

O CODIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O MERCOSUL

Claudia LIMA MARQUES(*)

INTRODUÇÃO

O lema do grande jurista holandês Tobias Asser, fundador há cem anos da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, dedicada à unificação e à harmonização dos direitos nacionais, impressiona pela simplicidade e sabedoria: "com paciência e com coragem".

Após dois anos de estudos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na sua linha de pesquisa: "Mercosul: Realidade Jurídica?", as palavras de Asser permanecem atuais. Se de um lado o MERCOSUL mostrou-se um fenômeno político dinâmico e um fenômeno econômico real e complexo, no campo do direito esta integração sub-regional continua incipiente: sem base jurídica definitiva(1), sem instrumentos suficientes para a harmonização das legislações(2), sem uma instituição dedicada à interpretação e à aplicação das novas regras(3), sem assegurar ao indivíduo o efetivo direito de reclamação e recurso frente à

(*) Profesora de la Universidad Federal de Río Grande do Sul. Especialista en Integración Europea por el Europa-Institut, Saarbrücken, Alemania.

- (1) O Tratado de Assunção, que é o Tratado-instituidor do MERCOSUL e base única para a criação de deveres para os quatro Estados, foi ratificado pelo Brasil e Argentina, em 30/10/91 e pelo Uruguai e Paraguai, em 1/8/91, entrando em vigor no Brasil, em 22/11/91 e internacionalmente, em 29/11/91. Trata-se, porém, de um Tratado provisório e tímido, devendo ser substituído (ou modificado) por outro antes do efetivo estabelecimento do Mercado Comum, em dezembro de 1994; assim concorda tb. GROS ESPIELL, Héctor, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", in Rev. Jurídica del Centro Estudiantes de Derecho, Numero Especial MERCOSUR (nº 5), Montevideo, 1991, pág.10.
- (2) O art. 1º do Tratado de Assunção prevê o "compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração", mas o texto do tratado não prevê instrumentos legislativos para tal. O MERCOSUL não tem competência para legislar, nem para impor "leis-modelos", como acontece na Comunidade Européia, tanto que no cone sul as harmonizações tem acontecido por Tratados Internacionais ou por publicações das decisões e recomendações do Conselho ou Grupo do MERCOSUL nos Diários Oficiais. Note-se que, em princípio, estas publicações são sem nenhum valor jurídico, face a incompetência constitucional do legislador do MERCOSUL, passando estas "sugestões de modificações das leis internas e normas administrativas" a depender da boa vontade do Poder Executivo e Legislativo nacional para colocá-las em prática, se conveniente e oportuno para aquele país, naquele momento histórico.
- (3) Entre as instituições (ou órgãos) criados para gerir o MERCOSUL não há nenhum órgão verdadeiramente judicial, semelhante ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, considerado o "motor" da integração européia, pois através de sua independência e força moral, conseguiu tanto defender os direitos individuais do cidadão das Comunidades, quanto impor aos Estados partes o cumprimento de seus deveres de integração. O MERCOSUL optou, ao contrário, por um sistema de solução de controvérsias menos vinculativo e independente, regulado no Protocolo de Brasília, de 17.12.91, que institui, para alguns casos, um "Tribunal Arbitral ad hoc".

ação ou omissão de seu Estado ou de terceiros(4), sem criar enfim um organismo internacional independente, com competências reconhecidas, com força coercitiva, com personalidade jurídica internacional(5).

Considerando que este processo de integração econômica envolve mais de 190 milhões de pessoas(6) e tem sua data limite mantida em 31 de dezembro de 1994(7), mister que também o Direito, como ciência, colabore e instrumentalize esta integração. Afinal, o MERCOSUL não poderá sobreviver e evoluir como um fenômeno meramente político e econômico, desacompanhado de uma base estrutural sólida, de normas de conduta confiáveis e seguras para os seus indivíduos e de instrumentos de manifestação efetivos e democráticos(8). Nesse sentido, recorro às sábias palavras de Asser, de paciência com as dificuldades, mas também de coragem para repensar a realidade social existente e proponho como tema de estudo a proteção dos direitos humanos no âmbito do MERCOSUL, especificamente a proteção dos direitos fundamentais de 2º geração, os direitos sociais e econômicos, entre os quais se encontra a proteção dos interesses do consumidor.

Em verdade, já o preâmbulo do Tratado de Assunção institui como finalidade básica desse processo de integração a melhoria das "condições de vida de seus habitantes". A proteção dos interesses do consumidor deve ser, portanto, uma das políticas básicas durante a formação do MERCOSUL. Na visão econômica, porém, uma lei protetora dos interesses dos consumidores pode vir a restringir(ou dificultar) a entrada e o consumo de mercadorias e serviços oriundos de outros países do mercado comum, que não possuam nível igual de preocupação com a qualidade, informação e segurança dos produtos. Em outras palavras, um conjunto de normas legais dedicadas à tutela dos consumidores de um determinado país pode funcionar como uma barreira, neste caso barreira não-tarifária, à liberdade de circulação de produtos e serviços naquela zona de livre comércio e futuro mercado comum.

São duas visões do mesmo fenômeno jurídico, uma que tende a manter este corpo de normas tutelares, como um conquista social, e outra que tende a revogar ou modificar as normas consideradas prejudiciais à integração econômica. Qual destas visões prevalecerá no MERCOSUL, é difícil prever no momento. Também a da Comunidade Européia teve de enfrentar a

- (4) O problema aqui levantado é o da eficácia do sistema criado pelo Protocolo de Brasília para as reclamações das pessoas físicas e jurídicas envolvidas no MERCOSUL, problema que será examinado mais detidamente durante o decorrer deste trabalho.
- (5) Assim conclui tb. ABREU BONILLA, Sérgio, "Mercosur e Integración", F.C.U., Montevideo, 1991, pg. 56.
- (6) Dado estatístico, referente a 1990, fornecido por AMORIM, Celso Luiz Nunes, "O Mercado Comum do Sul e o Contexto Hemisférico", in: Boletim de Diplomacia Econômica, nr.7, Secretaria-Geral de Política Exterior, 1990, pg.17.
- (7) Note-se que até esta data o MERCOSUL funcionará como uma Zona de Livre Comércio, como prevê o Tratado de Assunção e seus anexos, passando após a constituir um "Mercado comum", o que significa não só a formação de um bloco econômico de atuação única, com uma Tarifa Externa Comum e coordenação das políticas macro-econômicas, mas também a concretização da ampla liberdade de circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais.
- (8) A esta conclusão chegou tb. naturalmente a Comunidade Econômica Européia e é de seu primeiro Presidente da Comissão a frase famosa: "a comunidade Econômica Européia não é somente uma comunidade econômica, mas uma comunidade de direito", no original: "eine Rechtsgemeinschaft", como ensina MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, "Europäisches Gemeinrecht und Privatrecht", in: NJW 1993 pg.17.

matéria e tornou-se uma das grandes legisladoras no tema da defesa do consumidor(9). Se no início, porém, sua tendência era de harmonizar as legislações nacionais, forçando a sua modificação para atingir somente o nível médio exigido para o bom funcionamento do mercado unificado, hoje sua ação legislativa é diferenciada(10), tendente a exigir que os países sem legislação específica instituíam-na, para atingir o requerido nível médio, mas a permitir que os outros Estados mantenham níveis mais altos de proteção de seus cidadãos(11).

