

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE  
DIREITO DO  
CONSUMO



VOL. 1 | # 2 | JUNHO 2011





Revista Luso-Brasileira de  
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

*Mário Frota*

Editor Responsável

*Luiz Fernando de Queiroz*

Editora Bonijuris / J.M. Editora

# FICHA TÉCNICA

## **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**

Volume I, número 2, junho 2011

Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)

Capa e projeto gráfico: Priority Comunicação

Diagramação: Franklin de Freitas

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Preço de venda a consumidor (até 30.06.2012): R\$ 69,90

Coedição:

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020

bonijuris@bonijuris.com.br

JM Livraria e Editora Ltda.

Rua Senador Alencar Guimarães, 166 – 1º, 2º e 3º andares

80010-070 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3224-7343

jmlivraria@netpar.com.br

[ficha catalográfica provisória]

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris Ltda. e J.M. Editora e Livraria Ltda.

Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.

Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).

ISSN (requerido)

1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico. 3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico. 5. DIREITO COMPARADO - periódico.

I. Título

### **Conselho Diretor**

Mário Frota, presidente  
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente  
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais  
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais  
Juraci Moreira, diretor de comunicação

### **Editor Responsável**

Luiz Fernando de Queiroz

### **Conselho Editorial (Brasil)**

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger  
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto  
Aurivaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem  
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos,  
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello  
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra  
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia  
Gregório Assagra de Almeida, Heloísa Carpena, Ilene Patrícia Noronha Najarian  
Igor Rodrigues Britto, James Alberto Siano, José Augusto Peres Filho  
Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré  
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira,  
Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini, Newton de Lucca,  
Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini  
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto  
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann  
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rego Filho

### **Conselho Editorial (Portugal/Europa)**

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota  
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola  
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Moraes  
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)  
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva,  
Maria de los Angeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis  
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha,  
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva,  
Rute Couto, Susana Almeida,  
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez



## SUMÁRIO

### 09 Editorial

---

## DOCTRINA

- 11 **A proteção do sobre-endividado no Brasil à luz do direito comparado**  
FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO
- 39 **Serviços públicos essenciais e a proteção dos consumidores**  
MARCUS DA COSTA FERREIRA
- 87 **Análisis y desarrollo de la ley de transposición de la directiva mediante la Ley 29/2009, de 30 de Diciembre que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios**  
BERNARDO HERNÁNDEZ BATALLER
- 129 **O direito social à saúde – breve estudo de caso**  
FERNANDA PEREIRA ZHOURI
- 147 **Comercio electrónico y protección de los consumidores en España**  
M<sup>a</sup> ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA
- 159 **As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e a opção de inscrição em listas Robinson**  
SUSANA ALMEIDA
- 191 **O regime do contrato de seguro de saúde no direito português**  
FRANCISCO LUÍS ALVES
-

## PARECER

- 221 **On the use of Alternative Dispute Resolution as a means to resolve disputes related to commercial transactions and practices in the European Union**

## LEGISLAÇÃO

- 233 **Brinquedos com novas regras de segurança**

## JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 277 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**  
Relatora: *Marilene Bonzanini Bernardi*
- 283 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná**  
Relator: *Hayton Lee Swain Filho*
- 290 **Ementário**  
Julgados do TJ/DF, TJ/RS, TJ/MG e TRF – 1ª Reg.

## JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 297 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]**  
Relator: *Alves Velho*
- 307 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]**  
Relator: *João Bernardo*

## EDITORIAL

Auspicioso o lançamento da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, que ora entra no seu segundo número.

O aplauso de um sem-número de personalidades à ideia, entretanto concretizada, e ao projeto que culminou na edição de uma publicação do jaez desta, constituem estímulo bastante a que prossigamos.

A criação de instituição transnacional que se vote à investigação (de modo gracioso ou, quiçá, oneroso) neste particular representa o passo imediato para que a cooperação luso-brasileira se louve em algo de autêntico, de palpável, de real em domínio que ainda não atraiu de todo os espíritos nesta riba do Atlântico.

Portugal bem se poderia vangloriar por, nos idos de 80, se haver alçado de modo progressivo a terra-mãe dos direitos dos consumidores com a criação da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo –, que se radicou em Coimbra, com a realização do I Congresso Internacional *Das Condições Gerais dos Contratos/Cláusulas Abusivas*, do I Congresso Internacional *Da Responsabilidade do Produtor por Produtos Defeituosos*, da I Conferência Europeia de *Educação para o Consumo*, com a criação ainda do CEDC – *Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra*, e da primeira sociedade científica nacional, a *apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo*.

O fato é que a universidade se mostrou em Portugal, em geral, alheia ao fenómeno. E só episodicamente erigiu algo, sem consequência, porém, que permitisse encarar o estudo e a investigação de um tal segmento do jurídico como algo de relevante e decisivo.

Ao invés, no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, que a lume veio a 11 de setembro de 1990, constituiu a pedra de toque quer da inserção nos currículos escolares do direito do consumidor como disciplina regular ou de opção nas grelhas da graduação, quer da investigação e pesquisa espelhadas nas monografias que explodem a cada passo e que surpreendem os jusconsumeristas de outras paragens que se cruzam com a realidade brasileira. Tal, aliás, ainda recentemente ocorreu com o professor Henri Temple, diretor do *Centre de Droit de la Consommation* adstrito à Universidade de Montpellier, na França, que participou no I Congresso Internacional de Direito do Consumidor da Paraíba, em João Pessoa. E não se ignore que Montpellier foi o berço do direito europeu do consumo pela mão de Jean Calais-Auloy, professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier.

Daí que a Portugal aproveite o dinamismo que exorna e emana do escol de

jusconsumeristas que o Brasil orgulhosamente ostenta. E o Brasil possa, através do direito do consumo, segregado a partir de instrumentos com a chancela das instâncias legiferantes da União Europeia, filtrar o seu próprio direito e enriquecer o acervo em que se louva com os subsídios que daí possam advir.

Os trabalhos que se desenvolverem neste particular – e de que este veículo se fará arauto – poderão concorrer para o nivelamento dos direitos neste espaço mais vasto que é o da Comunidade de Povos de Língua Portuguesa, com assimetrias significativas, é fato, mas que beneficiarão, decerto, a haver uma ulterior aproximação institucional, do que Brasil e Portugal se propuserem empreender no domínio de que se trata.

Mas que se evite o que a União Europeia ora se propõe – edificar um direito uniforme em ordem à consecução de um Mercado Comum, de um Mercado Interno, em suma, com base numa sorte de menor denominador comum, moldado mais aos interesses dos agentes económicos do que dos consumidores. E não se olvide que a União Europeia, em sucessivos instrumentos normativos (a principiar pelo Tratado de Lisboa, hoje por hoje o alicerce por excelência do edifício europeu), invoca sistematicamente o mais elevado nível de proteção, quando o denega clamorosamente ao editar directivas-quadro que estabelecem um modelo de direito uniforme aferido pelo menor denominador comum em detrimento de direitos mais confortáveis já em vigor em determinados Estados-membros...

A tendência, como se vem sustentando, será a de outorgar os direitos *mais valiosos* susceptíveis de se compaginar com a condição dos cidadãos-consumidores em qualquer latitude, não se justificando uma qualquer diferenciação por continentes, regiões ou espaços geográficos restritos. Ponto é que a efetividade dos direitos se torne em desafio permanente a que ninguém se permita eximir, utopias à parte!

Coimbra e Villa Cortez, junho de 2011

*Mário Frota*  
Presidente do Conselho Diretor

# A PROTEÇÃO DO SOBRE-ENDIVIDADO NO BRASIL

À LUZ DO DIREITO COMPARADO

**FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO**

Presidente da Câmara Recursal dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro

Pós-graduado em Direito do Consumo

Investigador principal do CEDC – Centro de Estudos de  
Direito do Consumo de Coimbra

## EXCERTOS

*“O sistema de proteção da cidadania e dignidade do sobre-endividado no Brasil é desordenado e periférico, não alcançando o núcleo principal que deve assegurar a elaboração extrajudicial de um plano de renegociação e pagamento das dívidas”*

*“Os créditos são concedidos de forma irresponsável, sem garantia, nem lastro patrimonial do consumidor, o que torna desinteressante para o credor uma aventura judicial contra o devedor sobre-endividado”*

*“O consumidor sobre-endividado, ainda que sob a forma ativa, mas de boa-fé, deve ter a sua dignidade protegida contra cobranças constrangedoras e que ameacem ou perturbem a sua paz, ou tranquilidade de seu agregado familiar”*

*“Outro fator que inibe o requerimento de insolvência civil individual decorre de elemento psicológico, ou seja, a vergonha do sobre-endividado brasileiro de expor sua condição de falido perante a sociedade, impedindo a busca de uma solução definitiva para o alívio de suas dívidas”*

*“Em Portugal, o art.º 27 do Decreto-Lei 132/93 disciplinava a insolvência civil, situação que se assemelhava à do Brasil, até que adveio, no ordenamento jurídico português, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de Março”*

*“O consumidor sobre-endividado de boa-fé, tendo demonstrado animus solvendi, precisa de ajuda, orientação e aconselhamento para reorganizar a vida financeira e seu orçamento doméstico, em busca de alívio para a insolvência”*

*“A regulamentação do sobre-endividamento, a ser adotada no Brasil, deve eleger o modelo francês, combinando a prevenção e o tratamento prioritariamente em sede extrajudicial, como construção de uma ponte entre o legal e o social”*

*“Fato é que, mesmo diante da inexistência de legislação específica, o consumidor sobre-endividado brasileiro é bem protegido pelas garantias periféricas apresentadas no item 3”*

## 1. INTRODUÇÃO

O fenômeno social do sobre-endividamento no Brasil não tem recebido dos poderes constituídos – Legislativo, Executivo e Judiciário – a necessária atenção, deixando ao desamparo milhões de consumidores aflitos que não têm possibilidade de pagar suas dívidas atuais e futuras.

Os órgãos de defesa do consumidor e os sítios da internet que acolhem reclamações dos consumidores acumulam depoimentos impressionantes de pessoas desesperadas, multiendividadas, que acumulam dívidas e sofrem restrições de crédito, suspensão de serviços públicos essenciais, enfrentam problemas de impontualidade das mensalidades escolares e administram de forma caótica as cobranças dos credores.

Grande parte dos sobre-endividados é vítima de um “acidente da vida”, em razão do desemprego, de doença, de morte de um arrimo de família, de separação ou divórcio, de sinistros que levam à incapacidade total ou parcial, causas que privam a família de parte significativa da fonte de renda, impedindo o pagamento das dívidas e despesas fixas mensais do orçamento doméstico.

O acesso ao crédito fácil, a falta de informação e de educação para o consumo, a publicidade agressiva, o desejo de consumo de produtos e serviços oferecidos através de uma publicidade sugestiva fazem com que os consumidores se endividem progressivamente até deixarem de ter capacidade de honrar seus compromissos, sendo “lançados” no sobre-endividamento, o que significa a “impossibilidade global do devedor pessoa-física, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo” (Marques, Claudia Lima, 2006)<sup>1</sup>.

O presente trabalho analisa o grave fenômeno social do sobre-endividamento do consumidor e empresta um enfoque multidisciplinar que visa atingir todas as formas de tutela e remédios ao alcance dos consumidores para alívio dos sobre-endividados, cuja proteção não se limita à existência ou não de lei específica de tratamento do sobre-endividamento. O trabalho exalta a importância de se ampliar o espectro de proteção do consumidor de boa-fé que sofre com a indigna e humilhante situação do sobre-endividado, que ofusca a sua cidadania (Gaulia, Cristina, 1999):

A incapacidade de lidar o cidadão com suas dívidas, a redução de economias individuais a zero ou a patamares negativos, a inserção do consumidor nos cadastros de inadimplentes, o corte de serviços essenciais, a dependência/submissão do indivíduo ao gerente de banco, a impossibilidade de estabelecer prioridades por falta absoluta de dinheiro e crédito, a falta de opções para o pagamento parcelado dos débitos salvo os apresentados pelas instituições financeiras, conduzem a uma retração da cidadania e a uma inequívoca situação de indignidade<sup>2</sup>.

O sistema de proteção da cidadania e dignidade do sobre-endividado no Brasil é desordenado e periférico, não alcançando o núcleo principal que deve assegurar a elaboração extrajudicial de um plano de renegociação e pagamento das dívidas. Tampouco garante acesso à Justiça que permita a exoneração de parte do passivo restante, para o recomeço e alívio da vida financeira do sobre-endividado, livrando-o das dívidas (*fresh start*).

O trabalho analisa o inexpressivo uso de ações de cobrança e de execuções de fornecedores contra os devedores insolventes multiendividados e o quadro normativo que protege o sobre-endividado no Brasil, com acentuado grau de intervenção do Estado na área da defesa do consumidor e do cidadão. Os mecanismos periféricos de defesa do devedor impressionam pela variedade e profundidade, já

Grande parte dos sobre-endividados é vítima de um “acidente da vida”, em razão do desemprego, de doença, de morte de um arrimo de família, de separação ou divórcio

que existem diversas formas de tutela, que são extremamente importantes para preservação da dignidade do consumidor sobre-endividado, senão vejamos:

A proibição da penhora de salários, prevista no art.º 649 do CPC;

A proibição de penhora do bem de família, plasmada na Lei 8009/90;

Os devedores só podem ser mantidos no “ficheiro” (cadastro) de inadimplentes por cinco anos, nos termos do art. 43, § 1º, da Lei 8.078/90;

Os devedores estão protegidos de eventuais cobranças abusivas e constrangedoras, pelos art. 42, § único, e art. 71 do Código de Defesa do Consumidor;

A vedação de débito superior a 30% do salário ou da pensão do funcionário público no crédito consignado, segundo a Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003;

A ação revisional do art.º 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor para modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas;

O processo de insolvência civil individual, regulado no Código de Processo Civil (art.ºs 748 a 785 do CPCB);

Os núcleos de atendimento dos sobre-endividados dos Procons e das Defensorias Públicas.

Pretende-se mostrar que os consumidores brasileiros, por seu turno, não se socorrem de processos de insolvência civil individual, previstos no Código de Processo Civil (art.ºs 748 a 785 do CPC brasileiro), porque, para além da vergonha de se considerarem falidos, os sobre-endividados se sentem protegidos pelo

sistema defensivo periférico que se enuncia supra. Ademais, o processo brasileiro de falência individual equivale a uma execução de iniciativa do próprio devedor, com vencimento antecipado das obrigações vincendas e liquidação do seu patrimônio, sem qualquer possibilidade de exoneração de parte do passivo.

O trabalho retrata o quadro singular de inércia das instituições de crédito, das sociedades financeiras e dos fornecedores de crédito direto ao consumidor, que, diante do inadimplemento do devedor, não ajuízam ações de cobrança e de execuções contra os devedores insolventes, muito embora a lei processual lhes garanta concurso universal para execução do multiendividado (art.º 751, III, do CPC).

Os agentes econômicos não são nem criteriosos nem cautelosos na prévia análise da capacidade de endividamento do consumidor. Os créditos são concedidos de forma irresponsável, sem garantia, nem lastro patrimonial do consumidor, o que torna desinteressante para o credor uma aventura judicial contra o devedor sobre-endividado, em busca da recuperação judicial do crédito, mormente diante do quadro protetivo acima descrito. Portanto, se esse sistema desordenado de crédito eleva o risco para o financiador, a taxa de juros atinge níveis estratosféricos.

Muito embora o Brasil ainda não possua legislação específica que regule o sobre-endividamento, a dignidade do sobre-endividado está mais protegida do que em países dotados de legislação específica, mas no que se refere à possibilidade de livrá-lo das dívidas, o sistema brasileiro é falho e o consumidor sobre-endividado fica impedido de lograr alívio definitivo com a exoneração do passivo remanescente.

Buscam-se, na doutrina estrangeira, parâmetros de proteção legal do sobre-endividado, elegendo-se o modelo francês como perfeitamente compatível com o sistema protetivo extrajudicial e judicial do consumidor no Brasil, para então se discutir a necessidade de ampliação dessa “proteção periférica”, com a adoção de uma lei específica que sirva e se adapte, propugnando-se especificamente a doutrina do “*fresh start*” para garantir ao consumidor sobre-endividado uma alternativa prioritariamente extrajudicial de formulação de um plano de pagamento e de exoneração do passivo restante, em prazo razoável não superior a cinco anos.

## 2. DO CRÉDITO, ENDIVIDAMENTO E SOBRE-ENDIVIDAMENTO

A existência de milhares de sobre-endividados e a dificuldade de prevenção e tratamento do sobre-endividamento não autorizam o observador a presumir que o crédito ao consumidor seja nocivo.

O endividamento é um processo de antecipação de rendimentos gerador de acesso ao consumo de bens e serviços e, no contexto de crescimento econômico

e estabilidade do emprego, é altamente positivo para a economia. Não se pode demonizar o crédito. O crédito concede a oportunidade de se obter a posse ou propriedade de um bem ou usufruir de um serviço, sem dispor, de imediato, de rendimento necessário para suportar essa aquisição. O endividamento gerado pelo crédito garante o acesso aos bens de consumo e assegura qualidade de vida, dá acesso à habitação (investimento), gera negócios e receita fiscal e fomenta a produção e os serviços. Se o crédito significa dispor imediatamente de rendimento que não se possui, implica igualmente no comprometimento da renda futura.

A doutrina conceitua distintamente o sobre-endividamento ativo e passivo como o descumprimento com culpa do consumidor ou sem culpa/imprevisibilidade (desemprego, doença, divórcio, decesso, desastres).

A ampliação do conceito de sobre-endividamento para alcançar inclusive consumidores que não contraíram eventual crédito é hoje exigência do amadurecimento dos estudos sociológicos e jurídicos da crise mundial e consequência do abalo em relação às crenças de autorregulamentação e autossuficiência do mercado financeiro e de crédito.

A doutrina se apega à distinção entre sobre-endividamento passivo e ativo e sublinha a predominância das causas externas que conduzem à insolvência (Costa, Geraldo, 2006)<sup>3</sup>. A diferenciação da situação do consumidor que sofreu um drama pessoal gerador da insolvência, daquele que pode ser considerado culpado pelo acúmulo inconsiderado de dívidas inadimplidas, perde significância a cada dia, na medida em que aproximadamente 70% dos consumidores são endividados passivos (Marques, Claudia, 2006)<sup>4</sup>.

A análise dos casos concretos e das histórias pessoais dos consumidores sobre-endividados revela que muitos nem sequer contraíram crédito além das suas possibilidades e não têm condições de arcar com os encargos e as despesas mensais de seu próprio orçamento doméstico, frente aos serviços públicos essenciais de água, luz, gás, de moradia, escola e para sobrevivência da família (Frade, Catarina e Lopes, Fernanda)<sup>5</sup>.

A doutrina age com correção ao realçar a observância da boa-fé pelo consumidor sobre-endividado, traduzida em ações demonstrativas do seu *animus solvendi*, que merece apoio e crédito para reorganizar sua vida financeira e melhor planejar seu orçamento doméstico (Marimpietri, Flavia, 2009)<sup>6</sup>.

O papel do fornecedor, nesse realístico contexto de “fenômeno social”, assume maior relevo, na medida em que muitos créditos são concedidos de forma irresponsável, sem qualquer comprovação de renda pelos candidatos ao crédito (Cavallazzi, Rosângela, 1996)<sup>7</sup>, e sem que o fornecedor tenha realizado

uma análise criteriosa da capacidade de endividamento do consumidor (Costa Mariana, 2010)<sup>8</sup>, devendo o empreendedor ambicioso se tornar corresponsável pela insolvabilidade do consumidor.

Há necessidade de se investigar a parcela de responsabilidade do financiador do crédito, para fazê-lo responder também pela insolvência decorrente do crédito concedido de forma irresponsável.

Portanto, a prevenção do sobre-endividamento exige o protagonismo do Estado na fiscalização das entidades financeiras e de crédito, como garantidor da livre e consciente decisão do consumidor, que tem direito à informação prestada de forma correta e suficiente. O dever de aconselhamento obriga o fornecedor a orientar a ação do consumidor, adaptando a informação à capacidade de compreensão do destinatário. O fornecedor de crédito deve se inteirar da situação do consumidor, analisando suas necessidades e emitindo opinião sobre a maneira

### Os agentes econômicos não são nem criteriosos nem cautelosos na prévia análise da capacidade de endividamento do consumidor

mais adequada de satisfazê-las. O empreendedor deve se certificar de que o consumidor compreendeu a solução proposta e apropriada às necessidades do outro contratante (Boucard, François *apud* Lima, Clarissa e Bertoncello, Karen)<sup>9</sup>.

O agente econômico não é fornecedor de dinheiro como produto. A obrigação do fornecedor de crédito é a de prestação de serviços especializados na concessão do crédito. Portanto, a qualidade do serviço deve ser aferida pela acuidade na análise da capacidade de endividamento do consumidor, na garantia de idoneidade e confiança em relação àquele que toma o empréstimo, o crédito irresponsável deve ser duramente combatido:

A sociedade atual, do consumo em massa, da contratação em massa, prescinde de garantias, confiança, reflexão. A oferta e a publicidade são persuasivas, e se bastam por si mesmas, para um e outro lados da contratação: “o Sr. só vai começar a pagar daqui a três meses”, “a gente faz consignação em folha, a Sra. nem vai sentir que está pagando”, ou, “até o fim do ano, eu liquido a fatura”. Como qualquer produto à venda no mercado, o crédito precisa, pois, da OFERTA e da PUBLICIDADE. E justamente a partir da explosão de ofertas, e da massiva publicidade sobre o crédito fácil e o sonho de deixar de ser um excluído, é que nasce o grande perigo para o *homo consumericus*. Atordoado pela oferta abundante e pela publicidade muitas vezes enganosa, até por omissão, e quase sempre abusiva, o consumidor se deixa atrair para esse novo mundo do qual ele quer tanto fazer parte: o mundo da felicidade líquida, usando expressão de Zygmunt Bauman<sup>10</sup>.

A concessão do crédito ao consumo exige do mutuante responsável a verificação criteriosa e prévia da solvabilidade do consumidor<sup>11</sup>, além da obrigação de aconselhamento (Pereira, Wellerson, 1996):

É de notar a decisão da Corte de Cassação que, constatando a negligência de um fornecedor de crédito imobiliário pela ausência de avaliação da capacidade de reembolso do consumidor, estabeleceu pela primeira vez em 27.06.1995, sob os aludidos fundamentos jurídicos, a responsabilidade da instituição de crédito pelo agravamento da situação financeira do consumidor, cujo montante indenizatório teria o mesmo valor do capital emprestado<sup>12</sup>.

A crise hipotecária da América do Norte é exemplo didático da concessão de crédito de forma irresponsável e da necessidade de corresponsabilização do credor hipotecário pela quebra dos contratos de financiamento imobiliário, por inadimplência involuntária do mutuário.

Essa equação foi revelada pela denominada “crise do *subprime*”, em que consumidores da América do Norte realizaram a segunda ou terceira hipoteca sobre o imóvel próprio ou financiado, desvalorizado com a crise econômica e foram surpreendidos por dívidas superiores ao valor venal do imóvel. Estes consumidores não podem ser exclusivamente responsabilizados pela insolvabilidade de suas dívidas, porque foram iludidos pelos fornecedores que, como especialistas nesse segmento de mercado, deveriam ter tido a cautela de prever o inevitável colapso do sistema piramidal de créditos impagáveis, sem suficiente garantia real, causando a ruína e o desalojamento de milhares de famílias que perderam seus lares, por acreditarem em um cenário ideal e irreal, só imaginado pelos mutuantes. A conduta do credor hipotecário, em tais casos, o torna responsável pelo crédito concedido sem observância dos deveres da informação e aconselhamento.

No particular é esclarecedor o magnífico trabalho da União Internacional de Consumidores que iniciou nos Estados Unidos um projeto especial para gravar em vídeo histórias de indivíduos sobre-endividados como resultado do inadimplemento das hipotecas:

Estas são histórias pessoais de vários indivíduos cujas experiências refletem as muitas maneiras nas quais hipotecas abusivas foram contratadas por uma enorme quantidade de indivíduos, afetando diversas comunidades e a economia americana. Em 2008, 2,3 milhões de imóveis foram alvo de execuções de hipotecas nos Estados Unidos. Houve um aumento de 81% por cento em relação a 2007 e

O sistema brasileiro é falho e o consumidor sobre-endividado fica impedido de lograr alívio definitivo com a exoneração do passivo remanescente

aumento de 225% em relação a 2006. Para além das estatísticas, estas são pessoas reais, as famílias reais lutando para manter o bem mais precioso que possuem. Sob pressão para fazer face às despesas para pagar suas hipotecas e alimentarem seus filhos, estas são as histórias de pessoas orientadas por práticas de empréstimos predatórios e forçadas a tomarem decisões difíceis<sup>13</sup>.

### 3. DA PROTEÇÃO AO SOBRE-ENDIVIDAMENTO NO BRASIL

Os sítios da internet que acolhem reclamações dos consumidores acumulam depoimentos impressionantes de consumidores multiendividados, desesperados com dívidas atuais e futuras, sem crédito, com serviços públicos essenciais suspensos por falta de pagamento, enfrentando problemas de impontualidade das mensalidades escolares, quadro de caótica administração das cobranças dos credores.

O consumidor sobre-endividado tem sua cidadania hipotecada aos credores e sua dignidade ofuscada pela pressão por eles exercida, equação que descortina o grave fenômeno social do sobre-endividamento, exigindo urgente resposta por parte dos poderes constituídos - Legislativo, Executivo e Judiciário - para que emprestem enfoque multidisciplinar ao sobre-endividamento, buscando formatar um sistema eficaz que reúna todas as formas de tutela e remédios disponíveis aos consumidores, cuja proteção não se limita à existência ou não de lei específica de tratamento do sobre-endividamento.

#### 3.1 DO INEXPRESSIVO USO DE AÇÕES DE COBRANÇA E DE EXECUÇÕES CONTRA OS DEVEDORES INSOLVENTES

A ausência de legislação específica protetiva do sobre-endividado no Brasil, até a presente data, retrata um quadro curioso em que os fornecedores, na sua grande maioria, concedem créditos de forma irresponsável e não ajuízam ações de cobranças e de execuções contra os devedores insolventes.

Uma parte dos sobre-endividados, no momento da concessão do crédito, já constava do cadastro de inadimplentes (ficheiro de crédito) e, portanto, já se encontrava em processo de incumprimento. Além disso, o processo judicial de cobrança tem alto custo a ser enfrentado pelos credores (Lima, Clarissa, Bertoncetto, Karen, Dall'agnol, Maria, 2009)<sup>14</sup>, o que explica o desinteresse pela cobrança e execução judicial do devedor mutiendividado, muito embora a lei processual lhes garanta o concurso universal (art.º 751, III, do CPC).

Nesses casos, os credores têm consciência de que não havendo prévia e criteriosa análise da capacidade de endividamento do consumidor, já que o crédito foi concedido de forma irresponsável, o sobre-endividamento decorre do acúmulo

de juros extorsivos que fazem com que os devedores, sem garantia nem lastro patrimonial, não possuam condições de saldar suas dívidas.

### 3.2 DA PROIBIÇÃO DA PENHORA DE SALÁRIOS

Como consectário da garantia constitucional à dignidade da pessoa humana, prevista no inciso III, art.º 1.º, da Constituição Federal, e em observância à natureza alimentar do salário, o sistema jurídico protege os endividados com a impenhorabilidade de tais proventos:

Art.º 649. São absolutamente impenhoráveis: (...)

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia; VII - as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou da sua família; VIII - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006). § 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. (Incluído pela Lei n.º 11.382, de 2006).

Trata-se da mais importante tutela dos direitos fundamentais do cidadão, para preservação de uma condição digna de vida, para assegurar a sua subsistência e de seu agregado familiar, garantindo alimentação, habitação, higiene, transporte, educação e demais exigências mínimas.

### 3.3 DA VEDAÇÃO DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA

O rol das garantias legais e processuais do devedor brasileiro conta ainda com a impenhorabilidade do bem de família, prevista na Lei 8.009/90.

O consumidor endividado goza da garantia de preservação do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à exceção do crédito hipotecário privilegiado, nos termos da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família:

Art.º 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o

qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Art.º 2.º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos. Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo. Art.º 3.º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza...

A proteção também tem fundamento na dignidade da pessoa humana, postulado constitucional inscrito no art.º 5.º da Constituição Federal de 1988, de inviolabilidade da propriedade privada, colocando em primeiro plano a preservação da moradia do devedor e de sua família e em plano secundário o direito do credor decorrente do crédito inadimplido.

#### 3.4 DA CADUCIDADE DO REGISTRO NEGATIVO NO “FICHEIRO” DE INADIMPLENTES APÓS CINCO ANOS

Muito embora os endividados não gozem de crédito durante o período de incumprimento, em razão de figurarem no ficheiro de inadimplentes, a restrição de crédito só pode ser mantida por cinco anos, nos termos do art.º 43 § 1.º da Lei 8.078/90:

Art.º 43 - O consumidor, sem prejuízo do disposto no Art.º 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1.º - Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 (cinco) anos.

A manutenção do registro desabonador no ficheiro tem o objetivo de proteção do mercado de crédito, possibilitando que os agentes econômicos consultem a lista de inadimplentes, evitando assim a concessão crédito de forma irresponsável, para candidatos que não reúnam condições de honrar as obrigações assumidas.

Portanto, o Código do Consumidor estabelece cinco anos como prazo limite de restrição de crédito em ficheiro público negativo, reputando como período máximo necessário para a finalidade restritiva a que se destina.

#### 3.5 DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DO SOBRE-ENDIVIDADO CONTRA COBRANÇAS ABUSIVAS E CONSTRANGEDORAS

O Código de Defesa do Consumidor protege o sobre-endividado de cobranças abusivas e constrangedoras, nos termos dos art.ºs 42, § único, e 71:

Art.º 42 - Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. Lei 8078/90

Art.º 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Nesse contexto mais amplo de rediscussão do sistema de crédito responsável, a dignidade do consumidor sobre-endividado deve ser protegida e preservada preventivamente, já que ele é vítima de um sistema liberal de crédito, injusto e cruel, segundo regras de mercado impostas por segmentos econômicos poderosíssimos, que se valem de *marketing* agressivo e de técnicas comerciais egoísticas e desleais, visando exclusivamente o lucro ilimitado do empreendedor econômico, sem freios inibitórios éticos e morais.

As impagáveis dívidas acumuladas, em tais casos, não podem ser cobradas indefinidamente e de forma constrangedora, devendo o direito positivo proteger a dignidade do consumidor endividado, sob pena de se frustrar o papel imparcial do Estado, garantidor do direito da personalidade do cidadão, que se alberga nas constituições modernas.

O consumidor sobre-endividado, ainda que sob a forma ativa, mas de boa-fé, deve ter a sua dignidade protegida contra cobranças constrangedoras e que ameacem ou perturbem a sua paz, ou tranquilidade de seu agregado familiar. As leis e códigos de defesa do consumidor e as legislações de sobre-endividamento devem conter regras que inibam os fornecedores de realizar cobranças constrangedoras, a exemplo da proteção já existente no Brasil<sup>15</sup>.

A América do Norte, em que pese seu pioneirismo no acesso ao crédito e o vanguardismo na criação dos “cartões de crédito”, não nos serve como exemplo de sistema garantidor da dignidade do consumidor sobre-endividado, pois não oferece um modelo protetivo compatível com a tradição constitucional brasileira de defesa da dignidade do cidadão, já que admite cobrança extrajudicial por carta hostil com pedido de pagamento: os credores procuram outros métodos para recuperar o dinheiro devido, incluindo telefonemas, visitas pessoais, ameaças de ação judicial e as comunicações com a entidade patronal, vizinhos, clientes ou fornecedores e não é raro o cometimento de abusos por parte do credor ou

seu agente. A comunicação ao empregador que o trabalhador não pagou as suas dívidas é utilizada como tática de cobrança, através de pressão indireta sobre o empregado. Os empregadores, por sua vez, querem evitar o incômodo e os custos de penhora de salários. Há casos de constatação de invasão de privacidade através de chamadas para os vizinhos do devedor, publicação do nome do devedor e do montante da dívida em jornal e aviso sobre o endividamento no estabelecimento do credor. Só quando essas comunicações são “extremas e escandalosas” e resultam em sofrimento emocional, o devedor pode se legitimar a uma indenização com base na teoria da imposição intencional de sofrimento mental (Epstein, David, 2005)<sup>16</sup>.

A cobrança que assume contornos humilhantes é tema de controvérsia nos Estados Unidos da América<sup>17</sup>, como nos dá notícia a matéria publicada do jornal

A concessão do crédito ao consumo exige do mutuante responsável a verificação criteriosa e prévia da solvabilidade do consumidor

brasileiro *O Globo*, em 17 de março de 2010, de onde se extrai que existem sistemas de imobilização de veículos usados para alertar motoristas de atrasos nos pagamentos de seus carros:

EUA - Ataque de hacker deixa mais de 100 carros sem funcionar no Texas. Um *cyber* invasor deixou mais de 100 automóveis sem funcionar ou com as buzinas fora de controle em Austin, Texas, ao tomar o controle de um sistema de imobilização de veículos usado para alertar motoristas de atrasos nos pagamentos de seus carros. Omar Ramos-Lopez, de 20 anos, foi preso pela

Unidade de Crime de Alta Tecnologia da Polícia de Austin. Ele foi demitido da Texas Auto Center no mês passado e teria pregado a peça para se vingar de seu ex-empregador. “Alguns clientes nos ligavam reclamando de buzinas tocando no meio da noite. A única opção que eles tinham era remover a bateria” - disse Martin Garcia, gerente da Texas Auto Center, à revista *Wired*. O serviço de imobilização remota começou a ser utilizado nos EUA há cerca de 10 anos. Ele ainda causa polêmica por ser considerado humilhante e prejudicar devedores que estejam em uma situação de emergência. Pelo sistema, chamado *Webtech Plus*, uma pequena caixa preta é instalada no carro. Ela responde a comandos de um website central, enviados por uma rede sem-fio. O vendedor pode desativar o sistema de ignição do carro ou ligar a buzina para lembrar pagamentos atrasados. As reclamações de clientes da Texas Auto Center começaram na última semana de fevereiro e pararam quando a senha do *Webtech Plus* foi modificada. A polícia então foi atrás dos registros de acesso e rastreou o endereço IP do sabotador até a conexão de Ramos-Lopez. A conta dele havia sido fechada, mas ele tinha

informações de acesso de outro funcionário. Pela molecagem, Ramos-Lopez vai responder por invasão de sistema de computador<sup>18</sup>.

O fornecedor, no segmento de mercado financeiro e de crédito, precisa compreender que o dever de colaboração com o sobre-endividado persiste mesmo após o inadimplemento, razão pela qual não se justifica a cobrança constrangedora ou humilhante. A conduta do credor deve se dirigir para a mediação extrajudicial, com vistas ao refinanciamento e novo parcelamento do débito, sob pena de o empreendedor assumir o risco inerente à álea de cobrança judicial da dívida ou de sofrer inibição de atos constitutivos caso o consumidor se valha de um processo de insolvência.

A importância do tema justificaria mais atenção da doutrina especializada pela proteção ao endividado contra cobranças constrangedoras, como ferramenta efetiva e eficiente de proteção permanente do consumidor.

### 3.6 DA LIMITAÇÃO DE DESCONTO MENSAL A 30% DO SALÁRIO OU DA PENSÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO CRÉDITO CONSIGNADO

No crédito consignado, o pagamento das parcelas do mútuo tem a garantia de desconto mensal do financiamento diretamente em folha de pagamento do salário do servidor público.

A Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003, dispõe sobre o limite máximo de comprometimento do salário, fixando-o em 30%, ainda que existam sucessivos créditos de uma mesma entidade financeira ou de várias e a jurisprudência também estendeu esse limite para os mútuos bancários com débito em conta corrente<sup>19</sup>.

### 3.7 DA AÇÃO REVISIONAL PARA MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS QUE ESTABELEÇAM PRESTAÇÕES DESPROPORCIONAIS OU EXCESSIVAMENTE ONEROSAS

O Poder Judiciário tem, na ação revisional, do art.º 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor, papel de relevo para intervir no contrato e promover a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas.

Trata-se da teoria da quebra da base jurídica do negócio. Na realidade socioeconômica brasileira, o endividamento do consumidor tem como uma de suas causas “um contrato desequilibrado em sua economia interna” (Pereira, Weller-son, 2006).

Portanto, nos casos de desequilíbrio econômico e onerosidade excessiva, justifica-se a intervenção do juiz no conteúdo contratual em defesa do sobre-endividado, especialmente ante a inexistência de lei específica que o proteja.

### 3.8 DA OBSOLÊNCIA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA CIVIL INDIVIDUAL REGULADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O sobre-endividamento no Brasil, diante da anomia, fenômeno brasileiro onde inexistente legislação específica protetiva do sobre-endividado, é singular porque o consumidor, por sua vez, também não se prevalece do processo de insolvência civil individual previsto no Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 748 - Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem a importância dos bens do devedor.

Art. 750 - Presume-se a insolvência quando:

I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;

II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no Art.º 813, I, II e III.

Art. 751 - A declaração de insolvência do devedor produz:

I - o vencimento antecipado das suas dívidas;

II - a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora, quer os atuais, quer os adquiridos no curso do processo;

III - a execução por concurso universal dos seus credores.

Art. 752 - Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.

O processo de insolvência civil previsto no ordenamento processual está obsoleto, o legislador modernizou a norma comercial equivalente, criando o processo de recuperação de empresas da Lei 11.101/05, mas nada previu sobre a insolvência das pessoas naturais.

A insolvência civil de pessoas naturais permanece no estatuto processual de 1973, e muito embora contenha previsão de extinção das obrigações em cinco anos após o encerramento do processo de insolvência, na forma dos art.ºs 777 a 779 do CPC, ela se assemelha a uma execução por iniciativa do devedor, com vencimento antecipado das obrigações e liquidação total do passivo, não permitindo a formulação de um plano de pagamento pelo devedor e tampouco autorizando a exoneração do passivo remanescente.

Outro fator que inibe o requerimento de insolvência civil individual decorre de elemento psicológico, ou seja, a vergonha do sobre-endividado brasileiro de expor sua condição de falido perante a sociedade, impedindo a busca de uma solução definitiva para o alívio de suas dívidas. De fato, tal fenômeno é retratado nos Estados Unidos onde a experiência de requerimento de falência é tratada como um caso vergonhoso:

O ajuizamento do processo de insolvência (bancarrota) continua a ser uma afirmação de evidente fracasso. A insolvência é uma questão submetida a registro público e que pode aparecer em um relatório de crédito por dez anos. Alguns jornais locais imprimem listas dos nomes dos devedores. Alguns empresários e entidades patronais não empregam ou contratam indivíduos que tenham sido devedores. Embora seja possível a obtenção de crédito, se torna mais gravoso (score). Várias inscrições e candidaturas para emprego contêm perguntas se o candidato se valeu de processo de insolvência individual (falência)<sup>20</sup>.

É compreensível que o sobre-endividado se acomode na “pseudo zona de conforto” criada pela equação decorrente do inexpressivo uso de ações de cobranças e de execuções contra os devedores insolventes em cotejo com as normas protetivas, consideradas como difusas, já analisadas. Por outro lado, essa “confortável” apatia, em nada beneficia sua situação de devedor, vez que suas dívidas permanecem, o que impossibilita a exoneração de parte do passivo restante, para o recomeço e alívio de sua vida financeira, livrando-o das dívidas (*fresh start*) e sua reintegração plena na vida econômica.

### 3.9 DOS NÚCLEOS DE ATENDIMENTO AOS SUPERENDIVIDADOS

O tratamento do sobre-endividado no Brasil possui tímida rede de política pública de defesa e proteção do consumidor endividado, que inclui entidades governamentais de defesa do consumidor, como as Defensorias Públicas dos estados e os Procons, instituições que estão se organizando para ajudar a orientar os já endividados<sup>21</sup>.

O pioneiro Projeto-Piloto de Tratamento de Situações de Superendividamento do Consumidor foi instalado no Rio Grande do Sul, por iniciativa das magistradas Clarissa Costa de Lima e Karen Rick Danilevitz Bertoncello, para dar apoio ao consumidor na recuperação do crédito, educar para o consumo sustentável e uso do crédito consciente, bem como orientar a elaboração de orçamento doméstico e mediar a negociação das dívidas junto aos credores envolvidos<sup>22</sup>.

O segundo Projeto de Núcleo de Defesa do Consumidor Superendividado foi implantado pelos defensores públicos Lincoln Jamellas e Marcella L. de C. Pessanha Oliboni, no Rio de Janeiro, na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (NUDECON) e incluído no Programa “Boas Práticas do Judiciário” 15 - Parte 2 do CNJ<sup>23</sup>.

A Fundação PROCON de São Paulo implantou o projeto chamado “Núcleo de Superendividamento” que objetiva orientar, informar e conscientizar os consumidores além de auxiliar na negociação de suas dívidas junto aos credores

envolvidos<sup>24</sup>.

No Paraná, o Projeto de Tratamento de Superendividados foi instalado em 29 de abril de 2010, pela juíza Sandra Bauermann, no 1.º JEC de Curitiba, em parceria com a Escola da Magistratura do Paraná, responsável pela capacitação e disponibilização de alunos do curso de preparação à magistratura para atuarem como conciliadores voluntários e disponibilização das salas de audiências da EMAP para realização das audiências de renegociação/conciliação<sup>25</sup>.

## 4. DA BUSCA DO MELHOR MODELO PARA O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

### 4.1 DA REGULAMENTAÇÃO DO SOBRE-ENDIVIDAMENTO COM PREDOMINÂNCIA DE TRATAMENTO EXTRAJUDICIAL

Não é possível a simples importação de um modelo de insolvência civil, para implantá-lo em sistema diverso. Em países com avançados sistemas judiciais, uma abordagem judicial é viável; em nações, porém, sem um sistema judicial bem desenvolvido ou sem um bom funcionamento do sistema judicial, a falência do consumidor precisa ser dirigida para uma espécie de órgão administrativo (Gross, Karen, 1999)<sup>26</sup>. O modelo deve ser adaptado para o contexto do sistema legal protetivo do país que pretende implantar uma legislação específica de sobre-endividamento. Ele necessita de se amoldar na sociedade em que está sendo adotado, sendo desenvolvido para trabalhar a partir de uma perspectiva prática que precisa levar em consideração a disponibilidade ou não de uma estrutura extrajudicial de tratamento que capacite e treine conselheiros e mediadores de sobre-endividamento e principalmente a sensibilidade e capacidade do Poder Judiciário de absorver essa nova demanda de processos de insolvência.

Os modelos existentes para tratamento do sobre-endividamento são o da “*fresh start policy*” e o “sistema da reeducação”. O primeiro trata o sobre-endividamento como um risco associado à expansão do mercado financeiro e, por isso, aposta na socialização do risco de desenvolvimento do crédito, concebendo uma responsabilidade limitada para o consumidor. Os bens do devedor são liquidados para o pagamento das dívidas possíveis, restando perdoadas as demais. O segundo está fundado na ideia de que o consumidor falhou e necessita de ser reeducado, sendo obrigado a pagar suas dívidas com patrimônio presente e rendimento futuro por meio de um plano de pagamento acordado com os credores (Lima, Clarissa, Bertocello, Karen, Dall’agnol, Maria, 2009)<sup>27</sup>.

A regulamentação do sobre-endividamento deve enfrentar o problema social

e estabelecer uma ponte entre o legal e o social. O tratamento do sobre-endividamento deve ficar a cargo dos conselheiros dos endividados de forma profissional e independente, ao passo que a lei deve facilitar e fortalecer os acordos de dívida voluntariamente negociados (Huls, Nick, 1999):

“O modelo ideal é alcançado quando a lei prescreve os requisitos básicos de um acordo de dívida. O devedor tem de colocar certa parte de sua renda futura

O consumidor sobre-endividado tem sua cidadania hipotecada aos credores e sua dignidade ofuscada pela pressão por eles exercida

à disposição dos seus credores durante um período máximo de quatro anos. Além disso, o devedor deve vender os seus bens não-isentos. Esta abordagem (uma combinação do Capítulo 7 e 13 do *American Bankruptcy Code*) é respeitada pelo direito francês e no direito alemão e holandês. A combinação do produto da liquidação e do rendimento disponível futuro distribuído entre os credores. Esta combinação de liquidação e de um plano de reorganização tem duas vantagens: impede o requerimento de falência por parte dos consumidores e visa proporcionar rendimentos substanciais para pagamento dos credores, que se aproveitam de todos os recursos do

devedor em conta. Em contrapartida do comprometimento de sua renda futura e seus bens não isentos, com base em um plano aprovado, o devedor recebe o perdão da dívida remanescente após período que não deverá exceder quatro anos”.

Como defendem também Maria Manuel Leitão Marques e Catarina Frade, do Observatório do Endividamento dos Consumidores da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, é desejável

que o tribunal funcione, em regra, como instância de recurso e não como instância principal, por duas ordens de razões. Uma diz respeito à maior formalidade, distanciamento e estigmatização que decorre de uma ida a tribunal, aspectos que não são tão perceptíveis em procedimentos conciliatórios ou mediados que, por isso, favorecem a procura do consenso e a manutenção de uma relação entre as partes. Outra decorre do facto de os tribunais, designadamente os tribunais ordinários, não estarem nem sensibilizados, nem sobretudo apetrechados para conseguirem dar uma resposta não apenas justa, mas também célere e, assim, eficaz. A título de exemplo, refira-se que, na Noruega, onde o sistema criado para tratar o sobre-endividamento é judicial, a duração média de *quatro* meses para este processo foi considerada excessiva, tendo-se definido como meta a atingir os três meses. Nos nossos Tribunais de Comércio, que são tribunais especializados, o processo de insolvência das pessoas singulares nunca demorava, em média, menos de um ano<sup>28</sup>.

## 4.2 DO MODELO DE FALÊNCIA INDIVIDUAL NA FRANÇA

O sistema francês de tratamento do sobre-endividamento, criado pela Lei Neiertz, foi incorporado no Código do Consumo (Code de la Consommation) e protege a pessoa natural (singular), de boa-fé, em relação às dívidas não profissionais, exige que a má-fé seja alegada e provada pelo credor (nem o juiz a pode arguir de ofício), evita a utilização do Poder Judiciário (juiz da execução) e prioriza a conciliação administrativa em sede extrajudicial, perante Comissões Governamentais de Sobre-endividamento, onde o processo se inicia e pode acabar sem intervenção judicial, para obtenção de um plano de pagamento parcelado das dívidas (à exceção de dívidas de alimentos, débitos fiscais e parafiscais) de até oito anos, deixando o endividado com recursos equivalentes ao mínimo necessário (Paisant, Gilles):

Mais especificamente, dois novos procedimentos foram criados: o ‘acordo amigável’ e ‘direcionamento para o tribunal civil’. O amigável tende a buscar uma reconciliação entre o devedor e seus principais credores. Este processo ocorre antes de uma Comissão Administrativa de Sobre-endividamento, na Comissão Departamental. Estas comissões - atualmente 117 - foram criadas por razões de economia processual, para evitar o julgamento pelos juízes. Note-se que, hoje, em França, há o mesmo número de juízes de há um século (...) e todos estão sobrecarregados. É mais barato criar comissões do que contratar novos juízes: o orçamento da Justiça, em França, representa apenas 1,5% do orçamento nacional. (...) Estas comissões consistem na representação departamental do Banco de França. ... Se o acordo for celebrado por intermédio da Comissão, é apresentado como um contrato que deve ser cumprido. Se não houver conciliação, poderá solicitar o exame do juiz do Tribunal Cível. O juiz competente é o juiz de instância. Cabe a ele pronunciar-se sobre as medidas para restaurar a situação patrimonial do devedor entre todas as expressamente previstas por lei. Pode-se começar a recorrer ao juiz para desfrutar de uma tutela judicial civil, mas, neste caso, deve-se, sem exceção, transferir o processo para a comissão tentar uma solução amigável. Esses dois procedimentos foram um êxito imediato. Entre 1 de março de 1990 e o final desse ano, foram iniciados 90 000 pedidos nas diversas comissões<sup>29</sup>.

## 4.3 DO MODELO DE FALÊNCIA INDIVIDUAL NOS EUA

O Código da Insolvência Civil nos EUA faculta aos sobre-endividados o direito de conquistar alívio para as suas dívidas, optando pela liquidação do patrimônio não garantido, que excede o limite de isenção de cada estado, para pagamento dos credores ou pelo comprometimento de renda futura. Os devedores unciável de escolher entre essas duas alternativas previstas nos

Capítulos 7 e 13.

A solução prevista no Capítulo 7 não envolve a apresentação de um plano de pagamento, cabendo ao administrador da falência reunir e vender os bens não isentos do devedor e distribuir o produto arrecadado para pagar aos credores. A parte dos bens do devedor sujeitos a penhoras e hipotecas estará afetada exclusivamente a estes credores privilegiados. Além disso, o Código de Falências permite ao devedor manter certos bens de valor inferior à isenção do estado, mas o administrador liquidará os bens remanescentes do devedor. Assim, os devedores que optarem pelo Capítulo 7 correm o risco de perda da propriedade não garantida de valor superior à isenção.

A previsão do Capítulo 13 adota o comprometimento da renda futura, com preservação do patrimônio que exceda a isenção do Estado. A virtude do Capítulo 13 para o devedor particular é a abertura da oportunidade de salvar seu imóvel da execução hipotecária, através de um plano de pagamento com grave comprometimento da renda futura.

A falência individual tem o propósito de quitar as dívidas do sobre-endividado de boa-fé, com exoneração do passivo restante, para lhe garantir o “fresh start”, não incluindo dívidas de alimentos, impostos, dívidas de cunho educacional ou empréstimos feitos ou garantidos por unidade governamental, as dívidas decorrentes de lesão intencional e maliciosa do devedor, débitos por morte ou danos pessoais causados pelo devedor conduzindo veículo embriagado e as dívidas criminais. O devedor continuará a ser responsável por esses tipos de dívidas não quitadas no Capítulo 7.

A insolvência do Capítulo 7 suspende automaticamente a maioria das ações de cobrança contra o devedor e impede constrição de bens do devedor apenas por um curto período de tempo. Enquanto a suspensão vigorar, os credores não podem iniciar ou continuar ações, penhorar o salário ou realizar cobranças telefônicas exigindo pagamentos. O secretário de falência intima todos os credores cujos nomes e endereços são fornecidos pelo devedor.

#### 4.4 DO MODELO DE FALÊNCIA INDIVIDUAL EM PORTUGAL

Em Portugal, o art.º 27 do Decreto-Lei 132/93 disciplinava a insolvência civil, situação que se assemelhava à do Brasil, até que adveio, no ordenamento jurídico português, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de Março.

Este diploma implantou o sistema misto de reestruturação dos débitos dos sobre-endividados pelo plano de pagamento, combinado com a doutrina norte-americana do “fresh start”, e submete a arbitramento judicial, sob condições

rigorosas, a decisão liminar de exoneração do passivo restante após cinco anos, caso os créditos da insolvência não tenham sido integralmente satisfeitos.

O CIRE condiciona a exoneração do passivo restante à prova de boa-fé, nos Capítulos I e II, do Título XII, art.ºs 235 a 248, adotando o elemento subjetivo sujeito ao livre convencimento judicial, para conjugar o princípio fundamental do ressarcimento dos credores com a atribuição aos devedores singulares insolventes da possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas.

O art.º 238 estabelece, na alínea d) do nº 1, outra condição que determina o indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante: deve ser indeferido o pedido se “o devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores”.

O consumidor  
endividado goza  
da garantia de pre-  
servação do imóvel  
residencial próprio  
do casal, ou da  
entidade familiar

As duas condições - de boa-fé e tempestividade do ajuizamento da insolvência a partir de um termo a quo de conceito indefinido - são aplicadas com rigor pelo Poder Judicial português, que parece nada sensibilizado para a gravidade e dimensão do “fenômeno social”, restringindo o número de sobre-endividados que alcançam a exoneração do passivo restante.

O plano de pagamento, previsto nos art.ºs 249 a 263, é submetido aos credores e pode conter moratórias, remissões, descontos e traduz vantagens para ambos, na medida em que acelera a solução do sobre-endividamento, pela via da autocomposição.

A obtenção da exoneração do passivo restante exige que, após o processo de insolvência, o devedor permaneça, por cinco anos (período de cessão), adstrito ao pagamento dos débitos não integralmente satisfeitos no processo, poupando aos credores toda a tramitação de um processo de apreensão e liquidação de bens, se abstendo da prática de atos que maculem seu nome e reputação para permitir, no termo dos cinco anos, a reintegração plena do devedor na vida económica.

Para aprimorar o sistema, logrando atingir medidas mais práticas para tratamento do sobre-endividamento, Portugal criou o “Gabinete de Apoio às Pessoas Sobreendividadas” (art.ºs 592 e 593 do CIRE), como órgão auxiliar do juiz, com o papel de diligenciar informações e mediar um plano de reestruturação do passivo para fins de acordo (art.º 618).

#### 4.5 DA PREFERÊNCIA PELO MODELO FRANCÊS E SUA ADAPTAÇÃO AO SISTEMA DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

O sobre-endividamento é um fenômeno social para o qual a lei brasileira não previu ainda uma resposta adequada, mas há necessidade urgente de introdução em nosso ordenamento de um sistema de proteção ao consumidor sobre-endividado para se “evitar a morte do homo economicus”, (Lima Marques, Cláudia apud Carpena, Heloisa e Cavallazzi, Rosângela)<sup>30</sup> e preservar a dignidade do consumidor de crédito.

Nos casos de  
desequilíbrio  
econômico e one-  
rosidade excessiva,  
justifica-se a inter-  
venção do juiz no  
conteúdo contra-  
tual em defesa do  
sobre-endividado

A defesa do sobre-endividado exige a construção de um sistema protetivo que se amolde de forma realística à estrutura da sociedade em que está sendo adotado e deve ser desenvolvido para enfrentar as vicissitudes práticas da rede de defesa do consumidor disponível.

Se o Poder Judiciário se encontra assoberbado de processos, como é a realidade brasileira, em que uma eventual plethora de processos de insolvência agravaria a caótica situação de falta de uma infraestrutura judiciária e intensificaria a demora na prestação do serviço judicial, não é conveniente nem oportuna a importação de um modelo que concentre no Poder Judiciário o tratamento do sobre-endividamento, sob pena de se vulnerar os postulados de eficiência e celeridade do serviço jurisdicional.

Está em jogo interesse relevante do Estado-juiz para fins de observância do princípio constitucional da eficiência da função pública, para observância de mandamento constitucional inserido pela Emenda Constitucional 19/98, novo paradigma para mudança no perfil de administração pública que devemos interpretar como demanda de uma justiça eficiente, pelo caput do art.º 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

A preocupação atende especialmente ao novo postulado inserido pela Emenda Constitucional 45, de julgamento dos processos em prazo razoável, previsto no inciso LXXVIII do art.º 5.º da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.”

Em países com sistema judicial relativamente eficiente como nos EUA, a priorização da solução judicial é justificável, como ocorre com o Bankruptcy

Code. Já em nações sem um sistema judicial bem desenvolvido ou sem um bom funcionamento do sistema judicial, a falência do consumidor deve ser prioritariamente extrajudicial, como no modelo francês. No caso brasileiro, especialmente ante a existência de uma rede nacional de Procons, órgãos administrativos estaduais de Defesa do Consumidor, coordenados nacionalmente pelo Ministério da Justiça, a opção deve ser orientada para a priorização da solução extrajudicial preconizada pelo modelo francês.

No Brasil está em fase de elaboração um anteprojeto de lei, elaborado pela professora Cláudia Lima Marques, que sugere a adoção de uma fase de conciliação inspirada no projeto-piloto com a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, que prevê uma audiência voluntária, em que o devedor propõe um plano de pagamento com a concordância do conjunto de seus credores.

O plano de pagamento assegura o mínimo existencial (o *reste à vivre* da lei francesa), em torno dos 30% do rendimento do consumidor. No caso de descumprimento do acordo, com força executiva, haverá intervenção judicial.

No acordo são negociados prazos mais longos e descontos da dívida e é celebrada uma cláusula de paz entre o devedor e seus credores. O devedor se obriga a não contrair novas dívidas para não piorar a sua situação. E os fornecedores retiram o nome do devedor dos ficheiros de crédito, após o primeiro pagamento.

A priorização da solução extrajudicial foi inspirada no projeto-piloto lançado pelas juízas do Rio Grande do Sul, Clarissa Costa de Lima e Karen Bertoncello, que alcança a transação em aproximadamente 60% dos casos.

O anteprojeto inspirado predominantemente pela legislação de sobre-endividamento de França e dos Estados Unidos prevê que, malgrado o acordo extrajudicial, o juiz poderá definir um plano de pagamento, com a remoção de cláusulas abusivas e sanções mais fortes, como eliminação dos juros remuneratórios, obrigando a um acordo nos casos de não comparecimento dos credores.

## 5. DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO

### 5.1 DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DOS FICHEIROS POSITIVOS DE CRÉDITO

O cadastro positivo consiste num banco de dados com informações sobre financiamentos celebrados e adimplidos, pagamentos em dia e atrasos quitados que retratarão o histórico de informações de crédito e de relações comerciais dos consumidores com outorga de crédito ou financiamento, elemento que, aliado ao cadastro negativo de aponte dos inadimplentes, permitirá ao financiador realizar criteriosa análise de crédito, com possibilidade de investigar a capacidade real de endividamento do consumidor candidato a crédito, a fim de prevenir e evitar a

inadimplência, o endividamento e o sobre-endividamento.

No Brasil, o Projeto de Lei do Senado 263, de 2004, que na Câmara dos Deputados tramitou como PL 405, de 2007, foi substituído pelo PL 85/2009 (substitutivo ao PL 836/2003, número de origem da Câmara) e pretende criar o 'cadastro positivo' nos Sistemas de Proteção ao Crédito, acrescentando ao art.º 43 do Código de Defesa do Consumidor autorização para adoção dos bancos de dados e cadastro positivo de consumidores, condicionado o registro à autorização expressa do consumidor. Espera-se com isto a queda dos juros (spread) em razão da segurança do crédito alcançada em decorrência do histórico (score) do consumidor, até porque o financiador passará a conhecer a capacidade de endividamento do candidato, em face do número de financiamentos de que ele dispõe, bem como se aguarda a ampliação do crédito, especialmente alcançando pessoas que não têm como comprovar a sua renda, mas são pontuais nos seus pagamentos.

Segundo Catarina Sarmento e Castro,<sup>31</sup>

A falência individual tem o propósito de quitar as dívidas do sobre-endividado de boa-fé, com exoneração do passivo restante

Os ficheiros de crédito são um instrumento indispensável de prevenção do sobre-endividamento do consumidor, ao ajudar à definição do risco por parte do credor .... A criação de tratamentos de dados relativos aos devedores numa relação creditícia tem uma inegável importância para a vida económica.

A doutrina estrangeira aponta para a utilização dos bancos de dados como uma das soluções a auxiliar a prevenção do sobre-endividamento.

No "Parecer do Observatório do Endividamento dos Consumidores sobre a proposta de Diretiva sobre o Crédito ao Consumidor", de 31 de outubro de 2002, se colhe que: "só os ficheiros positivos permitem aos credores um conhecimento mais aprofundado da capacidade económica de um consumidor que lhes solicita crédito".<sup>32</sup>

## 5.2 DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DAS GARANTIAS PARA OS CRÉDITOS AO CONSUMO

O estudo do problema do endividamento excessivo e a análise das formas de tratamento do sobre-endividamento descortinam uma questão fundamental acerca da ausência de garantias que amparem o crédito.

A inexistência de garantia para o financiamento da compra e venda de bens de consumo duradouros desfavorece a questão do crédito responsável na medida em que, diante do inadimplemento, tanto o devedor como o credor passam a raciocinar apenas em termos de "solvabilidade do crédito", enquanto o devedor

permanece usufruindo o bem adquirido.

A experiência norte-americana de recuperação extrajudicial (reintegração de posse) do bem financiado, por um agente de recuperação (repossession man), pode ser um caminho interessante para vincular o financiamento ao bem adquirido e para baixar o custo dos juros pela redução do tempo e dos gastos judiciais na hipótese de inadimplemento do financiamento, na medida em que a reintegração de posse é extrajudicial e terceirizada (outsourcing) e protagonizada pela parte que tenha direito de propriedade do móvel ou imóvel em questão (vendedor ou financiador) e que recupera a posse do bem sem necessidade de se valer de processo judicial.

## 6. DAS CONCLUSÕES

O consumidor sobre-endividado de boa-fé, tendo demonstrado animus solvendi, precisa de ajuda, orientação e aconselhamento para reorganizar a vida financeira e seu orçamento doméstico, em busca de alívio para a insolvência.

O modelo ideal para tratamento do sobre-endividamento deve atender aos requisitos básicos de um sistema misto que priorize o acordo de dívida em sede extrajudicial, em que o devedor liquide parte de seu patrimônio ou coloque parte de sua renda futura para pagamento dos credores durante um período máximo pré-estabelecido, não superior a cinco anos.

A priorização da solução extrajudicial tem a vantagem de evitar o requerimento de falência por parte dos consumidores e preservar rendimentos para pagamento dos credores. Em contrapartida do comprometimento de renda futura o sobre-endividado pode preservar parte de seus bens que não necessitem ser liquidados, com base num plano aprovado judicialmente. O devedor recebe o perdão da dívida remanescente após o período de cinco anos.

A regulamentação do sobre-endividamento, a ser adotada no Brasil, deve eleger o modelo francês, combinando a prevenção e o tratamento prioritariamente em sede extrajudicial, como construção de uma ponte entre o legal e o social. O tratamento do sobre-endividamento deve privilegiar a solução extrajudicial conciliada, razão pela qual os conselheiros devem ser recrutados e capacitados para, de forma profissional e independente, perseguir a mediação de acordos de dívida voluntariamente negociados.

Questões de dívidas devem ser mantidas fora dos tribunais, tanto quanto possível. O Poder Judiciário deve ser poupado a inúmeros processos individuais que abarrotam os tribunais especialmente diante da equação prática e reveladora de diversos credores cujos créditos individuais não podem ser satisfeitos devido à

situação de insolvência irremediável.

Fato é que, mesmo diante da inexistência de legislação específica, o consumidor sobre-endividado brasileiro é bem protegido pelas garantias periféricas apresentadas no item 3. Diante de tal afirmação, conclui-se que a Lei de Sobre-endividamento, em vias de elaboração no Brasil, vem ao encontro da regulamentação já existente, para ampliar a proteção ao sobre-endividado, possibilitando, desta forma, um verdadeiro “começar de novo” e reformatar esse sistema desordenado de crédito que, ao elevar o risco para o financiador, mantém a taxa de juros a níveis estratosféricos, excessivos, exorbitantes, dir-se-ia, obscenos.

## NOTAS

<sup>1</sup> “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>2</sup> “O Abuso de Direito na Concessão de Crédito – O Risco do Empreendimento Financeiro na Era do Hiperconsumo”, Revista da EMERJ, número 47/2009, vol. 12, 1999.

<sup>3</sup> In Direitos do Consumidor Endividado, Sobre-endividamento e Crédito, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 247

<sup>4</sup> “Sugestões para uma Lei sobre o tratamento do Sobre-endividamento”, in Direitos do Consumidor Endividado, Sobre-endividamento e Crédito, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 302

<sup>5</sup> Observatório do Endividamento dos Consumidores, Portugal, [http://oec.ces.uc.pt/pdf/oec\\_noticias\\_6.pdf](http://oec.ces.uc.pt/pdf/oec_noticias_6.pdf), pág. 02

<sup>6</sup> Consumismo e Sobre-endividamento [www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=606](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=606)

<sup>7</sup> No Rio de Janeiro, foi observado que somente em 39% dos casos o contrato foi precedido da solicitação de comprovação de rendimentos dos entrevistados, in Direitos do Consumidor Endividado: Sobre-endividamento e Crédito, Coord. Cláudia Lima Marques, RT 1996, S.P., p. 392

<sup>8</sup> Não podemos deixar de recordar um processo judicial de execução para pagamento de dívida e que continha, como documento comprovativo de residência entregue pelo devedor quando do pedido de concessão de crédito, a notificação da EDP a indicar o corte de luz por falta de pagamento. “Do crédito ao consumo e do Sobre-endividamento Activo” <http://aeiou.visao.pt/do-credito-ao-consumo-e-do-sobre-endividamento-activo=f545046>

<sup>9</sup> Les obligations d’information et de conseil du banquier, Aix - Marseille: Presses Universitaires - Faculté de Droit et de Science Politique, 2002. in Direitos do Consumidor Endividado: Sobre-endividamento e Crédito, Coord. Cláudia Lima Marques, RT 2006, S.P., p. 199

<sup>10</sup> Gaulia, Cristina Tereza, “O Abuso de Direito na Concessão de Crédito – O Risco do Empreendimento Financeiro na Era do Hiperconsumo”, Revista da EMERJ, número 47/2009, vol. 12, 1999.

<sup>11</sup> STJ – Supremo Tribunal de Justiça – 07/05/2009: “O Banco tem o dever de acautelamento dos interesses do cliente”.

<sup>12</sup> Pereira, Wellerson, (in Direitos do Consumidor Endividado: Sobre-endividamento e Crédito, Coord. Cláudia Lima Marques, RT 1996, S.P., p. 179).

<sup>13</sup> <http://www.defendyourdollars.org/video.html>

<sup>14</sup> “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, n.º 59, 2009, p. 197.

<sup>15</sup> Processo: 20020710069479 <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/4009/empresa-condenada-a-indenizar-cliente-por-cobranca-constrangedora>

<sup>16</sup> Epstein, David G., Falência e legislação relacionada, Edition, sétima, Thompson / Oeste, E.U.A., 2005.

<sup>17</sup> No filme “Confessions of a Shopaholic” (título traduzido “Os delírios de consumo de Becky Bloom”), a protagonista Rebecca Bloomwood (Islá Fisher) é uma consumidora inveterada atolada em dívidas em seus cartões de crédito e que tem no seu encaixe um cobrador exigente, que a persegue por todos os lados e em todos os momentos, não medindo esforços para receber o montante devido. Ela tem um grande sonho: trabalhar em uma das mais badaladas revistas de moda de Nova York. Mas, por ironia do destino, ela apenas chega à porta da sonhada revista, e em lugar de ficar na editoria de moda, ela é contratada para dar dicas de economia doméstica, alertar as consumidoras para as armadilhas dos cartões de crédito e como organizar as finanças.

<sup>18</sup> Publicada em 17/03/2010 in “O Globo” <http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2010/03/17/ataque-de-hacker-deixa-mais-de-100-carros-sem-funcionar-no-texas-916092433.asp>

<sup>19</sup> <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=00037A02052E4C333C3CDD9B32FFADD163C169C402384449> <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=00037A02052E4C333C3CDD9B32FFADD163C169C402384449>

<sup>20</sup> “Karen Gross, no Colóquio Internacional de Endividamento dos Consumidores, de maio de 1999.

<sup>21</sup> [http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/sobre-endividamento\\_claudiosionoeardenghydos-santos.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/06de2005/sobre-endividamento_claudiosionoeardenghydos-santos.htm)

<sup>22</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=dPnqEvdUoR0>

<sup>23</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=acMV2z0ivMY>

<sup>24</sup> <http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=369>

<sup>25</sup> [http://portal.tjpr.jus.br/web/je/projeto\\_piloto](http://portal.tjpr.jus.br/web/je/projeto_piloto)

<sup>26</sup> No Colóquio Internacional de Endividamento dos Consumidores, maio de 1999, Revista Notas Econômicas, número 14, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (tradução livre).

<sup>27</sup> “Revista Portuguesa de Direito do Consumo”, n.º 59, 2009, p. 184.

<sup>28</sup> Regular o sobre-endividamento - Maria Manuel Leitão Marques e Catarina Frade, do Observatório do Endividamento dos Consumidores Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutora-maria/downloadFile/file/MMLM.pdf?nocache=1210675423.37>

<sup>29</sup> Paisant, Gilles, “El Tratamiento Del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés”, “Estudos de Direito do Consumidor”, Revista do Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2001, p. 71.

<sup>30</sup> In Direitos do Consumidor Endividado: Sobre-endividamento e Crédito, Coord. Cláudia Lima Marques, RT 2006, S.P., p. 338.

<sup>31</sup> “Os Ficheiros de Crédito e a Protecção de Dados Pessoais”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2002, vol. LXXVIII, p. 475/511.

<sup>32</sup> [http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf\\_estudos\\_realizados/parecer\\_directiva.pdf](http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/parecer_directiva.pdf)

## REFERÊNCIAS

Direitos do Consumidor Endividado, Sobre-endividamento e Crédito, Editora Revista dos Tribunais, 2006, coordenado por Marques, Cláudia e Cavallazzi, Rosângela.

Marques, Maria, Neves, Victor, Frade, Catarina, Lobo, Flora, Pinto, Paula e Cruz, Cristina, O endividamento dos consumidores. Lisboa, Almedina, 2000.

Revista Notas Económicas, número 14, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Colóquio Internacional de Endividamento dos Consumidores.

Epstein, David G., Falência e legislação relacionada, sétima edição, Thompson / Oeste, E.U.A., 2005.

Castro, Catarina Sarmiento e, “Os Ficheiros de Crédito e a Protecção de Dados Pessoais”, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2002, vol. LXXVIII.

Gropp, Reint, Sholz, John Karl e White, Michelle J., Falência Individual e Crédito (Personal Bankruptcy and Credit) Supply and Demand, The Quarterly Journal of Economics, CXII, February 1997, Harvard University.

Gaulia, Cristina Tereza, “O Abuso de Direito na Concessão de Crédito – O Risco do Empreendimento Financeiro na Era do Hiperconsumo”, Revista da EMERJ, número 47/2009, vol. 12, 1999.

Lima, Clarissa Costa, Bertocello, Karen Rick Danilevicz, Dall’agnol, Maria Augusta, Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 59, 2009.

Paisant, Gilles, “El Tratamiento Del Sobreendeudamiento de Los Consumidores en Derecho Francés”, “Estudos de Direito do Consumidor”, Revista do Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, n.º 3, 2001.

Castro, Catarina Sarmiento e, “Estudos de Direito do Consumidor”, Revista do Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, n.º 4, 2002.

Fialho, António José, “Estudos de Direito do Consumidor”, Revista do Centro de Direito do Consumo da Universidade de Coimbra, n.º 7, 2005.

# SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

## E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

**MARCUS DA COSTA FERREIRA**

Diretor do Fórum de Anápolis

Diretor para o Centro-Oeste do Instituto Brasileiro de Política e

Direito do Consumidor (BrasilCon)

Professor de Direito do Consumidor na Unievangélica (Anápolis)

## EXCERTOS

*“Existem pessoas físicas muito instruídas, meticulosas ao adquirirem produtos e serviços, que não mereceriam proteção legal como entes vulneráveis”*

*“As empresas ou os profissionais em geral, mesmo prestadores de serviço, poderiam ser consumidores de produtos ou serviços que não se encaixem e envolvam em sua linha de produção”*

*“Guardadas as distinções de natureza conceitual e legislativa, tanto Portugal como o Brasil apresentam uma gama volumosa de direitos a amparar os consumidores, que, independentemente da forma de sua qualificação, devem ser compreendidos como os mais fracos nas relações que se estabelecem no mercado de consumo”*

*“Não resta qualquer dúvida que os serviços públicos são no Brasil objeto de relação de consumo, conferindo a seus consumidores todo o plantel protetivo conferido pelo CDC”*

*“Existe no Brasil uma definição legal de serviços públicos essenciais. Não em alguma lei destinada à proteção dos consumidores, mas na Lei 7.783/89, conhecida como Lei da Greve, que foi editada antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, logo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988”*

*“O legislador português definiu os serviços públicos essenciais na Lei 23/96, de 26 de Julho, elencando-os, na redação original do diploma, como o fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone”*

*“A partir de 2002, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se consolidou no sentido de admitir a possibilidade de interrupção do serviço público por inadimplemento, em homenagem à solidariedade que preside à prestação do serviço, e, sobretudo, a formação da tarifa”*

*“Se não é admissível a interrupção do serviço em desfavor daquele que não teve condições de pagar pelo serviço, parece justo que se faça em relação ao que tinha possibilidade de o fazer, e, por vontade própria e imotivada, não o fez”*

## INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho se pretende traçar semelhanças e diferenças no tratamento dado pelos direitos português e brasileiro aos consumidores dos serviços públicos essenciais. O enfoque será sobre a legislação de ambos os países, consignada à defesa dos consumidores, em geral, e àqueles que se utilizam dos serviços públicos contra remuneração, já que de tais relações resultam problemas comuns, podendo cada um dos ordenamentos se valer da experiência alheia em ordem ao aperfeiçoamento do seu sistema jurídico protetivo dos consumidores.

Hodiernamente, a preocupação com as relações jurídicas que envolvem sujeitos díspares tem levado à adoção de providências legislativas suscetíveis de enfrentar as desigualdades originárias da desproporção econômica das partes, ou da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica de que se trata, assinalando ainda mais o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos<sup>1</sup>.

Tomou-se consciência da absoluta necessidade de proteger a vítima da moderna sociedade de consumo, em face das situações de desigualdade que esta inevitavelmente gera, representada pela criação de necessidades inexistentes criadas pelas modernas técnicas de marketing, dos abusos do poder econômico, da falta de qualidade dos produtos e serviços produzidos, comercializados e prestados em massa, além dos riscos próprios da falta de informação sobre utilização e fruição de produtos e serviços<sup>2</sup>.

Face ao fenômeno decorrente da existência de relação jurídica entre partes tão desiguais, a intervenção legislativa dos Estados é imperiosa, não se admitindo, no domínio da defesa dos consumidores, a igualdade formal, enaltecida pelas ideias liberais, sob pena de se permitir o desastroso massacre de um dos elos da corrente formada na cadeia de consumo, posto que “entre o fraco e o forte, é a liberdade que oprime, é a lei que liberta”<sup>3</sup>.

No Brasil, a Constituição da República, de 1988, ressaltou expressamente como um dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXII, a proteção dos consumidores, determinando que “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”. Além disso, no artigo 170, elevou a defesa do consumidor à qualidade de princípio da ordem econômica, ao lado da soberania nacional e da propriedade privada, dentre outros. Por derradeiro, no artigo 48 dos Atos das Disposições Finais e Transitórias, determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, que acabou por resultar na Lei 8.078/90 – o Código [brasileiro] de Proteção e Defesa do Consumidor.

Em Portugal, a Constituição de 1976 tratou a proteção dos consumidores como uma das incumbências prioritárias do Estado (artigo 81) e, em virtude

das revisões Constitucionais de 1982 e 1989, os direitos dos consumidores alcançaram a dignidade de direitos fundamentais<sup>4</sup>. Nos termos do artigo 60 n.º 1, os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

O número 2 do mencionado artigo determina que a publicidade será regulamentada por lei, proibindo, de antemão, qualquer modalidade de publicidade oculta, indireta ou dolosa, enquanto o n.º 3 reconhece as associações e cooperativas de consumidores como legitimados para defendê-los em juízo, criando a obrigação para o Estado de emprestar-lhes apoio e, bem assim, de ouvi-las na formação de políticas de consumo.

Como se vê, Brasil e Portugal se preocupam com a efetiva defesa dos consumidores, criando-se, em virtude da disposição constitucional em ambas os Estados, e também em virtude de directivas da União Europeia, em Portugal, diversas normas que consagram o equilíbrio entre os envolvidos no mercado de consumo, tratando, ora de forma concentrada, ora de maneira difusa, de questões as mais diversas que fazem parte do cotidiano dos consumidores, que, afinal, somos todos nós.

Muito embora existam pontos de convergência no que tange à defesa do consumidor entre Brasil e Portugal, é de se ver que a própria sistemática adotada para seu exercício, em cada nação aponta para a necessidade de se examinar de forma distinta o tratamento legal conferido aos consumidores em geral, e aos usuários de serviços públicos essenciais, em razão do que passo a discorrer, pontualmente, sobre os citados tópicos de convergência e divergência.

## 1. PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NO BRASIL E EM PORTUGAL

Muito embora as constituições de ambas as nações cuidem da defesa do consumidor de forma especial, é de se ver que, no presente momento, a sistemática adotada pelo direito positivo do Brasil e de Portugal se distancia. Por força de determinação contida no artigo 48 dos atos das disposições finais e transitórias da Constituição brasileira de 1988, a proteção dos consumidores foi centralizada, não de forma única exclusiva, no Código de Defesa do Consumidor – a Lei 8.078/90.

Diz-se não de forma única, porque existem diversas outras leis que, transversalmente, ainda regulamentam questões atinentes ao direito dos consumidores, como, por exemplo, a Lei de Biossegurança (11.105/05) que trata da produção e comercialização de transgênicos, a Lei do Turismo (11.771/08), dentre diversas outras, com as quais o Código de Defesa do Consumidor (CDC) convive perfeitamente, inclusive em virtude do disposto em seu artigo 7.º, segundo o qual “*Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou conven-*

*ções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”*

Em Portugal, inicialmente, em 1981, foi editada a Lei 29/81, de 22 de Agosto, autêntica lei-quadro, substituída pela Lei 24/96, de 31 de Julho, conhecida como LDC – Lei de Defesa do Consumidor, também lei-quadro, que, a exemplo da precedente, traça normas e princípios para a concretização dos direitos dos consumidores nela previstos, à qual diversas outras leis, algumas resultado de transposição de diretivas europeias, foram acrescentadas.

No dizer de António Pinto Monteiro<sup>5</sup>, “A legislação, entretanto publicada na área de consumo (...) tem sido imensa. Infelizmente, porém, nem sempre à *law in the books* tem correspondido à *law in action*! E isso, muitas vezes, por deficiências do próprio sistema legal, a começar pela proliferação legislativa a que se tem assistido,

Face ao fenómeno decorrente da existência de relação jurídica entre partes tão desiguais, a intervenção legislativa dos Estados é imperiosa

a qual apresentou inconvenientes vários, desde logo pela dispersão e falta de unidade de que dá mostra”, demonstrando a necessidade de elaboração de um Código do Consumidor também em Portugal.

Linhas adiante, o ilustre professor, presidente da comissão da reforma do direito do consumo e da elaboração do Código do Consumidor de Portugal, muito embora veja como discutível a existência de um código, face à complexidade e delicadeza da matéria, relativa a uma área jovem e em constante movimento, aponta como vantagens da codificação, a unificação, sistematização e racionalização da matéria em benefício de todos (consumidor, tribunais, profissionais), face ao combate à dispersão, com a extinção de quantidade considerável de leis avulsas, facilitando a manipulação e o conhecimento do direito, aduzindo ser sua ideia não só a mera reunião do aparato legislativo existente, mas seu efetivo exame, aproveitando o que for bom, eliminando supérfluos ou inconvenientes, preenchendo lacunas, apresentando inovações.

Porque ainda não aprovado o Código de Consumo de Portugal, necessário se torna então o exame da legislação ora existente. Não se pode esquecer que o fundamento maior da existência de normas protetivas do consumidor repousa na natureza da relação jurídica tratada, que cuida da tutela do sujeito mais fraco, débil, por vezes impotente, perante outro, quase sempre opulento, poderoso e em situação de domínio. Tanto em um como em outro dos países, a aplicação de normas específicas de defesa dos consumidores só terá espaço quando configurada a chamada “relação de consumo”, cuja conceituação guarda acentuada diferença

entre os dois ordenamentos.

## 1.1 RELAÇÃO DE CONSUMO NO BRASIL

Da análise que se faz do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90 ou simplesmente CDC), verifica-se que seu âmbito de aplicação está delimitado à existência de relação que tenha em sua polaridade os sujeitos “fornecedor”, de um lado, e “consumidor”, do outro, circulando entre eles algum dos objetos que possam ser considerados, segundo os termos da lei, “produtos” ou “serviços”.

É necessário que os elementos da relação de consumo (existência de sujeitos e objeto) estejam reunidos cumulativa e contemporaneamente

Para Roberto Senise Lisboa<sup>6</sup>, “somente haverá relação jurídica de consumo se, de forma cumulativa: a) em um dos pólos da relação se encontrar sujeito de direitos ou ente despersonalizado que venha a se enquadrar na situação jurídica de fornecedor; b) no outro pólo da relação se encontrar sujeito de direito que venha a se enquadrar na situação jurídica de consumidor; c) o objeto mediato da relação jurídica seja um produto ou serviço. À míngua de qualquer desses requisitos, a relação jurídica, então estabelecida, poderá ser considerada de natureza civil, comercial, administrativa, tributária, trabalhista, etc..., mas jamais relação jurídica de consumo”.

Interessante notar que para a existência da relação de consumo, de modo a desafiar a aplicação das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, que se mostram infinitamente mais benéficas à parte mais frágil do que, por exemplo, no Código Civil, é necessário que os elementos da relação de consumo (existência de sujeitos e objeto) estejam reunidos cumulativa e contemporaneamente. Muitas situações existem em que, apesar de um dos polos da relação ser ocupado por alguém que se amolde à definição de consumidor ou de fornecedor, o outro não o seja, ou mesmo quando a polaridade se encontra preenchida, mas entre eles não é transacionado algo que possa ser considerado como objeto da relação de consumo.

Assim se dá, por exemplo, quando alguém compra um carro (objeto de relação de consumo) para uso próprio (podendo ser considerado consumidor), de um vizinho que não é profissional ou habitual vendedor de veículos, não podendo ser considerado “fornecedor”.

Estabelecidos os requisitos para a verificação da relação de consumo no direito brasileiro, resta examinar os elementos de sua formação, principiando pelos sujeitos. O artigo 3.º, caput, do CDC define como fornecedor “*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes desperso-*

*nalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.*

Como se vê, o conceito de fornecedor no CDC é vastíssimo e teve a nítida intenção de não deixar de fora qualquer pessoa, física ou jurídica, de qualquer espécie<sup>7</sup>. Inicialmente a lei fala que podem ser fornecedores as pessoas físicas (pessoas singulares de que tratam os artigos 66 e seguintes do Código Civil português) que, no direito brasileiro, são as pessoas naturais, cujo tratamento legal se encontra a partir do artigo 1.º do Código Civil brasileiro.

