

## **A proteção dos interesses metaindividuais no Direito Comparado**

### **Sumário**

I. Considerações preliminares.

II. A tutela dos direitos metaindividuais. 1. Conceito de direitos metaindividuais e ações coletivas. 2. Síntese do desenvolvimento histórico da proteção dos interesses metaindividuais 3. A ação coletiva como meio de acesso a justiça efetiva. 4. Objeto das ações coletivas. 5. Efeitos da coisa julgada.

III. Estudos dos princípios do direito e das relações de consumo. 1. Visão neopositivista do direito nas relações de consumo. 2. Princípios do sistema do direito nas relações de consumo.

IV. O abuso do direito nas relações jurídicas de consumo.

V. Combate à ilicitude transnacional – a imprescindibilidade da continuidade da relação normativa.

### **I. Considerações preliminares**

O sistema jurídico da responsabilidade civil impõe um estudo diante da teoria geral dos sistemas e dos novos fenômenos que surgem com a sociedade pós-moderna, de forma a possibilitar ao aplicador do direito a segurança necessária para a proteção dos direitos difusos, com o ressarcimento e prevenção dos danos ante às novas técnicas e manifestações antijurídicas, v.g., os ilícitos transnacionais. A análise científica e sistemática da responsabilidade – diante dos respectivos princípios pertinentes ao sistema existente – vai possibilitar uma maior coerência e igualdade dos estudos, que hoje são fragmentados cartesianamente, em razão da proliferação de leis pertinentes às relações jurídicas específicas, em cada ordenamento jurídico. A inexistência de tais limites para o comércio internacional, com a atual globalização atual, acaba por diminuir a eficiência do monopólio estatal da jurisdição para recentes manifestações jurídicas transnacionais. A inibição da fabricação de um determinado produto ou da prestação de um serviço, por ser considerado prejudicial em determinado país, faz com que as diversas multinacionais continuem com suas atividades inseguras e anti-sociais em outras sociedades, em razão da inexistência de impedimentos jurídicos. As lacunas dos ordenamentos jurídicos tornam determinadas sociedades vulneráveis a ilícitos não previstos em seu sistema jurídico. Novos ilícitos antes impensados precisam ser resolvidos pelo sistema jurídico propiciado pela legislação existente e pelos princípios fundamentais. A globalização impõe progressiva e continuamente um processo de inter-relacionamento normativo, pois o incremento das negociações transnacionais, gera, ipso facto, de forma difusa, atos antijurídicos antes inconcebíveis. Temos, assim, por desiderato fazer uma análise perfunctória do desenvolvimento da proteção dos direitos difusos, sobre os aspectos processuais e substantivos, com relação ao direito americano, europeu e ibero-americano.

### **II. A tutela dos direitos metaindividuais**

## **1. Conceito de direitos metaindividuais e ações coletivas**

Não existe, até agora, em nossa concepção, uma posição doutrinária ou jurisprudencial uniforme com relação aos conceitos de direitos metaindividuais, também denominados difusos, indevidamente denominados supraindividuais. É possível verificar três concepções básicas: a primeira compreende difusos ao lado do coletivo (*lato sensu*), que tem como subespécie os interesses individuais homogêneos; a segunda, iguala aos direitos difusos aos coletivos ou genéricos, e, a última concebe metaindividuais como gênero, tendo como espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os direitos difusos têm como característica a intensa conflituosidade, a indivisibilidade e a indeterminação dos sujeitos; os direitos coletivos têm uma relação jurídica-base entre as partes, mas são também intrinsecamente indivisíveis, os direitos individuais homogêneos são indivisíveis. Todos têm uma característica, que é a metaindividualidade. Assim, conceituamos a ação coletiva (ação civil pública ou *class action*) – não esquecendo da polissemia da expressão ação –, como o direito do Ministério Público e/ou dos outros entes legitimados de invocar a tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais. Direitos metaindividuais, gênero, abarca os direitos difusos (direitos metaindividuais e indivisíveis), coletivos (metaindividuais, indivisíveis e que têm uma relação jurídica-base) e individuais homogêneos (metaindividuais e divisíveis).

