

Proteção Funcional ao Consumidor — Sobre Novos Modelos de Consumidor à Luz da Recente Teoria

STEFAN GRUNDMANN

Professor of Transnational Private Law at the European University Institute, and Professor of Private and Business Law at Humboldt University, Berlin.

SUMÁRIO: Introdução; I — A pessoa: consumidor ou parte mais fraca?; I.1 Modelos de consumidor: reflexões introdutórias sobre funcionalidades; I.2 Consumidores — Um grupo heterogêneo; I.3 Consumidores — Um grupo por demais restrito; II — Conteúdo da proteção ao consumidor — Um modelo simples; II.1 Proteção ao consumidor como um fim em si mesmo ou como instrumento de proteção no caso de falha de mercado?; II.2 Perdas econômicas *versus* perda existencial; II.3 Proteção através de informação e proteção através de conteúdos injuntivos; II.4 Proteção por causa de racionalidade limitada?; II.5 Ressalva: aplicação do Direito; III — Perspectiva: proteção ao consumidor no mercado interno.

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor é um fenômeno mundial, marcado sempre por questões relativas à proteção e liberdade tanto no direito material, ou seja, questões relacionadas à autonomia privada e seus limites, quanto por questões relativas à proteção e liberdade no trânsito transfronteiriço, ou seja, relacionadas à autonomia das partes e seus limites. Assim o é especialmente no desenvolvimento da União Europeia, que será aqui tomada de forma paradigmática¹. Simultaneamente, contudo, o direito do consumidor é atualmente o caso de teste para uma teoria social mais geral da autonomia privada e seus limites. Como tal, esta será examinada a seguir — independentemente de ordenamentos jurídicos concretos.

Este caráter diretamente paradigmático do direito do consumidor é inconfundível tanto no Brasil — com sua proteção ao consumidor como máxima

¹ Fundamental sobre as questões do trânsito transfronteiriço na Europa: W.-H. Roth. *Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht*. *RabelsZ* 55 (1991) 623; no seguimento deste, p. ex., Basedow. *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis*. *RabelsZ* 59 (1995) 1; bem como Drasch. *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht — Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags- und Wettbewerbsstatut*. 1997; especialmente apoiando amplamente uma transformação do direito relativo ao conflito de leis através de liberdades fundamentais: Grundmann. *EG-Richtlinie und nationales Privatrecht — Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht*. *JZ* 1996, 274, 277-281; id. *Binnenmarktkollisionsrecht — vom klassischen IPR zur Integrationsordnung*. *RabelsZ* 69 (2000) 457; id. *Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie — was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?* *RabelsZ* 71 (2003) 246.

constitucional – quanto na União Europeia. Na União Europeia, o direito do consumidor cunhou não apenas a formação de todo o Direito “Europeu” dos Contratos e das Transações em sua formação – por mais que no início se falasse mais de um direito do consumidor europeu do que de um direito europeu dos contratos². Destarte, no centro das considerações seguintes, encontra-se a questão se o direito do consumidor (na Europa) deve ser entendido – ou o deveria ser – primariamente como direito de proteção individual ou como direito da organização do mercado e quais consequências podem ser tiradas a partir do respectivo ponto de vista – também para a questão atualmente muito rediscutida a respeito dos modelos de consumidores³. Em sua essência, a argumentação consiste em que a proteção ao consumidor deva ser concebida a partir de um *continuum* de partes mais fracas (v. abaixo em II) e que, portanto, uma proteção rígida para todos os consumidores e apenas para estes só pode ser justificada em consonância com reflexões sobre a função contratual. Em outras palavras: os consumidores gozam em função de seu *status* – ou seja, em função da *natureza de sua pessoa* – primariamente apenas daquela proteção que deve lhes possibilitar uma decisão informada com autonomia privada, enquanto intervenções paternalísticas em benefício de consumidores são restritas a casos especiais com aumentada necessidade de proteção *objetiva* (v. abaixo em III). Igualmente, outros gozam, como consumidores (empresas), de proteção nos casos em que, positivamente, esta se faz necessária também a eles, a fim de lhes possibilitar uma decisão informada com autonomia privada. Este artigo pleiteia, assim, por uma abordagem segundo a qual, na proteção ao consumidor, não se deva continuar primariamente a se diferenciar por tipos de consumidores, e sim funcionalmente por situações especiais de risco. A este cerne do artigo ainda se junta, à guisa de conclusão, um olhar sobre questões do “sistema de vários níveis” – ou seja, sobre a questão da proteção também em circunstâncias transfronteiriças (v. abaixo em IV). Esta dimensão não deve faltar, pois, afinal, quem

- 2 Cf. principalmente Reich. *Europäisches Verbraucherrecht – eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*. 3. ed., 1996; depois, Reich/Micklitz. *Europäisches Verbraucherrecht – eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht*. 4. ed., 2003; Reich/Micklitz/Rott. *European Consumer Law*. 2. ed., 2013; Howells/Wilhelmsson. *EC Consumer Law*, 1997; bem como Weatherill. *EU Consumer Law and Policy*. 2. ed., 2013; Howells/Weatherill. *Consumer Protection Law*. 2. ed., 2005. Para a concepção fundamentalmente modificada como Direito Europeu dos Contratos (até mesmo como Direito Europeu dos Negócios Empresariais): Kirchner, in: Weyers (Ed.), *Europäisches Vertragsrecht*, 1997, p. 106; depois, amplamente, Grundmann. *Europäisches Schuldvertragsrecht – das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte* (com textos e materiais sobre adaptação do direito). 1999; id. *Europäisches Handelsrecht – vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung*. ZHR 163 (1999), 635; hoje de forma especialmente plástica, Riesenhuber. *EU-Vertragsrecht*, 2013. Esta é desde 2001/03 também a denominação oficialmente empregada: por exemplo, comunicado da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 11 de julho de 2001 sobre o Direito Europeu dos Contratos, KOM(2001) 398 def., ABL.EG 2001 L 255/1; Plano de ação a respeito de um Direito Europeu dos Contratos mais coerente – Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 12.02.2003, KOM (2003) 68 def.; Livro Verde da Comissão Europeia de 1º de julho de 2010 – Opções para a introdução de um Direito Europeu dos Contratos para consumidores e empresas, KOM (2010) 348 def.
- 3 Cf. ambas as compilações de Leszykiewicz/Weatherill (Ed.) e Riesenhuber (Ed.) sobre *Consumer Images* e modelos de consumidores (no prelo).

decide sobre o alcance do sistema de proteção é (também) sua aplicabilidade espacial.

I — A PESSOA: CONSUMIDOR OU PARTE MAIS FRACA?

I.1 MODELOS DE CONSUMIDOR: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE FUNCIONALIDADES

O primeiro modelo de consumidor foi cunhado pelo Tribunal Europeu — primeiramente para as liberdades fundamentais, para as quais ele reconheceu simultaneamente a proteção ao consumidor primeiro como categoria normativa para a liberdade fundamental⁴. Pouco tempo mais tarde, ele transferiu o mesmo modelo de consumidor para o direito derivado⁵. Postulou, respectivamente, pelo modelo de consumidor sensato e devidamente informado. No primeiro caso citado, o Tribunal Europeu qualificou primeiramente normas nacionais injuntivas também de obstruções, por exemplo, à liberdade de trânsito de mercadorias quando, embora abrangendo de forma igual a mercadoria nacional e a estrangeira, atingiam de fato mais fortemente esta última, e.g., em termos de custos. Em um segundo passo (que aqui nos interessa), o Tribunal qualificou a proteção ao consumidor de “motivo imperioso”, em cuja intervenção tal obstrução poderia, no entanto, ser justificada. Porém, isto deveria ficar sob a reserva de que a proteção fosse configurada proporcionalmente; concretamente falando: que, para um consumidor sensato e devidamente atento, pudesse ser garantida uma proteção suficiente não com uma medida interventiva menos intensa. Com isto estava marcado o (primeiro) modelo de consumidor citado. Na causa *Cassis de Dijon*, a regra nacional proibira designar e etiquetar uma bebida como “licor” quando não atingisse um determinado teor alcoólico (percentagem) e, como fundamentação, constava que os consumidores não deveriam ser induzidos a erro. Contudo, o Tribunal Europeu viu aí um meio mais brando de simplesmente exigir a indicação do teor alcoólico (percentagem) no rótulo (um dado que as garrafas de Cassis de Dijon já apresentavam). Com isso, o consumidor sensato e devidamente informado teria a informação suficiente e poderia, com base nisto, decidir por si mesmo. De forma comparável decidiu o Tribunal Europeu então no segundo caso citado na interpretação de direito derivado para questões de propaganda enganosa. Uma propaganda só seria enganosa quando o consumidor medianamente informado, sensato e devidamente atento tirasse dela informações incorretas.