O conceito de “pessoas jurídicas”, no direito brasileiro, se encontra também no Código Civil, que, nos artigos 40 e seguinte, as divide entre: de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Como pessoas jurídicas de direito público interno são consideradas a União, os estados, o Distrito Federal e territórios, os municípios, as autarquias e fundações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Por pessoas jurídicas de direito público externo se considera os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. Por pessoas jurídicas de direito privado são tidas as associações, as sociedades (inclusive mercantis), as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

Muito embora a ideia inicial da prática de atos de consumo faça surgir em nossas mentes o pensamento da relação entre o cidadão e uma empresa, o que, de fato, representa sua maior parte, a lei consumerista brasileira previu a oportunidade da pessoa física (natural, singular) ser fornecedora, como ocorre frequentemente na prestação de serviços. Também o podem ser as associações, as entidades religiosas, os partidos políticos ou todos quantos possam prestar serviços ou fazer circular produtos no mercado de consumo.

Até mesmo os entes estatais nacionais ou estrangeiros podem fazer circular produtos diretamente no mercado, como no caso de um município que mantenha uma panificadora como escola para aprendizes e venda os pães ali produzidos, como uma empresa estatal, além da prestação de serviços públicos, tema deste estudo, que será tratado mais amiúde à frente.

A definição é tão completa que foi além: cuidou inclusive dos “entes despersonalizados”, que assim devem ser entendidos como aqueles que não são dotados de personalidade jurídica mercantil ou civil, mas que desenvolvem atividades produtivas de bens e serviços, como o consórcio da Itaipu Binacional, formado entre Brasil e Paraguai para produção de energia elétrica<sup>8</sup>, o camelô, como é conhecido no Brasil o vendedor autônomo, normalmente ambulante, de pequenos produtos, a massa falida<sup>9</sup>, e o espólio.

Ao determinar serem fornecedores aqueles que “desenvolvem atividade” de

produção, criação etc., o legislador deixou claro que, para ser considerado como o sujeito ativo da relação de consumo, necessário se torna que o procedimento deva ser objeto de profissionalidade ou habitualidade, que remete a uma especialidade ou conhecimento especial e presumivelmente abrangente sobre a atividade que exerce<sup>10</sup>. Assim, se uma pessoa adquire um veículo usado de uma concessionária, para uso pessoal, restará estabelecida uma relação de consumo. Se o mesmo bem fosse adquirido de um vizinho que é farmacêutico, e eventualmente vende seu veículo para outro adquirir, afastada estaria a incidência do CDC, restando uma relação abrangida pelo direito civil, uma vez que o vendedor não pode ser considerado “fornecedor”.

Pela definição legal, se compreende que o termo “fornecedor” é um gênero, de que são espécies o fabricante, o construtor, o produtor, o importador, o exportador, o transformador, o criador, o montador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços. Todos eles devem ser designados como “fornecedores”, noção que se mostra de todo relevante quando se trata da responsabilidade civil pelos vícios e defeitos de produtos, prevista nos artigos 12 a 28 do CDC, que estabelece responsabilidade objetiva e solidária entre os sucessivos elos da cadeia de produção ao consumo.

No outro polo da relação de consumo se encontra seu sujeito passivo: o consumidor. A par dos conceitos que se extraem do ponto de vista psicológico, sociológico ou filosófico, literário, que apresenta José Geraldo Brito Filomeno<sup>11</sup>, ou do sentido etimológico, econômico, sociológico e psicológico e filosófico conceituados por Newton de Luca<sup>12</sup>, a legislação brasileira entendeu definir consumidor, no artigo 2º do CDC, qualificando-o como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A uma primeira análise, fica evidente a compreensão que será considerado consumidor aquele que adquire produtos ou usufrui de serviços para utilização pessoal ou de quem esteja sob sua responsabilidade, de uso não profissional, como, afinal, resta definido o consumidor na lei portuguesa (Lei 24/96 de 31 de Julho, artigo 2.º n.º 1, primeira parte), atendendo ao próprio fundamento da existência de um direito do consumo, qual seja, a proteção do sujeito mais fraco, débil, vulnerável em uma relação com alguém ao menos potencialmente em franca condição de superioridade.

José Geraldo Brito Filomeno assevera que “o critério conceitual do Código brasileiro discrepa da própria filosofia consumerista, ao colocar a pessoa jurídica como também consumidora de produtos e serviços. E isto exatamente pela simples razão de que o consumidor, geralmente vulnerável enquanto pessoa física, defronta-se do poder econômico dos fornecedores em geral, o que não ocorre com esses que, bem ou mal, grandes ou pequenos, detêm maior informação e

meios de defender-se uns contra os outros, quando houver impasse e conflitos de interesse”<sup>13</sup>.

Ouso discordar do ilustre professor e um dos autores do anteprojeto do CDC. Entendo não se poder pensar em pessoa jurídica apenas como os grandes grupos ou corporações, multinacionais ou transnacionais. Deve se observar

O conceito de  
fornecedor no CDC  
é vastíssimo e teve  
a nítida intenção de  
não deixar de fora  
qualquer pessoa,  
física ou jurídica, de  
qualquer espécie

que têm participação decisiva na economia brasileira as micro e pequenas empresas, que representavam, em 2001, mais de 25% do produto interno bruto: produzem empregos para mais de 60% dos trabalhadores e representam mais de 90% das empresas existentes no setor de comércio e de serviços no Brasil<sup>14</sup>. Se houvesse a generalização preconizada pelo citado professor, deveríamos considerar que existem pessoas físicas muito instruídas, meticolosas ao adquirirem produtos e serviços, que não mereceriam proteção legal como entes vulneráveis. Vejo que o texto legal foi inteligente ao permitir-se, a princípio, a consideração

da pessoa jurídica como consumidora, mediante a análise de cada um dos casos concretos em presença.

Da mesma forma se posiciona João Batista de Almeida<sup>15</sup>, ao dizer que “A crítica que se faz em relação à pessoa jurídica e economicamente bem dotada poderia, em princípio, ser estendida à pessoa física, que pode igualmente ostentar as mesmas condições. Ao que parece, o legislador preferiu ampliar o guarda-chuva da tutela ou restringi-lo demasiadamente, à falta de critério objetivo que pudesse assegurar uma seletividade de quem deveria receber a tutela, opção que nos parece mais justa e correta.”

A respeito, Cláudia Lima Marques<sup>16</sup> obtempera concordar com a interpretação finalista das regras do CDC, vaticinando que “O artigo 2.º do CDC deve ser interpretado de acordo com o sistema de tutela especial do Código, e conforme a finalidade da norma, que vem determinada de maneira clara pelo artigo 4.º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do artigo 2.º permitirá definir quem são os consumidores no CDC”.

Ao se entender, como destinatário final, aquele que adquire o produto ou frui o serviço, sem envolvê-lo em atividade econômica subsequente, ou simplesmente para atender a uma necessidade pessoal, conceber-se-ia que as empresas ou os profissionais em geral, mesmo prestadores de serviço, poderiam ser consumidores de produtos ou serviços que não se encaixem e envolvam em sua linha de produção. Assim, uma indústria têxtil que comprasse algodão para processá-lo, transformando-o em tecido, não seria consumidora de tal matéria prima. Por

outro lado, caso a mesma industrial têxtil adquirisse alimentos para fornecer a seus funcionários, seria considerada consumidora, posto que tais produtos não se relacionam com a sua linha de produção.

Tratando da definição de consumidor em interpretação do artigo 2.º do CDC, Cláudia Lima Marques<sup>17</sup> identifica três correntes doutrinárias quanto à definição do campo de aplicação do Código no direito brasileiro: *finalismo*, *maximalismo* e *finalismo aprofundado*.

Os *finalistas*, também chamados de *teleológicos*, pioneiros no consumerismo, têm a definição de consumidor de maneira restrita, entendendo assim apenas aquele que é destinatário fático e econômico do produto ou serviço, sendo consumidor

No Brasil, os bancos sempre buscaram se safar da teia protetiva do CDC, utilizando argumentos pífios como o fato de manipularem dinheiro

apenas quem não destina a uso profissional o que adquiriu, existindo entre estes os puristas que repelem a possibilidade da pessoa jurídica ser consumidora, enquanto outros, mais liberais, admitem que a pequena empresa ou profissional o seja, desde que o bem ou serviço adquirido se afaste de sua cadeia de produção.

Para a mencionada mestra brasileira, os *maximalistas* são aqueles que enxergam no CDC uma nova regulamentação para o mercado de consumo, tratando-se de um código geral para o consumo, considerando a definição do artigo 2.º de forma puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não por finalidade o lucro quando adquire o produto ou o serviço, sendo destinatário final o destinatário fático da aquisição, independentemente de ser empregado na cadeia de produção do adquirente.

Com o passar dos anos de aplicação do CDC, cumpriu à jurisprudência delimitar o âmbito de aplicação do Código, e, em um primeiro momento, a corrente maximalista chegou a dominar o entendimento da jurisprudência, que, tempos depois, refluíu para a posição finalista, encontrando-se em construção a terceira corrente, intitulada, linhas adiante, pela ilustre professora como *finalismo aprofundado*. Seria esta uma construção da jurisprudência brasileira, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual se observa, além da destinação fática ou até econômica dos produtos e serviços adquiridos, a existência da vulnerabilidade do adquirente, de modo a considerá-lo ou não consumidor.

A saída do exame de cada caso em virtude das circunstâncias que o cercam, permite, por exemplo, à jurisprudência não reconhecer como consumidora uma empresa de grande porte que contrata os serviços de limpeza de uma microempresa, mas, por outro lado, reconhecer uma empresa agrícola como consumidora

de complexas máquinas agrícolas adquiridas para o desempenho de suas atividades econômicas, em virtude de sua vulnerabilidade perante o fabricante<sup>18</sup>.

Já o professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes<sup>19</sup>, buscando solucionar a questão, apresenta solução que, se não esgota o problema, ao menos facilita sua compreensão. Após apresentar a problemática representada pelo hipotético caso de um professor e um aluno que comprassem, ao mesmo tempo, canetas idênticas a serem utilizadas na mesma aula, e que apresentassem o mesmo defeito, deixando escorrer a tinta no paletó de ambos, causando prejuízos equivalentes, afirma ser injusto tratamento desigual entre eles, pelo simples fato de um estar usando a caneta para dar aulas, portanto profissionalmente, enquanto o outro para assisti-las, ou seja, como destinatário final.

Divide, então, os bens entre bens de “consumo” e de “produção”, considerando como os primeiros aqueles que podem ser usados tanto para o exercício de alguma atividade profissional, como para fins pessoais. Assim seria a caneta para o professor que, após ministrar as aulas, pode perfeitamente assinalar tópicos em um livro que está a ler; o computador para o advogado, que tanto permite a elaboração de petições como escrever uma carta de amor para a namorada, apresentando, ainda, como traços característicos de tais produtos, a facilidade de sua aquisição, posto que ofertados e utilizados pelo público em geral, para cujos casos haveria aplicação plena das disposições do CDC.

Já, por bens de produção, entende-se aqueles que somente se destinam à produção de outros bens ou ao exercício de determinada atividade negocial, e que, por isso mesmo, não estariam à disposição de toda a população, como sói acontecer com os maquinários destinados à montagem de uma indústria, ou as bombas de um posto de gasolina, para os quais normalmente não haveria aplicação do CDC.

De se ver que tal posição também não resolve a questão como um todo, porque é perfeitamente possível que alguém adquira um chamado bem de “produção” para utilizá-lo como destinatário final, por exemplo, com a aquisição, por um milionário, de um Boeing 747, típico bem de produção, para sua deslocação pessoal, ou seja, como destinatário final. Tanto as posições doutrinárias como a prática do manejo das disposições do CDC, indicam como melhor caminho o exame do caso concreto, quando venha a ocorrer, a fim de se verificar a possibilidade de enquadramento do fato como relação de consumo ou não.

Tudo aquilo que se disse até agora diz respeito ao chamado *consumidor estrito senso, standard, tipo ou padrão*, como se habitou chamar àquele que adquiriu produtos ou usufruiu de serviços como destinatário final. Além desses, o CDC criou três categorias dos chamados consumidores “*by standard*” ou por equiparação, descrevendo-os como:

1- Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (artigo 2.º, parágrafo único).

2- Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (artigo 17).

3- Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (artigo 29).

No dizer de Sérgio Cavalieri Filho<sup>20</sup>, “estão igualmente amparados todos aqueles que, muito embora não se amoldem ao conceito jurídico de consumidor padrão, estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados”. Linhas adiante o citado desembargador afirma que, em casos tais, não faz a lei qualquer ressalva quanto ao fato da profissionalidade ou não desses terceiros equiparados a consumidores, sendo o traço marcante a vulnerabilidade em seus múltiplos aspectos.

A disposição do artigo 17 do CDC relaciona-se com a responsabilidade civil dos fornecedores, prevista nos artigos 12 a 28, equipara a consumidores todas as vítimas dos chamados acidentes de consumo, que podem ser sintetizados como as ocorrências que decorrem de relação de consumo que causam gravames mais sérios aos consumidores do que o valor dos próprios produtos ou serviços objeto da relação de consumo que se estabeleceu. Assim, por exemplo, se cai um avião de passageiros, matando seus ocupantes e destruindo automóveis e imóveis que se encontravam no solo, teremos, a princípio, como consumidores, os passageiros que pagaram pelo serviço de transporte aéreo, como destinatários finais. Os tripulantes da aeronave, bem como os que foram atingidos pelos destroços do avião, não tinham adquirido produtos ou serviços de qualquer natureza, mas ficaram lesionados, e, por isso, recebem proteção legal como consumidores.

Isso é de todo interessante, especialmente quando se trata de responsabilidade civil, posto que, ao contrário da legislação civil brasileira, a regra, em matéria de relações de consumo, é a da responsabilidade objetiva, e, bem assim, da solidariedade entre todos os envolvidos na cadeia de consumo, isso sem contar as benesses processuais conferidas aos consumidores, como a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VII) e possibilidade de propositura da ação no foro de seu domicílio (artigo 101, I, todos do CDC).

Quanto aos intervenientes, determináveis ou não, nas relações de consumo, e as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais disciplinadas no CDC, respectivamente tratados nos artigos 2.º, parágrafo único, e 29 do CDC, é de se ver que a proteção dada aos consumidores tanto é contratual, como pré e pós-contratual, devendo se perceber que a vulnerabilidade do consumidor existe, de forma latente, antes mesmo de adquirir produto ou serviço como destinatário

final, posto que objeto de estratégias de *marketing* hiperagressivas, e, por outras, à falta de informação apropriada que merecia receber. Não seria, pois, de se esperar que haja a efetiva aquisição de produtos ou serviços, como destinatário final para se descortinar o manto protetivo do CDC, que ampara a parte vulnerável, potencialmente consumidora.

Assim é que, por exemplo, estarão os legitimados relacionados no artigo 82 do CDC aptos para a propositura de ação coletiva em favor dos consumidores, vi-

Da mesma forma que ocorre no Brasil, poderá haver a remuneração indireta, através do fornecimento de bens ou serviços sem cobrança específica, mas que se destinam a angariar clientela

sando impedir a divulgação de peça publicitária manifestamente enganosa ou abusiva (artigo 37 do mesmo diploma) mesmo antes que alguém tenha adquirido algum produto ou serviço em virtude de sua veiculação, ou ainda, que se considere como consumidora a sogra, em relação ao plano de saúde na qual foi inserida como dependente pelo genro, muito embora não tenha adquirido o serviço como destinatária final<sup>21</sup>.

Cumpra, pois, segundo o caso concreto, delimitar-se quando se poderá considerar o sujeito da relação jurídica como consumidor, para efeito de aplicação das modernas disposições do CDC brasileiro, com o cuidado e parcimônia guiados pelo critério da vulnerabilidade, posto que, como adverte Cláudia Lima Marques<sup>22</sup>, “se a todos considerarmos ‘consumidores’, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não igual. E mais: passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto”.

Definidos os sujeitos da relação de consumo no Brasil, restar examinar o quais são os objetos que entre eles devem circular para que se caracterize a relação de consumo, permitindo a aplicação do CDC.

A Lei 8.078 determina, em seu artigo 3.º, § 1.º, que *produto* é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Como se vê, a descrição legal é simples e totalmente abrangente. O ministro José Augusto Delgado<sup>23</sup> entende que o conceito de produto deve se apresentar elástico, entendendo-se como tal toda utilidade produzida, tanto as materiais tiradas do solo e subsolo, ou produzidas direta ou indiretamente por eles, como os que se fabricam ou se produzem pela ação do homem, pela transformação de uma coisa em outra e pelo trabalho, envolvendo, por consequência, as materiais e imateriais, naturais e industriais.

Não havendo no microsistema consumerista definição sobre o que venham a ser bens móveis e imóveis, devemos nos valer do chamado “*diálogo das fontes*”<sup>24</sup>, para buscar a conceituação plasmada nos artigos 79 a 84 do Código Civil brasileiro.

Com as variações requeridas em virtude da natureza das relações que as objetam, cada uma das leis dá as suas definições sobre consumidor, fornecedor e sobre seus objetos

Em relação aos produtos materiais e imateriais, nem mesmo o Código Civil traz definição, ao que a doutrina qualificou como materiais aqueles palpáveis, que têm corpo, enquanto os imateriais são os que, apesar de existirem, não são susceptíveis de apreensão, como a energia elétrica, o crédito bancário, pacotes turísticos, gás, fundos de capitalização com prêmios etc.<sup>25</sup>

Mostra-se, ainda, relevante, determinar a distinção entre produtos *duráveis* e *não duráveis*, face à diferença verificada no prazo de caducidade para reclamação quanto aos vícios de quantidade e qualidade dos produtos e dos serviços, previstos no artigo 26 do CDC, que, à falta de conceituação legal, restam definidos pela doutrina, segundo a qual, duráveis seriam os produtos que permitem utilização por período considerável de tempo, como os imóveis, o automóvel, um eletrodoméstico, sem olvidar que inexistem produtos eternos. Em contrapartida, os produtos não duráveis seriam aqueles que se consomem com sua regular fruição, como os alimentos, os remédios os cigarros, cuja utilização importa extinção imediata<sup>26</sup>.

O outro objeto das relações de consumo no Brasil é o serviço, que é definido pelo § 2.º do artigo 3.º do CDC como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Para Adalberto Pasqualoto<sup>27</sup>, os serviços seriam “quaisquer atividades fornecidas no mercado de consumo mediante remuneração”.

Como se vê, o conceito é vastíssimo e passa por todas as modalidades de prestação de serviços que podem ser praticadas por pessoas físicas, como o corte de um cabelo, a reparação de um veículo, como aqueles praticados por empresas de determinado porte, como a desinfestação de uma residência, a organização de pacote turístico, e a própria hospedagem em hotéis, até os prestados pelos gigantes da economia, como são os bancos e as seguradoras.

Para Antônio Carlos Efig<sup>28</sup>, a expressão-chave para o conceito de serviço da legislação brasileira é a remuneração (direta ou indireta), posto que o serviço não remunerado de nenhuma forma terá a incidência da norma de proteção das relações de consumo, devendo tal situação utilizar-se de outros normativos legais

quanto a estes serviços. Assim, um serviço pelo qual não há cobrança direta ou indireta, como o fornecimento de uma carona ou boleia (*auto-stop*) de uma pessoa a outra, não importará relação de consumo, e caso haja algum acidente em tal situação, deverá o interessado se valer da lei civil e não das normas protetivas do CDC.

Interessante perceber a distinção feita entre os serviços puramente gratuitos dos chamados aparentemente gratuitos. Os primeiros são aqueles prestados de forma graciosa, sem qualquer interesse econômico, como no caso de um vizinho que, conhecedor do ofício de eletricista, repara, sem nada cobrar, o chuveiro da casa do amigo, quando não existe relação de consumo, por falta de objeto. O segundo, seria aquele que, apesar de não ser remunerado diretamente, importa finalidade econômica na sua prestação, como o estacionamento gratuito de um shopping center, ou a lavada gratuita de veículo em caso de abastecimento em determinado posto de gasolina, quando o prestador acaba por usar o serviço no sentido de aumentar sua clientela, obtendo maiores lucros, em relação aos quais está caracterizado o serviço, para efeito de aplicação do CDC<sup>29</sup>.

No Brasil, os bancos sempre buscaram se safar da teia protetiva do CDC, utilizando argumentos pífios como o fato de manipularem dinheiro, o que não poderia ser considerado nem produto nem serviço<sup>30</sup>. Sempre que demandados, defendiam-se dizendo serem a eles inaplicáveis as disposições do CDC, o que, em matéria infraconstitucional, acabou por resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 297 em 09 de setembro de 2004, que determina: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

Não satisfeitos, os bancos, através da Consif (Confederação Nacional do Sistema Financeiro), ajuizaram, perante o Supremo Tribunal Federal (corte constitucional brasileira) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.951, de força vinculante *erga omnes* no direito brasileiro, buscando a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 2.º do artigo 3.º da Lei 8.078 (o CDC), sob o argumento que o artigo 192 da Constituição da República determinara que a regulação do sistema financeiro nacional deveria se dar por lei especial, e não sendo o CDC tal norma, não poderia exercer tal regulação. Mediante esforço especial dos consumeristas brasileiros e, em especial, do BrasilCon (Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor), a mencionada ação foi julgada improcedente em data de 14 de dezembro de 2006, sepultando a discussão existente e confirmando a aplicação do CDC aos bancos<sup>31</sup>.

Prevendo o CDC que entre os fornecedores estão as pessoas jurídicas de direito público (artigo 3.º, *caput*); ser direito básico dos consumidores a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (artigo 6º, X), e ainda que: os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou

sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, sob pena de serem compelidas a cumprir as obrigações e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código (artigo 22), não restam dúvidas que os serviços públicos são abrangidos pelo CDC. Sobre eles, entretanto, trataremos adiante.

## 1.2 RELAÇÃO DE CONSUMO EM PORTUGAL

O Brasil se encontra vinculado ao Mercosul por regras bem diferentes daquelas que ligam Portugal à União Européia, posto que as nações integrantes do primeiro, dentre diversas outras diferenças, não dispõem de moeda única, de economia centralizada, de um parlamento com capacidade de estabelecer regras gerais que devem fazer parte da legislação de seus membros e de um tribunal que examine questões transfronteiriças.

Por força de sua vinculação à União Europeia, Portugal, além da liberdade legislativa ditada pela soberania do Estado, deve se adequar às diretivas traçadas pelo bloco económico e social a que se adscrive, que devem ser transportadas para a legislação interna, ora como normas de harmonização mínima, onde deve garantir *ao menos* o que prevê a diretiva, ou ora como de harmonização máxima, que lhe impede de ir além do que determina a norma europeia, sem olvidar os regulamentos, que dispõem uniformemente e entram em vigor imediatamente, como se fossem leis dos Estados.

Em virtude disso, existem em Portugal diversas leis a definirem situações que caracterizam relações de consumo, nas quais se determinam conceitos de consumidor, e, de conseguinte, a caracterização da relação de consumo que enseja sua aplicação. Nota-se, portanto, um tratamento pulverizado, ao contrário do que ocorre no Brasil, em que a relação de consumo é definida exclusivamente no Código de Defesa do Consumidor.

Muito embora a definição de consumidor e o âmbito de aplicação das normas protetivas estejam distribuídos por diversos diplomas, vê-se que não costumam fugir de uma ideia central, em que se considera sempre a relação de consumo aquela que se dá entre uma pessoa física, singular, não profissional, que implica a aquisição de produtos, a transmissão de direitos e a utilização de serviços, por parte de um profissional, como passa a se demonstrar.

A atual Lei de Defesa do Consumidor (LDC), Lei 24/96, de 31 de Julho, que revogou e substituiu a Lei 29/81, de 22 de Agosto, norma geral que traça princípios basilares de defesa dos consumidores em Portugal, determinou que *“Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça*

*com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”.*

Pode-se perfeitamente retirar do enunciado legal os requisitos necessários para a definição da relação jurídica de consumo, que seriam:

Um consumidor, como sendo “aquele” a quem são fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos direitos, destinados ao uso não profissional. Ao dizer “aquele”, o legislador, de plano, afastou a possibilidade de empresa ser considerada consumidora.

### A doutrina consumérista brasileira apresenta três correntes distintas sobre a incidência do CDC em favor dos consumidores de serviços públicos

O professor Paulo Mota Pinto, em aula proferida no Curso de Pós- Graduação em Direito do Consumo ministrado na Universidade de Coimbra em data de 17 de abril de 2010, afirmou não ver obstáculo na LDC portuguesa a que pessoa coletiva, nomeadamente as fundações e associações, sejam consideradas consumidoras, em situações especiais, quando se mostrem não dotadas de capacidade específica para a aquisição dos produtos ou serviços.

Também a LDC apenas exige que a destinação do produto, serviço ou direito adquirido pela pessoa singular se destinem a uso não profissional, não exigindo que o seja como destinatário final. Discorrendo a respeito, Teresa Oliveira de Almeida, então chefe de gabinete do Procurador-Geral da República, asseverou que “O conceito de consumidor sofre uma importante alteração: o uso a que se destina o bem, serviço ou direito adquirido deixa de ser necessariamente privado, bastando que seja um uso não profissional. Os consumidores não são já apenas os consumidores finais. Aquele que destina o objecto do contrato ao estabelecimento de nova relação de consumo, desde que o não faça profissionalmente, pode beneficiar da protecção da LDC. Por exemplo, o comprador de uma fracção autónoma de um imóvel para arrendamento pode utilizar os instrumentos de protecção que lhe são conferidos pela LDC face à sociedade construtora na presença de um defeito de construção; o pequeno investidor que adquire direito real de habitação periódica em empreendimento turístico, destinando-o não ao seu uso pessoal e do seu agregado familiar mas a posterior transmissão é, ainda, consumidor; também pode ser, para os efeitos da lei em apreço, consumidor o cidadão que participa numa oferta pública de venda de acções de uma sociedade e não vê respeitado o direito à informação no contrato que celebra com a entidade bancária”<sup>32</sup>.

Questão interessante se mostra na utilização mista de determinados produtos ou serviços adquiridos pelo cidadão, como o computador adquirido pelo advogado e deixado em sua casa, mas que também é por ele usado, esporadicamente,

para formular petições, quando resolve trabalhar em casa. Sandrina Laurentino, invocando a doutrina de J. Calais-Auloy, afirma que a solução será encontrada pela predominância da destinação que ensejou a aquisição. Se predominante o fim pessoal, como acima citado, seria o advogado um consumidor; ao contrário, se o fim predominante for o profissional, como a aquisição do computador para o escritório, usado de vez em quando para escrever cartas de amor para a namorada, não haveria relação de consumo<sup>33</sup>.

Na definição da LDC, fornecedor será qualquer pessoa, singular ou coletiva, pessoa física ou pessoa jurídica, já que a lei não fez tal distinção, que se dê à outorga ou transmissão de bens, serviços ou direitos profissionalmente. Logicamente que deverá ser profissional na área do produto, serviço ou direito que transmitiu ao consumidor. Assim, não se poderia considerar

A terceira corrente (com a qual concordo) entende que os serviços públicos só serão considerados como objeto de relação de consumo quando remunerados diretamente pelo consumidor

“fornecedor” uma indústria de gêneros alimentícios e, portanto, profissional nesta área, que, visando renovar sua frota de veículos, os vende a pessoas singulares, posto não se dar a atividades profissionais no ramo de venda de veículos.

Ainda do texto legal se extrai que a atividade profissional, para caracterizar a condição de fornecedor, deverá estar no exercício de tal atividade em busca de lucro ou benefícios, diretos ou indiretos. Esclarece Sandrina Laurentino, na mesma obra, linhas adiante, que “A idéia subjacente à precisão dada sobre a necessidade de a contratante visar a obtenção de benefícios é provavelmente a de oferecer proteção ao consumidor unicamente nos casos em que alguém retira lucro do seu contato com ele. Nesse caso, a tutela dada ao consumidor visa compensar a situação de “exploração” em que este se pode encontrar. Em contrapartida, não há razão para desfavorecer o profissional desinteressado”. Assim, mesmo que o transmitente do bem, serviço ou direito seja profissional, não será considerado fornecedor caso não tenha intenção de lucro direto ou indireto, como, por exemplo, um motorista de taxi que leva gratuitamente o vizinho até seu trabalho, porque passaria por ali, ou do professor que dá aulas individuais para um sobrinho, no só intuito de ajudá-lo em exames que se aproximam. Da mesma forma que ocorre no Brasil, poderá haver a remuneração indireta, através do fornecimento de bens ou serviços sem cobrança específica, mas que se destinam a angariar clientela, como o cafezinho servido gratuitamente após a refeição em restaurante, ou as amostras de produtos servidos a clientes

de um grande mercado.

Indubitável, de outro lado, que se amoldam na definição de fornecedor, para a LDC, os entes da administração pública, posto que no n.º 2, do artigo 2, está previsto que “*Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*”, o que, aliás, enseja o presente trabalho sobre os serviços públicos essenciais.

Para além da Lei de Defesa do Consumidor, existem atualmente no direito positivo português os seguintes diplomas legais, que conceituam a relação de consumo:

Inicialmente o DL 143/2001, republicado pelo DL 82/2008, de 20 de Maio, que procede à transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, que, no artigo 3.º, define, para os efeitos de tal diploma: a) *Consumidor*, como qualquer pessoa singular que atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional. E, b) *Fornecedor*, como qualquer pessoa singular ou coletiva que atue no âmbito da sua atividade profissional.

Já o Decreto-Lei 67/2003, de 8 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, alterado pelo Decreto-Lei 84/2008, de 21 de Maio, em seu artigo 1-B, alínea “a”, traz o conceito de *consumidor* idêntico ao da LDC, à qual, inclusive, faz remissão. Na alínea “b” do mesmo artigo define os *bens de consumo*, enquanto objeto da relação como “qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão”. E nas alíneas “c”, “d” e “e”, vendedor, produtor e representante do produtor, enquanto destinatários da norma na polaridade ativa.

O Decreto-Lei 95/2006, de 29 de Maio, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores, no artigo 2.º, alínea “e”, define consumidor como “qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, actue de acordo com objectivos que não se integrem no âmbito da sua actividade comercial ou profissional”, definindo, de outra banda, como fornecedores, o prestador de serviços financeiros e seus intermediários (artigos 2.º, alínea “d” e artigo 3.º), e bem assim o objeto da relação como “serviços financeiros” (artigo 2.º, alínea “c”).

O Decreto-Lei 133/2009, de 2 de Junho, que procede à transposição para a

ordem jurídica interna da Directiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores, define, em seu artigo 4.º, n.º 1, alínea “a”, como consumidor: “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”, para, em seguida, na alínea “b”, definir a polaridade ativa do interesse tutelado, ocupado pelo fornecedor, intitulado por “credor”, que é “a pessoa, singular ou colectiva, que concede ou que promete conceder um crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional”, definindo, em seguida, os serviços amparados pelo diploma.

O Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2005/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, relativa às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores no mercado interno, define, em seu artigo 3.º, como consumidor, na alínea “a” “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, e, na alínea “b”, como fornecedor “qualquer pessoa singular ou colectiva que, no que respeita às práticas comerciais abrangidas pelo presente decreto-lei, actue no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional e quem actue em nome ou por conta desse profissional”.

Como se vê, com as variações requeridas em virtude da natureza das relações que as objetam, cada uma das leis dá as suas definições sobre consumidor, fornecedor e sobre seus objetos. Entretanto, nenhuma delas foge da regra praticamente geral de apontar como consumidor a pessoa singular que adquire ou usufrui de produtos, direitos ou serviços com destinação não profissional, de algum profissional que vise à obtenção de lucro, estando, então, focada neste eixo a definição da relação jurídica de consumo no direito português.

Não são estas as únicas normas existentes no direito positivo português que tratam da proteção dos consumidores, ainda se podendo mencionar, dentre diversas outras, por sua relevância, a legislação sobre cláusulas contratuais gerais, sobre a responsabilidade objetiva do produtor, sobre a obrigação geral de segurança, sobre a informação sobre preços, mas que, a exemplo das outras tantas, não definem a figura do consumidor, podendo, algumas, serem aplicadas também àqueles que não são considerados consumidores.

De maneira especial, a Lei 23/96, de 26 de Julho, alterada pelas Leis 12/2008, de 26 de Fevereiro, e 24/2008, de 2 de Junho, trata dos serviços públicos essenciais, foco central deste trabalho, apresentando normas de efetiva proteção, somente concebíveis quando se compreenda existirem, nos polos da relação aí

formada, um desequilíbrio voraz, a ponto de se mostrar necessária a atividade legislativa no sentido de reequilibrar as forças, exatamente como se dá nas normas consumeristas em geral.

Ocorre que a mencionada lei, apesar de garantir aos consumidores, em sua conformação própria, algumas benesses, como o direito à faturação detalhada sem qualquer ônus (artigo 9º), não tem aplicação apenas quanto a eles. Isto porque a lei qualifica, no polo passivo da relação por ela regulada, o “utente” como pessoa singular ou coletiva, a quem o fornecedor de serviço se obriga a prestá-lo.

Os serviços de telefonia móvel ou fixa estão abrangidos pelos termos da lei dos serviços públicos essenciais, o que não ocorre, entretanto, com os serviços de audiotexto

Discorrendo a respeito, António Pinto Monteiro<sup>34</sup> assevera que “O legislador entendeu – e bem – que não devia restringir o âmbito de aplicação da lei a tal situação. Isso não obsta, porém, a que deva reconhecer-se ser a proteção do consumidor a principal razão a justificar as regras que foram consagradas e de se vir a conceder uma proteção acrescida ao consumidor, quando for o caso disso”.

No anteprojeto de Código do Consumidor de Portugal, a opção pela definição de consumidor se ligou mais à capacidade específica para a aquisição de produtos ou serviços. Assim foi que nos artigos 10 e 11 se previu:

Artigo 10  
(Consumidor)

*1. Considera-se consumidor a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional.*

*2. Não obsta à qualificação nos termos do número anterior o facto de essa relação ser estabelecida com organismos da Administração Pública, com pessoas colectivas públicas, com empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, com as Regiões Autónomas ou com as autarquias locais e com empresas concessionárias de serviços públicos.*

Artigo 11  
(Extensão do regime)

*1. As pessoas colectivas só beneficiam do regime que este diploma reserva ao consumidor se provarem que não dispõem nem devem dispor de competência específica para a transacção em causa e desde que a solução se mostre de acordo com a equidade.*

*2. O disposto no número anterior aplica-se também às pessoas singulares que actuem para a prossecução de fins que pertençam ao âmbito da sua actividade profissional.*

No artigo 10, o anteprojeto mantém a ideia de que o consumidor será apenas

a pessoa singular (pessoa física no Brasil), quando estiver atuando fora de sua área de atividade profissional, que estabeleça relações jurídicas com pessoa singular ou coletiva que se apresente como profissional. Como inovação maior, contida no n.º 1.º, está a menção a “relações jurídicas”, sem descrever quais seriam, se objeto de outorga de direitos, circulação de produtos ou prestação de serviços, o que se justifica pela quantidade e diversidade de situações que podem ser contempladas nos relacionamentos consumidor-fornecedor, restando evidente que todas estarão abrangidas pela norma.

Ainda, no artigo 10, n.º 2, se manteve a noção existente na definição constante na vigente LDC, ao evidenciar que também aquele que se relaciona com a administração ou com suas empresas, concessionárias de serviços públicos, será considerado consumidor.

O anteprojeto admite a extensão do regime consagrado aos consumidores em favor das pessoas coletivas, bem como às pessoas singulares, quando consumirem para fins de sua atividade profissional, limitando, entretanto, tal possibilidade, quando tais pessoas provarem (com ônus exclusivo seu) que não dispunham nem deveriam dispor de competência específica para a transação em causa, e, ainda, que isto se mostre de acordo com a equidade.

### A suspensão ou interrupção do serviço público em virtude da inadimplência consiste em exposição do consumidor a constrangimento gravíssimo

A opção do anteprojeto pela verificação da condição de consumidor, pelo exame da “competência específica” para determinada relação jurídica, fica expressa no artigo 12 do anteprojeto, onde se determina:

- 1. O disposto neste diploma não afasta a aplicação dos princípios fundamentais acolhidos pela ordem jurídica, designadamente no tocante à proibição do abuso do direito.*
- 2. Em conformidade com o disposto no número anterior, o tribunal ponderará, na situação concreta, de acordo com a equidade, se e em que medida deve ser aplicado o regime mais favorável ao consumidor, quando este, apesar de abrangido pelo artigo 10º, disponha ou deva dispor, em virtude da sua actividade e experiência profissional, de competência específica para a transacção em causa.*

Se no artigo 11 se permitiu àquele que, tecnicamente não considerado consumidor se valer das normas protetivas respectivas, desde que comprove os requisitos nomeados, no artigo 12 se permite restrição da aplicação da norma protetiva em favor daquele que, mesmo tecnicamente considerado consumidor, possuíse ou devesse possuir a competência específica para a relação jurídica que enseja a aplicação da norma.

A tal respeito, António Pinto Monteiro, presidente da comissão encarregada

da formulação do anteprojecto, reconhece ser polémica e suscitadora de dúvidas a posição adotada, e justifica que “Poder-se-ia dizer, de algum modo, que tanto a extensão do regime como as restrições que o “Anteprojecto” prevê têm subjacente o respeito pelo princípio da igualdade. Ou seja, só se justifica que haja medidas diferenciadoras quando houver razões para tal, e essas razões têm que ser materiais, efetivas e não meramente formais. Não podemos colocar exatamente no mesmo plano, na compra, por exemplo, de um automóvel para fins privados, um “consumidor de gueto” e um mecânico conhecedor e experimentado”<sup>35</sup>.

Entregues os trabalhos da comissão encarregada da elaboração do Anteprojecto de Código do Consumidor em 15 de março de 2006, e, mais tarde, após discussão pública, o projeto dela resultante ainda não foi objeto de processo legislativo apropriado para transformá-lo em lei na nação portuguesa.

Como se vê, guardadas as distinções de natureza conceitual e legislativa, tanto Portugal como o Brasil apresentam uma gama volumosa de direitos a amparar os consumidores, que, independentemente da forma de sua qualificação, devem ser compreendidos como os mais fracos nas relações que se estabeleçam no mercado de consumo, enquanto um fenómeno mundial, merecendo especial atenção e proteção dos Estados pós-modernos, na busca do bem-estar, da paz e da justiça social.

## 2. SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Como acima demonstrado, tanto a legislação brasileira como a portuguesa conferem amplo leque de proteção em favor dos consumidores, do qual não estão excluídos eventuais problemas que decorram da prestação de serviços públicos essenciais, tendo em vista que o CDC brasileiro admite a pessoa jurídica de direito público como fornecedora, enquanto a LDC portuguesa, da mesma forma, faz expressa menção aos órgãos da administração, às empresas públicas e às permissionárias ou concessionárias de serviços públicos.

O tratamento legislativo dado à questão nas duas nações é diferente. Enquanto, no Brasil, se trata a relação de consumo como um objeto de regramento próprio, só aplicável quando caracterizada a relação de consumo, em Portugal se optou por tratar globalmente do regramento relativo à prestação dos serviços públicos essenciais. Para se atingir os fins buscados com o presente trabalho, examinemos, então, neste capítulo, o que se consideram serviços públicos essenciais, para efeito de defesa dos consumidores, e, no próximo, a fundo da proteção que é dada pela legislação específica no direito das duas nações.

Começando, pois, pelo direito brasileiro, se vê que os serviços públicos são considerados objeto da relação de consumo. Isso se conclui do exame dos ter-

mos do CDC que, inicialmente, no artigo 3.º *caput*, qualifica como “fornecedor”, enquanto sujeito da relação de consumo, a pessoa jurídica de direito público. Depois, no artigo 4.º, inciso VII, define como princípio da política nacional das relações de consumo, a “racionalização e melhoria dos serviços públicos”, definindo, ainda, no artigo 6.º, inciso X, ser direito básico dos consumidores a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, para, ao final, dedicar um artigo exclusivo à questão dos serviços públicos, a saber:

*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*

*Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.*

Como se vê, não resta qualquer dúvida que os serviços públicos são no Brasil objeto de relação de consumo, conferindo a seus consumidores todo o plantel protetivo conferido pelo CDC. Cumpre identificar, para perfeita compreensão, o que são serviços públicos abrangidos pelo manto protetivo do CDC e quais seriam os tidos como essenciais.

Ao dizer de Hely Lopes Meireles, serviços públicos são “todos aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”<sup>36</sup>.

A doutrina consumerista brasileira apresenta três correntes distintas sobre a incidência do CDC em favor dos consumidores de serviços públicos. Em linha radicalmente oposta a tal possibilidade encontra-se Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem a defesa do usuário de serviço público não pode ser confundida com a defesa do consumidor, uma vez que a Constituição os tratou de forma diferenciada. Argumenta, mais, que a Emenda Constitucional 19/98, determinou ao Congresso Nacional a elaboração de uma lei de defesa dos usuários de serviços públicos, o que, a seu ver, seria o reconhecimento constitucional da diferença entre estes e os consumidores em geral<sup>37</sup>.

A segunda corrente defende que as disposições do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas a qualquer tipo de serviço público, mesmo face à constatação de que, nos moldes do artigo 3.º, § 2.º do CDC, só se consideram “serviços”, enquanto objeto de relação de consumo, aqueles prestados mediante remuneração. Luiz Antônio Rizzato Nunes chega a afirmar que “Nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos através da receita advinda da arrecadação de tributos”<sup>38</sup>.

Na mesma esteira, Antônio Hermann Vasconcelos e Benjamin, um dos autores do anteprojeto que resultou na Lei 8.078, afirma que “Qualquer serviço público – seja público ‘stricto sensu’ ou de utilidade pública, seja ‘uti universi’ ou ‘uti singuli’ – deve ser prestado de forma adequada, eficiente e segura. Em outras palavras: os serviços públicos simplesmente não podem portar vícios de qualidade (insegurança ou adequação) ou de quantidade”<sup>39</sup>, referindo-se à responsabilidade dos fornecedores pelos vícios de qualidade e quantidade de serviços, tratados no artigo 19 do CDC.

Já a terceira corrente (com a qual concordo), de visão mais ponderada, e preponderante na jurisprudência, entende que os serviços públicos só serão considerados como objeto de relação de consumo, quando remunerados diretamente pelo consumidor, pois, como diz José Geraldo Brito Filomeno, não se pode confundir consumidor com contribuinte<sup>40</sup>. Isto porque, *grosso modo*, os chamados serviços públicos “*uti universi*”, são prestados pelo Estado e financiados pelos impostos,

Muito embora não previsto diretamente no CDC, é um direito do consumidor ser notificado previamente acerca da interrupção que irá se operar em virtude de sua inadimplência

como os serviços de segurança pública, saúde pública, educação pública, pelos quais o usuário não paga diretamente quando usa, muito embora os financie, enquanto contribuinte, ao pagar seus impostos. De outro lado, os chamados serviços públicos “*uti singuli*” são os prestados pelo próprio Estado, ou por delegação, tendo como traço de identificação sua remuneração por parte daquele que o utiliza, através das taxas ou tarifas, também conhecidas, as últimas, como *preços públicos*<sup>41</sup>.

Apesar do bem fundamentado posicionamento de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes<sup>42</sup>, que só veem a possibilidade de aplicação das normas do CDC aos serviços públicos remunerados por tarifas ou preços públicos<sup>42</sup>, prevalece o entendimento de Adalberto Pasqualoto<sup>43</sup>, de que o CDC é aplicado aos serviços públicos “*uti singuli*”, independentemente de se remunerarem por meio de taxas ou através de preços públicos, o que é referendado por Cláudia Lima Marques, ao vaticinar que “Em interpretação literal da norma, os serviços públicos ‘uti universi’, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista pelo CDC. (...) Assim, aplica-se o CDC sempre que presente um consumidor aos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, estradas com pedágio, financiamento, construção de moradias populares, etc”<sup>44</sup>.

Definido o campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor bra-

sileiro aos serviços públicos, resta definir o que são serviços públicos essenciais no Brasil.

Ao contrário do que ocorre em Portugal, onde a lei específica (L 23/96) determinou o que são serviços públicos essenciais (com o alargamento decorrente da Lei 12/2008), a Lei 8.078 brasileira se referiu a serviços públicos “essenciais” no seu artigo 22, sem dizer quais seriam eles. Para o desembargador e professor paulista Luiz Antônio Rizzatto Nunes, “Em medida

Problemas ocorreram no direito português em relação à prescrição do direito de cobrar os valores relativos à prestação integral do serviço público prestado

amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde, etc. Neste sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água, de esgoto, de coleta de lixo, de telefonia, etc.”<sup>245</sup>. Linhas adiante, faz o livre docente da PUC/São Paulo uma relação entre a essencialidade do serviço público e uma perspectiva real e concreta de urgência, ou seja,

necessidade concreta e efetiva de sua prestação, exemplificando que o fornecimento de água para uma residência desabitada não pode ser considerado essencial, posto que não urgente.

Existe no Brasil uma definição legal de serviços públicos essenciais. Não em alguma lei destinada à proteção dos consumidores, mas na Lei 7.783/89, conhecida como Lei da Greve, que foi editada antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, logo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, ocasião em que os trabalhadores, encharcados de liberdade após longa ditadura militar que se extinguiu, passaram a abusar do direito de greve que lhes foi garantido na carta política, demandando edição da mencionada lei para, sem tolher o direito à greve, fazer com que o país não parasse em virtude de seu exercício, com prejuízo para toda população, determinando a existência de plantões durante as greves nos serviços públicos essenciais.

#### CONSTAM DOS ARTIGOS 10 E 11 DE MENCIONADA LEI:

*Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:*

*I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;*

*II - assistência médica e hospitalar;*

- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;*
- IV - funerários;*
- V - transporte coletivo;*
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;*
- VII - telecomunicações;*
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;*
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;*
- X - controle de tráfego aéreo;*
- XI - compensação bancária.*

*Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.*

*Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.*

Como se vê, muito embora para regulamentar o direito de greve dos trabalhadores e, especialmente, o bem estar da população em situação tal, existe no Brasil a definição de serviços essenciais e, associando-se tal definição à compreensão de que os serviços públicos “*uti singuli*” estão abrangidos pelo CDC, podemos ter, com alicerce na lei, que são tratados pelo artigo 22 do CDC os serviços relativos ao fornecimento de água tratada, luz, esgoto, gás, transportes coletivos e telecomunicações em geral, o que se mostrará necessário ao exame da proteção dos consumidores de serviços públicos essenciais *infra*.

Muito embora a discussão sobre quais sejam os serviços públicos “essenciais” não se limite ao universo jurídico brasileiro, a situação é bem mais simples em Portugal, onde o legislador determinou de antemão quais serviços públicos deveriam ser qualificados como tal, para conferir a seus usuários proteção especial.

Discorrendo sobre a opção do legislador português, António Pinto Monteiro<sup>46</sup> afirma que “Pretendeu, por um lado, ser o mais completo e preciso na regulamentação que estabeleceu, o que implicava uma definição prévia dos serviços abrangidos; por outro lado, decidiu prevenir as dúvidas e discussões intermináveis que de outro modo haveria sobre o âmbito de aplicação da lei, no que concerne à determinação de quais os serviços que têm a natureza de serviços públicos, e entre eles quais são essenciais”. Linhas adiante, o citado professor justifica, ainda, a definição legal mencionada, pelo fato de tratar-se de problemas frequentes, portanto, conhecidos que desafiavam a criação de regras adequadas.

Mafalda Miranda Barbosa<sup>47</sup>, comentando a opção do legislador português pela definição dos serviços públicos tidos como essenciais para a defesa de seus

utentes, afirma que “a essencialidade do serviço vai para além da função de satisfação de necessidades de primeira ordem. É certo que cada um dos serviços indicados pelo legislador aponta para a necessidade básica das sociedades hodiernas. No entanto também dão resposta a necessidades vitais os serviços médicos ou os serviços de transporte e nem por isso parecem estar abrangidos pela disciplina protetiva (...) o que nos leva a adiantar que a essencialidade está aqui profundamente conotada com o carácter quotidiano da contratação em causa”. Complementa, linhas adiante, que os serviços elencados como essenciais na Lei 23/96 implicam, do lado do prestador, como prestação duradoura de execução continuada, enquanto, do lado do utente, a prestação periódica ou de trato sucessivo.

O certo é que o legislador português definiu os serviços públicos essenciais na Lei 23/96, de 26 de Julho, elencando-os, na redação original do diploma, como o fornecimento de água, energia eléctrica, gás e telefone, nos moldes do artigo 1.º, alíneas de “a” a “d”. Coincidindo a época da edição da lei com a explosão da utilização dos telefones celulares, em Portugal tratados por telemóveis, e face às diversas normas protetivas dos utentes, e, de consequências limitativas à liberdade mercadológica dos fornecedores de tais serviços, assistiu-se a uma discussão doutrinária, e instalou-se uma instabilidade jurisprudencial sobre a aplicação ou não dos termos da legislação à telefonia móvel, como relata Mafalda Miranda Barbosa, nos idos de 2004<sup>48</sup>.

No clamor da discussão, entretanto, entrou em vigor a Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, que estabeleceu o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos, que, em seu artigo 127, n.º 2, excluiu expressamente do âmbito de aplicação da Lei 23/96 o serviço de telefone, fixo ou celular, sepultando a discussão daí em diante, que ficou, portanto, restrita aos casos ocorrentes entre a entrada em vigor da Lei 23/96 e tal diploma<sup>49</sup>. A consequência mais grave causada pela entrada em vigor da Lei 5/2004 foi ampliar o prazo de prescrição para cobrança dos débitos relativos às contas de telefone, de 6 (seis) meses, como determina a Lei dos Serviços Públicos, para cinco anos, nos moldes do artigo 310 do Código Civil português.

A configuração atual da Lei 23/96 decorre da entrada em vigor da Lei 12/2008, de 26 de Fevereiro, a partir da qual o artigo 1.º, n.º 2, passou a contemplar os seguintes serviços públicos essenciais:

- a) Serviço de fornecimento de água;
- b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica;
- c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;
- d) Serviço de comunicações electrónicas;
- e) Serviços postais;

- f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais;
- g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

As alíneas “a” e “b” continuaram com a redação original. A nova alínea “c”, visando dissipar qualquer dúvida que pudesse surgir quanto ao âmbito de aplicação da Lei, saiu da forma simplista de “fornecimento de gás”, para deixar bem claro que estão abrangidos o gás natural e qualquer outro gás liquefeito de petróleo canalizado, não havendo qualquer discrepância com a legislação restante relativa ao tema<sup>50</sup>.

Na alínea “d”, o legislador incluiu o serviço de comunicação eletrônica, que, segundo o artigo 3.º da Lei 5/2004, de 10 de Fevereiro, é “O serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou parcialmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrônicas, incluindo os serviços de telecomunicações e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão, sem prejuízo da exclusão referida na alínea b do n.º 1, do artigo 2.º”. Já a alínea “x” do mesmo artigo determina que neles se incluam as “redes de comunicações eletrônicas”, os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios ópticos, ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a internet) e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes utilizadas para a radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida.

Daí não restar qualquer dúvida que os serviços de telefonia móvel ou fixa estão abrangidos pelos termos da lei dos serviços públicos essenciais, o que não ocorre, entretanto, com os serviços de audiotexto, que são considerados como serviços de valor acrescentado, não abrangidos pela Lei 5/2004, que determina seu barramento gratuito, sob pena de coima, só podendo o serviço ser ativado genérica e seletivamente a pedido escrito do utente<sup>51</sup>.

A alínea “e” do artigo 1.º, n.º 2, incluiu na definição de serviços públicos essenciais os “serviços postais”, regidos em Portugal pela Lei 102/99, de 26 de Julho, que define as bases gerais a que obedece o estabelecimento, gestão e exploração de serviços postais, e transpõe a Diretiva 97/67/CE, que por sua vez foi alterada pela Diretiva 2002/39/CE, transposta pelo Decreto-Lei 116/2003.

De se ver que a redação primitiva da Lei 23/96, no artigo 13, n.º 2, determinava que “A extensão das regras da presente lei (...) aos serviços postais terá lugar no prazo de 120 dias, mediante decreto lei, ouvidas as entidades representativas dos respectivos sectores”, o que não chegou a ser feito naquele prazo, ocorrendo

apenas a partir da edição da Lei 12/2008.

Já os serviços de recolha e tratamento de águas residuais passaram a ser previstos na alínea “f” do artigo 1.º, n.º 2, da Lei 23/96, em virtude da Lei 12/2008, e encontram regramento no direito português, em virtude da Diretiva 91/271/CEE, transposta pelo Decreto Regulamentar 23/95, de 23 de Agosto, e pelo Decreto-Lei 152/97, de 19 de Junho, que se encarrega de definir águas residuais no artigo 2.º, n.º 2, enquanto nos n.ºs 6 a 8 cuida da noção de tratamento das águas residuais urbanas.

Por derradeiro, a alínea “g” do artigo 1.º, n.º 2, da Lei 23/96 determina ser serviço público essencial o serviço de gestão de resíduos sólidos urbanos, tratados em Portugal pelo Decreto-Lei 379/93, de 5 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei 103/2003, de 23 de Maio, e, bem assim, o Decreto-Lei 294/94, de 18 de Novembro, que foi alterado pelo Decreto-Lei 221/2003, de 20 de Setembro.

Assim, se verifica que no direito português o legislador determinou, em virtude do âmbito de aplicação da Lei 23/96, com as alterações introduzidas pela Lei 12/2008, como serviços públicos essenciais: fornecimento de água; fornecimento de energia eléctrica; fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; comunicações electrónicas, aí incluídos, entre outros, telefonia fixa e móvel; serviços postais; recolha e tratamento de águas residuais e gestão de resíduos sólidos urbanos.

Delimitados, portanto, os chamados serviços públicos essenciais no Brasil e em Portugal, passamos ao exame da protecção legal conferida aos seus consumidores.

### 3. PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Como visto acima, conquanto de forma diferente, os legisladores de Brasil e Portugal trataram dos serviços públicos essenciais de modo a conferir protecção a seus consumidores.

A lei brasileira não os definiu prontamente, deixando tal tarefa à doutrina, e, apesar dos normais conflitos decorrentes da discussão de um ramo novo do direito, que surgiu e evoluiu a partir da constatação da existência de um mercado de consumo, podem ser nomeados como os prestados pelo Estado diretamente ou seus concessionários e permissionários, mediante o pagamento de taxas ou tarifas, e que representem, de acordo com o caso concreto, necessidade urgente para a razoável qualidade de vida do cidadão, observados os preceitos constitucionais existentes em sua protecção.

Já em Portugal, a opção do legislador foi a de definir, dentre os diversos serviços públicos prestados pelo Estado-Administração, ou seus representantes, concessionários ou permissionários, aqueles considerados como essenciais para

dar aos utentes proteção diferenciada.

Em relação ao direito brasileiro, o CDC, em seu artigo 6.º, inciso X, determinou como direito básico dos consumidores “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Tal regra é complementada pelo artigo 22 do mesmo diploma, que determina aos órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, a obrigação de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nota-se, de outro tanto, que o CDC, em sua atuação micro-sistemática, não definiu o que são serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, forçando o exegeta a buscar tais conceitos em outros diplomas legais, caso existam, ou no conceito doutrinário que se estabelecer.

Em vias de promover a retirada do Estado de grande parte da atividade econômica no Brasil, através de um criticável programa de desestatização, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, conseguiu a aprovação da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

O mencionado diploma legal traz em seu artigo 6.º “*caput*” a definição de serviço adequado, que será “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Para Alessandro Segala, o serviço adequado é aquele capaz de satisfazer as necessidades dos usuários, revelando-se apto, portanto, a atender às necessidades que motivaram a sua instituição<sup>52</sup>.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes afirma que a eficiência é o gênero das qualidades atribuídas aos serviços públicos como sua qualidade principal, do qual decorrem adequação, segurança e continuidade, aos quais está intrinsecamente ligada, complementando que “o indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente”<sup>53</sup>. Assim, será eficiente o serviço de transporte coletivo que parte e chega no horário, permitindo que os usuários viajem confortavelmente, já não o sendo o fornecimento de energia elétrica interrompido várias vezes por dia, ou por longos períodos, em virtude de deficiência em sua prestação.

Para a professora Elaine Cardoso de Matos Novais<sup>54</sup>, “a segurança do serviço é aferida quando sua prestação não enseja agravos, ou pelo menos agravos desnecessários para a segurança dos usuários-consumidores, de modo a garantir a proteção de sua incolumidade física e psíquica. Esse aspecto do serviço está relacionado com a ausência de defeito capaz de causar acidente de consumo e,

por conseguinte, fato do serviço, de que trata o artigo 14 do CDC”. Como tudo na vida, a prestação de serviços públicos também importará a existência de riscos para seus usuários. Desde sempre ocorrem acidentes com ônibus (autocarros) e trens (comboios) que estão a transportar passageiros. A queda de linhas de alta tensão expõe a segurança das pessoas a descargas fatais. A falta de tratamento da água distribuída, ou a presença de bactérias nela, leva riscos aos consumidores que a utilizarem.

O que espera o legislador é que os riscos apresentados pelos serviços públicos sejam os razoáveis, não expondo o consumidor desnecessariamente a perigo, ou efetivamente causando danos à sua integridade física ou psíquica ou a seus interesses econômicos. Arremata a professora, linhas adiante, que “pode-se notar que o serviço seguro não existe somente quando não haja riscos para o consumidor, porém que esses riscos sejam suportáveis ou razoáveis diante do benefício proporcionado pela utilização do serviço. Serviço seguro não significa serviço sem risco, porém aquele cujo risco é aceitável considerando o avanço tecnológico existente no momento e os proveitos dele decorrentes”.

Com relação aos três primeiros direitos (eficiência, adequação e segurança) dos consumidores de serviços públicos no Brasil, não ocorrem maiores questões, mesmo porque o texto legal se encontra atendido com a prestação regular dos serviços públicos, tendo a norma muito mais o sentido de criar obrigação reparatória para o prestador, como determina o parágrafo único do artigo 22 do CDC (“Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”), estando o mencionado artigo inserido na seção III do Capítulo IV do CDC, que trata sobre a responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade e quantidade de produtos e serviços.

A grande discussão que dominou a jurisprudência, e ainda domina a doutrina brasileira, se dá em relação à parte final do *caput* do artigo 22, onde o legislador determinou que os serviços públicos essenciais devem ser contínuos, ou seja, ininterruptos, sem solução de continuidade, face à sua característica de essencialidade e urgência, o que autoriza a conclusão de que não pode a prestação ser suspensa, inclusive em caso de não pagamento de contas vencidas. Ao considerar-se os serviços de fornecimento de água, energia elétrica e telecomunicações em geral como abrangidos pelo CDC, vez que remunerados diretamente pelo consumidor, e essenciais, posto que assim previstos na Lei 7.783/89, seriam insuscetíveis de sofrer solução de continuidade, inclusive face ao não pagamento.

A princípio, a jurisprudência brasileira assentara orientação em ordem a impedir a interrupção do fornecimento dos serviços tidos como básicos, inclusi-

ve por inadimplência<sup>55</sup>. Mas, com a edição da mencionada Lei 8.987/85, foram acrescentadas ao ordenamento jurídico pátrio as disposições do parágrafo 3.º do artigo 6.º, com a seguinte redação:

§ 3.º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A interrupção motivada em situação de emergência por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações jamais foi questionada pela doutrina e pela jurisprudência, o que viria a se assemelhar ao determinado no artigo 5.º da Lei 23/96 de Portugal, ao admitir a interrupção mediante prévio aviso ou quando verificado caso fortuito ou força maior.

O problema passou a residir na remissão expressa da possibilidade de interrupção do fornecimento por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A partir de 2002, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se consolidou no sentido de admitir a possibilidade de interrupção do serviço público por inadimplimento, em homenagem à solidariedade que preside à prestação do serviço, e, sobretudo, a formação da tarifa, ou seja, ao argumento de que a continuação da prestação do serviço em favor de quem não pagou a fatura acabaria por importar seu custeio pelos consumidores adimplentes, obrigados assim a suportar a majoração da tarifa<sup>56</sup>.

A questão de fato é intrincada e desafia acaloradas discussões. Os que concordam com a interrupção dos serviços, em virtude da inadimplência se valem de argumentos como a pura e simples falta de obrigação de prestar os serviços em favor de inadimplentes, como Zelmo Danari, um dos autores do anteprojeto que se converteu na Lei 8.088<sup>57</sup> e, bem assim, ser a Lei 8.987/95 mais recente do que o CDC, aplicável, portanto, em virtude do critério de anterioridade, e bem assim o interesse da coletividade, ao passo que o consumidor, livre do risco de ficar sem o serviço, em caso de não pagamento das faturas, certamente deixará de fazê-lo, importando penalização do que paga pontualmente seus débitos, que verá o valor da tarifa elevado, para fazer frente às despesas da prestadora<sup>58</sup>.

Para o desembargador e professor Sérgio Cavalieri Filho, “Assim como não pode a concessionária deixar de fornecer o serviço, também não pode o usuário negar-se a pagar o que consumiu, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa, com a quebra do princípio da igualdade no tratamento das partes. A paralisação do serviço impõe-se quando houver inadimplência, repudiando-se apenas a interrupção abrupta, sem aviso prévio, como meio de pressão para o pagamento de contas em atraso. Assim, é permitido o corte do serviço, mas com o precedente aviso de advertência.”<sup>59</sup>

Parece acertada a conclusão, quando se pensa no grande empresário que adquire energia elétrica para impulsionar as máquinas de sua indústria, ou no profissional liberal que adquire água tratada para renovar semanalmente o conteúdo de sua piscina, e se opõe ao pagamento, mesmo em condições para tal. O reverso negro desta matriz está na já verificada situação do cidadão que ganha um salário mínimo, reservando importância exata para o pagamento de energia elétrica de seu barraco, e que, em determinado mês, não efetua o pagamento respectivo, porque teve de adquirir remédios para o filho que estava enfermo. Aí me parece que não está atendido o interesse da coletividade.

O professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes<sup>60</sup>, radical defensor da impossibilidade de efetivação da interrupção dos serviços públicos em virtude do não pagamento da fatura, com o qual concordo, invoca grande número de argumentos palpáveis, que poderiam ser assim sintetizados: O CDC, enquanto regulador das relações jurídicas especiais de consumo, é uma norma principiológica, diretamente ligada à Constituição, onde tem suas raízes firmadas nos artigos 5º, XXXII, 170, V e 48 dos atos das disposições finais e transitórias, e ao qual estão sujeitas todas as relações de consumo, expressamente determina a continuidade dos serviços públicos essenciais, e outra lei, mesmo que posterior, não poderá interferir no sistema de proteção do consumidor, o que torna impossível tal interrupção, ao menos quando se trate de relação de consumo, ou seja, quando quem recebeu o serviço público o faça como “destinatário final”, sem encaixá-lo em atividade profissional ou em linha de produção.

O CDC garante aos consumidores direito à dignidade, vida sadia, meio ambiente equilibrado, que, ademais, são dogmas constitucionais, sendo certo que a ausência de serviços essenciais como a água tratada ou a energia elétrica põem em risco as mencionadas garantias constitucionais, que, ademais, não podem ser sacrificados em função do direito de crédito, que, face àqueles, embora importante, é um bem menor.

No direito brasileiro, quem pretender receber valores dos quais é credor, deverá se valer de ação de cobrança, de ação monitória, caso tenha prova escrita sem força de título executivo, ou de ação executiva, caso seja portador de título executivo judicial. Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos, e, se algum credor subtrai das mãos do devedor algo para satisfazer o crédito, estará a cometer o crime de exercício arbitrário das próprias razões, tipificado no artigo 345 do Código Penal<sup>61</sup>. Admitindo-se tal interrupção, cria-se uma exceção à regra que vale para todos os demais credores, exatamente em relação aos serviços que são mais urgentes ao cidadão, sendo certo que o próprio Estado ou seus concessionários dispõem dos mesmos recursos legais conferidos aos demais credores.

Ademais, nos moldes do artigo 42 do CDC, “*Na cobrança de débitos, o consu-*

*midor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça*". A suspensão ou interrupção do serviço público em virtude da inadimplência consiste em exposição do consumidor a constrangimento gravíssimo, na medida em que o priva, e a sua família, das condições mínimas de existência digna, parecendo efetivamente uma forma de ameaça velada visando o recebimento de crédito.

Certamente que se deve compreender que as empresas prestadoras de serviços públicos objeto de concessão têm o dever de prestá-los de forma eficiente, segura e adequada, o que importa gastos e despesas, e, ainda, que sobrevivem do que arrecadam em virtude do pagamento pelo serviço prestado. Se não é admissível a interrupção do serviço em desfavor daquele que não teve condições de pagar pelo serviço, parece justo que se faça em relação ao que tinha possibilidade de o fazer, e, por vontade própria e imotivada, não o fez. Mas como separar o joio do trigo, se existem milhares, em verdade milhões, de usuários dos serviços públicos tidos como essenciais?

É de se ver que, por princípio contido no artigo 4.º, I, do CDC, o consumidor é vulnerável no mercado de consumo, e, em efeitos práticos, sempre o será perante o Estado ou as grandes empresas que exploram os serviços públicos em geral. Assim, na linha de raciocínio do professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, a interrupção do serviço seria possível se o fornecedor propusesse "ação judicial para cobrar seu crédito e nessa ação comprovar que o consumidor está agindo de má-fé ao não pagar as contas. Pode haver, inclusive, pedido de antecipação dos efeitos da tutela ou pedido liminar em cautelar, se o fornecedor-credor puder demonstrar a má-fé do consumidor"<sup>62</sup>.

Entre o que se pensa e o que acontece há, por vezes, grandes diferenças, e, na atualidade do Brasil, a jurisprudência, em sua expressa maioria (da qual me excludo enquanto julgador), capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado pela legalidade da interrupção do fornecimento do serviço em caso de inadimplência do consumidor, cedendo a pressões dos interesses das concessionárias, "diminuindo a efetividade do CDC para evitar danos à pessoa e à dignidade do consumidor. A nova jurisprudência do STJ permite o corte, desde que cumpridas as exigências de informação das normas administrativas"<sup>63</sup>.

A professora Cláudia Lima Marques destaca a sabedoria do STJ quando, a partir de 2005, apesar de permitir o corte de energia elétrica e água, passou a fazer duas distinções ou exceções subjetivas: quando o destinatário é pessoa jurídica de direito público, como os municípios, os serviços públicos essenciais devem ser mantidos, para evitar causar prejuízo à população em geral, e em relação à pessoa física "em situação de miserabilidade"<sup>64</sup>.

Resta, apenas, acrescentar que, muito embora não previsto diretamente no CDC, é um direito do consumidor ser notificado previamente acerca da interrupção que irá se operar em virtude de sua inadimplência, como verte o artigo 6.º, § 3.º, da Lei 8.789, e bem assim pacificado no entendimento jurisprudencial mencionado, sendo, da mesma forma, líquido o entendimento de que a interrupção sem prévio aviso, quando esteja a ocorrer discussão sobre o valor da fatura entendido como abusivo, ou estando o consumidor adimplente, propicia a fixação de danos morais em seu favor.

Em Portugal, estando a questão relativa à definição dos serviços públicos essenciais, e bem assim dos direitos conferidos aos consumidores, plasmada no diploma legal respectivo, é bem menor a discussão doutrinária, cumprindo verificar a proteção destinada aos consumidores de serviços públicos, face ao enquadramento legal aludido.

Como já mencionado (fls. 13 supra), a Lei 23/96, com a configuração que lhe deu a Lei 12/2008, muito embora tenha feição plena de norma de proteção do consumidor, por regular relações entre desiguais, é aplicável aos “utentes”, que, segundo o disposto no artigo 1.º, n.º 3, para efeitos de sua aplicação, será a pessoa singular ou coletiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo. No outro polo de tal relação está o prestador de serviço, o qual foi qualificado no n.º 4.º do mesmo artigo, como toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão. Passemos, então, ao estudo dos direitos consagrados aos consumidores em tal diploma.

No artigo 2.º, a Lei 23/96 consagra o direito de participação dos utentes de serviços públicos, através de suas associações representativas, tanto na definição dos contratos celebrados pela administração com as concessionárias, como nas grandes opções estratégicas a serem adotadas pelas concessionárias, quando o serviço for prestado em forma de monopólio.

A afirmação da participação dos consumidores, através de suas associações representativas, nas grandes decisões relativas a serviços públicos, vem ao encontro do que prescreve a Resolução 39/248, adotada na assembleia geral da ONU de 09 de abril de 1985, que estabeleceu os chamados *direitos fundamentais do consumidor*, através da qual, além do direito à segurança, à escolha, à informação, à indenização, à educação para o consumo e um meio ambiente saudável, deu ao consumidor o “direito de ser ouvido”, que consiste exatamente na possibilidade de participação quando da formulação das políticas públicas relativas ao mercado de consumo e aos interesses dos consumidores em geral. Cumpre ressaltar que, nos moldes do artigo 16 da Lei 23/96, o elenco das entidades que devem ser consultadas será objeto de definição pelo órgão governamental competente.

O artigo 3.º pode ser considerado como uma cláusula geral de boa-fé, a ser observada pelo fornecedor de serviços públicos, ao determinar que “o prestador do serviço deve proceder de boa-fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger”. Para além da chamada boa-fé subjetiva, que pode ser sintetizada como a disposição de portar-se de modo a não causar mal ao outro, deve-se considerar a obrigação geral de boa-fé em vertente objetiva, fixadora de normas de conduta, criadora de deveres anexos, e causa limitadora do exercício de direitos subjetivos. Assim se pode dizer que a faturação pelo valor efetivamente gasto pelo consumidor, a informação a respeito da prestação do serviço, o cuidado com a segurança do consumidor, decorrem da boa-fé que se exige do fornecedor do serviço público essencial.

A informação é, senão o, um dos direitos mais importantes conferidos ao consumidor, posto ter o poder de deixá-lo inteirado sobre o que e como consumir, conhecedor dos riscos que o produto ou serviço importa para sua saúde e segurança, além de lhe permitir opção ou escolha pelo uso ou não deste ou daquele produto ou serviço. Não é sem motivo que os artigos 7.º e 8.º da Lei 24/96, a Lei de Defesa do Consumidor, criaram o direito a informação em geral e em particular, visando dar ao consumidor tudo que possa se mostrar necessário para sua orientação e proteção.

Disso não fugiu a Lei 23/96, ao determinar, no artigo 4.º, o dever de informação dos prestadores de serviços sobre as condições em que o serviço é fornecido (n.º 1), sobre as tarifas aplicadas (n.º 2), recaindo obrigação especial sobre o prestador de serviço de telefonia (n.º 3), de rede fixa para móvel, TV cabo e internet, por serem tais serviços os de mais difícil compreensão, em relação aos preços cobrados, posto que ocorrem tarifações por pulsos, por minutos, por fração de minutos, de forma que o consumidor não compreende perfeitamente tais condições. Certamente que tal informação propicia ao utente a utilização mais racional do serviço, de modo a que se apresente mais económico.

No artigo 5.º, agindo de forma direta e incisiva, a Lei 23/96 soube evitar toda a polémica que existe no Brasil a respeito da possibilidade ou não de interrupção do serviço público essencial, ao não só permitir, mas disciplinar, os casos de interrupção pela suspensão do fornecimento. O n.º 1 de tal artigo, além de deixar clara a possibilidade de suspensão do fornecimento do serviço público essencial, assevera que ele só poderá ocorrer após prévio aviso ao consumidor, ressalvados o caso fortuito e a força maior, como no caso de rompimento da fiação de energia por um acidente de trânsito, ou quebra dos canos condutores de água, em virtude de um terremoto, por exemplo.

Nos números 2 e 3 do artigo 5.º o legislador regula a suspensão do serviço

em virtude da mora do utente, o que somente poderá se dar após sua advertência por escrito, da qual deve constar o motivo da suspensão, os meios de que dispõe para evitar a suspensão e bem assim a retomada da prestação do serviço, além do exercício de seus direitos. De notar que a lei fala em “mora do utente”, que não deve ser compreendida só pela obrigação de pagamento da fatura mensal, que também a justifica. Pode ser, por exemplo, que pese sobre o utente a obrigação de substituição de fiação interna da casa, para evitar curto-circuito em prejuízo de todos os usuários. Em tal situação, mesmo estando com o pagamento das faturas em dia, estará em mora com tal obrigação, podendo dar origem ou causa à suspensão do serviço.

A cientificação da suspensão do serviço, que tinha prazo de oito dias na configuração inicial da Lei 23/96, passou a ser necessária com antecedência mínima de dez dias, em virtude da alteração introduzida pela Lei 12/2008. Cuidando-se de serviços essenciais, esse prazo se destina a que o utente viabilize meios de evitar a interrupção, através do pagamento da fatura vencida ou da prática de ato de sua responsabilidade, purgando a mora, ou, ainda, buscar solução administrativa ou judicial, caso entenda que a interrupção da prestação do serviço não se justifica.

A utilização da expressão “mora do utente que justifique a suspensão do serviço”, autoriza o entendimento de que nem sempre a mora verificada no pagamento da fatura mensal pode justificar a providência extrema. Sendo um direito do utente o pagamento fracionado da fatura apresentada com valores de serviços que sejam funcionalmente dissociáveis, a recusa no pagamento de um deles não pode importar a suspensão do fornecimento do outro. Assim, também, caso os tribunais tenham a mínima visão humanitária e social da aplicação da lei, não se justificaria a interrupção do fornecimento de serviço público essencial, ligado à própria dignidade da pessoa, como água ou luz elétrica, no caso de utente que, por um acidente da vida, como morte, doença ou convalescença de familiar, se vir impedido do pagamento de fatura mensal.

No n.º 4 do artigo 5º está previsto que “A prestação do serviço público não pode ser suspensa em consequência de falta de pagamento de qualquer outro serviço, ainda que incluído na mesma fatura, salvo se forem funcionalmente indissociáveis”. Isto se justifica no fato da prestação de serviços diversos pelo mesmo concessionário. Em Portugal, atualmente, é totalmente normal que uma mesma operadora ofereça serviço de telefone fixo, internet e TV a cabo. Supondo que durante todo um mês o serviço de TV a cabo não tenha funcionado, tem o consumidor o direito de pagar somente o que utilizou regularmente quanto ao telefone fixo e à internet, nos moldes do artigo 6.º da Lei 23/96 sem que se possa suspender a prestação destes pelo não pagamento daquele. Isto não se dá, por

outro lado, no que tange à cobrança de tarifa de água tratada e recolha de esgoto, posto serem indissociáveis.

O artigo 8.º da Lei 23/96, já existente em sua redação original, apresenta proteção bem superior à existente no Brasil, em relação à cobrança pelos fornecedores de serviços públicos essenciais dos denominados consumos mínimos, ao proibir expressamente um tal procedimento, assim compreendidos aqueles de pagamento obrigatório, independentemente da utilização ou não do serviço disponibilizado.

No Brasil, não havendo tal proibição em sede legal, as empresas prestadoras de serviços abusam de tal direito, cobrando tarifas mínimas para a manutenção de telefonia fixa, mesmo sem utilização, por outras cobrando consumo de água não exatamente pelo que foi gasto, mas pela imposição de faixas de consumo, onde a tarifa se mostra diferenciada. Sendo tais cobranças questionadas judicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, a mais alta corte judicial em matéria não constitucional do país, acabou por convalidar tais práticas ao editar a súmula 356, em 08 de setembro de 2008 (*“É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”*) e 407, em 24 de novembro de 2009 (*“É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo”*)<sup>65</sup>, encontrando-se, portanto, neste ponto, o consumidor português, ao menos teoricamente, mais protegido que o brasileiro.

No n.º 2 e suas alíneas do artigo 8.º, aditado pela Lei 12/2008, proibiu o legislador a cobrança dos utentes de qualquer contrapartida, independentemente da nomenclatura adotada, como preço, aluguer, taxa, imposto, encargo, taxa de disponibilidade etc. pelo uso de contadores e qualquer outro instrumento de medida e controle de consumo, para fins de cobrança. João Calvão da Silva<sup>66</sup> assevera que o legislador foi ao encontro do espírito da proibição geral de práticas comerciais desleais, plasmada no Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março, que transpõe para o direito interno a Diretiva 2005/29/CE, em especial do artigo 8.º, alínea “q”, que determina ser prática comercial desleal *“Fazer o arredondamento em alta do preço, da duração temporal ou de outro factor relacionado, directa ou indirectamente, com o fornecimento do bem ou com a prestação do serviço que não tenha uma correspondência exacta e directa no gasto ou utilização efetivos realizados pelo consumidor e que conduza a aumento do preço a pagar por este”*.

Linhas adiante, João Calvão da Silva conclui que *“o custo desses contadores ou outros instrumentos de medição de consumo devem ser suportados pelos prestadores dos serviços públicos, e não incluídos nas faturas de serviços públicos, e não inseridos nas faturas a serem pagas pelos utentes”*. Apesar da clareza dos termos da lei, ainda se verifica que muitas prestadoras de serviços públicos insistem em inventar novas formas para tentar cobrar pela utilização dos medidores.

Apenas para exemplificar o que deve acontecer com milhões de outros consumidores em Portugal, trago à colação o que conosco ocorre. Na fatura enviada pela empresa Lusitaniagás Comercialização S/A, do imóvel por nós arrendado na cidade de Coimbra, se vê que ocorre a cobrança de um “Termo Fixo”, que representa mais de 10% do valor total a ser pago, que não é explicado pela prestadora do serviço, restando evidente que se trata de cobrança de consumo mínimo, ou parcela fixa pela prestação do serviço.

O artigo 9.º da Lei 23/96, em seu n.º 1, garante aos utentes o direito de receber uma fatura que especifique os valores que apresenta, enquanto o número 2 determina que as faturas devem ter periodicidade mensal, devendo discriminar os serviços prestados e as correspondentes tarifas. Calvão da Silva<sup>67</sup> afirma que “É obrigação do prestador de serviço público essencial apurar e faturar mensalmente os consumos reais, na base de leituras efetivas e não de leituras por estimativa ou de modalidades de conta certa com posterior acerto de contas”.

Mais uma vez se constata que o valioso instrumento de proteção dos consumidores é desprezado pelos prestadores de serviços públicos em Portugal. Na mesma fatura a que acima nos referimos, relativa à prestação do serviço de gás para a residência arrendada em Coimbra, se constata claramente que a empresa Lusitaniagás Comercialização S.A., não faz a faturação mensal, como determina a lei, emitindo faturas bimestralmente.

Por outro lado, a empresa Águas de Coimbra, ao emitir a fatura correspondente aos seus “fornecimentos”, deixa evidente que descumpra a lei, ao não fazer a leitura do consumo efetivo do período, dando-se à cobrança por incompreensível estimativa. Ademais disso, descumprindo os deveres mais elementares de informação, apresenta cobrança através de rubricas que somente os técnicos encarregados da confecção da cobrança serão capazes de entender, como facilmente ressalta do documento.

Nesse sentido, mesmo que houvesse contratação entre o consumidor e o prestador de serviços visando à permissão de cobrança por estimativa, ou de leitura bimestral, tal convenção seria nula, nos moldes do artigo 13 da Lei 23/96, que confere caráter injuntivo aos direitos nela conferidos ou outorgados.

O n.º 3 do artigo 9.º determina que *“No caso do serviço de comunicações eletrónicas, e a pedido do interessado, a fatura deve traduzir com o maior pormenor possível os serviços prestados, sem prejuízo do legalmente estabelecido em matéria de salvaguarda dos direitos à privacidade e ao sigilo das comunicações”*. Inicialmente parece ser repetitivo o conteúdo de mencionado inciso, posto que a obrigação de apresentar fatura especificada já se encontra no n.º 1 do mesmo artigo. Entretanto, tal disposição se mostra pontual, porque nos serviços de telefonia existem os campos mais favoráveis para a ação de má-fé por parte dos fornecedores, até pela

inexistência de um marcador ou registrador das chamadas efetivadas por parte do utente, como acontece com o contador da eletricidade ou o hidrômetro para a água que é fornecida às residências como às demais instalações.

Quanto à remissão da lei à salvaguarda do legalmente estabelecido no que se prende com os direitos de privacidade e o sigilo das comunicações, importa ponderar. Em relação à matéria trazida a lume, o professor António Pinto Monteiro<sup>67</sup> assevera que “esse direito à faturação detalhada pode colidir com o direito à privacidade, quer dos indicadores da comunicação (que podem não coincidir com o titular do posto telefónico), quer dos destinatários da mesma. Através da faturação detalhada o titular do posto terá conhecimento de todas as chamadas feitas por terceiros, familiares ou outros, a partir de seu telefone, bem como dos respectivos destinatários”. Linhas adiante, o autor reconhece que a ingerência não tem a ver com o conteúdo da comunicação, posto que a faturação não a pode detalhar, mas entende que com ela haverá prejuízo do direito fundamental ao sigilo das comunicações e ao direito de reserva da vida privada.

Afirmando haver um conflito entre direitos tutelados, como aos dados pessoais e à proteção do consumidor, e autonomia privada da propriedade privada, sugere que na faturação detalhada sejam cifrados os últimos algarismos do número do telefone chamado, o que serviria para que o consumidor tivesse conhecimento da zona para onde foi feita a chamada, identificando seu destinatário.

A nosso ver não existe quebra do princípio do sigilo das comunicações nem ofensa ao direito de reserva da vida privada, posto que a faturação detalhada existe tão só a pedido do próprio utilizador. Aliás, afigura-se-nos que seria uma obrigação do fornecedor de serviço de telefonia apresentar fatura detalhada a todos os utentes, no fito de demonstrar a sua boa-fé, em estar cobrando somente aquilo de que se beneficiou, o que, na prática, não costuma ocorrer.

