixonante polêmica. Até porque, conhecendo-a melhor, poderemos render justa homenagem àqueles que, como **Louis Jossierand**, alertaram para a necessidade de superação do passado, por mais fiel que fôssemos à tradição, conforme se obtém de sua oportuna advertência, posta no sentido de que “*olhemos em nosso derredor bem mais que para trás; vivamos na nossa época, se não quisermos que ela viva sem nós.*” (JOSSERAND, 1950, p. 449).

## 2. Críticas à Teoria Objetiva

Conforme se colhe da mais autorizada doutrina, as críticas à teoria objetiva sempre foram elençadas em dois grupos. O primeiro deles, apesar de reconhecer a existência da obrigação de reparar sem culpa, foge do termo responsabilidade por entender tratar-se de mera garantia. O segundo, mais radical, limita-se a negar a possibilidade de se reparar dano sem culpa. As razões dessa recusa, colhidas dos pensamentos expostos por, entre outros, **Ripert, Colin et Capitant, Mazeud e Venzi** merecem ser conhecidas em proveito do enfoque a que nos propomos. E ninguém melhor do que **Alvino**

Lima (1998, p.190-191) sintetizou essa oposição, ao assim resumir os argumentos dos nominados mestres franceses:

a). *A teoria do risco é resultante da influência de idéias positivistas; é uma concepção materialista do direito, porque regula relações entre os patrimônios, abstraindo-se das pessoas. Só estas existem, sob o ponto de vista jurídico, não se podendo, pois, eliminar a pessoa, com alma e vontade.*

b). *A teoria do risco se apóia na socialização do direito, estando impregnada de idéias socialistas. Desloca o centro da aplicação do direito do indivíduo para a sociedade, quando aquele, na verdade, continua a ser o ponto central do direito, que regula direitos e deveres individuais a fim de assegurar a ordem social..."*

c). *A teoria do risco é a estagnação da atividade individual, paralisando as iniciativas e arastando o homem à inércia, visto como, diante da responsabilidade sem culpa, de nada valem a prudência, a conduta irreprovável, as precauções e cautelas, porquanto o agente poderá assumir a responsabilidade de todos os danos que possam resultar das suas ações lícitas e necessárias..."*

d). *A teoria do risco é a aplicação das primitivas concepções materiais da responsabilidade, quando o homem, sem o desenvolvimento necessário, não tinha atingido ainda a perfeição de adotar como critério da responsabilidade a noção de culpabilidade, fundada em idéias de ordem moral. Seria regressar aos tempos primitivos e negar toda a evolução da teoria da responsabilidade, a qual, provindo das idéias primitivas da vingança privada e brutal, chegou ao conceito elevado de culpa, cuja supressão importaria em destruir toda a justiça humana.*

e). *Se a teoria do risco proclama a obrigação de arcar com risco criado em virtude dos proveitos auferidos pela atividade humana, visto tratar-se de uma compensação entre o provei-*

*to e o dano, tal responsabilidade não se justifica se não houver proveito. E se o indivíduo, como consequência de sua atividade, deve responder pelo risco criador do dano, deveria também ter direito aos proveitos que terceiros venham a auferir de sua atividade.*

*f). A teoria do risco não tem posição verdadeira e definida no terreno jurídico. O direito se funda em noções precisas e não sobre noções de aspecto filosófico ou econômico, de contorno mal definido, ao passo que na noção de culpa há um instrumento de controle preciso. A teoria do risco compromete gravemente a própria ordem social.*

A autoridade desses defensores da culpa faz com que, ainda hoje, suas idéias sejam timidamente esposadas por alguns poucos que se opõem à teoria objetiva. Como tivemos oportunidade de ver, por ocasião dos debates que antecederam à aprovação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Parece injustificável, para estes, se fazer do dano, causa, em si, de responsabilidade, sem que se exija ao menos a culpa presumida. Entendem os subjetivistas que a prática de um ato lícito, manifestação da própria vida em seus múltiplos aspectos, quando levada a efeito com todas as cautelas e, mesmo assim, cause dano, representa mera fatalidade, razão pela qual não se deveria cogitar de substituir o mal inevitável do acaso pelo mal voluntário infligido ao agente, injustamente responsabilizado. Ou seja: a teoria objetiva, na ótica de seus opositores, simplesmente, acrescenta um mal a outro.

### 3. A Convincente Resposta dos Objetivistas

A refutação desses argumentos, sobretudo ao se procurar demonstrar as vantagens práticas da socialização do risco, revelam-se convincentes. **Wilson Melo da Silva** (1974, p. 65-67) elenca entre os que contribuíram para a solidificação das idéias objetivistas, nomes como os de **Rabut, Lalou, Salleiles, Savatier, Duguit, Paul Duez e, no Brasil, Amílcar de Castro, Cunha Peixoto, San Tiago Dantas, Alvinho Lima, Agostinho Alvim, Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua**, entre outros. Após enfatizar que muitos dos defensores da culpa se contradisseram na forma de concebê-la, no momento em que objetivaram o seu conceito e alargaram a possibilidade de presunção, o referido professor mineiro aponta várias objeções às retro mencionadas críticas subjetivistas.

