

AS RELAÇÕES DE CONSUMO EM SENTIDO AMPLO NA DOGMÁTICA DAS OBRIGAÇÕES E DOS CONTRATOS

Alcides Tomasetti Jr.

1. As transformações reiteradas e profundas, que podem ser constantemente observadas no mercado, influenciam a diversificação das relações jurídicas que se estabelecem entre consumidores e fornecedores, surgindo, portanto, a necessidade de refletir acerca das correspondentes modificações, tarefa de que deve dar conta uma dogmática das obrigações e dos contratos atenta à realidade da vida cotidiana.

2. Dentre as assinaladas transformações do mercado, não é fenômeno recente o que aponta para a circunstância - ou, às vezes, para a necessidade - de que os consumidores transportem-se com a sua pessoa, com seus familiares, com seus acompanhantes e com seus bens para os locais onde se estabelecem os fornecedores. Isto passou a acontecer de maneira crescente, sobretudo a partir da oferta de venda de produto, pelo intermédio dos supermercados. Essa organização permite ao consumidor final, diretamente, a observação e a escolha dentre as incontáveis espécies de produtos ofertados à venda pelos fornecedores, nas instalações de seus estabelecimentos empresariais.

3. Com o advento dos chamados shopping centers, além de produtos, passaram a ser ofertados também serviços da mais variada natureza, favorecendo-se, ainda mais, a preeminência dos consumidores nessas macroinstalações em que operam os fornecedores, mediante o oferecimento de conforto e de outros atrativos, propícios a captar a afluência massiva dos consumidores, aos quais anunciam-se estacionamento gratuito para automóveis, recintos igualmente gratuitos para descanso e conversação, lazer infantil, bares, cinemas, restaurantes, farmácias, etc..

4. A publicidade, veiculada pelos meios de comunicação em massa, orienta-se muito mais no sentido de atrair para estes locais os consumidores, pela conveniência ou pela sofisticação do próprio modo de organização de oferta das vendas, e muito menos em razão das qualidades ou das vantagens específicas aos produtos e serviços oferecidos. A publicidade muitas vezes sugere o consumo, genericamente, realçando as circunstâncias ou o ambiente em que o consumo, qualquer que seja, poderá ocorrer. É comum que a publicidade exclusivamente divulgue o centro de compras, em que estão reunidos centenas de fornecedores, sem fazer referência a nenhum dos fornecedores, ou a nenhum dos bens ofertados.

5. Nesta maneira, o consumidor é influenciado para se deslocar - a si, a sua família, a seus amigos, a seus empregados domésticos e a seus bens - para aqueles lugares, que provocam, estimulam e sugerem o consumo, servindo-se o fornecedor, para essas finalidades, desde o aparato cinematográfico das lojas de departamentos até a aparente exclusividade

intimista das boutiques. Tudo isso apoiado por rápidos mecanismos de financiamento do crédito direto ao consumidor, posto em prática pela própria sociedade dos lojistas fornecedores. Os custos dessa complexidade empresarial são repassados aos consumidores, no preço final dos produtos e dos serviços ofertados.

6. Em face desses complexos de organização de vendas e de propagação do crédito para o consumo - articulados para favorecer a permanência prolongada da pessoa e dos bens dos consumidores nas instalações em que se situam os fornecedores, com o intuito de potencializar o consumo - , algumas conseqüências, dotadas de específica relevância jurídica, precisam de ser apontadas. Isto porque implicam eventuais reconsiderações e necessárias distinções na ainda nascente dogmática obrigacional exigida pelas novas leis de proteção e defesa do consumidor.

7. Note-se, em primeiro lugar, que a presença e a permanência do consumidor, nas instalações empresariais dos fornecedores, não se justifica somente pela conclusão de um contrato entre consumidor e fornecedor. É muito comum que os potenciais consumidores compareçam a esses centros de compras, e neles se aglomerem, simplesmente para contemplar ou para cobiçar os produtos e serviços ofertados à venda, sem querer ou sem poder comprá-los. Noutras vezes, esses consumidores em potencial limitam-se a desfrutar dos locais de lazer predispostos à gratuita utilização pelo público, estacionando previamente os respectivos automóveis, sem qualquer contraprestação, em garagens cobertas ou descobertas, vigiadas ou não por agentes de segurança remunerados pela sociedade dos fornecedores. Também acontece muito que o consumidor potencial não encontre, junto aos fornecedores, o produto ou serviço que procurava, retirando-se simplesmente do local da empresa, sem concretizar a expectativa de contratação que o decisivamente motivara a se deslocar para lá.