É, nomeadamente, esta jurisdição que levou à crítica no direito privado europeu, sobretudo no direito dos contratos, de que o direito privado europeu

4 Tribunal Europeu, sentença de 20.02.1979 — Causa 210/78 *Cassis de Dijon*, coletânea 1979, 649.

5 Tribunal Europeu, sentença de 16.07.1998 — Causa 210/96 *Gut Springheide*, coletânea 1998 I-4657: Critério é, segundo a súmula, o consumidor médio “medianamente informado, atento e sensato”.

estaria configurado de forma unilateral, *i.e.*, por demais instrumental. Isto porque, para a formação das regras de direito privado europeu, estaria em primeiro plano unilateralmente (apenas) um objetivo: sua aptidão em promover a criação e conclusão do mercado interno⁶. No direito do consumidor, a postulada “diferenciação” por necessidades de proteção pode ser entendida (também) como resposta a essa crítica, à concepção puramente “instrumental” e pretensamente focada em demasiado no mercado livre. Na realidade, foi postulado que grupos de consumidores totalmente diversos deveriam ser separados uns dos outros e vistos separadamente – de acordo com a necessidade de proteção: o consumidor especialmente vulnerável⁷, o consumidor descuidado⁸, o consumidor com poder de negociação inferior⁹ e o consumidor insipiente: de forma mais geral, apresentou-se a ampla gama de desvios cognitivos (erros e vieses cognitivos) como sendo normativamente de cunho jurídico-político e jurídico-dogmático¹⁰.

O art. 5º, §§ 2º e 3º, da diretiva para práticas comerciais da Comunidade Europeia¹¹, que, na realidade, concede proteção adicional especialmente a consumidores vulneráveis para todo o âmbito da propaganda e práticas comerciais, confirma, por um lado, que tais diferenciações devem ser consideradas no direito europeu dos contratos. Contudo, por outro lado, também suscita dúvidas com respeito à citada constatação de que o direito privado europeu – principalmente o direito derivado – seria concebido sozinho ou também apenas primariamente

-
- 6 Reich/Micklitz/Rott (*supra* nota 2) 70-72; Howells/Weatherill (*supra* nota 2) 27-32; cedo, Joerges, *Verbraucherrecht und Marktökonomik – eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik*. In: Joerges/Assmann/Brügge/Meier/Hart, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts – Beiträge zur Privat- und Wirtschaftstheorie*. 1980, p. 83.
 - 7 Cf. (em parte, criticamente) Micklitz, *The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in Civil Law: A Bittersweet Polemic*, (2012) 35 J. Consum. Policy 283; Stuyck, *The Notion of the Empowered and Informed Consumer in Consumer Policy and How to Protect the Vulnerable Under Such a Regime*, *The Yearbook of Consumer Law 2007*, 167; Waddington, *Vulnerable and Confused: The Protection of “Vulnerable” Consumer under EU Law*, (2013), ELR 757; Wilhelmsson, *The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment*, *The Yearbook of Consumer Law, 2007*, 218.
 - 8 Referências na nota anterior.
 - 9 Stuyck, *Consumer Concepts in EC Secondary Law*. In Riesenhuber (*supra* nota 3), (no prelo); também Unberath/Johnston, *The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection*. (2007) CMLR 1281; alusões diferentemente fortes também nos casos (todos sobre a diretiva das condições gerais comerciais): Tribunal Europeu, sentença de 27.06.2000 unindo as causas C-240/98 e C-244/98, Océano Grupo, coletânea 2000, I-4941 (nº 25); sentença de 16.10.2006 causa C-168/05 Mostaza Claro, coletânea 2006, I-10421 (nº 25); sentença de 04.06.2009, causa C-243/08, Pannon GSM, coletânea 2009, I-4713 (nº 22); sentença de 06.10.2009, causa C-40/08, Asturcom Telecommunications, coletânea 2009, I-9579 (nº 29); sentença de 06.07.2010, causa C-137/08 VB Pénzügyi Lizing/Ferenc Schneider, coletânea 2010, I-10847 (nº 46).
 - 10 Por exemplo, Incardona/Poncibó, *The Average Consumer, the unfair commercial practices directive and the cognitive revolution*. (2007) J. Consum Policy, 21, com referência à diretiva das práticas comerciais desleais (próxima nota), em parte, contudo, de forma generalizada.
 - 11 Diretiva 2005/29/EG do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio de 2005 sobre práticas comerciais desleais no trânsito comercial entre empresas e consumidores no mercado interno e sobre a mudança da diretiva 84/450/EEG do Conselho, das diretrizes 97/7/EG, 98/27/EG e 2002/65/EG do Parlamento Europeu e do Conselho, bem como do decreto (Comunidade Europeia) nº 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (diretiva sobre práticas comerciais desleais), ABl. EG 2005 L 149/22.

como sendo instrumental para o mercado interno. Porém, precisamente este exemplo legislativo de uma diferenciação por grupos de consumidores, exemplo este o mais proeminente, levanta simultaneamente a questão se a intensidade de proteção escalonada não pode ser justificada respectivamente a partir da função contratual, ou seja, especialmente a partir da questão objetiva tratada pela norma. A resposta a essa questão constitui o cerne do presente artigo.

1.2 CONSUMIDORES – UM GRUPO HETEROGÊNEO

Se no centro da recente discussão – sobre a reconhecida necessidade em se diferenciar mais fortemente modelos de consumidor – se encontra, sobretudo, a já mencionada forma de heterogeneidade – informado, descuidado, especialmente vulnerável etc. –, não poderia deixar de ser vista eventualmente uma forma ainda mais importante de heterogeneidade. Trata-se aqui, no fundo, de um *continuum* que se estende sobre toda a população (“somos todos consumidores”). Para uma clareza maior da reflexão central, serão aqui focados, no entanto, apenas os dois extremos: de um lado, o consumidor tipicamente bem instruído e informado, via de regra também financeiramente bem provido, conhecedor de seus direitos de consumidor ou, em todo caso, capaz de se deixar assessorar por um profissional (tipo: diretor ministerial); e, de outro, o consumidor tipicamente mal informado e também mal provido financeiramente (tipo: trabalhadores sem qualificação). Importante nessa diferenciação, que, à primeira vista, pode se igualar àquela entre consumidores sensatos, devidamente ou até mesmo bem informados, e consumidores especialmente vulneráveis, não é primariamente o fato de que ambos os grupos pareçam diferentemente “fortes” e, portanto, diferentemente dignos de proteção. Pelo contrário, central é o fato de que eles podem ter também interesses muito heterogêneos. Enquanto, por exemplo, no Direito relativo às ações a discussão é dominada pela heterogeneidade dos acionistas – pequenos acionistas com *free float*, acionistas minoritários fortes e acionistas de controle – e as regras de proteção são concebidas primariamente sob o prisma de seus interesses diferenciados, o ponto de vista dos interesses diferenciados no direito do consumidor foi até então praticamente descuidado por completo. Contudo, esse aspecto é central.

