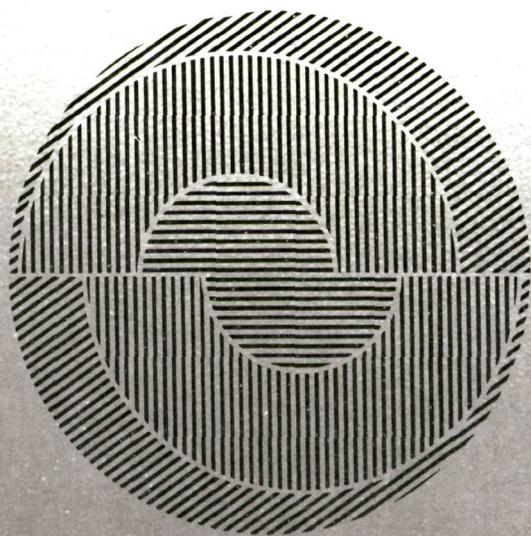


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1990
ANO 27 • NÚMERO 106

O Código do consumidor

LUIZ AMARAL

Advogado, ex-Secretário Executivo do
CNDC - MT

O Anteprojeto de código de defesa do consumidor que vem de ser apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor ao Congresso Nacional é, se mais não for, a culminância de um tortuoso trabalho que este órgão vem desempenhando desde julho de 1985 (quando foi solenemente instalado pelo Presidente da República) pelo consumidor brasileiro, elo final e tão importante quanto ainda débil de nossa economia que já vai rumo aos primeiros lugares do *ranking* mundial. Desde a reunião histórica de 22-8-85 o CNDC, então presidido pelo Ministro Paulo Lustosa (grande incentivador da causa), vem estudando o cipoal legislativo em que se encerra a defesa do consumidor. Dotar todos os Estados de órgãos oficiais (PROCON) propulsores e organizadores da política estadual do setor era a outra grande prioridade do CNDC. Ambas as metas estão quase que concluídas ou em vias disto, porquanto o atalho constitucional poupou-nos etapas e garantiu força constitucional àquelas metas essenciais. Agora é, apenas, questão de cumprimento da lei fundamental (tanto na institucionalização como na “codificação” da matéria) o que, entre nós, também ainda pressupõe lutas.

O Anteprojeto (cujo teor tem dado consistência a diversos projetos de parlamentares) tem muito de outros preparados pelo CNDC e que não lograram sequer terminar suas tramitações regulares; tem muito também do que se pensou, experimentou, discutiu e se escreveu no âmbito do CNDC e dos órgãos locais vinculados à causa. O Código é, enfim, resultante de uma aceleração no processo histórico que coube ao CNDC encetar, enfrentando os anestésicos e sonolentos argumentos contrários de dentro e de fora do governo e cuja origem era e é a conveniente má-fé ou a ignorância acerca do assunto. Hoje, com menos de 4 anos, a defesa do consumidor é algo nacionalmente palpável.

Ao lado dos órgãos locais de orientação e formação (PROCON) e dos juizados de pequenas causas, curadorias e delegacias especializadas, o código

go representará a consecução da concreta justiça social e da plena democracia econômica e colocará o Brasil consoante às recomendações da ONU e ao nível das nações econômica e juridicamente mais civilizadas, algumas até menos desenvolvidas no campo econômico e social (Venezuela, Espanha, México, Portugal, Porto Rico, Canadá, França, EUA etc. . . .).