8. Ora, em casos como esses, nos quais a relação contratual de consumo deixa de passar a existir, em virtude da não conclusão de um contrato entre consumidor e fornecedor, pergunta-se: conforme o regramento específico ao direito do consumidor, poderá ser responsabilizada a organização empresarial, que dirige o supermercado ou que dirige o shopping center, por causa de danos experimentados pelos consumidores meramente potenciais, quer na própria pessoa (p.ex., pelo funcionamento deficiente de uma escada rolante), quer em seus bens (p.ex., em razão de furto do automóvel estacionado em garagem gratuitamente vigiada), quer na pessoa de seus acompanhantes (p.ex., quando a baby sitter que observava as crianças fica intoxicada pela ingestão da amostra grátis de um alimento)?

9. O problema vem concretamente agravado pelas cláusulas gerais de exoneração da responsabilidade derivada de danos eventualmente sofríveis pelos consumidores potenciais que desfrutam de bens ou serviços gratuitos. Estas cláusulas vêm predispostas unilateralmente, de ordinário mediante placas anunciativas afixadas em lugares visíveis, e com clara enunciação de que a gratuidade dos serviços oferecidos implica a exoneração - prévia, unilateral e não negociável - da responsabilidade do fornecedor, o que evidencia um aspecto da eficácia das chamadas cláusulas gerais predispostas para contratação e suscita a questão de seu controle (CDC art. 51, § 4.º).

10. Antes de mais nada, incumbe, entretanto, focar o problema do prisma em que se coloca a pergunta sobre se a inexistência de uma relação contratual entre consumidor e fornecedor - de maneira a constituir uma relação jurídica de consumo gerada por um contrato - justificaria a exoneração da responsabilidade da sociedade empresária titular ou administradora do supermercado ou do shopping center, vistas as coisas segundo a perspectiva própria ao direito protetivo do consumidor.

11. A resposta terá de ser positiva - no sentido, isto é, da necessária irresponsabilização do empresário - se for acatado o conceito mesmo de consumidor tal como é preposto mesmo por certos autores, que definem o consumidor como "a pessoa que, por causa das suas necessidades particulares e não profissionais, torna-se parte num contrato de fornecimento de bens ou de serviços" (cf., Jacques Ghestin, *Traité de droit civil; les obligations; le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, n. 59, p. 34; cf. também, a 2.^a edição da mesma obra, pub. no ano de 1988, p. 46, n. 59; assim também Jean Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2.^a ed., 1986, n. 2, p. 5). Segundo uma concepção como esta, todo consumidor é, por princípio, parte contratual, e a relação jurídica de consumo teria, infalivelmente, como força constitutiva, um contrato. Toda relação de consumo teria de ser uma relação jurídica contratual. Fora daí, portanto, não poderia haver responsabilidade, pelo menos na órbita do direito do consumidor, ressalvado eventual dever de reparação do dano, em conformidade com o direito comum.

12. Aliás, fica realmente difícil, na ausência de uma relação jurídica contratual, já aperfeiçoada entre consumidor e fornecedor, falar-se de responsabilidade pelo fato ou por vício do produto, tanto como de responsabilidade pelo fato ou por vício do serviço. Eis, talvez, alguma coisa que possa haver levado o legislador argentino à redação do art. 1.º da Ley 24.240, dada em 22.9.93, diversamente do que previa o Proyecto Atilio Alterini - Roberto Lopez Cabana - Gabriel Stiglitz.

13. Parece todavia que a definição de consumidor precisa ser e deve ser perimetrada inclusive segundo os marcos das atividades empresariais de massa operantes no setor da economia pertinente à circulação de produtos e aparelhamento de serviços, uma vez que, nestes casos, a organização empresarial pressupõe e incide sobre relações de mercado que se verificam em escala altamente despersonalizada, isto é, sob uma ótica que não é aquela que mira operações particularizadas, a serem efetuadas entre contratantes singularizados. As atividades empresariais de massa operam-se na perspectiva de contratos massivos com um público indiferenciado, de sorte que os resultados da oferta de produtos e de serviços e também os resultados de sua aceitação, dependem sempre menos das características intrínsecas do produto ou do serviço (como a qualidade, o valor, o preço, as despesas acessórias, a utilidade etc.) e cada vez mais da organização da oferta, a qual, induzindo, persuadindo e sugestionando o público a afluir e a permanecer naqueles locais onde a oferta se concentra, favorece cada uma das possíveis potencialidades de consumo oferecidas, inclusive mediante facilitação do crédito e prestação colateral gratuita de outros produtos e serviços.