## **2. Síntese do desenvolvimento histórico da proteção aos interesses metaindividuais**

A legislação federal norte-americana do direito processual (*Federal Rule of Civil Procedure*, de 1938), especialmente a Regra n.º 23, que trata dos requisitos para a *class action*, é usualmente noticiada como marco para a defesa coletiva, todavia não podemos esquecer que já o velho Direito Romano possuía as ações populares (*Digesto 47, 23,1: Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur* – Chamamos ação popular àquela que tutela o próprio direito do povo), v.g., albo corrupto (ação contra a troca de éditos), *interdictum de via publica* (ação pra desobstruir vias públicas), ou seja, já existiam remédios processuais que possibilitavam a proteção dos interesses públicos, que, por excelência são hoje chamados difusos. No antigo processo germânico – conforme ensina Rosenberg – a comunidade (“*Umstand*”) ditava a sentença, afetando a todos, o juiz somente promulgava a sentença na assembleia. No período romano-barbárico as sentenças continuavam com a eficácia *erga omnes*; ou seja, conforme as lições de Stephen Yazell e de José Frederico Marques, a mesma eficácia, *mutatis mutandis*, da *class action*. As ações coletivas e a proteção dos direitos difusos não são, assim, novidade no Direito, na realidade houve um declínio da defesa coletiva com a individualização do processo, com a imposição dos litígios individuais, de demandas átomos. O apogeu da autonomia da vontade alcançou não somente os negócios jurídicos, como também as disposições processuais, limitando ou vedando uma proteção jurídica simultânea e homogênea. Com o auge do liberalismo e da autonomia da vontade podemos ver alguns códigos de direito processual que proibiram a defesa coletiva, limitando o acesso a justiça por meio de uma das condições da ação, da legitimidade, elaborada com estritos limites, como por exemplo, o Código Brasileiro

de Direito Processual, de 1973 , o Código Italiano, de 1940, o Código de Processo Civil de Portugal, de 1961 , entre outros. Houve uma inequívoca uniformização de muitos ordenamentos jurídicos, criando limitações de acesso à justiça pela citada condição da ação. Tentando demonstrar a inter-relação normativa embrionária da proteção dos direitos difusos, vemos o surgimento de um sistema cujo marco inicial pode ser estabelecido com a norma americana pertinente a class action em 1938, pela Federal Rules of Civil Procedure . A década de setenta destaca-se pelo desenvolvimento dos sistemas jurídicos, no que tange aos direitos difusos. Nos EUA podemos mencionar as proibições de “mensagens subliminares” pela FCC (Federal Communications Commission) em 1974, na Europa a Resolução do Conselho da Comunidade Européia, de 14 de abril de 1975, que criou o primeiro programa preliminar para a política de proteção e informação dos consumidores, no México surge a Lei Federal de Proteção ao Consumidor, de 18 de dezembro de 1975 (o primeiro Código de Defesa do Consumidor conhecido), na Alemanha a Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB-Gesetz, de 1976 (lei que trata das cláusulas contratuais) e, na França, a Lei n.º 78, de 10 de janeiro de 1978, dentre outras. A década de oitenta continua com o desenvolvimento destes sistemas, seguindo com o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária - CBAP, de 5 de maio de 1980, Decreto-lei n.º 421, de 30 de setembro de 1980 (Código da Publicidade - Portugal), pela Resolução de 19 de maio de 1981, criando um segundo programa da CEE para uma política de proteção e informação dos consumidores. Destacam-se ainda diversos outros diplomas: Resolução de 19 de maio de 1981 (relativa ao segundo programa da CEE para uma política de proteção e informação dos consumidores), Lei n.º 29, de 22 de agosto de 1981 (de Portugal – revogada); Lei geral para a defesa dos consumidores e usuários, n.º 20 de 19 de julho de 1984 (Espanha) e Resolução n.º 39/248, de 9 de abril de 1985, da Assembléia-Geral da ONU. Surge no Brasil a primeira lei que regulamenta uma ação coletiva para a defesa do consumidor, a Lei Federal n.º 7.347/85 , destacando-se, por fim, na Europa a Diretiva n.º 85/374, de 25 de julho de 1985/CEE e o avant-projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux, de 23 de junho de 1987 (França). A década de noventa começa com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90 – CDC ), e segue com a Lei n.º 93, de 24 de julho de 1993 (Code de la Consommation da França), a Lei Argentina de defesa do consumidor (Lei n.º 24.240, de 22 de setembro de 1993), a Lei Paraguaiá – Lei n.º 1334, de 27 de outubro de 1988, indo até a Lei Uruguaiá de defesa dos consumidores – LUDC – Lei n.º 17.250, del 17/8/00), além de diversas diretivas pertinentes aos direitos metaindividuais . Surge, assim, um sistema único, disforme em função as peculiaridades de cada ordenamento jurídico, que precisa ser estudado e desenvolvido de maneira que faça frente aos ilícitos metaindividuais, especialmente quando são transnacionais (como, por exemplo, danos ambientais que alcançam a diversos países ou perpetrados em detrimento de consumidores, por empresas distantes ao consumidor etc.), o que dificulta responsabilizar os causadores de ilícitos residentes em países diferentes dos quais seus efeitos foram sentidos, o que pode ocorrer, v.g., mediante a utilização de propaganda e publicidade transnacional antijurídica. Diante dos citados conceitos, diversas são as leis brasileiras pertinentes a direitos metaindividuais que possibilitam ações coletivas por parte do Ministério Público , inclusive contra o próprio Estado, talvez o que levou o governo, pelo chefe do Poder Executivo a limitar a atuação das associações e também do Ministério Público para demandar contra eles . Não é demais dizer que o Ministério Público Brasileiro tem como fundamento a autonomia e a independência funcional, como no Uruguai. Não há hierarquia entre o