Para a dimensão do direito do consumidor, a citada forma de heterogeneidade é tão importante e absolutamente central devido às seguintes reflexões: em regra, uma proteção forte ao consumidor não é capaz de proteger consumidores fracos, pelo menos não primariamente. Isto porque o efeito redistributivo em muitos âmbitos do Direito e, sobretudo, naqueles normativos – “como no direito dos contratos, direito das sociedades e direito comercial geral”¹² – pode

12 Kaplow/Shavell. *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*. 29 *Journal of Legal Studies* 821, 823 (2000).

ser novamente eliminado, via de regra, pelo outro lado contratual, quando este inclui (“embute”) nos preços a carga adicional resultante de forte proteção ao consumidor – especialmente em contratos do tipo B2C (*business-to-consumer*). Em mercados de concorrência isto chega a ser a regra¹³. Outros artigos combinam essas reflexões (sobre arcar com os custos da proteção ao consumidor) com uma reflexão sobre a respectiva utilidade da proteção ao consumidor. Tais artigos advertem quanto ao risco de que direitos de proteção fortes e sistemáticos para a parte contratual concebida como a “mais fraca” podem especialmente beneficiar no grupo dos consumidores em questão (mas não homogêneo) logo aqueles que têm mais recursos financeiros: este é o grupo que, no caso de fortes regras de indenização, presumivelmente possui as mais altas pretensões de reparo, haja vista que em uma responsabilidade objetiva seu patrimônio (vulnerável) e sua capacidade aquisitiva (prejudicada) são, em geral, maiores. Além disso, em função de melhores conhecimentos e melhor aconselhamento jurídico, fazem uso sistematicamente mais abrangente de seus direitos do que consumidores patrimonialmente mais fracos. Regras de responsabilidade redistributivas seriam então não apenas embutidas; os consumidores mais pobres teriam que arcar com os aumentos de preço na mesma proporção (as desvantagens seriam socializadas), mas eles iriam aproveitar sistematicamente menos (as vantagens seriam “privatizadas” nos abastados). Chegaríamos, até mesmo, ao caso de uma redistribuição para cima!¹⁴

1.3 CONSUMIDORES — UM GRUPO POR DEMAIS RESTRITO

Evidentemente não é nenhum novo postulado o fato de que, mesmo no direito geral dos contratos, outros grupos que não consumidores, ou seja, empresários, também possam carecer – sistematicamente – de proteção¹⁵. Nesses termos, proeminentemente legislativa é a proposta de um direito comum europeu de compra e venda¹⁶ que, primariamente, é concebido como instrumento para oferecer proteção em situações de desequilíbrio; por essa razão, no campo

-
- 13 De forma inovadora, Craswell. *Passing on the Costs of Legal Rules – Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*. 43 *Stanford L. Rev.* 361 (1991). Neste sentido, para o Quadro Comum de Referência (proposta), também Wagner, *Zwingendes Vertragsrecht*. In: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Zimmermann. *Revision des Verbraucher-Acquis*. 2011, 1, 44-46. Kaplow/Shavell desenvolvem a partir daí no artigo citado em 29 *Journal of Legal Studies* 821 (2000) (e já antes repetidas vezes) seu famoso argumento chamado de *double distortion*, segundo o qual a redistribuição não teria efeito apenas inibidor de prestações (nesse aspecto, eles também veem progressão no direito tributário como desfiguradora de prestações), mas também que, na prática, não se pode proceder a uma redistribuição de forma dirigida ou, em todo caso, via de regra, desigualmente menos acertada do que pelo direito tributário.
 - 14 Ben Shahr/Bar-Gill. *Regulatory Techniques in the Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*. 50 *Common Market L. Rev.* 109 (2013); Schäfer/Ott. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts*. 4. ed., 2005, p. 138 s.; Wagner (nota anterior) 45 s.
 - 15 Cedo e de forma especialmente demonstrativa: Roppo. *From consumer contracts to asymmetric contracts – A trend in European Contract Law?* (2009) 5 *ERCL* 304.
 - 16 Proposta de um decreto sobre um direito comum europeu de compra e venda de 11.10.2011, KOM (2011) 635 def.

de aplicação pessoal, ele é restrito na medida em que exige (pelo menos a nível europeu) que uma das partes contratuais seja um consumidor ou, então, uma empresa de pequeno e médio porte (art. 7º da proposta).

Porém, para um tratado sobre proteção ao consumidor, este âmbito é importante apenas como contraste: para deixar surgir mais nitidamente a dimensão funcional da proteção ao consumidor e demonstrar ao mesmo tempo como a lógica de tal proteção funcional ao consumidor continua além de um negócio do tipo B2C. Por razões de segurança jurídica, indica-se escolher um critério de delimitação simples – por exemplo, a delimitação entre consumidor e empresário, como subjacente de forma muito central ao direito europeu dos contratos (com implementação nomeadamente nos art. 12 s. do Código Civil alemão). Inversamente, se calculamos, no entanto, a necessidade de fundamentação em intervenções reguladoras como interesse, seria natural conceder a esta delimitação – simples – significado normativo apenas para aquelas intervenções que atuem possibilitando o mercado; ou seja, melhor possibilitar também aos consumidores uma decisão informada com autonomia privada e, com isso, intervir desigualmente menos na autonomia privada¹⁷. Diferentemente é o caso em que intervenções reguladoras substituem paternalisticamente a decisão do consumidor por uma regulamentação de conteúdo (injuntiva) e, com isso, inversamente, também restringem a oferta de empresas. Para tanto – e assim será argumentado na sequência –, deve-se exigir uma aumentada necessidade de proteção *objetiva*, não simplesmente a qualidade de consumidor como um elemento de delimitação de cunho por demais formal e geral. No presente contexto, contudo, há de se abordar primeiramente a direção oposta: é claro que também para empresários – nem mesmo para pequenos e médios – uma intervenção reguladora é passível de uma fundamentação desigualmente mais fácil onde ela deva agir primariamente possibilitando e apoiando o mercado, ou seja, intervindo menos na autonomia privada. Destarte, embora as regras de informação, em especial, não estejam previstas de forma sistematicamente ampla para todos os negócios do tipo B2C, elas o estão em grandes âmbitos. É precisamente a regulação nas maiores partes do direito de mercado de capital e direito comercial de títulos (MIFID) que é prova eloquente disto: no investimento de capital, muitos empresários, em comparação com intermediários e participantes no mercado, são igualmente “leigos”. É aqui que o modelo de informação protege inteiramente, portanto, também os empresários, melhor possibilitando também a estes

17 Para esta característica de regras de informação – de um lado injuntivas, de outro, no entanto, mantendo em seu conteúdo a autonomia privada, e mesmo possibilitando potencialmente seu exercício apropriado: Grundmann. *Parteiautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument*. JZ 2000, 1133 (= [2002] 39 CMLR 269); Schön. *Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung*. FS Canaris 2007, 1191; amplamente, p. ex., através de todo o direito das sociedades: Grohmann. *Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2006; estendendo: Grundmann/Kerber/Weatherill (Ed.). *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001.

uma decisão informada com autonomia privada. Por questões de espaço, não é possível expor aqui mais detalhadamente esse modelo, mas, para o contexto, pode-se salientar o seguinte: este é um âmbito que, perante a frequente utilização do investimento de capital para seguro e previdência privada, já recai, a meu ver (parcialmente), no âmbito dos “riscos de perdas existenciais” (vide abaixo em III.2) e, na realidade, está correspondentemente configurado com institutos como a regra do “*know your customer*”. Isto é válido, em todo caso, parcialmente; por exemplo, institutos de crédito não podem, sem verificação própria, partir do modelo de um cliente suficientemente informado e experiente (no entanto, talvez do suficientemente atento).

II – CONTEÚDO DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR – UM MODELO SIMPLES

II.1 PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO UM FIM EM SI MESMO OU COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO NO CASO DE FALHA DE MERCADO?

O fato de a proteção ao consumidor não dever constituir um fim em si mesmo, e sim ter sempre que ser justificada em seu conteúdo com “motivos imperativos”, parece tão natural que uma discussão desta posição parece supérflua. Evidentemente, a proteção ao consumidor – do ponto de vista econômico, por exemplo, com os estímulos que dela partem – pode ir longe demais e, da mesma forma, não ir longe. Duas importantes modalidades na prática dos *subprime loans*, o ponto de partida para a crise financeira mundial em 2008, ilustram tanto um caso quanto o outro. Naqueles (numerosos) mutuários que, com sua renda e patrimônio próprios, não tinham previsivelmente condições de arcar nem com os encargos de juros, em alguns estados norte-americanos uma regra dirigida imperiosamente à proteção do consumidor teve talvez um efeito adicional “desinibidor”: a chamada “*walk-away clause*”, segundo a qual o mutuário podia se desobrigar de quaisquer obrigações de restituição e pagamento de juros decorrentes do contrato de empréstimo quando ele renunciava à propriedade da coisa em garantia (imóvel) em benefício do mutuante (o respectivo banco). Inversamente, pode ter sido concedida uma escassa proteção ao consumidor, especialmente proteção contra exploração sistemática de um comportamento estritamente racional, quando bancos fixavam as taxas de juros no ano inicial (e às vezes também no primeiro ano seguinte) em valores muito baixos ou os suspendia totalmente (até que a cobrança fosse concluída), mas ao mesmo tempo sabiam que os juros e as taxas de juros devidos a partir do segundo ou terceiro ano não poderiam ser pagos por este devedor a partir de sua

renda ou patrimônio atuais (potencialmente nenhuma “concessão responsável de crédito”)¹⁸.