14. Assim, faz-se oportuna e necessária uma aproximação construtiva à relação jurídica de consumo, de sorte a prescindir da efetiva conclusão de um contrato final entre consumidor

e fornecedor. A partir daí considerar-se-á consumidor também o consumidor potencial - que não contrata, finalmente, para o consumo - mas que entra em contacto jurídico com o fornecedor. Penetrando diretamente, com sua pessoa e seus bens, na dimensão espacial em que o fornecedor opera, em virtude da regulação jurídica da organização da oferta massiva de produtos e serviços, que atrai um indiferenciado público consumidor, ente último se introduz e permanece no complexo empresarial controlado pelo ofertante fornecedor. Parece, pois, que é passível de responsabilização o fornecedor oferente, pelos danos pessoais e patrimoniais sofridos pelo consumidor potencial, na exata medida em que a própria programação das relações de consumo importa na introdução e na permanência da pessoa e dos bens do potencial consumidor no estabelecimento do oferente fornecedor, normalmente pela maneira de atração exercida mediante publicidade, que sobretudo explora a forma de organização da oferta de venda.

15. A fundamentação dogmática da condução daqueles contactos de consumo antecontratuais - travados entre consumidor potencial e fornecedor oferente ao público - para o âmbito das relações jurídicas de consumo, pode ser encaminhada pelo intermédio do pensamento de uma relação jurídica de consumo em sentido amplo, por oposição à relação jurídica de consumo em sentido estrito, gerada, esta última, apenas a partir da conclusão de um contrato. No núcleo do conteúdo da relação jurídica de consumo em sentido estrito encontram-se assentados os deveres contratuais de prestação, e as decorrentes pretensões, ações e exceções contratuais.

16. Os contactos de consumo antecontratuais seriam constitutivos da relação jurídica obrigacional de consumo em sentido amplo. Seriam estímulos periféricos, dotados de eficácia jurígena obrigacional própria e diversa, que se irradiaria, tendencial e progressivamente, em direção do centro da relação obrigacional de consumo em sentido amplo. Neste centro estaria propriamente a relação obrigacional de consumo em sentido estrito, ou relação contratual de consumo, cujo conteúdo, como se disse, implicaria direitos, pretensões, ações e exceções de natureza contratual. Diversamente, a eficácia jurígena particular aos contactos antecontratuais de consumo corresponderia aos deveres colaterais de comportamento (*Nebenpflichten*), profusamente estudados na dogmática obrigacional alemã, e tratados, nos trabalhos de Jorge Mosset Iturraspe, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pp. 119-164; e de Rubén S. Stiglitz, *Contractos; teoria general*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 457-490. A dogmática brasileira do direito privado, raríssimas exceções, impassivelmente desdenha dessa categoria de deveres obrigacionais. Os limites deste estudo evidentemente não se conciliam com uma abordagem que vá mais além de mera assinalação dessa referida categoria de deveres obrigacionais. Cumpre mencionar, muito simplesmente, que o surgimento de contactos antecontratuais de consumo, a configurar relações obrigacionais de consumo em sentido amplo, provocariam, por sua vez, o nascimento de deveres colaterais de informação e de advertência; de deveres colaterais de conservação, de proteção e de custódia da pessoa e dos bens do consumidor; de deveres colaterais de cuidado e assistência, quanto àquela mesma pessoa e àqueles mesmos bens etc..

17. Os deveres colaterais têm o seu fulcro no princípio da boa-fé (CDC, art. 4.º, inc III, parte final; art. 51, inc IV). Os deveres colaterais que se aglutinarem na relação obrigacional de consumo em sentido amplo - gerada pelos aqui chamados contactos

antecontratuais de consumo - provocariam, para o fornecedor oferente ao público, o conseqüente dever de indenizar o consumidor, mesmo potencial, que experimentar danos ainda no período prévio em que se inscrevem os contactos jurídicos de consumo. O consumidor potencial, no entanto, não tem pretensão para exigir o cumprimento antecipado dos deveres colaterais. Uma pretensão surgirá somente no momento em que o consumidor sofrer algum dano por causa da infração de algum daqueles deveres colaterais, por parte do fornecedor ofertante ao público.

18. O parágrafo único do art. 2.º do CDC vigente no Brasil abriu as portas à construção da relação jurídica obrigacional de consumo em sentido amplo. O art. 7.º desse mesmo Código reforça ainda mais os alicerces legais para a elaboração dogmática que se propõe. As vantagens são manifestas para o aprimoramento da tutela do consumidor (art. 4.º, inc. I; art. 6.º, incs. I, IV e VIII; art. 51, caput e inc. I.). Na lei argentina de 1993 - a despeito das limitações do art. 1.º - acha-se no entanto uma válvula de abertura implícita no respectivo art. 3.º, embora sem a magnitude - muito melhor adaptada aos fins legais - que estava no art. 1.º do Proyecto Alterini - Lopez Cabana - Stiglitz .