Examinando a situação atual da legislação dos quatro países do MERCOSUL, observa-se que somente o Brasil possui um rígido Código de Proteção à segurança, à saúde e aos interesses econômicos dos consumidores, enquanto nos outros três países vigoram os princípios voluntaristas tradicionais e, somente no momento, examina-se a possibilidade de modificações legislativas(12).

Sendo assim, mister que se examine mais profundamente a legislação brasileira, em especial o Código de Defesa do Consumidor(Lei Nº 8/078/90), na ótica da futura integração, tanto como uma lei protetora de direitos fundamentais (Parte I deste trabalho), quanto como uma lei discriminatória e limitadora do comércio, e os esforços que estão sendo feitos para manter os direitos conquistados e para substituí-los por uma legislação unitária e média para os quatro países do MERCOSUL(Parte II deste estudo).

I - O CODIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO LEI PROTETORA DOS CONSUMIDORES

A lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor(CDC), possui aplicação territorial limitada ao Estado brasileiro. Seu campo de aplicação *ratione personae* é, porém, amplo, assegurando novos direitos a pessoas físicas e jurídicas (os consumidores

- (9) Apesar de dificuldades quanto a sua legitimidade para elaborar diretivas (lei-modelo obrigatórias) na matéria, a Comissão da Comunidade Européia alegando que os temas de defesa do consumidor eram os mesmos que assegurariam uma concorrência leal entre os empresários de seus doze países, elaborou mais de 20 diretivas na matéria, sendo as mais famosas: Directiva 450/84 (Publicidade enganosa), 374/85 (Responsabilidade derivada de Produto Defeituoso), 577/85 (Contratos negociados fora do estabelecimento comercial), 102/87 (Crédito ao consumo), 314/90 (Contratos de viagens e férias), 81/93 (Cláusulas abusivas); veja o completo artigo de GARCIA-CRUCES, J.A. Gonzales, "Derecho Comunitario y Derecho del Consumo", in: Rev. de Derecho Mercantil, n. 191. Madrid, 1989, pg.327 a 395.
- (10) Sobre as modificações na ação legisladora da comunidade Européia veja os artigos de SCHMIDHUBER/HITZLER, "Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip", in: EuZW 1/1993, p.8 e GOPPEL, T. "Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips", in: EuZW 12/1993, pg.367 ss; quanto ao reflexo do novo Princípio da Subsidiaridade guiando a competência e a interpretação do consumidor, veja de MICKLITZ e REICH, "Verbraucherschutz im Vertrag nber die Europäische Union Perspektiven für 1993", in: EuZW 19/1992, pg.593ss.
- (11) Sao as chamadas Diretivas mínimas, como a última directiva sobre cláusulas abusivas, que institui uma proteção mínima para o cidadão da Europa, mas permite que a lei alemã de 1976, por exemplo, continue em vigor e estipule uma lista mais rigorosa de cláusulas ineficazes, isto porque não há prejuízo verdadeiro ao mercado comum em uma proteção econômica maior do consumidor de um determinado país; assim conclui tb. ULMER, Peter, "Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie nber mibräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in: EuZW 11/1993, pg. 337 a 346.
- (12) Assim concorda o Professor de Montevideo, Jean Michel ARRIGHI, em seu excelente artigo, "La Protection de los Consumidores y el Mercosul", in: Revista Direito do Consumidor, vol. 2, pg.134; sobre as modificações pretendidas na Argentina, veja o amplo e comparativo levantamento dos Projetos existentes feito por ALTERINI, A.A. e LOPEZ CABANA, R.M., "Proyectos de Ley de Defensa del consumidor en la argentina", in: Revista de Direito Civil, nº 56, pg. 231 ss. e o artigo do outro autor do Projeto de Lei, já aprovado em uma das Câmaras, STIGLITZ, G.A., "O Direito do Consumidor e as Práticas Abusivas- Realidade e Perspectivas na Argentina", in: Revista de Direito do Consumidor, vol.3, pg. 27 ss.

definidos nos artigos 2, 17 e 29), nacionais e estrangeiras, e impondo novos deveres aos fornecedores, pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras (definidos em seu art. 3).

Desta maneira, introduzindo no mercado brasileiro um produto de origem argentina, paraguaia ou uruguaia, submete-se o fabricante, produtor e mesmo o importador ao novo regime de responsabilidade previsto no CDC para os danos oriundos de defeito do produto ou para os seus vícios de qualidade, quantidade e informação. Da mesma maneira, se uma empresa estrangeira prestar serviços no mercado brasileiros, os contratos fechados entre este fornecedor de serviços e os consumidores do mercado brasileiro submetem-se aos novos patamares de equilíbrio e boa fé exigidos pelo CDC. Trata-se, portanto, de uma lei básica para o mercado brasileiro, isto sem falar nas suas inovações processuais, e novas regras administrativas e penais introduzidas. Muitos dos riscos antes transferidos contratualmente ao consumidor (e transferidos por uma imposição ex lege, mister, portanto, que se analise com mais vagar a natureza e o conteúdo desta lei, em especial os direitos fundamentais que assegura ao consumidor no mercado brasileiro.

A) NATUREZA DA LEI PROTETORA

Analisando o CDC sob a ótica de lei protetora de um grupo social específico, os consumidores no mercado brasileiro, podemos destacar três qualidades especiais: sua origem constitucional, sua definição como norma de "ordem pública" e sua caracterização como norma de "interesse social".

1. Origem Constitucional do CDC

A Constituição Federal de 1988 em dois momentos menciona a defesa do consumidor, em seu art. 5, inciso XXXII, como direito fundamental e no art. 170, inciso V, como princípio orientador da ordem econômica no Brasil(13).

A origem constitucional da defesa do consumidor, tanto como direito fundamental, quanto princípio macro-econômico, deve ser destacada uma vez que a tradição jurídica brasileira é de primazia da ordem constitucional em relação aos Tratados internacionais(14). Nesse sentido, no Brasil, um ato internacional, mesmo que oriundo de um organismo supranacional, pode ser considerado inconstitucional e ter a sua não-obrigatoriedade no país declarada pelo Poder Judiciário, em controle abstrato (Art. 102, I, letra "a" de CF) ou em controle concreto de

(13) Sobre o tema veja as lições dos mestre de São Paulo, KONDER COMPARATO, F., "Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988", in RDP 98(1990), 271 e GRAU, Eros Roberto, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988- Interpretação e Crítica", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

(14) Assim decisao do Supremo Tribunal Federal, em 27 de fevereiro de 1987, no RE 0109173/SP, citando vários precedentes; em doutrina veja os comentários clássicos de TENORIO, Oscar, "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", Rio de Janeiro: Borsóli, 1955, pg.86, N° 129; esta também é a tendência internacional (pré-integração econômica), como ensina Paul DE VISSCHER, em seu curso na Academia de Haia, "Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes", in: recueil des Cours, vol. 80 (1952/1).

sua inconstitucionalidade (Art.102, II, b, Art.105, III,b, Art. 109, III, todos da Constituição Federal)(15).

A primazia do texto da Constituição frente aos atos internacionais considerados inconstitucionais pelo Judiciário brasileiro não será superada, nem com base no disposto no parágrafo único do art. 4 da Constituição Federal, que institui a integração latino-americana como um dos princípios das relações exteriores da República, nem -como defendem alguns- (16) pelo disposto no 2º do art. 5º da Lei Magna.