Em primeiro lugar, é refutada a idéia materialista da teoria objetiva. Segundo os objetivistas, suas raízes fincadas em princípios de justiça e equidade, por si só, desfazem essa falsa concepção. A socialização do direito não nega o indivíduo, não o relega a segundo plano, não limita suas prerrogativas. Pelo contrário, partindo dos interesses coletivos, anuncia e busca a “segurança jurídica” ainda que parta da constatação do perigo real da insegurança material (JOSSERAND, apud LIMA, A., p. 196).

A inviabilidade econômica que decorreria da estagnação das atividades individuais, reprimidas pelo receio das conseqüências drásticas da teoria objetiva, é igualmente rechaçada com vigor. Contraditória, segundo Alvin Lima (1998, p. 196-197), porque nas hipóteses de presunção *juris et de jure*, introduzidas pela teoria da culpa, o que efetivamente ocorre é “a consagração do próprio fato, uma vez que o agente não pode provar a ausência de culpa”. Infundada, porque a realidade mostra que a aplicação da teoria objetiva, na prática, em nada prejudicou o desenvolvimento econômico.

A idéia de retrocesso às fases primitivas da responsabilidade é igualmente superada pelos objetivistas, ao argumento de que tal semelhança inexistente, vez que a concepção da vingança privada não se escorava em princípios de ordem jurídica ou moral, enquanto a teoria do risco adota princípios de ordem moral e de equidade. Resulta, portanto, da premente necessidade de proteger a vítima diante da insegurança derivada do incremento dos acidentes.

Quanto a injustificar-se a aplicação da teoria objetiva nas situações em que inexistente proveito para o agente causador do dano, a resposta se faz elucidativa ao ser esclarecido que o referido proveito não se afigura concreto, já que se constitui “finalidade da atividade criadora do risco”. Ou seja, o que deve ser considerado é a eventualidade desse proveito.

No que tange à alegativa de imprecisão do conceito, na ótica dos defensores da teoria objetiva, a crítica se revela igualmente infundada, até porque “mais impreciso, incerto e vago, mormente na sua fixação, em cada caso concreto, é o conceito de culpa.” (LIMA, A., 1998, p. 197). Por isso, em desfavor dessa aventada imprecisão, Aguiar Dias salienta que ela representa uma autêntica “confissão comum”, lembrando, por fim, que “não há princípio jurídico, por mais primoroso no seu conceito, por mais preciso nos seus contornos, que possa abranger todos os casos que pretende regular...”<sup>2</sup>

Como se vê, dessa fundada argumentação expendida em favor da tese objetivista deflui sua base sociológica, mais especificamente, quando é justificada a adoção do princípio do risco como sustentáculo dessa objetivação, necessária e exigível em face das condições sociais vividas neste último século. Oportuno, portanto, o exame dessa preocupação social.

<sup>2</sup> A esse respeito, Aguiar Dias chega a dizer que “O argumento de que a adoção da teoria do risco condenaria o homem à infâmia está desmoralizado pelos fatos”. (Op. cit. p. 73, v. I)

<sup>3</sup> A afirmação reproduzida por Aguiar Dias é feita por Alvin Lima que, acresce o pensamento de CONSENTINI no sentido de que “a lei é regra média de vida, destinada a governar a universalidade dos casos possíveis e não pode ser proporcionalmente à natureza concreta e à individualidade de caso particular ou de um fenômeno dado.” (op. cit., p. 199)

#### 4. Bases Sociológicas para a Objetivação da Responsabilidade Civil

A expansão das atividades humanas, como observado por todos nós, assume contornos nunca imaginados e cada vez mais incontroláveis, fazendo com que a responsabilidade civil atue não só como instrumento de reparação do dano, mas, também, como mecanismo de contenção, de prevenção dos efeitos danosos dessa interminável expansão.

A maior prova de que a objetivação da responsabilidade civil contribui para essa prevenção, colhe-se das próprias justificativas dos numerosos projetos transformados em lei que adotam a teoria objetiva e, nos últimos anos, com certa frequência, têm sido apresentados no Congresso Nacional. No campo da engenharia genética, um exemplo que bem evidencia a transposição dos antigos domínios da responsabilidade civil em decorrência da aludida preocupação social, encontra-se na justificativa do projeto de lei nº 114/91, posteriormente transformado na Lei nº 8.974/95. Confira-se, a propósito, o trecho seguinte:

*O presente projeto, na convicção do caráter indissolúvel do binômio progresso-tecnologia, visa a oferecer um referencial legal para o desenvolvimento da engenharia genética nacional, dentro dos rígidos princípios da biossegurança, diante dos consideráveis riscos que a atividade encerra.*

*Paralelamente ao interesse no fomento de tais pesquisas com a criação de um arcabouço jurídico que lhe permita o desenvolvimento, sobreleva-se, ainda na forma que ora apresentamos, o interesse na preservação do ecossistema, da saúde humana e dos direitos individuais, através de mecanismos preventivos que a 'autoridade' criada para gerir todas as atividades do setor irá implementar. (cf. Diário do Congresso Nacional, 24/03/92, p. 4540)*

No campo das relações de consumo, como não poderia deixar de ser, restou evidenciada a preocupação do legislador em ter presente esse interesse e dotar o país de um diploma legal voltado para as necessidades sociais. Até porque, estamos vivendo uma fase vitoriosa da tecnologia capitalista, onde a combinação das necessidades de lucro e de consumo, mais do que nunca, revelam a insuficiência da responsabilização clássica, baseada na culpa.