19. Dentre as várias relações jurídicas obrigacionais, a mais importante é a relação jurídica contratual. A dogmática do direito obrigacional do consumidor tem igualdade de elaborar a categoria da relação contratual de consumo em sentido amplo. Neste plano, apresentam-se várias relações jurídicas contratuais ligadas entre si pela função predisposta ao consumo, a que servem uma ou mais dessas relações. É sustentável mesmo a detecção de uma relação contratual complexa. Nessa construção, cada uma das várias relações contratuais interligadas, individualmente considerada corresponde à eficácia (conjunto de efeitos) de uma distinta categoria contratual, dotada, pois, de específicos efeitos típicos. Na medida em que o conjunto desses efeitos possa vir a ser orientado no sentido de uma relação contratual direcionada nuclearmente para a função de consumo (= relação contratual de consumo strictissimo sensu) esta última até certo ponto pode ampliar-se a atrair para o próprio regime jurídico, situado no âmbito da proteção contratual do consumidor, as outras relações contratuais integrantes do conjunto (= relações contratuais de consumo lato sensu), conquanto pertinentes, em princípio, a diferente regulação de direito.

20. Para dar concretude ao raciocínio recém-exposto, figure-se o seguinte exemplo: o consumidor, tendo por fim a aquisição de um bem de consumo durável, põe a sua assinatura em formulários nos quais estão predispostas as cláusulas uniformizadas do contrato de venda e compra do bem, as cláusulas do contrato de mútuo bancário (em que são partes a sociedade fornecedora de crédito, que financia a compra, e o consumidor) e as cláusulas da proposta do contrato de seguro do bem (visto que o fornecedor só recebe a apólice depois de um considerável lapso de tempo decorrido da firmação da proposta e do pagamento de algumas parcelas do preço). À conclusão dessas operações seguem-se atos de emissão de notas promissórias (negócios jurídicos cambiários) em favor da chamada instituição financeira e (muito mais raramente) da companhia de seguros.

21. Suponha-se também que para logo verifique-se o descumprimento do fornecedor-vendedor do bem de consumo durável quanto aos deveres de assistência que lhe tocam adimplir, o que leva o consumidor ao exercício do poder de desconstituição da relação contratual previsto no art. 49 do CDC, uma vez que os contratos e negócios jurídicos do

exemplo praticam-se "fora do estabelecimento comercial", p.ex., numa exposição dominical de produtos em parque público.

22. Admitida a funcionalização dos contratos e negócios, implicados na situação jurídica complexa, ao contrato nuclear para consumo - o contrato de venda e compra do bem durável - a ineficacização do núcleo relacional se irradiará para aquelas relações provindas dos contratos e negócios colaterais.

23. A instituição financeira e também a companhia de seguro estarão impedidas de promover a execução dos títulos de crédito vencidos e não pagos, e será ineficaz - em face do consumidor emitente e de seu avalista - a transferência das notas promissórias, nada obstante o princípio da autonomia das obrigações cambiárias. Seria de se pensar a quem incumbe o ato de comunicação da declaração resolutiva aos terceiros co-contratantes (dever de aviso): se ao fornecedor-vendedor, se ao consumidor. Em linha de princípio, dada a simplificação da norma legal expressa no art. 49 do CDC, os riscos da resolução correm por conta dos fornecedores (e.g., conservação e transporte do bem durável a ser devolvido). mas a declaração resolutiva do art. 49 implica negócio jurídico receptício, a ônus do consumidor, que tem de dirigi-lo ao fornecedor inadimplente.

24. Constatando-se que a cobrança das cambiais ou a transferência delas já seria, respectivamente, eficácia imediata e eficácia mediata dos contratos de mútuo bancário e de seguro do bem móvel, observa-se também o modo pelo qual resta truncada a permanência da eficácia (= relações jurídicas) decorrida dos contratos e negócios colaterais, por causa da desconstituição da relação contratual nuclear de consumo, ou seja, daquela originada do contrato de venda e compra do produto durável.

25. Tudo isso parece conforme com a proteção contratual do consumidor. O argumento material em favor da construção dogmática em que, por agora, simplesmente se avançou, resume-se na circunstância de que assim se desobriga o consumidor de adimplir as parcelas fundadas no contrato de seguro e no contrato de crédito (que também se resolvem; restituições serão devidas, na medida cabível), desvinculando-o, e a seu avalista, dos correlativos títulos de crédito, mesmo que já transmitidos por endosso. Do contrário, haveria normalmente de se dar cumprimento a ambos aqueles contratos, ou liquidar as notas promissórias emitidas com base neles, para, somente depois, poder exigir-se, junto ao fornecedor-vendedor, as perdas e danos correspondentes. Inutilis circuitus ...

RETIRADO DE: <http://www.jep.org.br/artalien.htm>