Em verdade o referido 2º finaliza a lista de direitos fundamentais do art. 5º, afirmando que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Nesse sentido, antes de quebrar o sistema dualista tradicional brasileiro com uma interpretação extensiva da norma, é necessário observar que entre as normas oriundas do direito internacional há aquelas que positivam "valores" e "direitos", como as que dispõem sobre direitos humanos e garantias fundamentais e há aquelas que tratam de interesses econômicos internacionais, como os tratados sobre a dívida externa, sobre o direito do mar, direito aeronáutico e, em princípio, os tratados de integração econômica e seus atos derivados(17).

Nesse sentido, a razão parece estar com o ministro Rezek(18), quando afirma que a Constituição de 1988 não prestou maiores homenagens ao Direito Internacional Público a não ser àquelas que ele realmente merece, isto porque as regras do cenário internacional não estão totalmente fixadas e dependem ainda fortemente do poder econômico e da importância política de cada país. Não é, portanto, a origem internacional da norma, principalmente das normas que limitam direitos já conquistados, característica suficiente para determinar a sua justiça, como se um direito natural fosse, ou a sua adaptação -sem controles- ao sistema jurídico brasileiro(19).

Mister, portanto, que se analise seriamente no Brasil, se concretizada e aceita a integração no MERCOSUL, da futura necessidade de uma modificação constitucional, a exemplo do que ocorreu na maioria dos países europeus. Estes, quando passaram a integrar a Comunidade Econômica Européia, introduziram em suas Constituições normas permitindo a eficácia imediata (e neste sentido, monista) das leis obrigatórias formuladas pela Comunidade e normas prevendo a primazia, não de todas as regras de direito internacional público, mas sim do direito "comunitário", oriundo da atividade legislativa daquela instituição supranacional, legitimada

(15) Veja a polêmica exigindo também o controle do legislativo aos tratados internacionais, especialmente quanto aos Tratados chamados executórios e os atos que estabeleceram a dívida externa brasileira, sua forma de rolagem e de pagamento, no artigo de CACHAPUZ DE MEDEIROS, A.P., "O controle legislativo dos atos internacionais; sobre a relação do Tratado e da lei interna veja FILLIPI, R.B., "Conflito entre Tratado Internacional e Lei interna posterior no tempo", in: Revista AJURIS, vol. 34, pg. 226 ss.

(16) No Brasil, defende um quase "monismo" baseado neste texto constitucional. BASTOS, Celso Ribeiro, in: "Comentários à Constituição federal de 1988", 1988, v.2.

(17) defendendo a necessária "avaliação" das normas de origem internacional para a boa aplicação do art. 5, 2º da CF, veja o nosso "A Responsabilidade do transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do consumidor", in: Rev. Direito do Consumidor, vol. 3, pg. 162.

(18) In: "Interpretações da Constituição Federal de 1988", Ives Gandra Martins (Coord.), FUB, Brasília, 1988, pg.7.

(19) Nesse sentido já nos manifestamos no citado artigo "A Responsabilidade do Transportador Aéreo...", pg.165.

para tal (20).

Note-se que, mesmo no países da Comunidade Européia, os Tribunais Constitucionais continuam a submeter o direito comunitário ao crivo de suas Constituições, em especial no que se refere à violação dos direitos fundamentais assegurados a seus cidadãos(21). Mesmo hoje, mais de 30 anos após os Tratados instituidores das Comunidades Européias(22), a proteção dos direitos fundamentais conquistados nas Constituições democráticas européias é considerada "campo de aplicação irredutível" do direito nacional. (23).

Por todo o exposto, a origem constitucional do mandamento de proteção ao consumidor no Brasil concede ao Código, como lei protetora, uma inegável força. Em caso de conflito do hoje disposto no CDC com a legislação eventualmente oriunda do legislador do MERCOSUL, a origem constitucional da lei brasileira poderá garantir sua manutenção pelo judiciário brasileiro. A defesa do consumidor não é somente princípio da ordem econômica brasileira, mas é, especialmente, direito fundamental assegurado por nossa lei magna.

2. CDC como Norma de Ordem Pública.

Tendo em vista a origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor(24), não deve surpreender o fato do artigo 1º do CDC auto-definir suas normas, como normas de ordem pública. As normas de ordem pública são aquelas que positivam valores básicos de uma sociedade e, portanto, indisponíveis à vontade das partes.

A constituição representa atualmente não só a norma máxima, mas o centro do próprio sistema do direito brasileiro(25). Sendo assim, lógico que a Constituição sirva ao mesmo tempo

- (20) Veja o sério estudo realizado na Suíça, quando esta- antes do plebiscito de 1992- pretendia passar a integrar o Mercado Comum. COTTIER, Bertil(Coord.), "Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés Européennes", Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess V., Zurique, 1991 que dedica aos problemas constitucionais originados pela adesão suas páginas 19s, 47s, 77s, 155s, 189s, 223s, 257s, 287s, 325s, 341s, 355s, 375s, informando que dos doze países membros, nove tiveram de modificar sua ordem constitucional, pg.411.
- (21) Veja o exemplo alemão, em suas famosas sentenças "So lange I" e "So lange II", em que o "BVerfG" (Corte Constitucional Alemã) afirmou que enquanto a Comunidade não possuísse uma Constituição que assegurasse o mesmos direitos fundamentais assegurados nos art.1 a 20 da Grundgesetz, a Lei Fundamental se aplicaria, mesmo contra o direito da integração, de forma a preservar estes valores básicos já conquistados, veja em SCHWEIZTER, M. e HUMMER, W. "Europarecht", Metzner, Frankfurt, 1990, pg. 215ss.
- (22) A comunidade européia é formada por três Comunidades, a do Carvão e do Aço (Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951), a Comunidade Econômica ou Mercado Comum (Tratado de Roma, de 25 de março de 1957) e a Comunidade da Energia Atômica ou Euratom (Tratado de Roma de 25 de março de 1957), veja a interessante comparação de POCAR, Fausto, "Modelos de Integração regional na Europa e na América Latina e papel das integrações regionais", pg.9 e ss. do número especial dedicado à integração da Revista de Informação Legislativa, n. 84, jan/mar.1984.
- (23) A expressão é trazida por VON SIMSON, W. e SCHWARZE, J: "Europäische Integration und Grundgesetz", de Gruyter, Berlin, 1992, pg.65, obra que dá especial atenção aos reflexos constitucionais da aceitação do novo Tratado de Maastricht, o qual propõe a criação de uma comunidade monetária entre aqueles países e uma maior integração política, o que naturalmente significa maior transferência de competências (ou soberania) para a Comunidade.
- (24) O art. 48 das Disposições Transitórias concedia 120 dias para que o Parlamento elaborasse o "Código de Defesa e Proteção do Consumidor".
- (25) Como ensina AMARAL, F. dos Santos Neto, "A Liberdade de Iniciativa Econômica-Fundamento, Natureza e Garantia Constitucional", in: revista de direito civil, vol.37, pg.96, a noção de sistema pode ser útil a análise, pois "permite que o fenômeno jurídico, a semelhança do que vem sendo feito no âmbito das demais ciências sociais, seja apreciado como um conjunto harmônico, unitário, coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergente da realidade social...". Este conjunto coerente seria um todo construído, com uma hierarquia própria, com um encadeamento lógico, a determinar que seus valores e conceitos estivesse presentes e eficazes, não em um só ramo do direito, mas em todo o ordenamento jurídico de um país.

como guardiã de seus princípios, como observamos no pontos antes analisado, e como centro irradiador das novas linhas mestras do ordenamento jurídico de um país. Essas linhas mestras propostas pela Constituição traduzem os princípios de ordem pública de um país, a influenciar a atuação do legislativo, do executivo e principalmente do poder judiciário daquele país.