No entanto, os dois atos jurídicos ou grandes projetos recentes do Direito Europeu dos Contratos alimentam dúvidas se a afirmação, segundo a qual a proteção ao consumidor não constitui um fim em si mesmo, pode ser considerada, na prática, como “evidente”. A recente evolução no Direito Europeu dos Contratos está, antes, cunhada por uma tendência em se conceder proteção ao consumidor e aos mais fracos o mais que possível em um nível “aumentado” (com relação ao estado atual) ou mesmo no “mais alto” nível: para o Direito Comum Opcional Europeu de Compra e Venda foi deliberadamente escolhido um nível na proposta que, na soma, não deveria ficar atrás de nenhum único nível nacional de proteção ao consumidor, mas que deveria superar quase todos os níveis nacionais de proteção ao consumidor¹⁹ – assim, em nível mais elevado e bem acima do padrão de harmonização mínimo que todos os direitos nacionais tinham de implementar. E para a diretiva europeia dos direitos do consumidor foi acentuado que, na transição para uma abordagem de harmonização plena, o padrão de proteção para uma matéria já regulamentada anteriormente teria que estar, em todo caso, mais elevado a fim de não incorrer, quando de um cálculo total na Europa, em perdas na proteção ao consumidor, pois também já entraram nesta média geral regras mais rigorosas (até então permitidas) nos direitos nacionais. Em todo caso, esta média (acima do nível de harmonização mínima) teria que ser conservada. Como resultado, no caso de uma harmonização plena, o nível de proteção ao consumidor teria que estar estruturalmente em posição mais elevada do que a harmonização mínima atual, e não apenas quando pudesse ser fundamentada em seu conteúdo a necessidade de um nível de proteção mais elevado²⁰. O respectivo mecanismo de harmonização ou

-
- 18 Sobre este conceito e sobre a disputa se um dever de concessão responsável de crédito existe segundo o direito europeu: Atamer. *Duty of Responsible Lending*. In: Grundmann/Atamer (Ed.). *Financial Services, Financial Crisis, and General European Contract Law – Failure and Challenges of Contracting*. 2011, p. 179; Hofmann. *Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit*. NJW 2010, 1782, 1785 s. Para os créditos garantidos por encargo sobre imóvel (imóveis residenciais), tal dever foi indubitavelmente introduzido (após a crise) com o art. 19, § 5, item 5, da diretiva 2014/17/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 04.02.2014 sobre contratos de crédito imobiliário residencial para consumidores e para alteração das diretrizes 2008/48/EG e 2013/36/EU e do Decreto (União Europeia) nº 1093/2010, ABl.EU 2014 L 60/34; cf. ademais o art. 7º.
- 19 KOM(2011) 635 def., considerando 11 (“nível de proteção [realmente existente em todos os Estados-Membros] deveria ser conservado ou aumentado”); de forma ainda mais nítida: Staudenmayer. *Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*. NJW 2011, 3491, 3496 s.
- 20 Howells/Schulze. *Overview of the Proposed Consumer Rights Directive*. In: Howells/Schulze (Ed.). *Modernising and harmonising and consumer contract law*. 2009, p. 3 ss., 25; Tamm. *Verbraucherschutzrecht – Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*. 2011, p. 301 ss., 312; Tonner/Fangerow. *Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?* euvr 2012, 67, 76; sobre a discussão em estágio de projeto, cf. Tonner/Tamm. *Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht*. JZ 2009, 277, 282 s.; Micklitz/Reich. *Crónica de una muerte anunciada: the commission proposal for a ‘directive on consumer rights’*. (2009) 46 CMLR 471, 516.

uniformização faz com que não mais o padrão de proteção ao consumidor estabelecido outrora no consenso europeu – e tomado como irrenunciável – deva ser mantido, e sim que as cúpulas nacionais devam determinar o nível ou, pelo menos, uma tendência nessa direção. Importante, aqui, é que isto acontece de forma puramente mecânica, e não porque uma necessidade de proteção adicional seria reconhecida e formulada, mas sim porque, de forma uniforme, sempre é considerada pensável apenas uma direção – “mais proteção ao consumidor”. Por essa lógica, em nenhuma evolução pode ser considerado imparcialmente o fato de um nível de proteção ao consumidor existente atualmente dever também ser diminuído por ter se apresentado por demais elevado (por exemplo: oneroso demais).

Mesmo quando este automatismo na direção de “mais proteção ao consumidor” é rejeitado, levanta-se a questão fundamental se, como “motivo imperioso” para a promulgação de uma regra de proteção ao consumidor, deve ser exigida a constatação de uma falha estrutural de mercado ou se, pelo contrário, também pontos fracos individuais, especialmente os cognitivos, em alguns (grupos de) consumidores devem justificar uma intervenção ampla. Esta é a verdadeira questão crucial do direito do consumidor hodierno. Na resposta a ela, não se deve perder de vista as reflexões atuais sobre a heterogeneidade dos interesses de diversos grupos de consumidores. Toda resposta a essa questão é mais clara se considerarmos circunstâncias e grupos de normas concretos. Fulcrais parecem as seguintes.

II.2 PERDAS ECONÔMICAS *VERSUS* PERDA EXISTENCIAL

Nem todo dano que atinge o consumidor tem o mesmo peso. Mesmo se a delimitação nem sempre é fácil, parece plausível como ponto de partida diferenciar, conforme seu valor, entre perdas correntes meramente econômicas e “perdas existenciais”. Destarte, não é de causar surpresa que o Tribunal Europeu não aplique o critério do consumidor atento e razoavelmente informado medianamente quando estão em questão a saúde e a integridade física. Aqui o Tribunal exige um comportamento por parte dos ofertantes, o qual, em princípio, protege suficientemente todo consumidor, mesmo o desatento ou intelectualmente abaixo da média, ou que o adverte de forma especial²¹. Aqui todos são protegidos, não apenas os atentos. O significado “existencial” – destacado – de saúde e vida, eventualmente também de bens comparáveis, pode ser facilmente fundamentado nos catálogos de direitos humanos e fundamentais,

21 Tribunal Europeu sentença de 13.01.2000 – Causa C-220-98 Estée Lauder, coletânea 2000, I-117, esp. 146; Tribunal Europeu sentença de 24.10.2002 – Causa C-99/01 Linhart und Biffl, coletânea 2002, I-9375, esp. 9404.

ou seja, na respectiva “ordem fundamental”, aludindo-se à valência precisamente desses bens.

Contudo, além de intervenções nesses valores e direitos personalíssimos, perdas econômicas também podem ser existenciais neste sentido, mas só quando atingem a própria existência do consumidor, nomeadamente quando podem fundamentar o risco de sua ruína financeira. Nesse aspecto, pode-se ver uma evolução central na introdução do instituto da insolvência do consumidor (com isenção do saldo de dívida após o decurso de um período de alguns anos de boa conduta), tanto mais que, simultaneamente, esta tem que ser mutuamente reconhecida dentro da União Europeia de acordo com o decreto europeu sobre insolvência.