Por outro lado, é de se ver que a fatura será enviada apenas ao próprio consumidor, e não publicada em veículo de acesso público, a ponto de demonstrar para quem fez as chamadas, em que horário e qual a sua duração. De mais a mais, vemos como direito do titular do posto telefónico o conhecimento de todas as ligações originadas de seu telefone, até e, principalmente, para verificar se a prestadora do serviço está ou não a exigir valores indevidos ou resultantes de ligações inexistentes, como ocorre amiúde no Brasil.

Importante, de outro lado, registrar que quando o utente for pessoa singular, que deva ser considerada como consumidora, a apresentação da faturação detalhada não será objeto de cobrança de qualquer encargo, nos moldes do Decreto-Lei 230/96, desde que haja reclamação e um pedido escrito do consumidor nesse sentido.

O artigo 10.º da Lei 23/96 determina os prazos de prescrição e caducida-

de (decadência) para a cobrança do valor dos serviços prestados, bem como dos eventuais saldos remanescentes relativos ao pagamento de montantes parcialmente satisfeitos pelo consumidor, o que, de acordo com o Código Civil, era de cinco anos, e se reduziu a seis meses, tendo como escopo impedir que as empresas permitam a acumulação de dívidas, contribuindo, inclusive, para o fenômeno do consabido e socialmente indesejado sobre-endividamento<sup>68</sup>.

Em relação ao pagamento de valores remanescentes, não surgiram maiores dúvidas, até porque a redação do n.º 2 do artigo 10.º da Lei 23/96, é bem clara ao determinar que *“Se, por qualquer motivo, incluindo o erro do prestador do serviço, tiver sido paga importância inferior à que corresponde ao consumo efectuado, o direito do prestador ao recebimento da diferença caduca dentro de seis meses após aquele pagamento”*, o que representa a “subfaturação”, ou seja, cobrança menor do que efetivamente o consumidor despendeu, cujo direito, à clareza dos termos da lei, só pode ser exercido no prazo de seis meses, contados da data do pagamento do valor subfaturado.

A hipótese inversa, no dizer de João Calvão da Silva, está agora prevista no artigo 10-B, introduzido pela Lei 12/2008, segundo o qual o valor cobrado e pago em excesso é abatido na fatura em que seja efetuado o acerto (do consumo efetivo e consumo estimado, por exemplo), salvo declaração em contrário manifestada expressamente pelo utente do serviço<sup>69</sup>.

A hipótese é tratada de maneira diferente no CDC brasileiro, que, no artigo 42, parágrafo único, ao tratar da cobrança das dívidas, determina que *“consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”*, deixando evidente que a hipótese de sobrefaturação impõe ao prestador de serviço público, inclusive, a restituição em dobro do valor cobrado excedente ao efetivamente gasto pelo consumidor.

Problemas ocorreram no direito português em relação à prescrição do direito de cobrar os valores relativos à prestação integral do serviço público prestado e usufruído pelo utente. Isto porque o n.º 1 do artigo 10 da Lei 23/96 determina que *“O direito ao recebimento do preço do serviço prestado prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação”*. Em seguida, o n.º 3 do mesmo artigo impõe que *“A exigência de pagamento por serviços prestados é comunicada ao utente, por escrito, com uma antecedência mínima de 10 dias úteis relativamente à data-limite fixada para efectuar o pagamento”*. E o n.º 4 vaticina: *“O prazo para a propositura da acção pelo prestador de serviços é de seis meses, contados após a prestação do serviço ou do pagamento inicial, consoante os casos”*.

Daí, surgiram três posições doutrinárias sobre o prazo de prescrição para a cobrança dos serviços públicos prestados, a saber:

• a primeira – a do professor Calvão da Silva, segundo a qual o prazo de seis meses a que se reporta o artigo 10.º n.º 1 da Lei n.º 23/96 conta-se da prestação dos serviços, referindo-se tanto à apresentação da fatura como à invocação do direito em juízo, sob pena de extinção do direito;

• uma segunda, que entendia que o prazo de seis meses aí previsto se reporta à apresentação da fatura, mas que a apresentação da fatura era interruptiva da prescrição, fazendo renascer o mesmo prazo de seis meses;

• uma terceira, defendida pelo professor Menezes Cordeiro, segundo a qual o legislador pretendeu expressar que o prazo de seis meses se reporta apenas à apresentação da fatura, mantendo-se intocável o prazo geral de cinco anos, estabelecido no artigo 310.º, alínea g), do CC para a extinção do direito, regime consagrado para as dívidas decorrentes de prestações periodicamente renováveis, como era o caso das dívidas de eletricidade, gás, água e telefone”<sup>70</sup>.

A questão restou pacificada em data recentíssima, através do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [de Portugal] n.º 1/2010, Processo n.º 216/09.4YFL-SB, onde se decidiu, de forma uniformizadora que<sup>71</sup>:

“Nos termos do disposto na redação originária do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, e no n.º 4 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, o direito ao pagamento do preço de serviços de telefone móvel prescreve no prazo de seis meses após a sua prestação.”

Fica, portanto, sepultada a discussão sobre o prazo prescricional para a cobrança do valor dos serviços públicos prestados, prevalecendo a posição do professor João Calvão da Silva, segundo a qual ela ocorre no prazo de seis meses, contados de sua prestação, independentemente de qualquer outra discussão.

Importante salientar que a prescrição semestral, agora definitivamente resolvida pelo Supremo Tribunal de Justiça, não se aplica ao fornecimento de energia elétrica de alta tensão, nos moldes do artigo 10, n.º 5, da Lei 23/96. Com tal disposição, certamente o legislador pretendeu diferenciar a proteção dada ao consumidor clássico, usuário de serviços públicos em menor quantidade, destinada à satisfação das necessidades próprias e de sua família, do grande utente de energia elétrica, destinada a impulsionar grandes indústrias, não necessitadas da proteção diferida conferida pela lei, em geral, aos consumidores pessoas singulares.

O artigo 11 da Lei 23/96 deixa evidente que o ônus da prova de fatos relativos ao cumprimento das suas obrigações e ao desenvolvimento de diligências decorrentes da prestação dos serviços públicos essenciais, bem como sobre a realização das comunicações a que se refere o artigo 10, relativas à exigência do pagamento e do momento em que as mesmas foram efetuadas, incumbe exclusivamente ao fornecedor, livrando, inclusive, o utente da chamada prova “diabólica”, que seria a obrigação de provar que

não foi destinatário de qualquer comunicação do que quer que seja.

O artigo 14 da Lei dos Serviços Públicos Essenciais determina que ficam ressalvadas todas as disposições legais que, em concreto, se mostrem mais favoráveis ao utente, não sendo demais afirmar que, na profusão legislativa atual dos Estados-membros da União Europeia, podem surgir diplomas legais que apresentem vantagens aos consumidores, que deverão ser aplicadas, lembrando António Pinto Monteiro<sup>72</sup> que se aplicam aos serviços públicos essenciais as normas relativas às condições gerais dos contratos (regime definido pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, com as alterações decorrentes dos Decretos-Leis 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro) e às práticas comerciais desleais, reguladas pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março.

Por derradeiro, o artigo 15 da Lei 23/96 determina que “*Quando as partes, em caso de litígio resultante da prestação de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, suspende-se no seu decurso o prazo para a interposição da acção judicial*”. Isso certamente teve por escopo o não impedir ou, por outro lado, o estimular a busca de soluções alternativas à justiça tradicional para se dirimirem os típicos conflitos de consumo, como acontece com os Centros de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo em funcionamento em Portugal, no âmbito da arbitragem voluntária institucional, ou com os Julgados de Paz, decalcados dos juizados especiais brasileiros.

Importante frisar, por oportuno, a existência do Projeto de Lei 175/XI/1.<sup>a</sup>, decorrente de proposta do CEDC (Centro de Estudos de Direito do Consumo) veiculada ao Parlamento português, tendo como primeiro subscritor o deputado do Grupo Parlamentar Socialista, José Manuel Ribeiro, antigo *Director-Geral do Consumidor*, que visa introduzir a arbitragem necessária, cometida aos Tribunais Arbitrais de Conflitos de Consumo, dos litígios que envolvam relações de consumo atinentes aos serviços públicos essenciais, nomeadamente tratados pela Lei 23/96, de 31 de Julho, que inclusive conta com parecer concordante da Comissão dos Assuntos Económicos, da Inovação e da Energia.

Se for aprovado o mencionado diploma legal, estarão sujeitos à arbitragem necessária os conflitos que envolvam consumidores e prestadores de serviços relativos a água, energia eléctrica, gás, gás de petróleo liquefeito canalizado, comunicações electrónicas (da rede fixa à móvel, passando pela internet), saneamento, recolha de resíduos sólidos e serviços postais.

Note-se não ser a adoção da arbitragem necessária – para resolução de determinadas modalidades de contendas – uma novidade em Portugal, posto que o Estado tem usado de um tal mecanismo para superar as suas próprias debilidades, como ocorreu, aliás, com as ações de indenização deduzidas em seu desfavor

pelos hemofílicos atingidos pelo Fator 8 e, mais recentemente, no caso das pessoas cegas em consequência de uma administração medicamentosa inadequada no Hospital de Santa Maria<sup>73</sup>.

Concluindo, se nos depara que, guardadas as peculiaridades da legislação existente no Brasil e em Portugal, os consumidores, ou os utentes, de serviços públicos essenciais se encontram regularmente protegidos pela legislação de ambos os países. Muito, entretanto, se deve fazer ainda para que os tão belos direitos consagrados em favor do elo mais fraco na relação estabelecida sejam efetivamente respeitados e cumpridos, tanto pelo próprio Estado, como pelas grandes empresas e corporações que o representam na qualidade de concessionárias ou permissionárias e que, na maioria das vezes, olvidando que exercem funções do próprio Estado, devendo estar, pois, vocacionadas a servir o bem comum, o interesse geral, se atêm exclusivamente a seus crescentes e enormes interesses, substituindo o respeito e a dignidade que se espera nutram pelos consumidores pela incessante busca de maiores vantagens, nem sempre legítimas nem sempre toleráveis.

## NOTAS

<sup>1</sup> MIRAGEM, Bruno - Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, fls. 23.

<sup>2</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto – A Proteção dos Consumidores de Serviços Públicos Essenciais, Estudos de Direito do Consumidor, FDUC – Coimbra, vol. 2, 2000

<sup>3</sup> NORONHA, Fernando – O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais, São Paulo, Saraiva, 2004, citado Henri Lacordaire.

<sup>4</sup> Obra Citada, fls. 334

<sup>5</sup> Obra citada, fls. 337

<sup>6</sup> LISBOA, Roberto Senise – Contratos Difusos e Coletivos – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, fls. 292.

<sup>7</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto – Curso de Direito do Consumidor, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva 2005.

<sup>8</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto – Editora Forense Universitária, 6ª Edição Rio de Janeiro, 2000.

<sup>9</sup> NUNES, ob. Citada fls. 89.

<sup>10</sup> MIRAGEM, ob. Citada, fls. 93.

<sup>11</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito – Manual de Direitos do Consumidor, 8ª edição, São Paulo, Editora Atlas S/A, 2005, fls. 17/18

<sup>12</sup> LUCCA, Newton de – Direito do Consumidor, Teoria Geral da Relação de Consumo, São Paulo, Editora Quartier Latin 2003, fls.

<sup>13</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito – Manual de Direitos do Consumidor, 8ª edição, São Paulo, Editora Atlas S/A, 2005, fls 24.

<sup>14</sup> IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, As Micro e Pequenas Empresas Comerciais

e de Serviços no Brasil, acessível em <http://www1.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/11092003microprensahtml.shtm>, acessado em 19/04/2010, 11:11 hs.

<sup>15</sup> ALMEIDA, João Batista de – A proteção Jurídica do Consumidor, 5ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, fls. 40/41

<sup>16</sup> MARQUES, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor 1, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005. fls.338

<sup>17</sup> MARQUES, Cláudia Lima, ob. Citada fls. 304 e seguintes

<sup>18</sup> STJ – Recurso Especial nº 142.042/RS – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, RDC 30, pag. 124 e seguintes.

<sup>19</sup> NUNES, obra citada, fls. 72/83.

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio - Programa de Direito do Consumidor, São Paulo, Editora Atlas, 2008, fls. 59.

<sup>21</sup> MARQUES, Cláudia Lima, ob. Citada pag. 368.

<sup>22</sup> MARQUES, Cláudia Lima, ob. Citada pag. 337.

<sup>23</sup> DELGADO, José Augusto, Interpretação dos Contratos Regulados pelo Código de Defesa do Consumidor, Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva, vol. 8, nº 2, 1996, fls. 103.

<sup>24</sup> Erik Jayme, citado por Marques, ob. Citada, fls. 667

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio – ob citada fls. 64.

<sup>26</sup> DENARI, Zelmo - Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto – Editora Forense Universitária, 6ª Edição Rio de Janeiro, 2000.fls. 199.

<sup>27</sup> PASQUALOTTO, Adalberto – Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pag. 52

<sup>28</sup> EFING, Antonio Carlos – Fundamentos do Direito das Relações de Consumo, 2ª Edição, 4ª Tiragem, Curitiba, Juruá Editora, 2008, fls. 82

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, obra citada fls. 65/66

<sup>30</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito, Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto – Editora Forense Universitária, 6ª Edição Rio de Janeiro, 2000, fls. 47.

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima, ALMEIDA, João Batista de, PFEIFFER, Roberto Augusto Caslellanos – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos. ADIn 2.591, Biblioteca de Direito do Consumidor 28 – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006

<sup>32</sup> ALMEIDA, Teresa Oliveira de – A Nova Lei de Defesa do Consumidor – acessível em [http://www.pgr.pt/portugues/grupo\\_soltas/pub/difusos/11/ldc.htm](http://www.pgr.pt/portugues/grupo_soltas/pub/difusos/11/ldc.htm), acessado em 20/04/2010, às 12:51hs

<sup>33</sup> LAURENTINI, Sandrina – Os Destinatários da Legislação do Consumidor – Estudos de Direito do Consumidor, CDC FDUC, vol 2, 2000, fls. 424

<sup>34</sup> MONTEIRO, António Pinto, obra citada fls. 340/341

<sup>35</sup> MONTEIRO, António Pinto, Sobre o Direito do Consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do Consumidor, Estudos de Direito do Consumidor, CDC – FDUC, nº 7, 2005, fls.255

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 14ª Edição, fls.289.

<sup>37</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do – A distinção entre usuário do serviço público e consumidor – Revista de Direito Administrativo – Volume 225, Rio de Janeiro, 2001, fls. 217/219.

<sup>38</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato – Comentários ao Código de Defesa do Consumidor : direito material (arts. 1º ao 54), São Paulo, Saraiva 2000, fls. 101/102.

<sup>39</sup> BENJAMIM, Antonio Herman Vasconcelos e et al, Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 1991, fls. 110.

<sup>40</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito – Manual de Direitos do Consumidor, 8ª edição, São Paulo, Editora Atlas S/A, 2005, fls. 16.

<sup>41</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio – obra citada, fls. 68

<sup>42</sup> BONATTO, Cláudio e MORAIS, Paulo Valério Dal Pai – Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor – Princiologia, Conceitos – Contratos Atuais, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, fls. 100/111

<sup>43</sup> PASQUALOTO, Adalberto – Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor – Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 1, 1992, fls. 145

<sup>44</sup> MARQUES, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor 1, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, fls. 564/565.

<sup>45</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto – Curso de Direito do Consumidor, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva 2005, fls. 103/104.

<sup>46</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto, obra citada fls. 339

<sup>47</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda – Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Caráter Exemplificativo do artigo 1º, nº 2 da Lei nº 23/96 – Estudos de Direito do Consumidor – CDC – FDUC – Volume 6, 2004, fls.422/423.

<sup>48</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda, obra citada, fls.402.

<sup>49</sup> SILVA, João Calvão da – Serviços Públicos Essenciais: Alterações à Lei 23/96, pelas Leis nºs 12/2008 e 24/2008 – Revista de Legislação e Jurisprudência nº 3948, pag. 166

<sup>50</sup> Decreto lei 30/2006, de 15 de fevereiro, como norma de transposição da Diretiva 2003/55/CE. Decreto Lei 140/2006, de 26 de Julho.

<sup>51</sup> SILVA, João Calvão da, obra citada pag. 168.

<sup>52</sup> SEGALA, Alessandro. A suspensão do fornecimento de energia elétrica à Luz da Constituição Federal – Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 37, 2001, pag. 132

<sup>53</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto – Curso de Direito do Consumidor, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva 2005, fls. 101

<sup>54</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos – Serviços Públicos e Relações de Consumo: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, Juruá Editora, Curitiba 2006, fls.241/242

<sup>55</sup> Vide jurisprudência do STJ, em especial REsp 4.30812/MG, Relator Min, José Delgado, 06/08/2002; REsp 122812/ES, relator, Min. Milton Luiz Pereira, 05/12/2000; REsp. 201112/SC, relator Min, Garcia Vieira, 20/04/1999 e REsp 223778/RJ, relator, Min, Humberto Gomes de Barros, de 07/12/1999, dentre diversos outros.

- <sup>56</sup> MIRAGEM, Bruno – obra citada, fls. 111
- <sup>57</sup> Zelmo Denarim, um dos autores do anteprojeto do CDC, in GRINOVER, Ada Pellegrini et al, Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto, 6ª Edição, 1999, Forense Universitária, fls. 191.
- <sup>58</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos, obra citada, fls. 253/270.
- <sup>59</sup> CALARIELI FILHO, Sérgio – Obra citada fls. 70/71
- <sup>60</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto – Curso de Direito do Consumidor, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva 2005, fls. 105/112
- <sup>61</sup> Código Penal brasileiro - Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
- <sup>62</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto – Curso de Direito do Consumidor, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva 2005, fls 111.
- <sup>63</sup> MARQUES, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor 1, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, fls 568.
- <sup>64</sup> Idem, fls. 569, mencionando jurisprudência do STJ: REsp 628833, 460271, 291158, 442814, 278532, e, especialmente REsp 363.943/MG.
- <sup>65</sup> Superior Tribunal de Justiça – acessível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) – acessado em 25/04/2010 às 12:25hs
- <sup>66</sup> SILVA, João Calvão da, obra citada fls. 172.
- <sup>67</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto – A Proteção dos Consumidores de Serviços Públicos Essenciais, Estudos de Direito do Consumidor, FDUC – Coimbra, vol. 2, 2000, fls. 345.
- <sup>68</sup> Idem, fls. 347
- <sup>69</sup> SILVA, João Calvão da, obra citada fls 178.
- <sup>70</sup> Voto da relatora Maria dos Prazeres Couceiro Pizarro Beleza, em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2010 Processo n.º 216/09.4YFLSB, publicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 14 — 21 de Janeiro de 2010- 217 .
- <sup>71</sup> idem
- <sup>72</sup> MONTEIRO, Antônio Pinto – A Proteção dos Consumidores de Serviços Públicos Essenciais, Estudos de Direito do Consumidor, FDUC – Coimbra, vol. 2, 2000, fls. 345.
- <sup>73</sup> E, na realidade, o Projecto de Lei n.º 175/XI, após uma longa discussão e hesitações nada justificáveis de parlamentares menos esclarecidos, como o refere Mário Frota, converteu-se na Lei n.º 6/2011, de 10 de março, que institui a arbitragem necessária para a resolução de conflitos emergentes de relações de consumo que têm como objeto mediato o fornecimento de serviços públicos essenciais. A Lei n.º 6/2011 entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.
- <sup>74</sup> Netconsumo – [www.neteconsumo.com](http://www.neteconsumo.com), acessado em 25/04/2010 Se for aprovado o mencionado diploma legal, estarão sujeitos à arbitragem necessária os conflitos que envolvam consumidores e prestadores de serviços relativos a água, energia eléctrica, gás, gás de petróleo liquefeito canalizado, comunicações eletrónicas (da rede fixa à móvel, passando pela internet), saneamento, recolha de resíduos sólidos e serviços postais.

ANÁLISIS Y DESARROLLO DE  
**LA LEY DE  
TRANSPOSICIÓN**  
DE LA DIRECTIVA MEDIANTE LA LEY 29/2009,  
DE 30 DE DICIEMBRE  
**QUE MODIFICA EL  
RÉGIMEN LEGAL DE LA  
COMPETENCIA**  
DESLEAL Y DE LA PUBLICIDAD  
PARA LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS  
CONSUMIDORES Y USUARIOS

**BERNARDO HERNÁNDEZ BATALLER**  
Consejero del CESE (Comité Económico y Social Europeo)

## EXCERTOS

*“El artículo 10 bis de este Convenio establece que los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal”*

*“El nuevo texto de la Ley General de Publicidad ya no tipificará aquellos supuestos (como la publicidad engañosa, la publicidad comparativa o la publicidad denigratoria) que ya cuentan con una tipificación expresa en la Ley de Competencia Desleal”*

*“Difícilmente será apta para inducir a error al consumidor (y, por lo tanto, para impedirle a éste la adopción de una decisión con pleno conocimiento de causa) la omisión de una información que es generalmente conocida por aquel consumidor”*

*“El artículo 7 de la nueva Ley de Competencia Desleal no debe dispensar al empresario de la obligación de diseñar sus mensajes de forma que éstos, analizados individualmente, reflejen con fidelidad el alcance de la oferta”*

*“La última gran categoría de prácticas desleales con los consumidores que se introduce, siguiendo la denominación de la directiva, en la nueva Ley de Competencia Desleal son las denominadas prácticas agresivas”*

*“En efecto, una de las circunstancias más relevantes a la hora de determinar si un contacto directo entre el empresario anunciante y el consumidor puede ser calificado como acoso es el lugar elegido para dicho contacto”*

*“La nueva Ley de Competencia Desleal introduce en esta sede una regla de minimis o cláusula de relevancia, de modo que excluye la deslealtad de una práctica cuando, pese a ser ésta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, su aptitud para incidir en el comportamiento económico del consumidor es insignificante o irrelevante”*

*“Es la propia Ley de Competencia Desleal la que, a la hora de calificar una conducta como acoso, permite tomar en consideración la existencia de circunstancias excepcionales que coloquen al consumidor en una situación de especial vulnerabilidad y, por ende, mermen su capacidad de resistencia frente al contacto personal con el empresario anunciante”*

## 1.- LA DIRECTIVA 2005/29/CE Y SUS ORÍGENES

### 1.1.- ANTECEDENTES

**E**n el plano internacional, el derecho de la competencia desleal ha venido encontrando un referente<sup>1</sup> en el Convenio de la Unión de Paris, de 20 de marzo de 1883, para la Protección de la Propiedad Industrial, tratado internacional ratificado por España el 14 de julio de 1970.

El artículo 10 bis de este Convenio establece que los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. En su apartado 2 dicho precepto define como acto de competencia desleal “*todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial*”, estableciendo la prohibición, en su apartado 3º de los actos que generen confusión respecto del competidor, las aseveraciones falsas capaces de desacreditar al competidor y las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo puedan inducir al público a error sobre los productos.

El artículo 10 bis de la Convención de Paris previa, primero, que los países firmantes deben asegurar una protección contra la competencia desleal y, dar, en segundo lugar, una definición posible de la competencia leal.

La Comisión europea había encargado en los años 1960 a Eugen Ulmer y el Max-Planck-Institut de Munich la realización de un estudio sobre las reglas de competencia leal en los entonces 6 Estados Miembros, para abrir una vía de conjunto coherente y completa de reglas europeas en esta materia. El impulso político resultó, sin embargo, insuficiente para realizar este proyecto, aunque contribuyó a la adopción de la Directiva 84/540/CEE relativa a la publicidad engañosa –todas las otras tentativas de armonización en materia de publicidad desleal fracasaron.

A posterioridad, la Comunidad ha adoptado una aproximación progresiva y parcial en materia de competencia legal, aunque, desgraciadamente, se trata de reglas fragmentarias y no sistemáticas.

Las normas europeas relativas a la competencia desleal no hacen más que reflejar el conjunto del proceso de integración europea que siguió al Acta Única Europea, tendente a finalizar el mercado interior. Así, rigen determinados aspectos o tipos de prácticas comerciales a menudo para productos particulares o en relación con un medio específico. Por ello resultaba verdaderamente necesario racionalizar la armonización para reforzar la seguridad jurídica, dentro de un marco coherente.

A nivel internacional, los organismos internacionales tomaron cada vez más iniciativas para tratar la cuestión de la reglamentación de la competencia leal, como por ejemplo ha sucedido en la Ronda Uruguay, que ha concluido el acuer-

do ADPIC [Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio] y ha incitado a la OMPI [Organización Mundial de la Propiedad Intelectual] a actuar al respecto.

Con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas comerciales desleales en las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* (en adelante “directiva sobre las prácticas comerciales desleales”), la competencia desleal había sido objeto de regulación dentro de la esfera comunitaria, fundamentalmente<sup>2</sup>, a través de las siguientes normas:

En España, se afirma, por la mayoría de la doctrina, que este sector del ordenamiento vivió en una situación de absoluto abandono

*Directiva 84/450 CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa; Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (que ha sido modificada por la Directiva 97/36/CE de 30 de junio de 1997 y más recientemente por la Directiva 2007/65/CE de 11 de diciembre de 2007); Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 por la que se modifica la Directiva 84/450 CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información; Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un Código comunitario sobre medicamentos para uso humano (que deroga la Directiva 92/28/CEE relativa a la publicidad de los medicamentos); y Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad y patrocinio de los productos del tabaco.*

Sin embargo, esta normativa comunitaria resultaba insuficiente para garantizar, en primer término, la existencia de una regulación armonizada de la competencia desleal en el mercado interior y, en última instancia, la libre circulación de mercancías o servicios en este mercado. Decimos que resultaba insuficiente, de

una parte, porque la armonización que establecía era, en ocasiones, una armonización de mínimos. Y, de otra parte, porque el alcance de estas normas era limitado, ya que sólo suponía la armonización del régimen jurídico de ciertas prácticas publicitarias recogidas en concretas figuras (como la publicidad engañosa o la publicidad comparativa); en otros casos, afectaba sólo a las prácticas desarrolladas a través de determinados sectores y medios (televisión, comercio electrónico, etc.); y, en otros supuestos, se refería a concretas categorías de productos (medicamentos, bebidas alcohólicas, tabaco, etc.).

## 1.2.- ITER LEGISLATIVO

La necesidad de establecer una nueva regulación en este ámbito se planteó por vez primera por parte de la Comisión en el *Libro Verde sobre las Comunicaciones Comerciales en el Mercado Interior* [COM (96) 0192 final] y más adelante en su Comunicación relativa al seguimiento del citado Libro Verde. En su respuesta a las cuestiones planteadas en este Libro Verde, el Parlamento sugirió la elaboración de una directiva que regulase las prácticas comerciales desleales en la Unión Europea.

Más adelante, la Comisión hizo suya esta recomendación señalando expresamente en su *Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea* [COM (2001) 531 final] la conveniencia de regular las prácticas comerciales desleales mediante una directiva cuya estructura y objetivos ya apuntaba. Como se recoge en la Comunicación de la Comisión relativa al seguimiento del citado Libro Verde, de junio de 2002, tal propuesta fue favorablemente acogida por los Estados Miembros.

En efecto, el *Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea*, de 2 de octubre de 2001, fue el primero en destacar la necesidad de reformar la legislación sobre protección de los consumidores en la UE, para tratar de suprimir las barreras al suministro transfronterizo de bienes y servicios a los consumidores. Asimismo, proponía la elaboración de una directiva marco que contuviera una obligación general en relación con las prácticas comerciales desleales como posible base para una reforma. Una mayoría de los que contestaron a la consulta iniciada en el Libro Verde aceptó la necesidad de reforma y una mayoría de los que expresaron una preferencia, incluyendo una mayoría de Estados Miembros, apoyó la reforma basada en una directiva marco.

En este sentido, el Consejo confirmó, en su *Resolución de 2 de diciembre de 2002 sobre la estrategia sobre política de los consumidores de la Comisión 2002-2006*, la necesidad de que la Comisión tomase nuevas medidas en este ámbito. El Parlamento Europeo también adoptó tres resoluciones en marzo de 2003, en las que expresaba su apoyo a la reforma basada en una directiva marco aplicable a las

prácticas comerciales desleales e incluía un llamamiento a la Comisión para que elaborase una propuesta cuanto antes.

En este contexto favorable, la Comisión adoptó, el 18 de junio de 2003, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en relación con los consumidores en el mercado interior* [COM (2003) 356 final\*], siendo responsable del proyecto la Dirección General de Sanidad y Consumo. Su tramitación se llevó a cabo a través del procedimiento de codecisión.

En concreto, una vez adoptada dicha propuesta, se trasladó al Consejo para su debate, que tuvo lugar el 10 de noviembre de 2003. En dicho debate se pusieron de manifiesto varias cuestiones clave sobre la base de un cuestionario presentado por la Presidencia. La propuesta tuvo una acogida favorable si bien se insistió en que debía garantizarse un nivel más alto de protección de los consumidores. Por otra parte, algunas delegaciones destacaron la necesidad de garantizar la coherencia de la propuesta de directiva con la legislación comunitaria paralela existente, en particular, con la directiva sobre publicidad engañosa y comparativa. En este sentido, y tras las dudas planteadas por algunas delegaciones acerca de los principios recogidos en la Propuesta de Directiva [vid. Sesión nº 2539 de 10 de noviembre de 2003 del Consejo], la Comisión mantuvo la redacción de su propuesta.

Esta propuesta fue seguida del preceptivo *Dictamen del Comité Económico y Social, de fecha 29 de enero de 2004, sobre la propuesta de Directiva* [DO C108/81]. En este dictamen se refleja la positiva acogida del Comité al texto, incluyéndose no obstante algunas propuestas en relación al mismo. A saber:

- en primer lugar, se instaba a que se mejorase la protección de los consumidores, especialmente, la de los grupos más vulnerables frente a las nuevas tecnologías;
- en segundo lugar, se solicitaba la inclusión de una cláusula de aplazamiento o *status quo (stand still)* que garantizase el actual nivel de protección;
- en tercer lugar, se proponía una regulación específica de la publicidad engañosa;
- en cuarto lugar, se sugería que se adoptase un enfoque “positivo” del concepto de “práctica comercial injusta”;
- y, finalmente, se instaba a que, además de reconocerse los códigos de conducta, se reconociese la posibilidad de adoptar medidas de resolución extrajudicial de conflictos.

Tras el Dictamen del Parlamento Europeo en primera lectura, de 20 de abril de 2004, el Consejo alcanzó, en fecha 18 de mayo de 2004 [vid. Sesión nº 2583 del Consejo de fecha 17 y 18 de mayo de 2004] un acuerdo político por mayoría cualificada sobre su posición común. Una vez adoptada formalmente esta “Directiva sobre prácticas comerciales desleales”, se presentó al Parlamento Europeo

para la segunda lectura.

El texto aprobado se caracterizaba principalmente por la supresión de la “cláusula del país de origen”, entendiéndose que las demás disposiciones de la directiva garantizaban un máximo de armonización.

Además, se reconocía la posibilidad de que los Estados Miembros aplicasen disposiciones nacionales más exigentes o restrictivas que las contenidas en la directiva que tuvieran por objeto la aplicación de cláusulas mínimas de armonización durante un periodo de seis años a partir de la incorporación de la directiva al derecho nacional.

Seis meses después –el 15 de noviembre de 2004, en la reunión nº 2616 del Consejo– el Consejo adoptó una Posición Común sobre el proyecto de directiva, acordando que tal Posición Común fuera remitida al Parlamento Europeo para su segunda lectura.

Dicha Posición Común fue trasladada por la Comisión al Parlamento a través de la Comunicación de 16 de noviembre de 2004, en la que se indicaba el apoyo de la Comisión a la Posición Común del Consejo, a la vista de que ésta se ajustaba a los objetivos y al planteamiento adoptados por la Comisión en su propuesta original y refrendados por el Parlamento en primera lectura.

También, se indicaban cuáles habían sido las enmiendas incorporadas a la Posición Común, así como las nuevas disposiciones introducidas en la Posición Común del Consejo. Entre tales nuevas disposiciones destaca el reconocimiento de que, si bien se habían incluido ajustes de menor entidad en cuanto a los criterios relativos a las acciones engañosas recogidas en el artículo 6 y algunos ejemplos nuevos en el anexo 1, todo ello era consistente con los criterios expuestos en las disposiciones fundamentales del texto de la directiva (es decir, son desleales de conformidad con las pruebas establecidas en la directiva).

Además, se indicaba que se habían introducido algunas aclaraciones relativas al ámbito de aplicación en los considerandos (por ejemplo, considerandos 8, 15 y 21) y varias modificaciones técnicas en determinados artículos, a saber: el artículo 14, a fin de reflejar otros cambios introducidos en la directiva, el artículo 15, para garantizar el tratamiento coherente de las dos directivas que tratan la venta a distancia, y el artículo 16, para dejar constancia de la adopción del Reglamento relativo a la cooperación en materia de protección de los consumidores.

Seguidos los trámites procedimentales correspondientes, el 18 de abril de 2005 en su reunión nº 2653, el Consejo aprobó, tras la segunda lectura, la directiva por la que se prohíben las prácticas comerciales desleales de las empresas que perjudican a los intereses de los consumidores, adoptando todas las enmiendas votadas por el Parlamento Europeo.

Por último, el 11 de mayo de 2005 el documento aprobado de la directiva fue firmado por el Parlamento Europeo y por el Consejo, publicándose en el Diario Oficial de la Unión Europea (nº L 149), de fecha 11 de junio de 2005.

### 1.3.- CARACTERÍSTICAS GENERALES

En primer lugar, debe indicarse que la directiva se fundamenta en el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea, a través del cual se encarga al Consejo la adopción de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Todo ello con el objeto –tal y como señala el artículo 14 de dicho Tratado– de que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales dentro de un mercado interior entendido como un espacio sin fronteras interiores.

Sin embargo, los artículos 21 y siguientes de la nueva Ley de Competencia Desleal tipificarán supuestos concretos de actos de engaño

Por tanto, esta directiva constituye una medida para el establecimiento y buen funcionamiento del mercado interior, orientada tanto a la eliminación de los obstáculos a las actividades transfronterizas relacionadas tanto con el comercio de mercancías y servicios, y la libertad de establecimiento, como con la eliminación de las distorsiones de la competencia que derivan de las diferencias entre las legislaciones de los Estados Miembros en materia de competencia desleal<sup>3</sup>.

En segundo lugar, la directiva se caracteriza por ser una acción legislativa comprendida en los aspectos relativos a la defensa de los consumidores, hecho éste que resulta determinante en punto a su encuadramiento legislativo dentro del ordenamiento comunitario, así como respecto a su posterior incorporación en los ordenamientos internos de los Estados Miembros. Así se hace constar en el considerando octavo de la directiva, en el que se señala que la misma protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores; si bien reconoce, que también protege indirectamente a las empresas que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no cumplen lo dispuesto en la directiva, garantizando así una competencia leal en el ámbito coordinado por aquella. Una gran discrepancia de la Comisión con las organizaciones de consumidores, es el hecho de no haber utilizado la base jurídica del artículo 153 del Tratado en vez del artículo 95 del mismo, ya que se intuye la prevalencia del mercado interior sobre la protección de los consumidores en caso de colisión entre ambos

intereses, tal y como se desprende de los Considerandos 4 y 23 de la directiva que hacen mención a la “*eliminación de las distorsiones de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros*” y “*las disparidades nacionales(...) que incrementan el coste que supone para las empresas el ejercicio de las libertades del mercado interior, en particular cuando desean realizar actividades de comercialización transfronteriza, campañas de publicidad y promociones de ventas*”.

En tercer lugar, se trata de una directiva marco, es decir, de una norma de armonización general que alcanza a los aspectos generales de las prácticas comerciales desleales –de manera que complementa el acervo comunitario aplicable a tales prácticas–, pero no a los aspectos concretos que son objeto de una regulación específica. Tal característica supone, además, que la directiva resultará aplicable sólo en la medida en que no haya disposiciones específicas de derecho comunitario que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales. Es decir, la directiva establece –tal y como señala en su considerando 10– o una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario.

El carácter subsidiario de la directiva se recoge en el propio articulado de la directiva, en particular en su artículo 3 (ámbito de aplicación) apartado 4, en el que se afirma lo siguiente:

*“En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos.”*

En cuarto lugar, se caracteriza por ser una directiva de máximos que lleva a cabo una armonización plena<sup>4</sup>. En consecuencia, los Estados no pueden establecer en sus legislaciones internas normas más estrictas que las previstas en la directiva respecto a las conductas reguladas en la misma. Este principio de la armonización plena ha sido por el TJCE en su sentencia de 23 de abril de 2009 (asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07).

En quinto lugar, la directiva introduce, en su artículo 4, una cláusula de mercado interior. A la vista de su redacción final, queda patente que la directiva ha renunciado a establecer un principio de control en origen para, en su lugar, establecer una cláusula de mercado interior, la cual se limita a impedir que en un Estado Miembro pueda prohibirse una práctica comercial por ser desleal si es conforme a las previsiones de la propia directiva.

#### 1.4.- ESTRUCTURA DE LA DIRECTIVA

La directiva da inicio con un preámbulo comprensivo de veinticinco considerandos, seguido del articulado (consistente en veintiún artículos) y dos anexos. Los preceptos de la directiva se agrupan en cuatro capítulos, dedicados, respecti-

vamente, a las disposiciones generales (artículos 1 a 4), a las prácticas comerciales desleales (artículo 5 a 9), a los códigos de conducta (artículo 10) y a las disposiciones finales (artículo 11 a 21), en fin, a los remedios y sanciones que deben disponerse en las legislaciones internas contra las prácticas comerciales desleales, así como la modificación de ciertas disposiciones comunitarias afectadas por lo dispuesto en esta Directiva 2005/29/CE, como es la directiva sobre publicidad engañosa, la de ventas a distancia<sup>5</sup>, ventas a distancia de productos financieros<sup>6</sup> y el Reglamento de cooperación en materia de protección de los consumidores<sup>7</sup>.

En particular, mediante las disposiciones generales (Capítulo 1) se establecen la finalidad y el objeto de la directiva (arts. 1 y 3), se definen los términos a partir de los que se construye su contenido sustantivo (art. 2).

Precisamente, en su artículo 2 contiene toda una serie de definiciones, tal y como viene siendo habitual en los textos jurídicos comunitarios, que contienen, “*a efectos de la Directiva*”, toda una serie de definiciones<sup>(12)</sup> relativas al concepto de consumidor<sup>8</sup>, comerciante<sup>9</sup>, producto<sup>10</sup>, prácticas comerciales<sup>11</sup>, distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores<sup>12</sup>, código de conducta<sup>13</sup>, responsable del código<sup>14</sup>, diligencia profesional<sup>15</sup>, invitación a comprar<sup>16</sup>, influencia indebida<sup>17</sup>, decisión sobre una transacción<sup>18</sup> y profesión regulada<sup>19</sup>.

Se trata, pues de conceptos comunitarios autónomos, cuya determinación corresponde en última instancia al TJCE, y el legislador interno no puede determinar el sentido y alcance de los conceptos generales de que se vale la directiva. No obstante, no debemos descartar las dificultades que existirán en los ordenamientos jurídicos de origen continental para la inserción en el mismo de conceptos de profunda raigambre en el derecho anglosajón, pero que resultan totalmente ajenos a aquéllos<sup>20</sup>.

También, se introduce una cláusula de mercado interior a través de la cual se prohíbe a los Estados Miembros cualquier restricción a la libre prestación de servicios o a la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo la directiva. Así la directiva no impone ninguna “*obligación positiva*” o de hacer, que los comerciantes hayan de observar para demostrar en sus prácticas.

Por su parte, el Capítulo 2, titulado “Prácticas comerciales desleales” y –dedicado a la regulación sustantiva de tales prácticas– contempla, en su artículo 5, una prohibición general de realizar este tipo de prácticas, junto a los requisitos que debe cumplir una práctica comercial para poder ser considerada desleal.

Esta cláusula general de represión de las prácticas desleales con los consumidores se contempla con la tipificación expresa de dos prácticas desleales concretas, comprendidas en dos Secciones; a saber:

la Sección 1, bajo el título de “prácticas comerciales engañosas”, comprende

los artículos 6 (“acciones engañosas”) y 7 (“omisiones engañosas”);

y la Sección 2, dedicada a las “prácticas comerciales agresivas” dividida en los artículos 8 (“prácticas comerciales agresivas”) y 9 (“utilización del acoso, la coacción y la influencia indebida”). Las prohibiciones comprendidas en este segundo Capítulo a su vez se completan con lo establecido en los Anexos I y II de la directiva.

El primero de estos anexos contiene una relación, a modo de lista negra, de prácticas comerciales (tanto engañosas como agresivas) que se consideran desleales en cualquier circunstancia; mientras que en el Anexo II se incluye una relación de disposiciones de derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales, lo que hay que tener presente a la hora de poder determinar la eventual existencia de prácticas comerciales engañosas por omisión.

El Capítulo 3 de la directiva, que lleva por título “Códigos de conducta” dedica su único artículo (art. 10) a reconocer el sistema de autorregulación y el acceso a órganos de resolución extrajudicial de conflictos; aspecto que se desarrolla en el artículo 11.

El Capítulo 4 de la directiva, bajo el epígrafe “Disposiciones finales”, dedica sus dos primeros artículos (11 y 12) a regular los medios a través de los cuales los Estados Miembros pueden ejecutar las previsiones y exigencias contempladas en la directiva.

Por su parte, el artículo 13 destaca la necesidad de que los Estados Miembros establezcan una serie de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para aquellos casos en los que se produzca un eventual incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la directiva. Lamentablemente, la directiva no profundiza en que puedan consistir dichas sanciones ni siquiera las tipifica, con lo que, eventualmente cada Estado Miembro puede adoptar las que estime oportunas o más acordes con su ordenamiento jurídico.

Este último capítulo de la directiva incluye, asimismo, una relación de las normas comunitarias a las que afecta y que, en consecuencia, deben ser modificadas. Tales normas son: La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa; las Directivas 97/7/CE y 2002/65/CE relativas a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; y, por último, la Directiva 98/27/CE y el Reglamento (CE) nº 2006/2004, relativos a las acciones en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Finalmente, la directiva recoge una serie de preceptos de carácter procedimental, entre los que destacan, junto a la fecha de entrada en vigor, una previsión de revisión de la directiva antes del 12 de junio de 2011 y el plazo máximo de

transposición de la directiva, fijado en el 12 de junio de 2007; estableciéndose un plazo adicional máximo de aplicación de las citadas normas de transposición que venció el 12 de diciembre de 2007.

Hasta la fecha, dicha transposición ha sido llevada a cabo y comunicada por los siguientes Estados Miembros: Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Latvia, Malta, Polonia, Portugal, Rumania, República de Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Reino Unido y ahora España.

La aptitud para inducir a error es el primer presupuesto que debe concurrir para calificar una conducta o práctica como engañosa

## 2.- LA COMPETENCIA DESLEAL EN ESPAÑA

Al analizar la evolución del derecho de la competencia desleal en España, se afirma, por la mayoría de la doctrina, que este sector del ordenamiento vivió en una situación de absoluto abandono hasta bien entrada la década de los años ochenta, debido a las propias circunstancias existentes que eran ajenas parcialmente al funcionamiento de las reglas de un mercado libre. Hasta entonces, en efecto, se aplicaban en España dos textos legales: la Ley de Propiedad Industrial de 1902 y el Estatuto de la Publicidad de 1964.

El primero era un texto absolutamente obsoleto y anclado en un modelo paleoliberal de regulación de la competencia desleal absolutamente superado en otros países de nuestro entorno y que se completaba con normas penales poco aplicadas. El Estatuto de la Publicidad, por su parte, fue en su día, un texto ciertamente novedoso en el momento en el que fue publicado, pero por diversas razones había caído en desuso.

Esta situación pervivió hasta bien entrada la década de los años ochenta. En efecto, en 1991 el derecho español de la publicidad y de la competencia desleal se vio sometido a un profundo proceso de renovación, protagonizado por dos textos legales diferentes: la Ley 34/1998 General de Publicidad y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.

Sin embargo, la convivencia entre estos dos textos no siempre ha sido pacífica. En efecto, el hecho de que ambos regulasen en ocasiones idénticos supuestos de hecho (como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria o la publicidad comparativa) provocó, una situación de notable inseguridad jurídica que desembocó incluso en sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia, abiertamente contradictorias sobre el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

Transcurridos ya más de diecinueve años desde que culminase aquel proceso de

renovación, el derecho español de la publicidad y de la competencia desleal se encuentra en estos momentos a las puertas de una nueva transformación de gran calado.

Esta renovación se debe a la reciente aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>21</sup>.

Esta Ley tiene su origen en la directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, directiva que se pretende incorporar al ordenamiento español a través de la mencionada Ley.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de enero de 2009<sup>22</sup>, sobre la transposición, aplicación y ejecución de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, ha resaltado la “armonización máxima” contenida en la estrategia comunitaria en materia de política de protección de los consumidores 2007-2013 de la Comisión “pretende mejorar el seguimiento de los mercados de consumo y de las políticas nacionales de los consumidores” y en concreto, lograr “la transposición oportuna y uniforme de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, la cual *representa un nuevo enfoque en el ámbito de la legislación comunitaria de los consumidores, instituyendo la máxima armonización* en la protección de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales”. Debe tenerse en cuenta que hasta la aprobación de esta directiva todas las directivas sobre protección de los consumidores eran directivas de mínimos, que eran completadas por los Estados Miembros, siendo esta la primera ocasión en que la Comisión variaba de enfoque en el proceso de integración comunitaria.

Este carácter de armonización máxima queda claro en las Conclusiones del Abogado General del TJCE (asunto C-304/08)<sup>23</sup> que señala, en sus puntos 68 y siguientes, que la Directiva 2005/29/CE tiene como objetivo la plena armonización de las disposiciones de los Estados Miembros en materia de prácticas comerciales desleales. Además, a diferencia de lo que sucedía con los anteriores instrumentos jurídicos de armonización de las normativas de defensa de los consumidores en sectores específicos, no se busca aquí una mera armonización mínima; sino una aproximación de máximos de las disposiciones nacionales que prohíba a los Estados Miembros, salvo ciertas excepciones, mantener o introducir regulaciones más estrictas y ello con independencia de que de este modo se pretenda conseguir un nivel superior de protección del consumidor. Las dos cosas se desprenden tanto de los considerandos como de las disposiciones generales de esta directiva.

Por un lado, esto se deduce del undécimo considerando, según el cual la aproximación de las disposiciones nacionales a través de esta directiva crea un elevado

nivel común de protección de los consumidores. Por otro, el duodécimo considerando establece que los consumidores y las empresas podrán contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán todos los aspectos de las prácticas comerciales desde leales en toda la Unión Europea. Al método de aproximación jurídico se refiere de nuevo el artículo 1 de la directiva, según el cual aquélla pretende contribuir a elevar el nivel de protección de los consumidores y a perfeccionar el funcionamiento del mercado interior.

El objetivo de una regulación exhaustiva y de máximos a escala comunitaria en el sector comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva queda otra vez de manifiesto en las declaraciones de los considerando decimocuarto y decimoquinto, que se refieren expresamente a una “plena armonización”. Esto se deduce, además de la cláusula de mercado interior del artículo 4 de la directiva, según la cual los Estados Miembros no pueden restringir la libre prestación de servicios ni la libre circulación de mercancías por razones pertinentes al ámbito objeto de la aproximación que lleva a cabo esta directiva.

Ahora bien, la Ley 29/2009, afortunadamente, no se limita a incorporar al ordenamiento español la citada directiva. Por el contrario, el legislador español ha aprovechado la ocasión para racionalizar el derecho español contra la competencia desleal, intentando eliminar la situación de conflicto que hasta ahora se había venido planteando entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, y a la que antes nos referíamos, sin perjuicio de incurrir en determinadas incongruencias ya contenidos en la directiva e inevitables en su transposición.

La Ley 29/2009 introduce dos importantes modificaciones:

Por un lado, la Ley 29/2009 reforma el régimen sustantivo de la publicidad ilícita. De esta forma, la Ley General de Publicidad sólo tipificará aquellos supuestos de publicidad ilícita que no se encuentran tipificados en la Ley de Competencia Desleal, tales como la publicidad contraria a la dignidad de la persona o la publicidad subliminal. En cambio, el nuevo texto de la Ley General de Publicidad ya no tipificará aquellos supuestos (como la publicidad engañosa, la publicidad comparativa o la publicidad denigratoria) que ya cuentan con una tipificación expresa en la Ley de Competencia Desleal. Estas modalidades publicitarias, por supuesto, seguirán siendo calificadas como hipótesis de publicidad ilícita. Pero, al regularlas, la Ley General de Publicidad se remitirá en bloque a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal. De esta forma, se evita que algunos supuestos de hecho (como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria o la publicidad comparativa) se vean sometidos en nuestro ordenamiento a una doble tipificación.

En segundo lugar, se suprimen las acciones por publicidad ilícita. Sin duda alguna, uno de los mayores problemas que planteaba la coexistencia de la Ley

General de Publicidad y de la Ley de Competencia Desleal consistiría en que ambos textos establecían un régimen de acciones propio y específico: las acciones por publicidad ilícita (en el caso de la Ley General de Publicidad) y las acciones por competencia desleal (en el caso de la Ley de Competencia Desleal). La coexistencia de ambas categorías generaba numerosas dudas a la hora de determinar las acciones que debían emprenderse frente a aquellos supuestos de hecho que eran simultáneamente tipificados como hipótesis de publicidad ilícita y actos de competencia desleal. Pues bien, la Ley 29/2009 de reforma del régimen legal de la publicidad y de la competencia desleal aspira a poner fin a esta situación de incertidumbre, suprimiendo las acciones por publicidad ilícita, y estableciendo

En realidad no existe un consumidor medio, sólo consumidores individuales cada uno de ellos con su bagaje de información, actitud personal y un conjunto de creencias y preferencias subjetivas

en el ámbito de la Ley General de Publicidad una remisión en bloque a las acciones por competencia desleal previstas en la Ley de Competencia desleal.

Estas dos medidas, sin duda alguna, contribuirán a paliar en gran medida la situación de inseguridad jurídica a la que se veía sometido este sector del ordenamiento en nuestro país. Por lo tanto, aquellas medidas deben ser objeto de una valoración abiertamente positiva.

Como contrapartida, el régimen de infracciones y sanciones resulta manifiestamente mejorable y no supone ninguna novedad digna de resaltar, al contener una atribución a las autoridades de consumo para sancionar, también por vía administrativa, las prácticas comerciales desleales con los consumidores. Podría haberse regulado la existencia de sanciones civiles<sup>24</sup>, o en su caso, en línea con la Resolución del Parlamento Europeo<sup>25</sup> que mencionaba la necesidad de establecer “*procedimientos de confiscación de los beneficios indebidos*”<sup>26</sup>, a los que debería darseles el mismo o similar tratamiento que a los bienes procedentes de la comisión de delitos, es decir, la incautación y puesta a disposición de la sociedad o de los afectados por tales conductas que deberían ser resarcidos e indemnizados en debida forma, a la vez que serviría de ejemplo a los operadores del mercado que la comisión de un ilícito, en ningún caso, puede generar beneficio económico alguno.

### 3.- LA REFORMA DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

#### 3.1.- INTRODUCCIÓN

La Ley 29/2009 introduce importantes modificaciones, tanto en el ámbito

de la Ley General de Publicidad, como en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal. En relación con esta última, y dejando al margen otras reformas de alcance puntual, la principal novedad radica en la introducción de un nuevo grupo de supuestos de hecho que se tipifican expresamente como prácticas desleales con los consumidores<sup>27</sup>.

Además, la propia Ley 29/2009, modifica las leyes siguientes:

- el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007), al modificar los artículos 8,b), suprime el artículo 18-4º, modifica el artículo 19 estableciendo el principio general y las prácticas comerciales; modifica el artículo en lo relativo a la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios; modificando el artículo 47,3 para las sanciones y el artículo 49,1º para la tipificación de determinadas conductas.

-la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, modificando los artículos 18, relativos a la promoción de ventas, el artículo 22 referente a la venta multinivel, el artículo 23 respecto a la prohibición de las ventas en pirámide y el artículo 32 que se refiere a las ventas con obsequio o prima.

La Ley 29/2009, de esta forma, sigue los criterios de la directiva y subdivide el derecho contra la competencia desleal en dos grandes grupos:

- actos de competencia desleal de carácter general, y
- prácticas desleales en las relaciones con consumidores.

De esta forma, las prácticas que se tipifican como prácticas desleales con los consumidores en el que será el nuevo capítulo III de la Ley de Competencia Desleal sólo merecerán esta calificación en la medida en que tengan lugar en el marco de relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores.

Así pues, la directiva provoca una ruptura de la unidad estructural del derecho contra la competencia desleal. Esta fragmentación del derecho contra la competencia desleal ha merecido severos y justificados reproches, como ya se indicó en su día en el Dictamen del Comité Económico y Social anteriormente indicado:

En primer término, porque rompe la unidad sistemática que hasta ahora había venido caracterizando al sector, donde la calificación como desleal de una determinada conducta no se hacía depender, con carácter general, de sus destinatarios.

En segundo lugar, porque implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico. En efecto, son varias las conductas que pueden ser calificadas, bien como actos de competencia desleal de alcance general, bien como prácticas desleales con los consumidores. Así sucede, sin ir más lejos, con los actos de engaño, las omisiones engañosas, y las prácticas agresivas.

En relación con ellas, la nueva Ley de Competencia Desleal intenta evitar

someterlas a una doble tipificación, en función de su eventual calificación como actos de competencia desleal de alcance general o como prácticas desleales con los consumidores. De suerte que la definición de lo que ha de entenderse por actos de engaño, omisiones engañosas y prácticas agresivas es única para las dos categorías, y se recoge en los artículos 5(actos de engaño), 7(omisiones engañosas) y 8(prácticas agresivas) de la nueva Ley de Competencia Desleal.

Esta tipificación de carácter o alcance general resulta también aplicable cuando aquellas prácticas pretendan ser calificadas como prácticas desleales con los consumidores, en virtud de la remisión que a los preceptos antes citados establece el artículo 19(prácticas comerciales desleales con los consumidores) de la Ley de Competencia Desleal.

Sin embargo, las previsiones recogidas en los artículos 21<sup>28</sup> y siguientes de la Ley de Competencia Desleal (dentro del capítulo III de la Ley, destinado a regular únicamente las prácticas desleales con los consumidores) rompen esta aparente unidad y acaban provocando que aquellas prácticas se vean sometidas, en realidad, a un doble régimen jurídico en función de su calificación como actos de competencia desleal de carácter general o como prácticas desleales con los consumidores.

El ejemplo más significativo es, sin duda alguna, el de la publicidad engañosa, conviene señalar que la nueva Ley de Competencia Desleal tipificará los actos de engaño en su artículo 5, por lo que dichos actos tendrán la calificación de actos de competencia desleal de carácter general.

Posteriormente, el artículo 19 destaca que los actos de engaño tipificados en el artículo 5 tendrán también la consideración de prácticas desleales con los consumidores, por lo que la definición de actos de engaño que se recoge en este precepto también resulta aplicable cuando estos actos pretendan ser calificados como prácticas desleales con los consumidores.

Sin embargo, los artículos 21 y siguientes de la nueva Ley de Competencia Desleal tipificarán supuestos concretos de actos de engaño. Recogerán, dicho en otros términos, un catálogo de prácticas que se consideran engañosas *per se*. Ahora bien, las prácticas incluidas en este catálogo se tipifican en el capítulo III de la Ley, destinado a regular las prácticas desleales con los consumidores. En consecuencia, sólo se calificarán como engañosas en si mismas en la medida en que tengan lugar en las relaciones entre empresas y consumidores. De suerte que estas mismas prácticas, si tienen lugar entre empresarios, no podrán ser calificadas automáticamente como engañosas, y su licitud o ilicitud deberá ser examinada a la luz de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal.

En definitiva, un doble régimen jurídico para un mismo supuesto de hecho que en nada beneficia ni a la seguridad jurídica ni, por supuesto, a la unidad

sistemática del derecho contra la competencia desleal, y que puede conducir a confusión a los operadores jurídicos y económicos.

En fin, la fragmentación de la Ley de Competencia Desleal (y la consiguiente distinción entre actos de competencia desleal de carácter general y prácticas desleales con los consumidores) carece de especiales consecuencias prácticas en la propia Ley. En particular, carece de trascendencia en materia de acciones a emprender frente a los actos de competencia desleal o de legitimación activa para interponerlas.

En cambio, puede generar consecuencias relevantes en otros ámbitos. A estos efectos, debe señalarse que la Ley 29/2009 también modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. De suerte que, tras esta reforma, aquellas conductas que sean calificadas como prácticas desleales con los consumidores, además de actos de competencia desleal, constituyen infracciones en materia de consumo sometidas también, por tanto, al régimen sancionador previsto en aquel texto legal (artículos 47.3 y 49.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

De este modo, aquella fragmentación de la Ley de Competencia Desleal aboca a este texto legal a mecanismos de aplicación ciertamente complejos y, cuando menos, extravagantes. Así, al aplicar la Ley de Competencia Desleal a un concreto supuesto de hecho, debe determinarse, en primer término, si la conducta analizada se ha planteado en el marco de relaciones entre empresarios o profesionales con consumidores, o en el ámbito de relaciones entre empresarios o profesionales.

En el primer caso (esto es, en la hipótesis de prácticas de empresarios o profesionales con consumidores), habrá que determinar a continuación si la conducta examinada puede ser calificada como práctica desleal con los consumidores. A estos efectos, habrá que analizar si aquella conducta encaja en algunos de los supuestos de hecho que se tipifican expresamente como prácticas en sí mismas engañosas o agresivas en los artículos 21 a 31 de la nueva Ley de Competencia Desleal.

En caso de respuesta negativa, habrá que determinar si, pese a todo, la conducta examinada puede ser calificada como acto de engaño, omisión engañosa, práctica agresiva o práctica engañosa por confusión, al amparo de las definiciones generales que de este tipo de prácticas se recogen en los artículos 5, 7, 8 y 20 de la Ley de Competencia Desleal.

Y si esta calificación tampoco es posible, deberá pasarse a una última fase de análisis consistente en determinar si la conducta enjuiciada puede ser calificada como desleal al amparo de la cláusula general de represión de las prácticas desleales con los consumidores recogida en el artículo 4.1 (inciso segundo) de la Ley de Competencia Desleal.

Una respuesta negativa a esta última cuestión descarta definitivamente la posibilidad de calificar la conducta examinada como práctica desleal con los consumidores. Pero, aún así, aquella conducta puede ser calificada como acto de competencia general de carácter general. Y a estos efectos, deberá comprobarse si aquélla se corresponde con alguno de los actos de competencia desleal de carácter general tipificados de forma expresa en el capítulo II de la Ley de Competencia Desleal.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de enero de 2009, observa que varios Estados Miembros han dividido la “lista negra” incluida en el Anexo I de la directiva sobre prácticas comerciales desleales, a la hora de transponerla e integrarla en sus ordenamientos jurídicos. Y viene a considerar que la división de la lista negra en distintas medidas legislativas nacionales origina confusión para las empresas y que podría conllevar distorsiones en la aplicación de la directiva. Además, el Parlamento Europeo insta a los Estados Miembros a que revisen sus ordenamientos jurídicos para evitar el doble solapamiento

No puede calificarse como acoso cualquier práctica comercial que, utilizando las técnicas del marketing directo, suponga una relación o contacto personal entre el empresario y el consumidor

entre las normas adoptadas en la transposición de las mencionadas directiva y las disposiciones nacionales existentes, garantizando así una mayor seguridad para empresas y consumidores en lo concerniente al proceso de transposición.

Esta mayor seguridad jurídica no se consigue con la transposición realizada, ya que en cambio, si la conducta enjuiciada se ha desarrollado en el marco de las relaciones entre empresarios o profesionales, el mecanismo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se simplifica notablemente. De suerte que deberá verificarse si el supuesto de hecho analizado encaja en alguno de los actos de competencia desleal de carácter general tipificados de forma expresa en el capítulo II de la Ley de Competencia Desleal o, en su defecto, si es merecedora de un reproche de deslealtad al amparo de la cláusula general de represión de la competencia desleal recogida en el artículo 4.1 (inciso primero) de la nueva Ley.

### 3.2.- LOS ACTOS DE ENGAÑO

Por lo demás, dentro de la nueva categoría de prácticas desleales con los consumidores se encuadran tres actos distintos de competencia desleal:

- los actos de engaño,
- las omisiones engañosas, y
- las prácticas agresivas.

También se tipifican como prácticas desleales con los consumidores las prácticas engañosas por confusión (artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal), si bien configurándolas como un supuesto específico de prácticas engañosas en las relaciones entre empresarios o profesionales y los consumidores.

Los actos de engaño se tipifican en el artículo 5 de la forma siguiente:

*“Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico.”*

Así pues, la calificación de una práctica como engañosa se hace depender del concurso de dos requisitos previos:

la aptitud de aquella práctica para inducir a error, y

la aptitud de la práctica para distorsionar el comportamiento económico del consumidor.

De conformidad con lo expuesto, el primer presupuesto que debe concurrir para que una práctica comercial pueda ser calificada como engañosa es la aptitud de ésta para inducir a error.

Pero debe tenerse en cuenta que la nueva Ley de Competencia Desleal no exige que se haya producido un engaño efectivo. Antes al contrario, la simple aptitud del mensaje publicitario para desencadenar falsas expectativas entre el público de los consumidores es suficiente para calificar aquél como engañoso.

Bajo esta perspectiva, es obvio que todo mensaje o práctica apoyado sobre alegaciones falsas o inexactas es, por definición, un mensaje o una práctica apta para inducir a error y desencadenar falsas expectativas entre el público de los consumidores.

Debe tenerse presente que en nuestro ordenamiento rige una regla de inversión de la carga de la prueba, regla que en la actualidad se recoge en el artículo 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.”*

Así las cosas, en este ámbito, ha de ser el empresario anunciante quien acredite la veracidad y exactitud de las correspondientes alegaciones<sup>29</sup>. De suerte que éstas podrán considerarse falsas en dos hipótesis diversas: cuando se haya demostrado su inexactitud, y cuando el empresario anunciante no haya aportado pruebas suficientes que acrediten su veracidad.

Por ello, todo mensaje falso o inexacto es, por definición, un mensaje apto para inducir a error.

Pero, una vez llegados a este punto, debemos advertir que la falsedad o inexactitud de las correspondientes alegaciones no constituye en modo alguno un presupuesto necesario de las prácticas engañosas. Antes al contrario, un mensaje también puede ser calificado como engañoso si, pese a apoyarse en datos formalmente veraces o exactos, por cualquier otra circunstancia es apto para generar falsas expectativas entre el público de los consumidores.

En efecto, el artículo 5 de la nueva Ley de Competencia Desleal permite calificar como engañoso una práctica desde el momento en que ésta es apta para inducir a error. De forma que, la mera aptitud o susceptibilidad de un mensaje para inducir a error es suficiente para su calificación como engañoso. Y, bajo esta perspectiva, es claro que un mensaje debe ser calificado como engañoso si, a pesar de apoyarse en datos formalmente verídicos, puede generar falsas expectativas entre el público de los destinatarios.

Así las cosas, debemos preguntarnos por las reglas conforme a las cuales se determinará si un mensaje o práctica es apta para inducir a error.

Pues bien, a la hora de determinar si un mensaje es apto para inducir a error o para generar falsas expectativas entre el público de los consumidores deben descartarse, en primer lugar, los criterios puramente gramaticales o literales. También carece de trascendencia –en segundo término– la intención del empresario anunciante.

Dicho de otro modo, a la hora de determinar la aptitud de un mensaje para inducir a error resulta irrelevante, tanto lo que el anuncio literalmente dice desde una perspectiva puramente gramatical o literal, como lo que el empresario anunciante pretendía transmitir.

De esta forma, a la hora de determinar la aptitud de un mensaje para inducir a error debe atenderse única y exclusivamente al significado que el correspondiente mensaje tiene para el público destinatario de aquél. A la hora de verificar si un mensaje puede generar falsas expectativas entre el público de los consumidores, debe atenderse únicamente a la interpretación que del correspondiente mensaje haya hecho el círculo de destinatarios de la publicidad.

Así, la calificación de un mensaje como engañoso exige una delicada tarea interpretativa. De este modo, se debe indagar cuál es el significado que el público atribuye al correspondiente mensaje o práctica y comprobar después si este mensaje, tal y como ha sido interpretado por sus destinatarios, se corresponde con la realidad.

Conforme a lo expuesto, la aptitud para inducir a error es el primer presupuesto que debe concurrir para calificar una conducta o práctica como engañoso.

Pero, en la nueva Ley de Competencia Desleal, la calificación de una práctica o conducta como engañoso se hace depender del concurso de un requisito o presupuesto ulterior: su aptitud para incidir en el comportamiento económico

del destinatario.

A estos efectos, y según dispone el artículo 4 de la nueva Ley,

*“se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:*

*a) La selección de una oferta u oferente.*

*b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*

*c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*

*d) La conservación del bien o servicio.*

*e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”.*

La deslealtad de una práctica se hace depender también de su aptitud para incidir en el comportamiento económico del consumidor. Y, a estos efectos, debe entenderse que dicho comportamiento abarca, tanto el proceso previo de formación de preferencias, como la adopción de decisiones de compra, y la postura en relación con el ejercicio y cumplimiento de los derechos emanados del contrato una vez que éste se ha concluido.

Por lo demás, no se exige que la correspondiente práctica haya incidido de forma efectiva en cualquiera de estos aspectos del comportamiento económico del consumidor. Por el contrario, es suficiente con su simple aptitud para distorsionar, bien el proceso de formación de preferencias, bien la adopción de decisiones de compra o las decisiones del consumidor sobre el ejercicio y cumplimiento de los derechos emanados del contrato.

Al determinar si la práctica examinada es apta para distorsionar cualquiera de estos aspectos del comportamiento económico del consumidor, debe partirse, una vez más, de la perspectiva de un consumidor medio –creación jurisprudencia del TJCE consistente en el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz– dentro del concreto círculo de destinatarios de aquélla.

Esta noción de “consumidor medio” viene de la jurisprudencia del TJCE como concepto jurídico indeterminado que viene siendo especialmente utilizado en el derecho de la propiedad intelectual y, en concreto en el derecho de marcas, para determinar riesgo de confusión y como parámetro de los signos distintivos<sup>30</sup>, para identificar los productos<sup>31</sup>, siendo reiterada la jurisprudencia que señala que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios<sup>32</sup>.

La doctrina<sup>33</sup> considera este concepto como muy problemático, pues se trata de una noción compleja que no tiene correspondencia alguna con el mundo real: en realidad no existe un consumidor medio, sólo consumidores individuales cada uno de ellos con su bagaje de información, actitud personal y un conjunto de

creencias y preferencias subjetivas.

El CESE, en su dictamen 105/2004, ya señaló<sup>34</sup> respecto al consumidor medio que temía que la utilización de dicho parámetro interpretativo comportase que la política de protección de los consumidores pierda su carácter tuitivo, sin perjuicio de la atención especial que presta la directiva a los “*grupos más vulnerables*”, podrán quedar en el futuro desprotegidos los consumidores menos informa-

La explotación de aquella situación de debilidad para exponer al consumidor a un contacto directo y personal con el empresario puede ser suficiente para calificar la práctica como agresiva

dos o los que tengan un nivel de educación más bajo, pues, no debe olvidarse la situación de desigualdad material existente entre las partes, en las relaciones entre consumidores y empresas.

En fin, de todo lo hasta aquí dicho se desprende que la calificación de una práctica o conducta como engañosa (y, en particular, el análisis de su aptitud para inducir a error) constituye una tarea eminentemente casuística que, por lo común, impide la formulación de reglas de carácter general o universal.

No obstante lo anterior, las dificultades inherentes a esta tarea se ven en parte aminoradas por el catálogo de prácticas que, en la medida en que tengan lugar en las relaciones con consumidores, se consideran en sí mismas engañosas, y que se tipifican en los artículos 21 y siguientes de la nueva Ley de

Competencia Desleal.

En efecto, debe tenerse presente que la nueva Ley de Competencia Desleal incluye un catálogo o lista negra de supuestos que se consideran prácticas engañosas *per se* en las relaciones entre empresarios o profesionales con consumidores. Así las cosas, las prácticas incluidas en el citado catálogo, en la medida en que tengan lugar en las relaciones con consumidores, serán consideradas en todo caso engañosas, por lo que no resultará necesario realizar, en relación con cada una de ellas, un análisis específico de su aptitud para inducir a error.

Tampoco será necesario, en relación con las prácticas incluidas en el citado catálogo, analizar su aptitud para incidir en el comportamiento económico del consumidor.

Pues bien, las prácticas que se incluyen en el citado catálogo o lista negra y que, por ende, se consideran en sí mismas engañosas, son las siguientes:

Aquellas prácticas comerciales en las que se afirme sin ser cierto:

- a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta;
- b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo pú-

blico o cualquier otro tipo de acreditación;

c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización.

La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización.

Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que hagan pensar al empresario o profesional que dichos bienes o servicios u otros equivalentes no estarán disponibles al precio ofertado durante un período suficiente y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el tipo de bien o servicio, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate.

La nueva Ley de Competencia Desleal tampoco ofrece un concepto específico de lo que haya de entenderse por coacción

Realizar una oferta comercial de bienes o servicios a un precio determinado para luego, con la intención de promocionar un bien o servicio diferente, negarse a mostrar el bien o servicio ofertado, no aceptar pedidos o solicitudes de suministro, negarse a suministrarlo en un período de tiempo razonable, enseñar una muestra defectuosa del bien o servicio promocionado o desprestigiarlo.

Las prácticas comerciales relativas a las ventas en liquidación cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 30.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista o que, en cualquier otro supuesto, afirmen que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo.

Las prácticas comerciales que ofrezcan un premio, de forma automática o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente.

Describir un bien o servicio como gratuito, regalo, sin gastos o cualquier otra fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de éste.

Crear la impresión falsa, incluso mediante el uso de prácticas agresivas, de que el consumidor o usuario ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad:

- a) No existe tal premio o ventaja equivalente;
- b) O la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor o usuario, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.

Afirmar o crear por otro medio la impresión de que un bien o servicio puede ser comercializado legalmente no siendo cierto.

Alegar que los bienes o servicios pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar.

Proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones.

Afirmar, no siendo cierto, que el bien o servicio sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor o usuario a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa.

Comprometerse a proporcionar un servicio posventa a los consumidores o usuarios sin advertirles claramente antes de contratar que el idioma en el que este servicio estará disponible no es el utilizado en la operación comercial.

Crear la impresión falsa de que el servicio posventa del bien o servicio promocionado está disponible en un Estado Miembro distinto de aquel en el que se ha contratado su suministro.

Crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor o usuario realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan, y no de la venta o suministro de bienes o servicios.

Promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto.

Incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.

Presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores o usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional.

Realizar afirmaciones inexactas o falsas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor o usuario o de su familia, el hecho de que el consumidor o usuario no contrate el bien o servicio.

Transmitir información inexacta o falsa sobre las condiciones de mercado o sobre la posibilidad de encontrar el bien o servicio, con la intención de inducir al consumidor o usuario a contratarlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado.

Incluir en la documentación de comercialización una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor o usuario la impresión de que ya ha contratado el bien o servicio comercializado, sin que éste lo haya solicitado.

Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un empresario o profesional no actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor o usuario.

### 3.3 - LAS PRÁCTICAS ENGAÑOSAS POR CONFUSIÓN

En la nueva Ley de Competencia Desleal también se tipifican como prácticas desleales con los consumidores las denominadas prácticas engañosas por confusión.

Establece a este respecto el artículo 20 de la nueva Ley de Competencia Desleal lo siguiente:

*“En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios.”*

Por lo demás, para que pueda afirmarse la existencia de un acto de confusión y, por lo tanto, de una práctica engañosa al amparo del artículo 20 de la nueva Ley de Competencia Desleal, debe existir un riesgo de confusión. En segundo lugar, la práctica examinada debe ser apta para incidir en el comportamiento económico del consumidor.

En la medida en que este segundo presupuesto coincide con el establecido con carácter general para los actos de engaño, nos remitimos a lo ya dicho con ocasión del análisis del artículo 5 de la nueva Ley de Competencia Desleal.

Por otra parte, y en relación con el primero de los presupuestos antes citados, la Ley no define lo que ha de entenderse por riesgo de confusión, por lo que parece necesario acudir al derecho de marcas y definir el riesgo de confusión<sup>35</sup> como

el riesgo de que el público de los consumidores concluya que dos productos proceden de un mismo origen empresarial (riesgo de confusión en sentido estricto), o, al menos, de empresas vinculadas jurídica o económicamente entre sí (riesgo de asociación).

Así definido, al apreciar la existencia de un riesgo de confusión debe prestarse una atención singular a dos factores diversos:

- la proximidad competitiva entre los correspondientes productos o servicios, y
- la similitud entre éstos, su presentación comercial, sus signos distintivos, o su publicidad.

En relación con el segundo de estos dos factores, la Ley, lejos de precisar las circunstancias que pueden desencadenar un riesgo de confusión, alude, de manera genérica, a “las prácticas comerciales”. Y bajo esta amplia fórmula, evidentemente, tiene cabida la similitud de los productos, de su presentación comercial o de sus signos distintivos.

También tiene cabida el riesgo de confusión derivado de la proximidad o similitud entre las campañas publicitarias difundidas para la promoción de los correspondientes productos o servicios.

### 3.4.- LAS OMISIONES ENGAÑOSAS

Junto a los actos de engaño y las prácticas engañosas por confusión, la nueva Ley de Competencia Desleal también tipifica como prácticas desleales con los consumidores las omisiones engañosas.

Las omisiones engañosas se definen en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal en los siguientes términos:

“Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica cuando no resulte evidente por el contexto.”

Así las cosas, la deslealtad de una omisión dependerá de la aptitud de aquélla para inducir a error; o lo que es lo mismo, de la aptitud de aquélla para impedir al destinatario o consumidor adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Así, la aptitud de una omisión para inducir a error a los consumidores dependerá, fundamentalmente, del caso

concreto y de las circunstancias que rodeen a éste.

No obstante lo anterior, la Ley 29/2009 de Modificación de la Ley de Competencia Desleal también permite apuntar algunas de las circunstancias más relevantes a la hora de analizar si una omisión es apta para inducir a error o, si se prefiere, para distorsionar el comportamiento económico del consumidor impidiéndole tomar una decisión con el debido conocimiento de causa.

La primera de estas circunstancias, es la relevancia de la información omitida. De hecho, la propia Ley de Competencia Desleal se muestra terminante al destacar que sólo cabe calificar la omisión como práctica desleal en la medida en que recaiga sobre información de carácter necesario.

Obviamente, el relieve o carácter necesario de la información omitida debe ser valorada caso por caso tanto en términos absolutos como relativos; esto es, la importancia de la información omitida en relación con el restante contenido del correspondiente mensaje.

Bajo esta perspectiva, es obvio que el relieve o carácter sustancial de una información depende no sólo de su importancia intrínseca, sino también de su grado de relación con el contenido del mensaje y de la necesidad de que la información omitida sea conocida por el consumidor para que éste pueda comprender correctamente las restantes alegaciones publicitarias.

No obstante lo anterior, existen dos supuestos en los que el carácter sustancial de la información se presumirá *iuris et de iure* en el ordenamiento español.

Así el carácter sustancial se presumirá respecto de aquella información cuya inclusión en el correspondiente mensaje venga impuesta por una norma de derecho comunitario. Es importante destacar, por lo demás, que esta primera excepción afecta sólo a las obligaciones específicas de información que impongan, bien normas comunitarias de aplicación directa, bien normas nacionales que incorporen normas comunitarias. En cambio, aquellos contenidos obligatorios que vengan impuestos por normas de carácter nacional –que no supongan la incorporación de normas de derecho comunitario europeo– no se presumen relevantes *per se*, de suerte que su relevancia o carácter sustancial deberá analizarse caso por caso.

La segunda excepción en la que el carácter sustancial de la información omitida se presume afecta a aquellos mensajes en los que se recoja una invitación a comprar. A estos efectos, se entiende que existe una invitación a comprar en aquellas prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación. En tales hipótesis, el 20 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (que también se ve afectado por

la Ley 29/2009) establece una lista de informaciones que se considerarán sustanciales o necesarias, tales como las características principales del producto, la identificación del comerciante, el precio, los procedimientos de pago y entrega, etc.

Por lo demás, y en relación con estas dos presunciones, es importante destacar que existe una importante divergencia entre la Ley 29/2009 recientemente aprobada y la directiva comunitaria que se pretende incorporar a través de aquélla. En ésta, en efecto, aquellas presunciones afectan al carácter sustancial de la información omitida. Quiere esto decir que la información impuesta por normas de derecho comunitario, o la información obligatoria en caso de que en la publicidad se recoja una invitación a comprar, se presume en todo caso sustancial. Pero esto no quiere decir que su omisión se califique automáticamente como desleal. Antes al contrario, en la directiva el juicio de deslealtad se hace depender de un requisito ulterior: la aptitud de aquella omisión para impedir al consumidor adoptar una decisión sobre su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. En otras palabras, una vez que se presume el carácter sustancial de la información omitida, la omisión sólo se podrá considerar desleal si, además, se concluye que aquella información era necesaria para permitir al consumidor adoptar una decisión con el debido conocimiento de causa.

En la Ley 29/2009, en cambio, la omisión de aquella información se califica automáticamente como desleal. Así se desprende de la nueva redacción que la Ley da al artículo 20.2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, según el cual la omisión de la información impuesta por normas de derecho comunitario o de la información obligatoria en el caso de invitaciones a comprar “será considerada en todo caso práctica desleal por engañosa”.

Una opción del legislador español que parece claramente discutible por lo siguiente:

- En primer término, porque no parece acomodarse a lo dispuesto en la directiva que es de armonización plena.

- Y, en segundo lugar, porque aquella opción implicará un juicio de deslealtad automático para la omisión de ciertas informaciones que, aunque vengan impuestas por normas de derecho comunitario, difícilmente pueden provocar el error del consumidor ni ejercer incidencia alguna en su comportamiento económico.

Así, la primera circunstancia que ha de ser objeto de valoración a la hora de determinar la aptitud de una omisión para inducir a error es la relevancia de la información omitida o, si se prefiere, su carácter necesario.

Existe una segunda circunstancia que debe ser objeto de valoración a la hora de determinar la aptitud de una omisión para distorsionar el comportamiento

económico del consumidor.

Y esta segunda circunstancia es el grado de conocimiento actual o potencial de la información omitida por parte de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

La razón es sencilla de entender: difícilmente será apta para inducir a error al consumidor (y, por lo tanto, para impedirle a éste la adopción de una decisión con pleno conocimiento de causa) la omisión de una información que es generalmente conocida por aquel consumidor. Aunque resulte complejo describir en cada caso concreto quien es o no el “consumidor medio” de cada supuesto, y acreditar o no que está debidamente informado.

En tercer lugar, junto al relieve de la información omitida y el grado de conocimiento de ésta por parte del consumidor, la nueva Ley de Competencia Desleal también permite valorar el tipo de medio empleado para la difusión del correspondiente mensaje, así como la puesta a disposición del consumidor de otros medios para acceder a la información omitida, complicando aún más la aplicación de la norma.

Así, el párrafo segundo (inciso segundo) del artículo 7 dispone lo siguiente:

“cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios”.

Este precepto pretende consagrar una especie de principio de integridad de la campaña publicitaria. De suerte que, al valorar la aptitud de una omisión para distorsionar el comportamiento económico del consumidor, podrá valorarse también la posibilidad de completar la información recogida en un mensaje sometido a limitaciones de tiempo y espacio con información adicional proporcionada a través de otros medios o soportes, con lo que se exige un “plus” al consumidor para la información de los productos y servicios y desvirtúa el principio de protección de la política de defensa del consumidor.

Todo ello, siempre que concurren tres presupuestos:

- que en el propio mensaje se recoja una referencia expresa a los ulteriores medios a los que puede acudir el consumidor para completar la información;
- que estos medios sean fácilmente accesibles para un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz; y,
- finalmente, que estos medios sean utilizados simplemente para complementar la información previamente proporcionada a través de un mensaje, sin contradecirla ni limitarla de forma muy relevante.

En definitiva, el artículo 7 de la nueva Ley de Competencia Desleal no debe

dispensar al empresario de la obligación de diseñar sus mensajes de forma que éstos, analizados individualmente, reflejen con fidelidad el alcance de la oferta, aún cuando sí permite que se utilicen otros medios complementarios que, sin contradecir ni introducir limitaciones muy relevantes en aquella oferta, proporcionen aquella información relevante que no pudo ser introducida en el primer mensaje por las limitaciones de tiempo o espacio a las que éste estaba sometido.

Existe una importante divergencia entre la Ley 29/2009 recientemente aprobada y la directiva comunitaria que se pretende incorporar a través de aquélla

Para finalizar con el análisis de las omisiones engañosas, debemos subrayar que el régimen jurídico previsto en la nueva Ley de Competencia Desleal para estas omisiones se aplicará también en aquellos supuestos en los que, si bien no se omite la información, ésta es incluida en la publicidad de forma prácticamente ilegible o imperceptible para un consumidor medio dentro del concreto círculo de destinatarios de la publicidad.

### 3.5.- LAS PRÁCTICAS AGRESIVAS

Junto a las conductas hasta aquí examinadas, la última gran categoría de prácticas desleales con los consumidores que se introduce, siguiendo la denominación de la directiva, en la nueva Ley de Competencia Desleal son las denominadas prácticas agresivas<sup>36</sup>.

A estos efectos, el artículo 8 de la Ley ofrece el siguiente concepto de las prácticas agresivas:

“se considera desleal todo comportamiento que, teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.”

A la luz de lo dispuesto en este precepto, podemos afirmar que son tres las conductas que en la Ley se tipifican como prácticas agresivas y, por ende, desleales: el acoso, la coacción y la influencia indebida.

En relación con la primera de ellas, es importante destacar que la Ley de Competencia Desleal –al igual que la directiva– no ofrece un concepto específico de lo que ha de entenderse por acoso.