Face a esta nova força normativa da Constituição(26), o direito privado passa a sofrer uma influência direta da nova ordem pública, no caso ordem pública econômica, por ela imposta; muitas das relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm relevância jurídica nova e conseqüente controle estatal rígido. As relações de consumo no mercado brasileiro e seu novo controle estatal através dos direitos e deveres positivados no Código de Defesa do Consumidor são exemplo claro deste fenômeno de “publicização do direito privado”(27).

O caráter de norma de ordem pública de todas as regras do Código de Defesa do Consumidor representa um importante limite à autonomia privada, tanto em sua face econômica -a liberdade de iniciativa no mercado brasileiro (art. 170, V da constituição)(28)-, como em sua face jurídica -a liberdade de contratar e a liberdade contratual de estabelecer o conteúdo destas relações- que envolvem fornecedores de produtos e serviços e consumidores no mercado brasileiro.

O caráter de ordem pública da norma em estudo é também importante porque a destaca hierarquicamente. Também no Brasil, as antinomias entre as normas do sistema (por exemplo, normas civis e normas comerciais, normas especiais para determinadas atividades econômicas e normas gerais, leis especiais para determinados contratos, como leasing, locação, alienação fiduciária, contratos bancários, etc. e regras gerais sobre contratos) resolvem-se com base nos três critérios clássicos: anterioridade, especialidade e hierarquia. Sendo que, em caso de conflito entre critérios (lei geral posterior e lei especial anterior, por exemplo), a hierarquia pode ser o critério definidor usado pelo juiz (29).

3. CDC como Norma de Interesse Social

Seguindo essa linha constitucional de nova função social do direito privado, esclarece o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, que suas normas são “de interesse social”.

Considerada supérflua para alguns, esta expressão ajuda a determinar a natureza das normas do CDC, as quais dispõe sobre matérias tão diferentes como direito civil, comercial, econômico, administrativo, processo civil e direito penal. Une-as a idéia básica de proteção de uma grupo social determinado, os consumidores, assim definidos pela lei, considerados, em

(26) Veja a famosa aula de Hesse, Konrad, *A Força Normativa da constituição*, trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre: Ed. Fabris, 1992.

(27) A expressão é de RAIZER, Ludwig, “O Futuro do Direito Privado”, in: *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, 9(25), 1979, pg.11.

(28) KONDER COMPARATO, ob.cit., pg.263, afirma que a defesa do consumidor foi erigida a princípio limitador da atividade econômica pelo art.170, V da Constituição Federal.

(29) Nesse sentido a opinião do BOBBIO, Norberto, “Des critères pour résoudre les antinomies”, in: *Les Antinomies en Droit*”, PERELMAN, Ch.(Ed.), Bruxelles, 1965, pg.255, assim tb. nos manifestamos em “a Responsabilidade do Transportador Aéreo”, ob.cit.,pg. 167/168.

princípio, como vulneráveis na sociedade de massas(30).

Aqui também, especialmente nas matérias de direito civil tratadas pela nova lei, a definição da presença do interesse social ajuda a atuação do aplicador da lei, no sentido de garantir eficácia as novas normas. Para estabelecer novos limites a princípios tradicionais como os da liberdade contratual e a liberdade de iniciativa dos fornecedores, a nova lei precisa declarar a sua própria natureza de interesse social. Assume, assim seu caráter de lei intervencionista, típica do Estado social, criada com a difícil tarefa de mudar uma realidade social, de estabelecer novos parâmetros de equilíbrio e respeito na sociedade brasileira.

A expressão “interesse social” possui também uma outra finalidade específica no sistema do direito brasileiro e que merece ser mencionada. Trata-se de uma antiga polêmica brasileira sobre a legitimação para a defesa dos interesses difusos.

A proteção jurídica destes interesses de massa ou interesses transindividuais(31), em um país com tantas desigualdades econômicas e com níveis de formação tão diferenciados em sua população, só se tornaria uma realidade com a modificação da regras sobre o acesso à justiça e o fim da passividade social frente aos abusos do poder econômico. Nesse sentido, a legitimação para agir na defesa dos interesses foi concedida não só para associações da sociedade civil organizada, mas também para órgãos estatais específicos (Art. 82 do CDC).

Dentre os órgãos estatais destaca-se a participação do Ministério Público, fiscal da lei e novo “Ombudsman” do Mercado de Consumo brasileiro. Nesse sentido, a menção no artigo 1º do CDC da expressão “interesse social”, pode facilitar a atuação do Ministério Público, pois o art. 127 da Constituição Federal de 1988, autoriza a sua atuação ampla (administrativa e judicial) para: “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesse sociais e individuais indisponíveis”.

Face a estas observações podemos concluir que se a expressão utilizada no artigo 1º do CDC não tem a força e a tradição da idéia de ordem pública, a decisão do legislador foi sábia, pois preservando o caráter público ou privado da norma de conduta, definiu de maneira geral e indiscutível o interesse social que as acompanha, hierarquizando-as.

B. CONTEUDO DA NOVA LEI PROTETORA

Verificada a natureza da nova lei, sua importância hierárquica e fática no sistema do ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora examinar o conteúdo desse novo Código. Muito já foi escrito sobre o aporte do CDC ao direito brasileiro, especialmente ao direito das obrigações e ao direito processual civil (32), motivo pelo qual gostaríamos aqui de mencionar apenas seus aspectos básicos e de maior repercussão para uma futura integração.

(30) “Código” significa a criação de um sistema de regras de direito, ordenadas e unidas pela lógica de uma idéia central orientadora; veja as definições trazidas pelo mestre de Heidelberg, JAYME, Erik, “Considérations historiques et actuelles sur la codification du Droit International privé”, in: Recueil des Cours de l’Académie de la Haye, vol.177 (1982.IV), pg. 23.

(31) A expressão é trazida por WATANABE, Kazuo, pg. 509, in: “Código Brasileiro de Defesa do consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto”, Ada Pellegrini GRINOVER et al, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

(32) Veja o nosso livro, “Contratos no Código de defesa do Consumidor-O novo regime das relações contratuais”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992 e o antes citado Comentário dos Autores.

1. Princípios Orientadores de CDC

Mister que se inicie analisando o artigo 4º do CDC, regra chave na interpretação e no entendimento da nova lei. No art. 4º do CDC, positivou o legislador os objetivos que animam a nova lei, esclarecendo assim a ratio das normas do próprio CDC. Ao regular a "política nacional de relações de consumo", determinou a própria interpretação teleológica de suas normas. O art. 4º é, portanto, uma norma que indica o resultado a ser alcançado pela política de proteção ao consumidor, política que inclui e se materializa nas regras do CDC. Trata-se assim de uma verdadeira "norma-objetivo", na classificação do mestre de São Paulo(33).