Do ponto de vista do direito dos contratos, é de importância primordial o âmbito ou o instrumento, com o qual pode ser primariamente fundamentado um risco existencial financeiro ou no qual este deva ser amortecido: para tanto, o crédito ao consumidor e o regime europeu. Isto porque são qualificados de crédito ao consumidor, de forma muito ampla, todos os fatos nos quais podem ser contraídas obrigações que também são cumpridas não diretamente em articulação com a gestão do contrato. Sem um cumprimento imediato por parte do consumidor, é real o risco de que, em virtude de circunstâncias subseqüentes (divórcio, desemprego etc.), uma obrigação considerada originalmente realizável se torne irrealizável e, com isso, o risco de uma ruína econômica. Nesta situação, há de se exigir que seja minimizado o risco de que, já ao contrair o crédito, a capacidade de restituição ser sobrestimada, que, ademais, o risco seja demonstrado ao menos de forma clara o suficiente, risco esse baseado em desdobramentos ulteriores – imprevisíveis ou não previstos. Para os riscos citados por último, só se pode exigir, obviamente, que sejam demonstrados de forma suficiente, caso não se queira, frente à imprevisibilidade do futuro, proibir ou restringir substancialmente o crédito ao consumidor. Esses riscos atingiram (um após o outro, depois lado a lado) a diretiva de 1986 do crédito ao consumidor – não por acaso o primeiro ato de harmonização não meramente situacional da Comunidade Europeia no Direito dos Contratos, a diretiva de 2008 do crédito ao consumidor e a diretiva de 2014 do crédito de imóveis residenciais²². Em sua essência, pode ser feito o seguinte resumo: quanto ao risco de um crédito ser avaliado erroneamente já *ao ser contraído*, reagiu a diretiva de 1986 sobre o crédito ao consumidor apenas com regras de informação (conhecimento da carga anual agregada, além de comparabilidade das ofertas de mercado por meio

22 Diretiva 87/102/EEG do Conselho de 22.12.1986 sobre a equiparação dos preceitos jurídicos e administrativos dos Estados-Membros sobre o crédito ao consumidor, ABl.EG 1987 L 42/48; diretiva 2008/48/EG do Parlamento Europeu e do Conselho de 23/04/2008 sobre contratos de créditos ao consumidor e sobre a suspensão da diretiva 87/102/EEG do Conselho, ABl.EG 2008 L 133/66. Sobre a diretiva do crédito para imóveis residenciais cf. referência *supra* nota 18.

da chamada taxa anual de encargos efetiva). A diretriz de 2008 sobre o crédito ao consumidor refinou esse modelo de informação, mas o legislador europeu não conseguiu se decidir por introduzir o dever (proposto) de uma concessão de crédito responsável. Com isto, teria sido fundamentado um dever (também de proteção ao cliente) dos institutos de crédito em benefício de todos os consumidores, mesmo dos mais incautos, em examinar, por si, a suficiente capacidade de restituição; e, caso contrário, os institutos de crédito teriam que ter prestado indenização ou perdido a pretensão ao pagamento de juros ou mesmo à restituição (quando muito, compensação por enriquecimento). Tal dever que exigia uma prova de conteúdo e ultrapassava a mera informação e advertência foi introduzido para seu âmbito só pela diretriz de 2014 relativa ao crédito de imóveis residenciais, mesmo ressentindo a *subprime loan* e a crise financeira²³. Para os riscos de uma posterior piora do crédito, que a diretriz de 1986 relativa ao crédito ao consumidor deixou ainda quase totalmente sem regulamentação, aquela do ano de 2008 (e também a de 2014) introduziu regras de informação: elas obrigam a demonstrar os riscos típicos (tais como desemprego, divórcio etc.) e o risco abstrato de piora do crédito. Todavia, não obrigam, para tanto, a escolher exemplos especialmente claros ou a destacar, de modo especial, estes riscos e, dado o caso, também esclarecê-los oralmente.

Uma proteção mais intensa no âmbito dos danos existenciais – como uma “rede de segurança” – e que deve ser vista separadamente e, em parte, parece ainda suscetível de expansão, torna, inversamente, desigualmente mais fácil aceitar que, no âmbito das demais perdas meramente econômicas, possa haver, no círculo de consumidores heterogêneo (diferentes), ganhadores e perdedores, dependendo de quão intensa é a configuração da proteção ao consumidor. Assim, a publicidade comparativa – já que a publicidade é frequentemente uma fonte central de informação – pode facilitar para consumidores atentos a escolha mais útil para eles, ao passo que pode levar consumidores descuidados à loucura. Também oportunidades de vida, desde que não o Direito as atinja, são distribuídas desigualmente e também aqui um agir suficientemente atento, informado e sensato com frequência as influenciará positivamente. A fundamentação para corrigir esta “ordem” (apenas) no âmbito do Direito, mesmo incorrendo no risco de que a correção onere aqueles que agem de forma informada, atenta e sensata, é uma intervenção que, em minha opinião, ainda não foi justificada convincentemente. Para a questão assim levantada sobre a distribuição das possibilidades de ganho, mas também dos riscos de perda, entre grupos de consumidores heterogêneos, resultam, no âmbito central, as seguintes linhas diretrizes.

23 Cf. ref. nota 18; bem como, de forma mais ampla, Domurat. *The Case of Vulnerability as the Normative Standard in European Credit and Mortgage Law*. euvr (*Journal of Europ. Consumer & Market Law*) 2013, xx; GroßkommHGB/Renner, v. 10/2, 2016, parte 4, n. marginal 650-655.

II.3 PROTEÇÃO ATRAVÉS DE INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO ATRAVÉS DE CONTEÚDOS INJUNTIVOS

O Direito Europeu do Consumidor encontrou-se desde seu início, e até hoje ainda se encontra, prioritariamente sob o paradigma das regras de informação. Assim, objetiva-se prioritariamente compensar para os consumidores as mais importantes desvantagens informacionais que tenham frente aos ofertantes. Deve-lhes ser possibilitada uma decisão com autonomia privada segundo suas preferências à luz de uma correta avaliação dos fatos. Isto é válido tanto para deveres de esclarecimento quanto para direitos de revogação, que possibilitarão ao consumidor, por um curto prazo, buscar posteriormente uma informação que, no momento do fechamento do contrato, não estava disponível devido à técnica de venda instituída, mas, por fim, também para regras de responsabilidade por informação incorreta. Isto foi descrito várias vezes e não precisa aqui ser novamente repetido a fundo²⁴.

Contudo, importante no presente contexto é que precisamente estas regras de informação – em todo caso, a grande maioria delas – estão orientadas para o consumidor medianamente sensato e atento. Como já na publicidade comparativa, com a escolha desse critério de referência beneficia-se – ao menos potencialmente – o consumidor sensato e atento; isto, claro, às expensas do descuidado, desatento, daquele que desconsidera a informação. Para escolher dois outros exemplos das diretrizes da Comunidade Europeia sobre tipos contratuais importantes ou até mesmo centrais: quando a diretriz europeia relativa aos serviços de pagamento prevê que os bancos só podem fazer lançamentos de acordo com o código (de uso uniforme internacional) de identificação de conta (Iban) do recebedor, provoca-se com isso, para o grande círculo de consumidores sensatos e atentos, uma redução pela metade do tempo de transferência (com ganhos em segurança jurídica, ganhos de juros, potenciais crescimentos de descontos ou oportunidades etc.). Mas clientes descuidados são furtados da possibilidade de os bancos, em função do nome do recebedor, corrigirem um dado errado de número de conta²⁵. Essa diretriz europeia introduziu, em geral, com a responsabilidade objetiva global do cliente por € 150,00 no caso de perda e subsequente mau uso do cartão de conta (com simultânea limitação das demais responsabilidades do cliente a casos em que o mau uso foi possibilitado por grave negligência), um modelo que parece muito orientado para o pensamento em estímulos (inteligentes) e para o modelo do cliente que racionalmente

24 Cf. apenas as referências na nota 17; com uma revisão de todos os atos da Comunidade Europeia (na época) sobre o direito (do consumidor) dos contratos em relação ao fato de como eles regulamentam (sobretudo) a divulgação da informação e onde realmente dão prescrições injuntivas no conteúdo: Grundmann. *The structure of European Contract Law*. EBLR 2001, 505.

25 A respeito (também com relação ao fato de que isto, devido à instituição do procedimento chamado de MOD97-10, não implica de modo algum, em geral, perda monetária, mas só em atraso): GroßKommHGB/Grundmann, v. 10/2, 2016, parte 3, n. marginal 329-331.

maximiza os proveitos. De forma semelhante, pode ser compreendido o critério da determinação da qualidade na venda ao consumidor: para a diretiva europeia relativa à venda ao consumidor, foi primeiramente sugerido estabelecer a qualidade de modo objetivo (e injuntivo) de acordo com o padrão de mercado (e sem defeitos). Na versão aprovada, foi introduzida como critério, em contrapartida, a expectativa de mercado (de um cliente medianamente sensato); isto, contudo, apenas subsidiariamente, quando das negociações e acordos concretos entre as partes não resultar (mesmo que só de forma concludente) outro padrão, por exemplo, um mais baixo²⁶. Ambos podem levar a suposições falsas por parte de um cliente descuidado. Porém, inversamente, a regra originalmente proposta teria exaurido para todos os clientes determinadas linhas de produção ou, em todo caso, onerado sua comercialização com riscos consideráveis e, em geral, a encarecido analogamente (mercadoria defeituosa, mercadoria barata com padrão de qualidade inferior etc.).