Exemplo eloqüente nos vem do campo da construção civil, onde o déficit habitacional e a subsequente carência imobiliária, por si só, revelam o quanto o consumidor fica à mercê de contratos estandardizados e de duvidoso acerto jurídico. Ademais, o grande número de reclamações e ações judiciais concernentes à solidez e segurança da obra, sobretudo quando relativas à unidades habitacionais, transcendem o plano privado para alcançar evidente conotação pública, muitas vezes exigindo sutil interferência do próprio Executivo, como ocorreu recentemente no desabamento do edifício Palace II, no Rio de Janeiro.

Sob essa ótica, portanto, nada mais consentâneo com o fundamento sociológico da objetivação da responsabilidade civil que colocar o construtor ao lado do fabricante e do produtor como responsáveis pelos danos causados aos consumidores, nas hipóteses previstas no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Não seria demais apontar, ao se justificar a preocupação social do legislador em objetivar a responsabilidade civil nas relações consumeristas aqui dadas como exemplo, o evidente desequilíbrio de forças entre o consumidor e o construtor, sobretudo quando este último constitui-se grande empreiteira. Não contássemos com o atual quadro normativo e com a gradativa conscientização dos direitos do consumidor, é provável que os últimos eventos danosos de grande repercussão na mídia nacional, não tivessem o desenrolar que estão tendo e o drama social vivido pelas vítimas da tragédia do Palace II, por exemplo, fosse apenas mais um, não só de tardia, mas, o que é pior, de improvável reparação.<sup>3</sup>

Sem a proteção mínima da teoria objetiva consagrada pelo Código, o consumidor sucumbiria com mais facilidade ante o poder de grandes e inidôneas construtoras, como aquelas que já ocuparam negativos noticiários nacionais, ao exercerem maléfica influência sobre o Executivo e o Legislativo, segundo resultou apurado pela CPI das empreiteiras no ano de 1993. Naquela oportunidade, foi noticiado o envolvimento de deputados, senadores, governadores de Estado e até de um ex-presidente da República com a corrupção espalhada, conforme mostrou a Revista *Veja*, em reportagem intitulada *"Empreiteiras. Como elas mandam no Estado."*<sup>4</sup>

Como declinamos em monografia específica sobre a matéria<sup>5</sup>, em que pese honrosas exceções revelarem que existem empresas e profissionais que se preocupam com a ética e com as regras legais que normati-

<sup>3</sup> Em entrevista concedida ao jornalista Boris Casoy, o engenheiro e deputado Sérgio Naya, dono da Construtora SERSAN, chega a sugerir a hipótese de culpa concorrente ao dizer: "Eu sei de diversas obras que moradores já fizeram, especialmente na cobertura, que talvez fosse a causa desse acidente." (Entrevista concedida durante o Jornal da Record, no dia 04 de março de 1998, transcrita no Jornal Diário de Natal, do dia 06 do mesmo mês, sob o título: "Dono da Construtora SERSAN diz não ter culpa na tragédia", Caderno Brasil, p. 05)

<sup>4</sup> Na matéria em referência, sob o título "O dossiê de um amigo do cimento" são reveladas "ligações perigosas entre o governo e os empreiteiros" onde aparecem propinas, verbas de campanha e favores que garantem reeleições e livre acesso ao poder. (cf. *Veja*, Abril, edição 1.312, ano 26, nº 44, novembro de 1993, p. 30-40)

<sup>5</sup> FRANÇA, Edilson Alves de. Responsabilidade objetiva no âmbito da construção civil. Dissertação de mestrado levada a efeito na UFPE, junho de 1999.

zam a atividade, há aqueles que não têm compromisso algum com a lei nem, muito menos, com os aspectos sociais da construção, hoje, mais do que nunca, envolvida com a qualidade de vida e com a cidadania. Uma empresa que faz da corrupção o combustível de sua ascensão, como aquelas elencadas na reportagem antes aludida, dificilmente irá se preocupar com o desprotegido consumidor que, às voltas com a prova da culpa, estaria fadado a percorrer os corredores dos tribunais em busca de reparação de duvidoso alcance.

Diante do que temos visto, no momento em que o fenômeno jurídico do risco toma novas feições e procura adaptar-se às condições da sociedade moderna, procurando atender às exigências sociais cada vez mais crescentes, resta facilitada a tarefa de se avaliar com quem estava - ou está - a razão. Consultando-se a realidade propiciada pela legislação que tem adotado a teoria objetiva, vê-se o quanto afigura-se impraticável o retorno a um sistema que tenha a culpa como pressuposto.