No art. 4º do CDC, podemos observar que a atuação do Estado brasileiro nesta matéria objetiva "o atendimento das necessidades 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".

São esses os objetivos que autorizam uma atuação estatal controladora, especificada nos cento e poucos artigos do CDC. esta atuação é conduzida tendo por base guiada por alguns princípios também especificados no art. 4º do CDC qual sejam: o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4,I) (34), o da obrigação da ação governamental para a proteção do consumidor (art. 4,II) (35), o princípio da boa-fé e equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor (art. 4,III) (36), o da facilitação do acesso à justiça (art. 4,V) (37) e o da repressão aos abusos e a concorrência desleal(38) no mercado (art. 4,VI)(39).

Por sua vez, o CDC garante novos direitos básicos ao consumidor, oriundo de seu direito fundamental de proteção, assegurado pela Constituição (Art. 5, inciso XXXII). A metodologia escolhida pelo CDC foi a de assegurar direitos a um grupo de indivíduos, os consumidores, em

- (33) Assim ensina GRAU, Eros. "Interpretando o Código de Defesa do consumidor: Algumas Notas", In: Revista Direito do Consumidor, vol. 5, pg.185.
- (34) A presunção de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor gulará os três artigos do CDC que se referem a definição de consumidor, Artigos 2º, 17 e 29. O consumidor stricto sensu é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final (ar. 2, caput), equiparando-se a ele todas as vítimas do dano causado por fato do produto ou do serviço (art. 17), a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (Art. 2. único), ou que fique exposta às práticas comerciais definidas no CDC (Art. 29).
- (35) Este princípio guia a atuação ativa do Poder Executivo, através de seus órgãos de proteção do Consumidor, de controle de preços e da saúde pública, bem como a atuação no campo jurídico do Estado (art. 5º), através da criação de Julgados de Pequenas Causas, Varas Especializadas na Defesa do Consumidor, Promotorias, Assistência Jurídica Gratuita etc. Sobre a base legal da atuação administrativa, veja o recente Decreto nº 861 de 9 de junho de 1993 (D.O.U: 12/08/93, Seção I, pg. 9551ss), o qual dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor-SNDC e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas.
- (36) Este princípio serve de base para a imposição do dever de informar dos art. 30 e seguintes do CDC, da transparência e Informação quando da redação dos contratos unilateralmente (arts. 36 e 54), para a proibição das práticas comerciais abusivas descritas no art. 29 e seguintes, para a declaração da nulidade absoluta das cláusulas abusivas descritas no art. 51 e seguintes, para a proteção da confiança do consumidor na prestabilidade e segurança dos produtos e serviços, dispostas nos art. 18 e seguintes e Art. 12 e seguintes do CDC, serve de base, inclusive, para a decretação eventual da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, segundo os ditames do art. 28.
- (37) Este é o princípio norteador das normas processuais trazidas pelo CDC em complementação a lei da ação civil pública de 1985, nos arts. 81 a 108.
- (38) Este é o menos desenvolvido dos princípios no corpo do CDC, talvez face às múltiplas e ineficazes normas brasileiras já existentes sobre reglamentação da concorrência.
- (39) sobre o tema, veja tb. o excelente artigo de NERY, Nelson Jr., "Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 3, pg. 44ss.

seus artigos 6º e 7º, e impor em todo o corpo do texto, deveres a um outro grupo social específico, os fornecedores de produtos e serviços, e ao próprio Estado e seus órgãos de atuação. Nesse sentido, analisar os direitos assegurados ao consumidor é analisar o espírito do texto do CDC, pois os artigos que seguem a declaração de direitos dos arts. 6º e 7º nada mais fazem do que positivar linhas de conduta no mercado, as quais visam justamente efetivar e assegurar o cumprimento destes novos direitos.

Os direitos assegurados ao consumidor pelo art. 6º do CDC são: a) proteção à vida e à segurança, instituindo assim uma proteção contra os riscos da sociedade de consumo, especialmente no que se refere aos danos causados por produtos e serviços defeituosos e regras especiais sobre o fornecimento de produtos perigosos (Art. 6,I); b) proteção da liberdade de escolha e da igualdade nas contratações, tanto através do direito à educação, quanto do novo direito à informação, como da proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, contra práticas comerciais abusivas (Art. 6, II,III e IV); c) proteção do equilíbrio das relações contratuais de consumo, através do controle e proibição de cláusulas abusivas e da nova possibilidade de modificação judicial de algumas cláusulas (Art. 6, V e IV); d) direito à efetiva reparação e à prevenção dos danos patrimoniais e morais, assim como danos individuais, coletivos e difusos; e) proteção administrativa e processual eficaz, através da facilitação do acesso à justiça e da realização da prova em questões de consumo, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, assim como a prevenção ou a reparação dos danos pela atuação conciliatória administrativa e pela prestação adequada e eficaz dos serviços públicos (Art. 6, VII e VIII).

Interessante observar ainda que o art. 7º do CDC é um fator de abertura do sistema brasileiro positivado de proteção ao consumidor, pois afirma que: “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (grifo nosso).

Sendo assim, os direitos assegurados pelo Tratado de Assunção e outros tratados e atos internacionais elaborados com vistas à integração do MERCOSUL, se direitos garantidos ao consumidor passarão -ex lege- a integrar o sistema do CDC de proteção ao consumidor, como por exemplo a gratuidade prevista no Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdiccional, assinado pelos quatro países em 27 de junho de 1992 (40). Parece-nos, face ao objetivo comum em ambos os textos legais, qual seja o da melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, possível que o MERCOSUL, seguindo o modelo deixado pela Comunidade Econômica Européia, torne-se um grande legislador para a proteção dos interesses do consumidor; reconhecendo assim, que os atores da integração não são somente os Estados e os empresários que importam e exportam, mas os consumidores que aceitam e consomem estes produtos em todos os quatro mercados nacionais integrados.

A compatibilização da lei brasileira com os objetivos do MERCOSUL seria, pois, a

(40) O Protocolo foi objeto da MERCOSUL/CMC/DEC. nº 05/92, art.15, veja sobre a Convenção de Bruxelas, ato semelhante entre os países da Comunidade Européia, em REICH, Norbert, “Protection of consumers economic interests by European Community”, in: Journal of Behavioral and Social Sciences, vol.38, 1992, Japao, pg. 33s.

solução ideal, onde a lei brasileira assumiria seu papel de norma fundamental tuteladora dos interesses sociais e econômicos dos cidadãos no MERCOSUL, e o nível de proteção já atingido seria mantido e estendido aos outros mercados e indivíduos. Será esta, porém, a visão que prevalecerá.

II - O CODIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO LEI LIMITADORA AO LIVRE COMERCIO NO MERCOSUL

Como observamos anteriormente, a legislação brasileira de proteção do consumidor pode ser vista também como uma barreira à livre circulação de mercadorias e serviços entre os quatro países do MERCOSUL, liberdade esta básica para o sucesso do processo de integração. Para que se possa concluir pela caracterização do CDC como lei discriminatória e limitadora do comércio não basta apenas um exame fático, é necessário que se realize um exame da nova lei frente ao "quadro" jurídico econômico da integração propostas; do permitido e do proibido neste processo, das regras estabelecidas e impostas pelos Estados durante a criação e efetivação deste processo de integração de mercados e sociedades. Nesse sentido, cabe analisar a verdadeira caracterização da lei frente ao ideal integracionista proposto e os esforços atuais, seja para manter os direitos conquistados, seja para substituí-los por uma legislação harmonizada e média para os quatro países do MERCOSUL.