Contudo, é inteiramente visível uma tendência em se exigir mais proteção ao consumidor, em todo caso, pontualmente, certamente e por razões óbvias, no âmbito dos serviços financeiros (cf. já as notas 19 s.). Para o modelo de informação aqui discutido, essa tendência se expressa em uma crítica acentuada ao mesmo na última década: a crítica possui duas vertentes principais²⁷. Por um lado, alude-se ao fato de que os consumidores não poderiam processar a informação, sobretudo porque são muito expostos a informação por demais abrangente, porque a informação não seria compreensível para eles (ou para parcelas dentre eles), em parte de modo sugestivamente enganoso porque a informação exige demais do consumidor, em parte também porque a informação verdadeiramente relevante não seria dada (falta de idoneidade da informação). Mas, por outro lado, alude-se também ao fato de que, ademais, a informação até mesmo prejudicaria o consumidor, pois, ao informar o consumidor, este é frequentemente privado também de suas pretensões advindas da circunstância trazida a lume (nocividade da informação quanto à pretensão).

Essa crítica me parece “jogar o bebê fora com a água do banho”, mas, inversamente, ela reivindica (com razão) reformas fundamentais no modelo de informação e, enquanto estas não ocorrem, ainda vai provavelmente aumentar. Para esclarecer isto, é importante partir de uma diferenciação que hoje é inconteste na chamada economia comportamental, mas que não foi tornada igualmente clara pelos autores que primeiro descreveram a chamada racionalidade

26 Cf. apenas Grundmann. In: Grundmann/Bianca (Ed.), *EU Kaufrechts-Richtlinie – Kommentar*. 2002, art. 2, n. marginal 1-8.

27 Cf., por exemplo, de forma especialmente decidida: Ben-Shahar. *The Myth of ‘Opportunity to Read’ in Contract Law*, (2009), 5 *European Review of Contract Law* 1; bem como Kieninger e Micklitz, 69. DJT, 2013, *Gutachten G und Referat R*; Weatherill na coletânea citada *supra* na nota 3.

limitada (*bounded rationality*)²⁸: por um lado, o consumidor pode estar em condições de não poder providenciar a informação ou só poder fazê-lo a custos/encargos exorbitantemente mais altos do que seu parceiro contratual, qual seja, o ofertante profissional. Isto diz respeito, por exemplo, a propriedades ocultas do produto ou do serviço disponibilizado pelo ofertante, mas também condições gerais comerciais, porque estas são desenvolvidas pelo utilizador, via de regra, para milhares de aplicações, de modo que os custos de consultoria jurídica se repartem entre analogamente muitos casos, enquanto que, para o consumidor, são determinantes apenas para um contrato. Essas situações são chamadas de informações assimétricas (estruturais), de maneira mais geral: casos de falha de mercado (geral). Também esses casos foram inicialmente chamados assim quando o consumidor não pode agir de forma racionalmente informada. Contudo, por outro lado, devem ser diferenciados destes os casos de racionalidade limitada em sentido estrito (os chamados “erros cognitivos”). Afetados por estes são os consumidores de acordo com seu estado individual de instrução, atenção ou mesmo de temperamento. Eles podem ser excessivamente otimistas, podem “cair” mais simplesmente em determinadas formas de apresentação e, com isso, deixar de ver outros aspectos importantes para suas preferências (*framing*) etc. Enquanto os casos de verdadeira falha de mercado foram pesquisados por um tempo relativamente longo e estratégias de regulamentação são também, essencialmente, naturais, este não é caso nos erros cognitivos. Em especial, eles, em parte, podem também ser bons para acelerar decisões, ao ocultar, por exemplo, outros aspectos; em outros casos, em contrapartida, podem levar a desvantagens²⁹. Mas, sobretudo, os erros cognitivos não atingem todos os consumidores como grupo, e sim alguns de maneira mais forte, outros nem são atingidos. Portanto, a estratégia de proteção nesta situação deve ser brevemente abordada em separado (v. abaixo em 4).

Em casos de falha de mercado devido a informações assimétricas (estruturais), uma sequência de dois níveis parece ainda hoje plenamente convincente. No primeiro nível, é necessário tentar diminuir a informação assimétrica a tal ponto que os consumidores possam, por si mesmos, decidir de forma sensata e suficientemente informada. Se o fluxo de informação é grande demais, a primeira estratégia não parece ser a de rejeitar o modelo de informação como tal, e sim a de procurar regras de informação que prescrevam uma apresentação da

28 Simon, *A Behavioural Model of Rational Choice*, 69 *The Quarterly Journal of Economics* 99 (1955); id., *Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science*, 49 *The American Economic Review* 253 (1959); depois, a respeito da “bounded rationality” (da rica literatura) nomeadamente Kahneman/Tversky, *Judgment under Uncertainty – Heuristics and Biases*, 185 *Science* 1124 (1974); id., *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, 47 *Econometrica* 263 und 313 (1979); Tversky/Kahneman, *Extensional versus Intuitive Reasoning – The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*, 90 *Psychological Review* 293 (1983); id., *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 *The Journal of Business* 251 (1986); Jolls, *Behavioral Economics and the Law*, 2011.

29 Cf. apenas Kahnemann. *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

informação de forma concisa e passível de processamento como, por exemplo, destacando as três ou quatro informações centrais. O legislador europeu terá que trabalhar hoje, na realidade, mais em focalização do que em aperfeiçoamento da dimensão da informação. Somente quando uma regra de informação não puder ser formada de modo a que a informação possa ser processada pelo consumidor medianamente atento e sensato, e isto com um esforço proporcional ao negócio, se faz mister outra forma de regulamentação em um segundo nível. Há de se pensar aqui em proteção injuntiva do conteúdo. Exemplo fundamental para tanto são as condições gerais comerciais pelos motivos já citados anteriormente: nenhuma regra de informação pode configurar o processamento da informação pelo consumidor a custos tão mínimos quanto para um utilizador que aplica essas condições gerais comerciais milhares de vezes. Sob esse ângulo também não é, então, de causar admiração que bem mais da metade de todas as recentes sentenças do Tribunal Europeu relativas ao Direito Europeu dos Contratos foram publicadas com relação à diretriz das condições gerais comerciais³⁰: o paradigma da informação é simples (se ocultarmos o âmbito dos danos existenciais e de determinados formalismos como a correta instrução sobre revogação); a fixação do limite injuntivo em matéria de conteúdo, limite este marcado pelo Direito (Europeu) das Condições Gerais Comerciais, é importante, mas também é especialmente problemática.

II.4 PROTEÇÃO POR CAUSA DE RACIONALIDADE LIMITADA?

Sobre o âmbito temático “racionalidade limitada”, o ponto de partida já foi nomeado: há de se diferenciar entre rejeições que resultam em todo o mercado porque os clientes não podem agir de forma suficientemente informada (ou apenas a custos proibitivamente altos, “falha de mercado geral”), e aqueles casos nos quais heurismas individuais – plenamente também em um número não insignificante e, em alguns casos, até mesmo grande número de consumidores – conduzem a decisões erradas, *i.e.*, decisões que não refletem as preferências (os chamados “erros cognitivos”).

A abundância da literatura recente é imponente (cf. notas 28 s.). Portanto (e por questões de espaço), há de se designar aqui a linha diretriz que, a meu ver, determina a direção: também aqui, a separação entre perdas econômicas correntes e “vítimas existenciais” deveria constituir o ponto de partida. Em casos de falha de mercado geral pode-se justificar uma intervenção regulatória por motivos de combate à seleção adversa (teoria econômica) e para promover a

30 Cf. o panorama jurisprudencial em Micklitz/Kas. *Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2008-2013) – Teil I und Teil II*. EWS 2013, 314-334 e 353-380.

autodeterminação (teoria constitucional)³¹. Em casos de heurismas individuais viciosos, este não é o caso e esta negação resulta igualmente da aplicação dessas mesmas abordagens teóricas (seleção adversa não se torna estrutura de mercado e heurismas individuais também se tornam expressão da autodeterminação). Este também é o cerne da diferenciação entre o art. 5º, § 2º, e art. 5º, § 3º, da diretriz contra práticas comerciais desleais (nota 11), mas a qual, de acordo com o que está dito, não deve ser generalizada³².