Tanto quanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) que representou uma ruptura inicial no individualismo do nosso Direito Processual, o Código representará sensível ruptura no liberalismo individualista de nosso Direito Substantivo ou Material. Não se desvanece, é certo, a liberdade econômica, mas pelo princípio da intervenção mínima necessária impede-se que os economicamente fortes reduzam ou anulem a liberdade dos economicamente fracos. A declaração de que todos são livres é ociosa quando apenas alguns podem viver essa liberdade. No que tange à liberdade de contratar ela é cada vez mais, na economia moderna, um exercício vedado à grande massa consumidora. Que liberdade há para quem desconhece as regras básicas do mercado, os produtos e seus similares e os preços e seus componentes? Que liberdade há para quem está sob pressões diversas (publicidade subliminar, rótulos e embalagens atrativas e/ou enganadoras, monopólios, insuficiência salarial etc. . . .)? Que liberdade resta para quem ignora o sentido das conseqüências jurídicas de cláusulas adrede arquitetadas pelo economicamente mais forte? Como se vê a liberdade contratual ou a autonomia da vontade amíúde não passa de máscara para a vontade unilateral; é por isso mesmo que este velho princípio (enquanto absoluto) acha-se a caminho do museu das belas utopias jurídicas. Sucede que para que houvesse liberdade efetiva de contratar seria preciso que todos fossem, não apenas juridicamente, mas socialmente iguais, o que necessariamente não ocorre, uma vez que a sociedade se divide em grupos, uns dispondo de poder econômico e outros sequer de suficiente salário. O Anteprojeto nada faz senão reconhecer a necessidade social de se distinguir o que é efetivamente diferente, para que a igualdade (longe de prejudicar o mais fraco) se traduza no tratamento desigual e equilibrado das pessoas (empresas e consumidores) e situações que são de fato desiguais. Por outro lado, estes preceitos inspiradores não nasceram, lá fora originalmente, de qualquer ato de criação espontânea, constituem, isto sim, expressão mais ou menos elaborada dos interesses em conflito (Ihering) e das mutações jurídico-econômico-sociais, já amplamente observadas por grandes juristas (Ripert em 1947, Betti em 1953, Savatier em 1967).

No Brasil, todavia, ainda causa *frison* o mero abrandamento daquele "princípio superior de respeito absoluto da liberdade das convenções" de

que falava Saleilles, exatamente em 1889; princípio este caldeado em outro clima histórico. O anteprojeto do CNDC, pelo que já se pode verificar, tem causado duas grandes apreensões: a chamada inversão do ônus da prova e a dosimetria das penas privativas de liberdade, além de outras críticas que não merecem mais que a resposta dos fatos, já porque não passam de terrorismo verbal (p. ex.: presunção de culpa nos casos das infrações penais) já porque são argumentos liminarmente derrotados noutras plagas.

Ônus da Prova

No Direito em geral quem alega suportar o ônus de provar, não o fazendo ou fazendo-o deficientemente decai do direito em demanda. Este é o princípio geral que com as vicissitudes de nossa sociedade já pós-industrial e de produção e consumo em massa, é por vezes excepcionado pela regra da inversão daquele ônus. A par de ser simplista e nostalgicamente individualista aquele velho princípio do ônus da prova é, cada vez mais, insuficiente e em muitos casos gritantemente injusto para com os socialmente mais frágeis; superada que foi a enganadora igualdade meramente formal. "Quem não pode provar é como quem nada tem" (MASCARDUS).

No Direito do Trabalho é bastante acentuada a inversão do ônus da prova, atendendo, é claro, a extrema desigualdade do empregado (o hipossuficiente) perante o patrão (empresário, ou não); antes a adequação do código aos fatos, à rebelião destes contra aquele.

A presunção de culpa prevista no Anteprojeto (a inversão do ônus probatório é corolário dessa presunção) é a adoção da teoria objetiva ainda tão acanhada que quase não passa da tradicional teoria subjetiva com minúscula concessão (presunção e não afastamento da culpa) àquela teoria. Para o Anteprojeto não basta o mero risco, melhor dizendo, não é suficiente o dano e o nexa causal (que o liga ao agente) para fundamentar a obrigação de reparar como ocorre nos casos em que a vida moderna está a exigir maior garantia. Remanesce, assim, no Anteprojeto, para o hipossuficiente (a ser protegido) toda a carga probatória, salvo a referente à culpa do agente cuja presunção a favor do consumidor ainda pode ser ilidida pelo hipersuficiente (o patrão da relação de consumo) desde que comprove ser a culpa do consumidor ou de terceiro. Quiçá tenha sido este o mais comedido avanço em direção à teoria da responsabilidade sem culpa entre os muitos casos de exceção, necessária, ao regime da culpa que vigora amplamente em nosso Direito Civil. Ficou-se mesmo na simples identificação entre responsabilidade e probabilidade de culpa, tal qual ocorre no art. 1.253 do Código Civil Espanhol e no art. 4.º da Diretiva/85 da CEE.

A teoria objetiva (já também algo insuficiente) conquanto considerada moderna tem suas origens (*ubi commoda, ubi incommoda*: quem lucra com uma situação responde pelo risco ou desvantagens dela decorrentes), como a teoria subjetiva, no direito romano. E sua utilidade hodierna, não mais como reflexo da vingança privada como nos primórdios daquele direito (antes, é claro, da *Lex Aquilia*), decorre da insuficiência da culpa como razão da responsabilidade civil.