Procurador-Geral da República e os demais Membros do Ministério Público (como há na Espanha), o que justifica, por exemplo, o feito de que um chefe do Parquet brasileiro estar sendo demandado em ação pelo próprio Ministério Público, primeira instância, mostrando o evidente controle interno.

### **III . Princípios do direito das relações de consumo**

#### **1 . Visão neopositivista do direito das relações de consumo**

Cabe inicialmente, como etapa lógica, realizar uma introdução, ainda que de maneira perfunctória, da teoria geral dos princípios, inclusive porque será a melhor maneira de divulgar e tornar efetiva a proteção ao consumidor ante às pequenas diferenças entre os ordenamentos jurídicos. Ao estudante de direito podem surgir dúvidas, já que a conceituação dos princípios alteram-se conforme a corrente a que aderiu o autor, inclusive pelas influências das escolas do direito natural, do positivismo ou do moderno neopositivismo , para a qual os princípios fundamentais possuem um caráter normativo . O desenvolvimento da teoria geral dos princípios revolucionou as conceituações, visualizando-se hoje uma dicotomia entre os princípios: princípios informativos e princípios normativos , princípios informativos e princípios fundamentais ou princípios abertos e princípios com forma de preposição jurídica. No direito do consumidor é inexistente a diferença. Existem os princípios informativos ou abertos, que incluem aqueles de caráter programático – que não possuem caráter de norma – e os fundamentais, gerais ou básicos. Estes últimos possuem carga normativa, e sobre isso e se fará uma breve análise neste trabalho. Os princípios regulam sempre a interpretação e principalmente a integração das lacunas, nada obstante possuem caráter jurídico-diretivo, sendo possível por intermédio deles obter uma regra diretamente aplicável . Princípio básico, no nosso entender, é a base normativa sobre a qual se assentam as regras. É o gênero, o início, tem um caráter normativo e as regras do direito devem ser aplicadas em sua conformidade; existindo lacunas aplica-se pura e simplesmente o princípio do direito pertinente , e sendo os princípios constitucionais consubstanciam-se na base de todo o sistema de normas . Os princípios de direito são considerados como fonte, como “freio de fenômenos sociais repreensíveis” ; alguns dos princípios a seguir mencionados são explícitos ou implícitos, cuja investigação se dá por indução e por análise axiológica dos fundamentos da ordem jurídica – que, interligados, têm por objetivo a justiça contratual e a harmonização das relações de consumo. Os princípios gerais (ou básicos), em uma definição que merece ser destacada, são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema”; assim “quem as decepa arranca as raízes da árvore jurídica”. Esse novo posicionamento – como a conceituação dos princípios como direitos, é atribuído ao precursor Dworkin, cujo movimento, iniciado pelos seus estudos, é denominado por Bonavides de “revolta antipositivista”. Para a interpretação de qualquer norma, deve o intérprete – na tentativa de amoldar a lei ao caso concreto, inclusive de suprir eventuais lacunas do texto legal – recorrer não somente às regras de hermenêutica, senão também, prioritariamente, aos denominados princípios monovalentes, que se referem a uma determinada ciência e posteriormente, se o caso, aos princípios gerais do direito. O hermeneuta deve, desta maneira, valer-se dos princípios básicos do direito do

consumidor, sendo ou não a regra deficiente, entendendo-se por direito deficiente as lacunas e incorreções. O direito das relações de consumo vem criando um sistema próprio, com subsistemas que lhe dão suporte, com base em princípios que auxiliam a exegese e a integração das normas de consumo. Tais princípios são lastros teóricos dos direitos do consumidor. Na utilização da teoria do abuso do direito, por exemplo, quando se trata de cláusulas abusivas, práticas abusivas, publicidades abusivas, mediante a utilização ou não da personalidade jurídica, há um subsistema próprio, que se contrapõe à teleologia dos princípios básicos do direito do consumidor. O subsistema do abuso do direito – no direito do consumidor – pode ser analisado antes da utilização ordenada dos conceitos de abuso, em harmonia com os princípios fundamentais das relações de consumo. Aí se encontra a importância da análise dos princípios do direito do consumidor, pois do estudo de sua unidade extraí-se os pequenos sistemas ou subsistemas, incluídos no sistema maior das relações de consumo. Amolda-se, assim, o conjunto das previsões do abuso do direito nas relações de consumo, às principais características trazidas pelos estudiosos para a conceituação ou definição de sistema; neste sentido vemos a lição de Kant sobre sistema, segundo o qual este se consubstancia em “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”, podendo-se inclusive somar, com razão, aos elementos trazidos por Wilhelm Canaris – para a configuração do sistema –, que são a unidade e a coerência, o que, ademais, caracteriza o subsistema do abuso do direito. Tais princípios, em razão de terem por desiderato a justiça contratual e a harmonização das relações de consumo – e como fundamentos a vulnerabilidade do consumidor e a superioridade dos interesses difusos sobre os de cunho meramente individual –, opõem-se ao desvio de finalidade do direito, das relações de consumo, da personalidade jurídica, coibindo a agressão à equidade, à boa fé e à proporcionalidade. Estas finalidades dos princípios das relações de consumo criam a unidade teleológica necessária para a caracterização do sistema.