A) O CDC COMO BARREIRA NAO TARIFARIA

Visando estabelecer a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos (Art. 1º do Tratado), o MERCOSUL deve necessariamente preocupar-se com a eliminação das barreiras ao livre comércio entre os seus países. Não se tratam apenas de barreiras físicas (fronteiras), mas de barreiras jurídicas, entre as quais destacam-se os tributos ou direitos alfandegários, que possuem como função, por excelência, impedir ou dificultar a entrada de produtos estrangeiros no mercado nacional, protegendo assim o produtor e a indústria local.

A eliminação dos direitos alfandegários ("a tarifa 0%") entre os quatro países é um dos objetivos que o MERCOSUL pretende atingir até 31 de dezembro de 1994 (artigo 3º do Programa de Liberação Comercial, Anexo I do Tratado de Assunção, enquanto o Art. 7º prevê prazos especiais para Paraguai e Uruguai). O Art. 1º do Tratado de Assunção menciona, igualmente, como objetivo a eliminação das "restrições não tarifárias à circulação de mercadorias de qualquer outra medida de efeito equivalente" (41).

Ora, a ampla legislação brasileira de proteção do consumidor caracteriza, faticamente, um novum, uma diferença marcante no mercado brasileiro em relação aos mercados que não possuem normas impondo tais níveis de qualidade, segurança e informação em relação aos produtos e serviços; mercados que não conhecem o novo equilíbrio obrigatório das relações con-

(41) Interessante notar que o Art. 1º nada menciona sobre as restrições à livre circulação de serviços. Se esta foi uma omissão consciente e quais serão suas consequências práticas não cabe aqui analisar em detalhes. Optamos, no texto, a mencionar a regulamentação dos produtos e serviços como trazida no CDC brasileiro, isto à, tratando-os igualmente.

atuais de consumo, ou a facilidade no acesso à justiça, ou que desconhecem tal grau de responsabilização administrativa e penal pelas atividades abusivas dos fornecedores no mercado. A legislação brasileira representa, assim, faticamente, um fator de ponderação especial no caso da colocação de produtos e serviços estrangeiros no mercado brasileiro, pois estes, obrigatoriamente, terão de adaptar-se às exigências legais.

A **idéia base da integração econômica** é, porém, a de possibilitar a colocação do produto ou serviço estrangeiro (a entrada do capital ou do trabalhador estrangeiro...) **nas mesmas condições**, no mesmo patamar concedido ao produto ou serviço nacional. E a idéia mestra do tratamento igualitário, da não discriminação, da concorrência total e leal no novo mercado integrado(42).

Não é idéia integracionista ou seu objetivo privilegiar o produto ou produtor estrangeiro frente aos "paraes" nacionais, por exemplo, permitindo que coloque no mercado produtos sem a segurança, a informação em língua portuguesa e a qualidade mínima exigida para os "pares" nacionais (arts. 8, 9, 10, 18, 20, 30, 31 do CDC), que utilize métodos de venda proibidos para os "pares" nacionais (como a venda casada e a publicidade enganosa, por exemplo, proibidas nos arts. 39,I e 37 do CDC), que transfira todos os riscos do negócio para o consumidor, através de cláusulas contratuais unilaterais e abusivas, quando recorrer a tais cláusulas seria impossível para o fornecedor nacional (como as cláusulas abusivas consideradas nulas nas relações de consumo pelos arts. 51,53 ou a responsabilidade indisponível pelo vício do produto e serviço dos arts. 18 ss, 24 e 25 do CDC).

Faticamente, portanto, o fornecedor argentino, uruguaio ou paraguaio que desejar colocar seus produtos no Brasil (e o importador responsável) terão de adaptar-se às regras do mercado brasileiro quanto à proteção do consumidor e o respeito para com este. Estabelecerão, porém, estas regras, verdadeiramente, uma "barreira" à entrada destes produtos no mercado brasileiro, à liberdade de circulação de mercadorias no MERCOSUL?

Se definimos "barreira ou restrição" **toda dificuldade** ou standard imposto por um país, a resposta será necessariamente afirmativa, pois o CDC impõe efetivamente um novo patamar de conduta para os produtores de outros países não acostumados a estes níveis de qualidade ou segurança. Se definimos "barreira" aquele **tratamento**, fático ou jurídico, **diferenciado** para o estrangeiro, então o CDC não seria considerado como tal, pois, na verdade, trata-se de um novo patamar de boa-fé nas relações de consumo imposto a todos, nacionais e estrangeiros no mercado.

Se definimos "barreira" à circulação de mercadorias, o **aumento de custos** para o produtor, no esforço de adaptar-se às exigências e a responsabilidades que não conhece de seu país de origem, então o CDC pode ser caracterizado como uma, pois acarretará, na prática, um aumento dos custos (seguros, contratos assegurando assistência técnica no Brasil, vendas de peças, novos deveres para o importador, etc.); tudo, é claro, se comparado em relação à colocação do produto no mercado original, que desconhece estas normas protetoras. Se definimos "barreira" como aquela que **impede** faticamente a entrada de um produto ou serviço, então o

(42) Assim ensinam os mestres alemães SCHWEIZER/HUMMER, ob. cit., pg. 269ss.

CDC não seria considerado como tal, pois não especifica quem pode prestar serviços no mercado brasileiro, ou quais os produtos que podem ser comercializados, somente impõem responsabilidades e deveres de informação e de indenizar caso estes produtos ou serviços não atinjam a qualidade (por vício ou por defeito) exigido, ou sejam comercializados através de práticas comerciais abusivas e proibidas no mercado.

Face as estas diversas definições possíveis, o Tratado de Assunção optou por definir o que considera por “barreiras” proibidas, dispondo em seu art. 2º Anexo I-Programa de Liberação Comercial, que se entenderá por “restrições” do art. 1º, “qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer outra natureza, mediante a qual um Estado **impeça** ou **dificulte**, por decisão unilateral, o comércio recíproco”.

Como observamos anteriormente, as regras do CDC sobre a responsabilidade do fornecedor pela falta ou falha na qualidade e segurança do produto ou serviço não “impedem” o comércio recíproco, da mesma forma que as exigências de informação, e de respeito às legítimas expectativas do consumidor, quanto ao conteúdo do contrato e seu cumprimento, também não “impedem” a entrada de produtos importados, assim como as exigências de informação, em língua portuguesa, sobre os riscos e os componentes do produto não passam de novos desafios para a organização do profissional, que passa a atuar no mercado brasileiro.

De outro lado, alguns consideram que as normas protetoras dos consumidores presentes no CDC “dificultam” o comércio recíproco. São os defensores da aplicação exclusiva da regra do Estado de Origem. Se para o Estado de Origem o produto possui a qualidade e a segurança exigida, isto bastaria, não se podendo aplicar a ele regra do país de comercialização ou se estaria “dificultando” seu acesso ao novo mercado. Note-se que se a regra da “origem” é uma regra mais pragmática, do que eficiente e não encontra aplicação no que se refere as regras sobre responsabilidade (contratual e extra-contratual), regras que representam a quase totalidade das normas privatistas do CDC. Em caso de dano, aplica o sistema jurídico brasileiro a lei do lugar onde ocorreu o delito e não do país de origem do produto ou do fornecedor (art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil).