Nosso Código Civil (de 1916) abraçou o sistema de responsabilidade subjetiva (prova-se: a culpa, o dano, o nexa causal) e, sem embargo o próprio Código já traz, como não poderia deixar de ser, exceções àquele sistema (arts. 1.523, 1.527, 1.528, 1.546, 1.208, 1.519, 1.520, 1.540, 560, 567, 587, 541, 160 e 15...). Antes mesmo do Código Civil, sede mor da responsabilidade civil, o Decreto Legislativo n.º 2.681, de 1912, já reconhecia a necessidade de superar a insuficiência da fugidia teoria da culpa e fê-lo presumindo-a em relação aos danos causados pelas estradas de ferro (logo estendida aos bondes e hoje até os elevadores). Presume-se também a culpa no Código do Ar (de 1938 e 1966) e na Lei n.º 6.194/74 (seguro obrigatório de danos pessoais/veículos). Na Lei de Acidente do Trabalho (DL n.º 7.036/44) que representa, entre nós, o grau máximo de superação da culpa (teoria do risco integral: prova-se apenas o dano) há até reparação (hoje, pelo seguro) de ato de louco, cuja culpa/imputabilidade indiscutivelmente inexistente. "O patrão é quem recolhe os benefícios da produção; logo, há de ser ele quem suporte não só os riscos da perda de materiais como os resultantes dos acidentes sofridos pelos operários" como se vê nesta lição do prof. Washington B. Monteiro, o patrão indeniza não porque tenha culpa, mas porque é o dono do meio produtor do dano. É fato notório que a dialética patrão x empregado é análoga à dialética empresário x consumidor (hiper x hipossuficiente).

Já é, pois, lugar comum em nosso Direito casos de responsabilidade sem culpa (melhor se dirá: obrigação de reparar) ou de sua presunção até mesmo com referência à mora, não do credor mas exclusivamente do devedor, por conta de quem corre o ônus da prova da inexistência de sua culpa (art. 957, do Cód. Civil).

Vejamos noutros países, apenas alguns exemplos da responsabilidade sem culpa: o Cód. Civil de Quebec (art. 1.487) estabelece a presunção de culpa do vendedor perante o consumidor, da mesma forma o art. 1.324 do Cód. Civil uruguaio e o art. 499 (e ss.) do Cód. Civil português; o art. 1.913 do Cód. Civil mexicano, o célebre art. 404 (teoria objetiva plena) do Cód. Civil russo e os arts. 1.183 e 1.253 do Cód. Civil espanhol.

Presume a culpa também a Convenção de Roma de 1933, sobre transporte aéreo.

Para muitos autores talvez seja nos EUA, a catedral do capitalismo, onde mais se avança, em termos de responsabilidade civil. Depois de presumir até a negligência do produtor, os tribunais americanos têm aplicada a teoria do risco (ou objetiva) de modo expresso e absoluto, com base em três argumentos: *a)* o interesse público exige máxima proteção da vida, da saúde e da segurança pessoal; *b)* o fato de que o fabricante ponha no comércio um bem determinado equivale à garantia de um consumo ou uso conforme a natureza do produto; *c)* o fabricante se encontra melhor situado na estrutura de mercado para distribuir o risco entre o público, através do preço e do seguro. Na Inglaterra, menos avançada, a prática jurisprudencial segue ainda a teoria subjetiva, todavia com forte inversão da carga probatória. Na Alemanha, país mais radical na manutenção da teoria subjetiva, a interpretação ampla do art. 831 do BGB (similar ao art. 1.903, 4.º do Cód. Civil espanhol) tem resultado em larga inversão do ônus da prova a favor do hipossuficiente. Na França, centro irradiador da teoria da culpa com o célebre código napoleônico de 1804 que para muitos é marco final do pensamento jurídico-filosófico de cunho individualístico (FASSO), há presunção absoluta (não admite prova em contrário) de má-fé do vendedor profissional (o profissionalismo do comércio é multissecular e já nos legou até um código que antes de ser do comércio é do comerciante), com relação ao defeito do produto vendido. No México a teoria da responsabilidade sem culpa (do produtor e equiparados) está capitulada nos arts. 31 e 33 da Lei Federal de Proteção ao Consumidor (de 1975), na Espanha no art. 28 da Lei Geral de Defesa do Consumidor. A Diretiva da Comunidade Econômica Européia (de 25-7-85) acerca da responsabilidade civil do produtor (do vendedor, fornecedor e importador) sobre danos causados ao consumidor (que desde 1988 é de recepção obrigatória pelos Direitos internos de cada país-membro), considera “que só a responsabilidade sem culpa do produtor permite resolver de forma adequada o problema, próprio de nossa época de tecnicidade crescente...”. A sistemática desta Diretiva da CEE é bem semelhante à que foi adotada no Anteprojeto.