## **2. Princípios do sistema do direito das relações de consumo**

Entre os princípios usualmente mencionados como fundamentais das relações de consumo podemos mencionar os seguintes:

### **2.1. Vulnerabilidade do consumidor**

O consumidor, pessoa física, é vulnerável, razão pela qual havendo dúvida (nas relações de cláusulas contratuais ou na apuração das informações) deve ser extirpada em benefício dele, e desta maneira se justifica, ademais, a possibilidade de inversão do ônus da prova, quando é permitida pelo ordenamento jurídico.

### **2.2. Isonomia real.**

O ordenamento não suporta mais a idéia defendida – quando a autonomia da vontade alcançou seu ápice –, de que todos são iguais, justificando assim a elaboração de todo tipo de contrato e a exigência, na justiça, do cumprimento de todas as obrigações, inclusive as iníquas. Deve-se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade.

### **2.3. Indenização integral (ou restitutio in integrum).**

O ressarcimento dos danos deve ser integralmente suportado pelo fornecedor, não cabendo pois a chamada indenização tarifada, como, por exemplo, a que era imposta pela Convenção de Varsóvia. Extravio de bagagem,

decorrente de contrato de transporte aéreo, deve ser objeto de total ressarcimento.

2.4. Proibição do abuso de direito. Os ordenamentos jurídicos estão progressivamente impedindo as práticas, cláusulas e publicidades abusivas, e assim se faz proibindo explicitamente tais manifestações abusivas ou invocando os princípios que se opõem ao abuso de direito. Entre outros preceitos, destacam-se: a) Princípio da função social. Não somente os contratos, senão também a publicidade e as práticas comerciais devem seguir sua função social, sendo inconcebível que um fornecedor utilize-se do contrato contra a própria sociedade, que proporciona a este negócio jurídico a eficácia jurídica necessária para tornar perfeitas e exigíveis as obrigações do acordo de vontades; b) Princípio da função econômica. A atuação das pessoas jurídicas, ou melhor dizendo, de todos os fornecedores, deve seguir sua função econômica, não se admitindo que a empresa atue caminhando para a insolvência ou para a quebra, e vá assim prejudicar os consumidores; c) Princípio da proporcionalidade. Aplica-se tal princípio em todas as relações de consumo. Canotilho desdobra-o no princípio da conformidade ou adequação dos meios (Geeignetheit), princípio de exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit) e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhältnismässigkeit). Pierre Muller também adentra na proporcionalidade com duas concepções: ampla e restrita. Na análise do direito comparado, no que se refere ao direito do consumidor, podemos observar expressamente a adoção do princípio da proporcionalidade no Brasil, Espanha, Paraguai, Uruguai e no direito comunitário.

2.5. Cláusula geral da boa fé. Usualmente adotada nos ordenamentos de defesa dos consumidores em seu critério objetivo, como ocorre no Código Brasileiro de Defesa dos Consumidores e na Lei Uruguaia de defesa dos consumidores. Federico de Castro e Bravo ensina, com percuciência, sobre a conexão entre a boa-fé, os bons costumes e o abuso de direito; a boa-fé sempre esteve ligada ao estudo do abuso de direito, pois, usualmente, surge o abuso quando se afronta a boa-fé. Postulado semelhante é o de José Manuel Martín Bernal, para o qual por intermédio do princípio da boa-fé pode-se constatar as manifestações do abuso do direito. Ademais, é correto dizer que a doutrina alemã desenvolveu a teoria do abuso do direito a partir da análise da cláusula geral de boa-fé, como consta § 242, do BGB.

2.6. Identificação da publicidade. Tal princípio coíbe a publicidade oculta, bem como a subliminar em sentido estrito. Não se deve dizer que esteja proibido o merchandising, mas deve o fornecedor informar ao início de cada filme ou telenovela os anunciantes que serão beneficiados com uma publicidade. A importância deste princípio fez com que os legisladores positivassem tal preceito.