Exceções ao princípio de que heurismas individuais viciosos não justificam nenhuma intervenção geral reguladora; necessitam, em minha opinião, de uma justificação especial. *Uma* situação assim pode ser vista, a meu entender, no fato de que vieses cognitivos não só entraram em ação, mas também empresas exploram deliberadamente vieses cognitivos (conhecidos) e isto com o objetivo de agir contra as prováveis preferências dos consumidores (não apenas de utilizá-las e estimulá-las). Exploração sistemática do viés cognitivo e ação em contradição com o (presumido) interesse do consumidor têm que concorrer, a meu ver, como dois elementos que justificam uma intervenção reguladora. Obviamente, tanto o risco de seleção adversa quanto a intervenção na autodeterminação do consumidor são tão consideráveis que uma intervenção reguladora pode ser justificada.

II.5 RESSALVA: APLICAÇÃO DO DIREITO

As exposições de até aqui se encontram sob uma ressalva: não se tratou da aplicação do Direito; esta seria objeto de tratados próprios. Mas, ao mesmo tempo, é precisamente a aplicação do Direito que constitui aquele âmbito no qual o direito do consumidor é o mais autônomo ou deveria sê-lo, *i.e.*, onde a necessidade de preceitos de proteção especiais é a mais alta. Isto é válido não apenas para a facilitação do acesso à proteção jurídica (por exemplo, através de ações coletivas, resolução alternativa de litígios e assistência judiciária), uma necessidade que se baseia, sobretudo, em três motivos: (i) o montante frequentemente pequeno dos danos, que pode levar a uma apatia na aplicação do Direito, sobretudo também a um dispêndio desproporcionalmente alto em comparação ao sucesso esperado da aplicação (atomização dos danos); (ii) os recursos financeiros, em parte, pequenos demais de fato, de determinados grupos de consumidores a fim de impor “seu” direito; (iii) em parte também a informação e instrução insuficientes de consumidores para avaliar oportunidades da apli-

31 Cf. sobre o postulado da autodeterminação e autorresponsabilidade em uma fundamentação jurídico-teórica e na aplicação: Riesenhuber (Ed.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011.

32 Tribunal Europeu sentença de 18.11.2010, causa C-159/09, *Lidl/SNC Vierzon*, coletânea 2010, I-11761 (n. 56); antes já Tribunal Europeu sentença de 29.09.1998, causa C-39/97 *Canon*, coletânea 1998, I-5507 (n. 29); sentença de 22.06.1999, causa C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, coletânea 1999, I-3819 (n. 17).

cação do Direito e dar início aos passos promissores de sucesso. Nisso, a melhoria das possibilidades de aplicação não tem apenas o objetivo de beneficiar o consumidor afetado na realização de seu direito, mas também – igualmente importante, mas de cunho preventivo geral – de aumentar a probabilidade de que a violação do direito seja perseguida.

Contudo, esta probabilidade (de que os consumidores se esforcem em impor seu direito), pelo menos na configuração atual dos direitos processuais, é evidentemente tão baixa que empresas, mesmo diante de uma manifesta fundamentação de pretensões reivindicadas perante elas, muitas vezes preferem não cumpri-las sistematicamente e aceitar uma condenação (com a consequência de arcar com os custos). De seu ponto de vista, parece ser “rentável” em mercados de massas, mesmo diante de uma evidente fundamentação, arcar com os custos dos litígios interpostos, mas, inversamente, não cumprir pretensões (em número suficiente). Ramos ou âmbitos, nos quais o autor destas linhas teve várias vezes esta experiência, são, por exemplo, direitos de passageiros de companhias aéreas ou empresas de telefonia móvel. Isto denota que os estímulos de efeito geral preventivo (possivelmente apenas em determinados ramos) devem constituir um ponto de discussão central, ou seja, que na proteção ao consumidor quando da aplicação do Direito também a indenização punitiva (*treble damages*) deva ser, sobretudo, tomada mais fortemente em consideração. Isto se aplica, ao menos, àqueles casos nos quais empresas, mesmo depois de exortação (“segunda chance”), se recusam perante os consumidores ao cumprimento de pretensões que, do ponto de vista juridicamente informado, são “manifestamente” fundamentadas³³, pois, neste caso, é de se supor, na realidade, que a citada estratégia seja aplicada. Em nome da correta calibragem dos estímulos – mas também para evitar que associações e empresas que não instituem tais estratégias também pratiquem amplamente *lobby* contra – a indenização punitiva deveria ser delimitada claramente: ela deveria ser restrita a casos “evidentes” de abuso, reforçando-se, de preferência, com exemplos de regras, e a jurisdição teria que colocar em foco o efeito geral preventivo. A ressalva que se deve fazer na aplicação do Direito diz respeito, assim, além do direito processual, em sentido amplo também aos meios do direito material, talhados especificamente para melhorar a aplicação do Direito.

III – PERSPECTIVA: PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO MERCADO INTERNO

Três teses centrais resultam das reflexões até aqui: contra perdas econômicas usuais o direito europeu do consumidor (só) protege principalmente com regras de informação, instituídas para o consumidor suficientemente sensato e

33 Ponto de partida *de lege lata* poderia ser o art. 13, p. 2, da diretiva relativa às práticas comerciais (*supra* nota 11), que estabelece: “Estas sanções [contra práticas comerciais desleais] têm que ser dissuasivas”.

atento, ou seja, que devem garantir, sobretudo, o funcionamento do mercado no todo; e esta dimensão também convence porque regras mais rigorosas de proteção ao consumidor também podem trazer consigo perdas para os atentos, talvez até mesmo para os menos abastados. No caso de riscos existenciais, a proteção europeia ao consumidor aspira, em contrapartida, a uma proteção de todos os consumidores individualmente, precisamente também daqueles menos atentos. Em ambos os pontos, são ponderáveis reformas plenamente substanciais (por exemplo, para o “*information overkill*” ou para a suficiente advertência de riscos decorrentes de desenvolvimentos futuros no caso de crédito ao consumidor). Racionalidade restrita de consumidores não deveria ser empregada como motivo geral de regulação, e sim apenas em casos de exceção concretamente fundamentados como, e.g., em práticas comerciais deliberadamente abusivas.

Sobre o alcance do sistema de proteção decide, por fim, (também) sua aplicabilidade espacial. Destarte, a pergunta por uma proteção funcional ao consumidor deve ser analisada não só sob o prisma do direito das coisas (v. *supra* II e III), como também do Direito relativo ao conflito de leis. Em todo caso, essa dimensão deve ser brevemente incorporada aqui na conclusão. Já se chamou a atenção cedo (nota 1) para a ligação e a interdependência de ambos os âmbitos/dimensões – precisamente em um direito privado europeu. Os autores envolvidos na época (nota 1) discutiam principalmente como a respectiva atividade judicativa do Tribunal Europeu poderia ser entendida³⁴, enquanto que a presente perspectiva deverá tratar primeiramente de política jurídica. Uns entenderam a jurisdição do Tribunal Europeu daquela época (entrando nos anos 2000) no sentido de que a observação do padrão harmonizado de proteção ao consumidor, de um “padrão mínimo de proteção”, por um legislador nacional para as empresas desse país ainda não tinha como consequência que estas poderiam dever oferecer seus produtos e serviços em toda a Europa (com base apenas em seu Direito), de acordo com o princípio do país de origem. Em outras palavras: no mercado-alvo o legislador nacional local podia, com esta leitura da jurisdição do Tribunal Europeu, continuar a impor seu Direito mais rigoroso de proteção ao consumidor também em âmbitos harmonizados para a Europa mesmo perante ofertas de *países estrangeiros* da União Europeia. Isto, naturalmente, sob a condição de que os chamados “motivos imperiosos do interesse geral” justificassem esse Direito nacional mais rigoroso do mercado-alvo. Eu mesmo preferi, em contrapartida, o ponto de vista (com relação à jurisdição do Tribunal Europeu) de que com a harmonização seja fixado uniformemente para