Na verdade, o dever de indenizar o dano produzido mesmo sem culpa é antes uma garantia do que uma responsabilidade (idéia moral), ensinava o mestre Orlando Gomes. “O dever de não lesar ninguém” (Savatier idem Ripert), cada dia mais essencial ao nosso mundo, tem fundamentado a responsabilidade civil a partir de um largo espectro que vai desde a tradicional teoria subjetiva, passando pela mera presunção da culpa, atingindo a subs-

tituição da culpa pelo risco (teoria objetiva plena) e culminando com teoria do risco integral, extremo oposto da teoria subjetiva.

O acaso, a repetição (que embota a atenção), a imperfeição dos sentidos humanos, enfim o acidente (que os alemães denominam corretamente de falta de ajustamento da consciência à circunstância) tem sido frequentemente confundido com a culpa. E, numa época em que o acidente e o dano (redução patrimonial) são mais um tributo à mecanização de nosso cotidiano que propriamente a expressão de uma conduta individual, época esta em que o valor moral, social e pedagógico da responsabilidade perde-se na emaranhada teia da produção e da distribuição, o problema da reparação dos danos em geral sofridos por uma pessoa deve ser proposto desta maneira: "quem deve reparar os danos? e não, quem é o responsável?" Eis o inexecedível magistério de MORIN. Outro consumado mestre assim leciona: "a tendência atual do Direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia de responsabilidade pela idéia de reparação, a idéia de culpa pela idéia de risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva" (RIPERT).

Em suma, tanto a responsabilidade criminal quanto a civil, ofendem nossa auto-estima, o que não é tão estranho, uma vez que não há antologicamente distinção entre ambas. É sensível a confusão mental que reina em torno do vocábulo "responsabilidade", que de logo traz a idéia de imputabilidade (elemento psíquico), de reprovabilidade moral e censura social, que por seu turno avoca a idéia sine qua non de culpa (falha, erro): responsável é quem tem culpa. Tal confusão é o bastante para turvar o imperativo moral da reparação. Não se diga que a culpa como geradora da responsabilidade civil está sendo erradicada, entretanto, ela se mostra, a cada dia, mais insuficiente para atender, não as clássicas, mas as contingências de nosso tempo, que certamente mais se comprazem com os modernos meios coletivos de indenização e com o seguro de responsabilidade (art. 30 da Lei do Consumidor da Espanha). Observe-se, a propósito, que o elenco de seguros obrigatórios, ao longo do tempo, vem crescendo segundo a necessidade de se garantir a reparação independente de culpa de quem quer que seja. Aliás, a teoria da culpa em certos e máxime nos casos não-clássicos de dano tem sido quase que uma velada cláusula de não-indenizar, o que no mais das vezes é uma injustiça social contra, invariavelmente, os mais fracos.

Quem há de lograr atualmente a comprovação da negligência, da imperícia, da imprudência, ou do dolo na fabricação dos incontáveis produtos de toda a natureza (desde remédio até eletrodomésticos...)? Quem

há de lograr comprovar que o comerciante, na busca da maior lucratividade, assumiu o risco de causar dano ao consumidor? Como evidenciar ao Juiz a culpa nestes casos? Em termos de relações de consumo pode-se até dizer que dá-se, não raro, o inverso do que ocorre com as moedas: o produto ruim quase sempre afasta o bom do mercado; isto tem várias explicações (redução de custo etc.), mas apenas uma só causa: a antipedagógica teoria da culpa no âmbito das relações desiguais entre consumidor e empresário. Enfim, a responsabilidade civil sem culpa, conquanto de natureza excepcional, se impõe no campo das relações de consumo como único meio efetivo de se viabilizar na prática o direito do consumidor (aquele que não tem como repassar seus prejuízos) ser indenizado quando lesado pela persuasão oculta ou pelos sutis comportamentos de mercado lesivos ao interesse geral. Busca-se assim uma igualização das partes nas chamadas relações de consumo.