As regras do CDC, como exigem do fornecedor uma adaptação aos novos standards e impõem novos deveres indisponíveis, no que se refere à informação, qualidade e segurança, representam, assim, uma “dificuldade-fática” extra para o fornecedor estrangeiro do MERCOSUL, logo devemos examinar com mais atenção a hipótese de serem consideradas como “restrições”(= dificuldades), definidas no art. 2, b do Anexo I. Neste caso, é necessário ter em vista o que dispõe a frase final do referido Art. 2, letra “b”. Segundo esta “não estão compreendidas no mencionado conceito (de restrições) as medidas adotadas em virtude das situações previstas no Art. 50 do Tratado de Montevideo de 1980”.

O referido Art. 50 do Tratado de Montevideo, que instituiu a ALADI, dispõe:

“Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas a destinadas à:

- a) proteção da moral pública;
- b) aplicação de leis e regulamentos de segurança;

c)...

d) proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais;

e)...

f) proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico;...''(43)

Logo, examinando-se o art. 2º do AnexoI do Tratado de Assunção em conjunto com o disposto no art.50 do Tratado da ALADI, conclui-se que as ``restrições ao comércio recíproco''(= dificuldades), as quais se destinarem à ``proteção da vida e da saúde das pessoas'', não serão consideradas como ``barreiras não-tarifárias'', estando, portanto, permitidas no MERCOSUL.

Tratando-se de regras que regulam a responsabilidade dos agentes econômicos nas suas relações com os consumidores, muitas das regras do CDC referem-se, indiretamente, à proteção da vida e da segurança do consumidor (veja ponto I,B). O próprio Art. 4º do CDC menciona o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor como seus objetivos básicos. O CDC, porém, regula também a proteção dos interesses econômicos do consumidor e impõe uma nova transparência e harmonia no mercado, conforme a boa-fé. Seriam todas as normas referentes a estas matérias consideradas ``restritivas'' e contrárias à integração?

Certos estavam os pais da Comunidade Econômica Européia que a instituíram através de um Tratado-Quadro direto e regulamentador, o qual além de bem definir as regras do novo mercado integrado já esclarecia a competência de cada um dos seus órgãos, e criava, dentre todos, um Tribunal Judicial, independente e especializado, com o monopólio na interpretação dos Tratados e das regras necessárias à integração.

Assim, prevêem os artigos 30 e seguintes do Tratado de Roma a eliminação das **restrições quantitativas** à importação, bem como de todas as medidas de efeito equivalente. O seu art. 36, porém, excepciona as ``proibições à importação, exportação ou trânsito, justificadas por razões de moralidade pública, **ordem pública** e segurança pública; de **proteção da saúde e da vida** das pessoas... Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir, nem um meio de **discriminação**, nem restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros.''

Frente a esta norma, o Tribunal de Justiça da Comunidade pode estabelecer e desenvolver o princípio da não discriminação, do tratamento igualitário de produtos, no famoso caso, Cassis de Dijon (44), ao mesmo tempo que pôde considerar como não violador do tratado as famosas normas alemães sobre a proibição de cláusulas abusivas da Lei de 1976, ou a ``law'' inglesa sobre responsabilidade objetiva pelo defeito do produto. Não havendo discriminação, não há violação a ser declarada pelo Tribunal, mas havendo diferenças e dificuldades criadas por regras legais, que possam influenciar as condições igualitárias de concorrência há competência para a

(43) Texto reproduzido na íntegra, in: Rev. de Informação Legislativa, a. 21, n. 81-SUPLEMENTO, pg.270.

(44) No famoso caso Cassis de Dijon (Rs.120/78, Rewe v. Bundesmonopol verwaltung für Brandwein) Rspr.1979, pg.662, instituiu o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia a chamada ``Regra-Cassis'', a qual exclui das medidas equivalente as medidas e regras jurídicas estabelecidas por um Estado, se razoáveis e necessárias para uma efetiva proteção do consumidor, para a concorrência leal, para a proteção da saúde pública e para o controle do pagamento de impostos; veja sentença reproduzida por SCHWEIZER/HUMMER, ob cit., pg. 270 e 271.

Comissão da Comunidade atuar (45). A Comissão, que também é órgão autônomo, formado por servidores de carreira em números proporcionais aos países e as nacionalidades integrantes da Comunidade, atua legislando(46) ou sugerindo leis-modelos (Diretivas) de forma a harmonizar as legislações, na medida necessário e sempre com a finalidade do bom funcionamento do mercado comum (47).

Estas duas opções trazidas pela experiência européia podem ser muito úteis para a solução no MERCOSUL da desigualdade legislativa criada pela ampla legislação brasileira de defesa do consumidor, especialmente pelo CDC. Em primeiro lugar, a sábia conclusão do órgão competente para interpretar o direito comunitário, que tais normas tutelares não constituem verdadeira restrição ou medida de efeito equivalente; em segundo lugar, a conclusão do órgão executivo, que as diferenças legislativas podem causar alguma dificuldade ao comércio dentro do mercado e, conseqüentemente, diferenças no tratamento entre cidadãos e empresas nos vários mercados nacionais, devendo este órgão executivo preocupar-se com a aproximação das legislações: a harmonização.

B) O CDC COMO MATERIA A HARMONIZAR

Uma vez que no MERCOSUL, até momento, não possuímos um órgão verdadeiramente judicial, no sentido da competência, da independência e isenção (48) como o Tribunal de Justiça das Comunidades, caberá ao Judiciário nacional interpretar as normas do CDC e o seu eventual conflito com o disposto no tratado de Assunção, caracterizando-o ou não como "medida restritiva". A tendência, neste caso, será provavelmente de acompanhar o exemplo europeu e de compatibilizar a aplicação das normas, não considerando o CDC brasileiro como uma "restrição" ao comércio, tendo em vista aos objetivos que unem ambos os sistemas; optando o juiz brasileiro pela manutenção do texto protetivo nacional.

Quanto às possibilidades de harmonização das legislações nacionais, inicialmente é necessário observar que o processo de integração do MERCOSUL, tem se caracterizado, até o momento, por uma certa falta de transparência nos trabalhos dos Sub-grupos e do próprio órgão executor, o Grupo Mercado Comum. Resta, mesmo assim, a perspectiva deste órgão executor