No obstante, y pese a la ausencia de un concepto legal, podemos definir el acoso –siguiendo en este punto a massaguer fuentes<sup>37</sup> como el hecho de perseguir, importunar, incomodar o apremiar al consumidor como medio de obtener su decisión de compra o de determinar su comportamiento en el marco de una relación ya establecida.

Así definido, el acoso presupone un cierto contacto personal entre el empresario y el consumidor. No obstante –y como es evidente– no puede calificarse como acoso cualquier práctica comercial que, utilizando las técnicas del marketing directo, suponga una relación o contacto personal entre el empresario y el consumidor. En efecto, la relativa generalización de las técnicas de marketing directo provoca que un mínimo nivel de contacto entre el empresario y el consumidor no sea percibido por éste –por regla general– como un acoso susceptible de influir en su libertad de elección.

Por lo tanto, además del contacto directo o personal entre el empresario y el consumidor, deben concurrir circunstancias adicionales que provoquen que aquel contacto pueda ser percibido por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz como un acoso susceptible de incidir en su libertad de elección.

Así las cosas, a la hora de determinar si un contacto directo y personal entre el empresario y el consumidor puede ser calificado como acoso, debe atenderse a las circunstancias que rodeen al caso concreto, tal y como, por otra parte, ordena el propio artículo 8.

En este sentido, es la propia Ley de Competencia Desleal la que, en su artículo 8.2, ofrece un catálogo de circunstancias que deben ser tomadas en consideración a la hora de calificar una conducta como acoso, coacción o influencia indebida.

Pues bien, algunas de las circunstancias que enumera el artículo 8 poseen una especial relevancia a la hora de calificar una concreta conducta como acoso. Nos referimos, en concreto, a las circunstancias que enumera la letra a) del artículo 8, y que obligan a tomar en consideración el momento y el lugar en que se produce la práctica, su naturaleza o su persistencia.

En efecto, una de las circunstancias más relevantes a la hora de determinar si un contacto directo entre el empresario anunciante y el consumidor puede ser calificado como acoso es el lugar elegido para dicho contacto. De suerte que la posibilidad de calificar aquel contacto como acoso se incrementa cuando se produce, bien en un ámbito privado (como el hogar o el lugar de trabajo), bien en un lugar donde los consumidores no se ven normalmente expuestos a las técnicas de marketing directo.

Además del lugar, también cobra una especial relevancia el momento en el que se produce el contacto directo o personal entre el empresario y el consumidor. En este sentido, resulta obvio que la posibilidad de incomodar al consumidor (y, por ende, la posibilidad de ejercer sobre él una presión suficiente para incidir en su libertad de elección) se incrementa cuando aquel contacto tiene lugar, por ejem-

plo, a través de llamadas telefónicas por la noche o a través de visitas domiciliarias que se prolongan hasta muy tarde.

Finalmente, la calificación de una práctica como coacción también depende, en gran medida, de su persistencia. En este sentido, aún cuando el contacto se produzca en un momento y lugar que puedan ser considerados habituales, la persistencia del operador económico en entablar ese tipo de contactos puede ser suficiente para calificar la práctica como coacción.

En definitiva, el momento y el lugar elegido por el empresario para entablar un contacto directo y personal con el consumidor, así como la persistencia en esos contactos, se convierten en elementos decisivos a la hora de calificar una práctica como coacción.

No obstante lo anterior, podrán existir supuestos especiales en los que estas circunstancias perderán cierta relevancia. Así podrá suceder, por ejemplo, cuando el consumidor que se ve expuesto a un contacto personal y directo con el empresario anunciante se encuentra en una situación de especial debilidad. En efecto, esta situación de debilidad puede implicar, por regla general, un menor grado de resistencia a las presiones que pueda ejercer el empresario. De donde se desprende, a nuestro juicio, que la explotación de aquella situación de debilidad para exponer al consumidor a un contacto directo y personal con el empresario puede ser suficiente para calificar la práctica como agresiva aún cuando no concurren circunstancias excepcionales relativas al lugar o momento en el que se desarrolla la correspondiente conducta, o a la persistencia de ésta.

La situación de debilidad del consumidor, por lo demás, puede deberse a las características objetivas de éste. En este sentido, no cabe duda que si el contacto directo se entabla con un consumidor o grupo de consumidores especialmente vulnerables (por su edad, o por sus dolencias físicas o mentales), esta especial vulnerabilidad (y, por consiguiente, la menor resistencia del consumidor a la presión ejercida por el comerciante) puede cobrar una especial relevancia a la hora de calificar aquella práctica como acoso, aún cuando no concurren especiales circunstancias relativas al momento o al lugar en que se desarrolla.

Por otra parte, la situación de debilidad del consumidor también puede deberse —en segundo término— a las circunstancias excepcionales en las que éste se encuentre. Así, es la propia Ley de Competencia Desleal la que, a la hora de calificar una conducta como acoso, permite tomar en consideración la existencia de circunstancias excepcionales que coloquen al consumidor en una situación de especial vulnerabilidad y, por ende, mermen su capacidad de resistencia frente al contacto personal con el empresario anunciante.

En este sentido, la letra c) del artículo 8 es clara al señalar que para determi-

nar si una práctica comercial hace uso del acoso, se tendrá en cuenta “*la explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento para influir su decisión con respecto al bien o servicio*”.

Pues bien, esta previsión, aparentemente, podría permitir la calificación como agresivas (y, por ende, desleales) de dos conductas que tradicionalmente han sido calificadas, especialmente, por la jurisprudencia alemana como publicidad molesta:

- la publicidad en el lecho de muerte (esto es, la visita personal a los familiares de una persona en los momentos previos o inmediatamente posteriores a su fallecimiento con el fin de comercializar servicios funerarios) y

- la publicidad en caso de accidente (esto es, la visita personal a las personas que se acaban de ver involucradas en un accidente con el fin de comercializar productos o servicios relacionados con la solución de sus consecuencias, tales como servicios de grúa, de reparaciones, etc.).

El artículo 5 de la nueva Ley de Competencia Desleal permite calificar como engañosa una práctica desde el momento en que ésta es apta para inducir a error

Ambas conductas presentan una característica común: el fallecimiento de un ser querido o el accidente recientemente acaecido provocan un estado de shock o de especial vulnerabilidad en los afectados, haciendo que éstos puedan aceptar las ofertas comerciales que primero se les presenten sin valorarlas adecuadamente, circunstancia ésta de la que pretende aprovecharse el empresario anunciante.

Junto al acoso, también se califica como agresiva, y por ende, desleal, la coacción. Y al igual que sucede con el acoso, la nueva Ley de Competencia Desleal tampoco ofrece un concepto específico de lo que haya de entenderse por coacción. Pese a este silencio, entiendo que la coacción abarca aquellas prácticas comerciales a través de las cuales se genera la impresión en el consumidor de que éste debe aceptar la oferta presentada si quiere evitar una situación negativa o alcanzar un determinado beneficio, siempre que la situación negativa que se hace pender sobre el consumidor no sea legítima o el beneficio a alcanzar no sea real. En la coacción, en definitiva, la aceptación de la oferta comercial o de ciertos extremos de ésta se presenta ante el consumidor como la condición necesaria para evitar una situación negativa de carácter ilegítimo o alcanzar un determinado beneficio irreal.

Finalmente, la última conducta que se califica en la Ley como práctica agresiva es la influencia indebida. Y es ésta, además, la única conducta que es objeto de una definición expresa en la nueva Ley de Competencia Desleal. Señala a este respecto el artículo 8 que se considera influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso.

Junto a la tipificación de los supuestos de acoso, coacción e influencia indebida, la nueva Ley de Competencia Desleal –al igual que hace con los actos de engaño- recoge un catálogo de prácticas que, en la medida en que tengan lugar en el marco de relaciones con consumidores, se consideran en sí mismas agresivas y, por ende, desleales. El valor de este catálogo es indudable, pues las prácticas en él incluidas, en la medida en que tengan lugar en las relaciones con consumidores, se considerarán *per se* agresivas y desleales, sin necesidad de examinar en relación con las mismas si cumplen los requisitos para ser calificados como actos de acoso, coacción o influencia indebida.

Pues bien, este catálogo se recoge en los artículos 28 y siguientes, e incluye las siguientes prácticas:

Aquellas que hagan creer al consumidor o usuario que no puede abandonar el establecimiento del empresario o profesional o el local en el que se realice la práctica comercial, hasta haber contratado, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o usuario ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción penal.

Realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual.

Incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convencan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

Exigir al consumidor o usuario que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro la presentación de documentos que no sean necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo, o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos.

Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el

consumidor o usuario, salvo cuando el bien o servicio en cuestión sea un bien o servicio de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en la legislación vigente sobre contratación a distancia con los consumidores y usuarios.

Informar expresamente al consumidor o usuario de que el trabajo o el sustento del empresario o profesional corren peligro si el consumidor o usuario no contrata el bien o servicio.

### 3.6.- LA CLÁUSULA GENERAL DE PROHIBICIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES

Hasta aquí el análisis de las distintas categorías de prácticas desleales con los consumidores que se introducen con la reforma de la Ley de Competencia Desleal recientemente aprobada, por lo que queda por analizar la denominada “cláusula general”.

El Abogado General Vertraj señaló en el asunto (C-304/08) la importancia de esta “cláusula general” en la estructura de la directiva de la forma siguiente:

“El núcleo de la Directiva 2005/29/CE es la cláusula general del artículo 5, apartado 1º, que establece la prohibición de prácticas comerciales desleales. Qué debe entenderse por “desleal”, por un lado; si es contraria a los requisitos de la “diligencia profesional”, y por otro, si puede “distorsionar de manera sustancial” el comportamiento económico del consumidor. Con arreglo al apartado 2 de ese mismo artículo, en particular, son desleales las prácticas comerciales que sean engañosas (artículo 6-7) o agresivas; y por ello se remite al anexo I y a las prácticas desleales en cualquier circunstancia; La misma lista única se ha aplicar en todos los Estados Miembros y sólo puede modificarse mediante una revisión de la Directiva.”

De ahí se deduce que, en la aplicación del Derecho por las autoridades judiciales y administrativas nacionales, en primer lugar ha de atenderse a la lista de 31 supuestos de prácticas comerciales desleales contenida en el anexo I. Si una práctica comercial se puede subsumir en uno de esos supuestos; debe considerarse prohibida, sin necesidad de mayor análisis, por ejemplo, de sus efectos. En cambio, si el caso concreto no está comprendido en esa lista de prohibiciones,; debe examinarse si estamos ante alguno de los ejemplos de la cláusula general (prácticas engañosas y agresivas). Solo si no es así, se aplica de forma directa la cláusula general del artículo 5 (, apartado 1 de la Directiva 2005/29/CE”.

En consonancia con esta interpretación adecuada del Abogado General, debemos señalar que la tipificación de estas prácticas, conforme a la directiva, se completa en la nueva Ley de Competencia Desleal con una cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Esta cláusula general se recoge en el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, cuyo tenor literal es el siguiente:

“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento del empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.”

La Ley 29/2009 introduce importantes modificaciones, tanto en el ámbito de la Ley General de Publicidad, como en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal

La utilidad de esta cláusula general, por lo demás, es evidente. En efecto, al construir la cláusula general sobre un concepto jurídico indeterminado como la buena fe, se pone en manos de los jueces y tribunales un instrumento sumamente valioso y eficaz para la constante actualización de la Ley de Competencia Desleal, permitiendo así que aquellos declaren la deslealtad de prácticas que, pese a merecer esta calificación, no se encuentran expresamente tipificadas.

Así las cosas, al analizar la lealtad o deslealtad de una práctica comercial desarrollada por una empresa o profesional en sus relaciones con los consumidores, los pasos a seguir son claros, como ya ha señalado el Abogado General del TJCE. En primer término, debe analizarse si la práctica examinada se encuentra incluida en alguno de los catálogos que recogen las prácticas que se consideran engañosas o agresivas en sí mismas. En caso de que la práctica no se encuentre recogida en dichos catálogos, deberá analizarse si reúne los requisitos para ser calificada como acto de engaño, omisión engañosa, práctica agresiva o práctica engañosa por confusión, conforme a lo dispuesto en los artículos 5, 7, 8 y 20 de la Ley de Competencia Desleal. Y, si esta segunda fase también arroja una respuesta negativa, deberá analizarse si la práctica puede ser considerada desleal a la luz de la cláusula general de represión de las prácticas comerciales desleales con los consumidores.

Para el desarrollo de esta última fase del análisis, por lo demás, se deberá tener en cuenta que la aplicación de la cláusula general a una concreta práctica exige el concurso de dos presupuestos distintos. Así, la práctica examinada deberá ser objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe. Y, en segundo lugar,

deberá ser apta para incidir de forma significativa en el comportamiento económico de los consumidores.

En relación con el primero de estos dos presupuestos, entendemos que la cláusula general debe ser objeto de una interpretación funcional; esto es, de una interpretación conforme con los fines que persigue la directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores y, la reforma de la Ley española de competencia desleal. De esta forma, deberán considerarse objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe aquellas prácticas comerciales que sean aptas para anular, obstaculizar o mermar la capacidad del consumidor de adoptar decisiones libres y autónomas.

Una vez comprobado que la práctica examinada es objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe en el sentido expuesto, deberá verificarse si cumple el segundo presupuesto de aplicación de la cláusula general; esto es, si es apta para incidir de forma significativa sobre el comportamiento económico del consumidor. Quiere esto decir que la nueva Ley de Competencia Desleal introduce en esta sede una regla de *minimis* o cláusula de relevancia, de modo que excluye la deslealtad de una práctica cuando, pese a ser ésta objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, su aptitud para incidir en el comportamiento económico del consumidor es insignificante o irrelevante.

#### 4.- CONCLUSIONES

La Ley 29/2009 cumple la difícil tarea de proceder a la adaptación al ordenamiento jurídico de una directiva, la 2005/29/CE, que es una directiva compleja, extensa y de armonización plena que tiene muchas carencias jurídicas, como ha puesto de relieve los diferentes textos en los Estados Miembros de la Unión Europea.

No obstante, la técnica legislativa utilizada para esta adaptación es loable y el legislador interno ha intentado mantener el nivel de calidad técnica del derecho de la competencia desleal español de la Ley 3/1991, intentando salvaguardar la preeminencia del derecho comunitario con la coherencia de la legislación interna en esta materia, aprovechando, a la vez, el proceso de adaptación de la directiva para suplir las carencias detectadas en los últimos años en las disfunciones de la aplicación de la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal.

Sin embargo, no está debidamente transpuesta la directiva en los aspectos procesales al no otorgar más poderes de apreciación de oficio al juez nacional y no aprovechar para incorporar la jurisprudencia del TJCE sobre la interpretación de las directivas de protección de los consumidores.

Por último, el sistema sancionador previsto no contempla medidas eficaces, proporcionadas y disuasorias, al no haber incorporado mecanismos para que la comisión de estas prácticas comerciales desleales no resulten más beneficioso para los infractores que el cumplimiento de las normas infringidas.-

Valencia, marzo de 2010.-

## NOTAS

<sup>1</sup> Rafael Lara González, “*La denigración en el Derecho de la competencia desleal*”. Cuadernos Civitas, Ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> Véase, “Nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”. José Massaguer, Ed. Civitas, 2006.

<sup>3</sup> “La competencia desleal”. M. Mercé Danacullea Grau, Ed. Iustel 2007.

<sup>4</sup> La Directiva en su preámbulo - Considerandos 12 a 15- reafirma que pretende realizar una armonización total, estableciendo a escala comunitaria un “marco jurídico basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regulen todos los aspectos prácticos de las prácticas comerciales en el seno de la Unión Europea”.

<sup>5</sup> Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997, p. 19).

<sup>6</sup> Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros (DO L 271 de 9.10.2002, p. 16).

<sup>7</sup> Reglamento 2006/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 364 de 9.12.2004, p.1).

<sup>8</sup> “Consumidor”: “Cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión”.

<sup>9</sup> “Comerciante”: “Cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”.

<sup>10</sup> “Producto”: “Cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones”.

<sup>11</sup> “Prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”: “Todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”.

<sup>12</sup> “Distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de los consumidores”: “Utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que este tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

<sup>13</sup> “Código de conducta”: “Acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado Miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o

sectores económicos concretos”.

<sup>14</sup> “Responsable del Código”: “Cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo.”

<sup>15</sup> “Diligencia profesional”: “El nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”.

<sup>16</sup> “Invitación a comprar”: “Comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra”.

<sup>17</sup> “Influencia indebida”: “Utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”.

<sup>18</sup> “Decisión sobre una transacción”.: “Toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar”.

<sup>19</sup> “Profesión regulada”: “La actividad o conjunto de actividades profesionales en las que el acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales”

<sup>20</sup> Así la noción de “unfair” o de “undue influence”, o la utilización de “consumidor medio” que vien-antes que de la jurisprudencia del TJCE- del concepto anglosajón del “ciudadano inglés medio”, noción que resulta próxima al *bonus pater familias* del derecho romano, o la de “due diligence”, son conceptos de derecho anglosajón, cuya inserción, interpretación y aplicación por los juristas del derecho continental puede causar algunos problemas. Para un estudio más profundo de estos conceptos, véase Rolan Séroussi, “Introducción al Derecho inglés y norteamericano”, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1998, o Enrique Alcaraz Varó, “El inglés jurídico”, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

<sup>21</sup> BOE 315, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>22</sup> DOUE de 24.02.2010, C 46 p. 27

<sup>23</sup> Asunto C-304/08, Sra Verica TRSTENJAK, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettewerbs*.e;V;

<sup>24</sup> En línea con la legislación francesa o belga sobre el tema.

<sup>25</sup> PE A-6-0155/2008, punto 36, Ponente Sr. Lasse Lawtinen, Informe sobre la Estrategia de los Consumidores”

<sup>26</sup> Previsión ésta que no resulta ajena al ordenamiento jurídico español, pues el artículo 131-2º de la Ley 3071992-que es legislación básica del Estado- establece como principio de la potestad sancionadora que “El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.

<sup>27</sup> Véase por todos, Anxo Tato Plaza, “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal”. *Revista de Autocontrol de la Comunicación Comercial*”.

<sup>28</sup> Artículo 20(prácticas engañosas por confusión para los consumidores); artículo 21(prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad); artículo 22(prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas); artículo 23(prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa); artículo 24(prácticas de venta piramidal); artículo 25(prácticas engañosas por confusión); artículo 26 (prácticas comerciales encubiertas); artículo 27(otras prácticas engañosas); artículo 28(prácticas agresivas por coacción); artículo 29(prácticas agresivas por acoso); artículo 30(prácticas agresivas en relación con los menores); y artículo 31(otras prácticas agresivas).

<sup>29</sup> De todas formas, los preceptos procesales de la Directiva, entiendo que no están debidamente transpuestos, en cuanto que se le debía haber otorgado al juez nacional poder aplicar de oficio las disposiciones de la Directiva(Sentencias de 27 de junio de 2000, y 21 de noviembre de 2002 y 4 de octubre de 2007) y establecer claramente la obligación de interpretar conforme a la Directiva(Sentencias de 5 de octubre de 2004)

<sup>30</sup> El carácter distintivo de una marca, tanto si es intrínseco como si se ha adquirido por el uso, deberá apreciarse, por una parte, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca y, por otra, en atención a la percepción que, respecto de la categoría de tales productos o servicios, se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (Sentencia del TJCE de 18 e junio de 2002, Philips, C-299/99, apartados 59 y 63, y Sentencia de 7 de julio de 2005, Société des Produits Nestlé, S.A, asunto C-353/03.

<sup>31</sup> Sentencia del TJCE de 30 de junio de 2005, asunto C-286/04, Eurocemex,SA.

<sup>32</sup> Sentencia del TJCE de 22 de junio de 1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, apartado 26. Sentencia de 7 de julio de 2005, Miles Handelsgesellschaft Internacional mbH, asunto C-385/03, apartado 27.

<sup>33</sup> Véase Gomez Pomar: "The Unfair Comercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective" In Dret, n   1, 2006, p.20.

<sup>34</sup> Dictamen CESE 105/2003, puntos 3.6.2 y 3.6.3.

<sup>35</sup> Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas, define en su artículo 6-1.b) el riesgo de confusión, como causa de nulidad, en los supuestos:

*Que, por ser id  nticos o semejantes a una marca anterior y por ser id  nticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.*

<sup>36</sup> En la Directiva vienen reguladas las prácticas comerciales agresivas en el artículo 8, sobre el que cabe hacer dos observaciones: la primera, es que la finalidad perseguida por la prohibición de estas prácticas residen no tanto en la protección del esfera privada del consumidor, como en la salvaguarda de la libertad de éste para elegir la oferta más conveniente; la segunda observación es que la prohibición de este tipo de prácticas está sujeta al principio de "minimis" porque el artículo 8 de la Directiva tan sólo es aplicable cuando el acoso, la coacción o la influencia indebida mermen o puedan mermar " de forma importante" la libertad de elección del consumidor.

<sup>37</sup> José Massaguer, "Comentarios a la Ley de Competencia Desleal", Ed. Civitas, 1999.



# O DIREITO SOCIAL À SAÚDE –

## BREVE ESTUDO DE CASO

**FERNANDA PEREIRA ZHOURI**

Mestra em Direito Constitucional pela Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra  
Assessora da Secretaria da Saúde do Estado de Minas Gerais  
Pós-graduada em Direito Sanitário pela  
Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais

## EXCERTOS

*“A globalização e a circulação de pessoas em larga escala lançam novos desafios ao direito à saúde tanto no âmbito interno como no âmbito externo aos Estados, ou seja, no que se refere ao direito internacional”*

*“Estrangeiros que estão sujeitos à expulsão não podem, em princípio, reivindicar nenhum direito de permanecerem no território do Estado a fim de continuar a obter proveito médico, social ou dos outros auxílios proporcionados pelo Estado de expulsão”*

*“O Tribunal entendeu que o direito pleiteado pela cidadã de Uganda, apesar de ter-se travestido de um pedido de asilo, na realidade refere-se a um direito à saúde, direito social, direito a prestações”*

*“O princípio da dignidade da pessoa humana, elemento base para a interpretação não somente da CEDH, mas também de outros instrumentos internacionais, não pode sofrer interpretações irrestritas, sob pena de estar-se diante de uma postura ativista por parte dos julgadores”*

*“No núcleo da teoria do direito de Dworkin está o princípio da integridade o qual implica que decisões judiciais devem consistir em questões de princípios e não traduzir um compromisso, estratégia ou posição política”*

*“De acordo com Thamy Pogrebinschi, um juiz ativista se identifica por adentrar no processo político-democrático fazendo às vezes de legislador para então participar das decisões do domínio público”*

*“O direito à saúde como um direito social, carecedor de concretização legislativa por parte dos Estados, ao ser transposto a um nível supraestatal, encontra barreiras que se referem ao nível de desenvolvimento sócio-econômico de cada país e a outros aspectos dentre os quais pode-se destacar os culturais”*

*“A solução de questões individuais sem uma análise do todo aumenta a desigualdade entre os cidadãos, posto que nem todos têm acesso ao judiciário”*

## SUMÁRIO

### Introdução

- 1 – Fatos do caso
  - 2 – Fundamentação da decisão
  - 3 – Legislação aplicada
  - 4 – Direitos liberdades e garantias X direitos econômicos, sociais e culturais
  - 5 – Ativismo judicial
  - 6 – Interjusefundamentalidade
  - 7 - Conclusão
- Referências

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde, proclamado em diversas constituições e declarações internacionais como um direito social, depara-se, na realidade, com grandes disparidades, tanto no âmbito interno dos Estados como em âmbito internacional. A evolução científica e tecnológica avança no campo da medicina, principalmente em países mais desenvolvidos. Por outro lado, ainda há, em países subdesenvolvidos, mortes por inanição, falta de saneamento básico e ausência de recursos financeiros para o fornecimento de tratamentos médicos aos cidadãos. Neste contexto, a globalização e a circulação de pessoas em larga escala lançam novos desafios ao direito à saúde tanto no âmbito interno como no âmbito externo aos Estados, ou seja, no que se refere ao direito internacional.

O presente estudo tem por base a análise de um acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: refere-se a uma cidadã de Uganda que, estando ilegal no Reino Unido, pretende continuar residindo em Londres para tratamento de AIDS. Trata-se do caso *N. v. United Kingdom*<sup>1</sup>, julgado em 2008.

### 1 - FATOS DO CASO

A Sra. N., nacional de Uganda, em março de 1998, aos 23 anos, chegou ao Reino Unido com o um nome falso, passando a residir em Londres. No dia seguinte deu entrada em um hospital e foi diagnosticada como HIV positivo. Nessa época sua contagem de CD4 era de 10 (células CD4 são leucócitos que organizam a resposta do sistema imunológico aos vírus), a contagem de uma pessoa saudável é de 500. Em agosto do mesmo ano, a paciente desenvolveu uma forma de câncer denominado Karposi's Sarcoma, quando iniciou um processo de

quimioterapia. Em 2002, após anos de tratamento com drogas antirretrovirais e frequente monitoramento de sua doença, as condições de saúde da Sra. N. começaram a melhorar e a sua contagem de CD4 passou para 414. Em 2005 quando a House of Lords examinou o caso o CD4 da paciente já estava em 414. No Reino Unido, assim como na maioria dos países desenvolvidos, o tratamento de AIDS é realizado por meio de terapia antirretroviral. Em pesquisa realizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), foi constatado que aproximadamente somente

A Carta Europeia dos Direitos do Homem é a primeira declaração internacional de direitos fundamentais que congloba todas as gerações e tipos de direitos

a metade daqueles que precisam da terapia antirretroviral em Uganda, recebe-o<sup>2</sup>. Em Uganda, foram feitas tentativas para reduzir a dependência de medicação importada, incluindo a produção local de drogas genéricas. Entretanto, como na maioria dos países africanos a disponibilidade de drogas antirretroviral é limitada por recursos financeiros e por defeitos na infraestrutura dos cuidados de saúde que exigem administração eficaz.

Em 1998 foi requerido asilo em nome da requerente por parte dos seus procuradores sob a alegação de que ela tinha sido mal tratada e violada pelo *National Resistance Movement* por causa de sua associação com a *Lord's Resistance Army*. Estes afirmaram que a Senhora N. temia por sua vida e segurança se retornasse a Uganda. Em 2001 o Secretário de Estado negou o pedido de asilo recusando o argumento de que as autoridades de Uganda estariam interessadas na requerente. A violação ao art. 3 da Convenção também foi rejeitada e o Secretário de Estado afirmou que o tratamento de AIDS em Uganda é comparável a outros países africanos e que as drogas antivirais são acessíveis em Uganda a preços subvencionados. Em 2002 houve apelação da requerente e novamente foi refutado o pedido de asilo. Porém, foi aceita a apelação no que se refere ao artigo 3 da CEDH, com base no argumento de que existem circunstâncias excepcionais para que o pedido de asilo seja concedido, como, por exemplo, a prova de que o retorno ao país possa reduzir a expectativa de vida ou a submeta a pessoa a um sofrimento físico e mental.

## 2 - FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Para que se analise a fundamentação do caso apresentado faz-se necessária a remissão a um precedente pelo qual a decisão se balizou. Trata-se do caso D v. United Kingdom, que também se refere à necessidade de um tratamento de

AIDS de um cidadão na eminência de ser expulso do Reino Unido. No caso D., quando a Corte examinou a questão, o CD4 do requerente estava abaixo de 10 e ele tinha sofrido danos irreparáveis em seu sistema imunológico e seus prognósticos não eram bons. Ele poderia morrer a qualquer momento. Havia evidências de que o tratamento de que o paciente necessitava não estava disponível em seu país e que não haveria familiares em St. Kitts para cuidar dele.

Desde o caso D. a Corte tem aplicado os princípios de que: a) Estrangeiros que estão sujeitos à expulsão não podem, em princípio, reivindicar nenhum direito de permanecerem no território do Estado a fim de continuar a obter proveito médico, social ou dos outros auxílios proporcionados pelo Estado de expulsão. b) O fato de que a remoção possa causar redução na expectativa de vida da requerente não é suficiente para que haja violação ao artigo 3. c) A decisão de remover um estrangeiro que esteja sofrendo de grave doença física ou mental para um país onde as facilidades no tratamento da doença são inferiores às daquelas do país de expulsão pode dar motivo a violação do art. 3, mas somente em casos excepcionais que resultem em tratamento desumano.

O Tribunal não exclui que possa haver casos excepcionais nos quais questões humanitárias devem ser consideradas. Porém considera que deverá manter como parâmetro o caso D v. United Kingdom e aplicar estes parâmetros na jurisprudência seguinte, posto que nestes casos, o dano futuro alegado emanaria não dos atos ou omissões intencionais de autoridades públicas, mas de doenças naturais e falta de suficientes recursos pra tratar destas no país de recepção.

No caso ora analisado, o entendimento predominante do Tribunal é o de que a requerente não preenche os requisitos firmados desde o caso D. v. United Kingdom, pois quando o seu caso foi analisado as suas condições de saúde eram boas e havia possibilidades de tratamento em Uganda, onde tem familiares. Os julgadores entenderam que o fato de que a requerente poderia ter dificuldade de acesso ao tratamento em Uganda não é suficiente para justificar a aplicação do art. 3, de acordo com os princípios determinados no caso precedente.

Os fundamentos preponderantes na decisão são no sentido de que, embora muitos dos direitos que constam na Convenção tenham implicações econômicas e sociais, na sua essência, é direcionada para a proteção de direitos civis e políticos<sup>3</sup>. Além disso, argumentam que é inerente a toda convenção uma busca por um contrapeso justo entre as demandas do interesse geral da comunidade e as exigências da proteção dos direitos individuais fundamentais. Realçam que os avanços no campo da ciência médica, juntamente com as diferenças econômicas e sociais entre os países, refletem consideravelmente no nível de tratamento disponível em Uganda e no Reino Unido e o artigo 3 da CEDH (Convenção Europeia

dos Direitos do Homem) não coloca uma obrigação no Estado-parte de aliviar tais disparidades através da provisão de cuidados médicos livres e ilimitados a todos os estrangeiros que não tenham o direito de permanecer dentro de sua jurisdição, o que implicaria uma carga demasiado grande para os Estados-parte. No entendimento predominante dos julgadores, a violação ao artigo 3, onde está a essência da reclamação, é a necessidade de recursos em Uganda em contraste com o Reino Unido. Afirmando que apesar do apelo humanitário ao caso e da pressão por eles sofrida, não se pode ignorar a necessidade de avaliação do caso concreto, passando por um teste legal afiado.

Outro argumento utilizado na fundamentação da não violação ao artigo 3 é o de que o alargamento da interpretação do artigo 3 pode ter o efeito de fazer com que todos os cidadãos nas mesmas condições da requerente tenham o direito de asilo no país até que se disponibilize os mesmos padrões de tratamento médico no país de origem destes cidadãos para o tratamento de HIV como o que está disponível na Europa. O que pode levar ao risco de existir número excessivo de pessoas que já sofrem com HIV, na esperança de que podem permanecer indefinidamente no Reino Unido para se beneficiar dos recursos médicos disponíveis neste país. Isto resultaria num comprometimento irresponsável de recursos, e questiona-se se os países signatários da convenção concordariam com isso.

O argumento dos votos divergentes baseia-se no fato de possíveis dificuldades de acesso da requerente ao tratamento de saúde em Uganda. Destacam que não são da opinião de que este caso é sobre direitos econômicos e sociais, para estes, o caso se refere a um núcleo fundamental de direitos civis fundamentais garantidos pela Convenção no artigo 3.

O Tribunal entendeu que o direito pleiteado pela cidadã de Uganda, apesar de ter-se travestido de um pedido de asilo, na realidade refere-se a um direito à saúde, direito social, direito a prestações; o que se discute na fundamentação da decisão refere-se à questão de saber se a interpretação da CEDH pode ser estendida aos direitos sociais, ou se deve ser restringida aos direitos, liberdades e garantias. Por quatorze votos a três o Tribunal entendeu que não houve nenhuma violação ao artigo 3 da convenção e de que não é necessário examinar a queixa referente ao artigo 8 da convenção.

### 3 - LEGISLAÇÃO APLICADA

A legislação aplicada ao caso é o artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>4</sup>.

*“Art. 3 Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos*

*desumanos ou degradantes.*

Discute-se no acórdão a respeito da finalidade dos direitos assegurados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou seja, se são “direitos, liberdades ou garantias” ou direitos “econômicos, sociais e culturais”. Segundo Vital Moreira<sup>5</sup>, a CEDH versa apenas sobre os direitos civis e políticos, e nesta esteira, os direitos de segunda e terceira geração estariam excluídos. Os direitos sociais, de acordo com o autor, estão previstos na Carta Social Europeia de 1961. Ainda segundo este autor, a Carta Europeia dos Direitos do Homem é a primeira declaração internacional de direitos fundamentais que congloba todas as gerações e tipos de direitos, superando a dicotomia tradicional que ressalta a dualidade dos dois pactos das Nações Unidas de 1966: o PIDCP (pacto internacional de direitos civis e políticos) e o PIDESC (pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais).

Ainda, de acordo com Vital Moreira, a carta visa estabelecer um catálogo para a CE/UE, não para os Estados no exercício das suas competências domésticas, que continuam vinculados aos respectivos catálogos constitucionais de direitos fundamentais.

A mediação legislativa para a configuração de direitos sociais se inicia básica e timidamente no século XX e ainda está em construção

Segundo Loureiro<sup>6</sup>, a CEDH procurou assegurar a tutela dos bens fundamentais na linha clássica dos direitos de liberdade. A dimensão promocional ficou a cargo da Carta Social Europeia. Do ponto de vista da normação, um lugar fundamental cabe ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Trata-se de afirmar fontes internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais que se traduzem, desde logo, num conjunto de obrigações a cargo dos Estados-parte. Este pacto, juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pretendeu dar efetividade à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esta serviu de inspiração às demais declarações e, inclusive, à CEDH. Neste sentido, o espírito da Declaração é o de que os direitos de segunda geração são responsabilidade de cada Estado, são direitos que devem ser convertidos internamente de acordo com a realidade de cada Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração.

#### 4 - DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS X DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

No plano internacional, canotilho<sup>7</sup> afirma a importância da distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais tendo em vista, o fato de ela se aproximar da classificação de direitos constante dos dois

pactos internacionais das Nações Unidas de 1966 sobre direitos fundamentais – PIDCP e PIDESC.

De acordo com Hierro<sup>8</sup>, os pactos sobre Direitos Humanos de 1966 consolidaram a divisão histórica de direitos humanos em direitos civis e políticos (historicamente chamados de direitos de primeira geração) e os direitos econômicos, sociais e culturais, (chamados de segunda geração); esta consolidação está ligada ao contexto ideológico da guerra fria. Naquele contexto, para o pensamento liberal os direitos de primeira geração seriam os autênticos direitos universais, absolutos, contra todos, seriam também definitivos, pois seu mero enunciado define seu conteúdo, direitos imediatamente eficazes e justiciáveis<sup>9</sup>. Para o pensamento socialista, direitos autênticos eram os direitos de segunda geração, pois eram direitos propriamente universais, direitos substantivos, pois sua satisfação poderia liberar cada indivíduo da alienação<sup>10</sup>. Direitos primários, pois quando satisfeitos os cidadãos poderiam desfrutar dos direitos individuais que eram, portanto, derivados.

Estas duas linhas, ao considerarem autêntica determinada categoria de direitos, desprezava a outra categoria. Essa divisão parece constituir um problema posto que no desenlace da guerra fria a questão reduziu-se em saber se os direitos sociais são ou não autênticos direitos. Para Hierro, a diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais a respeito de sua justiciabilidade não está restrita à ideia de que os direitos individuais não requerem a intermediação do legislador e os direitos sociais o requerem. A diferença é a de que a mediação legislativa para configurar os direitos individuais já estava, em grande parte, satisfeita na tradição jurídica ocidental (vida, propriedade, liberdade de comércio, honra etc.), e esta legislação foi atualizada mediante sua generalização formal e sua sistematização no período das revoluções burguesas. A mediação legislativa para a configuração de direitos sociais se inicia básica e timidamente no século XX e ainda está em construção.

Para Vieira de Andrade<sup>11</sup> a diferença relevante entre essas duas categorias de direitos, ou seja, “direitos, liberdades e garantias” e “direitos econômicos, sociais e culturais” refere-se a maior ou menor determinabilidade do conteúdo das respectivas categorias de direitos. Para o autor os direitos sociais a prestações são pretensões jurídicas, são mais do que interesses protegidos porque visam a satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constituam direitos subjetivos perfeitos por não ser determinável, a priori, o seu conteúdo normativo. Os direitos, liberdades e garantias teriam, portanto, maior determinabilidade de conteúdo e, conseqüentemente, maior justiciabilidade, em contrapartida à menor justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. No entanto, uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais, estes se consolidarão como direitos

subjetivos plenos. Por isso a inaplicabilidade aos direitos econômicos, sociais e culturais, do mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias, posto que a nível constitucional os direitos sociais contêm maior indeterminabilidade.

Portanto, o efeito das normas constitucionais relativas aos direitos sociais decorre de seu caráter de imposição de legislação. Tratando-se de direitos a prestações públicas, o dever que lhe corresponde da parte do Estado é o de legislar e seu incumprimento pode gerar a inconstitucionalidade por omissão, à qual Canotilho atribui relevo modesto, posto que, para ele, não é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa ou ação<sup>12</sup>.

Os preceitos relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais, de acordo com Andrade<sup>13</sup>, contêm programas de socialização que dependem, para a sua efetivação, da vontade política da comunidade e dos órgãos de direção política, dos partidos e grupos sociais, dos cidadãos, mas dispõem igualmente de garantias jurídicas ainda que com intensidades variáveis, que correspondem à sua qualidade essencial de direitos subjetivos fundamentais. Os direitos sociais, portanto, com conteúdo indeterminado dependem de conformação legislativa.

No caso em análise, o que se questiona é a pretensão ao acesso a um direito social, o direito à saúde, que na medida de sua concretização, se traduz no acesso igual aos cidadãos aos serviços prestados. Neste sentido, caso o direito ao tratamento seja concedido pelo Reino Unido à requerente, esta obterá um privilégio em relação aos cidadãos de Uganda, que só têm acesso ao tratamento fornecido por este Estado. Caso contrário, deve-se considerar que os poderes públicos de Uganda têm o dever de garantir aos seus cidadãos os mesmos níveis de acesso aos serviços de saúde fornecidos aos cidadãos pelo Reino Unido.

No entanto, o direito à saúde, como um direito social a prestações, dependente de densificação legislativa do seu conteúdo, não encontra amparo na CEDH, a qual, priorizou a garantia dos “direitos, liberdades e garantias”. Mesmo que se entenda que a CEDH abrange alguns direitos que têm características de direitos sociais, a densificação legislativa do conteúdo destes direitos é tarefa dos Estados-parte. A aceitação deste tipo de pretensão de um cidadão em face de outro Estado pode levar ao entendimento de que os cidadãos podem escolher onde desejam fazer os seus tratamentos de saúde, como se isso fosse uma escolha do cidadão, uma liberalidade e não uma escolha política, condicionada a fatores sociais e econômicos e culturais, que variam de acordo com o nível de desenvolvimento de cada Estado.

De acordo com Vieira de Andrade<sup>14</sup> as normas que preveem direitos sociais são diretivas para o legislador, normas impositivas de legislação, que não conferem aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, pois visam, primariamente, indi-

car ou impor ao Estado que tome medidas para a maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. No entanto, não são meras normas programáticas, vinculam os poderes públicos impondo-lhes deveres de legislação. Ao legislador é conferido um poder de conformação do conteúdo mínimo destes direitos, mediante critérios fornecidos pela Constituição. Para além deste mínimo, as tarefas não estão determinadas na Constituição e, portanto, não vinculam os poderes públicos e não podem ser determinadas pelos juízes, tendo em vista o princípio da separação dos poderes. Segundo o autor, para que estes direitos se tornem direitos subjetivos certos é necessária uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas num quadro de prioridades, de acordo com os recursos disponíveis. A intervenção legislativa é necessária, mas o legislador dispõe de um espaço de conformação do conteúdo das prestações que constituem o direito.

Como determinar o mínimo exigido para a dignidade da pessoa humana, tendo em vista realidades sócio-econômicas tão dispares?

Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, diretamente aplicáveis sem intervenção legislativa, não são exequíveis por si mesmos. Porém o autor afirma não ser legítimo negar a qualidade subjetiva dos direitos sociais fundamentais, que são, portanto, direitos subjetivos imperfeitos, justamente pela maior indeterminabilidade do conteúdo dos seus preceitos ao nível constitucional. Uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa, estes se consolidarão como direitos subjetivos plenos.

Ainda de acordo com Vieira de Andrade, o legislador democrático há de dispor de um poder de conformação para estabelecer autonomamente a forma, a medida e o grau em que concretizam as imposições constitucionais respectivas; a não ser assim, a função legislativa degradar-se-ia em mera função executiva da constituição e correr-se-ia o risco de ficar sujeita a um “governo de juízes”.

Ventura<sup>15</sup> afirma que o direito à saúde como dimensão de prestações estaduais atribui aos Estados uma margem de apreciação, que seria o espaço de mediação conformadora ou densificadora dos poderes públicos (legislador): trata-se de um campo de concretização de opções políticas, no quadro da gestão de recursos disponíveis. Neste espaço, os Estados devem assegurar a existência, com notas de disponibilidade e operacionalidade, de uma rede adequada de saúde pública e de cuidados de saúde, cuja natureza concreta depende de fatores múltiplos, entre os quais o nível de desenvolvimento do país. Esta rede inclui infraestruturas (hospitais e outras unidades de saúde), recursos humanos (médicos e outros profissionais de saúde com formação adequada), bens (equipamento, medicamentos) e serviços

de saúde. A autora pondera que quanto ao problema de saber se um cidadão estrangeiro em situação irregular que não contribui financeiramente para o sistema pode exigir de um determinado Estado a proteção da saúde e assistência médica por este assegurado, e afirma que mesmo levando em consideração a diversidade dos modelos nacionais existentes de sistemas de saúde, uma solução em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana postula, que, pelo menos, os cuidados urgentes e estritamente necessários à condição de saúde não sejam negados a estes cidadãos. O problema no caso concreto em análise reside em saber se o mínimo de direito à saúde para garantir a dignidade da pessoa humana no Reino Unido, será o mesmo mínimo de direito à saúde que garantirá a dignidade da pessoa humana em Uganda. Como determinar o mínimo exigido para a dignidade da pessoa humana, tendo em vista realidades sócio-econômicas tão dispares?

A nacional de Uganda, apesar de ter requerido o asilo, que lhe foi negado, pretende de outra maneira, ter acesso aos serviços de saúde do Reino Unido. O tratamento de saúde do qual necessita não se refere a cuidados urgentes; a paciente terá que conviver com uma doença que é crônica e que não tem cura, necessitará, portanto, de tratamento e acompanhamento pelo resto de sua vida. Desta feita, o que ela deseja é ter acesso ao serviço nacional de saúde naquele Estado.

A fundamentação de que há violação ao artigo 3 da CEDH só faz sentido se entender-se que a cidadã realmente tem este direito face ao Reino Unido. Na esteira do entendimento predominante, a CEDH ao firmar um catálogo de direitos, não abrangeu a categoria de direitos econômicos, sociais e culturais, e não o fez porque isto ficou a cargo da Carta Social Europeia de 1961. Até mesmo a Carta Europeia dos Direitos do Homem, instrumento que abrange as duas categorias de direitos, declara que cabe aos Estados implementar os direitos assegurados. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem também encarregou aos Estados a garantia dos direitos nela previstos.

Portanto, os direitos sociais foram consagrados em instrumentos internacionais, mas a sua concretização, como se referiu, depende de um aparato de instituições públicas, de prestações de serviços, no caso em análise, de serviços de saúde, ou seja, a requerente pretende obter um direito social à saúde e este, de acordo com Hierro, deve ser obtido através de uma relação social - trata-se do direito de um cidadão frente ao seu Estado. O espírito da carta de 1948 que serviu de inspiração às demais é o de que os direitos de segunda geração são responsabilidade de cada Estado, são direitos que devem ser convertidos internamente de acordo com a realidade de cada Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração, justamente porque aqueles carecem de densificação do conteúdo normativo, por serem mais indeterminados.

## 5 - ATIVISMO JUDICIAL

O princípio da dignidade da pessoa humana, elemento base para a interpretação não somente da CEDH, mas também de outros instrumentos internacionais, não pode sofrer interpretações irrestritas, sob pena de estar-se diante de uma postura ativista por parte dos julgadores. A interpretação da CEDH e do princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser feita sem uma análise criteriosa do caso concreto, comparando-o com os princípios estabelecidos no caso paradigma. No caso analisado foi feita esta comparação e por este motivo se considerou que este caso não se enquadra nos princípios definidos no caso precedente.

Portanto, os julgadores basearam-se no direito, em princípios jurídicos, mesmo a despeito do grande apelo humanitário ao caso. O julgamento de acordo com os princípios é defendido por Dworkin<sup>16</sup>, para quem, o direito é uma questão de interpretação. O juiz não “encontra” e tampouco “inventa” o direito, mas o interpreta. Dworkin não separa o direito da política, reconhece principalmente que as decisões da Suprema Corte têm cunho político. Porém, o autor diferencia argumentos de princípios e argumentos de políticas. Os argumentos de política tentam justificar que a comunidade como um todo pode alcançar uma situação melhor se um determinado programa for ou não adotado, se baseiam em objetivos, reivindicam a promoção do bem-estar geral e do interesse público.

Os argumentos de princípios reivindicam que certos programas devem ou não ser seguidos em função de seu impacto sobre determinadas pessoas: não obstante isso implique uma piora na situação da sociedade estes se fundam em direitos, apelam para os direitos políticos individuais dos cidadãos.

No núcleo da teoria do direito de Dworkin está o princípio da integridade o qual implica que decisões judiciais devem consistir em questões de princípios e não traduzir um compromisso, estratégia ou posição política, o que vincula o juiz a demonstrar que a afirmação de um princípio é consistente com os precedentes e com a estrutura de direito. Em terceiro, compele o juiz que adota certo princípio em um determinado caso a dar-lhe peso total também em outros momentos. O papel da integridade é manter consistência entre a decisão judicial, a estrutura do direito como um todo e a tradição. O juiz pode inovar desde que seja coerente com a tradição, ou seja, desde que volte seus olhos para trás. Dworkin apresenta a atividade judicante como um romance sequencial. Um juiz, ao dar uma decisão escreve um capítulo do romance, mas para que seja escrito um capítulo novo o juiz deve ler os capítulos anteriores. O juiz inova de uma maneira conservadora, preservando o que já se encontra consolidado atrás de si, não abrindo mão da segurança jurídica. O juiz, portanto, não é passivo, mas também não é ativista. Para Dworkin, “Um juiz ativista “ignoraria o texto da constituição, da história

da sua promulgação e as decisões anteriores da Suprema Corte a interpretando, e longas tradições de nossa cultura jurídica”. O juiz ocupa, portanto, um lugar intermediário, entre a passividade e o ativismo judicial.

De acordo com Thamy Pogrebinski<sup>17</sup>, um juiz ativista se identifica por adentrar no processo político-democrático fazendo às vezes de legislador para então participar das decisões do domínio público. Um juiz ativista vale-se de razões públicas para se orientar em suas decisões. O juiz ativista é aquele que usa seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado, promove, através de suas decisões, políticas públicas e não considera os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade.

O juiz pragmatista não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico se isto não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico

Para a autora, o pragmatismo jurídico<sup>18</sup> representa, dentre outros paradigmas do direito contemporâneo, o caso mais puro de ativismo judicial. O direito é pensado como atividade do juiz que é um juiz ativista. Os juízes pragmatistas fazem o direito, não o encontram. São verdadeiros criadores do direito, e não meros reprodutores. A norma jurídica constituiria apenas um dentre os diversos recursos e materiais dos quais o juiz pode se valer. Não há compromisso com a segurança jurídica, seu compromisso é com as necessidades humanas e naturais. O juiz pragmatista não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico se isto não servir a um resultado socialmente desejável e benéfico.

Rejeitam um suposto dever de consistência com o dever pré-existente, o veem como uma restrição ou constrangimento à atividade judicativa, - o juiz olha para as consequências que a sua decisão pode acarretar, toma a decisão levando em conta as necessidades sociais presentes ou futuras. O pragmatismo jurídico não é, portanto, apenas uma teoria sobre a prática do direito, mas igualmente um modo de desempenhar esta própria prática<sup>19</sup>.

A autora compara o pragmatismo ao pensamento de Dworkin quanto ao ativismo; neste aspecto Dworkin considera que o juiz não deve ser passivo, pois quer exercer o poder de rever atos dos órgãos político do Estado, mas o faz preservando a “*rule of law*”, a primazia dos direitos e liberdades individuais e a manutenção dos princípios da segurança jurídica e coerência do direito.

No caso em análise poderíamos considerar que se fosse concedido o direito da cidadã de Uganda em ter acesso aos serviços de saúde prestados pelo Reino Unido, estar-se-ia diante do ativismo judicial, isto porque não há, na norma da CEDH, nenhum dispositivo no sentido de que os Estados-parte da Convenção

devem prestar serviços de saúde a todos os cidadãos indistintamente, lado outro, esta tarefa caberia ao Estado-parte, que define de acordo com a política interna as condições de acesso aos serviços prestados. E, como salientado, o princípio da dignidade humana não pode servir de instrumento e justificação para que os juízes tenham uma atitude ativista.

Vieira de Andrade afirma que pelo fato dos direitos sociais serem reconhecidos como objetivos políticos a serem realizados pelos Estados, na medida do possível, não se encontram nestes instrumentos internacionais remédios jurisdicionais que permitam o acesso direto dos cidadãos a uma justiça internacional semelhante à que tutela os direitos, liberdades e garantias<sup>20</sup>. De acordo com o entendimento predominante na decisão em análise, o melhor caminho para se resolver este tipo de questão seria concentrar os esforços para que os fabricantes das drogas para o tratamento de HIV recebam auxílios dos Estados para fazer com que os medicamentos necessários sejam cada vez mais disponíveis nos países do terceiro mundo, onde há ainda muito sofrimento advindo do flagelo implacável de HIV/AIDS.

## 6 - INTERJUSFUNDAMENTALIDADE

De acordo com Saldanha<sup>21</sup>, a ordem jurídica supranacional, à qual a União Europeia representa na contemporaneidade, a forma melhor lapidada, caracteriza-se pela transcendência das fronteiras dos Estados-membros isolados, sem prejuízo de consulta e aplicação das jurisdições nacionais. A autora destaca a abertura do direito internacional ao constitucional, em função do diálogo necessário que brota do multilateralismo entre os Estados e a imposição do respeito aos direitos humanos em sentido amplo. O direito não se encerra no espaço limitado dos Estados nacionais, ergue-se ao regional e ao internacional, modela, portanto, um novo julgador que deve se abrir ao global para dialogar com seus pares.

O fenômeno da transnacionalização do direito confronta os juízes nacionais com a realidade da existência de um conjunto de instâncias jurisdicionais regionais e internacionais que colocam em cheque a estatalidade das soluções dos conflitos. O direito nacional tende a abrir-se a influências transnacionais; em especial no que atine aos direitos humanos, assiste-se a uma internacionalização do direito constitucional e os elementos construtivos das constituições nacionais tendem a fornecer condições de possibilidade a acordos supranacionais produzindo uma constitucionalização do direito internacional. Neste sentido, em relação ao caso ora apresentado, faz-se necessária uma análise conjunta da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os respectivos pactos que pretenderam dar efetividade a esta, a CEDH, e a Carta Social Europeia. A análise desses instrumentos não

pode ser feita em separado, sob pena de se fazer uma interpretação errônea das suas intenções. No entanto, esses instrumentos também têm que ser analisados frente à ordem interna dos Estados, o que se faz extremamente necessário no caso em análise. Porém, a interjusfundamentalidade, ou seja, a transposição, neste caso, de uma ordem interna a um direito externo, no que se refere ao direito à saúde, encontra barreiras, principalmente em relação ao nível de desenvolvimento de cada Estado, em termos sociais, culturais e econômicos. Se no próprio âmbito da comunidade europeia já há dificuldades quanto à garantia de direitos sociais, em âmbito global as diferenças e as complexidades se tornam ainda maiores.

O direito internacional não garante, em termos genéricos, o acesso gratuito aos cuidados de saúde. No entanto, no quadro típico do Estado Constitucional Europeu, como Estado Social, sem prejuízo dos diferentes modelos (sistema nacional de saúde, financiado essencialmente pelos impostos; cuidados de saúde

O poder judiciário não deve buscar amenizar, através de casos individuais, as disparidades sociais existentes entre os países

dependente de sistemas de seguros de saúde), tem-se consagrado um acesso marcado pelo princípio da universalidade e a tendencial gratuidade. No plano externo, embora na União Europeia as competências em matéria de prestação de cuidados de saúde continuem centradas nos Estados-membros, tem-se assistido a uma comunitarização que se traduz ou pode traduzir numa “europeização do acesso”, questionando o tradicional princípio da territorialidade. Esta europeização resulta de competências noutras

esferas que se repercutem no domínio da saúde<sup>22/23</sup>.

## CONCLUSÃO

O direito à saúde como um direito social, carecedor de concretização legislativa por parte dos Estados, ao ser transposto a um nível supraestatal, encontra barreiras que se referem ao nível de desenvolvimento sócio-econômico de cada país e a outros aspectos dentre os quais pode-se destacar os culturais. Mesmo sendo garantido em convenções e pactos internacionais, este direito carece de uma organização de instituições estatais para a sua concretização, como hospitais e outros. Desta feita, os indivíduos estão sujeitos às opções que o próprio Estado (legislador) entendeu serem as mais adequadas à saúde de determinada população.

Lado outro, caso haja um Estado que não detenha condições econômicas para oferecer aos seus cidadãos o mínimo necessário à saúde, não cabe ao direito amenizar este problema social através da resolução de casos isolados. Não se

amenizará o problema da AIDS e do acesso aos tratamentos de saúde em Uganda através de um caso individual de uma cidadã que conseguiu ter acesso aos serviços de saúde no Reino Unido, pois ainda existem outros tantos cidadãos que estão tendo dificuldades no acesso ao tratamento em Uganda.

O poder judiciário não deve buscar amenizar, através de casos individuais, as disparidades sociais existentes entre os países. A solução de questões individuais sem uma análise do todo aumenta a desigualdade entre os cidadãos, posto que nem todos têm acesso ao judiciário. A questão envolve problemas políticos, que não podem ser desconsiderados. A solução deve ser pautada, portanto, em diálogos políticos e não em casos individuais isolados.

## NOTAS

<sup>1</sup> Decisão disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=26565/05&sessionId=23733767&skin=hudoc-en>. Acesso aos 10.03.2009. As 15:32 h.

<sup>2</sup> (Organização Mundial de Saúde, progresso no acesso global à terapia do HIV Anti-retroviral, março de 2006 em PP. 9,11 e 72).

<sup>3</sup> Airey v. Ireland, julgamento de 9 outubro 1979, série A no. 32, § 26

<sup>4</sup> Acesso em; <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B-8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf> aos 15.03.2009 as 14:00 h.

<sup>5</sup> Moreira, Vital. A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia (UE). Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra Editora. 2003.

<sup>6</sup> Loureiro, João Carlos Simões. Bioconstituição Mundial, Bioconstituição Europeia: (im)possibilidades? Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. Coimbra. 2003. pg. 539

<sup>7</sup> Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 edição. Almedina. Coimbra. 2008. Manual pg. 397.

<sup>8</sup> Hierro, Liborio L. Los Derechos Económico-sociales y el Principio de Igualdad en la Teoria de Los Derechos de Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación. P. 164 a 223

<sup>9</sup> Ibidem. Frente aos direitos sociais, relativos, frente a um Estado determinado, cujo conteúdo não estaria estabelecido em um mero enunciado, mas requeria certa forma institucional e a eficácia dependia de meios custosos perante o próprio Estado, direitos que só seriam justificáveis na medida em que o legislador estabelecesse ações concretas de proteção.

<sup>10</sup> Direitos imediatos, que deveriam ser satisfeitos imediatamente pela organização política. Os direitos individuais, portanto, não fariam sentido para aqueles que nada tivessem. Os direitos individuais para serem alcançados dependiam da mediação dos direitos sociais.

<sup>11</sup> Andrade, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3 edição. Almedina. Coimbra. 2004.

<sup>12</sup> Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 edição. Almedina. Coimbra. 2008. p. 945,946. “O relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão prova as dificuldades do controlo de políticas públicas. Estas reconduzem-se fundamentalmente a um conjunto de decisões e ações

adoptadas pelo Governo para influir sobre um determinado problema. Os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa de acção. Pode censurar-se, através do controlo da constitucionalidade, actos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça.”

<sup>13</sup> Andrade, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3 edição. Almedina. Coimbra. 2004.

<sup>14</sup> Andrade, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3 edição. Almedina. Coimbra. 2004.

<sup>15</sup> Ventura, Catarina Sampaio. O Direito à saúde Internacionalmente Conformado: Uma perspectiva de Direitos Humanos. Lex Medicinæ. Ano 2, número 4. 2005. P. 54

<sup>16</sup> Pogrebinski Thamy. Direito, Estado e Sociedade – v.9- n.17 – p. 121 a 143 – ago/dez 2000.

<sup>17</sup> Pogrebinski Thamy. Direito, Estado e Sociedade – v.9- n.17 – p. 121 a 143 – ago/dez 2000.

<sup>18</sup> Trata-se de um novo Realismo Jurídico, movimento preponderante na esfera jurídica norte-americana do início do século XX, este movimento, com sua concepção instrumental de direito foi retomado na década de 80 renomeado de pragmatismo jurídico.

<sup>19</sup> Um dos grandes responsáveis pela formulação doutrinária do pragmatismo, Richard Posner, é um juiz.

<sup>20</sup> Andrade, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3 edição. Almedina. Coimbra. 2004.

<sup>21</sup> Saldanha, Jânia Maria Lopes. A mentalidade alargada da justiça (Têmis). Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXIII. Coimbra: Coimbra, 2007.

<sup>22</sup> Há, portanto, no âmbito da União Europeia o Cartão Europeu de Seguro de Doença, que permite que cidadãos europeus acesso aos serviços de saúde nos países da comunidade Europeia, mas estes são limitados a casos de urgência e serviços ambulatoriais, os casos de serviços hospitalares dependem de prévia autorização para posterior reembolso.

<sup>23</sup> Em Portugal, Sampaio, pondera que a questão do acesso aos cuidados de saúde, dos cidadãos estrangeiros em situação irregular foi esclarecida recentemente por via de despacho ministerial e de intervenção do Provedor de Justiça.

O enquadramento jurídico do direito à saúde em Portugal resultava que não seriam beneficiários do Sistema Nacional de Saúde, entre outros, os cidadãos estrangeiros que se encontrassem em Portugal em situação irregular. Através do Despacho 25 360/2001, de 16 de novembro de 2001, o Ministro da Saúde esclareceu que a estes cidadãos é garantido o acesso a estes serviços e estabelecimentos desde que comprovem que se encontram em Portugal há mais de 90 dias, *podendo ser cobradas despesas efetuadas, excetuando a prestação de cuidados de saúde que ponham em perigo a saúde pública, de acordo com as tabelas em vigor, atentas as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente no que concerne à situação econômica e social da pessoa, a aferir pelos serviços da segurança social*. Loureiro. João Carlos Simões. Sida e discriminação social. Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde número 3. 2005.

Ventura, Catarina Sampaio. O Direito à saúde Internacionalmente Conformado: Uma perspectiva de Direitos Humanos. P. 54

## REFERÊNCIAS

- 1 - ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3 edição. Almedina. Coimbra. 2004.
- 2 - CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 edição. Almedina. Coimbra. 2008.
- 3 - Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Acesso em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf> aos 15.03.2009 . Aos 25.03.2009 às 14:00 h.
- 4 - Decisão disponível no sítio do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=26565/05&sessionid=23733767&skin=hudoc-en>. Acesso aos 10.03.2009, às 15:32 h.
- 5 - HIERRO, Liborio L. Los Derechos Económico-sociales y el Principio de Igualdad en la Teoria de Los Derechos de Robert Alexy. Derechos sociales y ponderación. P. 164 a 223.
- 6 - LOUREIRO, João Carlos Simões. Bioconstituição Mundial, Bioconstituição Europeia: (im) possibilidades? Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. Coimbra. 2003.
- 7 - LOUREIRO, João Carlos Simões. Sida e Discriminação social – Escola, habitação, imigração, rastreio obrigatório, isolamento clínico, tratamento forçado. Uma perspectiva Jurídico-Constitucional. Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano2. Número 3.2005.
- 8 - LOUREIRO, João Carlos Simões. “O direito à (proteção da) saúde”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano no Centenário de seu nascimento. Vol.II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. 2006. p. 657-692.
- 9 - MOREIRA, Vital. A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia (UE). Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra Editora. 2003.
- 10 - NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Tribunal Constitucional. Coimbra Editora. 2003.
- 11 - POGREBINSHI, Thamy. Direito, Estado e Sociedade – v.9- n.17 – p. 121 a 143 – ago/dez 2000.
- 12 - SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A mentalidade alargada da justiça (Têmis). Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXIII. Coimbra: Coimbra, 2007.
- 13 - SILVA, Jorge Pereira. Os Direitos sociais e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Direito e Justiça.Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume XV 2001 Tomo 2. Editora: Universidade Católica.
- 14 - VENTURA, Catarina Sampaio. O Direito à saúde Internacionalmente Conformado: Uma perspectiva de Direitos Humanos. Lex Medicinæ. Ano 2, número 4.2005 P.49-68.

# COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA

M<sup>A</sup> ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA

Catedrática de Derecho Civil (Universidad de Castilla La Mancha)

## EXCERTOS

*“La incertidumbre jurídica que conlleva la utilización de las nuevas tecnologías ha determinado la necesidad, en todos los países de la UE, de establecer un marco jurídico adecuado, que genere en los factores que en él operan la confianza necesaria en el empleo de este nuevo medio de intercambio, no sólo de información, sino también de bienes y servicios”*

*“Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con él conste por escrito, se entenderá satisfecho este requisito si el contrato o cualquier información contenida en el mismo, se contiene en soporte electrónico”*

*“La legislación española proporciona mecanismos legales de protección al consumidor a través de Internet, que se encuentran en las tres fases de la vida del contrato: precontractual, perfección y postcontractual”*

*“La obligación de poner a disposición de los destinatarios esta información se entenderá cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas”*

*“El carácter abusivo de una cláusula se apreciará atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”*

*“Los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”*

*“El sistema legal de protección se completa con importantes medidas ante un fenómeno cada vez más frecuente: la recepción de comunicaciones comerciales no solicitadas”*

## I. PRESENTACIÓN

La denominada “sociedad de la información” por la Directiva 2000/31/CE ha supuesto una extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. La mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de usuarios, y la aparición de nuevas fuentes de empleo son algunas de sus indudables ventajas. No obstante, la incertidumbre jurídica que conlleva la utilización de las nuevas tecnologías ha determinado la necesidad, en todos los países de la UE, de establecer un marco jurídico adecuado, que genere en los factores que en él operan la confianza necesaria en el empleo de este nuevo medio de intercambio, no sólo de información, sino también de bienes y servicios. En España la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante LSSI) vino a colmar el vacío legal existente hasta su publicación<sup>1</sup>.

En el marco de este estudio nos interesa la problemática que genera la contratación por vía electrónica, especialmente desde la perspectiva de la protección de la parte más débil: el consumidor y usuario.

Con carácter general puede definirse el comercio electrónico como cualquier modo de transacción o de intercambio de información con contenido comercial, en el que las partes se comunican utilizando tecnologías de la información y comunicación (TIC) en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo.

La LSSI dedica a la contratación por vía electrónica los artículos 23 a 29<sup>2</sup>. Conforme al artículo 23 los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, siempre que concurren en ellos los requisitos necesarios para su validez (artículo 23 LSSI). Declara aplicables a estos contratos, además de las disposiciones mencionadas, las contenidas en el Código Civil y de Comercio y en las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos. En especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será preciso el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con él conste por escrito, se entenderá satisfecho este requisito si el contrato o cualquier información contenida en el mismo, se contiene en soporte electrónico. Cuando se trate de contratos, negocios o cualquier acto jurídico en los que la ley determine para su validez o producción de efectos, la forma documental pública, o requieran

intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores u otras autoridades públicas, se aplicará la legislación específica sobre estas cuestiones.

Como paso previo interesa destacar que de las tres modalidades posibles de comercio electrónico: de empresa a empresa; de consumidor a consumidor; y, de empresa a consumidor nos interesa especialmente ésta última. En ella el consumidor es la parte jurídica y económicamente más débil. Las causas de su debilidad obedecen a una serie importante de factores:

- el uso frecuente en esta modalidad de contratación de contratos de adhesión, o contraídos con base en condiciones generales de contratación.
- la frecuente utilización de cláusulas abusivas.
- fraude y engaños en las ofertas.
- déficit de información (el objeto sobre el que se contrata se conoce a través de fotografías).

- declaraciones de voluntad impulsivas (el contrato se perfecciona pulsando la tecla del ordenador).

- inseguridad jurídica (desconocimiento del Derecho aplicable, lugar de presentación de la demanda...)

Éste cúmulo de causas genera en muchas ocasiones desconfianza en el consumidor hacia el comercio electrónico. De ahí que resulte necesaria una especial protección para los usuarios del mismo, y, en general, para los destinatarios de comunicaciones comerciales por vía electrónica.

## II. SISTEMA LEGAL ESPAÑOL DE PROTECCIÓN LEGAL DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN POR VÍA ELECTRÓNICA

La legislación española proporciona mecanismos legales de protección al consumidor a través de Internet, que se encuentran en las tres fases de la vida del contrato: precontractual, perfección y postcontractual.

### FASE PRECONTRACTUAL

El objetivo en esta fase es proporcionar al consumidor la mayor información posible con el objetivo de que éste lleve a cabo una decisión fundada y de que se identifique adecuadamente al prestador de los bienes o servicios. De ahí que el artículo 10 LSSI exija que se permita el acceso por medios electrónicos, de modo fácil, gratuito y directo a la siguiente información: nombre o denomina-

ción social; residencia y domicilio; dirección de un establecimiento permanente en España; correo electrónico y cualquier otro dato que permita mantener con el prestador una comunicación directa y efectiva; datos de la inscripción en el Registro Mercantil u otro Registro Público. Si el prestador ejerce una profesión reglada se indicarán: los datos del colegio profesional a que pertenezca y número de colegiado; NIF [*número de identificación fiscal*]; información clara del precio del producto o servicio, gastos de entrega, si incluye impuestos...; códigos de conducta y manera de consultarlos electrónicamente<sup>3</sup>.

Junto con una adecuada y completa información resulta importantísimo también el control de las comunicaciones comerciales electrónicas. Es ésta una cuestión de especial interés, que trataremos más detenidamente en el epígrafe siguiente.

### FASE DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

En esta fase es importante distinguir las obligaciones referidas al momento de la formación del contrato y a su contenido.

*Momento de la formación.* En esta fase, el prestador de servicios de la sociedad de la información, tiene la obligación de poner a disposición de los destinatarios de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible de los siguientes extremos: distintos trámites que han de seguirse para celebrar el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible; medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de datos; y lengua o lenguas en que ha de formalizarse el contrato (cfr. artículo 27 LSSI, redactado conforme a la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información).

La obligación de poner a disposición de los destinatarios esta información se entenderá cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas.

El prestador no tendrá la obligación de proporcionar la información a que hemos aludido cuando ambos contratantes así lo acuerden y *ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor*, o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correo u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

*Contenido del contrato.* Entre las obligaciones más importantes del prestador de servicios en relación con el contenido del contrato, se encuentra la de poner a disposición del consumidor y usuario las cláusulas o condiciones generales del contrato, con la antelación necesaria a la perfección de éste. No se incorporarán las cláusulas ilegibles o ambiguas.

De especial importancia es la cuestión que atañe al control de las cláusulas abusivas. Regulan el tema los artículos 82 a 91 del TRLGDCU [*texto refundido*

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios]. Se considerarán abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que deriven del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, deberá probarlo.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

De acuerdo con el artículo 82.4 TRLGDCU, se consideran abusivas *en todo caso* las cláusulas que:

- vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- limiten los derechos del consumidor y usuario.
- determinen la falta de reciprocidad del contrato.
- impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento o la ejecución del contrato.
- contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

La consecuencia de la declaración abusiva de una cláusula será a nulidad de la misma y el tenerla por no puesta. Cuando subsista el contrato, corresponden al juez que declare la nulidad de una cláusula facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solamente cuando las cláusulas subsistentes determinen una posición no equitativa en la posición de las partes, que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>4</sup>.

## PROTECCIÓN EN LA FASE POSTCONTRACTUAL

En esta fase los derechos imperativos e irrenunciables del consumidor son los siguientes:

- Derecho a la confirmación por parte del oferente de la recepción de la aceptación en las veinticuatro horas siguientes. No será necesaria dicha confirmación cuando los contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor. Tampoco cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente

por correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente.

-Derecho de desistimiento del contrato en el plazo de siete días hábiles posteriores a la entrega del producto o del momento en que comienza a prestarse el servicio (de acuerdo con los artículos 101-102 TRLGDCU). El derecho no se aplica en el supuesto de que por la naturaleza del producto sea imposible llevarlo a cabo (por ejemplo, en el caso de programas informáticos). Se excluyen en general del ejercicio de este derecho todos los productos que puedan ser reproducidos.

-Derecho a la ejecución del pedido a lo más tardar en el plazo de treinta días a partir del siguiente en que el consumidor o usuario haya prestado su consentimiento para contratar. En caso de no ejecución del pedido por falta de disponibilidad del bien o servicio contratado se informará

Junto con una adecuada y completa información resulta importantísimo también el control de las comunicaciones comerciales electrónicas

al consumidor de esta circunstancia, teniendo derecho a la devolución de las cantidades abonadas en el plazo máximo de treinta días. En caso que el abono no se realice en ese plazo el consumidor tendrá derecho a recibir el doble, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado. Tiene también derecho de sustitución del bien o servicio contratado, si ha sido informado expresamente de esa posibilidad. Este derecho está exento de precio (artículos 104-105 TRLGDCU).

-Tratándose de bienes muebles corporales de consumo: garantía de dos años desde la celebración del contrato, en caso de que el bien no sea conforme con el contrato. La falta de conformidad se da si: el bien no responde a lo publicitado; no tiene las características que se decían en el contrato; o no cumple la función que es de esperar de acuerdo con sus características. En tales casos el consumidor puede optar por solicitar la reparación, sustitución, un descuento, o la devolución del dinero (artículos 125-127 TRLGDCU).

El sistema legal de protección se completa con importantes medidas ante un fenómeno cada vez más frecuente: la recepción de comunicaciones comerciales no solicitadas, al que pasamos a referirnos en el siguiente epígrafe.

### III. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO FRENTE AL SPAMMING

El *spam* constituye una técnica de las empresas publicitarias, que utilizan de modo abusivo el correo electrónico de los usuarios. La Comisión Europea, ante la generalización de esta práctica, ha previsto una serie de medidas técnicas y normativas para evitarla. La Directiva 2002/58/CE, establece la necesidad de recabar el consentimiento expreso de los receptores de las comunicaciones emiti-

das antes de que se produzca dicho envío (artículo 13). No obstante, tratándose de clientes de la entidad anunciante, este requisito no será necesario cuando se cumplan dos condiciones: que se les hubiera informado de la posible remisión promocional y que no se hubiesen negado a ella (es preciso, lógicamente, que sus datos personales se hubiesen obtenido de manera lícita). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que estamos en presencia de unas pautas mínimas de conducta, a partir de las cuales los legisladores de los estados miembros de la UE determinarán el contenido de sus propias normas. Será cada país comunitario el que internamente establezca los recursos que considere oportunos para que los afectados por el *spam* puedan denunciar su ejercicio y solicitar los perjuicios que hubiesen sufrido, imponiendo las correspondientes sanciones. En este sentido hay que tener en cuenta que,

La consecuencia de la declaración abusiva de una cláusula será a nulidad de la misma y el tenerla por no puesta

de conformidad con los principios publicitarios de “control del origen” y “reconocimiento mutuo” habrá que atender a la norma del país desde que se envía el mensaje publicitario no solicitado. Ello origina una proliferación de esta práctica en los países miembros cuyo sistema sancionador es más leve. La problemática se agrava, además, porque buena parte de las comunicaciones comerciales no solicitadas provienen de países no comunitarios<sup>5</sup>.

En el ordenamiento jurídico español regula estas cuestiones el artículo 20 LSSI, redactado conforme a la Ley de 28 de diciembre de 2007 de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información. En él se detalla la información que han de contener las comunicaciones comerciales electrónicas. Dichas comunicaciones han de ser claramente identificables como tales. En el caso de que se realicen a través del correo electrónico, incluirán al principio del mensaje la palabra “publicidad” o la abreviatura “publi”. En el caso de que se hagan ofertas promocionales con descuentos, premios o regalos, además del requisito anterior, será preciso que las condiciones de acceso o participación sean fácilmente accesibles y se expresen de modo claro e inequívoco<sup>6</sup>.

El artículo 21 LSSI, prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. En el caso de que el destinatario de servicios debiera facilitar su dirección de correo electrónico durante el proceso de contratación o de suscripción a algún servicio, y el prestador la pretenda utilizar posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales, deberá de poner en conocimiento de su cliente esa intención y solicitar su consentimiento para la recepción de dichas comunicaciones, antes de finalizar el proceso de contratación. El destinatario podrá revocar libremente el consentimiento prestado en cualquier momento.

Estas prescripciones son de aplicación tanto a los prestadores de servicios de

la sociedad de la información establecidos en España, como a los que lo estén en un estado de la UE, cuando el destinatario de dicho servicio se encuentre en nuestro país. Además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.3. LSSI, incluso cuando el PSSI esté establecido en estados no miembros de la UE, el órgano con competencia para sancionar, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquellos por un período máximo de dos años en el caso de infracciones muy graves, un año en el caso de infracciones graves y seis meses en el de infracciones leves.

El artículo 38.3.b), considera infracción grave<sup>7</sup> el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a destinatarios que no hayan autorizado o solicitado expresamente su remisión, o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales, por los medios aludidos, a un mismo destinatario cuando éste no haya solicitado o autorizado su remisión.

Los artículos 30 y 31 LSSI regulan la acción de cesación contra las conductas que lesionen los intereses colectivos de consumidores y usuarios. El objetivo de esta acción es obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la ley y a prohibir su reiteración futura. Puede dirigirse también a prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya cesado al tiempo de ejercitar la acción, en el caso de que existan indicios que hagan temer su reiteración de manera inminente. Su ejercicio ha de ajustarse a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 30)<sup>8</sup>.

La protección de los consumidores y usuarios frente al *spam* y, en general, frente a cualquier comunicación comercial por vía electrónica, que resulte ilícita se completa con las prescripciones de la 34/2008, Ley General de Publicidad (LGP), de 11 de noviembre. EL Título II de esta Ley ha sido reformado por la reciente Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios. El artículo 3 de la LGP, en su redacción actual, regula la publicidad ilícita. Son clases de la misma:

La publicidad atentatoria contra la dignidad o los derechos reconocidos en la Constitución Española.

La publicidad dirigida a menores, que les incite a comprar bienes o servicios explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.

La publicidad subliminal. Se considera tal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas en los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida (artículo 4 LGP).

La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

La publicidad engañosa (que induce a error a los destinatarios, silencia datos sobre los bienes actividades o servicios); la publicidad desleal, (entendiendo por tal la que produce denigración o desprecio de una persona o empresa, induce a confusión con empresas, marcas o signos distintivos de los competidores y, en general, la que es contraria a la buena fe y los usos mercantiles); y la publicidad agresiva. Estos tres tipos de publicidad ilícita tendrán el carácter de actos de competencia desleal, en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

Tras la reforma operada por la Ley 29/2009, el Título IV de la LGP ha sido derogado. En la actualidad la LGP regula las acciones publicitarias en su artículo 6. Dicho artículo establece que las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal (capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal). Dichas acciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de esta Ley son las siguientes:

Acción declarativa de deslealtad.

Acción de cesación de la conducta desleal o ilícita y prohibición de su reiteración futura. También podrá ejercitarse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

Acción de remoción de la conducta desleal.

Acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

La prescripción de estas acciones se produce, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley de Competencia desleal, por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. La prescripción de acciones en defensa de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios se rige por lo dispuesto en el artículo 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que establece la imprescriptibilidad.

Los artículos 33 y 34 de la Ley regulan, respectivamente, la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones descritas.

El ejercicio de estas acciones es compatible con el de las acciones civiles<sup>9</sup>, penales<sup>10</sup> y administrativas<sup>11</sup> o de otro orden, que correspondan, y con la persecu-

ción y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección de consumidores y usuarios.

En cualquier caso, la protección de los consumidores frente a la publicidad ilícita en general, y frente al *spam* en particular requiere cooperación internacional. Existe un grupo internacional cuya finalidad es el intercambio de información legal y técnicas tendentes a limitar el envío de mensajes electrónicos no solicitados: la *Stop Spam Alliance*. Esta institución proporciona el contenido de las normas que se han aprobado sobre la materia y un calendario en el que se señalan los acontecimientos más relevantes en materia de comunicaciones comerciales no solicitadas. Iniciativas de esta índole son loables. Sin embargo, el problema dista de tener una solución sencilla. La cooperación entre estados, el establecimiento de normas internacionales comunes y la concienciación de las empresas de publicidad, así como de consumidores o usuarios, constituyen elementos imprescindibles al efecto de conseguirla<sup>12</sup>.

Existe un grupo internacional cuya finalidad es el intercambio de información legal y técnicas tendentes a limitar el envío de mensajes electrónicos no solicitados

de consumidores o usuarios, constituyen elementos imprescindibles al efecto de conseguirla<sup>12</sup>.

## NOTAS

<sup>1</sup> Antes de ella el vacío legal se cubría con las normas del Código Civil (artículo 1262) y del Código de Comercio (artículo 54), que resuelven la problemática de la perfección del contrato en el supuesto de la tradicionalmente denominada “contratación entre ausentes”. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (artículos 38 a 47) supuso un avance importante en el tratamiento de la problemática surgida por las nuevas formas de contratación, al regular por primera vez con amplitud la problemática derivada de la contratación a distancia. Cuestiones técnicas de relieve se tratan en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Por su parte, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, regula una necesidad imperiosa surgida de la generalización del comercio electrónico: la firma electrónica.

<sup>2</sup> El RD Legislativo de 18 de noviembre de 2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), dedica el Título III del Libro II (artículos 92-106) a los contratos a distancia. El párrafo 2º del artículo 92, enumera entre las técnicas de comunicación a distancia: el video texto con pantalla táctil, ya sea a través de ordenador o de pantalla de televisión, el correo electrónico, el fax y la televisión. El artículo 94, para las comunicaciones comerciales por correo electrónico y la contratación electrónica, declara aplicable preferentemente las disposiciones de la LSSI sobre las del propio TRLGDCU, en caso de discrepancia entre ambas.

<sup>3</sup> Dado que los contratos por vía electrónica son contratos a distancia, las prescripciones de la LSSI

han de completarse con las prescripciones contenidas en materia de contratos a distancia en el TRLGDCU. Concretamente, su artículo 97 hace especial hincapié en la importancia de la información precontractual. Remite al artículo 60, contenido en la Sección relativa a los contratos con consumidores. En él se detalla la información que ha de proporcionarse de forma gratuita al consumidor antes de la celebración del contrato (nombre, razón social y domicilio; precio completo, incluidos los impuestos; fecha de entrega y ejecución; procedimiento para poner fin al contrato y garantías ofrecidas; lengua de formalización del contrato y derecho de desistimiento). Además de la remisión al artículo 60, el artículo 97 TRLGDCU exige que se informe previamente al consumidor de extremos tan importantes como: coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta a la tarifa básica; características esenciales del bien o servicio; gastos de entrega y transporte, en su caso; plazo de vigencia de la oferta y del precio; duración mínima del contrato; forma de pago y modalidades de entrega o ejecución, e, indicación de estar adherido el empresario a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

<sup>4</sup> Vid. VAZQUEZ RUANO, “La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas”. Madrid 2008. Pg 359.

<sup>5</sup> Vid. VAZQUEZ RUANO. “La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas”. Madrid 2008. Pg. 359.

<sup>6</sup> El precepto deja a salvo las prescripciones, que sobre esta materia dicten las Comunidades Autónomas.

<sup>7</sup> La sanción es multa de 30.001 hasta 150.000 euros -artículo 39 b)-.

<sup>8</sup> El artículo 31 enumera las personas que pueden ejercitar la acción de cesación. De acuerdo con el mismo están legitimados: a) las personas físicas o jurídicas titulares de un interés legítimo; b) los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) las asociaciones de consumidores y usuarios, que reúnan los requisitos legalmente previstos; d) el Ministerio Fiscal) el Instituto Nacional de Consumo y los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas; f) entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de intereses colectivos o difusos de consumidores, que estén habilitadas por la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal efecto por el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

<sup>9</sup> Entre ellas destacan la acción de resolución por incumplimiento, o para exigir el cumplimiento contractual ex artículo 1124 del código Civil.

<sup>10</sup> Cuando la publicidad sea manifiestamente atentatoria contra la dignidad o derechos reconocidos en la Constitución Española.

<sup>11</sup> Que requieren la incoación del correspondiente expediente administrativo.

<sup>12</sup> Vid. VAZQUEZ RUANO, cit. Pgs. 364-365.