Basta exemplificar-se com o drama das famílias pobres que tenham um ou mais de um de seus integrantes vitimados em um acidente de trânsito e, à mercê de uma discussão em torno da culpa do agente danoso, passem a depender do Estado ou da caridade alheia para enterrar os seus mortos e para superar as dificuldades desses momentos que, como sabemos, marcam essas tragédias que se multiplicam ao longo das péssimas rodovias brasileiras.

De igual modo, aponte-se para os infortúnios do passado, quando trabalhadores mutilados eram transformados em mendigos sob a complacência da teoria da culpa. Ao que entendemos, esses dois exemplos afiguram-se significativos, no sentido de indicar que a razão encontra-se com os que defendem a gradativa objetivação da responsabilidade civil, sempre e na medida em que as exigências sociais se fizeram presentes, como acertadamente prevê o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, ao adotar a teoria do risco-atividade.

## 5. A Teoria Objetiva no Código de Defesa do Consumidor

Ao contrário da conhecida regra geral mantida pelo caput do referido artigo 927, do novo Código, mediante a qual a responsabilidade civil decorre sempre de um ato abusivo ou ilícito - contrário à lei - , a teoria objetiva adotada pelo Código do Consumidor, seguindo os passos dessa nova mentalidade que vem naturalmente ganhando terreno, rompeu, quase que completamente, com o tradicional sistema subjetivo, impondo uma nova ordem jurídica no comando das relações de consumo.

Assim é que temos definitivamente implantada, desde o início da

vigência da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, uma nova proteção ao consumidor, codificada e bem sistematizada. Hoje, com essa proteção concentrada e específica propiciada pela referida lei consumerista, pode-se dizer que a responsabilidade civil nas relações de consumo corresponde à obrigação de reparar todo e qualquer dano ocorrido no âmbito de tais relações, resultantes de defeitos decorrentes do produto ou do serviço, independentemente de culpa.

Noutras palavras, adotou-se a teoria objetiva, em desprezo da culpa como pressuposto da responsabilidade civil, conforme facilmente se colhe do disposto nos arts. 12 e 14 do mencionado Código do Consumidor.

*Verbis:*

*Art. 12.: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos."*

(...)

*Art. 14.: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

Ressalve-se, por oportuno, que, embora evidente o avanço que deflui dos artigos em referência, a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor não se afigura absoluta. A idéia de adoção de uma teoria mais exacerbada, portanto, deve ser afastada, considerando-se que nas relações de consumo a responsabilidade civil não decorre, única e exclusivamente, do exercício de uma determinada atividade.

A observação é feita, principalmente porque a doutrina, em não poucas oportunidades, se refere à teoria objetiva como a que impõe a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar, diante da simples demonstração do dano e do nexo de causalidade, sem que seja permitida nenhuma contra-prova, exceção ou causa excludente, conforme assinala João Frazen de Lima (1953, p. 352).

No que tange à teoria adotada pelo Código do Consumidor, é preciso que se pondere e apreenda-se o verdadeiro sentido das orientações doutrinárias que, ao procurarem simplificar a compreensão da matéria, podem induzir a uma exagerada concepção da teoria objetiva.<sup>6</sup>

Nesse passo, portanto, se faz necessário remarcar que, embora o Código do Consumidor tenha adotado um fundamento objetivo no que se refere à responsabilidade civil, não há como se cogitar da desnecessidade de comprovação do dano e da existência do nexo de causalidade. É preciso se ter presente que o defeito do qual possa resultar o dano constitui-se pressuposto da responsabilidade a que aludem os arts. 12 e 14 do CDC.

Oportuna, assim, a advertência de **Cláudia Lima Marques**, ao assinalar que *“no sistema do CDC, é necessária a existência de um defeito no produto e um nexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor; e não só entre o dano e o produto.”* Mais adiante, deixando clara a sua posição e contrariando parte da doutrina, conclui asseverando que:

*A responsabilidade positivada no CDC é, sem dúvida, objetiva, no sentido de ser independente da existência de culpa, mas não pelo risco da atividade. Seria a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da responsabilidade de não-culposa. Este tipo de responsabilidade exige, para caracterizar o ilícito, a existência de um defeito, defeito este imputado objetivamente (peritus spondet artem suam) aos fornecedores citados na norma do art. 12 e nos casos especiais previstos no art. 13. (MARQUES, 1995, p. 441)*

Seguindo a mesma trilha, **Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin** ressalta, após reconhecer a mudança do sistema tradicional de responsabilidade civil baseada na culpa, que:

*A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha que provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar*

<sup>6</sup> Em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, Nelson Nery Júnior, após asseverar que “O Código adotou a teoria do risco atividade como postulado fundamental da responsabilidade civil...” diz que “A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade. A responsabilidade é, portanto, objetiva (art. 12 e 18). Não é necessário que tenha agido com culpa, tampouco que sua atividade esteja autorizada pelo órgão competente maior. Apenas e tão-somente as circunstâncias mencionadas no CDC em numerus clausus como causas excludentes do dever de indenizar é que efetivamente podem ser invocadas pelo fornecedor a fim de eximi-lo desse dever. Esse sistema é semelhante ao já existente no Brasil para o dano causado ao meio ambiente...” (cf. *op. cit.*, n.º 07, p. 56, setembro/dezembro, 1992).