34 Grundmann JZ 1996, 276, 277-281; id. Rabels Z 69 (2000) 457, 471-476 (com outras referências); id. Rabels Z 71 (2003) 246; Roth, *Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht – zur Entwicklung internationaler Sachnormen für europäische Sachverhalte*. ZEuP 1994, 5-33 (31 s.); id. *Der nationale Transformationsakt – vom Punktuellen zum Systematischen*. In: Grundmann/Medicus/Rolland (Ed.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*. (2000) 113, 123-126.

a Europa o nível *obrigatoriamente necessário* (como padrão mínimo) para que, obviamente, também os “motivos imperiosos do interesse geral” se esgotassem. Portanto, uma regulamentação nacional mais rigorosa não deveria ser justificada mais com – outros – “motivos imperiosos”. No trânsito transfronteiriço, *i.e.*, no âmbito de aplicação das liberdades fundamentais, isto teria como consequência que regras nacionais mais rigorosas em efeito impeditivo estavam sem justificação (uma ordem que se impôs como sendo de direito primário também perante o Decreto “Rom I”; cf. também seu art. 23 e antes o art. 20 do Acordo sobre o Direito Contratual Europeu). Assim, o Direito nacional mais rigoroso seria normativo apenas para o puro trânsito nacional; o nível de harmonização uniforme europeu, ao contrário, para o trânsito no mercado comum.

Pelo menos sob o aspecto da política jurídica, a citada bipartição em trânsito nacional e trânsito no mercado comum me parece nitidamente preferível. Duas linhas de fundamentação me parecem, político-juridicamente, especialmente importantes. Pela opinião de que um Direito nacional mais rigoroso não pode ser imposto perante ofertas estrangeiras, fala a favor, em meu entender, por um lado, a circunstância de que, com isso, a ordem do legislador da União Europeia é mais amplamente “respeitada”. Isto porque, assim, a seu ato jurídico é atribuída plenamente aquela dimensão a qual, segundo o art. 114 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é a que primeiro fundamenta a competência do mercado comum: através desta visão sobre a harmonização mínima fomenta-se (mais amplamente) o mercado comum; isto por o ato jurídico europeu criar, dessa maneira (em seu âmbito de harmonização), na realidade, um mercado para o ofertante (em toda a Europa), o qual se iguala em seu efeito a um mercado juridicamente constituído de modo uniforme (“mercado comum”). De acordo com essa concepção, eles podem fazer ofertas em toda a Europa consoante o mesmo Direito: consoante seu Direito nacional, desde que este alcance o padrão mínimo europeu. Assim, concede-se simultaneamente ao ato jurídico europeu também um efeito de alcance mais amplo – não apenas como padrão mínimo de proteção, e sim (só no caso transfronteiriço) como padrão máximo de proteção³⁵, ou seja, para casos transfronteiriços em geral como o padrão de proteção normativo. Isto significa, ao mesmo tempo,

35 Este é um desejo central, cuja perseguição leva o legislador europeu até mesmo a experimentar ou começar a refletir fundamentalmente novas abordagens legislativas, nomeadamente a plena harmonização ou a introdução de um instrumento opcional. Para a perseguição desse objetivo como, p. ex., na promulgação da diretiva (plenamente harmonizadora) da Comunidade Europeia relativa aos direitos do consumidor (diretiva 2011/83/EU, ABl.EU 2011 L 304/64) e do Direito Comum (Opcional) Europeu de Compra e Venda (KOM[2011] 635 def.): cf. por um lado os considerandos 2-5 da diretiva dos direitos do consumidor, o considerando 5 cita explicitamente “diferentes preceitos de proteção ao consumidor” como único obstáculo (mesmo se “entre outros”); e, por outro lado, KOM(2011) 635 def., considerandos 13-15; detalhadamente, por exemplo, Grundmann, *Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrechts*, AcP 212 (2012), 502, 511. Para uma comparação das vantagens e desvantagens das três abordagens de harmonização mínima, harmonização plena e instrumento opcional, cf. Grundmann, *Die EU Verbraucherrechte-Richtlinie – Optimierung, Alternative oder Sackgasse?* JZ 2013, 53, xx-xx (= Uniform Law Review 2013, 98).

que é tomada a sério a declaração do legislador europeu de que ele assegurou, regulamentando suficientemente pela legislação, também de fato, as necessidades fundamentais de proteção (no âmbito da harmonização), e que somente por razões de subsidiariedade é concedido ao legislador nacional o direito de eleição – para seu âmbito interno, *i.e.*, não para transações no mercado comum – e também para introduzir ou conservar proteção ao consumidor que não é exigida por “motivos imperiosos do interesse geral”.

Por outro lado, no entanto – e do meu ponto de vista quase ainda mais importante – falam a favor dessa opinião também aspectos relacionados ao que pode ser descrito em sentido amplo como regulamentação da concorrência na Europa. Esta visão permite, de forma mais ampla, uma concorrência dos legisladores (nacionais). No caso de plena harmonização, esta está totalmente excluída, no até então único instrumento opcional, o (projeto para um) Direito Europeu Comum de Compra e Venda, talvez também claramente menos do que seus apoiadores em geral propagam e do que isto seria teoricamente possível³⁶. Isto se aplica, em todo caso, à atual forma proposta deste instrumento. E também entre as duas variantes de uma harmonização mínima – com ou sem o efeito de excluir um Direito nacional mais rigoroso no trânsito transfronteiriço – só a primeira citada conduz a uma concorrência dos legisladores: no mercado visado, o padrão de proteção ao consumidor desse Estado-Membro encontra padrões de proteção ao consumidor de ofertantes estrangeiros europeus e o consumidor local poderá escolher. Ofertantes estrangeiros europeus poderiam, com certeza, também oferecer, por meio de contrato, o padrão de proteção ao consumidor do país visado, ou seja, dois padrões. Certamente tal abordagem teria que se tornar operacional através da revelação facilmente identificável do padrão aplicável de proteção ao consumidor. Independentemente de tais reflexões sobre a concorrência dos legisladores – uma abordagem que, em parte, é também vista criticamente –, é importante o seguinte aspecto que caracteriza, igualmente, a regulamentação da concorrência em sentido amplo na Europa: com razão, é precisamente a comissão que alude fundamentalmente em sua proposta de um Direito Comum Europeu de Compra e Venda ao fato de que este vai produzir especial efeito em pequenos Estados-membros. Neles a estrutura de mercado estaria constituída frequentemente como monopólio ou oligopólio. Inversamente, empresas dos outros Estados-membros renunciariam a uma oferta nesses Estados-membros em função de seu tamanho. O pouco volume não justificaria para eles os custos adicionais provenientes do fato de, antes do lançamento no mercado, ter que se avaliarem os riscos que resultam do padrão local de proteção ao consumidor. Se a abordagem da harmonização mínima fosse compreendida de modo que toda empresa, observando o nível de proteção harmonizado,

36 Cf. mais detalhadamente Grundmann. AcP 212 (2012) 502 = (2013) 50 CMLR 225.

possa fazer ofertas no mercado comum transfronteiriço de acordo com seu próprio Direito, ter-se-ia criado para todos esses Estados-membros – especialmente os consumidores neles – uma situação totalmente nova: de forma poderosa, a concorrência (real concorrência de empresas estrangeiras, não apenas uma concorrência dos legisladores) poderia entrar amplamente em seus mercados (até então oligopolistas ou monopolistas).

Essa oportunidade de romper mercados de constituição monopolista ou oligopolista em uma série de Estados-membros menores é, a meu ver, o argumento jurídico-político mais poderoso para minha alegação final em uma situação, na qual instrumentos opcionais ou harmonização plena por parte da União Europeia surgem aparentemente como não ou dificilmente realizáveis: uma alegação por uma regulamentação da concorrência que faz confiança ao legislador europeu pelo fato de ele já ter criado um nível suficientemente bom de proteção ao consumidor, o qual justifica impor de fato a liberdade no mercado comum com base nesse mesmo nível. Nos grandes mercados, em parte de fato com forte proteção ao consumidor, há bastante oferta de origem interna que ainda sempre pode ser escolhida quando se apresentar efetivamente (a longo prazo) mais atraente para os consumidores. Com referência ao sistema de vários níveis, também isto seria “proteção funcional ao consumidor”.