# AS COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS ELETRÔNICAS NÃO SOLICITADAS

E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES: A REGRA DE OPT IN E A  
OPÇÃO DE INSCRIÇÃO EM LISTAS ROBINSON

**SUSANA ALMEIDA**

Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria  
Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)  
Doutoranda em Direito Privado (Universidade de Salamanca)

## EXCERTOS

*“O envio de mensagens indesejadas, além de ser absolutamente incomodativo e invasivo da sua privacidade, ocupa tempo online ao receptor/usuário, determina a sua perda de produtividade e aumenta o risco de contrair vírus informáticos”*

*“Na hodierna sociedade da hiperescolha, o consumidor necessita e tem mesmo o direito de estar informado, “razão por que aceita expor-se à radiação publicitária”*

*“Este direito à reserva sobre a intimidade da vida privada respeita às manifestações da personalidade individual ou familiar cujo desenvolvimento e conhecimento o titular tem a aspiração de resguardar para si”*

*“O legislador deverá realizar uma ponderação entre os direitos de liberdade de expressão e de informação, de criação cultural e de iniciativa económica, por um lado, e o direito à intimidade da vida privada e, em particular, o direito à autodeterminação informativa e o direito à proteção de dados pessoais, por outro”*

*“O sistema de opt in permite a comunicação publicitária eletrônica apenas quando o receptor tenha consentido previamente na sua recepção”*

*“O sistema de opt out permite o envio de comunicações publicitárias não solicitadas sempre que o receptor não tenha previamente expressado a sua oposição”*

*“A doutrina fala ainda num sistema de soft in que consiste na possibilidade de enviar comunicações publicitárias sem o consentimento expresso do receptor, sempre que estejam verificados determinados requisitos”*

*“É necessário que as comunicações comerciais não solicitadas sejam claramente identificáveis enquanto tal e que não devem implicar custos adicionais para o destinatário”*

*“A utilização das novas tecnologias permite ingerências não consentidas e desproporcionadas na esfera pessoal do usuário telemático, possibilita a criação de grandes bases de perfis e potencia o comércio descontrolado de informação e a publicidade agressiva e invasiva”*

*“O consentimento dos titulares dos dados pessoais é obtido mediante a inscrição numa check-box, na qual o titular assinala se quer ou não receber mensagens de teor publicitário, bem como permitir a transmissão dos seus dados pessoais a terceiros para fins comerciais”*

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Considerações gerais sobre o *spam* 3. Os direitos emergentes no contexto das comunicações publicitárias não solicitadas 4. Os sistemas de *opt in* e de *opt out* 5. O quadro legal comunitário 6. O quadro legal interno 7. Considerações finais

## 1. INTRODUÇÃO

**N**a era da Sociedade da Informação, o correio eletrônico<sup>1</sup> constitui indubitavelmente um dos mais importantes serviços telemáticos existentes no mercado global da comunicação. Estima-se que, atualmente, de cerca de 1,7 mil milhões de usuários da internet, cifra que corresponde a aproximadamente 25% da população mundial<sup>2</sup>, 1,4 mil milhões já se renderam aos encantos deste meio telemático de comunicação, sendo que 74% das contas de correio eletrônico criadas pertencem a consumidores e 24% concernem a empresas<sup>3</sup>. Através deste inegavelmente vantajoso meio de comunicação, consumidores, empresas e instituições de todo o mundo trocam diariamente cerca de 247 mil milhões de mensagens<sup>4</sup>, de teor comercial ou não comercial, permitindo apelidar a internet, e em particular a designada *World Wide Web*, como um verdadeiro “modo de «vida com os outros»”<sup>5</sup>, que apaga distâncias e fronteiras, e impulsiona as relações humanas e comerciais na dita “aldeia global” de Marshall MacLuhan.

O desenvolvimento exponencial da internet e as suas singulares características, mormente o fato de ser uma montra virtual, pouco dispendiosa, interativa, personalizada e transfronteiriça, que pode ser consultada e alterada em tempo real, conduziram a que esta fosse contemplada pela generalidade das empresas como um poderoso suporte publicitário, o que determinou a transferência da publicidade para este espaço virtual de comunicação e a criação de novas formas publicitárias<sup>6</sup>, tais como a publicidade por *e-mail*, as páginas *Web*, os *banners*, os *metatags* ou os *splash screens* ou *pop-up windows*<sup>7</sup>.

Com efeito, o tradicional e passivo anúncio da televisão, da rádio ou da imprensa escrita começa a dividir os orçamentos das empresas com planos da designada “comunicação de marketing interativa”, que passam, designadamente, pela realização de ações de publicidade *online* através de meios interativos (*interactive advertising*)<sup>8</sup>. Efetivamente, o “marketing interativo”, singularmente facilitado pelos desenvolvimentos tecnológicos da internet, permite às empresas, sem custos elevados, traçar bases de dados inter-relacionadas que desenham com precisão

o perfil dos potenciais clientes e, deste modo, é possível determinar a informação personalizada que cada potencial cliente concreto deseja receber e com este estabelecer uma comunicação interativa em tempo real, que possibilita a disponibilização de informações ou a prestação de esclarecimentos pela empresa e o fornecimento de dados ou a apresentação de sugestões ou opiniões pelo potencial cliente<sup>9</sup>. Assim se realiza o chamado “marketing *one-to-one*”, que sérios perigos origina em matéria de proteção da privacidade e dos dados pessoais do usuário telemático<sup>10</sup>. Neste seguimento, transita-se da passividade e unidireccionalidade da publicidade tradicional para a interatividade e bidireccionalidade da publicidade telemática ou virtual, havendo necessidade de reequacionar a proteção do consumidor, como veremos adiante.

As definições de spam avançadas apresentam sempre um denominador comum: o carácter não solicitado das comunicações

Neste contexto, compreende-se que o correio eletrónico se tenha transformado numa das ferramentas tecnológicas mais utilizadas, porquanto pouco dispendioso e sobejamente eficaz, para facilitar o descrito “marketing interativo”. Acresce que, considerando o expressivo retrato numérico que acima apresentámos, as empresas perspectivam este instrumento telemático de promoção comercial como um veículo para chegar a um número incomensurável de potenciais clientes<sup>11</sup>.

A comunicação publicitária por correio eletrónico pode ser solicitada – o que sucede quando o usuário consente no envio de mensagens de teor publicitário, por exemplo, mediante registo prévio numa página *Web* no sentido de receber boletins ou *newsletters* informativas – ou não solicitada – o que sucede quando o usuário não deseja, não solicita, nem consente no envio de comunicações de carácter publicitário<sup>12</sup>. Ao crescente fenómeno do envio e recebimento de comunicações eletrónicas não solicitadas atribui-se a designação de *spamming*, às ditas comunicações dá-se o nome de *spam* ou *junk e-mail* e o remetente tem-se apelidado de *spammer*.

Ora, no presente trabalho propomos justamente analisar a problemática da utilização de técnicas de marketing agressivas consubstanciadas na recolha e tratamento ilícitos de dados pessoais do ciberconsumidor e do usuário e no envio massivo de comunicações publicitárias não solicitadas (*spam*), que se traduzem em sérias violações do direito à intimidade da vida privada ou privacidade (*right to privacy* ou *right to be let alone*), em particular, do direito à autodeterminação informativa e do direito à proteção dos dados pessoais dos cibernautas. Na verdade, o perigo que a utilização das novas tecnologias telemáticas, para fins de

promocionais, representa para os usuários, que se veem despojados de qualquer liberdade para disposição dos seus dados e devassados na sua vida privada, inviabiliza a construção ideal da Sociedade da Informação e a correta promoção do comércio eletrônico, na medida em que gera uma desconfiança e insegurança nestes ambientes virtuais. Efetivamente, a construção ideal da Sociedade da Informação e, por conseguinte, a aceitação do comércio eletrônico “depende[m] não apenas da segurança técnica mas também da confiança jurídica dos intervenientes”<sup>13</sup>, assente num quadro jurídico que promova uma atividade publicitária telemática verdadeira, transparente e respeitadora dos direitos dos consumidores e dos usuários, tal como sucede com a publicidade não virtual<sup>14</sup>. Vejamos, pois, se o quadro jurídico comunitário e interno concernente às comunicações publicitárias não solicitadas permite a criação da predita confiança dos consumidores no ambiente telemático e nos produtos e serviços por ele oferecidos.

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O SPAM

O termo *spam*<sup>15</sup> faz parte do léxico vivencial de todo o usuário telemático que, aquando da diária consulta da sua caixa de correio eletrônica, é fustigado pela recepção de mensagens não solicitadas, com os mais diversos conteúdos, lícitos ou ilícitos, verdadeiros ou falsos, publicitários ou não publicitários, úteis ou inúteis<sup>16</sup>.

Apesar de não existir unanimidade na doutrina ou no domínio do direito comparado, as definições de *spam* avançadas apresentam sempre um denominador comum: o caráter não solicitado das comunicações. Quanto aos demais elementos caracterizadores, é usual apontar-se o teor comercial das comunicações (*unsolicited commercial e-mail* ou UCE) e o seu envio massivo (*unsolicited bulk e-mail* ou UBE)<sup>17</sup>. Consolidada doutrina tem definido o *spam* como as mensagens não solicitadas enviadas de modo massivo, independentemente do seu caráter comercial ou não comercial<sup>18</sup>. Os legisladores também se vão pronunciando diferentemente sobre o caráter comercial da definição, pese embora se identifique uma clara tendência para realizar uma interpretação extensiva do termo no sentido de englobar as comunicações de cariz não comercial<sup>19</sup>. Parece-nos igualmente que, independentemente da natureza comercial ou não comercial da mensagem, o *spam* deveria ser objeto de igual regulação, porquanto os danos causados aos receptores das mensagens e aos prestadores de serviços na internet (*Internet Service Providers* ou *ISPs*) são os mesmos<sup>20</sup>.

Diversos estudos apontam no sentido de, no decorrido ano de 2008, as mensagens de correio eletrónico não solicitadas terem oscilado à volta de 90% de

todas as mensagens de correio eletrônico enviadas<sup>21</sup>. Quando refletimos sobre a justificação deste valor aterrador, a resposta afigura-se simples: o baixo custo, a facilidade e eficácia deste meio telemático de comunicação. Na verdade, como elucidativamente explica um autor norte-americano, ao contrário do tradicional correio postal não solicitado, totalmente suportado pelas empresas anunciantes, o *spam* é “*postage due*”<sup>22</sup>, tal como sucedia com as cartas seladas com valor insuficiente, em que o valor restante era pago pelo destinatário, *in casu*, pelo receptor/ usuário e pelo prestador de serviço na internet (*ISP*).

De fato, o envio de comunicações eletrônicas não solicitadas pouco custa ao *spammer*<sup>23</sup> e requer da sua parte um esforço mínimo consubstanciado simplesmente na elaboração da mensagem.

Em contrapartida, o envio de mensagens indesejadas, além de ser absolutamente incomodativo e invasivo da sua privacidade, ocupa tempo *online* ao receptor/ usuário, determina a sua perda de produtividade e aumenta o risco de contrair vírus informáticos. Com efeito, segundo estudos, um usuário da internet perde, em média, 16 segundos – tempo de acesso à rede pago – a identificar e apagar cada mensagem de correio eletrônico não solicitada<sup>24</sup>, ao que acresce a perda de tempo em busca de mensagens que o usuário efetivamente deseja ler<sup>25</sup>. Assinale-se ainda que, devido à “alergia crónica” que cria ao *spam*, o usuário acaba por apagar todas as mensagens de remetentes desconhecidos, o que lhe causa igualmente prejuízos<sup>26</sup>. Se, ademais, enquadrarmos o usuário numa empresa, entre a perda de produtividade do trabalhador, o tempo de acesso à rede e a aquisição e instalação de sistemas de filtro de *spam*, o custo deste flagelo não será de menosprezar, estimando-se que avulta a 712 USD por usuário por ano<sup>27</sup>.

Mas significativos custos recaem igualmente sobre os prestadores de serviço na internet (*ISPs*). Na verdade, as transmissões massivas de *spam* “paralisam o sistema, devoram espaço de armazenamento no disco e esgotam o tempo e os recursos das empresas da internet, que são obrigadas a armazená-las e processá-las”<sup>28</sup>. Assim, o aumento repentino de correio eletrônico enviado pode saturar a capacidade do sistema<sup>29</sup> e, por conseguinte, obrigar os prestadores a alargar a capacidade de banda (*bandwidth*), ou seja, a velocidade de transferência de dados aos clientes<sup>30</sup>. Por outro lado, os prestadores de serviços têm outros gastos económicos acrescidos, em virtude de terem de se munir de instrumentos preventivos<sup>31</sup>, adequados a combater este uso abusivo da sua ligação e, assim, manter a fidelização do usuário<sup>32</sup>. Por último, assinala-se o “custo reputacional”, na medida em que os usuários associam o *spam* ao fornecedor e apresentam as suas reclamações junto deste, sem embargo de as transgressões não serem da sua responsabilidade<sup>33</sup>.

Para debelar este problema, tem-se, desde logo, recorrido à técnica. Com

efeito, têm-se utilizado meios tecnológicos que permitem a identificação das comunicações não solicitadas e que realizam automaticamente a sua filtragem ou bloqueio. Ora, tais mecanismos de bloqueio permitem reduzir os nocivos efeitos do *spamming*, no que concerne, designadamente, à gestão do correio eletrónico pelo usuário, mas não reduzem os custos nem o espaço de memória necessário, já que as mensagens indesejadas não deixam de chegar à caixa de correio, apesar de serem automaticamente apagadas ou canalizadas para o lixo/spam<sup>34</sup>. Para além disso, a utilização desses filtros poderá ocasionar o bloqueio de outras mensagens

Um usuário da internet perde, em média, 16 segundos – tempo de acesso à rede pago – a identificar e apagar cada mensagem de correio eletrônico não solicitada

de conteúdo não comercial ou que sejam efetivamente desejadas<sup>35</sup>. Por outro lado ainda, estes mecanismos informáticos podem ser facilmente neutralizados ou iludidos pelos *spammers*. Note-se igualmente que os próprios *ISPs* podem utilizar filtros que impedem que o *spam* chegue à caixa de correio do utilizador, pese embora se gaste na mesma capacidade de banda e de armazenamento<sup>36</sup>.

Por outra via, e numa tentativa de obstar às dificuldades de aplicação dos direitos internos originadas pelo carácter transnacional e constantemente mutável de todo o fenómeno telemático, têm-se desenvolvido sistemas de autorregulação e de resolução de conflitos, que se configuram como um complemento à regulação estadual e que poderão ter um importante papel nesta luta<sup>37</sup>. Neste âmbito, merece especial referência o *ICC Consolidated Code of Advertising and Marketing Communication Practice*, de 2006, da Câmara de Comércio Internacional. Este Código impõe, *v.g.*, as obrigações de identificar o cariz comercial da comunicação (art. D2), de tornar claras as condições de oferta (art. D3), de enviar comunicação não solicitada apenas quando existam razões ponderosas para acreditar que o consumidor tem interesse em receber tais comunicações (art. D5), ou de permitir ao consumidor a possibilidade de expressar a sua vontade no sentido de não receber mais comunicações (art. D6)<sup>38</sup>. A nível europeu, refira-se igualmente o *EASA Digital Marketing Communications Best Practice*, de 2008, da EASA (*European Advertising Standards Alliance*), a que, por sua vez, pertence o ICAP (Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade)<sup>39</sup>.

Não obstante, as normas desta “netiqueta”, tal como todas as normas de códigos de conduta, apresentam um carácter voluntário, sendo apenas vinculativas para os membros do sistema que as cria<sup>40</sup>. Assim sendo, o sistema de autorregulação nunca será cabalmente eficaz, porquanto os atores envolvidos nesta pro-

blemática não são todos membros do sistema<sup>41</sup>. Aliás, as empresas que utilizam ilicitamente os serviços de correio eletrónico para fins publicitários são pouco escrupulosas e não estão interessadas em cultivar a sua boa imagem, pelo que dificilmente aceitam submeter-se à autorregulação<sup>42</sup>.

A nível apenas da comunidade de cibernautas, encontram-se igualmente formas de autotutela empreendida por “justiceiros da rede”, que procuram impor as voluntárias normas da netetiqueta, mediante técnicas como colocar o *spammer* numa lista negra, restringir a utilização da internet por servidores que albergam *spammers*, ou o *flaming*, que consiste em remeter ao *spammer* mensagens de protesto em resposta, inundado a sua caixa de correio e bloqueando o seu sistema<sup>43</sup>. Contudo, pese embora tenha a vantagem de aumentar o custo do *spam*, esta reação de justiça privada será sempre mais imprevisível e arbitrária do que qualquer sistema institucional<sup>44</sup>. Acresce que algumas destas reações não surtem efeito, na medida em que os *spammers*, que portanto utilizam ilicitamente os serviços de correio eletrónico, utilizam normalmente endereços de remetentes falsificados (*spoofing*)<sup>45</sup>.

### 3. OS DIREITOS EMERGENTES NO CONTEXTO DAS COMUNICAÇÕES PUBLICITÁRIAS NÃO SOLICITADAS

Já deixámos antever que o “admirável mundo novo” da publicidade telemática e, em particular, a publicidade via *e-mail*, que tão aliciante se mostra para a empresa anunciante e, portanto, para o *marketeer*, suscita sérios problemas no que concerne à proteção do consumidor, podendo afastar a sua confiança na Sociedade da Informação e, por conseguinte, impedir que aquele desta faça parte, como vimos.

A proteção dos consumidores é um dos princípios basilares da União Europeia, tal como enuncia o art. 153 do Tratado de Roma, tendo igualmente consagração constitucional no art. 60 da Lei Fundamental, como princípio vetor da política social e económica. Ora, na hodierna sociedade da hiperescolha, o consumidor necessita e tem mesmo o direito de estar informado, “razão por que aceita expor-se à *radiação publicitária*”<sup>46</sup>. Acresce que, do lado dos anunciantes, proclamam-se os direitos de liberdade de expressão e informação, liberdade de criação cultural e de livre iniciativa económica, também constitucionalmente consagrados respectivamente nos arts. 37, 42 e 61 da Constituição da República Portuguesa (CRP), para legitimar as políticas de marketing, falando-se mesmo em “liberdade publicitária”<sup>47</sup>. Não obstante, e para assegurar a predita confiança dos consumidores, é imperioso “dar ao consumidor a possibilidade de se opor ao cerco tentacular da publicidade”<sup>48</sup> e de se resguardar na intimidade da sua vida

privada, exercendo o seu *right to privacy* ou o seu *right to be let alone*<sup>49</sup>.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um direito especial de personalidade consagrado no art. 80 do Código Civil<sup>50</sup>, encontrando igualmente proteção constitucional no âmbito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, num segmento do n.º 1 do art. 26 da CRP, e, complementarmente, no âmbito do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, consagrado no art. 34 da Lei Fundamental<sup>51</sup>.

Ora, este direito à reserva sobre a intimidade da vida privada respeita às manifestações da personalidade individual ou familiar cujo desenvolvimento e conhecimento o titular tem a aspiração de resguardar para si. Pretende-se, pois, proteger a tranquilidade da vida íntima, impedindo a intromissão dos outros na esfera protegida ou mesmo o acesso físico dos outros ao titular do direito (*right to be let alone*) e, bem assim, a revelação da informação respeitante a essa esfera<sup>52</sup>. Este é, pois, um direito relativo à informação sobre a vida privada<sup>53</sup> (*v.g.*, gostos, preferências, número de telefone, códigos secretos), que, além do conteúdo negativo mencionado *supra*, pressupõe, na sua faceta positiva, o controlo sobre essa informação<sup>54</sup> e que permite ao seu titular decidir que esfera da sua vida privada é suscetível de ser conhecida pelos demais.

Para garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada diretamente atinente à proteção de dados ou informações pessoais, a Constituição consagrou, no seu art. 35, o direito à autodeterminação informativa<sup>55</sup> (*Recht auf informationelle Selbstimmung*<sup>56</sup>), que permite ao seu titular decidir, designadamente, a que dados pessoais dar acesso na aplicação das novas tecnologias, impedir que se invada a esfera privada com o uso não consentido de dados, controlar o uso de dados contidos num programa informático, mormente a sua veracidade, a sua utilização para o fim autorizado, a sua correção ou atualização (*habeas data*)<sup>57</sup>.

Como resulta do exposto, na delimitação de uma regulamentação jurídica sobre as comunicações publicitárias não solicitadas, o legislador deverá realizar uma ponderação entre os direitos de liberdade de expressão e de informação, de criação cultural e de iniciativa económica, por um lado, e o direito à intimidade da vida privada e, em particular, o direito à autodeterminação informativa e o direito à proteção de dados pessoais, por outro. Neste sentido, estando a comunicação publicitária constitucionalmente protegida, a sua restrição deverá ser necessária, justificada e não excessiva, nos termos do art. 18 da CRP. Ora, tal

A utilização desses filtros poderá ocasionar o bloqueio de outras mensagens de conteúdo não comercial ou que sejam efetivamente desejadas

restrição deve considerar-se manifestamente justificada em função da proteção do consumidor, não só no sentido de não ser incomodado e de ser deixado em paz, mas também de ser assegurada a proteção dos seus dados pessoais<sup>58</sup>.

#### 4. OS SISTEMAS DE OPT IN E DE OPT OUT

As formas de regulação concernente às comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas que vêm sendo desenhadas pelos diferentes legisladores não são unânimes, sendo sempre reveladoras da ponderação realizada entre os direitos acima descritos.

Uma das formas de regulação poderia passar pela proibição total do envio de comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas. No entanto, tal solução seria excessiva e, porventura, inconstitucional, na medida em que restringiria excessivamente os direitos à liberdade de expressão e de informação e de livre iniciativa económica, o que afetaria o seu núcleo essencial<sup>59</sup>.

Outra solução passa pela exigência da manifestação de vontade do receptor no sentido de consentir ou não o seu recebimento e, neste âmbito, encontramos dois sistemas: o sistema de *opt in* e o sistema de *opt out*.

O sistema de *opt in* permite a comunicação publicitária eletrônica apenas quando o receptor tenha consentido previamente na sua recepção ou, por outras palavras, proíbe a comunicação publicitária eletrônica salvo quando o receptor manifeste a sua intenção de receber esse tipo de comunicações. Este método implica, pois, a existência de uma inclusão voluntária determinada pela exigência de um consentimento expresso e prévio por parte dos receptores dispostos a receber este tipo de comunicações.

Este sistema apresenta as vantagens de assegurar que este tipo de comunicações chegue apenas a quem deseje recebê-las<sup>60</sup>, além de respeitar a reserva sobre a intimidade da vida privada das pessoas e evitar os custos e o incómodo que este tipo de marketing pode causar. As principais desvantagens prendem-se, por um lado, com razões de inércia, já que, por mais que o destinatário deseje receber este tipo de comunicações, com custo realizará esse comportamento ativo de manifestação de vontade de as receber, e, por outro, com o fato de limitar a capacidade de marketing das empresas e implicar custos de processamento de uma lista das pessoas que desejam receber este tipo de comunicações<sup>61</sup>.

Refira-se ainda que este tem sido o sistema generalizadamente adotado na Europa.

O sistema de *opt out* permite o envio de comunicações publicitárias não solicitadas sempre que o receptor não tenha previamente expressado a sua oposição

ou, por outras palavras, proíbe o envio deste tipo de comunicações sempre que o receptor tenha previamente manifestado a sua oposição, mediante a sua inscrição numa lista de exclusão ou lista *Robinson*. Existe, assim, um consentimento presumido daqueles que não manifestam a sua objeção em receber este tipo de comunicações que legitima o seu envio. Neste tipo de método, garante-se normalmente ao receptor, aquando do recebimento da comunicação não solicitada, a possibilidade de manifestar expressamente a sua oposição ao recebimento de mais comunicações não solicitadas.

Este sistema tem claramente a vantagem de permitir, por um lado, ao receptor conhecer novos produtos e ofertas sem esperar e, por outro lado, ao anunciante chegar a um número maior de potenciais clientes. Não obstante, este sistema faz impender sobre o receptor o ónus de procurar as listas de exclusão e nelas indicar a sua objeção à recepção deste tipo de comunicações ou de enviar uma mensagem a solicitar a retirada do seu endereço da *mailing list* do anunciante, o que, por vezes, não surte qualquer efeito, uma vez que o endereço disponibilizado para envio do pedido de remoção é falso ou encontra-se inativo, podendo até simplesmente servir para revelar um endereço de *e-mail* ativo<sup>62</sup>.

Este tem sido o sistema de resposta ao *spam* utilizado na maior parte dos textos legais dos EUA.

A doutrina fala ainda num sistema de *soft in* que consiste na possibilidade de enviar comunicações publicitárias sem o consentimento expresso do receptor, sempre que estejam verificados determinados requisitos<sup>63</sup>, como, por exemplo, existir uma prévia relação contratual. Neste caso, poderá falar-se na existência de um consentimento implícito.

Resulta do exposto que apenas o sistema de *opt in* se revela efetivamente *pro consumatore*, porquanto é o único que assegura verdadeiramente o respeito pela intimidade da vida privada do ciberconsumidor<sup>64</sup>.

## 5. O QUADRO LEGAL COMUNITÁRIO

A Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, designada *Directiva sobre o comércio eletrónico*, veio apresentar, *inter alia*, o quadro jurídico orientador das legislações dos Estados-Membros em matéria de comunicações comerciais<sup>65</sup> por correio eletrónico não solicitadas.

Desde logo, a Directiva 2000/31/CE veio reconhecer, no considerando 30, que a “transmissão de comunicações comerciais não solicitadas por correio ele-

trônico pode ser inconveniente para os consumidores e para os prestadores de serviços da sociedade da informação e perturbar o bom funcionamento das redes interativas”. Neste seguimento, acrescentou que o consentimento do destinatário relativamente a determinadas formas de comunicações comerciais não solicitadas não era abordado nesta Directiva, na medida em que já havia sido abordado na

O sistema de autorregulação nunca será cabalmente eficaz, porquanto os atores envolvidos nesta problemática não são todos membros do sistema

Directiva 97/7/CE e na Directiva 97/66/CE, cuja plena aplicabilidade aos serviços da sociedade da informação já se havia enfatizado no considerando 14.

Ora, o art. 12 da Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações, e o art. 10 da Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância, exigiam o consenti-

mento prévio do utilizador para a utilização de aparelhos de chamada automática e fax e, por outro lado, estatuíam que os Estados-Membros deviam zelar por que as técnicas de comunicação à distância distintas daquelas só pudessem ser utilizadas quando não houvesse oposição manifesta do utilizador. Deste modo, o legislador comunitário pareceu optar, neste âmbito, pelo sistema de *opt out*, pois deduz-se deste preceitos que não se permitia o envio de mensagens publicitárias por correio eletrónico se existisse oposição expressa do destinatário.

A Directiva 2000/31/CE aditou ainda, no considerando 30, que os Estados-Membros, que autorizem o envio por correio eletrónico de comunicações comerciais não solicitadas, deveriam incentivar e facilitar iniciativas de colocação de “filtros” por parte das empresas. Mais acrescenta que é necessário que as comunicações comerciais não solicitadas sejam claramente identificáveis enquanto tal e que não devem implicar custos adicionais para o destinatário. Para além disso, no considerando 31, a Directiva dispõe ainda que os Estados-Membros que permitam este tipo de comunicações devem assegurar que o prestador estabelecido no seu território consulta regularmente e respeita os registos de opção negativa (*opt out*).

Neste seguimento, o art. 7.º desta Directiva veio prever, no n.º 1, que os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio eletrónico devem assegurar a identificabilidade dessa comunicação como publicidade e, no n.º 2, acrescenta que os Estados-Membros deverão tomar medidas que garantam que os prestadores de serviços que enviem este tipo de comunicações

consultem regularmente e respeitem os registos de opção negativa (*opt-out*). Ora, a solução adoptada neste dispositivo deixa ao arbítrio dos Estados-Membros a definição do sistema de envio das comunicações comerciais não solicitadas e, portanto, a previsão da licitude ou ilicitude no que respeita ao envio destas comunicações.

Este documento comunitário foi complementado pela Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, designada *Directiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas*. Esta Directiva procedeu igualmente à revogação da Directiva 97/66/CE, relativa à protecção de dados pessoais e à protecção da privacidade no setor das telecomunicações.

O art. 13 da Directiva 2002/58/CE, sob a epígrafe “Comunicações não solicitadas”, veio acolher, no seu n.º 1, o sistema de opção positiva ou de *opt in*, uma vez que veio exigir o consentimento prévio do destinatário, caso seja pessoa singular, para a realização de comunicações para fins de comercialização direta não solicitadas<sup>66</sup> através de aparelhos de chamada automática, correio eletrónico ou fax (incluindo as mensagens móveis SMS ou MMS). Nesta medida, este preceito veio agravar e uniformizar o regime atinente a este tipo de comunicações independentemente do meio utilizado, adotando, assim, uma posição mais favorável relativamente ao consumidor. Este dispositivo prevê ainda, no n.º 2, uma exceção à exigência de consentimento consubstanciada nos casos de existência de uma relação contratual prévia. Para além disso, o mesmo preceito exige, no seu n.º 4, a identificação do remetente e a indicação de um endereço<sup>67</sup> válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido de exclusão da sua *mailing list*.

Para garantir a execução do art. 13 da Directiva foi criado, sob os auspícios da União Europeia e por iniciativa da Comissão Europeia, o *Contact Network of Spam Authorities* (CNSA), constituído pelas autoridades nacionais de regulação e controlo das comunicações não solicitadas, com o objetivo de promover o intercâmbio de informações entre estas autoridades sobre as práticas de combate ao *spam* e de receção e processamento de queixas.

Adicionalmente, a Comissão Europeia traçou, na Comunicação da Comissão Europeia, de 22 de Janeiro de 2004, um conjunto de linhas de ação de combate ao *spam*, entre as quais destacamos a realização de ações de sensibilização ao público, o desenvolvimento de técnicas de filtragem de *spam* ou a implementação de mecanismos eficazes de aplicação e controlo da lei, designadamente no que concerne a mecanismos de apresentação de queixa, reparação judicial e sanções<sup>68</sup>.

Acresce que, na senda de um combate concertado contra o *spam*, a cooperação internacional tem merecido igualmente a atenção destas instituições, mormente no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), com a qual colabora, nomeadamente, a Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações.

## 6. O QUADRO LEGAL INTERNO

No plano constitucional, a temática das comunicações publicitárias não solicitadas relaciona, como vimos, de um lado, a liberdade de expressão e informação (art. 37), a liberdade de criação cultural (art. 42) e a liberdade de iniciativa económica e, de outro, os direitos dos consumidores [arts. 60, 81, al. i), e art. 99, al. e)], especialmente o direito à autodeterminação informativa (art. 35). Uma vez que o envio de comunicações publicitárias é uma manifestação das descritas liberdades, a sua limitação apenas se justifica, tal como expusemos, na medida da necessidade de proteção dos direitos dos consumidores e em pleno respeito pelos princípios definidos pelo art. 18 da Lei Fundamental.

No que concerne à tutela da privacidade e da proteção de dados pessoais, o legislador deu os primeiros passos, seguindo as indicações comunitárias<sup>69</sup>, com a criação da Lei 67/98, de 26 de Outubro, relativa à proteção dos dados pessoais (LPDP). A LPDP foi posteriormente especificada e complementada pela Lei 41/2004, de 18 de Agosto, que procedeu à transposição da Directiva 2002/58/CE, com exceção do art. 13.

O problema da proteção de dados pessoais no mundo virtual assume contornos preocupantes. Com efeito, como acima afluímos, a utilização das novas tecnologias permite ingerências não consentidas e desproporcionadas na esfera pessoal do usuário telemático, possibilita a criação de grandes bases de perfis e potencia o comércio descontrolado de informação e a publicidade agressiva e invasiva. Pense-se no tratamento invisível de dados realizado, v.g., pelos denominados testemunhos de conexão (cookies), pelos “gráficos-espiões” (Web bugs), pelos “identificadores ocultos” (hidden identifiers), que podem entrar no terminal do usuário sem o seu consentimento ou sequer conhecimento, com o objetivo de recolher informações, armazenar ocultamente informações ou permitir a rastreabilidade de todos os cliques e de todos os passos do usuário telemático<sup>70</sup>. Pense-se ainda nos produtos de spamware, designadamente os instrumentos de pull, que permitem a aspiração sistemática de todos os endereços de correio eletrónico encontrados em sites ou em newsgroups<sup>71</sup>. Ou pense-se também na eventualidade de controlo do correio eletrónico dos trabalhadores pela entidade patronal<sup>72</sup>. A

navegação sob o espectro deste “Big Brother telemático” não cria seguramente no usuário a desejada confiança na Sociedade da Informação, que acima referimos.

Ora, os princípios gerais enunciados na LPDP aplicam-se a esta prospecção eletrônica e, em particular, à recolha e tratamento dos dados pessoais para efeitos de envio de comunicações não solicitadas. Assim, a utilização destes instrumentos apenas deverá ser permitida para fins legítimos e deverá ser conhecida e consentida pelo usuário (art. 6.º), respeitando os princípios da transparência (art. 2.º), da

A “publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores”

finalidade [art. 5.º, n.º 1, al. b)], da lealdade [art. 5.º, n.º 1, al. a)] e da proporcionalidade da recolha [art. 5.º, n.º 1, al. c)], bem como o direito de oposição à utilização comercial dos dados e à sua transmissão a terceiros [art. 12].

Relativamente à recolha e tratamento do dado pessoal endereço eletrônico para efeitos de envio de comunicações eletrônicas, é possível distinguir três situações: recolha direta junto do titular do endereço; recolha efetuada junto de um terceiro, que, por sua vez, o tenha obtido diretamente junto do seu titular; recolha efetuada num espaço público da internet, sem que o titular dela tenha conhecimento. No que tange à recolha direta ou à recolha com a finalidade de transmissão a terceiros, é necessária a obtenção do consentimento inequívoco do titular do dado pessoal endereço eletrônico, nos termos do art. 6.º da LPDP. Acresce que o titular terá ainda direito a ser informado sobre a identidade do responsável pelo tratamento [art. 10, n.º 1, al. a)] e sobre as suas finalidades [art. 10, n.º 1, al. b)] e, bem assim, a opor-se ao tratamento desse dado para efeitos de marketing direto [art. 12, al. b)]. Quanto à recolha efetuada em espaços públicos da internet, sem o conhecimento ou consentimento do titular, esta ilustra uma recolha e tratamento desleais, violadores do princípio da finalidade e, por conseguinte, ilícitos<sup>73</sup>. Idênticas considerações valem, *mutatis mutandis*, para a recolha e tratamento do dado pessoal número de telefone móvel e fixo.

Por outro lado, sempre que a comunicação eletrônica não solicitada se enquadre no conceito de publicidade vertido no art. 3.º do Código de Publicidade<sup>74</sup> encontra-se sujeita às regras gerais cristalizadas neste diploma legal. Serão, portanto, aplicáveis às mensagens telemáticas que visem promover bens e serviços os princípios da licitude (art. 7), da identificabilidade (art. 8), da veracidade (art. 10) e do respeito pelos direitos do consumidor (art. 12). No contexto das comunicações publicitárias eletrônicas, assumem particular relevo o princípio da identificabilidade, que exige a identificação da mensagem de modo a permitir o inequívoco reconhecimento do seu teor publicitário, bem como o princípio da veracidade,

que exige a veracidade do conteúdo da mensagem, no sentido da não deformação dos fatos. Importa igualmente mencionar, neste domínio, a proibição da publicidade enganosa contida no art. 11 deste Código e apurada no Regime das Práticas Comerciais Desleais, aprovado pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março. De referir ainda as disposições deste Código atinentes às restrições de conteúdo e de objeto da publicidade e ínsitas nos arts. 14 e ss, especialmente as desenhadas em razão da proteção dos menores.

Sobre a eventual aplicabilidade do diploma disciplinador da publicidade domiciliária, a Lei 6/99, de 27 de Janeiro, este esclarece expressamente no art. 1.º, n.º 2, a sua não aplicabilidade à publicidade por correio eletrónico<sup>75</sup>.

Neste âmbito, reveste ainda particular relevância o art. 7.º, n.º 4, da Lei 24/96, de 31 de Julho, a Lei de Defesa dos Consumidores, que, densificando o direito à informação do consumidor e em sintonia com o Código da Publicidade, prescreve que a “publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores”. Por sua vez, consideramos ser ainda aplicável no domínio das comunicações publicitárias eletrónicas o n.º 5 do citado art. 7.º, nos termos do qual a informação nelas vertida poderá, em certos termos, considerar-se parte integrante do conteúdo dos contratos que venham a celebrar-se.

As comunicações publicitárias eletrónicas não solicitadas são objeto de especial regulação, no nosso ordenamento, pelo Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro, diploma luso responsável pela transposição da Directiva 2000/31/CE sobre o comércio eletrónico e, bem assim, pela transposição parcial, *maxime* art. 13, da Directiva 2002/58/CE relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas.

No que tange ao conceito de “comunicações publicitárias em rede”<sup>76</sup>, esclarece o art. 20 deste diploma que não integram este conceito as mensagens que se limitem a identificar ou permitir acesso a um operador comercial, ou a identificar objetivamente bens, serviços ou imagem de um operador, em coletâneas, ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, nem as mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições. Do exposto decorre que o conceito de comunicação publicitária em rede é mais restrito do que o conceito de publicidade ínsito no Código da Publicidade<sup>77</sup>.

Por sua vez, o art. 21 deste diploma vem, em consonância com o disposto no Código da Publicidade e em complemento ao já disposto em legislação de defesa dos consumidores, consagrar o princípio da identificabilidade e prever deveres específicos de informação no âmbito da publicidade em rede. Assim, este preceito vem impor ao remetente a obrigação de identificação da comunicação publicitária, de modo a ser apreendida por um destinatário comum, a natureza comercial

da mensagem, a identidade do anunciante e as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam sujeitos. Parece-nos que o nosso legislador poderia ter aproveitado o ensejo e, à semelhança do estatuído quanto aos separadores no art. 8.º do Código da Publicidade e tal como previu, *v.g.*, o legislador espanhol, poderia ter exigido a presença de uma etiqueta com a expressão “Publicidade” ou a abreviatura “Pub” no cabeçalho da mensagem ou no assunto. Desta forma, evitar-se-iam dúvidas interpretativas ou perdas de tempo desnecessárias e assegurar-se-ia o pleno respeito pelo princípio da identificabilidade e pela proibição da publicidade oculta.

Já o art. 22 estabelece o regime das comunicações não solicitadas, sendo aplicável às mensagens para fins de marketing direto, cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário, nomeadamente por via de aparelhos de chamada automática, por fax ou por via de correio eletrónico. Deste modo, optando pela

O destinatário deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro

expressão “mensagens para fins de marketing direto”, distinta da utilizada nos preceitos anteriores – “comunicações publicitárias em rede” –, o legislador pretendeu, em consonância com a interpretação que a nível comunitário tem sido feita do art. 13 da Directiva 2002/58/CE, abarcar igualmente no âmbito de aplicação deste dispositivo não apenas mensagens de carácter comercial, mas também outras mensagens enviadas por instituições de solidariedade ou outras associações ou fundações<sup>78</sup>. Acresce que, considerando a definição de mensagem de correio eletrónico vertida no art. 2.º, al. *h)*, da Directiva 2002/58/CE<sup>79</sup>, assente no princípio da neutralidade tecnológica, nela se devem incluir as mensagens de SMS e de MMS<sup>80</sup>. Aliás, esta interpretação veio a ser confirmada e enfatizada na exposição

de motivos do Decreto-Lei 62/2009, de 10 de Março, que veio alterar parcialmente o art. 22 do Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro<sup>81</sup>.

O n.º 1 do art. 22 estabelece que o envio para destinatários individuais do predito tipo de mensagens carece do consentimento prévio do destinatário, dando assim consagração ao sistema de *opt in*. Assinale-se que o consentimento do destinatário individual deve ser prévio e explícito, tal como enuncia o considerando 40 da Directiva 2002/58/CE, e, para além disso, nos termos do considerando 17 da mesma Directiva, “pode ser dado por qualquer forma adequada que permita obter uma indicação comunicada de livre vontade, específica e informada so-

bre os seus desejos, incluindo por via informática ao visitar um sítio na internet”.  
Perante o exposto, parece-nos que só será consentânea com a legislação comunitária atinente à proteção de dados pessoais a hipótese em que o consentimento dos titulares dos dados pessoais é obtido mediante a inscrição numa *check-box*, na qual o titular assinala se quer ou não receber mensagens de teor publicitário, bem como permitir a transmissão dos seus dados pessoais a terceiros para fins comerciais. Ao invés, os sítios da Internet que apresentam formulários eletrônicos de recolha de informação com a dita *check-box* previamente assinalada revelam práticas contrárias aos princípios da transparência e da lealdade consagrados nos diplomas comunitários e, por conseguinte, no regime interno de proteção de dados pessoais<sup>82</sup>.

O n.º 2 do art. 22 vem prever uma exceção ao número anterior, dispondo que o envio deste tipo de mensagens para as pessoas coletivas não carece do seu consentimento prévio, podendo, no entanto, os seus destinatários recorrer ao sistema de opção negativa (*opt out*).

### A necessidade de obtenção de consentimento para envio de comunicações publicitárias se revela em sintonia com as modernas técnicas do marketing de permissão

Este diploma prevê ainda no n.º 3 do mesmo preceito outra exceção à regra do sistema *opt in*, permitindo o envio de publicidade não solicitada a pessoas singulares, no caso de existir uma relação contratual prévia de fornecimento de produtos ou serviços, no que respeita aos mesmos ou a produtos ou serviços análogos, desde que tenha sido explicitamente oferecida ao cliente a possibilidade de o recusar por ocasião da transação realizada e não implique para o destinatário um dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações. Considera-se, pois, que, tendo sido o consumidor cliente da empresa anunciante, haverá um consentimento implícito<sup>83</sup>.

Assim, quando exista uma relação contratual prévia, desde que os dados do consumidor tenham sido obtidos licitamente e a mensagem se refira aos mesmos produtos ou serviços, ou produtos ou serviços análogos aos que foram objeto da contratação<sup>84</sup>, não é necessário o consentimento prévio e explícito do destinatário para o envio deste tipo de mensagens.

O diploma dispõe no n.º 4 do mesmo dispositivo que, em qualquer dos casos previstos nos números anteriores, o destinatário deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro.

Mais proíbe no n.º 5 o envio de correio eletrônico para fins de marketing direto, ocultando ou dissimulando a identidade da pessoa em nome de quem é

efetuada a comunicação, em sintonia com o princípio vertido no art. 21.

Acrescenta ainda o n.º 6 que, para exercício do direito de oposição ou para revogação do consentimento, cada comunicação não solicitada deve indicar um endereço e um meio técnico eletrônico, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações.

O n.º 7 deste dispositivo prevê a obrigação de manutenção de uma lista atualizada das pessoas que exercem a opção negativa (lista Robinson) pelas entidades que promovam o envio de comunicações não solicitadas ou pelos organismos que as representem<sup>85</sup>.

Os restantes números deste preceito legal foram alterados ou introduzidos pelo Decreto-Lei 62/2009, de 10 de Março. Com efeito, para implementação do art. 22, e atendendo à insuficiência das listas de oposição previstas no n.º 7 deste dispositivo, o legislador considerou premente acometer à Direcção-Geral do Consumidor (DGC) a manutenção permanente e atualizada de uma lista de oposição institucional de âmbito nacional (n.º 8), para deste modo, conforme esclarece na exposição de motivos, facilitar ao consumidor o exercício do seu direito de oposição ao tratamento dos seus dados pessoais para efeitos de marketing direto ou qualquer outra forma de prospecção. Esta lista tem a designação de “lista nacional de não recepção de comunicações publicitárias”, devendo o consumidor, para exercer o seu direito de oposição, preencher um formulário eletrônico disponibilizado na página eletrónica da DGC<sup>86</sup>, tal como prevê o n.º 9 do art. 22.º, indicando, designadamente, os números de telemóveis e os endereços de e-mail para onde não devem ser remetidas as comunicações publicitárias. Mais impõe o n.º 10 deste preceito às entidades que promovam o envio de mensagens para fins de marketing direto a consulta da predita lista, atualizada trimestralmente pela DGC, que a disponibiliza a seu pedido. Acresce saber qual a periodicidade desta obrigação de consulta. Deverão as referidas entidades consultar a lista de oposição nacional cada vez que procedem ao envio deste tipo de comunicações ou mensalmente ou trimestralmente? Parece-nos que o legislador poderia ter esclarecido este ponto. Por fim, o n.º 10 deste artigo proíbe o envio de comunicações publicitárias por via eletrónica às pessoas inscritas nas listas de exclusão de titularidade privada e de titularidade pública previstas nos n.ºs 7 e 8.

Ora, julgamos que a solução apresentada no Decreto-Lei 62/2009, de 10 de Março, se afigura acertada para facilitar o exercício do descrito direito de oposição do consumidor, porquanto se consubstancia na criação de uma lista mantida por uma autoridade pública de âmbito nacional, de fácil acesso e inscrição. Não obstante, parece-nos que não tem sido desenvolvida uma ação de comunicação suficiente no sentido da divulgação deste mecanismo, o que determina o seu

conhecimento limitado e, portanto, a sua eficácia comedida. Por outro lado, entendemos que, no espaço dedicado a esta lista pública de âmbito nacional, deveria constar um mecanismo eletrônico de denúncia do envio ilícito de comunicações não solicitadas.

Refira-se, por último, sobre a supervisão do cumprimento destas normas, que o n.º 2 do art. 35 institui a Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações como entidade de supervisão central, pese embora a matéria da fiscalização da publicidade seja, em geral, da competência da Direcção-Geral do Consumidor (Decreto-Regulamentar 57/2007, de 27 de Abril) e a aplicação de contraordenações seja da competência da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade (Decreto-Lei 143/2007, de 27 de Abril). Acresce que o art. 37, n.º 1, al. b), prescreve que constitui contra-ordenação sancionável com coima de 2.500 € a 50.000 € o envio de comunicações não solicitadas, com inobservância dos requisitos legais previstos no art. 22. Veja-se ainda o disposto no art. 39 a respeito das providências provisórias<sup>87</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as singulares características do correio eletrônico, este tem sido eleito como um dos meios telemáticos privilegiados para dar cumprimento às mais eficazes comunicações de marketing. Não obstante, o sonho do marketer transforma-se no pesadelo do usuário a partir do momento em que a utilização desta e de outras novas tecnologias telemáticas, para fins de promocionais, se associa à recolha e tratamento ilícitos dos seus dados pessoais e realiza graves intrusões na sua privacidade.

Sem embargo, constatamos que os quadros legais comunitário e interno, uma vez realizado um justo equilíbrio entre os direitos e interesses dos atores envolvidos, apresentam um acervo de normas adequado a promover uma atividade publicitária telemática verdadeira, transparente e respeitadora dos direitos do consumidores e do usuários, mormente do direito à privacidade e do direito à autodeterminação informativa.

No que concerne ao envio de comunicações não solicitadas, o nosso legislador, seguindo as coordenadas comunitárias, consagrou o sistema do opt in. Pese embora reconheçamos que esta solução possa constituir um entrave ao comércio eletrônico, ela merece o nosso aplauso não só porque este é, na verdade, o único sistema efetivamente pro consumatore, mas também porque a necessidade de obtenção de consentimento para envio de comunicações publicitárias se revela em sintonia com as modernas técnicas do marketing de permissão. Também lou-

vamos a iniciativa do legislador luso de criar uma lista de oposição de titularidade pública e de âmbito nacional, apesar de considerarmos que este devia ter definido a periodicidade de consulta da lista e que se devia apostar em ações de divulgação da lista e, em geral, de sensibilização para o tema. Mais julgamos que devia ser criado um mecanismo eletrónico de denúncia de infrações ao disposto no art. 22 do Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro.

Bem sabemos que a regulação jurídica das comunicações não solicitadas, devido ao carácter transfronteiriço da internet e à variedade das legislações nacionais, só protegeria verdadeiramente o consumidor se apresentasse os contornos descritos e fosse universal. Contudo, parece-nos que, em constante coordenação de esforços, largos passos estão a dados no sentido da adequada proteção do consumidor e, por conseguinte, da criação da necessária confiança na Sociedade da Informação.

## NOTAS

<sup>1</sup> Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria, integrada no Instituto Politécnico de Leiria, mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, doutoranda em Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca e bolsista (bolsista) da Fundação para a Ciência e Tecnologia.

<sup>2</sup> Correio eletrónico ou e-mail (electronic mail) é vulgarmente definido como um serviço telemático que permite compor, enviar e receber mensagens através de sistemas eletrónicos de comunicação. Já a Directiva n.º 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, define correio eletrónico, na al. h) do seu art. 2.º, como “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher”.

<sup>3</sup> Numa população mundial, que, em Junho de 2009, se cifrou em cerca de 6,767,805,208 de pessoas, aproximadamente 1,668,870,408 têm acesso à internet. Cfr. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (visitado Setembro 2009).

<sup>4</sup> Consulte-se, neste sentido, o estudo realizado, em Maio de 2009, por uma empresa dedicada a estudos sobre o mercado tecnológico, “The Radicati Group”, disponível em <http://www.radicati.com/wp/wp-content/uploads/2009/05/email-stats-report-exec-summary.pdf> (recolhido Setembro 2009).

<sup>5</sup> Id.

<sup>6</sup> Cfr. /autor/cda\_internet.pdf (recolhido Setembro 2009), p. 3.

<sup>7</sup> Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Publicidade na internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 286.

<sup>8</sup> Para desenvolvimentos sobre as particulares características e as várias formas de publicidade online, ver, inter alia, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Publicidade na internet”, cit.; ADELAIDE MENEZES LEITÃO,

“Publicidade na rede”, in: O direito, Ano n.º 140, n.º 2, 2008, pp. 350 e ss; ANDREA STAZI, La pubblicità commerciale on line, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pp. 13 e ss. e 55 e ss.; ANXO TATO PLAZA, “Internet, a publicidade e a concorrência”, in: Temas de Direito da Informática e da Internet, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 187 e ss.; JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA, Contratos eletrónicos y protección de los consumidores, Madrid, RGLJ, 2005, pp. 165 y ss.; RUI MOREIRA CHAVES, Código da Publicidade Anotado, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 27 e ss.; VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO, La publicidad en internet: régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas, La Ley, 2007, pp.197 e ss.

<sup>9</sup> Referindo a percentagem e analisando as razões da deslocação do investimento dos anunciantes para a Internet, ver SERGE GAUTHRONET / ÉTIENNE DROURARD, Comunicações comerciais não solicitadas e Proteção dos Dados – Síntese das Conclusões do Estudo, Comissão das Comunidades Europeias, 2001, acessível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum_pt.pdf) (recolhido Setembro 2009), pp. 2 e 3.

<sup>10</sup> Estas são, em geral, as vantagens assinaladas ao “marketing interativo” e, em particular, à publicidade na internet comparativamente aos meios tradicionais. Entre as desvantagens, a doutrina destaca a inferioridade numérica do público receptor, em virtude de apenas atingir os ciberconsumidores e não os consumidores em geral. Sobre o tema, ver ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Publicidade na internet”, cit., pp. 286 e ss.; ANDREA STAZI, La pubblicità..., cit., pp. 14 e ss.; ANXO TATO PLAZA, “Internet, a publicidade...”, cit., pp. 182 e 183; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, pp. 20 e ss; VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO, La publicidad en internet..., cit., pp. 159 e ss, maxime p. 190.

<sup>11</sup> Para este problema alertam igualmente ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Publicidade na internet”, cit., nota 15, p. 289; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., pp. 54 e ss. Note-se, por exemplo, que, para aquisição de um produto ou serviço na Internet, o usuário necessita, regra geral, de realizar previamente o registo no site respectivo. Na próxima vez que aceder ao site, o usuário é identificado pelo nome e recebe toda a informação adaptada ao seu perfil. Não obstante, maiores riscos representam as situações em que o usuário nem sequer é informado da recolha e do tratamento de dados, que, portanto, lhes são “invisíveis”, como sucede com os designados cookies. Os cookies são pequenos ficheiros de dados enviados pelo servidor Web para os browsers que visitam as suas páginas Web e que contêm informações sobre a navegação nas páginas Web do servidor, ficando armazenados no computador do usuário com o fito de serem utilizados numa próxima visita ao predito servidor. É com o recurso as cookies que se armazenam dados do usuário, como, por exemplo, a senha de acesso ou o idioma previamente seleccionado. Este e outros expedientes tecnológicos (v.g., hipervínculos invisíveis) permitem, mediante um cruzamento de dados, elaborar um perfil invisível de cada usuário telemático. Este verdadeiro “Big Brother telemático” devassa, pois, de forma assustadoramente invisível a intimidade da vida privada dos usuários. A propósito, veja-se a “Recomendação 1/99 sobre o tratamento invisível e automatizado de dados pessoais na Internet realizado por software e hardware”, aprovada no dia 23 de Fevereiro de 1999 e disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17pt.pdf) (recolhido Setembro 2009). Sobre os perigos que este “online profiling” representa para a privacidade e para a proteção dos dados pessoais do usuário tele-

mático, veja-se igualmente GIOVANNA MACCABONI, “La profilazione dell’utente telemático fra tecniche pubblicitarie online e tutela della privacy”, in: *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, Ano 13, n.º 3, 2001, pp. 425-444; VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO, *La publicidad en internet...*, cit., pp. 315 e ss.

<sup>12</sup> Neste sentido, ver CINDY M. RICE, “The TCPA: a justification for the prohibition of spam in 2002?”, in: *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol. 3, 2002, disponível em [http://jolt.unc.edu/sites/default/files/rice\\_v3i.pdf](http://jolt.unc.edu/sites/default/files/rice_v3i.pdf) (recolhido Setembro 2009), p. 378.

<sup>13</sup> Cfr. DANIELA VELHO, “Comunicações publicitárias não solicitadas”, in: *Fórum – Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal*, n.º26, Dezembro 2008, acessível em <http://www.isp.pt/winlib/cgi/winlibprx.exe?key=&cap=&pesq=7&thes1=14611&label=VELHO%2C+Daniela&doc=17854> (visitado Setembro 2009), p. 36.

<sup>14</sup> Referindo-se apenas à promoção do comércio eletrónico, cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 27; e também ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “A proteção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio eletrónico”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n.º2, Coimbra, Centro de Direito de Consumo, 2000, p. 47. Veja-se também GIOVANNA MACCABONI, “La profilazione dell’utente telemático...”, cit., p. 443; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., p. 28.

<sup>15</sup> A supracitada Recomendação 1/99 sobre o tratamento de dados na Internet enfatiza, neste sentido, o seguinte: “O tratamento dos dados pessoais na Internet tem que respeitar os princípios da proteção de dados, tanto como no mundo não-virtual. Isto não é uma limitação das utilizações da Internet, constituindo, pelo contrário, parte dos fundamentos que aspiram a garantir a confiança dos utilizadores no funcionamento da Internet e nos serviços fornecidos através desse meio. A proteção de dados na Internet é, assim, condição indispensável para o sucesso do comércio eletrónico”. Veja-se igualmente ANACOM, *O comércio eletrónico em Portugal: o quadro legal e o negócio*, disponível em [http://www.anacom.pt/streaming/manual\\_comercio\\_elec.pdf?contentId=178219&field=ATTACHED\\_FILE](http://www.anacom.pt/streaming/manual_comercio_elec.pdf?contentId=178219&field=ATTACHED_FILE) (acedido Setembro 2009), p. 177.

<sup>16</sup> Existe alguma divergência quanto à origem do termo spam. Para muitos, a utilização do termo provém de um sketch dos Monty Python, em que uma empregada, num restaurante repleto de Vikings, vai descrevendo a dois clientes todas as alternativas disponíveis no menu e todas elas continham um tipo de carne de porco enlatada designada SPAM (contração da designação inicial Hormel’s Spiced Ham), pertencente à empresa norte-americana Hormel Foods Corporation de Minnesota e muito popular na época. Assim, vai-se ouvindo repetida e intercaladamente a expressão spam. Um dos clientes, que parecia ser o único que não queria spam, pergunta se o spam não poderia ser retirado de uma das alternativas do menu e, perante a insistência, acaba por gritar “Eu não quero spam!”. Entretanto, o descrito diálogo é interrompido diversas vezes pelo grupo de Vikings que começa a cantar “Spam, spam, spam, spam, spam, spam, spam, lovely spam, wonderful spam” e apenas pára quando exortado pela empregada. Para outros, a expressão deve-se a um grupo de laboratório de informática da Carolina do Sul, nas medidas em que este fenómeno tem as mesmas características que o referido produto SPAM: “ninguém o quer ou pergunta por ele; nunca ninguém o come e é a primeira coisa a ser posta de lado; mas algumas vezes

é saborosa, tal como 1% do junk mail que é realmente útil para as pessoas”. Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., pp. 191 e 192; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 129; <http://www.webopedia.com/TERM/S/spam.html> (consultado Setembro 2009). Outros ainda referem que o termo começou a ser usado, com o presente significado, num episódio em que um participante num MUSH (Multi-User Shared Hallucination), inspirado ou não no acima referido sketch, criou e usou uma macro que escrevia repetidamente a palavra spam, impedindo outros de participarem na discussão. Cfr. DAVID E. SORKIN, “Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail”, in: 35 U.S.F. L. Rev. 325, 2001, disponível em <http://www.spamlaws.com/f/articles/usf.pdf> (recolhido Setembro 2009), p. 325.

<sup>17</sup> Por exemplo, mensagens referentes a produtos destinados a adultos, como pornografia, ou relacionados com dinheiro, como empréstimos ou investimentos, ou de promoção de produtos ou serviços de saúde ou relacionados com a Internet, ou ainda mensagens fraudulentas, que aparentam provir de uma empresa conhecida, mas com o objetivo de recolher informações pessoais, como uma notificação respeitante a conta bancária (phishing), ou mesmo pedidos de ajuda ou correntes de solidariedade. Para mais detalhes sobre estas e outras categorias de spam, consulte-se [http://www.symantec.com/business/popup.jsp?popupid=sr\\_spam\\_categories](http://www.symantec.com/business/popup.jsp?popupid=sr_spam_categories) (visitado Setembro 2009).

<sup>18</sup> Assinale-se, pois, que doutrina utiliza habitualmente as siglas UCE (unsolicited commercial e-mail) para indicar o spam de teor comercial e UBE (unsolicited bulk e-mail) para referir o spam enviado em massa, independentemente do seu carácter comercial ou não comercial. Cfr. DAVID E. SORKIN, “Technical and Legal...”, cit., pp. 333 e ss.; ANACOM, O comércio eletrónico..., cit., p. 174.

<sup>19</sup> Perfilham esta definição, v. g., DAVID E. SORKIN, “Technical and Legal...”, cit., p. 335; COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (CNPd), “Parecer 13/2003 sobre um Projecto de Decreto-lei que transpõe a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho”, acessível em <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2003/htm/par/par013-03.htm> (consultado Setembro 2009), Parte III, § 2; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 128; LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens de correio eletrónico indesejadas (SPAM)”, in: Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 194. Parece igualmente enfileirar-se neste trilhão o Article 29 Data Protection Working Party, uma vez que define spam como o “envio de mensagens eletrónicas não solicitadas, normalmente de natureza comercial, em grande quantidade e repetidamente, a pessoas com as quais o remetente não teve contactos anteriores”. Cfr. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, “Opinion 1/2000 on certain data protection aspects of electronic commerce”, disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp28\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp28_pt.pdf) (recolhido Setembro 2009), p. 3.

<sup>20</sup> Neste sentido, ver RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 128. Veja-se igualmente DAVID E. SORKIN, “Technical and Legal...”, cit., pp. 327 e ss.

<sup>21</sup> Acompanhamos, pois, LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 195; e RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., pp. 128 e 129.

<sup>22</sup> Segundo dados apresentados no Financial Times, no decorrido ano de 2008, 349,6 mil milhões de mensagens não solicitadas foram enviadas pela Internet, o que correspondeu a cerca de 94% de todas

as mensagens de e-mail enviadas. Cfr. MAIJA PALMER, “Secret war on web crooks revealed”, in Financial Times, publicado no dia 15/06/09 e disponível em [http://www.ft.com/cms/s/0/0457bd68-5945-11de-80b3-00144feabdc0.html?nckl\\_check=1](http://www.ft.com/cms/s/0/0457bd68-5945-11de-80b3-00144feabdc0.html?nckl_check=1) (consultado Setembro 2009). Já outro estudo realizado pelo Messaging Anti-Abuse Working Group revelou que a percentagem de e-mails identificados como abusivos oscilou, no decorrido ano, entre 89% e 92% de todas as mensagens de e-mail enviadas. Cfr. Messaging Anti-Abuse Working Group (MAAWG), “Email Metrics Program: The Network Operators’ Perspective; Report #10 – Third and Fourth Quarter 2008 (Issued March 2009), disponível em [http://www.maawg.org/about/MAAWG\\_2008-Q3Q4\\_Metrics\\_Report.pdf](http://www.maawg.org/about/MAAWG_2008-Q3Q4_Metrics_Report.pdf). (recolhido Setembro 2009), p. 2.

<sup>23</sup> Cfr. KENNETH C. AMADITZ, “Canning «Spam» in Virginia: Model Legislation to Control Junk E-mail”, 4 Virginia Journal of Law and Technology 4, 1999, acessível em [http://www.vjolt.net/vol4/issue/home\\_art4.html](http://www.vjolt.net/vol4/issue/home_art4.html) (consultado Setembro 2009), § 3.

<sup>24</sup> Na verdade, o spammer não paga por cada mensagem enviada, mas antes pelo tempo de envio das mensagens, sendo simples enviar simultaneamente a mesma mensagem a mil destinatários, uma vez que basta conhecer o diálogo de transações SMTP (Simple Mail Transfer Protocol). Cfr. RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 134. Assim, os custos do spam para o remetente podem resumir-se ao equipamento, à mensalidade dos serviços de Internet e conta de correio eletrónico e eventualmente o preço de uma base de dados de endereços de correio eletrónico. Cfr. KENNETH C. AMADITZ, “Canning «Spam»...”, cit., § 18. Ver também DAVID E. SORKIN, “Unsolicited Commercial E-Mail and the Telephone Consumer Protection Act of 1991”, 45 BUFF. L. REV. 1001, acessível em <http://www.spamlaws.com/articles/buffaloarticle.html> (consultado Setembro 2009), p. 1009.

<sup>25</sup> Veja o estudo realizado pela “Nucleus Research Inc.”, disponível em <http://nucleusresearch.com/research/notes-and-reports/spam-the-repeat-offender/>, (consultado Setembro 2009), p. 2.

<sup>26</sup> Cfr. CINDY M. RICE, “The TCPA: a justification...”, cit., p. 383.

<sup>27</sup> Cfr. KENNETH C. AMADITZ, “Canning «Spam»...”, cit., § 19.

<sup>28</sup> Indicação do mesmo estudo realizado “Nucleus Research Inc.”, p. 3.

<sup>29</sup> KENNETH C. AMADITZ, “Canning «Spam»...”, cit., § 3.

<sup>30</sup> Repare-se que os prestadores de serviço na Internet são geralmente responsáveis por distribuir o correio eletrónico pelos seus clientes e por armazenar as mensagens até ao momento em que o usuário acede à rede com o seu computador. Cfr. DAVID E. SORKIN, “Unsolicited Commercial...”, cit., pp. 1009 e 1010.

<sup>31</sup> Cfr. GARY S. MOOREFIELD, “SPAM – It’s not Just for Breakfast Anymore: Federal Legislation and the Fight to Free the Internet From Unsolicited Commercial E-Mail”, in: 5 B.U. J. Sci. & Tech. L. 10, 1999, nota 21, disponível em [http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume5/5bu\\_jstl10.pdf](http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume5/5bu_jstl10.pdf) (recolhido Setembro 2009), que refere inclusivamente que o custo associado a este incremento da capacidade de banda por parte do fornecedor poderá transferir-se para o usuário, mediante um aumento do preço de acesso à rede (§ 14). Ver também CINDY M. RICE, “The TCPA: a justification...”, cit., p. 382.

<sup>32</sup> A título de exemplo, indique-se o sistema MAPS-RBL (The Mail Abuse Prevention System e a Re-

altime Blackhole List). Cfr. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum_pt.pdf) (recolhido Setembro 2009).

<sup>33</sup> Cfr. CINDY M. RICE, “The TCPA: a justification...”, cit., p. 382; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 133.

<sup>34</sup> Cfr. KENNETH C. AMADITZ, “Canning «Spam»...”, cit., § 12; GARY S. MOOREFIELD, “SPAM...”, cit., § 14; ANACOM, O comércio eletrônico..., cit., p. 176.

<sup>35</sup> Cfr. MICHAEL W. CARROLL, “Garbage In...”, cit.; LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 198; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 135.

<sup>36</sup> Cfr. DAVID E. SORKIN, “Unsolicited Commercial...”, cit., p. 1026; LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 198.

<sup>37</sup> Cfr. DAVID E. SORKIN, “Technical and Legal...”, cit., pp. 346 e 347.

<sup>38</sup> Veja-se, aliás, o disposto no art. 42.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, sobre o comércio eletrônico, quanto ao estímulo da criação de códigos de conduta.

<sup>39</sup> Este diploma de auto-regulamentação encontra-se disponível em <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/Statements/330%20Final%20version%20of%20the%20Consolidated%20Code%20with%20covers.pdf> (recolhido Setembro 2009), merecendo especial atenção o Capítulo D, intitulado “Advertising and Marketing communication using Electronic Media and the Telephone”.

<sup>40</sup> Este documento encontra-se acessível em [http://www.epceurope.org/issues/EASA\\_DMC\\_best\\_practice.pdf](http://www.epceurope.org/issues/EASA_DMC_best_practice.pdf) (recolhido Setembro 2009).

<sup>41</sup> Neste sentido, ver ANXO TATO PLAZA, “Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en internet”, in: Comercio eletrônico en internet, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 236 e ss. Sobre este e outros problemas dos sistemas de autorregulação, ver também DAVID E. SORKIN, “Technical and Legal...”, cit., p. 343.

<sup>42</sup> Cfr. RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 180.

<sup>43</sup> Veja-se, neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 197.

<sup>44</sup> Para mais detalhes sobre este e outros métodos de autorregulação, consulte-se MICHAEL W. CARROLL, “Garbage In: Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations”, 11 Berkeley Tech. L.J. 233, 1996, disponível em (consultado Setembro 2009). Sobre a criação de listas negras, veja-se RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., p. 136.

<sup>45</sup> Cfr. MICHAEL W. CARROLL, “Garbage In...”, cit., referindo que, por exemplo e para ilustrar esta asserção, uma empresa anunciante já havia sido erradamente colocada numa lista negra por uma destas mílias da rede. Ver também LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 197.

<sup>46</sup> Neste sentido, ver LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 196.

<sup>47</sup> Cfr. PAULO MOTA PINTO, “Publicidade domiciliária não desejada – ‘junk mail’, ‘junk calls’ e ‘junk faxes’”, in: Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIV, Coimbra, 1998, pp. 288 e ss.; GARCIA MARQUES / LOURENÇO MARTINS, Direito da Informática, Coimbra, Almedina, 2006, p. 392.

<sup>48</sup> GARCIA MARQUES / LOURENÇO MARTINS, Direito da Informática, cit., p. 395.

<sup>49</sup> CARLA AMADO GOMES, “O direito à privacidade do consumidor – A propósito da Lei n.º 6/99, de

27 de Janeiro”, in: Revista do Ministério Público, n.º 77, 1999, p. 89.

<sup>50</sup> Sobre a origem do right to privacy na doutrina e jurisprudências norte-americanas, sua evolução e “transposição” para o nosso ordenamento, ver o PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXIX, 1993, pp. 512 e ss.; CATARINA CASTRO, Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 17 e ss.

<sup>51</sup> Como bem explica Catarina Castro, a doutrina portuguesa, ao contrário do que sucedeu com a privacy na doutrina e jurisprudência norte-americanas, optou por proteger a intimidade da vida privada autonomamente, enquanto direito especial de personalidade, e não no quadro do direito geral de personalidade, consagrado no art. 70.º, n.º 1, do Código Civil. Cfr. CATARINA CASTRO, Direito da Informática..., cit., p. 23.

<sup>52</sup> Considerando as múltiplas potenciais ameaças de que a intimidade da vida privada pode ser alvo, várias são as normas, no plano nacional e internacional, que lhe concedem manto protector: art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; art. 17.º do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos; art. 18.º da Constituição Espanhola; arts. 14.º e 15.º da Constituição Francesa; art. 9.º da Constituição Grega, entre outros. Para um apanhado quase exaustivo dos preceitos legais, de índole nacional ou internacional, consagradores deste direito à intimidade da vida privada, ver CATARINA CASTRO, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, pp. 5 e ss., acessível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/CatarinaCastro.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf) (recolhido Setembro 2009).

<sup>53</sup> Neste sentido e para um estudo aprofundado sobre este direito especial de personalidade, ver PAULO MOTA PINTO, “O direito à reserva...”, cit., p. 508 e pp. 479 e ss.

<sup>54</sup> Cfr. CATARINA CASTRO, Direito da Informática..., cit., p. 24.

<sup>55</sup> Cfr. CATARINA CASTRO, Direito da Informática..., cit., p. 24.

<sup>56</sup> Cfr. CATARINA CASTRO, Direito da Informática..., cit., p. 24.

<sup>57</sup> Este direito foi autonomizado pela jurisprudência constitucional alemã em 1983, tendo esta jurisprudência tido um papel fundamental na delimitação da vertente positiva deste direito. Cfr. CATARINA CASTRO, Direito da Informática..., cit., p. 28; CATARINA CASTRO, “O direito à autodeterminação...”, cit., p. 11; CARLOS RUIZ MIGUEL, “El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español”, acessível em <http://web.usc.es/~ruizmi/pdf/intiminf.pdf> (recolhido Setembro 2009), p. 6.

<sup>58</sup> Note-se que, para muitos, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um direito distinto do direito à autodeterminação informativa. Neste trilho, encontramos, v.g., PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 27 e ss; CATARINA CASTRO, “O direito à autodeterminação...”, cit., p. 7. Em sentido contrário, considerando tratar-se de um mesmo direito, veja-se, v. g., CARLOS RUIZ MIGUEL, “El derecho a la intimidad...”, cit., pp. 8 e ss, maxime p. 11. Sobre a clivagem existente na doutrina espanhola a respeito desta temática, veja-se RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, Spam y..., cit., pp. 38 e 39.

<sup>59</sup> Cfr. GARCIA MARQUES / LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, cit., pp. 394 e ss.; DANIELA VELHO, “Comunicações publicitárias...”, cit., p. 47.

<sup>60</sup> Sobre a inconstitucionalidade de um eventual regime de proibição total do spam, veja-se DAVID E. SORKIN, “Unsolicited Commercial...”, cit., p. 1022; CNPD, “Parecer 13/2003...”, cit., Parte III, § 3; LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., pp. 199, 208 e 209.

<sup>61</sup> Em clara consonância com o espírito do permission marketing.

<sup>62</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 199; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., p. 108; ANACOM, *O comércio eletrônico...*, cit., p. 181.

<sup>63</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., pp. 199 e 200; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., pp. 108 e 109; ANACOM, *O comércio eletrônico...*, cit., p. 181.

<sup>64</sup> Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO, *La publicidad en internet...*, cit., p. 337.

<sup>65</sup> Acompanhamos, pois, RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., p. 109. Para mais desenvolvimentos sobre os sumariamente descritos sistemas, consulte-se, entre muitos outros, SERGE GAUTHRONET / ÉTIENNE DROURARD, *Comunicações comerciais não solicitadas...*, cit., pp. 13 e ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., pp. 198 e ss.; GARCIA MARQUES / LOURENÇO MARTINS, *Direito da Informática*, cit., pp. 397 e ss.; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., pp. 106 e ss.; ANACOM, *O comércio eletrônico...*, cit., pp. 180 e ss. Em especial, sobre as vantagens e desvantagens de cada um dos sistemas, consulte-se [http://www.oecd-antispam.org/article.php?id\\_article=235](http://www.oecd-antispam.org/article.php?id_article=235) (acedido Setembro 2009).

<sup>66</sup> O art. 2.º, al. f), da Directiva n.º 2000/31/CE define comunicações comerciais como “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato”.

<sup>67</sup> Repare-se que o legislador comunitário substituiu a expressão “comunicações comerciais não solicitadas” utilizada na Directiva n.º 2000/31/CE pela fórmula “comunicações para fins de comercialização direta não solicitadas”, que, conforme o exposto no considerando 40, são perspectivadas como “formas de comunicações comerciais não solicitadas”. Cfr. VILMA SÁNCHEZ DEL CASTILLO, *La publicidad en internet...*, cit., p. 14. Neste seguimento, o legislador luso empregou, como veremos infra, a expressão por “comunicações para fins de marketing direto”, à semelhança de vários homólogos europeus.

<sup>68</sup> Olvidando-se aqui o legislador comunitário de exigir a indicação dos números de telefone, para o caso das comunicações realizadas por sms, por telefone ou por fax.

<sup>69</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on unsolicited commercial communications or spam (Text with EEA relevance)”, (COM(2004) 28 final), 22 de Janeiro de 2004, acessível em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=52004DC0028&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=52004DC0028&model=guichett) (consultado Setembro 2009).

<sup>70</sup> Referimo-nos à Directivas n.ºs 95/46/CE.

<sup>71</sup> Ver supra nota 11.

<sup>72</sup> Para mais detalhes sobre estes instrumentos, ver SERGE GAUTHRONET / ÉTIENNE DROURARD, *Comunicações comerciais não solicitadas...*, cit., p. 5.

<sup>73</sup> Sobre este delicado tema, ver RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., pp. 45 e ss.

<sup>74</sup> Cfr. SERGE GAUTHRONET / ÉTIENNE DROURARD, *Comunicações comerciais não solicitadas...*, cit., pp. 20 e 21; CNPD, “Parecer 13/2003...”, cit., Parte III, § 4.

<sup>75</sup> O Código da Publicidade foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, e alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 74/93, de 10 de Março, 6/95, de 17 de Janeiro, 61/97, de 25 de Março, 275/98, de 9 de Setembro, 51/2001, de 15 de Fevereiro, 332/2001, de 24 de Dezembro, 81/2002, de 4 de Abril, e 224/2004, de 4 de Dezembro, 57/2008, de 26 de Março, Leis n.ºs 31-A/98, de 14 de Julho, 32/2003, de 22 de Agosto e 37/2007, de 14 de Agosto. Nos termos deste art. 3.º, considera-se publicidade qualquer forma de comunicação, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão – pelo que se aqui se engloba a publicidade difundida através da Internet e, em particular, por correio eletrónico – feita por entidades de natureza pública e privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens e serviços, promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

<sup>76</sup> Não obstante, existe alguma divergência na doutrina quanto à aplicabilidade analógica do art. 23.º do Código da Publicidade, preceito disciplinador da publicidade domiciliária, às comunicações publicitárias eletrónicas. Assim, defendendo que a publicidade por correio eletrónico integra a noção de publicidade e, portanto, se sujeita ao regime da publicidade domiciliária previsto art. 23.º do Código da Publicidade, ver ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio eletrónico...*, cit., p. 94. Diversamente, propugnando que a caixa de correio eletrónico não se pode equiparar ao domicílio e, por conseguinte, afastando a aplicabilidade analógica deste dispositivo, ver LUÍS MENEZES LEITÃO, “A distribuição de mensagens...”, cit., p. 208; PAULO MOTA PINTO, “Publicidade domiciliária...”, cit., p. 275.

<sup>77</sup> Relativamente à opção nacional pela expressão “comunicações publicitárias em rede”, diz-nos o próprio legislador no considerando 4 que esta parece ser a designação preferível, “uma vez que é sempre e só a publicidade que está em causa”.

<sup>78</sup> Ver supra nota 74.

<sup>79</sup> Cfr. ANACOM, *O comércio eletrónico...*, cit., p. 188.

<sup>80</sup> Ver supra nota 2.

<sup>81</sup> Neste sentido, ver CNPD, “Parecer 13/2003...”, cit., Parte II, § 3; ANACOM, *O comércio eletrónico...*, cit., p. 189, nota 284; RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., pp. 116 e 117.

<sup>82</sup> Em conformidade, a lista de oposição institucional prevista neste diploma e gerida pela Direção-Geral do Consumidor permite outrossim a inclusão do número de telemóvel.

<sup>83</sup> Cfr. SERGE GAUTHRONET / ÉTIENNE DROURARD, *Comunicações comerciais não solicitadas...*, cit., p. 18; ANACOM, *O comércio eletrónico...*, cit., p. 189, nota 285.

<sup>84</sup> Ver o que acima escrevemos, na p. 15.

<sup>85</sup> Resta, pois, saber o que se entende por “produtos ou serviços análogos”. Serão produtos ou serviços com natureza e características próximas? Serão produtos com finalidades idênticas? Serão produtos

substituíveis? Serão produtos economicamente complementares? Ou todos os que referimos? Sobre este problema interpretativo, ver, no que respeita à similar expressão utilizada na lei homóloga espanhola, RAQUEL GUILLÉN CATALÁN, *Spam y...*, cit., pp. 120 e 121.

<sup>86</sup> Em Portugal, temos conhecimento de uma lista de oposição mantida pela AMD – Associação Portuguesa de Marketing Direto, sob a supervisão da CNPD, pese embora seja somente aplicável à publicidade endereçada e à publicidade por telefone, conforme informação recolhida em <http://www.amd.pt/> (consultado Setembro 2009). Não obstante, e contraditoriamente, o formulário aqui disponibilizado faz referência à possibilidade de oposição ao envio de publicidade por e-mail. Listas de opção negativa têm sido igualmente criadas na Finlândia, Alemanha, Itália, Holanda, Noruega, Espanha, Suécia e Reino Unido, na sua maior parte mantidas, à semelhança do caso português, por associações de marketing direto. Cfr. ANACOM, *O comércio eletrónico...*, cit., p. 190, nota 288.

<sup>87</sup> A saber, <http://www.consumidor.pt/>.

<sup>88</sup> Para uma sùmula de toda a legislação existente sobre esta temática em diversos países ver o sítio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) <http://www.oecd-antispam.org/countrylaws.php3>.

## REFERÊNCIAS

AMADITZ, Kenneth C., “Canning «Spam» in Virginia: Model Legislation to Control Junk E-mail”, 4 *Virginia Journal of Law and Technology* 4, 1999, acessível em [http://www.vjolt.net/vol4/issue/home\\_art4.html](http://www.vjolt.net/vol4/issue/home_art4.html) (consultado Setembro 2009).

ANACOM, *O comércio eletrónico em Portugal: o quadro legal e o negócio*, disponível em [http://www.anacom.pt/streaming/manual\\_comercio\\_elec.pdf?contentId=178219&field=ATTACHED\\_FILE](http://www.anacom.pt/streaming/manual_comercio_elec.pdf?contentId=178219&field=ATTACHED_FILE) (acedido Setembro 2009).

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, “Opinion 1/2000 on certain data protection aspects of electronic commerce”, disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp28\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2000/wp28_pt.pdf) (recolhido Setembro 2009).

CARROLL, Michael W., “Garbage In: Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations”, 11 *Berkeley Tech. L.J.* 233, 1996, disponível em (consultado Setembro 2009).

CASTRO, Catarina, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005.

CASTRO, Catarina, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, acessível em [http://www.estig.ipbeja.pt/-ac\\_direito/CatarinaCastro.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/-ac_direito/CatarinaCastro.pdf) (recolhido Setembro 2009).

CHAVES, Rui Moreira, *Código da Publicidade Anotado*, Coimbra, Almedina, 2005.

COMISSÃO EUROPEIA, “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on unsolicited commercial communications or spam (Text with EEA relevance)”, (COM(2004) 28 final), 22 de Janeiro de 2004, acessível em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CEL](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CEL)

EXnumdoc&lg=EN&numdoc=52004DC0028&model=guichett (consultado Setembro 2009).

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, “Parecer 13/2003 sobre um Projecto de Decreto-lei que transpõe a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho”, acessível em <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2003/htm/par/par013-03.htm> (consultado Setembro 2009).

GAUTHRONET, Serge / DROURARD, Étienne, Comunicações comerciais não solicitadas e Protecção dos Dados – Síntese das Conclusões do Estudo, Comissão das Comunidades Europeias, 2001, acessível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamsum_pt.pdf) (recolhido Setembro 2009).

GOMES, Carla Amado, “O direito à privacidade do consumidor – A propósito da Lei n.º 6/99, de 27 de Janeiro”, in: Revista do Ministério Público, n.º 77, 1999, pp. 89-103.

GUILLÉN CATALÁN, Raquel, Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Publicidade na rede”, in: O direito, Ano n.º 140, n.º 2, 2008, pp. 349-365.

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Publicidade na internet”, in: Direito da Sociedade da Informação, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 285-309.

LEITÃO, Luís Menezes, “A distribuição de mensagens de correio eletrónico indesejadas (SPAM)”, in: Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 191-212.

MACCABONI, Giovanna, “La profilazione dell’utente telematico fra tecniche pubblicitarie online e tutela della privacy”, in: Il diritto dell’informazione e dell’informatica, Ano 13, n.º 3, 2001, pp. 425-444.

MARQUES, Garcia / MARTINS, Lourenço, Direito da Informática, Coimbra, Almedina, 2006.

MOOREFIELD, Gary S., “SPAM – It’s not Just for Breakfast Anymore: Federal Legislation and the Fight to Free the Internet From Unsolicited Commercial E-Mail”, in: 5 B.U. J. Sci. & Tech. L. 10, 1999, disponível em <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume5/5bujstl10.pdf> (recolhido Setembro 2009).

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PEREIRA, André Dias, “O Código de Direito de Autor e a Internet”, in: Verbojuridico.com, Abril de 2000, p. 3, disponível em [http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/cda\\_internet.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/autor/cda_internet.pdf) (recolhido Setembro 2009).

PEREIRA, Alexandre Dias, “A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio eletrónico”, in: Estudos de direito do consumidor, n.º2, Coimbra, Centro de Direito de Consumo, 2000, pp. 43-140.

PEREIRA, Alexandre Dias, Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica, Coimbra, Almedina, 1999.