*o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando for 'verossímil a alegação' ou quando o consumidor for 'hipossuficiente', sempre de acordo com 'as regras ordinárias de experiência' (art. 6º, VIII). Recorde-se, por último, que o consumidor não necessita provar o defeito (art. 12, §3º, II). (BENJAMIN, 1991, p. 59)*

Como se vê, diante do exposto, pode-se assegurar que a responsabilidade objetiva adotada pelo CDC não prescinde da presença dos pressupostos ato ou fato, dano e nexo de causalidade. No que tange à adjetivação do risco como fundamento a ser acrescido é de se convir que a circunstância de se tê-lo como absoluto ou moderado dependerá da atividade exercida. Enquanto o dano derivado de uma atividade nuclear terá a responsabilidade civil regida pelo seu exercício, na hipótese moderada a mesma responsabilidade assume feição mais amena, admitindo, inclusive, a excludente da inexistência do defeito do produto.

Por esta razão, afirma **Adalberto Pasqualotto** (1997, p. 170) que, "*a obrigação de indenizar deriva então de outro fator; abaixo do risco mas acima da culpa, qual seja, v.g., nos acidentes de consumo, o defeito do produto ou serviço.*"

Tudo o que aqui se disse serve para demonstrar que, em verdade, estamos diante de um novo sistema objetivo, que tem o defeito como elemento gerador da responsabilidade, já que inexistente responsabilidade civil por acidente de consumo se não se tiver presente defeito no produto ou no serviço, consubstanciado na falta de "*segurança que dele legitimamente se espera...*"<sup>7</sup> Portanto, ainda que com certa moderação, têm-se adotada a responsabilidade objetiva, atendendo a uma imposição atual, bem evidenciada pelos inevitáveis desdobramentos que a escalada consumista tem provocado.

## 6. Conclusão

Induidoso, portanto, que baseada na paz social, na solidariedade, na equidade e no bem comum, apontados como seus elementos basilares, a teoria objetiva ganhou terreno e consolidou-se. Primeiro na França, com a promulgação, em abril de 1896, da lei de acidentes de trabalho e, depois,

<sup>7</sup> É o que diz o art. 12, § 1º, da Lei 8.078/90. *Verbis*: "O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação."

com o deslocamento do risco para outras áreas, em vários outros países, como ocorreu no Brasil, em 1912, quando se teve objetivada a responsabilidade das empresas de transporte ferroviário.

Hoje, ao que temos observado, não encontramos opositores da teoria objetiva que possam defender a culpa subjetiva, como critério técnico suficientemente adequado para absorver o oceano imenso e profundo da responsabilidade civil. Pelo contrário, diante do quadro que se vem desenhando desde o final do século XIX, não raramente é reconhecida, pelos próprios subjetivistas, a relativa impotência da teoria da culpa, como ocorreu na França, ao se objetivar a lei de acidentes de trabalho com o beneplácito de fervorosos adeptos da teoria clássica.

A verdade é que sempre se afigurou mais fácil apontar falhas na teoria objetiva que defender a eficiência da culpa, como norte para a solução das novas questões que se abatem sobre a responsabilidade civil, cada vez mais alargada como caminho obrigatório por onde passam as conseqüências jurídicas do vórtice social moderno, agravado pelo avanço tecnológico e pelo espantoso surto industrial que a sociedade de consumo alimenta.

Não temos dúvidas, a manifestação de **Santo Tomás de Aquino**, em favor da responsabilidade sem culpa, justificada em nome do bem comum que traduz, dentro de certos limites, o próprio bem social, afigura-se atualíssima. A responsabilização civil, moldada nos contornos objetivistas, além de se constituir medida preventiva contra o dano da insensibilidade de muitos, era necessária, ainda segundo o doutor da Igreja, como uma "*medicina que incitasse ao bem*" (apud SILVA, 1974, p. 151). Em prol desse entendimento, é preciso não esquecer que a responsabilidade civil tem em vista, antes de mais nada, o dano e o subsequente dever de repará-lo. E o direito não poderia, jamais, permanecer insensível aos reclamos da sociedade e voltar-se unicamente para a busca de uma vontade complexa e, ao mesmo tempo, alheia à realidade social.