2.7. Vinculação contratual da publicidade. A publicidade suficientemente precisa integra o contrato que vier a ser celebrado. Concede-se, por tal princípio, efeitos obrigacionais para a publicidade, se precisa. Da publicidade suficientemente precisa exsurge uma obrigação perfeita e exequível.

2.8. Conservação do contrato. Em havendo cláusulas abusivas em um contrato de consumo, deve o magistrado encetar todos os esforços possíveis para manter o negócio jurídico, a não ser que o equilíbrio seja quebrado.

2.9 Veracidade da publicidade. A publicidade deve ser verídica o que impede o engano ainda que seja por omissão de dado essencial. A concreção deste preceito impede a publicidade enganosa, inclusive a bait advertising (isca publicitária), como a hipótese da publicidade que cria demanda evidentemente superior às mercadorias existentes em estoque.

2.10 Prova a cargo do fornecedor. Deve o fornecedor manter um arquivo com os dados da publicidade a fim de comprovar em juízo a correção dos anúncios, possuindo como fonte a Diretiva 84/450 da UE. Inverte-se, ipso iure, o ônus da prova.

2.11 Correção do desvio publicitário. Sendo veiculadas publicidades enganosas ou abusivas (incluindo entre

estas a publicidade subliminar), deve o fornecedor arcar com os custos para uma contrapublicidade (contrapropaganda ou corrective advertising) até cessar totalmente o malefício. 2.12 Proteção à confiança. Recentemente alguns ordenamentos estão protegendo os negócios jurídicos; não se protege tão-somente a vontade (teoria da vontade ou Willenstheorie), nem sua declaração (teoria da declaração ou Erklärungsstheorie), protege-se a confiança depositada pelos consumidores, a legítima expectativa que provém das declarações de vontade, das publicidades, das ofertas, em fim todas as informações recebidas pelos destinatários. Dentro deste princípio inclusive o subprincípio da informação, pelo o qual o fornecedor esclarece ao comprador todas as contra-indicações e riscos do produto ou serviço .

#### **IV. O abuso de direito nas relações jurídicas de consumo**

O abuso de direito é uma doutrina que surgiu em razão do desvio de direito – lastreada no conceito itinerante do abuso – e teve como antecessora a teoria dos atos emulativos, encontrando-se umbilicalmente ligada à cláusula rebus sic stantibus e à teoria da imprevisão, porque todo aquele que exige o cumprimento de um contrato, sabendo – ou que pelas circunstâncias deveriam saber – que houve alterações nas condições que formaram a base do negócio jurídico, podendo causar desvantagem exagerada para a parte contrária, abusa de seu direito. Sendo assim, esta é uma das diversas maneiras da manifestação do abuso do direito no contrato, neste caso, o abuso se manifesta na fase de execução. Pode inclusive ocorrer o desvio do direito na fase que antecede a celebração do contrato – mediante elaboração e predisposição de cláusulas abusivas no contrato de adesão –, em sua conclusão ou na execução, ou seja, pode ela se manifestar em qualquer das fases do contrato, seja de consumo ou não. Pode o abuso do direito manifestar-se, inclusive, na fase de elaboração do contrato, por prática abusiva, v.g., quando o fornecedor deixa de indicar o prazo para cumprir sua obrigação, nesta hipótese, o abuso se manifesta por omissão. Na tentativa de fixar o objeto do estudo, entendemos que o abuso de direito se consubstancia com o desvio de finalidade econômico-social do direito, das relações e instituições por ela criadas, é o excesso do direito que enfrenta as proposições delineadas na lei, princípios gerais do direito e nos sistemas jurídicos a que pertence. Os critérios para detectar as manifestações do abuso do direito nas relações de consumo advêm da força normativa dos princípios básicos, fundamentais ou gerais do direito do consumidor – que se contrapõem ao abuso do direito –, em razão da simetria entre eles existentes. Tal correspondência harmônica entre os critérios e os princípios é evidente, em razão da análise sistemática das leis de consumo e da inter-relação normativa. Da unidade teleológica dos princípios básicos que se contrapõem ao abuso do direito, verifica-se a concretização do subsistema pertinente ao abuso do direito, caracterizado pela unidade e coerência de valores agrupados com o objetivo de evitar a manifestação abusiva na relação de consumo. Tais princípios sistematizadores das relações de consumo demonstram a pouca importância da autonomia privada do sistema jurídico das relações de consumo. O princípio da autonomia privada funda-se na autodeterminação e na liberdade relativa dos negócios; o equilíbrio das relações de consumo tem por lastro a limitação da liberdade de contratar e é mediante esta limitação no campo contratual que exerce sua maior eficácia na proteção do consumidor. A publicidade abusiva é uma deformação do direito da manifestar o pensamento, podendo suas modalidades ser detectadas mediante confrontação ente a publicidade e os princípios contrapostos