PINTO, Paulo Mota, “Publicidade domiciliária não desejada – ‘junk mail’, ‘junk calls’ e ‘junk faxes’”, in: Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIV, Coimbra, 1998, pp. 273-325.

PINTO, Paulo Mota, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”,

in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXIX, 1993, pp. 479-585.

RICE, Cindy M. “The TCPA: a justification for the prohibition of spam in 2002?”, in: North Carolina Journal of Law and Technology, Vol. 3, 2002, pp. 375-406, disponível em [http://jolt.unc.edu/sites/default/files/rice\\_v3i.pdf](http://jolt.unc.edu/sites/default/files/rice_v3i.pdf) (recolhido Setembro 2009).

Ruiz Miguel, Carlos, “El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español”, acessível em <http://web.usc.es/~ruizmi/pdf/intiminf.pdf> (recolhido Setembro 2009).

Salas, Sofia de, “La Publicite Abusive Sur Internet: Quelques Reflexions sur le Phenomene du «Spam» Dans la Perspective des Institutions Europeennes et la Legislation Espagnole”, in: European Review of Private Law, n.º 2, 2007, pp. 185-204.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma, La publicidad en internet: régimen jurídico de las comunicaciones comerciales eletrónicas, La Ley, 2007.

SORKIN, David E., “Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail”, in: 35 U.S.F. L. Rev. 325, 2001, pp. 325-384, disponível em <http://www.spamlaws.com/ff/articles/usf.pdf> (recolhido Setembro 2009).

SORKIN, David E., “Unsolicited Commercial E-Mail and the Telephone Consumer Protection Act of 1991”, 45 BUFF. L. REV. 1001, pp. 1001-1032, acessível em <http://www.spamlaws.com/articles/buffaloarticle.html> (consultado Setembro 2009).

STAZI, Andrea, La pubblicità commerciale on line, Milano, Giuffrè Editore, 2004.

TATO PLAZA, Anxo, “Internet, a publicidade e a concorrência”, in: Temas de Direito da Informática e da Internet, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 181-196.

TATO PLAZA, Anxo, “Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en internet”, in: Comercio eletrónico en internet, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 225-259.

VEGA VEGA, José Antonio, Contratos eletrónicos y protección de los consumidores, Madrid, R.G.L.J., 2005.

VELHO, Daniela, “Comunicações publicitárias não solicitadas”, in: Fórum – Revista Semestral do Instituto de Seguros de Portugal, n.º26, Dezembro 2008, pp. 34-49, acessível em <http://www.isp.pt/winlib/cgi/winlibprx.exe?key=&cap=&pesq=7&thes1=14611&labe=VELHO%2C+Daniela&doc=17854> (visitado Setembro 2009).

# O REGIME DO CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE

NO DIREITO PORTUGUÊS\*

FRANCISCO LUÍS ALVES

Mestre e doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Diretor do Departamento de Relações com os Consumidores do ISP

## EXCERTOS

*“Os deveres de informação previstos nos artigos 18 e 22 têm particular relevo no contrato de seguro de saúde, nomeadamente no que se refere ao risco a cobrir, exclusões e limitações de cobertura, valor do prémio correspondente, montante máximo a que o segurador se obriga, e a respectiva duração do contrato”*

*“Os questionários médicos não têm que ser absolutamente exaustivos, pelo que se o tomador ou segurado conhecer outra circunstância que possa afetar o prémio e âmbito de cobertura do contrato deve declará-la”*

*“O segurador não pode prevalecer-se das imprecisões e omissões do questionário depois de aceitar o contrato, o que lhe confere um dever de maior cuidado na análise do risco e aceitação do contrato, pois já não poderá vir a invocar as omissões ou inexactidões para anulá-lo”*

*“O incumprimento do dever de informar por parte do segurador leva-o a um dever de indenizar nos termos gerais relativamente aos elementos que não comunicou e cuja informação era determinante para o proponente decidir sobre se realizava os exames, seja pelos exames que estejam em causa, seja pelo custo dos mesmos”*

*“Quando o proponente tenha declarado previamente ao segurador ter diabetes e o resultado dos exames confirmar essa circunstância, já não será necessário que a comunicação se processe através de um médico”*

*“Mas há um aspecto importante que não se poderá deixar de considerar: a regra é que o contrato vigora para o futuro, sendo a exceção a cobertura de período anterior ao da celebração do contrato e cuja fixação está dependente de um interesse legítimo do tomador ou segurado”*

*“Caso não tenha existido declaração de risco consentânea com a realidade e exista sinistro, o segurador cobre na proporção do prémio que recebeu, também deverá estornar o prémio proporcional que não esteja a cobrir risco”*

*“Para evitar um uso desnecessário e inconsciente do contrato, é habitual ficar a cargo do segurado uma franquia ou copagamento que pretende levar a uma utilização ponderada das coberturas do contrato”*

## NOTA PRÉVIA<sup>1</sup>

No presente estudo procede-se, essencialmente, à análise jurídica do seguro de saúde em Portugal, que partindo de uma premissa de liberdade contratual (art. 405 do Código Civil) tem o seu regime plasmado no Decreto-Lei 72/2008, de 16 de Abril (Lei do Contrato de Seguro)<sup>2</sup>. A inexistência de apólice uniforme que sirva de base aos clausulados leva a que a análise do seu regime se centre naqueles elementos.

Atendendo a que não se conhecem outros estudos que incidam exclusivamente sobre a vertente jurídica de seguro de saúde e em particular do regime constante da LCS, pretende-se apenas dar um contributo para a sua análise, focando-se os aspectos mais relevantes na legislação geral e os especificamente relacionados com a contratação, vigência, conteúdo e cessação do seguro de saúde.

## I - ENQUADRAMENTO PÚBLICO E PRIVADO

### 1. A PROTEÇÃO DA SAÚDE

1.1 O Estado tem como incumbência a proteção da saúde<sup>3</sup>, sendo esta efetuada nos dias atuais tanto através do Serviço Nacional de Saúde<sup>4</sup> como através de um serviço privado. É no serviço privado de saúde que os seguros ganham relevo, devido aos custos associados a esses serviços<sup>5</sup>, cofinanciando tais custos e, portanto, tornando menos difícil a sua utilização.

O Serviço Nacional de Saúde português é universal e geral, e entendemos que os seguros vêm efetuando um trajecto de alargamento de cobertura<sup>6</sup> no mesmo sentido, atendendo ao número de pessoas seguras abrangidas, que em 2007 já eram cerca de dois milhões<sup>7</sup>.

Onde o SNS seja insuficiente, os serviços privados<sup>8</sup> podem complementar. Será a junção destes dois serviços que faz a universalidade da proteção da saúde, já que caso as pessoas que estão abrangidas por um contrato de seguro de saúde recorressem unicamente ao SNS, provavelmente agravaria as dificuldades<sup>9</sup> em períodos de espera e a proteção efetiva da saúde dos portugueses.

Segundo O. D. DICKERSON, uma má proteção da saúde produz dois tipos de perdas financeiras: a perda relativamente à saúde da própria pessoa e inerentes gastos para a recuperação e aquilo que deixa de produzir por afetar a capacidade de trabalho<sup>10</sup>. Daí que uma boa proteção da saúde tenha essa dupla vantagem: proteger a própria pessoa e contribuir para o bem geral<sup>11</sup>.

1.2. O artigo 64.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa<sup>12</sup> fixa os limites

e o âmbito da proteção da saúde. O primeiro elemento a reter é que para além de todos terem o direito à proteção da saúde, também há um dever de a defender e promover.

O direito à proteção da saúde é realizado através de um serviço nacional de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito [art. 64.º, n.º 2, alínea a)], mas este direito pode ser alcançado tanto através dos meios públicos como privados<sup>13</sup>.

O n.º 3 do art. 64 elenca nas incumbências prioritárias do Estado a garantia de acesso de todos os cidadãos aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação [alínea a)], bem como a gestão racional que garanta uma eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde [alínea b)], socialização dos custos [alínea c)]<sup>14</sup> e ainda a disciplina e fiscalização das formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde [alínea d)], o que demonstra que o Estado gere a saúde num pressuposto de complementaridade entre o público e o privado.

*A lei portuguesa adota uma aceção ampla e flexível da declaração de risco, para que sejam abrangidas todas as circunstâncias que possam refletir-se na apreciação do risco*

1.3. O estatuto do SNS foi aprovado através do Decreto-Lei 11/93, de 15 de Janeiro, e nos termos do seu art. 2.º «aplica-se às instituições e serviços que constituem o Serviço Nacional de Saúde e às entidades particulares e profissionais em regime liberal integradas na rede nacional de prestação de cuidados de saúde, quando articuladas com o Serviço Nacional de Saúde».

O estatuto no seu Artigo 24, com a epígrafe «Seguro alternativo de saúde», vem prever que podem ser celebrados contratos de seguro por força dos quais as entidades seguradoras assumam, no todo ou em parte, a responsabilidade pela prestação de cuidados de saúde aos beneficiários do SNS (n.º 1), mas esses contratos não podem, em caso algum, restringir o direito de acesso aos cuidados de saúde e devem salvaguardar o direito de opção dos beneficiários, podendo, todavia, responsabilizá-los, de acordo com critérios a definir (n.º 2).

Apesar do n.º 3 do mesmo preceito referir que «o regime de seguros a que se refere o presente artigo é definido em Portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Saúde», aquela não chegou a ser publicada. De qualquer modo, atendendo à existência de seguros de saúde no mercado português suportados pelos tomadores ou segurados, o conteúdo de tal Portaria apenas poderia versar sobre o financiamento do custo e as condições de acesso ao seguro.

## 2. A AUTONOMIA PRIVADA E AS SUAS LIMITAÇÕES

2.1. A autonomia privada tem a sua raiz nos princípios estruturantes do próprio direito, já que é a autonomia que permite a realização de atos ou negócios jurídicos. A relação entre um segurador e um tomador deriva em termos constitucionais do disposto no art. 61 da Constituição da República Portuguesa, relativo à liberdade de iniciativa privada, concretizando-se em termos civis no art. 405 do Código Civil<sup>15</sup>, o que possibilita às partes ajustarem num contrato de seguro o que entenderem.

2.2. O princípio da liberdade contratual está também presente na LCS, no seu art. 11, pelo que as partes podem acordar sobre o conteúdo do contrato, com os limites constantes da própria LCS ou os decorrentes da lei geral.

2.3. Os limites devem sempre ser olhados na perspectiva em que a celebração, o conteúdo e a execução do contrato devem ser feitos de boa fé<sup>16</sup>, já que o direito<sup>17</sup> vela para que as relações contratuais sejam justas<sup>18</sup> e que uma parte não retire um proveito desproporcionado e infundado da obrigação da outra parte<sup>19</sup>.

2.4. No domínio contratual, o Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro (Lei das Cláusulas Contratuais Gerais)<sup>20</sup>, constitui um limite a ser observado nos contratos de seguro (art. 3.º da LCS)<sup>21</sup>. Dispõe aquele diploma, no seu art. 15, que «são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé», constituindo este o aspecto nevrálgico para a apreciação<sup>22</sup> do equilíbrio das partes<sup>23</sup> nos contratos em que sejam inseridas estas cláusulas, fornecendo ainda a lei elencos de cláusulas relativamente e absolutamente proibidas que são por essa via abusivas<sup>24</sup>.

2.5. A Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de Junho) vem também dispor no sentido de que o consumidor «tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na exigência dos contratos» (art. 9.º, n.º 1, da LDC). Particulariza ainda o seu âmbito de proteção, pretendendo também prevenir abusos resultantes de contratos pré-elaborados através de uma redação clara e precisa, bem como a inserção de cláusulas que originem significativo desequilíbrio entre as partes (art. 9.º, n.º 2, da LDC). A inobservância do referido fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais (art. 9.º, n.º 3, da LDC)<sup>25</sup>.

## II - O CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE NO DECRETO-LEI N.º 72/2008, DE 16 DE ABRIL

### 3. A NOÇÃO DE SEGURO DE SAÚDE

3.1. O contrato de seguro de saúde tem tido desenvolvimentos não só ao

nível da sua utilização como da sua construção jurídica e técnica.

Em termos gerais, DAVID BICKELHAUPT define seguro de saúde como aquele que se aplica às formas de seguro que dão proteção contra o impacto financeiro da doença ou acidente<sup>26</sup>.

Em Portugal, MOITINHO DE ALMEIDA, antes do revogado Decreto-Lei 176/95, de 26 de Julho, e do atual regime do contrato de seguro, referia que o seguro de doença podia ser considerado um seguro de pessoas independentemente de qualquer prejuízo sofrido e noutros casos seria um seguro contra danos (pagamento de despesas médicas)<sup>27</sup>.

Atualmente, no âmbito do Decreto-Lei 94-B/98, de 17 de Abril, na versão do Decreto-Lei 2/2009 (Regime de acesso e exercício à atividade seguradora), o seguro de saúde tem a sua situação clarificada, estando integrado nos ramos não vida, conforme se poderá observar no artigo 123.º, ponto 2) através do ramo doença, o qual compreende três tipos de modalidades: a) Prestações convencionadas; b) Prestações indenizatórias; c) Combinações de ambas.

Quando existam  
omissões ou  
inexatidões dolosas  
o contrato torna-se  
anulável mediante  
declaração enviada pelo  
segurador ao tomador  
do seguro

Para o ramo Vida ficam os seguros destinados a cobrir danos corporais, incluindo-se nestes a incapacidade para o trabalho profissional, a morte por acidente ou a invalidez em consequência de acidente ou doença [artigo 124.º, n.º 1, al. c)].

3.2. O artigo 213 vem referir que «no seguro de saúde, o segurador cobre riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde». É uma noção que se centra apenas na cobertura, não fazendo alusão aos aspectos concetuais do contrato de seguro, pelo que *a contrario* acolhe os elementos gerais do conteúdo típico mencionados art. 1.º da LCS, com as especificidades das coberturas do seguro de saúde.

Sobre a noção de seguro de saúde, JOSÉ ALVES DE BRITO pronuncia-se no sentido de que ela «remete, no essencial, para o convencionado pelas partes no contrato»<sup>28</sup> e que a expressão «prestação de cuidados de saúde» compreende não só as modalidades tradicionais de seguro de doença, que já mencionámos a propósito do constante no Decreto-Lei 94-B/98, de 17 de Abril, como também «as despesas resultantes de tratamentos e outras realidades (parto e outras). É orientação que, no seguro de saúde, distingue o seguro de doença em sentido clássico (a alteração involuntária do estado de saúde) do seguro de despesas médicas»<sup>29</sup>, que como veremos corresponde essencialmente a uma prestação de serviços.

3.3. A título exemplificativo refira-se que em Espanha o seguro de doença

também conhece várias designações, atendendo às coberturas que estão em causa, embora em Portugal essa distinção seja meramente doutrinal e em Espanha seja legal, distinguindo a lei do contrato de seguro espanhol, no seu art. 105.º, os «Seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria»<sup>30</sup>, bem como o «seguro de dependencia»<sup>31</sup> que teve um tratamento autónomo através da Lei 39/2006, de 14 de Dezembro.

#### 4. O SEGURO DE SAÚDE ENQUANTO SEGURO DE PESSOAS

4.1. O artigo 175 vem fixar o objeto do seguro de pessoas<sup>32</sup>, compreendendo os riscos relativos à saúde e podendo garantir prestações de valor predeterminado não dependente do efetivo montante do dano e prestações de natureza indenizatória.

Fazendo a associação com as prestações constantes do Ramo Doença referidas no Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, podemos ter prestações convenionadas e prestações indenizatórias.

4.2. O seguro de saúde pode ser contratado como seguro individual ou de grupo (artigo 176.º), sendo individual quando esteja em causa uma das seguintes situações:

- a) Uma pessoa individualmente considerada;
- b) Agregado familiar;
- c) Conjunto de pessoas vivendo em economia comum.

A extensão do seguro individual ao agregado familiar e às pessoas em economia comum é uma especificidade, já que são valorados laços tendencialmente permanentes e que não devem ser encarados como, por exemplo, o vínculo de um trabalhador a uma empresa.

#### 5. A PLURALIDADE DE SEGUROS DE SAÚDE

5.1. Tal como na generalidade dos seguros de danos (art. 133), o art. 180, n.º 1, enquanto regra para os seguros de pessoas prevê a possibilidade de cumulação de seguros, ainda que estejam dependentes da verificação de um mesmo evento, abrangendo tal princípio os seguros de saúde.

5.2. No entanto, se para os restantes seguros de pessoas existe a condição do tomador do seguro ou segurado informar o segurador da existência ou da contratação de seguros relativos ao mesmo risco, essa obrigação não se aplica aos seguros de saúde [art. 215.º, alínea b)].

Deste modo, o tomador ou segurado solicita as prestações indenizatórias ao segurador que pretender, de acordo com o âmbito das coberturas que tiver contratado.

Esta exceção não tem paralelo em qualquer outro tipo de seguro e demonstra a preocupação superior do legislador com o seguro de saúde na proteção da saúde do cidadão, dando um cariz ainda mais social à função dos seguradores.

## 6. DEVERES DE INFORMAÇÃO

6.1. Os deveres de informação previstos nos artigos 18 e 22 têm particular relevo no contrato de seguro de saúde, nomeadamente no que se refere ao risco a cobrir, exclusões e limitações de cobertura, valor do prémio correspondente, montante máximo a que o segurador se obriga, e a respectiva duração do contrato, que atualmente na sua maior parte terá a duração de um ano, sendo renovável por igual período.

O artigo 23 vem explicitar as consequências do incumprimento dos deveres de informação, podendo dar lugar cumulativamente ou isoladamente a:

- Responsabilidade civil;
- Resolução do contrato.

A responsabilidade civil opera nos termos gerais, ou seja, de acordo com o regime previsto no Código Civil e com os respectivos danos que tenham sido causados.

A resolução do contrato tem um prazo para ser exercida, de 30 dias, a contar da recepção da apólice<sup>33</sup>, mas há exceções que impedem a resolução, a saber:

- Não ter o incumprimento afetado razoavelmente a decisão de contratar;
- Tenha sido acionada a cobertura por terceiro.

6.2. Caso exista desconformidade entre as informações prestadas sobre o pretendido e oferecido pelas partes e aquilo que consta na apólice, o tomador tem 30 dias a contar da recepção da apólice para invocar as divergências que resultem do documento escrito ou outro suporte duradouro (artigo 35), já que é a apólice com os seus elementos contratuais mínimos que fixa a base do contrato, refletindo o acordado entre as partes (artigo 37).

## 7. DECLARAÇÃO INICIAL DE RISCO

7.1. O artigo 24 vem dispor sobre esta matéria, sendo importante para a aferição de preexistências. Influi não só sobre o prémio como no âmbito de cobertura do próprio contrato.

Relativamente às informações com reflexo na apreciação do risco, refere CARLOS HARTEN que as circunstâncias que devem ser declaradas não são aquelas que têm certa influência na duração da vida do segurado, ou que potencialmente podem causar a morte ou invalidez, mas sim todas as que interferem

com a saúde<sup>34</sup>.

A lei portuguesa adota uma aceção ampla e flexível da declaração de risco, para que sejam abrangidas todas as circunstâncias que possam refletir-se na apreciação do risco, pelo que deve o tomador ou segurado declarar todas as circunstâncias que conheça e deva ter razoavelmente por significativas para a apreciação do risco<sup>35</sup>.

Isto suscita o problema das situações clínicas não diagnosticadas mas existentes anteriormente ao contrato<sup>36</sup>. Os questionários médicos não têm que ser absolutamente exaustivos<sup>37</sup>, pelo que se o tomador ou segurado conhecer outra circunstância que possa afetar o prémio e âmbito de cobertura do contrato deve declará-la.

Apesar deste dever de declaração de risco abrangente, para além do questionário, o legislador desvaloriza em prol da segurança contratual a omissão de resposta a pergunta do questionário, a resposta imprecisa, a questão formulada

Existindo sinistro, é determinante a existência de causalidade entre o fato omitido e o evento ocorrido que determina o acionamento do contrato

em termos demasiado genéricos, a incoerência ou contradição evidente nas respostas ao questionário, o fato omitido ou inexato conhecido pelo representante do segurado e as circunstâncias públicas e notórias do segurado (n.º 3 do artigo 24).

O segurado não pode prevalecer-se das imprecisões e omissões do questionário depois de aceitar o contrato, o que lhe confere um dever de maior cuidado na análise do risco e aceitação do contrato, pois já não poderá vir a invocar as omissões ou inexatidões para anulá-lo<sup>38</sup>.

7.2. No entanto, quando existam omissões ou inexatidões dolosas o contrato torna-se anulável mediante declaração enviada pelo segurado ao tomador do seguro, não tendo que cobrir os riscos de um sinistro que ocorra até 3 meses após ter tomado conhecimento da omissão ou inexatidão (artigo 25)<sup>39</sup>.

Quando existam omissões ou inexatidões negligentes nos termos do artigo 26, o legislador distingue a situação de ausência de sinistro da situação de ocorrência de sinistro.

Na primeira, o segurado dispõe de um prazo de 3 meses para tomar uma de três decisões:

- Manter o contrato por nada fazer no prazo indicado;
- Propor alteração do contrato;
- Cessar o contrato, demonstrando que não celebraria o contrato se conhe-

cesse os riscos em causa.

Na segunda situação, em caso de sinistro, o segurador pode cobri-lo numa base proporcional ao prémio recebido para o risco (caso o fato omitido fosse conhecido pelo segurador).

7.3. As omissões ou inexactidões negligentes têm um tratamento diferenciado<sup>40</sup>, prevendo o artigo 26 diferentes soluções consoante tenha ou não existido sinistro.

Quando não exista sinistro, após o segurador ter tomado conhecimento das omissões ou inexactidões pode tomar duas posições alternativas no prazo de 3 meses:

- a) Propor alteração do contrato que para produzir efeitos deve ser aceite<sup>41</sup>;
- b) Cessar o contrato, desde que demonstre que em caso algum celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o fato omitido ou declarado inexatamente<sup>42</sup>.

A comunicação dos resultados médicos deverá ser feita por um médico, salvo se as circunstâncias forem já do conhecimento da pessoa segura

Quando exista sinistro e a omissão ou inexactidão tenha influência sobre o mesmo, o n.º 4 do preceito prevê duas soluções:

- a) Cobertura numa base proporcional ao prémio recebido para o risco em causa, ou seja, se o risco equivale ao valor 100 e só recebeu prémio por 50, então só irá cobrir metade dos custos do sinistro;
- b) Devolução do prémio e a inerente não cobertura do sinistro, mas tendo o segurador que demonstrar que nunca teria celebrado o contrato se conhecesse o fato omitido.

Existindo sinistro, é determinante a existência de causalidade<sup>43</sup> entre o fato omitido e o evento ocorrido que determina o acionamento do contrato.

7.4. A proposta de seguro de saúde efetuada por pessoa singular<sup>44</sup>, nos termos do artigo 27 (valor do silêncio do segurador)<sup>45</sup>, tem-se por aceite pelo segurador se este nada disser no prazo de 14 dias após a recepção da proposta no local próprio, em impresso do segurador, devidamente preenchido, e restante documentação que tenha sido exigida.

Nesta situação, o contrato assume as condições contratuais e a tarifa em vigor na data da celebração atendendo ao que foi proposto, pelo que demonstrando o segurador que em caso algum celebra contratos com as características constantes da proposta, o silêncio deste não produz efeitos, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil<sup>46</sup>.

No seguro de grupo contributivo em que o segurado seja pessoa singular e o tomador seja mediador com poderes de representação é previsto também um

efeito para o silêncio, pelo que se no prazo de 30 dias o segurador não notificar o proponente da recusa ou necessidade de recolher informações essenciais à avaliação do risco, considera-se a adesão efetuada nos termos propostos (art. 88, n.º 1 da LCS).

O silêncio<sup>47</sup> é, assim, uma das formas de conclusão do contrato de seguro de saúde enquanto contrato individual<sup>48</sup>, como bem assinala o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto quando refere que «Da interpretação das normas do art. 426.º do CCom e 17.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro pode concluir-se que o contrato de seguro surge, tornando-se perfeito, a partir de três momentos distintos:

- o primeiro, o momento da emissão da apólice pela seguradora;
- o segundo, pela aceitação da seguradora da proposta de seguro;
- o terceiro, pelo decurso do prazo de 15 dias após a recepção da proposta pela seguradora e no silêncio desta»<sup>49</sup>.

## 8. OS EXAMES MÉDICOS E A DIVULGAÇÃO DAS INFORMAÇÕES

8.1. Como já vimos, a declaração de risco (artigo 24) é um momento essencial na formação do contrato e na determinação do seu conteúdo ou decisão de não contratação por parte do segurador, sendo que num seguro de saúde está em causa a declaração sobre o estado da saúde. Os exames médicos<sup>50</sup> (artigo 177) são um meio auxiliar essencial na avaliação do risco<sup>51</sup>.

8.2. A realização de exames médicos tem duas vertentes, a saber:

a) Informação antes dos exames, através da entrega de documento, com um conjunto de elementos<sup>52</sup> que permitem ao potencial segurado conhecer a identificação dos exames, onde podem ser realizados, o respectivo custo e a pessoa ou entidade que vai receber o resultado dos exames e relatórios dos atos que existam (artigo 178, n.º 1);

b) Informação posterior aos exames, sobre quando e a quem será fornecida (artigo 178, n.ºs 3 a 6).

8.3. A questão que se suscita quanto à informação prévia à realização dos exames é a de saber qual a consequência da violação do dever de informação por parte do segurador, ao qual cabe fazer prova do seu cumprimento.

Atendendo a que a não realização de exames exaustivos não prejudica o dever geral do proponente de declarar todas as circunstâncias que conheça, que possam ter influência no prémio, consideramos que o incumprimento dos vários deveres de informação por parte do segurador apenas tem reflexo<sup>53</sup> prático na informação relativa ao custo dos exames. Nessa situação o segurador deverá assumir o

custo dos mesmos caso estes não tenham sido comunicados, ou seja, o ónus de informar constante do artigo 178, n.º 2, relativamente aos deveres do segurador constantes das quatro alíneas do n.º 1 do artigo 178 só tem aplicabilidade prática na alínea c)<sup>54</sup>.

No que se refere ainda à violação do dever de informar sobre a discriminação exaustiva sobre os exames a realizar, consideramos que de forma mais remota será sustentável a existência de responsabilidade civil do segurador quanto a exames que a pessoa não quisesse efetuar, seja por uma questão de dignidade ao realizar um exame incomodativo, seja por uma questão de privacidade e que na situação concreta do exame não tivesse conseguido evitar.

Em resumo, o incumprimento do dever de informar por parte do segurador leva-o a um dever de indenizar nos termos gerais relativamente aos elementos que não comunicou e cuja informação era determinante para o proponente decidir sobre se realizava os exames, seja pelos exames que estejam em causa, seja pelo custo dos mesmos<sup>55</sup>.

**8.4.** A comunicação do resultado dos exames médicos, sendo um direito dos segurados ou proponentes, tem um conjunto de regras que devem ser respeitadas de modo a proteger a confidencialidade dos dados<sup>56</sup>. Temos aqui que distinguir duas situações:

a) Quando o contrato é aceite sem qualquer restrição ou agravamento, em que o segurador só informa a pessoa segura ou a quem esta indique quando solicita expressamente o resultado dos exames médicos (art. 178, n.º 3);

b) Quando o contrato não é aceite ou é aceite em condições especiais (art. 178, n.º 5), em que entendemos que para além dos resultados poderem ser solicitados pelo proponente ou segurado (art. 178, n.º 6), por força do artigo 15, o segurador é obrigado a fundamentar, sem que exista solicitação nesse sentido, sobre os efeitos dos resultados médicos que derivaram numa recusa de celebração ou agravamento do respectivo prémio<sup>57</sup>.

A comunicação dos resultados médicos deverá ser feita por um médico<sup>58</sup>; salvo se as circunstâncias forem já do conhecimento da pessoa segura ou se puder supor, à luz da experiência comum, que já as conhecia (art. 178, n.º 4).

Assim, quando o proponente tenha declarado previamente ao segurador ter diabetes e o resultado dos exames confirmar essa circunstância, já não será necessário que a comunicação se processe através de um médico. Do mesmo modo, se forem efetuados exames que detectem uma doença e que a pessoa segura toma medicação para a mesma, poderá o segurador supor que esta já conhecia a doença.

Quanto ao meio através do qual o médico ou segurador efetua a comunicação do resultado dos exames, tal aspecto não é determinado directamente pela

lei, mas atendendo ao princípio de confidencialidade que subjaz a esta matéria, a comunicação pode ser efetuada por qualquer meio desde que esteja garantida a confidencialidade.

Por exemplo, a transmissão por telefone não será um meio suscetível de comunicação, já que atendendo a que não é possível verificar a identidade da pessoa não pode ser garantida com certeza a confidencialidade.

## 9. A DURAÇÃO DOS CONTRATOS DE SEGURO DE SAÚDE

9.1. Embora em Portugal exista uma clara predominância nos contratos de seguro renováveis por um ano, estes podem ser feitos com longa duração<sup>59</sup>, o que fixa o conteúdo do contrato por um período que dá mais garantias ao segurado, ainda que seja natural um prémio também maior devido à previsibilidade de custos em idade mais avançada e a eventual impossibilidade, se tal for ajustado, de o segurador alterar as coberturas e aumentar o prémio anualmente de acordo com a utilização que seja feita do contrato<sup>60</sup>.

Estaremos perante um contrato de saúde de longa duração quando este tenha uma duração de pelo menos cinco anos (art. 113)

Estaremos perante um contrato de saúde de longa duração quando este tenha uma duração de pelo menos cinco anos (art. 113), sendo que a apólice, para além dos elementos mencionados pelo art. 37, deve, quando seja o caso, precisar, em caracteres destacados: a) A extinção do direito às garantias; b) A eventual extensão da garantia para além do termo do contrato; c) O regime de evolução e adaptação dos prémios na vigência do contrato (art. 179).

9.2. Quando nada seja referido no contrato relativamente ao seu prazo, vem o artigo 40 da LCS resolver essa omissão fixando que o contrato vigora pelo prazo de 1 ano. Se nada for dito relativamente às prorrogações, funciona o mesmo princípio, pelo que dispõe o artigo 41 que, no final do contrato com a vigência de 1 ano, prorroga-se sucessivamente sempre pelo período de mais um ano.

## 10. A COBERTURA DO RISCO

10.1. O artigo 42 vem fixar uma grande amplitude relativamente à data de início de cobertura, já que pode ser fixada uma data anterior à celebração do contrato mas com uma condição e uma limitação:

a) A condição: existir pagamento do prémio relativamente ao período fixado

(artigo 59);

b) A limitação: não cobertura de sinistros anteriores à data de celebração do contrato quando o tomador do seguro ou o segurado deles tivesse conhecimento nessa data (artigo 44, n.º 2).

Ao nível de um seguro de saúde não vemos que seja fácil fixar uma data de cobertura anterior à data de celebração do contrato, pois o tomador (pessoa singular) ou o segurado, caso tenham algum problema de saúde, terão em princípio conhecimento direto dos seus efeitos durante o prazo anterior à celebração do contrato, pelo que existindo um sinistro anterior conhecido pelo tomador, o segurador não o deve cobrir. Assim, se existir uma fratura de um osso não seria razoável o tomador ou segurado invocar desconhecimento.

*A lei deixa em aberto a data a partir da qual deve ser feito o ajustamento no prémio e o estorno do prémio já pago*

Relativamente a doenças que ainda não se manifestaram, o tomador não tem interesse em estar a pagar um prémio relativamente a um período pelo qual não teve conhecimento de qualquer problema de saúde, pois no limite então teria que pagar os prémios desde o início da sua vida.

De todo o modo, conforme se verá pelo regime constante do art. 216<sup>61</sup>, ficam abrangidos os eventos que, embora possam ser diagnosticados como tendo começado antes da celebração do contrato, sejam desconhecidos por não terem qualquer manifestação externa<sup>62</sup> que permita ao segurador invocar que o tomador ou segurado não poderiam deixar de conhecer<sup>63</sup>.

Mas há um aspecto importante que não se poderá deixar de considerar: a regra é que o contrato vigora para o futuro, sendo a exceção a cobertura de período anterior ao da celebração do contrato e cuja fixação está dependente de um interesse legítimo do tomador ou segurado.

É o princípio imposto pelo artigo 43.º n.º 1 da LCS, pois o segurado deve ter um interesse digno de proteção legal relativamente ao risco coberto, sob pena de nulidade do contrato, pelo menos relativamente ao período temporal anterior à celebração do contrato.

As circunstâncias que ditam a cobertura de um período anterior ao da celebração do contrato devem ser apreciadas pelo segurador atendendo às justificações concretas apresentadas pelo tomador do seguro, que demonstrem um interesse legítimo e enquadrado no respeito pelas várias disposições legais sobre o âmbito de cobertura de um contrato de seguro.

Interessa afinal apurar a existência de uma álea<sup>64</sup> relativamente ao período anterior à celebração do contrato, pelo qual importe receber o prémio para cobertura do risco.

10.2. Os riscos a cobrir também dependem do capital fixado, pelo que embora o artigo 49 da LCS mencione que cabe ao tomador do seguro indicar o valor a segurar, o mais comum é o tomador escolher entre os produtos existentes no segurador o que mais lhe convém, atendendo aos capitais, franquias e coberturas.

Em princípio, quanto maiores os capitais, maior o prémio, quanto maiores as franquias, menor o prémio; e quanto mais coberturas existirem, tendencialmente maior será também o prémio. Em suma, quanto maior o risco, atendendo aos elementos de cada segurado e ponderados todos os fatores relacionados com a amplitude dos gastos monetários a suportar pelo segurador, maior será o prémio. Um seguro de saúde com um prémio mensal de 20 euros não terá – com o mesmo segurador – a mesma cobertura de risco que um seguro de saúde cujo prémio se fixe em 40 euros.

10.3. Após o início do contrato de um seguro de saúde, caso exista um agravamento do risco relacionado exclusivamente com a saúde, este não deverá ser comunicado ao segurador [art. 215, al. a)]. Esta situação é uma derrogação do princípio constante dos artigos 91 a 94 de que o contrato em vigor deve refletir o risco atual<sup>65</sup>.

É o reconhecimento natural que com o envelhecimento a pessoa segura tende a agravar o seu risco, não devendo ser prejudicada por esse fato. A adequação do prémio ao risco coberto tem um momento próprio para atualização, que é o da renovação do contrato, em que podem ser alteradas as condições contratuais e o prémio, desde que respeitado o pré-aviso.

10.4. Já quando exista uma diminuição do risco (art. 92.º) nada impede que seja comunicado, por ser favorável ao tomador ou segurado, sendo que tal circunstância deve-se refletir no prémio através da sua diminuição respectiva. A lei deixa em aberto a data a partir da qual deve ser feito o ajustamento no prémio e o estorno do prémio já pago.

Na primeira situação relativa ao ajustamento do prémio, não se justifica alteração contratual aos períodos de vencimento e renovação, pelo que poderá ser feita atualização no primeiro recibo a ser emitido desde que a comunicação da diminuição de risco seja anterior. Na segunda situação sobre o estorno, parece-nos que deverá existir estorno calculado a partir da data da comunicação, já que estando o prémio pago e sabendo o segurador que o risco que cobre é menor, está a receber prémio sem risco.

Assim, do mesmo modo que para os seguros em geral, caso não tenha existido declaração de risco consentânea com a realidade e exista sinistro, o segurador cobre na proporção do prémio que recebeu, também deverá estornar o prémio proporcional que não esteja a cobrir risco<sup>66</sup>.

## 11. AS DOENÇAS PREEXISTENTES

11.1. A regra quanto às doenças preexistentes e conhecidas da pessoa segura é que estão cobertas se não forem excluídas pelo próprio contrato, de modo genérico ou especificamente (art. 216, n.º 1)<sup>67</sup>.

Atendendo a que estão em causa doenças conhecidas da pessoa segura, esta tem a obrigação de as declarar antes da celebração do contrato, sob pena de se aplicar o regime previsto no art. 25.

Nas exclusões por acordo de modo genérico podem as partes simplesmente referir que se excluem todas as coberturas que dêem lugar à prestação de cuidados de saúde relacionadas de modo direto ou indireto com aquela doença. Nas exclusões de modo específico as partes podem acordar, por exemplo, em retirar das coberturas do contrato a fisioterapia, se essa for a cobertura de maior utilização associada à doença e que se prolongará por vários anos. Remetendo o art. 216, n.º 1, para o acordo entre as partes, dentro da autonomia privada, o fato de serem exclusões genéricas ou específicas torna-se redundante, tendo apenas a função de clarificar e estimular o acordo entre as partes.

O fato de o preceito obrigar a um acordo entre as partes para a exclusão, faz com que surja na apólice de forma expressa a exclusão em causa, para que a pessoa segura não presuma a sua cobertura. Atendendo a que cabe ao segurador decidir sobre os riscos que pretende cobrir, esta exclusão por acordo entre as partes tem, assim, essencialmente uma função informativa.

11.2. O art. 216.º, n.º 2, vem prever a possibilidade de existência de um período de carência não superior a um ano para a cobertura de doenças preexistentes. Caso o segurador tenha dúvidas se uma doença voltará a ter manifestações, fixa contratualmente o prazo ajustado à doença em causa, que caso venha a ter manifestações nesse prazo o segurador não terá que cumprir as prestações, podendo também ser ajustado que caso tenha a doença alguma manifestação nesse prazo, então ficará definitivamente excluída das coberturas do contrato.

Mas, dependendo do sentido que for dado ao conceito de “período de carência”, pode também ser ajustado no contrato que apenas não são cobertos os riscos durante o período de carência, pelo que decorrendo o prazo de um ano fica a doença plenamente coberta pelo contrato.

## 12. SEGUROS DE GRUPO

12.1. O contrato de seguro de grupo cobre riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador do seguro por um vínculo que não seja o de segurar (artigo 76 da LCS).

No mercado português de seguros de saúde, o seguro de grupo tem tanta importância como o seguro individual<sup>68</sup> já que muitas empresas<sup>69</sup> oferecem seguros de saúde para os seus trabalhadores e assumem o pagamento do prémio no todo ou em parte<sup>70</sup>, ficando o remanescente do valor do prémio a cargo do segurado

O sinistro num seguro de saúde será, assim, qualquer utilização das garantias do contrato ainda que esteja em causa um evento previsível

trabalhador, o qual pode, caso esteja previsto nas condições contratuais, ou seja, aceite pelo tomador e segurador, incluir na cobertura do seguro os membros do agregado familiar.

12.2. A pluralidade de segurados não faz só por si a designação e a aplicação das regras do seguro de grupo, pois nos termos do artigo 176, n.º 2, «o seguro que respeite a um agregado familiar ou a um conjunto de pessoas vivendo em economia comum é havido como seguro individual».

Também não é o fato de se efetuar o pagamento do prémio ao segurador ou à entidade tomadora com a qual tenha algum vínculo<sup>71</sup> que determina se o segurado está num contrato de seguro de grupo, pois no seguro contributivo pode ser acordado que os segurados paguem diretamente ao segurador a respectiva parte do prémio (artigo 77.º, n.º 3, da LCS), contrariando a regra de o prémio ser pago pelo tomador do seguro (artigo 51, n.º 1, e 80, n.º 1, da LCS)<sup>72</sup>.

Para que o segurado não tenha dúvidas relativamente a estes e outros aspectos, a LCS confere-lhe proteção informativa idêntica às situações em que o segurado contrate diretamente o seguro assumindo também a posição de tomador, sendo que o segurador pode assumir, desde que conste no contrato, a prestação dos deveres informativos previstos no artigo 78, n.ºs 1 e 2, da LCS.

Quando caiba ao tomador do seguro informar os segurados, para além de se aplicar os artigos 18 a 21 com as devidas adaptações, deve facultar informação sobre as coberturas contratadas e as suas exclusões, as obrigações e os direitos em caso de sinistro, bem como sobre as alterações ao contrato, de acordo com espécimen elaborado pelo segurador (artigo 78, n.º1, da LCS).

12.3. O segurado, quando existam alterações contratuais das quais discorde, pode denunciar o vínculo através de declaração escrita, enviada com uma antecedência de 30 dias, em regra, ao tomador do seguro (artigo 82)<sup>73</sup>.

Mas a manutenção do vínculo não depende apenas da vontade do segurado, já que caso este saia da empresa (tomador do seguro), esta pode excluí-lo<sup>74</sup>. Diremos que será uma imposição pois a ligação ao tomador do seguro cessa nos termos do que se encontra previsto no artigo 76, deixando de existir fundamento para a manutenção da adesão<sup>75</sup>.

O artigo 83, n.º 1, 2ª parte, prevê a situação de exclusão do segurado apenas como uma possibilidade: quando este não pague o prémio num seguro de grupo contributivo, pelo que pode o tomador assumir a manutenção das garantias do contrato apesar desse incumprimento.

### 13. SINISTRO

13.1. O artigo 99, na linha do artigo 1.º<sup>76</sup>, vem dar a noção de sinistro referindo que «corresponde à verificação, total ou parcial, do evento que desencadeia o accionamento da cobertura do risco prevista no contrato»<sup>77</sup>. É uma noção na qual permite perfeitamente enquadrar o sinistro do contrato de seguro de saúde, já que a utilização das garantias do contrato pode não estar relacionada com um evento súbito e imprevisto. O sinistro num seguro de saúde será, assim, qualquer utilização das garantias do contrato<sup>78</sup> ainda que esteja em causa um evento previsível, como seja uma consulta e análises de check-up anual<sup>79</sup>.

13.2. O seguro de saúde tem a particularidade de poder ser considerado um seguro de sinistros evolutivos<sup>80</sup> na acepção dada por MARCEL FONTAINE<sup>81</sup>, mas por nós preferimos considerá-lo um seguro de sinistros sucessivos, podendo existir vários sinistros ao longo do tempo a partir do mesmo evento ou de vários, e cuja origem ou desenvolvimento pode ter várias manifestações no tempo ou agravar-se ao longo do tempo através também de vários eventos. Por natureza, a saúde tende a deteriorar-se com o evoluir da idade, pelo que a probabilidade da pessoa segura utilizar as garantias do contrato é cada vez maior. Por exemplo, numa anuidade, pode a pessoa segura ter uma gripe que dá origem a diversos gastos de saúde ao longo do tempo, enquanto não está curada, ou pode ter várias vezes gripes durante um ano que dão origem a um ou mais gastos.

É um seguro que está preparado e tem como pressuposto a existência de várias utilizações das garantias do contrato sem que o segurado seja prejudicado contratualmente, com agravamentos ou obrigação de reposição de capital.

### 14. A CESSAÇÃO DO CONTRATO E A COBERTURA POSTERIOR

14.1. A cessação do contrato<sup>82</sup> determina em termos gerais a extinção das

obrigações do segurador e do tomador (artigo 106), mas o seguro de saúde tem regras próprias que correspondem a uma extensão do disposto no artigo 106, n.º 2, na medida em que prevê este preceito que o segurador deve efetuar a prestação decorrente da cobertura do risco, desde que o sinistro seja anterior ou concomitante com a cessação e ainda que este tenha sido a causa da cessação do contrato.

Para os seguros de saúde dispõe especificamente o artigo 217<sup>83</sup> que em caso de não renovação do contrato ou da cobertura e não estando o risco coberto por

Nós preferimos  
considerá-lo um  
seguro de sinistros  
sucessivos, podendo  
existir vários  
sinistros ao longo  
do tempo a partir  
do mesmo evento  
ou de vários

um contrato de seguro posterior, o segurador terá que cobrir as prestações resultantes de doença manifesta ou outro fato ocorrido na vigência do contrato nos dois anos subsequentes e até ao limite do capital seguro do último ano de vigência. Para a aplicação desta solução existe, no entanto, a condição de o segurador ser informado nos 30 dias imediatos ao termo do contrato, salvo justo impedimento.

Consideramos que caso a doença já seja manifestamente do conhecimento do segurador e seja de carácter prolongado, se deve dispensar a formalidade de comunicação da doença, mas deve o segurador ser informado da não contratação de seguro posterior para que esteja ciente dos riscos que cobre.

Se houver seguro posterior, decorre *a contrario* que, ainda que a doença se tenha manifestado durante o contrato anterior, já terá que ser o novo contrato<sup>84</sup> a cobrir as despesas, desde que o risco esteja abrangido por este contrato. Atendendo aos deveres de declaração de risco parece-nos que só serão abrangidos esses custos desde que devidamente compensados no prémio fixado.

14.2. Estas informações devem constar de forma bem visível e destacada no contrato anual renovável (art. 214), ou seja, que: a) O segurador apenas cobre o pagamento das prestações convencionadas ou das despesas efetuadas em cada ano de vigência do contrato; e b) Em caso de não renovação do contrato ou da cobertura, as condições de indenização, de acordo com o disposto no art. 217.

14.3. O contrato pode terminar no termo do período de vigência estipulado (art.109) ou caducar por causas específicas, que no caso do seguro de saúde será com a extinção do risco por morte do segurado (art. 110, n.º 2)<sup>85</sup>, pois este terá sempre interesse na sua saúde, embora possa deixar de ter interesse em algumas coberturas específicas<sup>86</sup>. Enquanto há um ser humano há um interesse na sua manutenção, sendo esta uma decorrência do princípio da dignidade humana que constitui o fundamento da Constituição da República Portuguesa.

14.4. O contrato pode ser denunciado por qualquer das partes com uma antecedência de 30 dias relativamente à data da renovação (artigos 112 e 115, n.º 1)<sup>87,88</sup>. Esta é também a antecedência mínima para propor a renovação com alteração das condições contratuais.

Em matéria de seguro de saúde há uma limitação à denúncia por parte do segurador que decorre do previsto no artigo 114, n.º 4, o qual refere que «presume-se abusiva a denúncia feita na iminência da verificação de um sinistro ou após a verificação de um fato que possa desencadear uma ou mais situações de responsabilidade do segurador».

O contrato pode ser denunciado por qualquer das partes com uma antecedência de 30 dias relativamente à data da renovação

Como aponta ROMANO MARTINEZ a este propósito, «pretende-se evitar comportamentos abusivos – já proibidos nos termos gerais – como a denúncia num seguro de saúde depois de detectada uma doença ou na iminência do parto»<sup>89</sup>.

Embora este juízo, quando exista conflito, deva ser feito por um tribunal de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, consideramos que o artigo 114 vem facilitar a tarefa de apreciação do abuso contrário à boa fé, por dar dois critérios: iminência de sinistro ou responsabilidade no âmbito do acionamento de alguma garantia que acarrete elevados gastos.

De igual modo, embora o artigo 114 não esteja pensado para os contratos anuais renováveis, o legislador considerou a proteção do segurado protegendo-o também da denúncia abusiva, mas de um modo mais restrito através do disposto no art. 217 da LCS, já que a expectativa para um segurado num contrato com a duração de 1 ano é forçosamente diferente da expectativa do segurado que celebre contrato com duração superior a 5 anos<sup>90</sup>.

## 15. A RESOLUÇÃO: DA JUSTA CAUSA À LIVRE RESOLUÇÃO

15.1. Sem prejuízo das referidas causas de cessação, o artigo 116 prevê o conceito de justa causa para a resolução do contrato de seguro, que estará associada à fundada perda de confiança<sup>91</sup>. Face à indeterminação do conceito e ausência de um elenco de situações que constituam justa causa para a resolução, a exemplo do que se verifica no Código do Trabalho<sup>92</sup>, a justa causa será uma figura jurídica de difícil aplicação prática.

O incumprimento das condições contratuais por parte do segurador quando possam colocar em causa a utilidade do próprio contrato<sup>93</sup>, dependendo da

situação concreta, poderá constituir justa causa para a resolução, mas não sendo essa uma situação aceite pelo segurador, o tomador só conseguirá o estorno do prémio já pago através da utilização das vias judiciais ou instâncias de resolução alternativa de litígios, como é o caso dos Julgados de Paz.

Parece-nos que o conceito de justa causa não terá sido a área em que a lei mais pautou a proteção do tomador, pois se a justa causa for invocada pelo segurador este deixa de prestar as garantias do contrato, mas se for invocada pelo tomador, como o prémio nos seguros é pago antecipadamente, apenas pode solicitar o estorno do prémio, que será ou não processado, dependendo do juízo efetuado pelo segurador. Assim, em situações de discordância relativamente à existência de justa causa, o tomador fica numa posição mais débil.

De todo o modo, consideramos que, ainda que o contrato cesse por justa causa invocada pelo tomador, será de aplicar o regime do artigo 217 pois a não continuidade do contrato será da responsabilidade do segurador, pelo que este deve continuar a assegurar as garantias do contrato caso não exista um contrato de seguro posterior com as mesmas coberturas.

Situação diferente já será quando a justa causa seja invocada pelo segurador, por exemplo com fundamento em fraude ou falsas declarações que afetem a cobertura que o tomador pretenda acionar após a cessação do contrato. Consideramos que o princípio da boa fé não impõe qualquer prestação ao segurador nestas situações.

**15.2.** Atendendo às especificidades<sup>94</sup> próprias do contrato de seguro de saúde, que normalmente é um contrato de sinistros sucessivos<sup>95</sup>, não é possível às partes acordarem a resolução do contrato após uma sucessão de sinistros<sup>96</sup>, pelo que vem o n.º 3 do artigo 117.º estipular que, salvo disposição legal em contrário, a resolução após sinistro, a exercer pelo segurador, não pode ser convencionada nos seguros de saúde.

Os gastos associados aos seguros de saúde são, regra geral, necessários<sup>97</sup>, daí estarem cobertos, independentemente das utilizações anteriores do contrato, até ao limite do capital para cada cobertura. Para evitar um uso desnecessário e inconsciente do contrato, é habitual ficar a cargo do segurado uma franquia ou copagamento que pretende levar a uma utilização ponderada das coberturas do contrato.

A preocupação por parte do segurado em não usar desnecessariamente o contrato estimula a lealdade e relações de boa fé com o segurador.

**15.3.** O tomador pessoa singular pode resolver o contrato sem invocar justa causa nos contratos de seguro de saúde com uma duração igual ou superior a seis meses, nos 30 dias imediatos à data da receção da apólice (art. 118, n.º 1), contando-se o prazo da data da celebração do contrato desde que as informações a constar na apólice constem de suporte duradouro. Caso não constem, então o prazo conta-se

a partir do momento em que receba a informação nesses moldes (art. 118, n.º 2).

Este regime tem a exceção de os segurados não poderem usar esta faculdade no âmbito de um seguro de grupo (art. 118, n.º 3).

## NOTAS FINAIS

Do enquadramento público e privado, bem como da análise ao Decreto-Lei 72/2008, de 16 Abril, podemos constatar a importância que o seguro de saúde tem para a proteção do cidadão.

A Lei do Contrato de Seguro, embora ainda deixe um largo espaço para a liberdade contratual entre as partes, contém vários preceitos que protegem o tomador ou segurado

A Lei do Contrato de Seguro, embora ainda deixe um largo espaço para a liberdade contratual entre as partes, contém vários preceitos que protegem o tomador ou segurado. A título exemplificativo vejam-se as matérias das preexistências e da cessação que visam alargar o âmbito de cobertura de cada contrato, seja pelo seu objeto, seja pelo tempo de cobertura.

Para além da oferta no mercado dos seguros de saúde anuais e renováveis, a oferta de seguros de saúde de longa duração é um desafio que merecerá um estudo cuidado, de forma a permitir a exploração deste tipo de seguros num quadro equilibrado, economicamente sustentável e adequado à proteção dos consumidores.

Deste modo, a complementaridade dos seguros com o SNS será cada vez mais geral e universal, possibilitando-se aos cidadãos a contratação dos produtos mais apropriados às suas necessidades e cujo regime legal terá por base as disposições do regime jurídico do contrato de seguro que analisámos.

## NOTAS

<sup>1</sup> As opiniões expressas no presente trabalho não vinculam o Instituto de Seguros de Portugal.

O presente artigo foi inicialmente publicado em 2009 na Revista Fórum, n.º 27, do Instituto de Seguros de Portugal

Gostaria de deixar o meu reconhecimento para duas pessoas que com a sua disponibilidade para a leitura da versão originária e discussão de alguns pontos contribuíram para o seu enriquecimento: o Professor Doutor Pedro Romano Martinez, meu orientador do Doutoramento, e o meu colega e amigo Dr. Arnaldo Oliveira.

<sup>2</sup> Referência a preceitos legais sem indicação da Lei a que pertencem significa que se está a mencionar a LCS (Decreto-Lei, n.º 72/2008, de 16 de Abril) em particular o Regime Jurídico do Contrato de Seguro que encontra em anexo ao Decreto-Lei.

<sup>3</sup> O artigo 25.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos já antes da Constituição

Portuguesa dispunha que: «Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade». O artigo 35º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que tem o mesmo valor de Tratado, dispõe também no sentido que «todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União é assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana».

<sup>4</sup> Que adiante designaremos de forma abreviada por SNS.

<sup>5</sup> Sobre o mercado de seguros de doença e os vários tipos de cobertura, V. INSTITUTO DE SEGUROS DE PORTUGAL, *Relatório do Sector Segurador e Fundos de Pensões*, Lisboa, 2002, págs. 173 a 181.

<sup>6</sup> Como assinala RAFAEL URRIOA URBINA os processos de reforma dos sistemas de saúde estão em marcha em todo o mundo. Cfr. Sobre o papel dos seguros na saúde *Financiamento y equidade en salud: el seguro público chileno*, Revista de la Cepal, n.º 87, Dezembro de 2005, págs. 61 a 77.

<sup>7</sup> V. Estatísticas de seguros no portal do ISP, em [www.isp.pt](http://www.isp.pt), onde o ramo doença aparece com 1 897 640 pessoas seguras.

<sup>8</sup> Sobre o sector privado como alternativa ao sector público, V. MANUEL ANTUNES, *A Doença da Saúde*, 3ª Edição, Quetzal Editores, Lisboa, 2001, págs. 53 a 59.

<sup>9</sup> Sobre a insatisfação com o SNS como fator para a contratação de seguros privados de saúde, nomeadamente ao nível das listas de espera, V. JOAN COSTA e JAUME GARCIA, *Demand for private health insurance: is there a quality gap?*, Economics and Business working papers series, 2001, em <http://www.recercat.net/handle/2072/676> (recolhido em Maio de 2009).

<sup>10</sup> V. do autor, *Health insurance*, Richard D. Irwin, Inc, Illinois, 1959, pág. 5.

<sup>11</sup> É por isso referido na obra de FRANÇOIS EWALD e JEAN-HERVÉ LORENZI, *Encyclopédie de l'Assurance*, Economica, Paris, 1998, pág. 612, que «o risco de saúde é hoje em dia um risco político, um risco politizado, um risco que implica a intervenção do poder público».

<sup>12</sup> Sobre o artigo 64.º da CRP V. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 650 a 662; e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 823 a 831.

<sup>13</sup> Sobre a aplicabilidade dos preceitos constitucionais de forma directa às relações privadas V. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 1100 a 1106; e VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pág. 263.

<sup>14</sup> Sobre a socialização dos custos de saúde e numa relação com o sector privado da saúde V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Ob. Cit.*, pág. 828, quando referem que «a socialização dos custos parece ser uma “orientação” política geral da Constituição, que deve irradiar para os cuidados prestados pelo sector privado (como sucede com as participações pelas despesas com a aquisição de medicamentos, para além da dedução de despesas de saúde para efeitos de IRS)». Podemos acrescentar a este propósito que as despesas com seguros de saúde também podem ser deduzidas em sede de IRS, o que traduz um

incentivo ao recurso a essa via para proteção da saúde.

<sup>15</sup> Dispõe o preceito que: «1 – Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste Código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2- As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.»

<sup>16</sup> Sobre a Boa fé, V. a obra de MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2007.

<sup>17</sup> A boa fé, como refere MENEZES CORDEIRO, «traduz, até aos confins da periferia jurídica, os valores fundamentais do sistema (...)». Cfr. Do autor, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 404.

<sup>18</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA refere que um dos valores fundamentais do direito «é o da justiça contratual, o da justiça comutativa ou equilíbrio (equivalência) justo e razoável das prestações e das contraprestações emergentes do contrato, por maneira que “quem diz contratual, diz justo”». Cfr. Do autor, *Banca, Bolsa e Seguros*, Tomo I, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 176.

<sup>19</sup> Daí que o Código Civil preveja a figura do enriquecimento sem causa (art 473º e segs.). Uma relação jurídica que logo de início se desenvolva através de regras de conduta de boa fé tem condições para ter continuidade devido à confiança estabelecida entre as partes. Sobre esta matéria V. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 431 e segs. e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008, págs. 219 a 221.

<sup>20</sup> Sobre a importância das cláusulas contratuais gerais refere-se JOÃO CALVÃO DA SILVA no sentido em que «permitem a racionalização da contratação em massa com milhares de pessoas, ganhando tempo e poupando incomodidades aos clientes que desejam ser atendidos depressa e bem». Cfr. Do autor, *Ob. Cit.*, págs. 162 e 163. Para maior detalhe sobre o tema V. também do mesmo autor págs. 159 e segs.; ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, págs. 363 a 403; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 613 a 652; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, II, Lisboa, 2000, págs. 573 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil*, 2003, em <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira6.pdf> (Recolhido em Maio de 2009) e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008, págs. 175 a 200.

<sup>21</sup> Sobre as cláusulas contratuais em específico no contrato de seguro, V. MOITINHO DE ALMEIDA, *Contrato de Seguro – Estudos*, Coimbra Editora, 2009, págs. 77 a 113.

<sup>22</sup> O artigo 16º da LCCG refere que para apreciação das cláusulas que sejam contrárias à boa fé «devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente: a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado».

<sup>23</sup> Neste equilíbrio, entende o legislador que para ser atingido, quando haja dúvidas funciona o art.

12.º, n.º 2, da LCCG prevalecendo o sentido mais favorável ao aderente.

<sup>24</sup> V. arts. 17.º a 22.º.

<sup>25</sup> Sobre os contratos pré-formulados V. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 659 a 664. No direito espanhol, V. sobre a ténue diferença entre contratos de adesão e condições gerais de contratação ABEL VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, 2ª Ed., Editorial Comares, Granada, 2008, págs. 49 a 57.

<sup>26</sup> Cfr. Do autor, *General Insurance*, 11ª Ed., Irwin, Illinois, 1983, pág. 252, acrescentado, embora com um âmbito mais alargado devido às particularidades do seguro de saúde nos Estados Unidos, que «o seguro de saúde tem o propósito de cobrir a perda de rendimentos e as despesas para fazer à doença ou acidente». No âmbito do contrato de seguro italiano CACCAVIELLO, MAISTO e PERCUOCO definem a doença «cada alteração do estado de saúde não dependente de acidente». Para maiores desenvolvimentos, V. dos autores, *Le assicurazioni: manuale teorico-pratico per operatori legali, commercialisti e assicuratori*, Edizioni Simone, Napoli, 1995, págs. 207 e seguintes.

<sup>27</sup> Cfr. MOITINHO DE ALMEIDA, *O Contrato de Seguro no Direito Português e Comparado*, Livraria Sá da Costa, Lisboa, 1971, pág. 402.

<sup>28</sup> Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, Lisboa, 2009, pág. 527.

<sup>29</sup> Idem. Sobre o conceito clássico de seguro de doença como estando relacionado com a afectação da saúde através da própria doença ou acidente, V. JEAN BIGOT, *Traité de Droit des Assurances*, Tome 3, LGDJ, 2002, págs. 110 a 112.

<sup>30</sup> Refere o art. 105.º da lei espanhola (Lei n.º 50/1980, de 8 de Outubro) que «Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan». Sobre o seguro de enfermedad V. JOSE LUIZ PEREZ TORRES, *Tratado General de Seguros*, Tomo II, Consejo General de Agentes y Corredores de España, 1986, págs. 287 a 292.

<sup>31</sup> Sobre o seguro de dependência em Espanha V. com interesse ABEL VEIGA COPO, *El seguro de dependencia*, Editorial Comares, Granada, 2008, que ressalta a importância do seguro de dependência para quem precisa de cuidados de saúde em idade mais avançada em interligação com o sector público.

<sup>32</sup> Abrange a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde e à integridade física de uma pessoa ou grupo de pessoas (art. 175.º, n.º 1). No domínio do direito italiano ANTIGONO DONATI, GIOVANNA VOLPE PUTZOLU definem «o seguro contra danos de pessoas (acidentes e doença)» como «garantindo o ressarcimento do segurado decorrentes de uma lesão corporal ou de um estado de doença, que provoca a morte, a deficiência permanente total ou parcial ou uma incapacidade temporária». Cfr. *Manuale di diritto delle assicurazioni*, oitava edizione aggiornata, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pág. 209.

<sup>33</sup> Os efeitos constam do artigo 23º, n.º 3 da LCS.

<sup>34</sup> Cfr. Do Autor, *El Deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, pág. 76.

<sup>35</sup> Tem-se aqui que recorrer ao conceito corrente de homem médio para aferir sobre o que é razoável conhecer e declarar. No âmbito da vigência do Código Comercial entendia a jurisprudência que: «Constituem motivo de anulabilidade do contrato de seguro as omissões e declarações inexactas que,

objectivamente analisadas por um declaratório normal colocado na posição da seguradora (o declaratório real), sejam essenciais para a apreciação do risco por parte desta, sendo susceptíveis de determinar uma diferente decisão por parte da seguradora relativamente à proposta que lhe foi apresentada». Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-11-2007, Proc. 0724884 (Relator: Guerra Banha) em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (recolhido em Maio de 2009).

<sup>36</sup> Aqui terá que ser apurado de acordo com cada situação concreta se a pessoa segura não poderia ignorar aquela doença, bem como observar o que estiver no contrato atendendo ao princípio da autonomia privada, mas se considerássemos uma interpretação extensiva do princípio de cobertura das doenças preexistentes conhecidas da pessoa segura, que por regra e desde que não excluídas por acordo, se consideram abrangidas pelo contrato (art. 216.º, n.º 1), então o mesmo se dirá para as doenças não conhecidas segundo a regra de quem pode o mais pode o menos. É um risco normal para o segurador, que no cálculo do prémio terá que considerar que poderá existir uma maior utilização das garantias do contrato devido à manifestação de uma doença que se venha apurar que a pessoa já detinha há vários anos mas que não sabia. Imagine-se a este propósito os casos de cancro que muitas vezes apenas são detectados após alguns anos. O diagnóstico tardio já é lesivo para a pessoa segura, pelo que até pela função social do segurador e do próprio seguro de saúde entendemos que deverão os riscos ser cobertos. No domínio do revogado o art.º 429.º do Código Comercial, entende o Supremo Tribunal de Justiça (Proc. 07S851, de 24-04-2007, Relator: Silva Salazar) que «as declarações inexactas e as declarações reticentes determinam apenas anulabilidade do contrato de seguro, desde que respeitem a fatos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro e que fossem susceptíveis de, se conhecidas pela outra parte, influir sobre a existência ou as condições do contrato», o que coloca o enfoque no fato de as circunstâncias serem ou não conhecidas pelo declarante. No mesmo sentido V. Acórdão do STJ (Proc. 08A3737, de 02-12-2008, Relator: Sebastião Póvoas) referindo que a «Declaração inexacta é a declaração errada que tanto pode ser dolosa como negligente: já a declaração reticente traduz-se na omissão de fatos ou circunstâncias que, importando para a avaliação do risco, são do conhecimento do tomador do seguro e interessam ao segurador». É o que decorre atualmente também do artigo 24.º, n.º 1, da LCS, devendo o tomador ou segurado declarar todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador. V. os dois acórdãos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (accedidos em Junho de 2009).

<sup>37</sup> Refere MOITINHO DE ALMEIDA que os inquéritos são por natureza incompletos. Cfr. *Estudo sobre o Contrato de Seguro*, Parte I, Grémio dos Seguradores, 1970, pág. 27. Acrescenta ainda na página 28 da mesma obra que «o questionário traduz-se numa facilitação concedida pelo segurador ao segurado e não parece justo, assim, que possa redundar em prejuízo daquele».

<sup>38</sup> Embora o revogado artigo 429.º do Código Comercial referisse como consequência a nulidade, a jurisprudência considerava que existia na verdade uma anulabilidade.

<sup>39</sup> As consequências adicionais à anulabilidade estão previstas no n.º 4 e 5 do artigo 25º no que toca à perda do valor prémio já recebido e até ao final do contrato.

<sup>40</sup> Ao nível do seguro de vida também as omissões negligentes têm um tratamento diferente já que decorridos 2 anos a contar da celebração do contrato, beneficia o tomador da incontestabilidade constante do art. 188.º, n.º 1, não podendo o segurador prevalecer-se de omissões ou inexactidões negligentes na declaração inicial de risco. No entanto, por via do seu n.º 2, tal regime não é extensível às coberturas associadas ao seguro de vida como é o caso da cobertura de acidente, bem como a de invalidez, a não ser que o contrato

disponha diferentemente (imperatividade relativa), acolhendo-se aqui uma estipulação que seja mais favorável ao tomador. Assim, o regime dessas coberturas complementares seguirá o respectivo regime, como se o seguro tivesse sido contratado autonomamente, a não ser que o contrato disponha diferentemente.

<sup>41</sup> O prazo fixado pelo segurador para aceitação pelo tomador não pode ser inferior a 14 dias, mas também não deve exceder os 20 dias, a não ser que o segurador conceda maior prazo, já que o n.º 2 do preceito vem fixar esse prazo para a produção de efeitos da não resposta, ou seja, caso não responda no prazo de 20 dias o contrato cessa.

<sup>42</sup> Neste caso o contrato só cessa os seus efeitos 30 dias após o envio da declaração.

<sup>43</sup> Sobre a essencialidade da causalidade, V. a anotação de ARNALDO OLIVEIRA na obra de vários autores *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 131, bem como ALFREDO DE GREGORIO e GIUSEPPE FANELLI, *Il Contrato di Assicurazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, págs. 84 a 77. Sobre o nexo de causalidade em geral V. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2008.

<sup>44</sup> Só é assumida a tutela do consumidor nos termos previstos na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.

<sup>45</sup> Como o artigo 218º do Código Civil refere que «o silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção», sendo que para os seguros individuais a LCS confere-lhe esse valor, da mesma forma que já o fazia o Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho, em particular no seu artigo 17º.

<sup>46</sup> A eventual responsabilidade civil refere-se aos danos provocados pela frustração de expectativas derivado da violação do dever de resposta por parte do segurador.

<sup>47</sup> Sobre o valor declarativo do silêncio, V. PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 631 a 689.

<sup>48</sup> O contrato de seguro de grupo terá outras especificidades, não sendo já tutelado um consumidor mas uma empresa, entendeu o legislador que a proteção deve ser diferente e desigual para levar a um tendencial equilíbrio no contrato.

<sup>49</sup> Cfr. Acórdão datado de 08-04-2008, Proc. 821756 (Relator: Vieira e Cunha), em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A referência à sigla “CCom” significa “Código Comercial”.

<sup>50</sup> Caso abranjam testes genéticos e utilização dessa informação deve-se observar o disposto na Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, dispondo o seu artigo 12º, n.º2 que «as companhias de seguros não podem pedir a realização de testes genéticos aos seus potenciais segurados para efeitos de seguros de vida ou de saúde ou para outros efeitos».

<sup>51</sup> V. sobre este assunto MARCEL FONTAINE, *Droit des Assurances*, Troisième édition, Larcier, Bruxelles, 2006, pág. 474.

<sup>52</sup> O segurador fica com o ónus da prova relativamente à comunicação de todos os elementos constantes do artigo 178.º, n.º 1.

<sup>53</sup> Relativamente às informações constantes da alínea a) e b) do art. 178.º, a não informação leva à impossibilidade prática de realizar os exames, mas se a falta de informação não afetar a realização dos exames, a única sanção a aplicar será a da responsabilidade geral, conforme prevê o art. 23.º, n.º 1.

<sup>54</sup> A alínea c), do n.º 1, vem dispor que antes da realização dos exames o segurador deve entregar ao candidato «Informação sobre o regime de custeamento das despesas com a realização dos exames e, se for o caso, sobre a forma como o respectivo custo vai ser reembolsado a quem o financie».

<sup>55</sup> No caso do custo o valor a indemnizar e reembolsar ao proponente será o do valor despendido com

os exames, já no caso da discriminação dos exames há um grau de indeterminação sobre a indemnização devido à subjectividade do sofrimento e transtorno causado.

<sup>56</sup> Sobre a confidencialidade e o acesso a dados pessoais de saúde por parte de empresas de seguros do ramo «vida» e familiares dos titulares dos dados V. a Deliberação n.º 72/2006, de 30 de Maio, da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd), acessível em <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2006/htm/del/del072-06.htm> (recolhido em Maio de 2009). Sobre o entendimento da CNPD relativamente à disponibilização de elementos clínicos às empresas de seguros para efeitos de facturação V. Deliberação n.º 88/2006, de 19 de Junho, acessível em <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2006/htm/del/del088-06.htm> (recolhido em Maio de 2009).

<sup>57</sup> Refere o disposto no artigo 15.º, n.º 4 que «em caso de recusa de celebração de um contrato de seguro ou de agravamento do respectivo prémio em razão de deficiência ou de risco agravado de saúde, o segurador deve, com base nos dados obtidos nos termos do número anterior, prestar ao proponente informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável mas não afectada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde, nos termos dos n.ºs 3 a 6 do artigo 178.º». Sobre a discriminação V. ainda a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que constituiu o impulso do artigo 15º da LCS e que prevê como contra-ordenação a existência de discriminação na contratação de seguros, particularmente seguros de vida associados ao crédito habitação.

<sup>58</sup> Esta obrigatoriedade representa uma opção diferente face à facultatividade expressa na Lei n.º 46/2007, de 24 de Agosto (que regula o acesso aos documentos administrativos), a qual refere que «a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico se o requerente o solicitar».

<sup>59</sup> O que poderá corresponder ao seguro de dependência existente em Espanha, dependendo das condições contratuais que sejam ajustadas, e que se destina a precaver situações de prémios demasiado elevados em idade avançada e providenciar coberturas ajustadas a quem por exemplo necessita do apoio de uma 3ª pessoa.

<sup>60</sup> Uma previsão contratual que estipulasse que após uma determinada utilização das garantias do contrato em determinado ano, daria lugar a um ajustamento proporcional do prémio poderá ter o mesmo resultado que um seguro anual renovável.

<sup>61</sup> V. Ponto 11.

<sup>62</sup> Por manifestação externa entendemos não só o que é visível como o mal-estar provocado pelo acidente ou doença, embora em caso de acidente ainda seja mais difícil sustentar o não conhecimento.

<sup>63</sup> A apreciação terá que ser feita caso a caso e face às provas existentes para apurar se houve alguma omissão na declaração.

<sup>64</sup> Sobre a álea no contrato e na mutualidade, V. FRANÇOISE CHAPUISAT, *Le Droit des Assurances*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, págs. 12 a 14. Sobre a mutualidade enquanto elemento típico do contrato de seguro pronunciava-se PEDRO MARTINEZ no sentido que «pela mutualidade, muitos pagam os prémios estabelecidos, para que somente alguns sejam indemnizados dos prejuízos que sofreram». Cfr. do autor, *Teoria e Prática dos Seguros*, Lisboa, 1953.

<sup>65</sup> Ainda que tenha existido dolo no agravamento do estado de saúde (por exemplo, automutilações), tal não terá que ser comunicado já que a causa que dá lugar ao agravamento não é valorada pelo segurador.

<sup>66</sup> Entre os exemplos que poderemos dar para a verificação da diminuição de risco e que normalmente provocam exclusões nos contratos ou agravamentos no prémio identificamos o consumo de álcool, tabaco ou drogas, bem como circunstâncias relacionadas com o trabalho. O mineiro que muda de profissão

ou o barman de um bar de fumadores têm uma diminuição do risco de saúde.

<sup>67</sup> Sobre as cláusulas de condição preexistente V. ROBERT H. JERRY, *Understanding Insurance Law*, Second Edition, Mathew Bender, 1996, pág. 429.

<sup>68</sup> V. Estatísticas de Seguros em [www.isp.pt](http://www.isp.pt), onde consta que o número de pessoas seguras por seguro individual e seguro de grupo é semelhante.

<sup>69</sup> Também podem ser empresários em nome individual, o que determina a palavra “grupo” é o conjunto de pessoas ligadas ao tomador.

<sup>70</sup> O artigo 77.º, n.º 1, distingue seguro de grupo contributivo do não contributivo. O n.º 2 do mesmo preceito acrescenta que «o seguro de grupo diz-se contributivo quando do contrato de seguro resulta que os segurados suportam, no todo ou em parte, o pagamento do montante correspondente ao prémio devido pelo tomador do seguro».

<sup>71</sup> O seguro de grupo não tem necessariamente que ter apenas as entidades patronais como tomadoras do seguro. É comum no seguro de pessoas uma entidade bancária assumir a posição de tomadora do seguro.

<sup>72</sup> A falta de pagamento do prémio por parte do tomador do seguro leva à resolução automática do contrato (artigo 80.º, n.º 2) e no seguro contributivo em que o segurado pague o prémio directamente ao segurador a ausência de pagamento do prémio leva na prática à exclusão do daquele, pois deixa de estar coberto pelo contrato (artigo 80.º, n.º 2).

<sup>73</sup> Exceptuam-se as situações de adesão obrigatória a seguro obrigatório como o de acidentes de trabalho.

<sup>74</sup> No entanto, o segurado, quando e nas condições que o contrato o preveja pode manter a cobertura do contrato (art. 85.º).

<sup>75</sup> O artigo 83.º, n.º 1 refere «o segurado pode ser excluído», mas esta possibilidade de exclusão apenas funciona caso não exista pagamento do prémio, já que em caso de cessação do vínculo o segurado deve ser excluído do seguro de grupo.

<sup>76</sup> Dispõe o artigo 1.º que o segurador obriga-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato.

<sup>77</sup> As apólices uniformes contêm conceitos semelhantes, até porque foram recentemente revistas com base no conceito do artigo 99.º da LCS. Por exemplo a Apólice Uniforme do Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel (Norma Regulamentar n.º 14/2008-R, de 27 DE Novembro) dispõe que Sinistro é «a verificação, total ou parcial, do evento que desencadeia o accionamento da cobertura do risco prevista no contrato, considerando-se como um único sinistro o evento ou série de eventos resultante de uma mesma causa», sendo que a Apólice Uniforme de Seguro Obrigatório de Incêndio aprovada pela Norma n.º 16/2008 - R, de 18 de Dezembro, reproduz totalmente o conceito do artigo 99.º da LCS.

<sup>78</sup> JOSÉ VASQUES acolhe o conceito de Claude-J. Berr e Hubert Groutel que entendem que «sinistro é a realização do risco previsto no contrato». Cfr. JOSÉ VASQUES, *Contrato de Seguro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 285.

<sup>79</sup> O regime ambulatorio quando corresponda a consultas de rotina, sem que exista um evento que determine e crie a necessidade, constitui uma vertente de prestação de serviços que não tem correspondência com um conceito de sinistro enquanto concretização de um evento incerto e aleatório.

<sup>80</sup> «Sinistros evolutivos» é a designação também utilizada por ARNALDO OLIVEIRA em *Lei do*

*Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 311,

<sup>81</sup> A propósito da extensão da garantia no tempo, *Ob. Cit.*, págs. 410 e seguintes.

<sup>82</sup> Nos termos do artigo 105º o contrato cessa por caducidade, revogação, denúncia e resolução.

<sup>83</sup> Sobre este preceito V. ARNALDO OLIVEIRA e EDUARDA RIBEIRO, *Novo regime jurídico do contrato de seguro: aspectos mais relevantes da perspectiva do seu confronto com o regime vigente*, Revista Fórum, n.º 25, Lisboa, 2008, pág. 42.

<sup>84</sup> Atendendo a que o art. 217º é de imperatividade relativa (art. 13º, n.º 1) pode ser estabelecido um regime mais favorável ao tomador ou segurado, pelo que o contrato anterior pode prever a existência de pluralidade de seguros, ficando na liberdade de escolha do tomador ou segurado qual a apólice que opta para o pagamento das prestações de cuidados de saúde.

<sup>85</sup> Enquanto causa especificamente relacionada apenas com o seguro de saúde, pois em termos gerais uma mudança de residência para o estrangeiro também pode levar ao mesmo efeito.

<sup>86</sup> A cobertura de parto poderá já não interessar para uma mulher de 70 anos. A caducidade de uma cobertura terá assim que ser aferida de acordo com cada situação concreta.

<sup>87</sup> O artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 176/95, de 26 de Julho.

<sup>88</sup> O artigo 84.º tem igual regime para o seguro de grupo.

<sup>89</sup> Cfr. Lei do Contrato de Seguro Anotada, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 334.

<sup>90</sup> Todavia, o legislador com a previsão do art. 217º vem reconhecer a tendência de um contrato de seguro de saúde anual e com renovação automática se prolongar por vários anos, pelo há aqui uma tutela da confiança do segurado nos seguros de saúde.

<sup>91</sup> Tal como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Lei do Contrato de Seguro Anotada, Cit.*, pág. 336.

<sup>92</sup> Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, podendo sobre a justa causa observar-se o artigo 351º.

<sup>93</sup> Por exemplo, a ausência de resposta a sucessivos pedidos de pré-autorização para uma operação urgente abrangida pelas coberturas do contrato, bem como atos ou omissões que de uma forma geral possam afetar de forma grave a saúde do segurado.

<sup>94</sup> Como refere ARNALDO OLIVEIRA, «a consagração do RJCS da desaplicação parcial do regime do agravamento do risco aos seguros de saúde – art. 215.º, a) – é o desenvolvimento do veio de proteção dos consumidores iniciado com o art. 21.º do RTS (...) e que o art. 217º veio desenvolver». Cfr. *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 467.

<sup>95</sup> O contrato de seguro de saúde pressupõe a possibilidade de utilização repetida do contrato, ainda que enquadrada no âmbito dos seus capitais máximos e coberturas.

<sup>96</sup> Presume-se que existe sucessão de sinistros quando ocorram 2 sinistros no espaço temporal de 12 meses ou no decurso de uma anuidade para os contratos anuais (artigo 117º, n.º 2).

<sup>97</sup> O que não invalida que também existam utilizações das garantias do contrato sem qualquer fundamento ou necessidade.

CONSULTATION PAPER

# ON THE USE OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

AS A MEANS TO RESOLVE DISPUTES  
RELATED TO COMMERCIAL TRANSACTIONS  
AND PRACTICES IN THE EUROPEAN UNION

This is a DG SANCO services document drafted as a basis for public consultation. The present paper does not in any way prejudice any future action of the European Commission.

## EXCEROTOS

*“When consumers harmed by an illegal practice of a trader want to pursue their case, they face difficulties in accessing effective and affordable means to resolve disputes and obtain compensation. This is particularly true for small value claims”*

*“EU law provides consumers with a set of rights. However, if such rights are to have a practical value, mechanisms must exist to ensure that consumers can exercise them effectively”*

*“These procedures enable the consumer to obtain compensation for harm suffered as a consequence of an illegal practice by a trader. It covers out-of-court mechanisms that lead to the settling of a dispute through the intervention of a third party. The third party can propose or impose a solution, or merely bring the parties together to assist them in finding a solution”*

*“Consumers can always go to court to resolve disputes and obtain compensation. Traditional court proceedings are, however, not always practical or cost-efficient for consumers or businesses”*

*“The rate of compliance by businesses with ADR decisions or agreements is in general high. This rate, however, differs depending on the ADR schemes and the nature of their decisions”*

*“The availability of an effective court system or of efficient public enforcement by regulators can act as a strong incentive for parties to use ADR”*

*“The offer of ADR schemes to solve consumer disputes related to e-commerce transactions is, therefore, scattered and incomplete. This may create uncertainty and confusion for consumers as they may have difficulty in identifying if there is an ADR scheme that can deal with their disputes”*

*“Consumer organisations or public enforcement authorities can take legal action to stop an illegal practice by a trader who has breached a consumer protection rule”*

## INTRODUCTION

In a modern, globalised and digital economy, consumer confidence in the market plays a key role. As underlined in the recently adopted Communication “Towards a Single Market Act”<sup>1</sup>, “*in order to restore confidence, it is important to reach out to consumers as players in the single market*”. Encouraging active participation of consumers in the functioning of markets helps protect healthy competitive conditions. Access to efficient means to resolve disputes and obtain compensation for consumers when their rights are violated by traders promotes consumer confidence in the market and improves market performance. The losses incurred by European consumers because of problems with purchased goods or services are estimated at 0.3% of Europe’s GDP<sup>2</sup>.

Out-of-court dispute resolution mechanisms, also called Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms, can provide cheap, simple and quick solutions to consumer disputes

2. When consumers harmed by an illegal practice of a trader want to pursue their case, they face difficulties in accessing effective and affordable means to resolve disputes and obtain compensation. This is particularly true for small value claims. Of consumers who complain to a trader and are not satisfied with the way their complaint is dealt with, 46% take no further action<sup>3</sup>. Thus, the problems which consumers encounter are frequently left unresolved.

3. Consumers’ activities are no longer confined to their own countries. There is an increase in cross-border trade due to travel and e-commerce. In 2009, nearly 3 in 10 EU consumers (29%) purchased goods in another Member State<sup>4</sup>. There is also enormous potential for growth in cross-border purchases. Between 2004 and 2010, the percentage of individuals who ordered goods or services over the internet in the EU-25 rose significantly, from 22% to 37%. The development of on-line transactions is becoming a wide-spread phenomenon in the UK, Luxembourg, Germany, the Netherlands, France and the Nordic countries, where 45% to 65% of internet users are online buyers. The internet-powered economy represents 7.2% of UK GDP<sup>5</sup>. In 2009, however, only 8% of EU consumers bought goods and services via the internet from a seller/provider located in another Member State. One of the reasons why consumers often refrain from online cross-border purchases is the uncertainty about what to do or who to turn to if they experience a problem with a foreign trader. 71% of consumers consider the resolution of problems more difficult when shopping abroad<sup>6</sup>.