Impõe-se ressaltar, por fim, que a *realidade pública*, posta no sentido de relacionamento social, por sua natureza, pelas vantagens que dele decorrem, pelas conseqüências e deveres mútuos que suscita, torna todos nós solidários e, conseqüentemente, responsáveis, independentemente de participação culposa. E se assim ocorre com o cidadão comum que, através de impostos, partilha da reparação de danos provocados exclusivamente pelo Estado, com mais razão, nas relações de consumo, essa responsabilidade objetiva há de ser assumida por aqueles que usufruem da atividade empresarial lucrativa, de forma a se emprestar ao velho princípio - "*Ubi emolumentum, ibi onus*" - o significado e a extensão que lhe faz imorredouro.

## 7. Referências Bibliográficas

1. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.
2. DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, vol. I.
3. FRANÇA, Edílson Alves de. **Responsabilidade objetiva no âmbito da construção civil**. Recife, 1999, 191 f. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado Interinstitucional em Direito. Recife. UFPE/UFRN.
4. JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Bosch: Buenos Aires, 1950, T II, vol. I.
5. LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
6. LIMA, João Frazen de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
7. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
8. NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n.º 03, p. 44-77, set./dez. 1992.
9. PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
10. SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

## Notas sobre a fundação da Revista *In Verbis*

Um relato histórico é sempre um relato de pontos de vista. É o registro valorado de fatos considerados relevantes para a posteridade por quem registra. E, em assim sendo, a história da *In Verbis* pode ser contada, se não sob a subjetiva visão de cada um dos participantes<sup>1</sup>, em duas versões.

A primeira, formal, oficial e fria como foto 3x4, é aquela que diz ser a *In Verbis* o órgão de divulgação científica dos acadêmicos de direito da UFRN. Surgiu por iniciativa dos estudantes e obteve apoio do Centro de Ciências Sociais Aplicadas e da Editora Universitária.

Tem o seu primeiro número lançado em 1995 e, atualmente, está no décimo quarto. Obteve o ISSN (Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas - *Internacional Standard Serial Number*), o qual foi consignado a partir do terceiro número. Constitui-se provavelmente, no único periódico regular criado e mantido por estudantes em nosso país. O que o valoriza ainda mais.

Pronto. É o suficiente para qualquer relatório oficial.

Uma outra versão é aquela emocional e velha companheira de nossas memórias. É a lembrança do corre-corre, das expressões de alegria e de ansiedade que preenchem as capas de cada número da revista.

Era uma idéia antiga, dispersa, e, repentinamente, como uma explosão, tomou forma. Sabe aquela hora certa, com as pessoas certas e o material certo?

As pessoas. Passava eu pelos corredores do Setor I, saída da Sala F1, quando Eduardo me chama. Estava ele com Marquinhos, Emmanoel e mais outros amigos.

O material. Saíamos de mais uma avaliação do Prof<sup>o</sup> Barros. Era um período corrido que, ao menos para mim, marcava o último ano de curso. O desejo havia e, que bom, o material também. Pois a turma contava com vários textos de qualidade, os quais apenas aguardavam a oportunidade para publicação.

Prontamente organizou-se um cronograma, optou-se por buscar verbas na iniciativa privada, elaborar um projeto e vender cotas de propaganda.

Com Caio, fizemos o projeto. Com a Prof<sup>a</sup> Célia Maria da Rocha Ribeiro (então no final de seu mandato como diretora do CCSA) conseguiu-se o apoio institucional. Com os patrocinadores, o dinheiro. Os artigos foram remetidos aos professores convidados, que os avaliaram.

Surgia a idéia de, periodicamente, publicar esses trabalhos. Abertos, assim, já agora, a todo o curso.

A Justiça Federal (Prof<sup>o</sup>. Walter Nunes, sempre presente) possi-

<sup>1</sup> A paixão pelo relato e a intimidade do tema fazem com que o texto que segue adote uma prosa mais coloquial.

bilitou algumas resmas de papel. Com Fábio e a Profª Fátima Costa, juntamos idéias (a balança na bandeira nacional, que seria o símbolo do DA, o painel social) e surgiu a capa. O CCSA, então já sob a direção da Profª Maria do Socorro de Azevedo Borba, completou os custos com a capa (já que o patrocínio não foi suficiente). E aqui agradeço os primeiros a confiarem na idéia, a Aliança Francesa de Natal e Marpas S/A. A capa foi impressa na Editora Universitária (muitas idas). Já as páginas foram feitas em perfeita xerox numa máquina enorme recém-chegada no Centro (coisa incrível).

Quase tudo pronto para o lançamento, avisos em sala (eu e Eduardo), idas à editora, preparação de discursos... O profº Jorge Ivan conseguiu com a Antarctica um barril de chopp. Público garantido.

Socorro, lembrando a vinculação universitária do projeto, convenceu-nos a fazer o lançamento na UFRN. Sentados numa mesa do Fórmula 1, Fábio, após contribuições, deu a redação final ao Editorial.

Assim, às 19h de um dia de maio perdido na memória, na Sala IF1, foram feitas as solenidades. Falaram na ocasião o Profº Jorge Ivan (em nome dos professores), a Profª Socorro (em nome do Centro), Eduardo (representando a *In Verbis*), e Fabiano (este, representando o DA e a CONAJU). Todos breves.