ao abuso do direito, pelo que se pode utilizar todos os critérios para constatação do desvio do direito, especialmente o desvio da função social e econômica, para verificar se a publicidade é ou não abusiva. Pode-se abusar, desta maneira, do direito de manifestar o pensamento, mesmo porque de todo e qualquer direito se pode abusar, inexistindo assim direito que seja absoluto, nem sequer o direito à vida. As manifestações abusivas podem ocorrer na Internet, sendo, abusiva, v.g., a cláusula incluída em alguns contratos utilizados por provedores de acesso que atuam com leilões virtuais, tendo por propósito eximir de responsabilidade com relação à entrega do produto adquirido. É abusiva também a cláusula de irresponsabilidade utilizada pelos provedores de acesso, que tem por objetivo eximir tais provedores pela falta de segurança (v.g., no caso de obtenção, não autorizada, de dados por hackers etc.). Os bancos – fornecedores para os fins de direito do consumidor – que utilizam a Internet para operações bancárias, devem propiciar um ambiente seguro, sob pena de responsabilidade. Vários são os efeitos do abuso do direito, pois sendo ele polimorfo, multiformes são suas conseqüências. A demanda que tem por objetivo declarar a nulidade de cláusula abusiva pode incoar sentença meramente declaratória ou constitutiva negativa, o que dependerá dos limites do pedido, ao qual a sentença deverá corresponder. Será a sentença constitutiva se, por exemplo, modificar a cláusula abusiva – integrando o contrato –, tornando-a válida para as relações de consumo. Não é aconselhável aos que protegem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos – no que se refere às cláusulas abusivas – que ingressem com um pedido meramente declaratório, por duas razões de cunho prático: uma, porque a ação meramente declarativa não proporciona a execução de sua sentença; duas, porque isto não impedirá que, declarada a nulidade da cláusula, venha o predisponente a inserir cláusula de teor semelhante aos demais contratos de adesão. Para uma ampla defesa, atuando inclusive de forma preventiva, o órgão de proteção do consumidor deve considerar a cumulação de um pedido cominatório, para obstaculizar a eventual inclusão de cláusula semelhante com efeitos assemelhados. Está nascendo em diversos ordenamentos jurídicos um subsistema para a configuração e conceituação do abuso do direito nas relações de consumo, ampliando os conceitos e critérios tradicionalmente analisados pelos doutrinadores. O abuso do direito pode manifestar-se nas cláusulas contratuais (cláusulas abusivas), na publicidade (publicidade abusiva), nas práticas comerciais (práticas comerciais abusivas, inclusive na fase que antecede a elaboração do contrato) e, finalmente, através da utilização da pessoa jurídica. Para a constatação da manifestação abusiva em qualquer destas relações de consumo, poderá ser analisada a afronta a qualquer dos princípios gerais do Direito das Relações de Consumo, em especial aos que se contrapõem à manifestação do abuso do direito, cuja força normativa traz critérios para a constatação do desvio do direito. A globalização merece um parágrafo mais. O funcionamento dos grandes mercados internacionais depende de uma harmonia legislativa, o efetivo funcionamento do Mercosul, que não pode ser postergado, impõe a harmonia da legislação – que, ademais, foi o objeto do Tratado de Assunção – até agora deficitária, inclusive porque não se concretizou no Cone Sul um parlamento semelhante ao Parlamento Europeu, não obstante possuir uma legislação muito semelhante, no que se refere à defesa dos consumidores. A globalização exige uma perfeita inter-relação normativa, não sendo concebível que se produza em um país um produto que já foi considerado perigoso (perigo anormal) em outro. A publicidade transnacional e o comércio eletrônico merecem urgentemente de uma regulamentação a fim de impedir atos danosos irreversíveis aos consumidores de diversos países.