4. EU law provides consumers with a set of rights. However, if such rights are to have a practical value, mechanisms must exist to ensure that consumers can exercise them effectively. If consumers are to have confidence in shopping cross-border, in particular on the internet, and enjoy their substantive EU rights, they need reassurance that if something goes wrong they can resolve their disputes and obtain compensation.

5. Out-of-court dispute resolution mechanisms, also called Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms, can provide cheap, simple and quick solutions to consumer disputes. For

businesses, ADR can be a tool for maintaining business reputation and preserving customer trust. The flexibility of ADR offers the advantages of a tailored and targeted approach to a dispute. ADR is also a means to alleviate the burden on the judicial system.

6. The present document refers to dispute resolution procedures which are designed as an alternative to resolving a dispute in a court. These procedures enable the consumer to obtain compensation for harm suffered as a consequence of an illegal practice by a trader. It covers out-of-court mechanisms that lead to the settling of a dispute through the intervention of a third party. The third party can propose or impose a solution, or merely bring the parties together to assist them in finding a solution. The document does not cover customer complaint handling mechanisms operated by businesses or amicable settlement negotiated directly between parties to the disputes.

7. The purpose of this paper is to consult stakeholders on the difficulties identified and the possible ways in which the use of ADR within the EU could be improved. It also gives stakeholders an opportunity to complete the data gathered by the Commission so far.

ADR schemes may be established by public authorities, by industry or be set up in cooperation between the public sector, industry and consumer organizations

## 2. EXISTING INSTRUMENTS

### 2.1 CONSUMER ENFORCEMENT AND REDRESS INSTRUMENTS

8- Several instruments have been put in place or are envisaged to improve the enforcement of consumer rights within the EU. These instruments are complementary and provide a set of tools that can be used to enforce consumer rights depending on the circumstances (e.g. the number of consumers involved, the amounts or the complexity of the claims).

9- In all Member States, consumer organisations or public enforcement authorities can take legal action to stop an illegal practice by a trader who has breached a consumer protection rule<sup>7</sup>. For cross-border cases, a mechanism of cooperation through a network of consumer enforcement authorities exists<sup>8</sup>. In certain sectors, such as financial services, transport, telecommunications and energy, regulators play an important role in market surveillance<sup>9</sup>. However, these mechanisms often do not provide consumers with compensation for harm suffered.

10- Consumers can always go to court to resolve disputes and obtain compensation. Traditional court proceedings are, however, not always practical or cost-efficient for consumers or businesses. In the majority of cases, the costs (e.g. court, lawyers' and experts' fees) and the risks attached to litigation make it uneconomic for a consumer to seek compensation. Procedures are sometimes so complex and lengthy that consumers may find themselves entangled without any clear perception of when their case will be resolved. 48% of EU consumers will not go to court for harm below €200, while 8% will never go to court no matter what the amount of their

claim<sup>10</sup>. Simplified court procedures can ease consumers' access to justice and exist in almost all Member States for national cases. The procedure set up by the European Small Claims Regulation will also improve the situation for cross-border claims<sup>11</sup>.

11- 14 Member States<sup>12</sup> have judicial mechanisms whereby a group of consumers or a representative entity representing the consumer public interest can request compensation for harm caused by an illegal practice. Other Member States may in the foreseeable future introduce such systems (e.g. Belgium). The Commission is currently working on collective redress. In 2011, the Commission will launch a consultation which aims to identify which forms of collective redress could fit into the EU legal system and into the legal order of the 27 EU Member States. These mechanisms are designed for mass claims and can only be used if multiple consumers have been harmed by an illegal practice of a trader. However, not all consumer disputes are mass claims.

### EXISTING EU INSTRUMENTS ON ADR

12. The Commission has adopted two Recommendations to promote consumer ADR. Recommendation 98/257/EC<sup>13</sup> applies to consumer ADR schemes which either propose (e.g. through recommendations) or impose (e.g. through binding decisions) a solution to resolve a dispute. Recommendation 2001/310/EC<sup>14</sup> applies to a more consensual resolution of disputes, where a third party attempts to resolve the dispute by bringing the parties together to persuade them to find a solution by common consent. The two Recommendations establish a number of minimum guarantees, such as independence and effectiveness that ADR schemes should respect. The Commission has developed a database with more than 500 ADR schemes, which, according to Member States, comply with the Recommendations<sup>15</sup>.

13. Several EU Directives, such as the E-commerce Directive<sup>16</sup>, the Postal Services Directive<sup>17</sup> and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID)<sup>18</sup> encourage Member States to establish ADR schemes. The EU legislative frameworks regarding the telecom sector<sup>19</sup> and the energy sector<sup>20</sup>, the Consumer Credit Directive<sup>21</sup> and the Payment Services Directive<sup>22</sup> require that adequate and effective ADR schemes are put in place. The Services Directive<sup>23</sup> requires service providers that are part of an ADR scheme to provide consumers with information in this regard. Finally, the Directive on Mediation<sup>24</sup> encourages judges to promote recourse to mediation. It also aims at ensuring a sound relationship between the mediation process and judicial proceedings by establishing common rules in the EU on a number of key aspects of civil procedure, such as the effects of mediation on limitation and prescription periods or the confidentiality of mediation.

14. The Commission has also set up two networks to facilitate consumer access to ADR. Fin-Net<sup>25</sup> is a network of national ADR schemes that handle cross-border disputes between consumers and financial services providers. In addition, the European Consumer Centre (ECC) Network<sup>26</sup> directs consumers to an appropriate ADR scheme in another Member State.

### ADR IN PRACTICE

15. More than 750 consumer ADR<sup>27</sup> schemes exist in the EU. They are highly diverse across the EU but also within Member States. ADR schemes may be established by public

authorities, by industry or be set up in cooperation between the public sector, industry and consumer organisations. Their funding may be private (e.g. by industry), public or a combination of both. In most Member States, the geographical coverage of ADR can be national<sup>28</sup> rather than decentralised at regional or local level<sup>29</sup>. Both sector-specific and multi-sectoral ADR schemes exist in most Member States. The vast majority of ADR procedures are based on the willingness of the parties to engage in the process. Most ADR schemes are free for consumers or at moderate cost (below €50) and are settled within a short period of time (an average of 90 days<sup>30</sup>). ADR decisions may be taken collegially (e.g. by boards) or by individuals (e.g. by a mediator or ombudsman) and the nature of their decisions may vary considerably (e.g. non-binding recommendations, decisions binding on the trader or on both parties, agreement of the parties). In other words, each ADR scheme is virtually unique.

16. Recent studies<sup>31</sup> show that ADR cases in the EU have increased during the last years (from 410 000 in 2006 to 530 000 in 2008). ADR has, however, not yet achieved its full potential. In 2009, 6,6% of the cross border complaints received by the European Consumer Centre network were transferred to an ADR scheme<sup>32</sup>. In 2009, only 3% of European consumers who did not get a satisfactory reply from the trader took their case to an ADR scheme<sup>33</sup>. Finally, only 9% of European retailers have used ADR schemes<sup>34</sup>.

### 3. HOW TO ADDRESS THE CURRENT SHORTCOMINGS?

17. The studies on ADR point to a number of shortcomings, such as the lack of consumer and business awareness of ADR or the gaps in the ADR coverage, which hinder the effectiveness of ADR in the EU. The shortcomings are examined in more detail in the paragraphs below. The questions included under each paragraph aim at gathering stakeholders' views on these shortcomings and defining how ADR could be improved in order to enhance consumer's access to simple, cheap and quick means to resolve disputes and obtain compensation.

#### 3.1. CONSUMER AND BUSINESSES AWARENESS OF ADR

18. Recent face-to-face interviews in EU-27 confirm that consumer awareness of mechanisms to resolve a dispute and obtain compensation in general and ADR in particular is extremely limited<sup>35</sup>. 40% of retailers declared that they do not know any ADR mechanisms<sup>36</sup>. In addition, consumers do not have an easy access to detailed information on ADR procedures. The ADR study<sup>37</sup> shows that for 41% of ADR schemes, neither consumers nor authorities have access to information about the use of, the number of cases and the past performance of the ADR scheme. Transparency is, however, essential to foster confidence in ADR schemes. This is even truer in cross-border situations.

19. Any initiative on ADR should first ensure that consumers and businesses are aware of the existence of ADR schemes. When faced with a dispute, consumers and businesses should be able to quickly identify the ADR scheme that can deal with their dispute and get information on the main features of that scheme. In some Member States, in certain sectors (e.g. financial services in Belgium) traders are obliged to inform consumers about the ADR scheme in their

general contractual conditions. In regulated markets (e.g. energy, telecommunication, financial services), regulators may also have a role to play in directing consumers to ADR. For cross-border cases, the European Consumer Centre Network and Fin-Net can help consumers identify the ADR competent to deal with their dispute in another Member State.

### 3.2. INVOLVEMENT OF TRADERS/SUPPLIERS

20 - Only 9% of European retailers have actually used ADR<sup>38</sup> and only 6% of European traders are members of an ADR scheme<sup>39</sup>. For 64% of ADR schemes, adherence by industry is voluntary<sup>40</sup>. For example, in France most telecommunication companies have signed an agreement, on the basis of which their customers can bring their case to the Mediator for Electronic Communications. Participation of the industry in an ADR procedure can be encouraged by trade associations - some of them require adherence to an ADR scheme as a condition for membership (e.g. the banking ombudsman in Poland). Adherence by traders can be mandatory by law (e.g. Financial ombudsman service in the UK). This is particularly true in highly regulated sectors.

Most ADR schemes are free for consumers or at moderate cost (below 50) and are settled within a short period of time (an average of 90 days)

21 - The rate of compliance by businesses with ADR decisions or agreements is in general high. This rate, however, differs depending on the ADR schemes and the nature of their decisions. Compliance rates for schemes issuing non binding-decisions are generally lower. But in Sweden, the National Board for Consumer Complaints takes non-binding decisions, but the compliance rate is quite high. A Swedish magazine publishes a black list of traders that do not comply with the decision of the Board. This acts as a strong deterrent to non-compliance. In Denmark, the non-binding decision of the National Complaint Board becomes directly enforceable if it is in favour of the consumer and the trader does not react within a certain deadline.

22. The effectiveness of ADR and the fairness of its outcome therefore depend significantly on incentives. The availability of an effective court system or of efficient public enforcement by regulators can act as a strong incentive for parties to use ADR. For example, after being threatened by the Finnish ombudsman, a Dutch mobile service company accepted a settlement with consumers<sup>41</sup>. In some Member State (e.g. in Italy), resorting to ADR before going to court is a legal requirement in certain sectors. Such a possibility, however, should not make it impossible or excessively difficult for consumers to exercise their rights and to respect the fundamental rights to access to justice<sup>42</sup>. In addition, the effects of ADR on limitation and prescription periods or the confidentiality of the ADR process in relation to possible related civil litigation must be correctly arranged.

23. Important gaps, both sector-specific and geographical, exist in most Member States.

### 3.3. ADR COVERAGE

23. Important gaps, both sector-specific and geographical, exist in most Member States.

For example, consumer ADR schemes are a recent development in the Central and Eastern European Member States. In Member States with well developed ADR schemes, gaps still remain. For example, there are no ADR schemes in the transport sector in Austria. ADR schemes are also not always available homogeneously throughout the territory (e.g. Portugal has six regional arbitration centres competent for consumer disputes but they do not cover the whole of Portugal). Finally, in some sectors not all traders are members of the ADR schemes. For example, in the air transport sector in the Netherlands, not all airline companies are members of the Foundation for Consumer Complaint Boards.

24. Consumer ADR schemes have been more widely set up to solve disputes in the financial services, telecommunications and transport sectors. ADR schemes in the energy sector are also developing. These are regulated sectors where EU legislation requires or encourages the establishment of ADR schemes. In these sectors, certain features (e.g. mandatory membership, the binding nature of the decision, and exchange of information with regulators) are more common than in other sectors. Initiatives will be taken at EU level to further promote the development of ADR in these sectors. The third energy package contains a provision obliging Member

The studies on ADR point to a number of shortcomings, such as the lack of consumer and business awareness of ADR or the gaps in the ADR coverage

States to set up an independent out-of-court resolution scheme for energy complaints. In order to support Member States, the Commission will create a multi-stakeholder working group to identify best practices in ADR in this sector. The Commission also foresees the adoption of a Recommendation to strengthen the Fin-Net network in 2011.

25. Most existing consumer ADR schemes do not make a distinction between the purchase of goods or services by distance selling methods, such as e-commerce or direct selling methods, such as face-to-face, and deal with all types of disputes in their field of competence, regardless of whether they are offline or online. Very few consumer ADR schemes deal exclusively with Internet purchases (e.g. Médiateur du Net in France, the Internet ombudsmen in Germany and in Austria). They are mainly Online Dispute Resolution (ODR) schemes. This means that the entire ADR procedure is dealt with via electronic means. The offer of ADR schemes to solve consumer disputes related to e-commerce transactions is, therefore, scattered and incomplete. This may create uncertainty and confusion for consumers as they may have difficulty in identifying if there is an ADR scheme that can deal with their disputes. The absence of ADR schemes dealing with e-commerce transactions is also one of the reasons why SMEs are not engaging in cross-border e-commerce, both with consumers or with other businesses. The development of ODR schemes for e-commerce cross-border transactions could improve access to justice for consumers and SMEs.

More generally, the existence of a “single entry point” or “umbrella organisations” could also improve consumers’ access to means to resolve disputes and obtain compensation. Such an organisation could help consumers and SMEs to access the ADR schemes competent to deal with their dispute, or deal with the dispute when no specific ADR scheme exists.

Very few consumer ADR schemes provide collective proceedings. In Sweden and in Finland, the consumer ombudsman can bring proceedings before the National Consumer Complaint Board on behalf of a group of consumers (opt-out system). In Spain, a consumer or consumer organisation can bring a case on behalf of multiple identified consumers to the Spanish Arbitration System. Several ADR schemes conduct collective investigations and then take individual decisions or take a decision on a selective sample of claims which then can be applied to similar cases. Encouraging the availability of collective ADR procedures should improve the handling of mass claims.

Finally, only 62 % of the existing ADR schemes deal with claims from consumers residing in another Member State<sup>43</sup>. Cross-border cases are often linked to e-commerce transactions. Due to the growth of e-commerce transactions, the number of internet disputes is likely to expand (see above point 3). In practice, consumers who want to use ADR schemes for cross-border transactions are faced with additional burdens. The competent ADR scheme is located in the Member State where the trader is established. Consumers have to face an unfamiliar ADR system and often another language. Existing ADR procedures may not be convenient for cross-border cases (e.g. recourse to experts, hearings).

(9) What are the most efficient ways of improving consumer ADR coverage? Would it be feasible to run an ADR scheme which is open for consumer disputes as well as for disputes of SMEs?

(10) How could ADR coverage for e-commerce transactions be improved? Do you think that a centralised ODR scheme for cross-border e-commerce transactions would help consumers to resolve disputes and obtain compensation?

### 3.4. FUNDING

Funding is necessary for both the creation and functioning of ADR schemes. ADR schemes should be sustainable. Currently, 25% of the schemes are entirely funded by public funds and 34% by the industry. The remaining are either funded by the parties taking part in the procedure or by a combination of different sources. For example, an annual levy is collected by the ADR scheme from its business members, proportional to the size of the business, or a pay-per-case system is applied. 7% of ADR schemes are funded by a combination of public and industry funds (e.g. in the Foundation for Consumer Complaints boards in the Netherlands, the national authorities fund the infrastructure and industry funds the adjudication of the complaints).

ADR should be free of charge or at a very low cost for consumers in order to remain accessible. Some ADR schemes charge a small fee to consumers to avoid abusive claims. In some schemes, fees are reimbursed to consumers if they win the case (e.g. the Danish Consumer Complaint Board).

Funding by the industry has raised some concerns. Parties may have the perception that the loyalty of the decision makers will then be with their paymasters. It could prevent decision-making bodies from reaching a fair and objective decision. Safeguards should be put in place in order to ensure the independence and impartiality of the decision making bodies. For example, the mediation service Banks

– Credit – Investment in Belgium is funded by the Belgian financial sector. However, the service is composed of the ombudsman nominated by the financial sector and a representative of consumer organisations.

## 4. PUBLIC CONSULTATION

All interested parties are invited to submit their comments and data by 15 March 2011. These contributions should be sent, if possible by electronic form to [sancoconsumer-adr@ec.europa.eu](mailto:sancoconsumer-adr@ec.europa.eu) or otherwise in writing to:

European Commission  
“Consultation on ADR”

Each contribution should be clearly marked “Consultation on ADR”. In the interest of transparency, organisations (including NGOs, trade associations and commercial enterprises) are invited to provide the public with relevant information about themselves by registering in the Interest Representative Register and subscribing to its Code of Conduct.

Contributions will be published on the website of the Health and Consumers Directorate-General of the European Commission. It is possible to request that submissions remain confidential. In this case, contributors should expressly state on the first page of their submission that they oppose publication. The Commission will examine the contributions and publish a summary thereof in the first half of 2011.

## PRIVACY STATEMENT

Purpose and scope of personal data processing:

The Health and Consumers Directorate-General will record and further process your personal details to the extent that they are necessary for the follow-up of your contribution to the public consultation on the use of ADR in the European Union.

When faced with a dispute, consumers and businesses should be able to quickly identify the ADR scheme that can deal with their dispute

Your data will be handled in conformity with Regulation (EC) N° 45/2001 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by Community institutions and bodies and on the free movement of such data.

Your data are recorded and stored as long as follow-up actions are needed in the context of your contribution.

For transparency purposes, the contributions, including your name and position in your organisation will be communicated to the public, in particular through the Health and Consumers web pages on Europa at:

[http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm)

Right of rectification & personal data controller:

Should you require further information concerning the processing of your personal data or exercise of your rights (e.g. access or rectify any inaccurate or incomplete data) please contact:

sanco-consumer-adr@ec.europa.eu

You have the right of recourse at any time to the European Data Protection Supervisor at [edps@edps.europa.eu](mailto:edps@edps.europa.eu)

## NOTES

<sup>1</sup> COM (2010) 608 final

<sup>2</sup> Special Eurobarometer No 342, “Consumer Empowerment” (not published yet)

<sup>3</sup> Flash Eurobarometer No 299, “Attitudes towards cross-border sales and consumer protection” (not published yet)

<sup>4</sup> 3<sup>rd</sup> Edition of the Consumer Markets Scoreboard – Mars 2010 p.15-21

<sup>5</sup> “The connected Kingdom: How the internet is transforming the UK Economy”, The Boston Consulting Group, 2010

<sup>6</sup> Special Eurobarometer No 252 Consumer Protection in the Internal Market p.55

<sup>7</sup> Directive No 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers’ interests, OJ L 166, 11.6.1998, p. 51

<sup>8</sup> Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws, OJ L 364, 9.12.2004, p.1

<sup>9</sup> For example, the recently adopted EU legislation in the energy sector reinforces regulators’ powers and duties in monitoring the development of competition and ensuring enhanced customer protection and information. The regulators will have new powers, such as the power to issue binding decisions, carry out investigations and impose effective, proportionate and dissuasive penalties. See Directives No 2009/72/EC and No 2009/73/EC; OJ L 211, 14.8.2009 p. 55 & 94

<sup>10</sup> Eurobarometer No 343 (to be published)

<sup>11</sup> Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199, 31.7.2007, p.1

<sup>12</sup> Austria, Bulgaria, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, the Netherlands, Poland, Portugal, Spain, Sweden, United Kingdom

<sup>13</sup> Commission Recommendation No 98/257/EC on the principles applicable to the bodies responsible for the out-of-court settlement of consumer disputes, OJ L 115, 17.04.1998, p. 31

<sup>14</sup> Commission Recommendation No 2001/310/EC on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer ADR, OJ L 109, 19.4.2001, p. 56

<sup>15</sup> See [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm)

<sup>16</sup> Directive No 2000/31/EC; OJ, L 178, 17.7.2000 p. 1

<sup>17</sup> Directive No 2008/6/EC ; OJ L 52 27.02.2008 p.3

<sup>18</sup> Directive No 2004/39/EC; OJ L 145/1, 30.4.2004, p. 33

<sup>19</sup> Directives No 2009/136/EC and No 2009/140/EC; OJ L337, 18.12.2009 p.11 & 37

<sup>20</sup> Directives No 2009/72/EC and No 2009/73/EC; OJ L 211, 14.8.2009 p. 55 & 94

<sup>21</sup> Directive No 2008/48/EC; OJ L 133, 22.5.2008, p.66

<sup>22</sup> Directive No 2007/64 /EC; OJ L319/1, 5.12.2007 p.32

<sup>23</sup> Directive No 2006/123/EC; OJ L 376, 27.12.2006, p.36

- <sup>24</sup> Directive No 2008/52/EC; OJ L 136, 24.5.2008, p. 3
- <sup>25</sup> See [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances-retail/finnet/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/finnet/index_en.htm)
- <sup>26</sup> See [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/index_en.htm)
- <sup>27</sup> See Study on the Use of Alternative Dispute Resolution in the European Union of 16 October 2009 (ADR Study). For an overall overview of the existing ADR schemes in the Member States, see Annex 1, p.164 to 324
- <sup>28</sup> For example, Denmark, Estonia, France, Ireland, Lithuania, Luxemburg, Latvia, the Netherlands, Poland, Slovakia, Slovenia, Czech Republic, Malta, the United Kingdom
- <sup>29</sup> For example, Germany, Spain, Italy and Portugal
- <sup>30</sup> See ADR Study p. 33
- <sup>31</sup> The ADR Study and the ECC Report Cross-border Dispute Resolution Mechanisms in Europe – Practical reflections on the need and availability <http://dokumenter.forbrug.dk/forbrugereuropa/crossborder-dispute-resolution/>
- <sup>32</sup> See The European Consumer Centres' Network Fifth Anniversary Report 2005-2009, p.26
- <sup>33</sup> Eurobarometer No 282, p.20
- <sup>34</sup> Flash Eurobarometer 300, "Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection" (not published yet)
- <sup>35</sup> See TNS, Consumer redress in the European Union: Experience, perceptions and choices (face-to-face interviews) p.9 [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/docs/cons\\_redress\\_EU\\_qual\\_study\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/cons_redress_EU_qual_study_report_en.pdf)
- <sup>36</sup> Eurobarometer No 278, p.70
- <sup>37</sup> See the ADR Study p. 135
- <sup>38</sup> See footnote 35
- <sup>39</sup> Flash EB 300, "Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection"
- <sup>40</sup> See ADR study p. 35
- <sup>41</sup> 41 The company offered different games, competitions and intelligence tests in the internet without making clear to consumers that they would have to pay for text messages sent to their phone. <http://www.kuluttajavirasto.fi/Page/d1bc11a7-7371-4140-8681eb744f0400c8.aspx?groupId=1c5dad8d-0b76-43d3-8440-6480df10ed3d&announcementId=608002b4babb-4063-977a-39ca3f002065>
- <sup>42</sup> 42. Joint cases Affaires joint C-317/08 to C-320/08; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0317:FR:HTML>
- <sup>43</sup> See ADR study p.339

# BRINQUEDOS COM NOVAS REGRAS DE SEGURANÇA

ÍNTEGRA DO DECRETO-LEI Nº 43/2011 DE 24 DE MARÇO

## EXCERTOS

*“O presente decreto-lei é aplicável a qualquer produto concebido ou destinado, exclusivamente ou não, a ser utilizado para fins lúdicos por crianças de idade inferior a 14 anos, adiante designado por brinquedo”*

*“Para efeitos do presente decreto-lei, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) é a autoridade de fiscalização do mercado competente para assegurar que os brinquedos cumprem os requisitos aplicáveis estabelecidos na legislação comunitária de harmonização e que não apresentam um perigo para a saúde, segurança ou outra vertente da protecção do interesse público”*

*“Enquanto um brinquedo estiver sob a responsabilidade do distribuidor, este deve garantir que as condições de armazenamento ou transporte não prejudicam a conformidade do brinquedo com os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei”*

*“O fabricante deve apor os avisos de modo bem visível e facilmente legível, compreensível e preciso no brinquedo, num rótulo nele aposto ou na embalagem e, se for caso disso, nas instruções de utilização que o acompanham”*

*“Antes da colocação de um brinquedo no mercado, os fabricantes estão obrigados a proceder a uma análise dos perigos de natureza química, física, mecânica e eléctrica, bem como de inflamabilidade, higiene e radioactividade, que o brinquedo possa representar, apresentando uma avaliação da eventual exposição aos mesmos”*

*“Os brinquedos e respectivos componentes não devem apresentar qualquer risco de asfixia resultante da interrupção do fluxo de ar, devido a obstrução externa das vias respiratórias, na boca ou no nariz”*

*“Os brinquedos, salvo os dispositivos de percussão para brinquedos, não devem ser explosivos ou conter elementos ou substâncias que possam explodir”*

*“Os brinquedos concebidos para emitir som devem ser projectados e fabricados de acordo com os valores máximos de ruído impulsivo e de ruído contínuo, para que os sons que emitem não danifiquem a capacidade auditiva das crianças”*

*“Os brinquedos devem ser projectados e fabricados de modo a satisfazer os requisitos de higiene e limpeza necessários para evitar quaisquer riscos de infecção, doença ou contaminação”*

**A**s novas regras de segurança dos brinquedos foram [ em 24.03.2011] publicadas em Diário da República e os fabricantes, importadores ou distribuidores que não as cumprirem arriscam-se a pagar uma coima de três mil a 45 mil euros.

Passa a ser considerado brinquedo qualquer produto destinado a ser usado por menores de 14 anos para brincar.

O decreto-lei [publicado em 24.03.2011] entra em vigor a 20 de julho e introduz na legislação portuguesa a directiva europeia 2009/48/CE sobre segurança dos brinquedos disponíveis no mercado europeu.

Passa a ser considerado brinquedo qualquer produto destinado a ser usado por menores de 14 anos para brincar, mesmo que tenha outras utilizações.

Contudo, há produtos que podem ser usados para brincar mas aos quais estas regras de segurança não se aplicam, como brinquedos com máquinas a vapor, máquinas de jogos de utilização pública, fisgas, brinquedos para colecionadores, computadores pessoais, etc.

O diploma estabelece que os brinquedos não devem pôr em perigo a saúde e a segurança dos utilizadores, devem ser adequados à idade das crianças e conter informação sobre os potenciais riscos e como evitá-los.

São também actualizadas as regras que o brinquedo e a sua embalagem devem respeitar para minimizar os riscos de estrangulamento, asfixia, queimadura, esmagamento, queda, afogamento, infecção, doença ou contaminação e outros danos para a saúde, nomeadamente devido a substâncias químicas que causam alergias.

Há outros riscos que devem ser minimizados como choque eléctrico, incêndio ou explosão e níveis excessivos de radiação.

As embalagens devem dar mais informação aos consumidores, indicando a quem se destinam os brinquedos e se apenas podem ser utilizados sob vigilância de um adulto.

Alguns brinquedos – por exemplo, os destinados a menores de três anos ou para usar na água – têm de ser acompanhados de avisos de segurança específicos.

Também há novas regras para os brinquedos que são oferecidos ou vendidos com alimentos, que devem ter uma embalagem própria, que não possa ser engolida ou inspirada pelo nariz, e um aviso a indicar que contém um brinquedo ou brinde e que é recomendada a vigilância por adultos.

Relativamente às responsabilidades dos fabricantes, importadores e distribuidores, a legislação estabelece que os brinquedos só podem ser vendidos no mercado europeu se apresentarem a marcação CE, um sinal com que o fabricante atesta que o brinquedo cumpre a lei e as normas europeias e não põe em risco a saúde e a segurança dos utilizadores.

Cabe ao fabricante avaliar ou mandar avaliar a segurança do brinquedo, fazer uma “declaração de conformidade” que confirma que cumpre as regras de segurança e colocar a marcação obrigatória no brinquedo produzido.

Já os importadores e distribuidores devem verificar se a avaliação de segurança foi feita, se o brinquedo tem a marcação CE, se vem acompanhado da documentação necessária, se está “devidamente identificado” e indica quem são o fabricante e o importador.

Os fabricantes, importadores ou distribuidores que não cumpram estas regras podem ter de pagar coimas de 1.000 a 3.740,98 euros, se forem individuais, e de 3.000 a 44.891,81 euros se forem empresas.

Se um brinquedo, mesmo com marcação CE, colocar em risco a segurança dos utilizadores, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) pode proibir a sua venda e recolhê-lo. (*Por Lusa, in “Público”, 24.03.2011*)

Diário da República, 1.ª série — N.º 59 — 24 de Março de 2011  
1643

## DECRETO-LEI N.º 43/2011 DE 24 DE MARÇO

Passa a considerar-se que um brinquedo é qualquer produto concebido ou destinado, exclusivamente ou não, a ser utilizado para fins lúdicos por crianças

O presente decreto-lei estabelece as regras de segurança dos brinquedos disponibilizados no mercado, e transpõe a Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, relativa à segurança dos brinquedos, que visa melhorar e actualizar as regras nesta matéria.

Com o presente decreto-lei, alarga-se o âmbito de aplicação relativamente ao anterior Decreto-Lei n.º 237/92, de 27 de Outubro, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 88/378/CEE, do Conselho, de 3 de maio, e que procurou aproximar as legislações dos Estados membros respeitantes à segurança dos brinquedos, aprovada no contexto da realização do mercado interno, harmonizando os níveis de segurança dos brinquedos e suprimindo os entraves ao comércio de brinquedos entre os Estados membros.

Passa a considerar-se que um brinquedo é qualquer produto concebido ou destinado, exclusivamente ou não, a ser utilizado para fins lúdicos por crianças, prevendo, ainda, diversas definições, de forma a facilitar a sua aplicação por parte dos operadores económicos responsáveis e da autoridade de fiscalização do mercado competente.

Para além disso, tendo em vista a protecção da saúde e segurança dos consumidores menores de 14 anos, são fixados novos requisitos essenciais de segurança e actualizados outros, como as características mecânicas (choque, ruído, movimento, limites de velocidade e sufocação), eléctricas, químicas, designadamente substâncias classificadas como cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas para a reprodução (CMR) e fragrâncias alergénicas.

As crianças são, por natureza, consumidores particularmente vulneráveis, pelo que cumpre assegurar que os brinquedos que lhes são destinados obedecem a regras de segurança específicas.

É igualmente reforçada a informação a disponibilizar aos consumidores através da rotulagem e da aposição de avisos específicos.

Regulam-se, igualmente, os brinquedos que são vendidos em contacto com alimentos ou acompanhados por alimentos, prevendo a existência de um aviso que alerte para a necessidade de supervisão por um adulto e impõe-se para estes brinquedos a existência de uma embalagem separada.

A experiência acumulada demonstrou que os princípios fundamentais da Directiva n.º 88/378/CEE, do Conselho, de 3 de maio, se revelaram eficazes no sector dos brinquedos, devendo ser con-

servados. No entanto, dos progressos tecnológicos no mercado dos brinquedos e da necessidade de clarificar o quadro aplicável à sua comercialização, resultou a necessidade de rever e melhorar determinados aspectos da Directiva n.º 88/378/CEE, do Conselho, de 3 de Maio.

Reforça-se, assim, a responsabilidade dos operadores económicos, determinando que os fabricantes devem realizar uma avaliação de segurança dos brinquedos e elaborar e disponibilizar à autoridade de fiscalização do mercado competente documentação técnica sobre os brinquedos. Visa-se assegurar, nomeadamente, a rastreabilidade destes produtos. Os importadores, por seu lado, devem verificar se o fabricante procedeu à respectiva avaliação da conformidade e, se necessário, realizar também ensaios a fim de garantir a segurança dos brinquedos importados. Prevê-se, ainda, que a documentação técnica deva ser guardada por um período não inferior a 10 anos.

Harmoniza-se, igualmente, a legislação aplicável à segurança dos brinquedos, procedendo à revogação do Decreto-Lei n.º 237/92, de 27 de outubro, do Decreto-Lei n.º 50/97, de 28 de fevereiro, da Portaria n.º 104/96, de 6 de abril, e do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 139/95, de 14 de junho.

Procede-se, também, à alteração ao Decreto-Lei n.º 291/2001, de 20 de novembro, relativo à comercialização dos géneros alimentícios com brindes.

Por fim, com o presente decreto-lei introduzem-se ainda as necessárias referências ao Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de julho, que estabelece os requisitos de acreditação e fiscalização do mercado relativos à comercialização de produtos, e ao Decreto-Lei n.º 23/2011, de 11 de fevereiro, que dá execução na ordem jurídica nacional ao mesmo Regulamento.

Foi promovida a audição do Conselho Nacional do Consumo.

Assim:

Nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 198.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

## CAPÍTULO I

Disposições gerais

### Artigo 1.º

Objecto

1 — O presente decreto-lei estabelece as regras de segurança dos brinquedos disponibilizados no mercado, e transpõe a Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, relativa à segurança dos brinquedos.

2 — Consideram-se brinquedos disponibilizados no mercado toda a oferta de brinquedos para distribuição, consumo ou utilização no mercado comunitário, no âmbito de uma actividade comercial, a título oneroso ou gratuito.

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

1 — O presente decreto-lei é aplicável a qualquer produto concebido ou destinado, exclusivamente ou não, a ser utilizado para fins lúdicos por crianças de idade inferior a 14 anos, adiante designado por brinquedo.

2 — Os produtos enumerados no anexo I ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, não são considerados brinquedos para os efeitos do presente decreto-lei.

3 — O presente decreto-lei não se aplica aos seguintes brinquedos:

- a) Equipamento para espaços de jogo e recreio para crianças, destinado a utilização não doméstica;
- b) Máquinas de jogo e entretenimento automáticas destinadas a crianças, quer funcionem a moedas ou não, destinadas a utilização pública;
- c) Veículos de brinquedo equipados com motor de combustão;
- d) Brinquedos com máquinas a vapor; e) Fundas e físgas.

## CAPÍTULO II

Deveres dos operadores económicos

### Artigo 3.º

Operadores económicos

Para os efeitos do disposto no presente decreto-lei são considerados operadores económicos o fabricante, o mandatário, o importador e o distribuidor na acepção que lhes é dada pelo Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho.

### Artigo 4.º

Dever geral de cooperação dos operadores económicos

1 — Os operadores económicos devem cooperar com a autoridade de fiscalização do mercado competente em qualquer acção de eliminação dos riscos decorrentes de brinquedos que tenham colocado ou disponibilizado no mercado, facultando-lhe igualmente, a pedido fundamentado.

desta autoridade, toda a informação e documentação necessárias à demonstração da conformidade dos brinquedos.

2 — Para efeitos do presente decreto-lei, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) é a autoridade de fiscalização do mercado competente para assegurar que os brinquedos cumprem os requisitos aplicáveis estabelecidos na legislação comunitária de harmonização e que não apresentam um perigo para a saúde, segurança ou outra vertente da protecção do interesse público.

### Artigo 5.º

Deveres gerais dos fabricantes

1 — Os fabricantes devem assegurar que os brinquedos que colocam no mercado foram projectados e fabricados em conformidade com os requisitos enunciados no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, considerando-se «colocação no mercado» a primeira disponibilização de um brinquedo no mercado comunitário.

2 — Os fabricantes devem:

- a) Possuir a documentação técnica exigida nos termos do artigo 24.º;
- b) Efectuar ou mandar efectuar o procedimento de avaliação da conformidade aplicável, através do qual se demonstra o cumprimento dos requisitos específicos aplicáveis a um brinquedo, de acordo com o artigo 22.º

3 — Sempre que seja demonstrada a conformidade do brinquedo com os requisitos aplicáveis, através do procedimento de avaliação da conformidade, os fabricantes devem emitir a declaração «CE» de conformidade, a que se refere o artigo 18.º e apor a marcação «CE», nos termos previstos nos n.ºs 1 a 4 do artigo 20.º

4 — A marcação «CE» referida no número anterior consiste na marcação através da qual o fabri-

cante evidencia que o brinquedo cumpre todos os requisitos aplicáveis à respectiva colocação no mercado, previstos na legislação comunitária de harmonização que prevê a sua aposição.

5 — Os fabricantes devem conservar a documentação técnica e a declaração «CE» de conformidade durante um prazo não inferior a 10 anos, a contar da data de colocação do brinquedo no mercado.

6 — Os fabricantes devem assegurar a existência de procedimentos para manter a conformidade das produções em série, devendo ser tidas em conta:

a) As alterações efectuadas no projecto ou nas características do brinquedo;

b) As alterações nas normas aprovadas por um dos organismos europeus de normalização constantes do anexo I da Directiva n.º 98/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho, adiante designadas por normas harmonizadas, com base em pedido apresentado pela Comissão Europeia, nos termos do artigo 6.º da mesma directiva, que constituíram a referência para a comprovação da conformidade de um brinquedo.

## Quando os distribuidores colocam um brinquedo no mercado devem agir com a devida diligência em relação aos requisitos aplicáveis

7 — Sempre que se considere apropriado em função da existência de indícios reveladores da ocorrência de um perigo que o brinquedo representa e que possa provocar danos, tais como lesões corporais ou quaisquer outros efeitos nocivos para a saúde, incluindo efeitos a longo prazo para a saúde, os fabricantes devem:

a) Realizar ensaios por amostragem dos brinquedos comercializados;

b) Investigar e conservar um registo de reclamações, de brinquedos não conformes e de brinquedos recolhidos, sem prejuízo de outras obrigações legais em matéria de reclamações;

c) Informar os distribuidores das ações de controlo efectuadas.

8 — Os fabricantes devem assegurar que os seus brinquedos indicam o tipo, o número do lote, da série ou do modelo, ou outro elemento que permita a respectiva identificação, ou, se as dimensões ou a natureza do brinquedo não o permitirem, que a informação exigida conste da embalagem ou de um documento que acompanhe o brinquedo.

9 — Os fabricantes devem indicar o seu nome, nome comercial registado ou marca registada e um único endereço físico de contacto no brinquedo, ou, se tal não for possível, na embalagem ou num documento que acompanhe o brinquedo.

10 — Os fabricantes devem assegurar que o brinquedo é acompanhado de instruções e informações de segurança, em língua portuguesa.

### Artigo 6.º

#### Deveres de colaboração e de informação dos fabricantes

1 — Os fabricantes que considerem, ou devam saber, com base nas informações de que dispõem e enquanto profissionais, que determinado brinquedo que colocaram no mercado não está em conformidade com a legislação aplicável destinada a harmonizar as condições de comercialização dos produtos a nível comunitário, adiante designada por legislação comunitária de harmonização, devem:

a) Tomar imediatamente as medidas correctivas necessárias para assegurar a conformidade do brinquedo ou proceder à respectiva retirada, por forma a impedir a disponibilização no mercado de um

brinquedo no circuito comercial, ou proceder à sua recolha para obter o retorno de um brinquedo que já tenha sido disponibilizado ao consumidor; *b*) Se o brinquedo representar um risco, informar imediatamente deste facto as autoridades nacionais competentes dos Estados membros em que disponibilizaram o brinquedo, fornecendo-lhes informações, sobretudo no que se refere não conformidade e às medidas correctivas aplicadas.

— Mediante pedido fundamentado da ASAE, os fabricantes devem facultar-lhe toda a informação e documentação necessárias, em língua facilmente compreendida por essa autoridade, para demonstrar a conformidade do brinquedo.

#### **Artigo 7.º**

##### **Mandatários**

1 — Os fabricantes podem designar por escrito um mandatário.

2 — Não fazem parte do mandato os deveres previstos no n.º 1 do artigo 5.º e a elaboração da documentação técnica.

3 — O mandatário deve praticar os actos definidos no mandato conferido pelo fabricante.

4 — O mandato deve, no mínimo, permitir ao mandatário:

*a*) Manter à disposição da ASAE a declaração «CE» de conformidade e a documentação técnica, pelo prazo de 10 anos, após a colocação do brinquedo no mercado;

*b*) Mediante pedido fundamentado da ASAE, facultar-lhe toda a informação e documentação necessárias para demonstrar a conformidade do brinquedo;

*c*) Cooperar com a ASAE, a pedido desta, no que se refere a qualquer acção empreendida para eliminar os riscos decorrentes de brinquedos abrangidos pelo mandato.

#### **Artigo 8.º**

##### **Deveres gerais dos importadores**

1 — Os importadores apenas podem colocar no mercado brinquedos conformes, de acordo com o disposto no artigo 13.º

2 — Antes de colocarem um brinquedo no mercado, os importadores devem assegurar que o fabricante aplicou o procedimento de avaliação da conformidade adequado, verificando que:

*a*) O fabricante elaborou a documentação técnica;

*b*) O brinquedo ostenta a marcação de conformidade exigida;

*c*) O brinquedo vem acompanhado dos necessários documentos;

*d*) O fabricante respeitou os requisitos previstos nos n.ºs 8 e 9 do artigo 5.º

3 — Sempre que o importador considere, ou deva saber, com base nas informações de que dispõe e enquanto profissional, que um brinquedo não está conforme com os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei, o importador não pode colocar o brinquedo no mercado até que este seja posto em conformidade.

4 — Se o brinquedo representar um risco o importador deve informar o fabricante e a ASAE.

5 — Os importadores devem indicar o seu nome, o nome comercial registado ou marca registada e um único endereço físico de contacto no brinquedo, ou, se tal não for possível, na embalagem ou num documento que acompanhe o brinquedo.

6 — Os importadores devem assegurar que o brinquedo é acompanhado de instruções e informações de segurança, em língua portuguesa.

7 — Enquanto um brinquedo estiver sob a responsabilidade do importador, este deve assegurar que as condições de armazenamento ou transporte não prejudicam a conformidade do brinquedo com os requisitos enunciados no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei.

8 — Sempre que se considere apropriado em função do risco que o brinquedo representa, os importadores devem:

- a) Realizar ensaios por amostragem dos brinquedos comercializados;
- b) Investigar e, se necessário, conservar um registo de reclamações de brinquedos não conformes e de brinquedos objecto de recolha;
- c) Informar os distribuidores destas acções de controlo.

9 — Os importadores que considerem, ou devam saber, com base nas informações de que dispõem e enquanto profissional, que determinado brinquedo que colocaram no mercado não está em conformidade com a legislação comunitária de harmonização aplicável, devem tomar imediatamente as medidas correctivas necessárias para assegurar a conformidade do brinquedo ou para proceder à respectiva retirada ou recolha, se for esse o caso.

#### **Artigo 9.º**

##### **Dever de colaboração e informação dos importadores**

1 — Sempre que o brinquedo representar um risco, os importadores devem informar imediatamente desse facto as autoridades nacionais competentes, fornecendo-lhes informações, sobretudo no que se refere à não conformidade e às medidas correctivas aplicadas.

2 — Os importadores devem, no prazo de 10 anos após a colocação do brinquedo no mercado, manter um exemplar da declaração «CE» de conformidade à disposição da ASAE e devem assegurar que a documentação técnica pode ser facultada a essa autoridade, quando tal for solicitado.

3 — Mediante pedido fundamentado da ASAE, os importadores devem facultar-lhe toda a informação e documentação necessárias, numa língua facilmente compreendida por essa autoridade, para demonstrar a conformidade do brinquedo.

#### **Artigo 10.º**

##### **Deveres dos distribuidores**

1 — Quando os distribuidores colocam um brinquedo no mercado devem agir com a devida diligência em relação aos requisitos aplicáveis.

2 — Os distribuidores antes de disponibilizarem um brinquedo no mercado devem, cumulativamente, verificar:

- a) Se o brinquedo ostenta a marcação de conformidade exigida;
- b) Se vem acompanhado dos necessários documentos e das instruções e informações de segurança, em língua portuguesa;
- c) Se o fabricante e o importador observaram os requisitos previstos nos n.ºs 8 e 9 do artigo 5.º e no n.º 5 do artigo 8.º

3 — Sempre que o distribuidor considere, ou deva saber, com base nas informações de que dispõe e enquanto profissional, que um brinquedo não está conforme com os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei, não pode disponibilizar o brinquedo no mercado até que este seja posto em conformidade.

4 — Se o brinquedo representar um risco, o distribuidor deve informar desse facto o fabricante ou

o importador, bem como a ASAE, fornecendo-lhes informações, sobretudo no que se refere à não conformidade e às medidas correctivas aplicadas.

5 — Enquanto um brinquedo estiver sob a responsabilidade do distribuidor, este deve garantir que as condições de armazenamento ou transporte não prejudicam a conformidade do brinquedo com os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei.

6 — O distribuidor que considere, ou deva saber, com base nas informações de que dispõe e enquanto profissional, que determinado brinquedo que disponibilizou no mercado não está em conformidade com a legislação comunitária de harmonização aplicável, deve assegurar que são tomadas as medidas correctivas necessárias para assegurar a conformidade do brinquedo ou para proceder à respectiva retirada ou recolha, se for esse o caso.

7 — Mediante pedido fundamentado da ASAE, os distribuidores devem facultar-lhe toda a informação e a documentação necessárias para demonstrar a conformidade do brinquedo.

#### **Artigo 11.º**

##### **Deveres dos importadores e dos distribuidores**

Os importadores  
devem assegurar  
que o brinquedo é  
acompanhado de  
instruções e infor-  
mações de  
segurança, em  
língua portuguesa

Os importadores ou distribuidores são considerados fabricantes, para efeitos do presente decreto-lei, sempre que coloquem no mercado um brinquedo, em seu nome ou ao abrigo de uma marca sua, ou alterem um brinquedo já colocado no mercado de tal modo que a conformidade com os requisitos aplicáveis possa ser afectada, ficando sujeitos aos mesmos deveres que estes nos termos dos artigos 5.º e 6.º

#### **Artigo 12.º**

##### **Obrigação de identificação dos operadores económicos**

1 — A pedido da ASAE, os operadores económicos devem identificar:

- a) O operador económico que lhes forneceu determinado brinquedo;
- b) O operador económico a quem forneceram determinado brinquedo.

2 — Os operadores económicos devem estar em condições de apresentar as informações referidas no número anterior, no prazo de 10 anos após a colocação do brinquedo no mercado, no caso do fabricante, e durante o prazo de 10 anos após o brinquedo lhes ter sido fornecido, no caso dos restantes operadores económicos.

## **CAPÍTULO III**

### **CONFORMIDADE DOS BRINQUEDOS**

#### **Artigo 13.º**

##### **Requisitos essenciais de segurança**

1 — Os brinquedos colocados no mercado devem cumprir, durante o período da sua utilização previsível e normal:

- a) Os requisitos essenciais de segurança previstos nos n.ºs 2, 3 e 4, no que diz respeito ao requisito

geral de segurança;

b) Os requisitos específicos de segurança previstos no anexo II ao presente decreto-lei.

2 — Os brinquedos, incluindo as substâncias químicas que estes contêm, não podem pôr em perigo a saúde e a segurança dos utilizadores ou de terceiros, quando forem utilizados para o fim a que se destinam ou quando deles for feita uma utilização previsível, tendo em conta o comportamento das crianças.

3 — A capacidade dos utilizadores e, quando especificado, dos respectivos supervisores, deve ser tida em conta, especialmente no caso de brinquedos que se destinam a crianças com menos de 36 meses ou a outros grupos etários específicos.

4 — Os rótulos apostos em conformidade com o artigo 15.º, bem como as instruções de utilização que acompanham os brinquedos, devem chamar a atenção dos utilizadores ou dos respectivos supervisores para os perigos e os riscos de danos inerentes à sua utilização e para os meios de os evitar.

#### **Artigo 14.º**

##### **Avisos**

1 — Com vista a uma utilização segura dos brinquedos, os avisos, formulados para efeitos dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo anterior, devem distinguir as limitações específicas aplicáveis aos utilizadores a que efectivamente se destinam, em conformidade com a parte A do anexo III ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante.

2 — No que diz respeito às categorias de brinquedos enumeradas na parte B do anexo III ao presente decreto-lei, são utilizados os avisos que aí se especificam.

3 — Os avisos constantes dos n.ºs 2 a 10 do anexo III ao presente decreto-lei são utilizados com a redacção aí prevista.

4 — Os brinquedos não podem ser acompanhados de um ou mais do que um dos avisos específicos enumerados na parte B do anexo III ao presente decreto-lei, se estes contrariarem a utilização a que os brinquedos se destinam, em virtude das suas funções, dimensões e características.

#### **Artigo 15.º**

##### **Afixação dos avisos**

1 — O fabricante deve apor os avisos de modo bem visível e facilmente legível, compreensível e preciso no brinquedo, num rótulo nele apostado ou na embalagem e, se for caso disso, nas instruções de utilização que o acompanham.

2 — Devem, também, ser apostos avisos adequados nos brinquedos de pequenas dimensões vendidos sem embalagem.

3 — Os avisos devem ser precedidos do termo «Atenção» ou «Avisos».

4 — Os avisos que determinem a decisão de compra, como os que especifiquem as idades mínimas e máximas dos utilizadores, e os restantes avisos aplicáveis referidos no anexo III ao presente decreto-lei, devem ser afixados na embalagem ou ser bem visíveis para que o consumidor possa lê-los antes da compra.

5 — O previsto no número anterior aplica-se, também, quando a compra é efectuada através da Internet.

#### **Artigo 16.º**

##### **Utilização da língua portuguesa**

Todos os avisos, menções e instruções são obrigatoriamente redigidos em língua portuguesa.

Artigo 17.º

Presunção da conformidade

Presume-se que os brinquedos que estão em conformidade com as normas harmonizadas ou partes destas, cujas referências tenham sido publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia*, estão conformes com os requisitos abrangidos pelas referidas normas ou partes destas, estabelecidos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei.

#### **Artigo 18.º**

##### **Declaração «CE» de conformidade**

1 — A declaração «CE» de conformidade indica que foi demonstrado o cumprimento dos requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei.

2 — A declaração «CE» de conformidade deve conter, no mínimo:

a) Os elementos especificados no anexo IV ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante;

b) Os módulos aplicáveis fixados no anexo II da Decisão n.º 768/2008/CE, do Parlamento e do Conselho, de 9 de Julho.

3 — A declaração «CE» deve ser permanentemente actualizada, ser redigida ou traduzida para língua portuguesa e respeitar o modelo que consta do anexo IV ao presente decreto-lei.

4 — Ao elaborar a declaração «CE» de conformidade, o fabricante assume a responsabilidade pela conformidade do brinquedo.

#### **Artigo 19.º**

##### **Princípios gerais da marcação «CE»**

1 — Os brinquedos disponibilizados no mercado devem ostentar a marcação «CE».

2 — À marcação «CE» aplicam-se:

a) Os princípios gerais enunciados no artigo 30.º do Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho;

b) O grafismo estabelecido no anexo II do Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho.

3 — Presume-se que os brinquedos que tenham aposta a marcação «CE» cumprem o disposto no presente decreto-lei.

4 — Os brinquedos sem marcação «CE» ou que não cumpram o disposto no presente decreto-lei, podem apenas ser apresentados e usados em feiras e exposições de carácter comercial, desde que sejam acompanhados por uma advertência indicando claramente que não satisfazem os requisitos do presente decreto-lei e que não são comercializados até serem postos em conformidade.

#### **Artigo 20.º**

##### **Regras e condições de aposição da marcação «CE»**

— A marcação «CE» deve ser aposta de modo visível, legível e indelével no brinquedo, num rótulo nele apostado ou na embalagem.

— Quando o brinquedo possua uma embalagem que, pelas suas características, não permita visualizar a marcação «CE» aposta no brinquedo, tal marcação deve ser aposta, pelo menos, na respectiva embalagem.

— No caso dos brinquedos de pequenas dimensões e dos brinquedos compostos por pequenos elementos, a marcação «CE» pode ser aposta num rótulo ou folheto de instruções que os acompanhe.

— No caso de brinquedos vendidos em expositores de balcão, se o previsto no número anterior não for tecnicamente possível e se o expositor tiver sido originalmente utilizado como embalagem para os brinquedos, a marcação «CE» pode ser afixada no referido expositor.

— A marcação «CE» deve ser aposta antes de o brinquedo ser colocado no mercado, podendo ser acompanhada de um pictograma ou de qualquer outra indicação referente a um risco ou utilização especiais.

## CAPÍTULO IV

### AVALIAÇÃO DA CONFORMIDADE

#### **Artigo 21.º**

##### **Avaliação da segurança**

Antes da colocação de um brinquedo no mercado, os fabricantes estão obrigados a proceder a uma análise dos perigos de natureza química, física, mecânica e eléctrica, bem como de inflamabilidade, higiene e radioactividade, que o brinquedo possa representar, apresentando uma avaliação da eventual exposição aos mesmos.

#### **Artigo 22.º**

##### **Procedimentos de avaliação da conformidade aplicáveis**

1 — Antes da colocação de um brinquedo no mercado, os fabricantes aplicam os procedimentos de avaliação da conformidade previstos nos n.ºs 2 e 3, a fim de demonstrar que os brinquedos satisfazem os requisitos essenciais de segurança previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei.

2 — Caso tenha aplicado normas harmonizadas, cujos números de referência tenham sido publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, que prevejam todos os requisitos de segurança aplicáveis ao brinquedo, o fabricante deve recorrer ao procedimento de controlo interno da produção, que figura no módulo A do anexo II da Decisão n.º 768/2008/CE, do Parlamento e do Conselho, de 9 de Julho.

3 — O brinquedo deve ser objecto do exame «CE» de tipo a que se refere o artigo 23.º, em conjugação com o procedimento de conformidade com o tipo constante do módulo C do anexo II da Decisão n.º 768/2008/CE, do Parlamento e do Conselho, de 9 de Julho, quando:

a) Não existam normas harmonizadas, cujos números de referência tenham sido publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, que prevejam todos os requisitos de segurança aplicáveis ao brinquedo;

b) As normas harmonizadas referidas na alínea anterior existam, mas o fabricante não as tenha aplicado ou apenas as tenha aplicado parcialmente;

c) Todas ou algumas das normas harmonizadas referidas na alínea a) tenham sido publicadas com restrições;

d) O fabricante considerar que a natureza, o projecto, a construção ou a finalidade do brinquedo necessitam de verificação por terceiros.

#### **Artigo 23.º**

##### **Exame «CE» de tipo**

1 — O pedido de exame «CE» de tipo, a respectiva realização e emissão do certificado devem obedecer aos procedimentos previstos no módulo B do anexo II da Decisão n.º 768/2008/CE, do Parlamento e do Conselho, de 9 de Julho.

2 — O exame «CE» de tipo deve ser realizado nos moldes previstos no segundo travessão do n.º 2 do módulo B do anexo referido no número anterior, aplicando-se também os requisitos previstos nos n.ºs 3 a 9 do presente artigo.

3 — O pedido de exame «CE» de tipo deve incluir uma descrição do brinquedo, bem como o local e endereço de fabrico dos brinquedos.

4 — Sempre que o organismo que efectua actividades de avaliação da conformidade, nomeadamente de calibração, ensaio, certificação e inspecção, designado por organismo de avaliação da conformidade, notificado ao abrigo do artigo 25.º, efectuar um exame «CE» de tipo, deve avaliar, se necessário, em conjunto com o fabricante, a análise dos eventuais perigos do brinquedo realizada por este último em conformidade com o artigo 21.º

5 — O certificado de exame «CE» de tipo deve incluir:

a) Uma referência à Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, relativa à segurança dos brinquedos;

b) Uma reprodução a cores do brinquedo;

c) Uma descrição clara do brinquedo, com indicação das respectivas dimensões;

d) Uma lista dos ensaios realizados, acompanhados de uma referência ao respectivo relatório de ensaio.

6 — O certificado de exame «CE» de tipo deve ser revisto sempre que necessário, sobretudo em caso de alteração do processo de fabrico, das matérias-primas ou dos componentes do brinquedo, e, sistematicamente, de cinco em cinco anos.

7 — O certificado de exame «CE» de tipo deve ser retirado se o brinquedo não cumprir os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei.

8 — Os organismos notificados não podem conceder certificados de exame «CE» de tipo a brinquedos relativamente aos quais se tenha recusado ou retirado um certificado.

9 — A documentação técnica e a correspondência relativas ao procedimento de exame «CE» de tipo devem ser redigidos em língua portuguesa ou numa língua aceite pelo organismo notificado.

#### **Artigo 24.º**

##### **Documentação técnica do brinquedo**

1 — A documentação técnica a que se refere o n.º 2 do artigo 5.º deve conter todos os dados ou informações detalhadas relevantes sobre os meios utilizados pelo fabricante para assegurar a conformidade dos brinquedos com os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei, devendo conter, em especial, os documentos enumerados no anexo V ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante.

2 — A documentação técnica é redigida numa das línguas oficiais da União Europeia, sob reserva do disposto no n.º 9 do artigo anterior.

— Mediante pedido fundamentado da ASAE, o fabricante deve facultar uma tradução dos elementos relevantes da documentação técnica para a língua portuguesa.

— Sempre que solicitar a um fabricante a documentação técnica ou a tradução de elementos dessa documentação, a ASAE fixa um prazo de 30 dias para o efeito, salvo se a existência de um risco grave e imediato justificar a fixação de prazo mais curto.

— Em caso de incumprimento pelo fabricante das obrigações previstas nos números anteriores, ou

por outro operador económico indicado no artigo 3.º, a ASAE pode exigir-lhe que mande efectuar um ensaio a um organismo notificado, por sua conta e em determinado prazo, para verificar a conformidade com as normas harmonizadas e com os requisitos essenciais de segurança.

## CAPÍTULO V NOTIFICAÇÃO DOS ORGANISMOS DE AVALIAÇÃO DA CONFORMIDADE

### Artigo 25.º

#### Notificação

1 — Compete ao Instituto Português da Qualidade, I. P. (IPQ, I. P.), autoridade notificadora para os efeitos do presente decreto-lei, notificar a Comissão Europeia e os outros Estados membros dos organismos autorizados a efectuar as actividades de avaliação de conformidade, previstas no artigo 23.º 2 — O

IPQ, I. P., apenas pode notificar os organismos de avaliação da conformidade que cumpram os requisitos previstos no anexo VI ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante.

— A notificação deve incluir os dados pormenorizados das actividades de avaliação da conformidade, dos módulos de avaliação da conformidade e dos brinquedos em causa, bem como a certificação de competência relevante.

— O IPQ, I. P., informa a Comissão Europeia e os outros Estados membros dos organismos de avaliação da conformidade através do instrumento de notificação electrónica desenvolvido e gerido pela Comissão Europeia.

— O IPQ, I. P., comunica à Comissão Europeia e aos outros Estados membros quaisquer alterações relevantes subsequentemente introduzidas na notificação.

### Artigo 26.º

#### Organismos notificados

1 — Para efeitos de notificação, os organismos de avaliação da conformidade são previamente acreditados pelo Instituto Português de Acreditação, I. P. (IPAC, I. P.), nas modalidades correspondentes às actividades de avaliação da conformidade pretendidas.

2 — Presume-se que os organismos de avaliação da conformidade acreditados cumprem os requisitos enumerados no anexo VI ao presente decreto-lei.

3 — Para efeitos de retirada pelo IPQ, I. P., da notificação de um organismo de avaliação da conformidade prevista no n.º 1, o IPAC, I. P., informa aquele organismo das medidas por si adaptadas ao abrigo do n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho.

4 — O IPQ, I. P., mantém a Comissão Europeia e os Estados membros permanentemente informados dos organismos notificados, bem como das tarefas específicas para as quais esses organismos tenham sido designados e ainda dos números de identificação previamente atribuídos pela Comissão Europeia.

Os importadores ou distribuidores são considerados fabricantes, para efeitos do presente decreto-lei, sempre que coloquem no mercado um brinquedo, em seu nome ou ao abrigo de uma marca sua

## CAPÍTULO VI

### OBRIGAÇÕES E PODERES DAS ENTIDADES COMPETENTES

#### Artigo 27.º

##### Instruções destinadas ao organismo notificado

1 — A ASAE pode solicitar a um organismo notificado que faculte informações sobre:

- a) Qualquer certificado de exame «CE» de tipo que este tenha emitido ou retirado;
- b) Qualquer recusa de emissão de um certificado, incluindo os relatórios de ensaio e a documentação técnica.

2 — Sempre que verifique que um brinquedo não está em conformidade com os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei, a ASAE pode dar instruções ao organismo notificado para este retirar o certificado de exame «CE» de tipo relativo ao brinquedo em questão.

3 — Sempre que necessário, designadamente nos casos previstos no n.º 6 do artigo 23.º, a ASAE dá instruções ao organismo notificado no sentido de rever o certificado de exame «CE» de tipo.

#### Artigo 28.º

##### Procedimento aplicável aos brinquedos que apresentam um risco a nível nacional

1 — A ASAE deve proceder a uma avaliação do brinquedo em causa, que abranja os requisitos previstos no presente decreto-lei, sempre que:

- a) Tenha agido ao abrigo do artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho;
- b) Existam motivos suficientes para considerar que um brinquedo abrangido pelo presente decreto-lei apresenta um risco para a saúde ou segurança das pessoas.

2 — Os operadores económicos envolvidos devem cooperar, na medida do necessário, com a ASAE, em qualquer das situações previstas no número anterior.

3 — Sempre que, no decurso dessa avaliação, a ASAE verifique que o brinquedo não cumpre os requisitos previstos no presente decreto-lei, deve exigir imediatamente ao operador económico em causa que, em alternativa:

- a) Tome as medidas correctivas adequadas para assegurar a conformidade do brinquedo com esses requisitos;
- b) O retire ou recolha do mercado num prazo razoável e proporcional à natureza do risco, aplicando-se o artigo 21.º do Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho.

4 — A ASAE deve informar o organismo notificado competente da sua actuação no âmbito do número anterior.

#### Artigo 29.º

##### Procedimento comunitário relativo aos brinquedos que apresentam riscos

1 — Sempre que a ASAE considerar que a não conformidade não se limita ao território nacional, deve comunicar os resultados da avaliação e as medidas impostas ao operador económico, à Comissão Europeia e aos outros Estados membros.

2 — O operador económico em questão deve assegurar a aplicação de todas as medidas correctivas adequadas, relativamente aos brinquedos por ele disponibilizados no mercado comunitário.

3 — Sempre que o operador económico em causa não adoptar as medidas correctivas adequadas no

prazo que lhe for concedido nos termos da alínea *b)* do n.º 3 do artigo anterior a ASAE deve informar a Comissão Europeia e os outros Estados membros das medidas provisórias adequadas para:

- a)* Proibir ou restringir a disponibilização do brinquedo no respectivo mercado;
- b)* Retirar ou recolher o brinquedo.

4 — A informação referida no número anterior deve conter todos os pormenores disponíveis e em especial os seguintes dados:

- a)* Identificação do brinquedo não conforme; *b)* Origem do brinquedo não conforme;
- c)* Natureza da alegada não conformidade e do risco conexo;
- d)* Natureza e duração das medidas nacionais tomadas; *e)* Observações do operador económico em causa.

5 — A ASAE deve, nomeadamente, indicar se a não conformidade se deve:

- a)* Ao incumprimento pelo brinquedo dos requisitos de saúde ou segurança das pessoas;
- b)* A deficiências das normas harmonizadas que, nos termos do artigo 17.º, conferem a presunção da conformidade.

6 — Se, no prazo de três meses a contar da recepção da informação referida no n.º 3, nem os Estados membros nem a Comissão Europeia tiverem levantado objecções à medida provisória tomada pela ASAE em relação ao brinquedo em causa, considera-se que essa medida é justificada.

7 — As medidas restritivas tomadas em relação a um brinquedo, tais como a sua retirada do mercado são de aplicação imediata.

8 — Se, no termo do procedimento previsto nos n.ºs 2 e 3, forem levantadas objecções à medida de um Estado membro na sequência da actuação da Comissão Europeia, pode a medida adoptada pela ASAE ser considerada:

- a)* Justificada, levando ASAE a actuar nos termos do n.º 7;
- b)* Injustificada, levando a ASAE a revogá-la.

### **Artigo 30.º**

#### **Procedimento de salvaguarda**

1 — Sempre que se verifique que um brinquedo, ainda que ostente a marcação «CE» e seja utilizado para os fins a que se destina, possa colocar em risco a segurança ou a saúde dos utilizadores ou de terceiros, pode ser proibida ou restringida a sua colocação no mercado, ou assegurada a sua retirada do mesmo, mediante despacho, devidamente fundamentado, do inspector geral da ASAE.

2 — A Comissão Europeia e os outros Estados membros devem ser informados de imediato pela ASAE das medidas adoptadas nos termos do número anterior, devendo ser indicadas as razões da decisão.

### **Artigo 31.º**

#### **Medidas restritivas**

1 — À adopção de qualquer medida de proibição, de restrição da disponibilização, de retirada ou de recolha do mercado de um brinquedo ao abrigo do presente decreto-lei, aplica-se o procedimento estabelecido no Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho, quanto à adopção de medidas restritivas.

2 — A competência para a adopção de medidas restritivas ao abrigo do presente decreto-lei rege-se pelo disposto nos artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º n.º 23/2011, de 11 de Fevereiro, que dá execução na ordem jurídica interna ao Regulamento referido no número anterior.

**Artigo 32.º**  
**Sistema comunitário de troca rápida de informação (RAPEX)**  
Se a medida a que se refere o n.º 3 do artigo 29.º tiver de ser notificada no quadro do sistema comunitário de troca rápida de informação, ao abrigo do artigo 22.º do Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho, não é necessária outra notificação por força do n.º 3 do artigo 29.º, se estiverem preenchidas as seguintes condições:

a) A notificação do sistema comunitário de troca rápida de informação indica que a notificação da medida é, igualmente, exigida pelo presente decreto-lei;

b) Os elementos de prova, previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 29.º, em anexo à notificação do sistema comunitário de troca rápida de informação.

A publicidade  
relativa aos  
brinquedos  
deve respeitar as  
regras constantes  
do Código da  
Publicidade,  
aprovado pelo  
Decreto-Lei n.º  
330/90, de 23 de  
Outubro

### **Artigo 33.º**

#### **Não conformidade formal**

1 — Sem prejuízo do disposto nos artigos 28.º e 29.º, a ASAE deve exigir ao operador económico em causa que ponha termo à não conformidade verificada se constatar um dos seguintes factos:

a) A marcação «CE» foi aposta em violação do disposto no artigo 19.º ou no artigo 20.º;

b) A marcação «CE» não foi aposta;

c) A declaração «CE» de conformidade não foi elaborada; d) A declaração «CE» de conformidade não foi correctamente elaborada;

e) A documentação técnica não está disponível ou está incompleta.

2 — Se a não conformidade a que se refere o número anterior persistir, a ASAE deve tomar as medidas adequadas para restringir ou proibir a disponibilização do brinquedo no mercado ou garantir que o mesmo seja recolhido ou retirado do mercado.

### **Artigo 34.º**

#### **Publicidade**

1 — É proibida a publicidade a brinquedos em que não foi aposta a marcação «CE».

— A publicidade relativa aos brinquedos deve respeitar as regras constantes do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro.

— Sem prejuízo do disposto no número anterior, a publicidade a brinquedos, em especial, deve dar a conhecer, de modo inequívoco, a aposição da marcação «CE».

## **CAPÍTULO VII**

### **FISCALIZAÇÃO E REGIME SANCIONATÓRIO**

#### **Artigo 35.º**

##### **Competência de fiscalização**

1 — A fiscalização do mercado e o controlo dos brinquedos que entram no mercado comunitário em cumprimento do disposto no presente decreto-lei rege-se pelo disposto no capítulo III do Decreto-Lei n.º n.º 23/2011, de 11 de Fevereiro, que dá execução na ordem jurídica nacional ao Regulamento (CE) n.º

765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho.

2 — A fiscalização do disposto no artigo anterior é da competência da Direcção-Geral do Consumidor.

### **Artigo 36.º**

#### **Contra-ordenações**

1 — Constitui contra-ordenação punível, com coima de € 1000 a € 2500 se o infractor for pessoa singular e de € 3000 a € 20 000 se o infractor for pessoa colectiva:

*a)* A violação dos deveres dos operadores económicos, previstos nos n.ºs 5 e 6 do artigo 5.º, nos n.ºs 5 e 7 do artigo 8.º, no n.º 2 do artigo 9.º e nos n.ºs 2 a 7 do artigo 10.º; *b)* A violação do dever de informação, previsto no artigo 12.º;

*c)* A violação das obrigações relativas à documentação técnica, previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 24.º

2 — Constitui contra-ordenação punível com coima de 1500 a € 3740,98 se o infractor for pessoa singular e de 5000 a € 44 891,81 se o infractor for pessoa colectiva:

*a)* A violação dos deveres dos operadores económicos previstos nos n.ºs 2, 3 e 7 a 10 do artigo 5.º, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 6.º, nos n.ºs 2 a 4, 6, 8 e 9 do artigo 8.º e nos n.ºs 1 e 3 do artigo 9.º;

*b)* A violação dos requisitos essenciais de segurança, previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º;

*c)* A violação das obrigações relativas aos avisos, previstos nos artigos 14.º, 15.º e 16.º;

*d)* A violação dos requisitos relativos à declaração «CE» de conformidade, previstos no artigo 18.º;

*e)* A violação das regras e condições de aposição da marcação «CE», previstos no artigo 20.º,

*f)* A violação do dever de proceder à avaliação de segurança, previsto no artigo 21.º;

*g)* A violação do cumprimento dos procedimentos de avaliação da conformidade, previstos no n.º 1 do artigo 22.º; *h)* A violação do cumprimento dos requisitos da documentação técnica, previstos no n.º 1 do artigo 24.º;

*i)* A violação do cumprimento das regras relativas à publicidade, previstas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 34.º

3 — Às infracções previstas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 2 do artigo 19.º do presente decreto-lei aplicam-se as disposições do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 23/2011, de 11 de Fevereiro, que dá execução na ordem jurídica nacional ao Regulamento (CE) n.º 765/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho.

4 — A negligência e a tentativa são puníveis, sendo os limites mínimos e máximos das coimas aplicáveis reduzidos para metade.

### **Artigo 37.º**

#### **Sanções acessórias**

Sempre que a gravidade da contra-ordenação e a culpa do agente o justifique, pode a autoridade competente, simultaneamente com a coima, determinar a aplicação das sanções acessórias previstas no regime geral das contra-ordenações.

### **Artigo 38.º**

#### **Competência sancionatória**

1 — São competentes para a instrução dos processos de contra-ordenação a ASAE e a Direcção-Geral do Consumidor, no que respeita a ilícitos publicitários.

2 — A aplicação das coimas e sanções acessórias previstas no presente decreto-lei compete à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade (CACMEP).

### **Artigo 39.º**

#### **Distribuição do produto das coimas**

1 — O produto das coimas é distribuído da seguinte forma:

- a) 15 % para a entidade que levantou o auto;
- b) 15 % para a entidade que procedeu à instrução do processo;
- c) 10 % para a entidade decisora; d) 60 % para o Estado.

2 — A distribuição do produto das coimas referidas no n.º 3 do artigo 36.º rege-se pelo disposto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º n.º 23/2011, de 11 de Fevereiro, que dá execução na ordem jurídica nacional ao Regulamento (CE) n.º 765/2008, de 9 de Julho.

## **CAPÍTULO VIII**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS**

#### **Artigo 40.º**

##### **Avaliação da execução do decreto-lei**

No final do 3.º ano, a contar da data da entrada em vigor do presente decreto-lei, e de cinco em cinco anos, a ASAE elabora e apresenta um relatório de avaliação sobre a aplicação e execução do mesmo.

#### **Artigo 41.º**

##### **Regiões Autónomas**

Os actos e procedimentos necessários à execução do presente decreto-lei nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira competem às entidades das respectivas administrações regionais com atribuições e competências nas matérias em causa.

#### **Artigo 42.º**

##### **Alteração ao Decreto-Lei n.º 291/2001, de 20 de Novembro**

O artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 291/2001, de 20 de Novembro, passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 6.º

[...]

Sem prejuízo da aplicação da legislação relativa à rotulagem, o rótulo da embalagem destinada a comercializar os géneros alimentícios misturados com brindes deve, ainda, informar o consumidor, em língua portuguesa, com caracteres facilmente legíveis, visíveis e indeléveis, em evidência e redigido em termos correctos, das características dos brindes que se encontram no seu interior, não podendo ser apresentadas ou descritas por palavras, imagens ou outra forma susceptível de criar uma impressão errada no consumidor, e deve, igualmente, apresentar o seguinte aviso: ‘Contém um brinde. Recomendada a vigilância por adultos.’»

#### **Artigo 43.º**

##### **Norma transitória**

1 — É permitida a disponibilização no mercado de brinquedos conformes com o Decreto-Lei n.º 237/92, de 27 de Outubro, desde que tenham sido colocados no mercado antes de 20 de Julho de 2011.

2 — É permitida a disponibilização no mercado de brinquedos que cumpram todos os requisitos estabelecidos no presente decreto-lei, com excepção dos requisitos previstos na parte III do anexo II ao

presente decreto-lei, desde que esses brinquedos estejam conformes com os requisitos estabelecidos no n.º 3 da parte II do anexo II ao Decreto-Lei n.º 237/92, de 27 de Outubro, e tenham sido colocados no mercado antes de 20 de Julho de 2013.

3 — A acreditação dos organismos notificados prevista no n.º 1 do artigo 26.º deve realizar-se no prazo de 24 meses após a entrada em vigor do presente decreto-lei.

#### **Artigo 44.º**

##### **Norma revogatória**

1 — São revogados:

- a) O Decreto-Lei n.º 237/92, de 27 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 139/95, de 14 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 50/97, de 28 de Fevereiro;
- b) A Portaria n.º 104/96, de 6 de Abril;
- c) O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 139/95, de 14 de Junho.

#### **Artigo 45.º**

##### **Entrada em vigor**

O presente decreto-lei entra em vigor no dia 20 de Julho de 2011.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 23 de Dezembro de 2010. — *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa* — *João Titterington Gomes Cravinho* — *Fernando Teixeira dos Santos* — *José António Fonseca Vieira da Silva* — *Dulce dos Prazeres Fidalgo Álvaro Pássaro*.

Promulgado em 11 de Fevereiro de 2011. Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA. Referendado em 17 de Fevereiro de 2011.

O Primeiro-Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.

## **ANEXO I**

(a que se refere o n.º 2 do artigo 2.º)

Lista de produtos que, explicitamente, não são considerados brinquedos na acepção do presente decreto-lei

1 — Objectos decorativos para festas e comemorações.

2 — Produtos destinados a colecionadores, desde que o produto ou a respectiva embalagem contenham uma indicação visível e legível de que se destinam a colecionadores com idade igual ou superior a 14 anos. Pertencem a esta categoria, por exemplo, os seguintes produtos:

- a) Modelos reduzidos, construídos à escala em pormenor;
- b) Conjuntos de montagem de modelos reduzidos construídos à escala;
- c) Bonecas regionais ou decorativas e outros artigos semelhantes;
- d) Reproduções históricas de brinquedos;
- e) Imitações de armas de fogo verdadeiras.

3 — Equipamentos desportivos, incluindo patins de rodas, patins em linha e pranchas de *skate* destinados a crianças com peso superior a 20 kg.

4 — Bicicletas em que a altura máxima do selim seja superior a 435 mm, medida na vertical entre o solo e a parte superior do assento, com o assento em posição horizontal e o suporte do assento colocado na posição mais baixa.

5 — Trotinetas e outros meios de transporte concebidos para desporto ou que se destinam a ser utilizados para fins de deslocação nas vias ou caminhos públicos.

6 — Veículos eléctricos que se destinam a ser utilizados para fins de deslocação nas vias públicas ou nos passeios destas vias públicas.

7 — Equipamento aquático utilizado em águas profundas e material para crianças, destinado ao ensino da natação, nomeadamente assentos insufláveis e meios auxiliares de natação.

8 — Puzzles de mais de 500 peças.

— Armas e pistolas de gás comprimido, excepto armas e pistolas de água, e arcos para tiro com mais de 120 cm de comprimento.

— Fogos-de-artifício, incluindo os dispositivos de detonação que não foram projectados exclusivamente para utilização num brinquedo.

— Produtos e jogos que utilizam projectéis de pontas afiadas, como jogos de dardos com pontas metálicas.

— Produtos educativos funcionais, como fornos eléctricos, ferros de engomar ou outros produtos eléctricos com uma tensão nominal superior a 24 V, vendidos exclusivamente para utilização com fins didácticos sob a vigilância de adultos.

— Produtos concebidos para serem utilizados com fins didácticos em escolas ou outros contextos pedagógicos sob a vigilância de um instrutor adulto, como equipamento científico.

— Equipamento electrónico, tal como computadores pessoais e consolas de jogos, para fins de utilização de *software* interactivo, e periféricos conexos, se este equipamento electrónico e os periféricos conexos não forem especificamente projectados e destinados a crianças e, em si, careçam de valor lúdico, como os computadores pessoais, os teclados, os *joysticks* ou os volantes especialmente projectados.

— *Software* interactivo destinado a actividades de lazer e entretenimento, como jogos de computador e respectivos suportes informáticos, tais como *CD*.

— Chupetas de puericultura.

— Luminárias portáteis para crianças.

— Transformadores eléctricos para brinquedos.

— Acessórios de moda para crianças não destinados a ser utilizados em jogos.

## ANEXO II

(a que se refere o n.º 1 do artigo 5.º)

Requisitos específicos de segurança

I — Propriedades físicas e mecânicas

1 — Os brinquedos e respectivos componentes, bem como as fixações, no caso de brinquedos montados, devem ter a resistência mecânica e, se for caso disso, a estabilidade necessárias para resistir às pressões a que são submetidos durante a utilização sem se quebrarem ou eventualmente deformarem, podendo assim dar origem a danos físicos.

2 — As arestas, saliências, cordas, cabos e fixações acessíveis dos brinquedos devem ser concebidas e fabricadas de modo a reduzir, na medida do possível, os riscos de danos físicos por contacto.

3 — Os brinquedos devem ser concebidos e fabricados de modo a não apresentarem qualquer risco ou a apresentarem unicamente o risco mínimo inerente à utilização do brinquedo, susceptível de ser provocado pelo movimento das suas peças.

4: a) Os brinquedos e respectivos componentes não devem apresentar qualquer risco de estrangu-

lamento;

*b)* Os brinquedos e respectivos componentes não devem apresentar qualquer risco de asfixia resultante da interrupção do fluxo de ar, devido a obstrução externa das vias respiratórias, na boca ou no nariz;

*c)* Os brinquedos e respectivos componentes devem ter dimensões que não apresentem qualquer risco de asfixia resultante da interrupção do fluxo de ar, devido a obstrução das vias respiratórias por objectos entalados na boca ou na faringe ou alojados à entrada das vias respiratórias inferiores;

*d)* Os brinquedos e respectivos componentes destinados a crianças com menos de 36 meses, e partes

susceptíveis de serem manifestamente destacadas de brinquedos, devem ter dimensões tais que evitem a sua ingestão ou inalação. O mesmo se aplica a outros brinquedos destinados a entrar em contacto com a boca, bem como aos respectivos componentes e partes susceptíveis de serem destacadas;

*e)* As embalagens que contêm os brinquedos para a venda a retalho não devem apresentar qualquer risco de estrangulamento ou asfixia por obstrução externa das vias respiratórias, na boca ou no nariz;

*f)* Os brinquedos no interior de géneros alimentícios ou misturados com os mesmos devem ter uma embalagem própria. Esta embalagem, tal como fornecida, deve ser de dimensão suficiente para impedir que seja ingerida e ou inalada;

*g)* Tal como referido nas alíneas *e)* e *f)* do presente n.º 4, as embalagens de brinquedos esféricas, em forma de ovo ou elipsoidais, bem como quaisquer partes susceptíveis de serem destacadas das mesmas ou das embalagens cilíndricas com extremidades arredondadas, devem ter uma dimensão suficiente para impedir a obstrução interna das vias respiratórias, ficando entaladas na boca ou na faringe ou alojadas à entrada das vias respiratórias inferiores; *h)* São proibidos os brinquedos firmemente agregados a um produto alimentar no momento do seu consumo, de tal forma que a sua utilização só é possível uma vez consumido este último. As peças de brinquedos que, de outra forma, se encontrem directamente agregados a um produto alimentar devem cumprir os requisitos estabelecidos nas alíneas *c)* e *d)* do presente n.º 4.

5 — Os brinquedos aquáticos devem ser concebidos e fabricados de modo a reduzir, na medida do possível e tendo em conta a utilização recomendada desses brinquedos, os riscos de perda de fluabilidade do brinquedo e de perda do apoio dado à criança.

6 — Os brinquedos em que se possa entrar e que, por esse facto, constituam um espaço fechado para os ocupantes, devem possuir uma saída acessível que os utilizadores a que se destinam possam abrir facilmente do interior.

7 — Os brinquedos que permitem que os utilizadores neles se desloquem devem, sempre que possível, incluir um sistema de travagem adaptado ao tipo de brinquedo e proporcional à energia cinética por este gerada. Este sistema deve ser facilmente utilizável pelos utilizadores, sem risco de ejeção ou de danos físicos para o próprio ou para terceiros.

A velocidade máxima de projecto dos veículos eléctricos para transporte deve ser limitada a fim de minimizar o risco de lesões.

8 — A forma e composição dos projecteis e a energia cinética que estes podem gerar, aquando do seu

As arestas, saliências, cordas, cabos e fixações acessíveis dos brinquedos devem ser concebidas e fabricadas de modo a reduzir, na medida do possível, os riscos de danos físicos por contacto

lançamento por um brinquedo concebido para esse fim, devem ser tais que não haja risco de dano físico do utilizador do brinquedo ou de terceiros, tendo em conta a natureza do brinquedo.

9 — Os brinquedos devem ser fabricados de modo a garantir que:

*a)* As temperaturas máxima e mínima de qualquer das superfícies acessíveis não provoquem lesões por contacto; e *b)* Os líquidos, vapores e gases contidos num brinquedo não atinjam temperaturas ou pressões tais que, salvo por razões indispensáveis ao correcto funcionamento do brinquedo, a sua libertação seja susceptível de provocar queimaduras ou outras lesões.

10 — Os brinquedos concebidos para emitir som devem ser projectados e fabricados de acordo com os valores máximos de ruído impulsivo e de ruído contínuo, para que os sons que emitem não danifiquem a capacidade auditiva das crianças.