Dosimetria penal

O Anteprojeto prevê como pena máxima 5 anos de reclusão que pode ser cumulada ou substituída pela multa e abre ao juiz um leque amplo de opções punitivas, desde interdição de direitos, publicação dos fatos, suspensão de direitos e prestação social alternativa (esta bem adequada à necessidade de recurso para a educação do consumidor). Todas essas opções podem ser cumuladas à reclusão e multa, como podem ser aplicadas como alternativa mais adequada. É evidente que a pena máxima será aplicada em graves situações, o que até, para alguns, pode se verificar insuficiente, segundo a proporcionalidade entre lesividade e pena máxima. Ademais é de se esperar que as sanções administrativas e civis possam prevenir muitos (não todos) casos de infrações penais. Com efeito, são, por si só, insustentáveis as verdadeiras situações de imunidade penal dos mais fortes da relação de consumo. O consumidor que infringe as regras daquela relação (invariavelmente preparadas não por ele) sofre desde logo a punição privada (SPC), a cobrança vexatória, os acréscimos financeiros discutíveis, retomada do bem e pode até ser preso. Quando a infringência é do lado mais forte daquela relação quase nada o consumidor pode reclamar, quer civil, quer penalmente; o Anteprojeto pretende corrigir esta distorção jurídica.

Já o DL n.º 869/38, bem como a Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521/51) cominam penas de 10 anos de reclusão para algumas fraudes. No Código Penal (de 1940) a saúde pública (art. 270) está protegida (remé-

dios e alimentos) por penas "de prisão" de 5 a 15 anos (dolo) e 2 anos em caso de crime culposos (negligência, imperícia e imprudência) e, na hipótese do art. 272 a pena varia de 2 a 6 anos. Como se vê o Anteprojeto não foi exigente demais nestes termos. O que pode merecer alguma crítica é o largo espectro de aplicação da multa num campo onde sua ineficácia é patente.

É interessante notar, por outro lado, como nosso Direito Penal tem sido rigoroso com os fracos e manso com os fortes, ou tem sido menos zeloso na proteção do bem ou interesse coletivo, do que no resguardo do bem ou interesse particular, individual. Vejamos exemplos destes casos: o art. 176: diz que quem "tomar refeição em restaurante" ou tomar ônibus . . . sem dispor de recursos para o pagamento poderá ser punido com até 2 meses de prisão. Neste dispositivo penal em que se protege o patrimônio individual do dono do restaurante ou do ônibus, sequer nossa histórica crise de desemprego e fome serviu de "álibi" (como a crise econômica tem servido aos empresários) ao seu destinatário certo: que jamais deixará de ser um mísero. Uma pessoa que furtar (art. 155, 1.º) coisa móvel de *pequeno valor* (uma lata de leite em supermercado / um ovo de páscoa. . .) poderá ter pena de até 4 anos, sendo que o juiz poderá (e não deverá) reduzi-la de 1/3 a 2/3, "se o criminoso for primário". Como reclamar de 5 anos para quem lucra com a lesão de tantos?

Na tutela do patrimônio individual (furto/roubo) o Código Penal prevê penas de oito a dez anos de reclusão (art. 155, 4.º e 157), um cheque sem fundos, por exemplo, pode render até cinco anos de prisão (jamais para um não-pobre, na prática). Enquanto tal, uma fraude no comércio (art. 175), que pode gerar (quase sempre gera) dano a múltiplos patrimônios, a pena é de até dois anos ou a mera multa (repassada para os consumidores). Quem suprimir ou alterar em gado alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade pode ser condenado a até três anos de prisão (art. 162); no entanto, quem vender, expor à venda (ou tiver em depósito, ou ceder) substância destinada à falsificação de alimentos ou medicamentos (art. 277) pode apenas ser condenado a até um ano de prisão, embora ameace ou lese a muitos (a saúde e o bolso). Tudo isso demonstra que valorações estranhas têm interferido na estrita consideração do injusto, desde a elaboração das leis até a prática do dia-a-dia.

O Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor em questão garantirá eficácia aos direitos do consumidor, conforme prevê a Constituição Federal, permitirá uma economia de mercado livre, mas responsável, justa e leal para todos; eis que a defesa do consumidor é princípio constitucional da ordem econômica brasileira (art. 170, VI).