- (45) Assim concorda, quanto aos objetivos da Comunidade e do Direito Comunitário, a obra tradicional de CARTOU, Louis, "Communautés Européennes", Dalloz, 1979, pg. 142.
- (46) O verdadeiro legislador stricto sensu da CEE é o Conselho, que promulga as leis obrigatórias da Comunidade, os "Regulamentos". Engana-se, quem pensa que o "Parlamento" das Comunidades tem função legislativa, pois este órgão, único escolhido de maneira democrática na CEE, possui somente função consultiva, de decidir o orçamento da Comunidade e um pequeno poder de veto das leis elaboradas pela Comissão e pelo conselho, que pode ser derrubado pelo Conselho de Ministros; veja o art. 189 do Tratado de Roma. Eis aqui uma das fontes de crítica quanto a legitimação (democrática) da Comunidade Européia para legislar, veja detalhes em RABE, Hans-Hirgen, "Europäische Gesetzgebung- das unbekante Wesen" in: NJW 1993, pg. 1 a 5.
- (47) Sobre a atividade administrativa, de controle e como elaboradora das leis, regulamentos e diretivas da Comunidade, pela Comissão, veja SCHWEIZER/HUMMER, ob. cit., pg.79.
- (48) O Protocolo de Brasília estabelece um procedimento arbitral específico, o que garantirá certa isenção dos árbitros, um de cada país envolvido e um terceiro escolhido; o problema central, porém, é a falta de obrigatoriedade do Estado enviar a queixa do empresário de seu país (art. 27) e a não adaptação do complexo procedimento de "tentativas de conciliação" entre órgãos nacionais do executivo com as necessidades das lides particulares. Se este procedimento representa um avanço no que se refere as relações entre Estados latino-americanos, pouco acostumados às arbitragens, para os particulares não oferece o Protocolo de Brasília nenhuma segurança e perspectiva.

estar intentando esforços no sentido de oportunizar a harmonização da matéria de defesa do consumidor.

Sabe-se que o Subgrupo nº 10, de Coordenação de Políticas Macro-Econômicas tem trabalhado no assunto e que em abril de 1993 instituiu uma "Comissão de Estudos de Direito do consumidor". Da mesma forma preocupa-se o Ministério da Justiça do Brasil com a possibilidade de uma futura atuação legislativa do Conselho do MERCOSUL e tem repetido sua posição básica de não ceder quanto ao patamar de proteção já alcançado pelo CDC na defesa dos direitos dos consumidores. Estaria, optando, ao contrário, por estimular os outros três estados para que também legislem sobre a matéria. Esta solução proposta pelo Ministério da Justiça brasileiro permitiria a manutenção da lei nacional, como lei protetora de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que prepararia os produtos do MERCOSUL para a competição em mercados dos países desenvolvidos, os quais também possuem rígidas legislações protetoras na matéria.

Considerando, porém, a falta de informações precisas sobre o avanço na matéria, cabe traçar, ainda que brevemente, um painel sobre o processo de harmonização legislativo. Trata-se de um método de aproximação das legislações menos intenso que a unificação (49), unificação significaria a adoção do mesmo conteúdo normativo, objetivando, ao contrário, apensa a coordenação das diferenças existentes nos ordenamentos jurídicos nacionais. A Harmonização se faz unificando somente algumas regras básicas e propondo normas acessórias para aqueles Estados cuja legislação é mais fmeida. Assim, o Estado que já possui legislação na matéria somente a adapta ao espírito das normas básicas propostas e se impossível a adaptação modifica o texto das normas. O Estado que não possui legislação ou legislação em sentido contrário, legisla, seguindo as linhas e muitas vezes as próprias palavras das normas básicas e secundárias propostas.

Na Comunidade Européia a harmonização é feita através de leis-modelo denominadas Diretivas (art. 189 do Tratado de Roma), obrigatórias para os Estados quanto a sua finalidade harmonizadora, mas deixando-o livre quanto a forma, o prazo e a extensão de sua "transformação em direito interno" ou sua inserção no ordenamento interno. Atualmente, por ação criadora e interpretadora do Tribunal de Justiça das comunidades, as Diretivas tem o condão de serem obrigatórias, mesmo se não "transformadas" em lei interna; é a chamada incidência direta em caso de recusa do país de legislar segundo as linhas propostas pelas Diretivas(50). No MERCOSUL, a harmonização tem sido feito por Tratados Internacionais tradicionais ou por legislações nacionais voluntariamente aproximadas, com base nas sugestões do Grupo Mercado Comum, chamadas "Resoluções ou das Decisões do Conselho de Ministros(51). Não prevê o

(49) Assim ensina nosso mestre alemão WILL, Michael R., "Autonome Rechtsangleichung in Europa", in: "Osterreichs Weg in die Eg", Fritz Schwind (Hrsg), V. OAKW, Viena, 1991, pg.88.

(50) O processo de incidência direta das Diretivas é complexo, deve o Estado já ter esgotado o prazo para sua "transformação" em lei nacional e deve o texto da diretiva ser suficientemente claro e direto, de forma a possibilitar que os cidadãos da europa possam a eles recorrer; sobre a evolução desta jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades, veja SCWEIZER/HUMMER, ob.cit., pg. 115.

(51) Segundo a lição de WILL, ob. cit., pg. 73 e ss., seria este tipo de harmonização denominado "harmonização voluntária" ou tradicional do Direito Internacional clássico, não necessitando de um processo de integração econômico para nascer, bastando a simples vontade política (que pode desaparecer e reverter o processo) e o desejo de cooperar dos Estados soberanos.

Tratado de Assunção nenhum mecanismo para a harmonização, nenhum instrumento para tal, somente a sua realização e ainda assim, voluntária (art. 1º do Tratado de Assunção).

Tendo em vista a incipiência deste processo no MERCOSUL, cabe aprender com a experiência européia. Também a da Comunidade Européia tornou-se uma das grandes legisladoras no tema da defesa do consumidor, para superar os reflexos da diferença legislativa na concorrência entre fornecedores do seu mercado. Se, porém inicialmente sua tendência era de harmonizar amplamente, forçando a modificação das legislações nacionais de forma a atingirem todas um novo nível médio, hoje, como afirmamos anteriormente, sua ação legislativa evoluiu (52), passando a exigir que os países sem legislação específica instituíam-na, atingindo o nível médio, mas a permitir que os outros Estados mantenham níveis mais altos de proteção de seus cidadãos. São as chamadas "Diretivas mínimas", que além de permitirem a manutenção da legislação mais protetiva em vigor, tendem a possuir um campo de aplicação pequeno, somente no estritamente necessário à formação do mercado comum(53).

CONCLUSAO

A conclusão principal da análise realizada é a falta de estrutura jurídica do processo de integração denominado MERCOSUL, contando apenas com instrumentos tradicionais do direito internacional público, o processo caracteriza-se como um fenômeno econômico e político voluntário e não definitivo, justamente face a sua incipiente obrigatoriedade jurídica.

Pouco se atentou para a insegurança e a falta de credibilidade criadas pelo descompasso (consciente) entre os objetivos(sérios e complexos) que o MERCOSUL se propoe a alcançar e o que cada Estado membro está comprometendo-se a fazer (obrigações) e a sujeitar-se (transferindo competências). Em uma América Latina sem tradição de colaboração entre Estados, diríamos que muito já foi alcançado, mas este "muito" não pode ser denominado ilusoriamente de "Mercado Comum".

(52) Veja por todos, o citado artigo de GARCIA-CRUCES, e sobre a nova maneira de legislar, as anteriores notas 7,8 e 9.

(53) O art. 8 da Diretiva adotada em 5 de abril de 1993 (JOCE-L de 21 de abril de 1993) dispõe que: "...os Estados membros podem adotar ou manter... disposições mais estritas, compatíveis como o Tratado, para assegurar um nível de proteção mais elevado ao consumidor" (tradução nossa), texto reproduzido por CHAMBRAUD, A. "Les Clauses abusives en droit communautaire", in INC HEBDO, Nr. 820, 25 juin 1993, pg.9.