## **V. Combate a ilicitude transacional – a imprescindibilidade da continuidade da inter-relação normativa**

Inequívoca é a inter-relação normativa, seja em função de um novo direito privado europeu – com harmonização da legislação comunitária, mediante diretivas –, ou em razão da harmonização da legislação ibero-americana. Tal inter-relação precisa ser motivada a fim de enfrentar os delitos transnacionais e todos os ilícitos provocados pela globalização. Exemplificando os problemas da globalização, podemos citar a produção do tabaco modificado geneticamente, denominado Y1, seis vezes mais viciante, como um dos perigos da globalização. A empresa Sousa Cruz – subsidiária da British-American Tobacco – plantou tabaco no Estado do Rio Grande do Sul, no Brasil e posteriormente garantiu, na Promotoria de Defesa do Consumidor em Brasília, que o mencionado tabaco não foi vendido no Brasil; afirmou nos EUA que o citado tabaco não foi importado. Fica, pois, uma dúvida: o que foi feito com tal produto modificado geneticamente? Temos que buscar uma legislação que proíba a produção, exportação e importação de produtos que sejam proibidos em seus países de origem, em razão da proteção da incolumidade psicofísica e econômica dos consumidores e usuários. A publicidade transnacional merece também um cuidado, especialmente quando é abusiva ou enganosa; dentro da abusiva incluímos a denominada “subliminal” (subliminal advertising). Nossa Promotoria de Justiça, em Brasília, fez um acordo com a tabacaria Souza Cruz, com a suspensão de 240 comerciais (publicidades), no horário mais caro da televisão, que podiam alcançar adolescentes e até às crianças. Os comerciais já haviam sido pagos (cada um, no horário mencionado, custava aproximadamente U\$ 30,000...). Estes comerciais, criados pela agência de publicidade multinacional (Standard) e foram suspensos em 18/12/2000, no Brasil. Para impedir o malefício da publicidade transnacional, que alcança um número indefinido de pessoas, interesse difuso por excelência, somente pode ser impedido mediante uma demanda coletiva e o ente mais legitimado é o Ministério Público, por muitos motivos: primeiro, pelo custo de uma demanda, que pode demorar anos; segundo, para coibir uma demanda fraudulenta; terceiro, para garantir uma boa defesa da sociedade (tenacidade etc.); quarto, porque havendo uma atuação conjunta dos Ministérios Públicos, mais eficaz é o combate da ilicitude. Tais motivos levam o Ministério Público a atuar principalmente como autor da demanda, apurando as novas ilicitudes transnacionais, na proteção dos interesses difusos, sendo essencial a continuidade do desenvolvimento da inter-relação normativa protetiva dos direitos difusos, como também da integração do Ministério Público ibero- americano e europeu na defesa dos direitos metaindividuais.

### **Bibliografia**

ALPA, Guido & BESSONE, Mario (1987): La responsabilitá del produttore. 3. ed. Milão, Dott, A. Giuffrè Editore. ----- . (1980): Danno da prodotti e responsabilitá dell'impresa. Diritto e problemi contemporanei. Milão, Giuffrè, v. 6. ----- . (1979): Il consumatore e l'Europe. Padova, Cedam. ALVAREZ GONZÁLEZ, Luis Ignacio, Rodolfo Vázquez Casielles y Maria Leticia Santos Vijande (2001). El papel del marketing en la