Lembro das palavras que pronunciei na ocasião:

“[...] Mostra-me o caminho que tenho adiante”

Foi muita alegria e festa.

Volto um pensamento para encontrar os companheiros de então:  
Eduardo Medeiros Cavalcanti - mestrando (em fase de dissertação) na PUC/RS, promotor de Justiça/RN, diretor acadêmico da FESMP/RN  
Fábio Barbalho Leite - mestre em Direito (PUC/SP), advogado em SP

Marco Aurélio de Freitas Barros - mestre (UFRN), promotor de Justiça, professor da UnP

Caio - assessor judicial (Justiça Federal/RN)

Agora, tenho não só a honra como a oportunidade de registrar esse pequeno trecho da história de todos nós.

Saudações universitárias,

**FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA**  
Doutor (UFPE), Procurador Federal e Professor da UFRN,

<sup>2</sup> Restrito ao conselho editorial, mas todos os primeiros articulistas foram colaboradores fundamentais do processo.

# REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA IN VERBIS

## Capítulo I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

**Art. 1º.** A revista jurídica In Verbis, de periodicidade semestral e sem fins lucrativos, publica artigos referentes à área jurídica. A revista publicada no primeiro semestre do ano abordará os mais diversificados temas; já no segundo semestre, o periódico restringir-se-á a um único tema.

**Parágrafo único.** O tema da revista do segundo semestre será estabelecido de acordo com os critérios estipulados pela Comissão Editorial e que deverão exteriorizar, na medida do possível, a participação do alunado na elaboração da revista. Na delimitação do tema buscar-se-á sempre aprofundar ramos jurídicos de maior necessidade de pesquisa por parte do corpo discente.

**Art. 2º.** Serão aceitos somente artigos inéditos, não implicando remuneração, remessa, devolução ou publicação dos trabalhos.

**Parágrafo único.** A Comissão Editorial afastará o trabalho que souber, comprovadamente, ter sido publicado ou divulgado, anteriormente à publicação da In Verbis, em qualquer local ou através de qualquer meio.

**Art. 3º.** Na aplicação das regras para publicação de artigos na In Verbis, a Comissão Editorial atuará sempre com imparcialidade, independência e estimulando a produção científica do maior número possível de estudantes.

**Art. 4º.** A Comissão Editorial é composta por membros do corpo discente da UFRN, cuja função é a de coordenar o processo seletivo e decidir sobre eventuais controvérsias surgidas no interregno deste processo.

**Parágrafo único.** Os componentes da referida Comissão são: Amanda Barcellos Cavalcante, Fernanda Braga Ramalho, Jadla Marina Bezerra Dantas, Matusalém Jobson Bezerra Dantas, Orquimary Juçara Rafael Siqueira e Renata Veras Rocha.

## Capítulo II DA ADMISSIBILIDADE DO ARTIGO

**Art. 5º.** Os trabalhos, obrigatoriamente redigidos em português, sob a forma de artigo, com no máximo 12 (doze) laudas, deverão ser entregues à Comissão Editorial, em 02 (duas) versões impressas, acompanhadas de 02

(duas) versões inseridas em disquetes distintos, gravados em editor de texto compatível com “Word for Windows”, versão 6.0 ou superior.

§ 1º. Deverão ser obrigatoriamente adotadas as seguintes margens: esquerda e superior, 3cm; direita e inferior, 2,5cm. O parágrafo deverá ser de 1,5cm e o espaço entre linhas do texto será simples. O tamanho do papel a ser utilizado é o A4. A fonte será a “Times New Roman”, e seu tamanho 12 (doze).  
§2º. Na versão impressa NÃO deverá constar o nome do autor. No entanto, este será exigido nas versões em disquete e na parte exterior deste.

**Art. 6º.** As folhas do trabalho deverão ser numeradas desde o início (primeira página), constando o algarismo arábico do alto da página, à direita.

**Art. 7º.** Os trabalhos deverão incluir:

- I - título e subtítulo (este, se houver);
- II - nome(s) completo(s) do(s) autor(es) (somente nas versões em disquete);
- III - filiação científica, que indicará a Universidade, o período ou eventual bolsa ou monitoria (somente nas versões em disquete);
- IV - texto propriamente dito com os seguintes cuidados:

a) siglas e abreviações, ao aparecerem pela primeira vez no trabalho serão precedidas do nome por extenso e depois colocadas entre parênteses; na repetição deverá ser utilizada apenas a sigla sem os parênteses. Ex.: “(...) consoante prega a Lei da Ação Civil Pública (LACP), o Ministério (...), dessa forma, é assim que a LACP diz ser válida (...)”;

b) a citação bibliográfica de texto inserido no artigo, se houver, deve seguir o seguinte exemplo: “Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada” (Moraes, 2000, p.39);

c) quando não ultrapassarem 03 (três) linhas, as citações deverão ser inseridas no próprio parágrafo; caso contrário, deverão ser destacadas, sem a utilização de aspas e em itálico, observando-se o recuo de 4cm a contar da margem esquerda;

d) notas de rodapé poderão ser incluídas, numeradas seguidamente e lançadas ao pé da página em que estiver o respectivo sinal de chamada. Elas terão a função de aprofundar e/ou esclarecer um assunto do texto, jamais trazendo referências bibliográficas. Apresentarão tamanho 10 (dez) de fonte “Times New Roman”.

**Art. 8º.** No final do texto deverão constar obrigatoriamente as REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, obedecendo-se ao que segue:

I - serão dispostas na ordem alfabética, de acordo com o sobrenome dos autores;

II - sendo publicação avulsa (livro, folheto, tese e afins), respeitar-se-á a seguinte ordem: sobrenome do autor, prenome, título da obra, local, editor e data;

III - se publicação de periódico, a ordem é a seguinte: sobrenome do autor, prenome, título do artigo, nome do periódico, indicação do volume, número, páginas inicial e final, data da edição (dia, mês e ano);

IV - se for utilizada obra proveniente da Internet, a referência atenderá o exemplo: DANTAS, Múcio Vilar Ribeiro. Parecer acerca da sucessão municipal no município de Encanto. In. Jurisnet: <http://www.truenet.com.br/jurisnet>, 02 de agosto de 1998. A data corresponde ao dia em que a página virtual foi acessada.

**Art. 9º.** A desobediência ao preceituado no artigo 5º e/ou 7º, alínea "c", excluirá de imediato o artigo do processo seletivo, salvo decisão em contrário da Comissão Editorial, quando o absoluto respeito a tais formalidades inviabilizar a publicação da revista e não houver prejuízo para os que submeteram seus trabalhos ao referido processo.

**Parágrafo único.** Nos demais casos de irregularidades formais, o artigo participará do processo seletivo, sendo, porém, preterido em relação aos que estejam totalmente em conformidade com as presentes regras, configurando-se destarte, no primeiro critério de desempate a ser aplicado (art. 13).

### Capítulo III DO PROCESSO SELETIVO

**Art. 10.** Os trabalhos para a próxima edição da In Verbis deverão ser apresentados à Comissão Editorial até 30 (trinta) dias após o lançamento do último número, ressalvando-se exclusivamente à Comissão o direito de ampliar este prazo.

**Art. 11.** Exaurido o prazo anterior, os trabalhos serão entregues aos professores, juntamente com o questionário, para avaliação e definição do atendimento ou não dos níveis científico-jurídicos necessários à publicação.

§ 1º Os autores têm o direito de consultar os comentários feitos pelos professores sobre o seu trabalho no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da divulgação do resultado da seleção.

§ 2º Caso queira, poderá o professor não responder ao questionário, reservando-se o direito de falar pessoalmente com o aluno.

**Art. 12.** Os artigos não publicados não serão utilizados pelos membros da Comissão para nenhum outro fim.

**Art. 13.** Quando houver mais artigos aprovados do que o número máximo a ser publicado (quatorze artigos para a revista pluritemática e oito para a temática), utilizar-se-ão, para o desempate, respectivamente, os seguintes critérios:

I - trabalho com assunto semelhante a outro anteriormente já publicado na *In Verbis*;

II - acadêmico de Direito da UFRN;

III - autor(es) que não tenha(m) publicado no número anterior da revista, salvo o caso de trabalhos em grupo, em que pelo menos um dos componentes preencha a condição descrita neste inciso;

IV - artigo escrito por aluno mais próximo da conclusão do Curso, ainda que em grupo, hipótese em que prepondera o período do aluno mais avançado;

V - a nota atribuída pelo avaliador, quando de artigos submetidos ao mesmo professor.

**Parágrafo único.** Na revista temática, a aplicação do critério descrito no inciso V deste dispositivo será imediatamente anterior ao critério do trabalho elaborado por autor mais próximo da conclusão do Curso.

**Art. 14.** Caso ocorra a aprovação de dois ou mais trabalhos, cuja autoria é a mesma, ainda que em grupo e com algum(ns) componente(s) distinto(s), apenas 01(um) deles será publicado, cabendo a escolha ao(s) autor(es) idêntico(s).

**Art. 15.** O artigo aprovado pelo avaliador, mas não publicado, deverá ser submetido a novo processo seletivo, caso o autor deseje publicá-lo no próximo número da revista.

**Art. 16.** A Comissão Editorial goza do direito de modificar o número máximo de artigos a ser publicado, desde que haja condições financeiras para tanto e espaço físico remanescente na revista.

#### Capítulo IV DISPOSIÇÕES FINAIS

**Art. 17.** Os dados e conceitos emitidos nos trabalhos, bem como a exatidão

das fontes e das referências bibliográficas, são de inteira responsabilidade dos autores.

**Art. 18.** No que as normas aqui expostas forem omissas, aplicam-se as adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

**Art. 19.** O presente regulamento deverá ser obedecido a partir da seleção para a revista *In Verbis* nº 15, e terá vigência até que a Comissão Editorial divulgue posteriores alterações.

Natal, 11 de abril de 2003.

**A Comissão Editorial**