satisfacción de los consumidores de las organizaciones privadas no lucrativas, Estudios sobre consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, n.º 58, pp. 61/74. AMARAL JÚNIOR, Alberto do (1991): A proteção do consumidor no contrato de venda: reflexões sobre a transformação do direito privado moderno. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. ----- (1991): et alii. Comentários ao Código de Proteção do Consumidor. São Paulo, Saraiva. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (2002): Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito procesual. São Paulo, Saraiva. ARAÚJO, Nadia de, Frederico V. Magalhães Marques e Márcio Monteiro Reis (1998): Código do Mercosul – tratados e legislação. Rio de Janeiro, Renovar. ASCENSÃO, José de Oliveira (1987): Direito civil reais. 4. ed. Coimbra. ----- e Miguel Pedrosa Machado (1999): O objeto da preferência do arrendatário. Parecer, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. XIII, tomo 3, Lisboa. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (1987): Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. Madrid, Tecnos S/A. BERENGUER CONTRI, Gloria et alii (2001): Los adolescentes como consumidores: la familia como gente de socialización, in Estudios sobre consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, n.º 58, pp. 35/46. BERMUDEZ, Victor Hugo (2000): El Ministerio Público y la protección de los intereses difusos, Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, Montevideo, Aportes Jurídicos 3, pp. 24. BERNAL, José Manuel Martín (1982): El abuso del derecho. Madrid, Montecorvo. CALAIS-AULOY, Jean (1986): Droit de la consommation. 2. ed. Paris, Dalloz. CANOTILHO, J. J. Gomes (1993): Direito constitucional. Coimbra, Almedina. CAPRA, Fritjof (1982): O ponto de mutação, Cultrix, São Paulo. CARVALHO FILHO, José dos Santos (1994): Ação civil pública. São Paulo, Freitas Bastos. CARRASCO PERERA, Angel y Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá (1998): El arbitraje de consumo – la experiencia de castilla-la mancha. Madrid, Editorial Tecnos S/A. CAUDAS AULETE (1958), Dicionário contemporâneo da língua portuguesa, Rio, Delta. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago & LANA, José Angel Torres (1989): Código de derecho del consumo. Madrid, Editorial Trivium S.A. FERNANDES NETO, Guilherme (1999): O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília, Brasília Jurídica. ----- (1990): O abuso do direito no projeto 634-B. Revista de Informações Legislativas, n. 106, p. 174, abr./jun. ----- (1993): Cláusulas abusivas do SFH: um interesse coletivo. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, v. 702, pp. 15/25. ----- et alii (1991): Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas. São Paulo, Saraiva. FLAHERTY, Lily R. & SMAYEVSKY, Miriam (1989): Teoría de la imprevisión. Buenos Aires, Depalma. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (1995): Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos. São Paulo, RT. FORKOSCH, Morris D (1979): Abus du droit under doctrine and jurisprudenc in the United States. L'abus de droit. Padova, Cedan, Milão, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. FRANCA, Andrea di (1979): L'abus di diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana. L'abus de droit. Padova, Cedan, Milão Casa Editrice Dott. Antonio Milani. FREDERICO MARQUES, José (1959): Instituições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, v. 1. GROSS ESPIELL, Héctor (2000): El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos, Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, Montevideo, Aportes Jurídicos 3, pp. 1/21. HONDIUS, Ewoud (1980): La responsabilità del produttore nel diritto olandese. Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. Coord. Guido Alpa e Mario Bessone. Milão, Giuffrè. LEMA DEVESA, Carlos e Jesús Gómez Montero (2001): Código de Publicidad. 3. ed., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2000): La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza, in Revista de Direito do Consumidor, n.º 35, julho-setembro, Revista dos Tribunais, São Paulo-SP; MANCUSO, Rodolfo de Camargo (1992). Ação civil pública. 2. ed. rev. e ampl, São Paulo, RT; ----- (2000): Interesses difusos – conceito e legitimação para agir, 5. ed. rev. e ampl., São Paulo, RT. MARINS, James, ALVIM, Thereza e ARRUDA ALVIM, Eduardo (1995): Código de Defesa do Consumidor Comentado, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, RT. MILARÉ, Édís (2001): Coordenador. Ação civil pública, São Paulo, RT. NERY JÚNIOR, Nelson (1983): Vícios do ato jurídico e reserva mental. São Paulo, RT. ----- (1990) Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. São Paulo, RT. ----- et alii (1991): Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro, Forense. ----- (1992): O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. Justitia, Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, a. 54, v. 160, p. 248, out./dez. ----- Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 1, pp. 200/221. ----- (1983): A ação civil pública. Justitia, Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, v. 120, pp. 79/88. ----- et alii (1984): A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo, Saraiva. ----- (1992): Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 3, pp. 44/77, set./dez. ----- & NERY, Rosa Maria Andrade (1994): Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo, RT. ----- (1995): Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de dezembro de 1994. São Paulo, RT. MEDINA ORTA, Oscar (2001): Comportamiento de compra en el punto de venta, tipología de compradores y elección de marca, Estudios sobre consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, n.º 58, pp. 9/22. MIRANDA PIZZOL, Patricia (1998): Liquidação nas ações coletivas, São Paulo, Lejus. PHILLIPS, Jerry J. (1993): Products liability, St. Paul, West Publishing Co. PRADE, Péricles (1987): Conceito de interesses difusos, 2 ed., São Paulo, RT. RAMSAY, Iam (1992): O controle da publicidade em um mundo pós-moderno, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 4, pp. 26 e s. REZZONICO, Juan Carlos (1987): Contratos con cláusulas predisuestas. Buenos Aires, Astrea. RIBEIRO, Neves (1994): Acesso dos consumidores à Justiça: algumas dificuldades do sistema jurídico em vigor: propostas de solução. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, v. 12, pp. 12/25, out./dez. RISOLIA, Marco Aurélio (1958): Soberanía y crisis del contrato. Buenos Aires, A. Perrot. TORRINHA, Francisco (1942). Dicionário Latino-Português, Porto, Gráficas Reunidas Lda. TOURNEAU, Philippe le (1997): La responsabilité des vendeurs et fabricants. Paris, Dalloz. WILHELM CANARIS, Claus (1989): Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. YASSIM, Assad Amadeo (1980): Considerações sobre abuso do direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, v. 69, pp. 16/25, ago. YEAZELL, Stephen C. (1998): Federal Rules of Civil Procedure – with selected statues and cases, Aspen Law & Business – A Division of Aspen Publishers, Inc., New York. ZELTNER, Wladimir Z. (1979): Abuse of right in israeli law. L'abus de droit. Padova, Cedan, Milão, Casa Editrice Dott. Antonio Milani. ZONDERLAND, P. (1979): L'abus de droit et le titre introductif du projet de Code Cível néerlandais. L'abus de droit. Padova, Cedan, Milão, Casa Editrice Dott. Antonio Milani