11 — Os brinquedos de actividade devem ser fabricados de modo a reduzir, tanto quanto possível, o risco de esmagar ou entalar partes do corpo ou prender peças de vestuário, bem como o de quedas, de choques e de afogamento. Em especial, qualquer superfície desse tipo de brinquedos, sobre a qual possam brincar uma ou mais crianças, deve ser projectada de forma a suportar o seu peso.

## II INFLAMABILIDADE

1 Os brinquedos não devem constituir um elemento inflamável perigoso para o ambiente das crianças. Devem, por conseguinte, ser constituídos por materiais que preencham uma ou mais das seguintes condições:

*a)* Não ardam quando directamente expostos a uma chama, faísca ou outro foco potencial de incêndio;

*b)* Sejam dificilmente inflamáveis (a chama extingue-se logo que o foco de incêndio é retirado);

*c)* Se se inflamarem, ardam lentamente e apresentem uma pequena velocidade de propagação da chama;

*d)* Tenham sido concebidos, independentemente da sua composição química, de modo a retardar mecanicamente o processo de combustão.

Estes materiais combustíveis não devem constituir um risco de propagação do fogo aos outros materiais utilizados no brinquedo.

2 — Os brinquedos que, por razões indispensáveis ao seu funcionamento, contenham substâncias ou misturas que preencham os critérios de classificação estabelecidos na secção 1 do apêndice B, em especial materiais e equipamento para experiências químicas, montagem de modelos, moldagem com plástico ou cerâmica, esmaltagem, fotografia ou actividades análogas, não devem conter, enquanto tal, substâncias ou misturas que possam tornar-se inflamáveis devido à perda de componentes voláteis não inflamáveis.

3 — Os brinquedos, salvo os dispositivos de percussão para brinquedos, não devem ser explosivos ou conter elementos ou substâncias que possam explodir quando utilizados nos termos do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 13.º do presente decreto-lei.

4 — Os brinquedos e, em especial, os jogos ou brinquedos químicos, não devem conter, como tal, substância ou misturas:

*a)* Que, quando misturadas, possam explodir por reacção química ou por aquecimento;

*b)* Que possam explodir ao serem misturadas com substâncias oxidantes; ou

*c)* Que contenham componentes voláteis inflamáveis em contacto com o ar e possam criar misturas

de vapores/ar inflamáveis ou explosivos.

— Propriedades químicas

— Os brinquedos devem ser projectados e fabricados de modo a não apresentarem riscos de efeitos nocivos para a saúde humana, devido à exposição a substâncias ou misturas químicas que contenham ou entrem na sua composição, quando forem utilizados conforme previsto no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 13.º do presente decreto-lei.

### III PROPRIEDADES QUÍMICAS

1 — Os brinquedos devem respeitar a legislação comunitária aplicável relativa a determinadas categorias de produtos ou a restrições a determinadas substâncias e misturas.

2 — Os brinquedos que sejam, eles próprios, substâncias ou misturas devem igualmente respeitar o disposto na Directiva n.º 67/548/CEE, do Conselho, de 27 de Junho, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas, na Directiva n.º 1999/45/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Maio, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros respeitantes à classificação, embalagem e rotulagem das preparações perigosas, e no Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro, relativo à classificação, rotulagem e embalagem de substâncias e misturas conforme o caso, relativos à classificação, embalagem e rotulagem de determinadas substâncias e misturas.

3 — Sem prejuízo da aplicação das restrições previstas no segundo parágrafo do n.º 1, as substâncias classificadas como cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas para a reprodução (CMR), categoria 1A, 1B ou 2, nos termos do disposto no Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro, não devem ser utilizadas em brinquedos, na composição de componentes de brinquedos ou em partes de brinquedos de natureza microestrutural distinta.

4 — Em derrogação do número anterior, as substâncias ou misturas classificadas como cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas para a reprodução, das categorias referidas na secção 3 do apêndice B, podem ser utilizadas em brinquedos, em componentes de brinquedos ou em partes de brinquedos de natureza microestrutural distinta, sob reserva de uma das seguintes condições:

a) A concentração das referidas substâncias e misturas é igual ou inferior às concentrações relevantes estabelecidas nos actos comunitários, referidos na secção 2 do apêndice B, para a classificação das misturas que contêm estas substâncias;

b) As referidas substâncias estão inacessíveis às crianças sob qualquer forma, incluindo por inalação, se o brinquedo for utilizado de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 13.º do presente decreto-lei;

c) Foi aprovada uma decisão, nos termos do n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, que autoriza a presença da substância ou mistura e a sua utilização, as quais estão enumeradas no apêndice A.

Essa decisão pode ser tomada se estiverem cumpridas as seguintes condições:

i) A utilização da substância ou mistura foi avaliada pelo comité científico competente, que a considerou segura, em particular no que diz respeito à exposição;

ii) Não existem substâncias ou misturas alternativas disponíveis, tal como comprovado na análise de alternativas realizada; e

*iii)* A utilização da substância ou mistura em artigos para os consumidores não está proibida pelo Regulamento (CE) n.º 1970/2006, da Comissão, de 22 de Dezembro.

A Comissão encarrega o comité científico competente de reavaliar estas substâncias ou misturas, o mais rapidamente possível, sempre que surgirem dúvidas quanto à sua segurança e, no máximo, de cinco em cinco anos a partir da data da tomada de uma decisão nos termos do n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho.

5 — Em derrogação do n.º 3, as substâncias ou misturas classificadas como CMR, das categorias referidas na secção 4 do apêndice B, podem ser utilizadas em brinquedos, em componentes de brinquedos ou em partes de brinquedos de natureza microestrutural distinta desde que:

*a)* A concentração das referidas substâncias e misturas seja igual ou inferior às concentrações relevantes estabelecidas nos actos comunitários, referidos na secção 2 do apêndice B, para a classificação das misturas que contêm estas substâncias;

*b)* As referidas substâncias sejam inacessíveis às crianças sob qualquer forma, incluindo por inalação, se o brinquedo for utilizado de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 13.º do presente decreto-lei; ou

*c)* Tenha sido tomada uma decisão, nos termos do n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, que autoriza a presença da substância ou mistura e a sua utilização, as quais estão enumeradas no apêndice A.

Essa decisão pode ser tomada se as seguintes condições forem satisfeitas:

*i)* A utilização da substância ou mistura foi avaliada pelo comité científico competente, que a considerou aceitável, em particular no que diz respeito à exposição; e

*ii)* A utilização da substância ou mistura em artigos para os consumidores não está proibida ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 1970/2006, da Comissão, de 22 de Dezembro.

A Comissão encarrega o comité científico competente de reavaliar estas substâncias ou misturas, o mais rapidamente possível, sempre que surgirem dúvidas quanto à sua segurança e, no máximo, de cinco em cinco anos a partir da data da tomada de uma decisão nos termos do n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho.

6 — Os n.ºs 3, 4 e 5 não se aplicam ao níquel presente no aço inoxidável.

7 — Os n.ºs 3, 4 e 5 não se aplicam aos materiais conformes com os valores limite específicos estabelecidos no apêndice C, ou, até que esses valores tenham sido estabelecidos, mas não após 20 de Julho de 2017, aos materiais abrangidos pelas disposições relativas a materiais que entram em contacto com os alimentos, e os quais respeitam essas mesmas disposições, tal como definidas pelo Regulamento (CE) n.º 1935/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Outubro, e as medidas específicas conexas para materiais particulares.

8 — Sem prejuízo da aplicação dos n.ºs 3 e 4, é proibida a utilização de nitrosaminas e substâncias nitrosáveis nos brinquedos que se destinam a serem usados por crianças com menos de 36 meses ou outros brinquedos destinados a serem colocados na boca, se a migração das substâncias for igual ou superior a 0,05 mg/kg no caso das nitrosaminas e 1 mg/kg no caso das substâncias nitrosáveis.

9 — A Comissão avalia sistemática e regularmente a presença de substâncias ou materiais perigosos nos brinquedos. Estas avaliações têm em conta os relatórios dos órgãos de fiscalização do mercado e as preocupações expressas pelos Estados membros e pelos intervenientes envolvidos.

10 — Os brinquedos cosméticos, como os cosméticos para bonecas, devem respeitar os requisitos

em matéria de composição e rotulagem previstos na Directiva n.º 76/768/CEE, do Conselho, de 27 de Julho, relativa à aproximação das legislações dos Estados membros respeitantes aos produtos cosméticos.

11 — Os brinquedos não podem conter as seguintes fragrâncias alergénicas:

	Nome da fragrância alergénica	Número CAS
1)	Óleo de raiz de énula-campana ( <i>Inula helenium</i> )	97676-35-2
2)	Alilisotiocianato	57-06-7
3)	Cianeto de benzilo	140-29-4
4)	4-tert-butilfenol	98-54-4
5)	Óleo de <i>Chenopodium</i>	8006-99-3
6)	Álcool de ciclame	4756-19-8
7)	Maleato de dietílico	141-05-9
8)	Di-hidrocumarina	119-84-6
9)	2,4-dihidroxi-3-metilbenzaldeído	6248-20-0
10)	3,7-dimetil-2-octeno-1-ol (6,7-di-hidrogeraniol)	40607-48-5
11)	4,6-dimetil-8-tert-butilcumarina	17874-34-9
12)	Citraconato dimetilico	617-54-9
13)	7,11-dimetil-4,6,10-dodecatrieno-3-ona	26651-96-7
14)	6,10-dimetil-3,5,9-undecatrieno-2-ona	141-10-6
15)	Difenilamina	122-39-4
16)	Acrilato de etilo	140-88-5
17)	Folhas de figueira, frescas ou em preparações	68916-52-9
18)	Trans-2-heptenal	18829-55-5
19)	Trans-2-hexenaldietilacetal	67746-30-9
20)	Trans-2-hexenaldimetilacetal	18318-83-7
21)	Álcool hidroabietílico	13393-93-6
22)	4-Etoxifenol	622-62-8
23)	6-isopropil-2-deca-hidronaftalenol	34131-99-2
24)	7-metoxicumarina	531-59-9
25)	4-metoxifenol	150-76-5
26)	4-(p-metoxifenil)-3-buteno-2-ona	943-88-4
27)	1-(p-metoxifenil)-1-penteno-3-ona	104-27-8
28)	Trans-2-butenato de metilo	623-43-8
29)	6-metilcumarina	92-48-8
30)	7-metilcumarina	2445-83-2

31)	5-metil-2,3-hexanodiona .....	13706-86-0
32)	Óleo de raiz de costo ( <i>Saussurea lappa</i> Clarke)	8023-88-9
		Número
Nome da fragrância alergénica		CAS
.....		
33)	7-etoxi-4-metilcumarina	87-05-8
34)	Hexa-hidrocumarina .....	700-82-3
35)	Bálsamo do Peru, em bruto [exsudação de <i>Myro-</i> <i>xylon pereirae</i> (Royle) Klotzsch] .....	8007-00-9
36)	2-pentilidenociclo-hexanona .....	25677-40-1
37)	3,6,10-trimetil-3,5,9-undecatrieno-2-ona .....	1117-41-5
38)	Óleo de verbena ( <i>Lippia citriodora</i> Kunth) ...	8024-12-2
39)	Ambreta (4-tert-butil-3-metoxi-2,6-dinitrotolueno)	83-66-9
40)	4-fenil-3-buten-2-ona .....	122-57-6
41)	Amilcinamal .....	122-40-7
42)	Álcool amilcinamílico .....	101-85-9
43)	Álcool benzílico .....	100-51-6
44)	Salicilato de benzilo .....	118-58-1
45)	Álcool cinamílico .....	104-54-1
46)	Cinamal .....	104-55-2
47)	Citral .....	5392-40-5
48)	Cumarina .....	91-64-5
49)	Eugenol .....	97-53-0
50)	Geraniol .....	106-24-1
51)	Hidroxicitronelal .....	107-75-5
52)	Hidroximetilpentil-ciclo-hexeno-carboxaldeído	31906-04-4
53)	Isoeugenol .....	97-54-1
54)	Extractos de musgo de carvalho .....	90028-68-5
55)	Extractos de musgo de árvore .....	90028-67-4

Não obstante, a presença de vestígios destas fragrâncias é tolerada desde que seja tecnicamente inevitável em boas práticas de fabrico e não exceda 100 mg/kg.

Os nomes das seguintes fragrâncias alergénicas devem ser elencados no brinquedo, num rótulo nele aposto, na embalagem ou num folheto de instruções que o acompanhe, se forem adicionadas a um brinquedo, como tal, em concentrações superiores a 100 mg/kg no brinquedo ou em partes do mesmo:

	Número
Nome da fragrância alergénica	CAS
.....	
1) Álcool anisílico	105-13-5
2) Benzoato de benzilo .....	120-51-4
3) Cinamato de benzilo .....	103-41-3
4) Citronelol .....	106-22-9
5) Farnesol .....	4602-84-0
6) Hexilcinamaldeído .....	101-86-0
7) Lilial .....	80-54-6
8) d-Limoneno .....	5989-27-5
9) Linalol .....	78-70-6
10) Carbonato de metil-heptino .....	111-12-6
11) 3-metil-4-(2,6,6-tri-metil-2-ciclohexeno-1-il)-3-buteno-2-ona .....	127-51-5

12 — A utilização das fragrâncias referidas nos n.ºs 41 a 55 da lista constante do primeiro parágrafo do n.º 11 e das fragrâncias referidas nos n.ºs 1 a 11 da lista constante do terceiro parágrafo do referido número é autorizada nos jogos de mesa olfactivos, nos estojos para preparação de cosméticos e nos jogos de paladar, desde que:

*i)* Essas fragrâncias sejam claramente indicadas no rótulo da embalagem e esta contenha o aviso previsto no n.º 10 da parte B do anexo III;

*ii)* Se for esse o caso, os produtos elaborados pela criança de acordo com as instruções respeitem os requisitos da Directiva n.º 76/768/CEE, do Conselho, de 27 de Julho; e *iii)* Se for esse o caso, essas fragrâncias respeitem o disposto na legislação aplicável relativa aos géneros alimentícios.

Os referidos jogos de mesa olfactivos, estojos para preparação de cosméticos e jogos de paladar não podem ser utilizados por crianças de idade inferior a 36 meses e devem respeitar o disposto no n.º 1 da parte B do anexo III.

13 — Sem prejuízo do disposto nos n.ºs 3, 4 e 5 não podem ser ultrapassados os seguintes valores limite de migração dos brinquedos ou dos componentes de brinquedos:

Elemento	mg/kg de material		
	do brinquedo seco,	mg/kg de material	mg/kg de material
	quebradiço,	do brinquedo	do brinquedo
	em pó ou maleável	líquido ou viscoso	raspado
Alumínio	5 625	1 406	70 000
Antimônio	45	11,3	560
Arsénio	3,8	0,9	47
Bário	4 500	1 125	56 000
Boro	1 200	300	15 000
Cádmio	1,9	0,5	23
Crómio III	37,5	9,4	460
Crómio VI	0,02	0,005	0,2
Cobalto	10,5	2,6	130
Cobre	622,5	156	7 700
Chumbo	13,5	3,4	160
Manganês	1 200	300	15 000
Mercúrio	7,5	1,9	94
Níquel	75	18,8	930
Selénio	37,5	9,4	460
Estrôncio	4 500	1 125	56 000
Estanho	15 000	3 750	180 000
Estanho na forma orgânica	0,9	0,2	12
Zinco	3 750	938	46 000

Estes valores limite não se aplicam aos brinquedos ou componentes dos brinquedos que, em virtude da sua acessibilidade, função, massa ou do seu volume excluam claramente qualquer perigo decorrente das acções de sorver, lamber ou ingerir ou de um contacto prolongado com a pele, quando utilizados nas condições previstas no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 13.º

## IV — PROPRIEDADES ELÉCTRICAS

1 — Os brinquedos eléctricos não devem ser alimentados por uma tensão nominal superior a 24 V de corrente contínua (CC) ou o equivalente em corrente alternada (CA), não devendo qualquer das peças acessíveis do brinquedo ultrapassar 24 V CC ou o equivalente em CA.

As tensões internas não podem ultrapassar 24 V CC ou o equivalente em CA, salvo se se assegurar que a tensão e a combinação de corrente gerada não comportam qualquer risco de descarga eléctrica nociva, mesmo se o brinquedo estiver danificado.

2 — Os componentes dos brinquedos que estejam em contacto ou sejam susceptíveis de estar em contacto com uma fonte de electricidade capaz de provocar um choque eléctrico, bem como os cabos ou outros fios condutores através dos quais a electricidade é conduzida até esses componentes, devem estar bem isolados e protegidos mecanicamente de modo a evitar o perigo de choques eléctricos.

3 — Os brinquedos eléctricos devem ser concebidos e fabricados de modo a garantir que as temperaturas máximas atingidas, por todas as superfícies de acesso directo, não provoquem queimaduras por contacto.

4 — Em condições de avaria previsíveis, os brinquedos devem assegurar uma protecção contra os perigos de natureza eléctrica decorrentes de uma fonte de energia eléctrica.

5 — Os brinquedos eléctricos devem garantir uma protecção adequada contra os perigos de incêndio.

6 — Os brinquedos eléctricos devem ser projectados e fabricados de modo que os campos eléctricos, magnéticos e electromagnéticos e outras radiações geradas pelo equipamento se limitem ao necessário para o seu funcionamento, o qual deve corresponder a um nível de segurança conforme com o estado de evolução técnica geralmente reconhecido, tendo em conta as medidas comunitárias específicas.

7 — Os brinquedos dotados de um sistema de controlo electrónico devem ser projectados e fabricados de modo a funcionarem com segurança, mesmo em caso de disfunção ou avaria do sistema electrónico provocadas por avaria do próprio sistema ou por factores externos.

8 — Os brinquedos devem ser projectados e fabricados de modo a não representarem perigo para a saúde ou perigo de lesões oculares ou dermatológicas devido a *lasers*, díodos emissores de luz (LED) ou qualquer outro tipo de radiação.

9 — Os transformadores eléctricos dos brinquedos não são parte integrante dos mesmos.

## V — HIGIENE

1 — Os brinquedos devem ser projectados e fabricados de modo a satisfazer os requisitos de higiene e limpeza necessários para evitar quaisquer riscos de infecção, doença ou contaminação.

2 — Os brinquedos destinados a serem usados por crianças com idade inferior a 36 meses devem ser projectados e fabricados de forma a poderem ser limpos. Para o efeito, os brinquedos de tecido devem ser laváveis, excepto aqueles que contenham componentes mecânicas que possam ficar danificadas em caso de imersão em água.

O brinquedo deve continuar a preencher os requisitos de segurança após a lavagem, em conformidade com o disposto no presente número e com as instruções do fabricante.

## VI — RADIOACTIVIDADE

Os brinquedos devem respeitar as medidas aplicáveis aprovadas ao abrigo do capítulo III do Tratado que Institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica.

### APÊNDICE A

Lista das substâncias classificadas como CMR e das suas formas de utilização autorizadas em conformidade com os n.ºs 4, 5 e 6 da parte III

Substância	Classificação	Utilizações autorizadas
Níquel	CMR	Em aço inoxidável.

### APÊNDICE B

#### Classificação de substâncias e misturas

Em consequência do calendário de aplicação do Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro, existem formas equivalentes de referenciar uma determinada classificação que devem ser usadas em diferentes períodos de tempo.

1 — Critérios de classificação de substâncias e misturas, para efeitos do n.º 2 da parte II:

A — Critérios a aplicar entre 20 de Julho de 2011 e 31 de Maio de 2015:  
Substâncias:

A substância preenche os critérios fixados para qualquer uma das seguintes classes de perigo ou categorias enunciadas no anexo I do Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro:

*a)* Classes de perigo 2.1 a 2.4, 2.6 e 2.7, 2.8 dos tipos A e B, 2.9, 2.10, 2.12, 2.13 das categorias 1 e 2, 2.14 das categorias 1 e 2, e 2.15 dos tipos A a F;

*b)* Classes de perigo 3.1 a 3.6, 3.7 (efeitos nocivos para a função sexual e a fertilidade ou para o desenvolvimento), 3.8 (efeitos que não sejam efeitos narcóticos), 3.9 e 3.10;

*c)* Classe de perigo 4.1; *d)* Classe de perigo 5.1.

Misturas:

A mistura é perigosa na aceção da Directiva n.º 67/548/CEE, do Conselho, de 27 de Junho.

B — Critérios aplicáveis a partir de 1 de Junho de 2015: A substância ou mistura preenche os critérios fixados para qualquer uma das seguintes classes de perigo ou categorias enunciadas no anexo I do Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro:

*a)* Classes de perigo 2.1 a 2.4, 2.6 e 2.7, 2.8 dos tipos A e B, 2.9, 2.10, 2.12 e 2.13 das categorias 1 e 2, 2.14 das categorias 1 e 2, e 2.15 dos tipos A a F;

As embalagens que contêm os brinquedos para a venda a retalho não devem apresentar qualquer risco de estrangulamento ou asfixia

b) Classes de perigo 3.1 a 3.6 e 3.7 (efeitos nocivos para a função sexual e a fertilidade ou para o desenvolvimento), 3.8 (efeitos que não sejam efeitos narcóticos), 3.9 e 3.10;

c) Classe de perigo 4.1; d) Classe de perigo 5.1.

2 — Actos comunitários que regem a utilização de determinadas substâncias, para efeitos da alínea a) do n.º 4 e da alínea a) do n.º 5 da parte III:

Entre 20 de Julho de 2011 e 31 de Maio de 2015, as concentrações relevantes para a classificação de misturas que contenham as substâncias são aquelas estabelecidas nos termos da Directiva n.º 1999/45/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Maio.

A partir de 1 de Junho de 2015, as concentrações relevantes para a classificação de misturas que contenham as substâncias são aquelas estabelecidas de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

3 — Categorias de substâncias e misturas classificadas como cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas para a reprodução (CMR), para efeitos do n.º 4 da parte III:

**Substâncias:**

O disposto no n.º 4 da parte III diz respeito a substâncias classificadas como CMR de categoria 1A e 1B, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

**Misturas:**

Entre 20 de Julho de 2011 e 31 de Maio de 2015, o disposto no n.º 4 da parte III diz respeito a misturas classificadas como CMR de categoria 1 e 2, de acordo com a Directiva n.º 1999/45/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Maio, e a Directiva n.º 67/548/CEE, do Conselho, de 27 de Junho, conforme aplicável.

A partir de 1 de Junho de 2015, o disposto no n.º 4 da parte III diz respeito a misturas classificadas como CMR de categoria 1A e 1B, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

4 — Categorias de substâncias e misturas classificadas como cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas para a reprodução (CMR), para efeitos do n.º 5 da parte III:

**Substâncias:**

O disposto no n.º 5 da parte III diz respeito a substâncias classificadas como CMR de categoria 2, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

**Misturas:**

Entre 20 de Julho de 2011 e 31 de Maio de 2015, o disposto no n.º 5 da parte III diz respeito a misturas classificadas como CMR de categoria 3, de acordo com a Directiva n.º 1999/45/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Maio, e a Directiva n.º 67/548/CEE, do Conselho, de 27 de Junho, consoante o caso.

A partir de 1 de Junho de 2015, o disposto no n.º 5 da parte III diz respeito a misturas classificadas como CMR de categoria 2, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

5 — Categorias de substâncias e misturas classificadas como cancerígenas, mutagénicas ou tóxicas para a reprodução (CMR), para efeitos do n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho:

### **Substâncias:**

O disposto no n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, diz respeito a substâncias classificadas como CMR de categoria 1A, 1B e 2, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

### **Misturas:**

Entre 20 de Julho de 2011 e 31 de Maio de 2015, o disposto no n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, diz respeito a misturas classificadas como CMR de categoria 1, 2 e 3, de acordo com a Directiva n.º 1999/45/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Maio, e a Directiva n.º 67/548/CEE, do Conselho, de 27 de Junho, conforme aplicável.

A partir de 1 de Junho de 2015, o disposto no n.º 3 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, diz respeito a misturas classificadas como CMR de categoria 1A, 1B e 2, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1272/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro.

## **APÊNDICE C**

Valores limite específicos para os produtos químicos utilizados em brinquedos que se destinam a serem usados por crianças com menos de 36 meses ou noutros brinquedos destinados a serem colocados na boca, definidos nos termos do n.º 2 do artigo 46.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho.

## **ANEXO III**

(a que se refere o artigo 14.º)

Avisos

Parte A

Avisos de carácter geral

As limitações aplicáveis aos utilizadores a que se faz referência no n.º 1 do artigo 14.º devem incluir, pelo menos, as idades mínima e máxima dos utilizadores e, se for caso disso, as capacidades dos utilizadores dos brinquedos, os pesos mínimo e máximo dos utilizadores e a necessidade de os mesmos apenas poderem ser utilizados sob a vigilância de adultos.

Parte B

Avisos e indicações específicos de precaução de utilização de determinadas categorias de brinquedos

1 — Brinquedos não destinados a serem usados por crianças com menos de 36 meses. — Os brinquedos que possam ser perigosos para as crianças com menos de 36 meses devem apresentar um aviso, como: «Contra-indicado para crianças com menos de 36 meses» ou «Contra-indicado para crianças com menos de 3 anos» ou um aviso sob a forma do seguinte pictograma:



*[em vermelho no original]*

Estes avisos devem ser completados por uma indicação concisa, que pode igualmente constar das instruções de utilização, dos riscos específicos que justificam tal contra-indicação.

Este ponto não se aplica aos brinquedos que, devido à sua função, dimensões, características, propriedades ou outros elementos concludentes, não podem manifestamente destinar-se a crianças com menos de 36 meses.

2 — Brinquedos de actividade. — «Brinquedos de actividade» são brinquedos para uso doméstico em que a estrutura de suporte se mantém estável enquanto tem lugar a actividade e que se destina a que as crianças pratiquem qualquer das seguintes actividades: escalar, saltar, baloiçar, escorregar, balançar, andar à roda, gatinhar e rastejar.

São proibidos os brinquedos firmemente agregados a um produto alimentar no momento do seu consumo, de tal forma que a sua utilização só é possível uma vez consumido este último

Os brinquedos de actividade devem apresentar o seguinte aviso: «Apenas para uso doméstico».

Os brinquedos de actividade montados sobre pórticos, bem como outros brinquedos de actividade, devem, se for caso disso, ser acompanhados de instruções de utilização que chamem a atenção para a necessidade de proceder a inspecções e manutenções periódicas das suas peças mais importantes (suspensões, ligações, fixação ao solo, etc.) e que especifiquem que, em caso de omissão dessas inspecções, o brinquedo pode apresentar perigo de queda ou capotamento.

Devem, igualmente, ser fornecidas instruções relativas à forma correcta de os montar, com indicação das peças que podem apresentar perigo se a montagem não for correctamente executada. Devem, também, fornecer-se informações específicas sobre as superfícies adequadas onde colocar o brinquedo.

3 — Brinquedos funcionais. — «Brinquedos funcionais» são brinquedos cujo comportamento e utilização sejam idênticos aos de produtos, aparelhos ou instalações destinados a adultos, podendo ser um modelo reduzido desses.

Os brinquedos funcionais devem apresentar o seguinte aviso: «A utilizar sob a vigilância directa de adultos».

Devem, igualmente, ser acompanhados de instruções de utilização referindo o modo de funcionamento bem como as precauções que o utilizador deve tomar, como a indicação de que, em caso de omissão destas precauções, este se expõe a determinados riscos, a especificar, referentes ao aparelho ou produto de que o brinquedo constitui um modelo reduzido ou uma imitação. Deve, também, indicar-se que estes brinquedos devem ser mantidos fora do alcance de crianças com menos de uma determinada idade, a estabelecer pelo fabricante.

4 — Brinquedos químicos. — «Brinquedos químicos» são brinquedos destinados à manipulação directa de substâncias e misturas químicas, a serem utilizados numa idade adequada, sob a vigilância de adultos.

Sem prejuízo da aplicação de disposições previstas na legislação comunitária aplicável, relativas à classificação, embalagem e rotulagem de determinadas substâncias e misturas, as instruções de utilização

de brinquedos contendo estas substâncias ou misturas intrinsecamente perigosas devem ser acompanhadas da indicação do seu carácter perigoso e das precauções a tomar pelos utilizadores, a fim de evitar os riscos que lhe são inerentes, a especificar de modo conciso consoante o tipo de brinquedo. Devem ser, igualmente, mencionados os primeiros socorros a prestar em caso de acidentes graves devidos à utilização deste tipo de brinquedos.

Deve, também, indicar-se que estes brinquedos devem ser mantidos fora do alcance de crianças com menos de uma determinada idade, a estabelecer pelo fabricante.

Além das indicações previstas no primeiro parágrafo, os brinquedos químicos devem apresentar na embalagem o seguinte aviso: «Contra-indicado para crianças com menos de (\*) anos. A utilizar sob a vigilância de adultos».

São considerados, nomeadamente, como brinquedos químicos: estojos de experiências de química, caixas de encaixar plásticas, *ateliers* miniatura de cerâmica, esmaltagem, fotografia e brinquedos análogos que dêem azo a uma reacção química ou a uma alteração análoga das substâncias aquando da sua utilização.

5 — Patins, patins de rodas, patins em linha, pranchas de *skate*, trotinetas e bicicletas de brinquedo para crianças. — Se estes brinquedos forem colocados à venda como brinquedos devem apresentar o seguinte aviso: «A utilizar com equipamento de protecção. Não utilizar na via pública».

Por outro lado, as instruções de utilização devem lembrar que o brinquedo deve ser utilizado com prudência, pois exige muita destreza, a fim de evitar acidentes ao utilizador ou a terceiros, devidos a quedas ou colisões. Devem, igualmente, ser fornecidas indicações relativas ao equipamento de protecção aconselhado (capacetes, luvas, joelheiras, cotoveleiras, etc.).

6 — Brinquedos aquáticos. — «Brinquedos aquáticos» são brinquedos para uso em água pouco profunda que são susceptíveis de transportar ou suportar uma criança na água.

Os brinquedos aquáticos devem apresentar o seguinte aviso: «Só utilizar em água onde a criança tenha pé e sob vigilância de adultos».

7 — Brinquedos no interior de géneros alimentícios. — Os brinquedos no interior de géneros alimentícios ou misturados com géneros alimentícios devem apresentar o seguinte aviso: «Contém um brinquedo. Recomendada a vigilância por adultos».

8 — Imitações de viseiras e capacetes protectores. — As imitações de viseiras e capacetes protectores devem apresentar o seguinte aviso: «Este brinquedo não assegura a protecção».

9 — Brinquedos que se destinam a ser suspensos por cima de um berço, de uma cama de criança ou de um carrinho de criança, por meio de fios, cordas, elásticos ou correias.

Os brinquedos que se destinam a ser suspensos por cima de um berço, de uma cama de criança ou de um carrinho de criança, por meio de fios, cordas, elásticos ou correias, devem apresentar o seguinte aviso na embalagem, aviso esse que deve figurar também no brinquedo de forma permanente: «A fim de evitar riscos de ferimento por entrelaçamento, este brinquedo deve ser retirado assim que a criança começar a tentar erguer-se de bruços».

10 — Embalagem de fragrâncias contidas nos jogos de mesa olfactivos, nos estojos para preparação de cosméticos e nos jogos de paladar. — As embalagens de fragrâncias contidas nos «jogos de mesa olfactivos» (brinquedo cujo objectivo é ajudar a criança a aprender a reconhecer diferentes odores ou sabores), nos «estojos para preparação de cosméticos» (brinquedo cujo objectivo é ajudar a criança a aprender a fazer

produtos como fragrâncias, sabões, cremes, champôs, espumas para o banho, *glosses*, batons e outros tipos de maquilhagem, pasta dentífrica e amaciadores) e nos «jogos de paladar» (brinquedo cujo objectivo é permitir às crianças preparar doces ou outras receitas culinárias que incluam a utilização de ingredientes alimentares, tais como edulcorantes, líquidos, pós e aromas), referidas nos n.ºs 41 a 55 da lista constante do primeiro parágrafo do n.º 11 da parte III do anexo II, e das substâncias utilizadas em perfumaria, referidas nos n.ºs 1 a 11 da lista constante do terceiro parágrafo do referido número, devem apresentar o aviso: «Contém fragrâncias que podem causar alergias».

(\*) Idade a estabelecer pelo fabricante.

## ANEXO IV

(a que se refere o artigo 18.º)

Declaração «CE» de conformidade

1 — N.º ... [número de identificação único do(s) brinquedo(s)].

2 — Nome e endereço do fabricante ou do respectivo mandatário: ...

3 — A presente declaração de conformidade é emitida sob a exclusiva responsabilidade do fabricante: ...

4 — Objecto da declaração (identificação do brinquedo que permita rastreá-lo). Deve incluir uma reprodução a cores suficientemente clara, de forma a permitir identificar brinquedo.

— O objecto da declaração mencionada no número anterior está em conformidade com a legislação comunitária aplicável em matéria de harmonização: ...

— Referências às normas harmonizadas aplicáveis utilizadas ou às especificações em relação às quais é declarada a conformidade: ...

— Se for esse o caso: o organismo notificado: ..., ... (nome, número) efectuou ... (descrição da intervenção) e emitiu o certificado: ...

— Outras informações: ...

Assinado por e em nome de: ...

(local e data da emissão). ..., ... (nome, cargo).

(assinatura).

## ANEXO V

(a que se refere o artigo 24.º)

Documentação técnica

Na medida em que tal for pertinente para a avaliação, a documentação técnica a que se refere o artigo 24.º contém, nomeadamente:

a) Uma descrição pormenorizada do projecto e do fabrico, incluindo uma lista dos componentes e dos materiais utilizados no brinquedo, bem como as fichas de segurança relativas aos produtos químicos utilizados, obtidas junto dos respectivos fornecedores;

b) A avaliação ou avaliações de segurança realizadas por força do artigo 21.º;

c) Uma descrição do procedimento de avaliação da conformidade adoptado

d) Uma cópia da declaração «CE» de conformidade; e) O endereço dos locais de fabrico e de arma-

zenamento;

f) Cópias dos documentos que o fabricante tenha apresentado ao organismo notificado, caso este último intervenha;

g) Relatórios de ensaio e uma descrição dos meios utilizados pelo fabricante para garantir a conformidade da produção com as normas harmonizadas, caso este tenha optado pelo procedimento de controlo interno de fabrico previsto no n.º 2 do artigo 22.º; e

h) Uma cópia do certificado de exame «CE» de tipo, uma descrição dos meios utilizados pelo fabricante para garantir a conformidade da produção com o tipo de produto definido no certificado de exame «CE» de tipo e cópias dos documentos apresentados pelo fabricante ao organismo notificado, caso este tenha submetido o brinquedo ao exame «CE» de tipo e seguido o procedimento de conformidade com o tipo referido no n.º 4 do artigo 23.º

Os brinquedos em que se possa entrar e que, por esse facto, constituam um espaço fechado para os ocupantes, devem possuir uma saída acessível que os utilizadores a que se destinam possam abrir facilmente do interior

## ANEXO VI

Requisitos, procedimentos e obrigações dos organismos notificados  
Parte A

Requisitos aplicáveis aos organismos notificados

1 — Para efeitos de notificação ao abrigo do presente decreto-lei, os organismos de avaliação da conformidade devem cumprir os requisitos definidos na norma harmonizada relevante para efeitos de acreditação e, ainda, quando complementar, os requisitos previstos nos n.ºs 2 a 11.

2 — Os organismos de avaliação da conformidade devem estar constituídos nos termos do direito nacional e ser dotados de personalidade jurídica.

3 — Os organismos de avaliação da conformidade devem ser organismos terceiros independentes da organização ou do brinquedo que avaliam, considerando-se que preenche esses requisitos qualquer organismo

que pertença a uma organização empresarial ou associação profissional representativa de empresas envolvidas em actividades de projecto, fabrico, fornecimento, montagem, utilização ou manutenção dos brinquedos que avalia, desde que prove a respectiva independência e a inexistência de conflitos de interesse.

4 — Os organismos de avaliação da conformidade, os seus quadros superiores e o pessoal encarregado de executar as tarefas de avaliação e verificação não podem:

a) Ser o projectista, o fabricante, o fornecedor, o instalador, o comprador, o proprietário, o utilizador ou o responsável pela manutenção dos brinquedos a avaliar, nem o mandatário de qualquer uma dessas pessoas. Esta exigência não impede a utilização de brinquedos avaliados que sejam necessários ao desempenho das actividades do organismo de avaliação da conformidade nem a sua utilização para fins pessoais;

b) Intervir directamente no projecto ou no fabrico, na comercialização, na instalação, na utilização ou na manutenção desses brinquedos, nem ser mandatários das pessoas envolvidas nessas actividades. Aqueles não podem exercer qualquer actividade que possa conflitar com a independência da sua apreciação ou com a integridade no desempenho das actividades de avaliação da conformidade para as quais são notificados. Esta disposição é aplicável nomeadamente aos serviços de consultoria.

Os organismos de avaliação da conformidade devem assegurar que as actividades das suas filiais ou subcontratados não afectam a confidencialidade, a objectividade ou a imparcialidade das respectivas actividades de avaliação da conformidade.

5 — Os organismos de avaliação da conformidade e o seu pessoal devem executar as actividades de avaliação da conformidade com a maior integridade profissional e a maior competência técnica e não podem estar sujeitos a quaisquer pressões ou incentivos, nomeadamente de ordem financeira, que possam influenciar a sua apreciação ou os resultados das actividades de avaliação da conformidade, em especial por parte de pessoas ou grupos de pessoas interessados nos resultados dessas actividades.

6 — Os organismos de avaliação da conformidade devem ter capacidade para executar todas as tarefas de avaliação da conformidade que lhes são atribuídas pelo artigo 23.º do presente decreto-lei, relativamente às quais tenham sido notificados, quer as referidas tarefas sejam executadas por eles próprios, quer em seu nome e sob responsabilidade sua.

Em todas as circunstâncias e para cada procedimento de avaliação da conformidade e para cada tipo ou categoria de brinquedos para os quais tenham sido notificados, os organismos de avaliação da conformidade devem dispor de:

*a)* Pessoal necessário com conhecimentos técnicos e experiência suficiente e adequada para desempenhar as tarefas de avaliação da conformidade;

*b)* Descrições dos procedimentos de avaliação da conformidade que assegurem a transparência e a capacidade de reprodução destes procedimentos. Devem prever uma política e procedimentos apropriados para distinguir entre as funções executadas na qualidade de organismo notificado e qualquer outra actividade;

*c)* Procedimentos que permitam o exercício das suas actividades, que tenham em devida conta a dimensão, o sector, a estrutura das empresas, o grau de complexidade da tecnologia do brinquedo em causa e a natureza do processo de produção em massa ou em série.

Os organismos de avaliação de conformidade devem, ainda, dispor dos meios necessários para a boa execução das tarefas técnicas e administrativas relacionadas com as actividades de avaliação da conformidade e devem ter acesso a todos os equipamentos e instalações necessários.

7 — O pessoal responsável pela execução das actividades de avaliação da conformidade deve dispor de:

*a)* Sólida formação técnica e profissional, abrangendo todas as actividades de avaliação da conformidade no domínio em causa, para as quais os organismos de avaliação da conformidade tenham sido notificados;

*b)* Conhecimento satisfatório dos requisitos das avaliações que efectuam e a devida autoridade para as efectuar; *c)* Conhecimento e compreensão adequados dos requisitos essenciais, das normas harmonizadas aplicáveis, bem como da legislação comunitária de harmonização aplicável e respectivos regulamentos de execução;

*d)* Aptidão necessária para redigir os certificados, registos e relatórios que provam que as avaliações foram efectuadas.

8 — Deve ser assegurada a imparcialidade dos organismos de avaliação da conformidade, dos seus quadros superiores e do pessoal de avaliação.

A remuneração dos quadros superiores e do pessoal de avaliação dos organismos de avaliação da

conformidade não pode depender do número de avaliações realizadas, nem do respectivo resultado.

9 — Os organismos de avaliação da conformidade devem fazer um seguro de responsabilidade civil, a não ser que essa responsabilidade seja coberta pelo Estado membro com base no respectivo direito nacional ou que o próprio Estado membro seja directamente responsável pelas avaliações da conformidade.

10 — O pessoal dos organismos de avaliação da conformidade está sujeito ao sigilo profissional, excepto em relação às autoridades competentes do Estado membro em que exercem as suas actividades, no que se refere a todas as informações que obtiverem no cumprimento das suas tarefas, no âmbito do artigo 23.º do presente decreto-lei ou de qualquer disposição de direito nacional que lhe dê aplicação. Os direitos de propriedade devem ser protegidos.

11 — Os organismos de avaliação da conformidade devem participar nas actividades de normalização relevantes e nas actividades do grupo de coordenação dos organismos notificados, criado ao abrigo do artigo 38.º da Directiva n.º 2009/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho, ou assegurar que o seu pessoal de avaliação seja informado dessas actividades, e devem aplicar como orientações gerais as decisões e os documentos administrativos que resultem do trabalho desse grupo.

#### Parte B

##### Subcontratação de actividades pelos organismos notificados

1 — Para efeitos de notificação ao abrigo do presente decreto-lei, a subcontratação, ou afim, das actividades de avaliação da conformidade apenas é possível na medida do permitido por cada norma harmonizada relevante para efeitos de acreditação.

2 — Sempre que um organismo notificado subcontratar tarefas específicas relacionadas com a avaliação da conformidade ou recorrer a uma filial, deve assegurar que o subcontratado ou a filial cumprem os requisitos definidos na parte A do presente anexo e informar a autoridade notificadora desse facto.

3 — O organismo notificado assume plena responsabilidade pelas tarefas executadas por subcontratados ou filiais, independentemente do local em que estes se encontrem estabelecidos.

4 — É indispensável o consentimento do cliente para que as actividades possam ser executadas por um subcontratado ou por uma filial.

5 — Os organismos notificados devem manter à disposição da autoridade notificadora os documentos relevantes no que diz respeito à avaliação das qualificações do subcontratado ou da filial e ao trabalho efectuado por estes ao abrigo do artigo 23.º do presente decreto-lei.

#### Parte C

##### Pedido de notificação

1 — Os organismos de avaliação da conformidade devem solicitar a notificação ao abrigo do presente decreto-lei, junto do Instituto Português da Qualidade, I. P. (IPQ, I. P.).

2 — O pedido referido no número anterior deve ser acompanhado de uma descrição das actividades de avaliação da conformidade, do(s) módulo(s) de avaliação da conformidade e do(s) brinquedo(s) em relação ao(s) qual(is) os organismos se consideram competentes, bem como pelo certificado de acreditação relevante emitido pelo Instituto Português de Acreditação, I. P. (IPAC, I. P.), caso este exista, ou evidência do cumprimento dos requisitos previstos na parte A do presente anexo.

#### Parte D

##### Deveres funcionais dos organismos notificados

1 — Os organismos notificados devem efectuar as avaliações da conformidade, segundo o procedi-

mento de avaliação da conformidade previsto no artigo 23.º do presente decreto-lei.

2 — As avaliações da conformidade devem ser efectuadas de modo proporcionado, evitando encargos desnecessários para os operadores económicos. Os organismos de avaliação da conformidade devem exercer as suas actividades atendendo à dimensão, ao sector, à estrutura das empresas em questão, à complexidade relativa da tecnologia do brinquedo em causa e à natureza da produção em série ou em massa.

Ao atenderem a estes factores, os referidos organismos devem, contudo, respeitar o grau de rigor e o nível de protecção exigido para que o brinquedo cumpra o disposto no presente decreto-lei.

3 — Sempre que um organismo notificado verificar que os requisitos previstos no artigo 13.º e no anexo II ao presente decreto-lei ou nas correspondentes normas harmonizadas não foram cumpridos pelo fabricante, deve exigir que este último tome as medidas correctivas adequadas e não pode emitir o certificado de exame «CE» de tipo, previsto no n.º 5 do artigo 23.º do presente decreto-lei.

4 — Se, no decurso de uma avaliação da conformidade no seguimento da concessão de um certificado de exame «CE» de tipo, verificar que o brinquedo já não está conforme, o organismo notificado deve exigir que o fabricante tome as medidas correctivas adequadas e deve suspender ou retirar o certificado de exame «CE» de tipo, se necessário.

5 — Se não forem tomadas medidas correctivas, ou se estas não tiverem o efeito exigido, o organismo notificado deve restringir, suspender ou retirar quaisquer certificados de exame «CE» de tipo, consoante o caso.

#### Parte E

#### Obrigações dos organismos notificados

1 — Os organismos notificados devem comunicar à autoridade notificadora as seguintes informações:

- a) Qualquer recusa, restrição, suspensão ou retirada de certificados de exame «CE» de tipo;
- b) Quaisquer circunstâncias que afectem o âmbito e as condições de notificação;
- c) Quaisquer pedidos de informação sobre as actividades de avaliação da conformidade efectuadas, que tenham recebido das autoridades de fiscalização do mercado;
- d) Quando solicitados para o efeito, as actividades de avaliação da conformidade que desempenharam no âmbito da respectiva notificação e quaisquer outras actividades desempenhadas, incluindo actividades transfronteiriças e de subcontratação.

2 — Os organismos notificados devem facultar aos outros organismos notificados, ao abrigo do presente decreto-lei, que efectuem actividades de avaliação da conformidade semelhantes abrangendo os mesmos brinquedos, as informações relevantes sobre questões relacionadas com resultados negativos e, a pedido, resultados positivos da avaliação da conformidade.



# JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul  
Relatora: MARILENE BONZANINI BERNARDI

Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná  
Relator: HAYTON LEE SWAIN FILHO

Ementário  
Julgados do TJ/DF, TJ/RS, TJ/MG e TRF – 1ª Reg.

## EXCERTOS

### Acórdão relatado por MARILENE BONZANINI BERNARDI

*“Inúmeras vezes me manifestei no sentido de que o bloqueio indevido de serviço de telefonia é ato ilícito capaz de gerar danos morais, não considerando tal ocorrência como mero dissabor que o cidadão seja obrigado a aceitar, ressalvando o posicionamento relativo aos casos em que a empresa procede de maneira correta em relação à informação do consumidor e ao resguardo da boa prestação do serviço”*

*“Frise-se que a produção de prova negativa da ocorrência do evento seria, de certa forma, simples para a demandada: bastaria que colacionasse aos autos demonstração de que procedeu à investigação do caso, notificou o consumidor e ofereceu-lhe meios de continuar gozando dos serviços”*

*“Trata-se de hipótese típica de dano in re ipsa. Provado o fato básico, isto é, o ponto de apoio, provado está o dano, suporte fático do dever de reparar. Isso se infere da convivência societária natural, a qual prima pelo respeito à dignidade de cada ser humano, carecendo de afirmação judicial, ao contrário das presunções legais. Cabe ao autor provar o fato básico e alegar a consequência natural, o fato-consequência”*

### Acórdão relatado por HAYTON LEE SWAIN FILHO

*“Todavia, é direito do cliente ver exibidos os documentos comuns relativos à própria conta corrente, pois o banco tem a obrigação de informação, que é inerente ao seu serviço e decorre da relação jurídica contratual pactuada.”*

*“Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos”*

*“A fixação de pena de multa diária deve ser admitida no caso em análise, porquanto o provimento almejado de exibição de documento tem a natureza de obrigação de fazer, e por isso pode ser alcançada pelo ditame do artigo 461, § 4º, do CPC, como forma de coerção processual para garantir o cumprimento da decisão”*

*“Vê-se, então, que o direito processual brasileiro não vincula as astreintes à sentença do processo principal, o que a torna perfeitamente utilizável também no âmbito da tutela preventiva”*

## ACÓRDÃO 1

### LINHA TELEFÔNICA DE IDOSO COM SUSPEITA DE CLONAGEM PODE SOFRER SUSPENSÃO, DESDE QUE OUTRA SEJA OFERTADA, SOB PENA DE NEGLIGÊNCIA

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 9a. Câm. Cív.

Relator: Marilene Bonzanini Bernardi

ACÓRDÃO: 70028870632 ANO: 2009 DECISÃO: 27 05 2009

TURMA: 09 ÓRGÃO JULGADOR:

NONA CÂMARA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 03 06 2009

JUIZ RELATOR: DR MARILENE BONZANINI BERNARDI

AUTOR: BRASIL TELECOM S/A

RÉU: ALCIDES BASTOS DE MELLO

**EMENTA:** Apelação cível. responsabilidade civil. bloqueio de linha telefônica. clonagem. danos morais. responsabilidade objetiva. aplicação da legislação consumerista. vulnerabilidade agravada do consumidor idoso. Tendo o bloqueio ocorrido pela “clonagem” da linha telefônica, não há como negar que o procedimento adotado pela ré, ao suspender os serviços, era medida necessária, uma vez que visava evitar maiores danos ao próprio consumidor. Contudo, era dever da ré comunicar previamente o consumidor sobre tal medida, bem como resolver a situação da maneira mais rápida possível, o que não ocorreu. O cliente, idoso, ficou por período considerável sem poder utilizar a linha telefônica, sendo que durante este período não lograva

obter qualquer informação coerente sobre o andamento do caso. Ademais, era dever da empresa disponibilizar outro aparelho ou linha enquanto não fosse resolvido o problema, o que também não ocorreu. indenização por danos morais. quantum. critérios de fixação. manutenção.vinculação da condenação ao salário mínimo. vedação constitucional. valor explicitado.ajustamento do termo inicial da correção monetária e juros. data da decisão. consequente redução do valor indenizatório. apelação parcialmente provida.

**DECISÃO:** Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Magistrados integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento à apelação.Custas na forma da lei.Participaram do julgamento, além da signatária (Presidente), os eminentes Senhores DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY E DR. LÉO ROMI PILAU JÚNIOR.

## ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

### RELATÓRIO

DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI BERNARDI (RELATORA)

Trata-se de apelação interposta por BRASIL TELECOM S/A, nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais que lhe move ALCIDES BASTOS DE MELLO.

**Adoto, de saída, o relatório da sentença:**

ALCIDES BASTOS DE MELLO ajuí-

zou a presente Ação de Indenização em face da BRASIL TELECOM S/A, alegando ser usuário do terminal telefônico nº (54) 35046385, conforme contrato nº 0011098747, instalado em uma pequena propriedade rural, na localidade de Estrada das Tropas, Município de Quatro Irmãos/RS. Aduziu desenvolver sua atividade rural há cerca de 60km da propriedade, necessitando manter contato diário com o caseiro, para viabilizar a administração à distância, mormente quando lá permanecem sua esposa doente e familiares. Afirmou que repentinamente sua linha passou a não mais receber chamadas, bem como raramente efetuar ligações. A conta relativa ao período de 27 de março de 2006 a 26 de abril de 2006, com vencimento em 09 de maio de 2006, resultou no valor de R\$ 1.111,68, cujo erro foi reconhecido pela demandada, com emissão de nova fatura, diante da reclamação efetuada por meio do nº 103 14. Não tendo havido o conserto da linha, efetuou mais de dez solicitações por meio do nº 103 14, protocolos RT 597200, RT 679891, RT 702569, RT 765423, RT 818709, RT 1075227, RT 1102120 e RT 2252624. Solicitou assistência técnica credenciada, cujo técnico não detectou nenhum defeito de sintonia na antena ou no aparelho, indicando a possibilidade de defeito na linha e a probabilidade de clonagem, motivo pelo qual deveria se verificar junto à Brasil Telecom. A demandada nada fez para restabelecer o serviço, inobstante continue emitindo faturas mensais, recebendo por um serviço não prestado. Discorreu a respeito dos danos materiais e morais causados pela conduta da demandada, defendendo a responsabilidade objetiva da operadora pela falha na prestação do serviço. Postulou a procedência da ação, com a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais, consistentes na devo-

lução em dobro do valor de R\$ 275,72 recebido a título de assinatura Ruralcel referente ao período em que ficou sem o serviço (março a novembro de 2006), R\$ 400,00 referentes a cinco viagens extras, R\$ 50,00 pelo serviço técnico contratado e R\$ 250,00 pela morte de filhotes de ovinos em razão da falta de comunicação com o caseiro, além de indenização pelos danos morais em valor a ser arbitrado pelo juízo. Juntou documentos.

#### **Foram deferidas a gratuidade judiciária e a tramitação preferencial.**

Citada, a requerida apresentou contestação. Argüiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, por ser responsável apenas pelo funcionamento do sistema central do serviço prestado ao autor. O demandante é usuário de uma linha telefônica classe Ruralcel, desde 30 de setembro de 1997, cujo funcionamento caracteriza-se pela utilização da mesma tecnologia usada nos aparelhos de telefonia móvel, fornecida pela antiga CRT. Atualmente, compete à Vivo S/A a administração do sistema de telefonia móvel dos contratos firmados antes da cisão da antiga CRT, sendo do usuário a responsabilidade quanto à instalação do aparelho e antenas, bem como manutenção da infraestrutura. Denunciou a lide à Vivo S/A, nos termos do art. 70, inc. III, do CPC. No mérito, sustentou a legalidade da suspensão dos serviços de telefonia em caso de suspeita de clonagem, até averiguação de eventuais falhas no sistema, não caracterizado ato ilícito, com base no art. 29 da Resolução nº 426/2005. Asseverou que, confirmada a ocorrência de fraude, procedeu na troca do número de acesso e restabeleceu o serviço ao autor. Alegou não estarem caracterizados e comprovados os danos materiais e morais pleiteados pelo autor, até

porque a suspensão do serviço visou assegurar a segurança e privacidade do usuário, não havendo defeito no serviço ounexo causal com os danos. Teceu considerações acerca dos critérios para a fixação do quantum indenizatório. Postulou o acolhimento da preliminar ou da denunciação à lide, com a improcedência dos pedidos. Acostou documentos.

Houve réplica.

Foi afastada a preliminar de ilegitimidade passiva e indeferido o pedido de denunciação à lide.

Durante a instrução, foram ouvidas três testemunhas, consignando as partes razões finais remissivas.

**O dispositivo da decisão foi lançado nos seguintes termos:**

ISSO POSTO, com fulcro no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, julgo parcialmente procedente a pretensão do autor, para condenar a demandada a pagar, a título de reparação pelos danos materiais, os valores de R\$ 275,72 (duzentos e setenta e cinco reais e setenta e dois centavos) e R\$ 50,00 (cinquenta reais), corrigidos monetariamente pelo IGP-M desde o respectivo desembolso, e, a título de indenização pelos danos morais, o valor equivalente a 15 (quinze) salários mínimos, vigentes na data do efetivo adimplemento, ambas as verbas acrescidas de juros moratórios de 1% ao mês (art. 406 do Código Civil, c/c o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional), a contar da data da citação.

Diante da mínima sucumbência do autor (art. 21, par. único, do CPC), condeno a

demandada a arcar com a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da condenação, ante a natureza da causa e o trabalho exigido, observados os parâmetros do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Inconformada, a empresa autora interpôs recurso de apelação alegando que após a verificação da clonagem da linha telefônica do apelado agiu com diligência, efetuando a troca do número telefônico, tendo reestabelecido o serviço e estornado os débitos. Disse que o nome do autor não foi incluído em órgãos desabonadores de crédito. Observou a ausência de danos morais, pois a simples sensação de desconforto ou aborrecimento não constitui dano passível de reparação. Pleiteou a redução do valor fixado a título de indenização por danos morais. Asseverou que a data do julgamento era o termo inicial para a incidência dos juros de mora. Pediu provimento.

O apelado apresentou contra-razões pugnando fosse negado provimento ao apelo.

Subiram os autos a este Tribunal.

Após distribuição por sorteio, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTOS

DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI  
BERNARDI (RELATORA)

Eminentes Colegas.

Versa o feito sobre pedido de indeniza-

ção por danos materiais e morais. É que a linha telefônica que o autor mantinha junto à operadora ré foi objeto de clonagem, o que fez com que o demandante fosse cobrado indevidamente e o serviço fosse bloqueado.

Malgrado em oportunidade pretérita já tenha manifestado entendimento diverso, no sentido de que a cessação do serviço de telefonia nos casos de suspeita de “clonagem” é um direito da empresa fornecedora do serviço, entendendo que neste caso a ré abusou deste direito, causando danos ao demandante.

Tendo o bloqueio ocorrido pela suspeita de “clonagem” da linha telefônica, não há como negar que o procedimento adotado pela ré, ao suspender os serviços, era medida necessária, uma vez que visava evitar maiores danos ao próprio consumidor. Contudo, era dever da ré comunicar previamente o autor sobre tal medida, e resolver a situação da maneira mais rápida possível, o que não ocorreu. O autor ficou por longo período sem poder utilizar a linha telefônica e sendo cobrado indevidamente.

Ademais, era dever da empresa disponibilizar outro aparelho ou linha enquanto não fosse resolvido o problema, o que não ocorreu. O demandante precisou adquirir linha telefônica móvel para tentar manter a comunicação via telefone, no entanto este serviço ainda não estava sendo fornecido de maneira perfeita.

Inúmeras vezes me manifestei no sentido de que o bloqueio indevido de serviço de telefonia é ato ilícito capaz de gerar danos morais, não considerando tal ocorrência como mero dissabor que o cidadão seja obrigado a aceitar, ressaltando o posicionamento relativo aos casos em que a empresa procede de maneira correta em relação à informação do consumidor e ao resguardo da boa prestação do serviço.

Faz-se necessária a aplicação das normas

da legislação consumerista, que ditam que a responsabilidade pelo fato do serviço é objetiva, à exegese do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade objetiva independe da culpa do lesante; é necessário apenas que sejam comprovados a conduta ilícita, o dano e o nexo causal.

Para que o prestador do serviço afaste possível responsabilização é necessário que comprove a ruptura do nexo de causalidade, conforme dispõe o § 3º do artigo 14 do CDC, o que ocorre quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, bem como na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Nos casos de responsabilidade objetiva pela falha na prestação de serviço, portanto, a inversão do ônus da prova decorre diretamente do texto de lei

Todavia, não logrou a ré fazer prova negativa do direito defendido pelo demandante.

Frise-se que a produção de prova negativa da ocorrência do evento seria, de certa forma, simples para a demandada: bastaria que colacionasse aos autos demonstração de que procedeu à investigação do caso, notificou o consumidor e ofereceu-lhe meios de continuar gozando dos serviços.

Da análise das provas coligidas aos autos, bem como da confirmação pela apelante sobre a ocorrência da “clonagem” e do bloqueio, verifica-se estar caracterizada a conduta abusiva da demandada.

Apesar de o apelante ter salientado que não houve a inscrição do nome do apelado nos cadastros de inadimplentes, tenho que o dano moral, no caso em tela, resulta simplesmente do bloqueio indevido da linha telefônica. As conseqüências danosas resultantes de ter o autor ficado impossibilitado de utilizar sua linha telefônica são presumíveis e independem de

ter concretamente atingido a esfera patrimonial, ainda mais em se tratando de casal de idosos.

Trata-se de hipótese típica de dano in ipsa. Provado o fato básico, isto é, o ponto de apoio, provado está o dano, suporte fático do dever de reparar. Isso se infere da convivência societária natural, a qual prima pelo respeito à dignidade de cada ser humano, carecendo de afirmação judicial, ao contrário das presunções legais. Cabe ao autor provar o fato básico e alegar a consequência natural, o fato-consequência.

**Por oportuno, colaciono jurisprudência desta Corte:**

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA POR INADIMPLEMENTO INEXISTENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. 1. A ré, tanto como fornecedora (art. 3º, caput, e art. 14, caput, do CDC) como prestadora de serviços públicos (art. 37, § 6º, da CF) responde objetivamente pelos danos a que der causa. Desnecessário o exame da culpa, há de se comprovar o ato ilícito, o dano e o nexo causal. 2. A suspensão do serviço de telefonia, sem qualquer justificativa, é ato ilícito, e, por si só, constitui dano moral. Precedentes desta Câmara. (...) APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70010110021, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ubirajara Mach de Oliveira, Julgado em 15/06/2005)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. BLOQUEIO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA. BRASIL TELECOM S/A.

Não prospera a irrisignação, tendo em vista que abalo subjetivo houve quando do bloqueio indevido da linha telefônica do autor, em face de cobrança de débito inexistente, a consubstanciar conduta abusiva de parte da ré. (...) APELO IMPROVIDO. RECURSO ADESIVO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70009219692, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Julgado em 22/06/2005)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NO SERVIÇO FORNECIDO PELA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO. BLOQUEIO INJUSTIFICADO DE LINHA TELEFÔNICA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. Mostra-se abusivo o procedimento do bloqueio da linha telefônica e deficiente o serviço prestado pela ré, quando após o adimplemento do débito, em seus cadastros ainda permanecem os débitos pendentes e, conseqüentemente, a interrupção do serviço. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70009143470, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 24/11/2004)”

Passo à análise da fixação do quantum indenizatório.

A dificuldade na avaliação da extensão do pretium doloris, pela ausência de critério legal, que se tornou voz corrente na doutrina, “não pode servir de base para sua negação”, consoante justa advertência de Caetano José da Fonseca Costa (in Coleção AJURIS, 38/157).

É de ser admitido na apreciação do valor da indenização o caráter expiatório da reparação moral, como diminuição imposta ao patrimônio do réu pela indenização paga ao

ofendido.

À falta de medida aritmética e ponderadas as funções satisfatória e punitiva, serve à fixação do montante da indenização o prudente arbítrio do juiz, levando-se em conta certos requisitos e condições, tanto da vítima quanto do ofensor. Especialmente, deve ser observada a capacidade econômica do atingido, mas também daquele que comete o ilícito, de maneira que não ocorra enriquecimento injustificado, mas que também não lastreie indenização que não atinja o caráter pedagógico a que se propõe.

De acordo com o magistério de Carlos Alberto Bittar, para a fixação do valor do dano moral “levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando em nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesado”.

Yussef Said Cahali refere que nesta espécie de dano adquire particular relevo informativo na fixação do quantum indenizatório a intensidade do dano moral do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão social, a posição social daquele, seu grau de cultura, atividade profissional desenvolvida e seus ganhos, sua idade e sexo, além de outros requisitos que possam ser levados em conta.

Outrossim, recomenda o v. Acórdão da 6ª CC do TJRS, na Ap. 592066575, Rel. Des. Osvaldo Stefanello, que os requisitos devam ser valorados “com critério de justiça, predomínio do bom senso, da razoabilidade e da exequibilidade do encargo a ser suportado pelo devedor.”

A questão posta em exame também deve ser vista à luz do princípio da vulnerabilidade, o qual fundamenta a própria existência de uma proteção especial ao consumidor, dado o desequilíbrio nas relações estabelecidas en-

tre os agentes econômicos. A vulnerabilidade, que nas relações de consumo se presume de forma absoluta, é agravada em relação ao consumidor idoso, como ocorre no caso dos autos.

Na dicção do promissor jurista Bruno Miragem “a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.”

No caso, considerando que a verba fixada a título de reparação de dano moral não deve surgir como um prêmio, dando margem ao enriquecimento sem causa, e levando em consideração, ainda, as condições econômicas do autor - idoso que litiga sob o pálio da AJG -, a capacidade econômica da ré - operadora de telefonia fixa líder em seu seguimento (pelo menos assim se diz), o tempo em que ficou bloqueado o telefone e a desídia da demandada em lidar com o incidente, tenho que a indenização deve ser mantida como fixada na sentença.

Tal montante, ao meu sentir, não se mostra nem tão baixo - assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais - nem tão elevado - a ponto de caracterizar enriquecimento sem causa, e leva em conta o fato de o autor ter ficado tempo relativamente curto sem a disponibilidade do serviço.

No caso em tela, o dispositivo sentencial estabeleceu indenização, a título de danos morais, no valor de 15 (quinze) salários mínimos, considerados à época do pagamento,

conforme se vê da folha 137 dos autos.

Esclareço, contudo, que o valor deve ser convertido em pecúnia na data da sentença, o que alcança o valor de R\$ 6.225,00, e desde então atualizado monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de 1% ao mês, já que é constitucionalmente vedada a vinculação ao reajuste do salário mínimo.

Evidencio que a modificação do termo de incidência da correção monetária e dos juros de mora acaba fazendo com que a pretensão da apelante, de minoração do quantum indenizatório, se faça presente.

Voto, pois, pelo parcial provimento da apelação.

DES. TASSO CAUBI SOARES DE-LABARY (REVISOR)

Face as peculiaridades do caso concreto estou acompanhando, especialmente pelo retardamento em providências para restabelecer o serviço.

DR. LÉO ROMI PILAU JÚNIOR - De acordo.

DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI BERNARDI - Presidente - Apelação Cível nº 70028870632, Comarca de Passo Fundo: “DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO MARCELO BARBIERO DE VARGAS

## ACÓRDÃO 2

### DESNECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA E DO FUMUS BONI IURIS EM AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS AO CONSUMIDOR, POIS É MEDIDA QUE SE EXAURE EM SI MESMA

**Tribunal:** TJ/PR

**Órgão Julgador:** 15a. Câm. Cív.

**Relator:** Hayton Lee Swain Filho

**EMENTA:** Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. 1. preliminar de falta de interesse de agir. Não comprovação de pedido administrativo. Rejeitada. Caráter satisfativo. 2. fornecimento na celebração do contrato. Persistência do dever de exibição. 3. demonstração do fumus boni iuris e periculum in mora. Dispensável. 4. pena de multa diária. Possibilidade. 5. sucumbência. Inalterada. 6. honorários. Manutenção. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. 1. A ausência de comprovação da recusa da instituição financeira em atender ao pedido administrativo não elide o interesse de agir da autora na propositura de ação cautelar de exibição de documentos. 2. O fornecimento dos documentos no momento da celebração do contrato não elide o direito à posterior propositura de demanda exhibitória, pois decorrente do direito do consumidor à informação. 3. É desnecessária a comprovação do periculum in mora e do fumus boni iuris em cautelar de exibição de documentos, pois se trata de medida que se exaure em si mesma. 4. A fixação de pena de multa diária deve ser admitida na ação cautelar de exibição de documentos, porquanto o provimento almejado tem a natureza de obrigação de fazer e por isso

pode ser alcançada pelo ditame do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, como forma de coerção processual para garantir o cumprimento da decisão. 5. Deve ser mantida a distribuição dos ônus sucumbenciais se inalterado o estado de sucumbência observado entre as partes. 6. Nas causas de valor inestimável, os honorários advocatícios devem ser fixados mediante apreciação equitativa do Juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço, conforme inteligência dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Recurso não provido.

**ACÓRDÃO:** 0409462-4 ANO: 2001 DECISÃO: 09 05 2007

**TURMA:** 15 ÓRGÃO JULGADOR: 15ª CÂMARA CÍVEL

**FONTE:** DJ N.º 7372 DATA: 25 05 2007

**JUIZ RELATOR:** DR HAYTON LEE SWAIN FILHO

**APELANTE:** BANCO SANTANDER MERIDIONAL S/A.

**APELADOS:** AUGUSTO CESAR BASSO

**EMENTA:** Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. 1. preliminar de falta de interesse de agir. Não comprovação de pedido administrativo. Rejeitada. Caráter satisfativo. 2. fornecimento na celebração do contrato. Persistência do dever de exibição. 3. demonstração do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Dispensável. 4. pena de multa diária. Possibilidade. 5. sucumbência. Inalterada. 6. honorários. Manutenção. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. 1. A ausência de comprovação da recusa da instituição financeira em atender ao pedido administrativo não elide o interesse de agir da autora na propositura de ação cautelar de exibição de documen-

tos. 2. O fornecimento dos documentos no momento da celebração do contrato não elide o direito à posterior propositura de demanda exibirória, pois decorrente do direito do consumidor à informação. 3. É desnecessária a comprovação do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* em cautelar de exibição de documentos, pois se trata de medida que se exaure em si mesma. 4. A fixação de pena de multa diária deve ser admitida na ação cautelar de exibição de documentos, porquanto o provimento almejado tem a natureza de obrigação de fazer e por isso pode ser alcançada pelo ditame do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, como forma de coerção processual para garantir o cumprimento da decisão. 5. Deve ser mantida a distribuição dos ônus sucumbenciais se inalterado o estado de sucumbência observado entre as partes. 6. Nas causas de valor inestimável, os honorários advocatícios devem ser fixados mediante apreciação equitativa do Juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço, conforme inteligência dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Recurso não provido.

**DECISÃO:** Por essas razões, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e no mérito lhe negar provimento, para manter a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

**ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 409.462-4, da Vara Cível e Anexos de Rio Negro, em que é recorrente BANCO SANTANDER MERIDIONAL S/A e recorrido AUGUSTO CESAR BASSO.

Trata-se de apelação manejada contra a sentença (fl. 125) que julgou procedente o pedido deduzido em Cautelar de Exibição de Documentos.

Demonstrando seu inconformismo, o banco defende a falta de interesse de agir do apelado, a ausência do dever de exibição, inexistência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, não ser cabida a fixação de multa diária e a modificação da verba honorária para valor não excedente a 2 (duas) vezes o valor da causa.

Uma vez preparada (fls. 142/145), a apelação (fls. 132/141) foi recebida com determinação de intimação da parte contrária para responder (fl. 145).

Em contra-razões (fls. 147/153), o cliente apelado sustentou a manutenção da sentença nos pontos que são objeto do recurso.

Assim vieram os autos a esta Corte.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos de admissibilidade.

#### PRELIMINAR DE MÉRITO FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Alega a instituição financeira a carência de ação por falta de interesse de agir, em razão da não comprovação de sua recusa em fornecer os documentos.

Todavia, é direito do cliente ver exibidos os documentos comuns relativos à própria conta corrente, pois o banco tem a obrigação de informação, que é inerente ao seu serviço e decorre da relação jurídica contratual pac-

tuada.

Como Sergio Sahione Fadel explica, “O Direito à exibição (= a pedir a exibição) ou nasce da lei ou do contrato, ou de faculdade natural do interessado.” (Código de Processo Civil Comentado, Arts. 646 a 889, Tomo IV, Editor JOSÉ KONFINO, 1974, p. 267).

#### Ademais o artigo 358, II, do Código de Processo Civil é claro ao dispor:

Art. 358. O juiz não admitirá recusa:

II - se o documento, por seu conteúdo for comum entre as partes.

Portanto, está presente o interesse de agir da autora na presente demanda, eis que a ação de exibição de documentos não se vincula a necessidade de pedido administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu no mesmo sentido, vejamos:

Recurso Especial. Processual Civil. Instituição bancária. Exibição de documentos. Custo de localização e reprodução dos documentos. Ônus do pagamento. - O dever de informação e, por conseguinte, o de exhibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, face ao princípio da boa-fé objetiva. (REsp 330261/SC. Ministra Nancy Andrighi, DJ 08.04.2002 p. 212).

#### Sobre o assunto, esta Corte também já se manifestou no mesmo sentido:

Agravo interno. Negativa de seguimento a apelação. Manifesto confronto com jurisprudência dominante. Exibição de documentos. Conta corrente. Extratos. Interesse de agir. Desnecessidade de requerimento administrativo. Pagamento das tarifas pelo fornecimento dos novos documentos. Inexigibilidade. 1- A jurisprudência dominante da Corte é no senti-

do de ser desnecessária a prévia demonstração de recusa da instituição financeira a entregar os documentos pleiteados para o ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos. 2- A emissão da segunda via dos extratos de conta corrente, ou de autorizações para débito, não pode ser condicionada ao pagamento antecipado de tarifas, pois o banco tem o dever de juntar os documentos que estiver em sua posse, por decorrência de imposição legal. 3- Agravo conhecido e não provido. (AI nº 319.658-1/01, 15ª CC, Rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, publ. em 07/04/2006, DJ nº 7095).

**APELAÇÃO CÍVEL - MEDIDA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DESNECESSIDADE DE PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO OU DE RECUSA - DIREITO DE INFORMAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DA SUCUMBÊNCIA - QUANTUM” FIXADO EM VALOR EXAGERADO - VERBA REDUZIDA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** É evidente o interesse de agir na cautelar de exibição de documentos, onde a autora pleiteia que o réu demonstre, documentalmente, a evolução do débito, mesmo quando ausente por parte do réu a recusa da entrega, pela via extrajudicial, dos almejados documentos, porquanto a autora, como correntista, tem o direito à informação, não lhe podendo ser negada a faculdade do exercício da aludida ação. (AC nº 1.0167051-5, 6ª CC, Rel. Des. Milani de Moura, publ. em 28/10/2005, DJ nº 6984).

Vai daí que, a ausência de comprovação da recusa administrativa em exhibir os documentos não possui o condão de retirar o interesse de agir do demandante.

Destarte, essa preliminar não merece

acolhimento.

**MÉRITO**

**I. DA AUSÊNCIA DO DEVER DE EXIBIÇÃO**

No mérito, o Banco nega o dever de exhibir os documentos, sob o argumento de os documentos pretendidos já foram entregues quando da formação do contrato.

Contudo, esse fato, além de não provado, não o eximiria de exhibi-los novamente quando solicitado, em decorrência do direito do consumidor à informação, estatuído no inciso IV do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

**A esse propósito, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:**

Exibição de documentos. Extratos bancários. Precedente da Corte. 1. Na linha de precedente desta Terceira Turma, a “circunstância dos documentos estarem semanalmente à disposição dos clientes não desonera a instituição financeira de exhibir a documentação pleiteada pelo autor, oportunizando informações suficientes, adequadas e verazes a respeito dos contratos entabulados, pois àque-la incumbe, ex vi legis, o dever de exhibi-las se instada a fazê-lo, em razão do contrato celebrado com os autores” (REsp nº 330.261/SC, Relatora a Ministra Nancy Andrigli, DJ de 8/4/02). 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 617031/RS. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3º T., julg. em 25.10.2005, DJ 13.02.2006).

Assim, não merece reforma o veredicto sob esse aspecto.

**II. DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA**

Insurge-se o recorrente contra o deferimento da cautelar, sustentando que não restaram devidamente demonstrados os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No entanto, dispensável é a demonstração de tais requisitos, devendo ser evidenciado apenas o direito à exibição, pois ao contrário das ações cautelares próprias, a ação de exibição se exaure em si mesma, possuindo caráter satisfativo.

#### **Neste sentido decidiu o Egrégio STJ:**

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EXIBIÇÃO JUDICIAL DE DOCUMENTOS. ARTS. 801, III e 844/ CPC. Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos. A medida cautelar de cunho administrativo e voluntário que objetiva a colheita de prova para potencial e futura utilização não obriga a propositura da ação principal, não sendo obrigatório, portanto, que dela conste a indicação da lide e seu fundamento. Recurso especial não conhecido. (REsp 104356/ES, Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 17.04.2000, p. 67).

Logo, improcede mais essa alegação do apelante.

#### **III. DA FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA**

Afirma o apelante ser incabível a fixação de multa diária.

A fixação de pena de multa diária deve

ser admitida no caso em análise, porquanto o provimento almejado de exibição de documento tem a natureza de obrigação de fazer, e por isso pode ser alcançada pelo ditame do artigo 461, § 4º, do CPC, como forma de coerção processual para garantir o cumprimento da decisão.

#### **Nesse sentido leciona Humberto Theodoro Junior:**

Indaga-se se a multa diária seria permitida apenas na sentença condenatória do processo principal ou se poderia ser utilizada também no processo cautelar. Não há, entretanto, razão alguma para limitar a aplicação da astreinte à sentença condenatória de mérito. A própria lei a autoriza como meio coercitivo utilizável pelo juiz da execução, ainda quando o título executivo seja completamente silencioso a seu respeito. Ademais, no curso do processo de conhecimento, o art. 461, § 4º, do CPC, prevê, expressamente, a concessão de liminar antecipatória de tutela, para coibir risco de ineficácia da sentença final, caso em que ficará, desde logo, autorizada a imposição de multa diária ao réu. (Medida Cautelar - Multa Diária - Exequibilidade - Humberto Theodoro Júnior, Publicada na Revista de Estudos Tributários nº 08 - JUL-AGO/1999, pág. 5).

Vê-se, então, que o direito processual brasileiro não vincula as astreintes à sentença do processo principal, o que a torna perfeitamente utilizável também no âmbito da tutela preventiva. Por outro lado, a par da regra do artigo 461, § 4º, do CPC, é de se ponderar que o artigo 798 do mesmo estatuto confere ao juiz o poder geral de cautela, segundo o qual se lhe permite criar e utilizar "... as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da

outra lesão grave e de difícil reparação”.

Destarte, se diante da premência de exigir o cumprimento de uma obrigação de fazer, antes do julgamento da ação principal, o juiz entende de usar a multa diária para forçar a parte a submeter-se à medida cautelar, nenhuma ilegalidade pratica. Simplesmente dá exercício a seu poder cautelar geral de conceber, em cada caso, o provimento adequado para evitar o dano e assegurar a eficácia da tutela definitiva.

#### **Na jurisprudência confere-se o precedente:**

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA DIÁRIA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 461 DO CPC. CABIMENTO. VALOR ARBITRADO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. 1. A multa cominatória fixada pelo Tribunal de origem teve por objetivo garantir a eficácia da determinação judicial de exibição de documento, procedimento que não ofende o art. 461 do CPC, sendo que, uma vez efetivamente cumprida a obrigação de fazer, não haverá ônus para a parte. Precedentes. 2. A análise da insurgência quanto ao valor da multa diária esbarra no óbice da súmula 07/STJ, porquanto demanda inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com a via especial. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 718.377/RS. MIN. FERNANDO GONÇALVES, DJ 22.08.2005 p. 301).

Possível, pois, a fixação da pena de multa diária, cumpre analisar-se o valor diário estabelecido.

Para tanto, importante considerar que a multa diária tem como finalidade funcionar como “medida de coerção indireta imposta

com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação” (Kazuo Watanabe, Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer, Reforma do Código de Processo Civil, p. 47, Saraiva, 1997), ou seja, “trata-se de instrumento destinado a induzir o réu a cumprir o mandado” (Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega da coisa, 2ª edição, São Paulo, RT, 2003, p. 239).

Vale acrescentar que “haverá de estabelecer-se montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado” atentando-se para as circunstâncias do caso, tais como “a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc.” (Eduardo Talamini, op. cit.).

**Acerca desta questão traz-se, ainda, a lição de Nelson Nery Junior (Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 899) a respeito do artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil:**

(...) Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz (...).

Em face desses argumentos, reputo correto para atender às finalidades visadas pela lei, não se cogitando de enriquecimento ilícito, a fixação da multa cominatória diária no valor

de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Frise-se que a ré é instituição financeira, de notório poder econômico e que ela não demonstra oferecer grande resistência à pretensão da autora, eis que já exibiu grande parte dos documentos pleiteados.

Rejeito, neste ponto, o apelo.

#### IV. DA SUCUMBÊNCIA

Inalterado o estado de total sucumbência do recorrente, mantenho a sentença neste aspecto.

#### V. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Por derradeiro, pleiteia o banco a redução dos honorários.

No que tange aos honorários, o douto juiz sentenciante condenou a instituição financeira a pagar o importe de R\$ 1.750,00 (um mil setecentos e cinquenta reais) ao patrono do autor, com base nos critérios do § 3º do artigo 20 do CPC.

Pois bem, a causa em exame insere-se no conceito de causa de valor inestimável, estabelecido no parágrafo 4º do artigo 20 do CPC, devendo ser os honorários fixados conforme os parâmetros previstos no parágrafo anterior, verbis:

§ 3º. Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública,

e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.

Embora a causa seja de pouca complexidade, dura mais de 4 (quatro) anos, pois até o momento da prolação da sentença, em 12/10/2006, o banco não havia entregado a totalidade dos documentos, o que deveria ter feito até 23 de agosto de 2002, conforme o despacho liminar à folha 11, o que redundou em considerável aumento do trabalho e tempo dispensados pelo patrono do autor.

No mais, atendidos o grau de zelo e o local da prestação do serviço, mantenho o quantum fixado em primeiro grau, porquanto razoável, dadas as peculiaridades do caso, pois nem exagerado e tampouco reduzido a produzir o aviltamento do trabalho do profissional.

#### **Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:**

Pequeno que seja o valor da causa, os tribunais não podem aviltar os honorários de advogado, que devem corresponder à justa remuneração do trabalho profissional. (AI 325.270-SP AgRg. Min. Nancy Andrighi, DJU 28.5.01, p. 199).

Portanto, mantenho os honorários do advogado do correntista em R\$ 1.750,00 (um mil setecentos e cinquenta reais).

#### CONCLUSÃO

Por essas razões, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e no mérito lhe negar provimento, para manter a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O julgamento foi presidido pelo Se-

nhor Desembargador HAMILTON MUS-  
SI CORREA (sem voto) e dele participaram  
o Senhor Desembargador LUIZ CARLOS  
GABARDO e o Senhor Juiz Convocado FÁ-  
BIO HAICK DALLA VECCHIA.

Curitiba, 09 de maio de 2007.

HAYTON LEE SWAIN FILHO  
DESEMBARGADOR RELATOR

## EMENTÁRIO

**Comprovados o dano material e a  
responsabilidade da prestadora de serviço  
pelas falhas no fornecimento de energia  
elétrica, bem como os danos em aparelho  
eletrônico residencial, cabe indenização  
ao consumidor**

Tribunal: TJ/DF

Órgão Julgador: 4a. T.

Relator: Leila Arlanch

Apelação cível. Processual civil. Prestado-  
ra de serviço público. Concessionária de energia  
pública. Dano em aparelho de televisão. Direito  
do consumidor. As prestadoras de serviço pú-  
blico sujeitam-se às mesmas regras às quais o  
Estado é submetido. A Constituição da Repú-  
blica em seu art. 37, § 6º, estabelece a respon-  
sabilidade objetiva da Administração, com base  
na Teoria do Risco Administrativo. Para que o  
Estado possa ser responsabilizado pelo prejuízo,  
bastam três pressupostos: a ocorrência do fato  
administrativo, caracterizado pelo comporta-  
mento comissivo ou omissivo a ele imputado,  
o prejuízo e o nexo de causalidade entre o fato  
e o dano. Comprovados o dano material e a  
responsabilidade da prestadora de serviço pelas  
falhas no fornecimento de energia elétrica, bem  
como os danos causados em aparelhos eletrôni-  
cos residenciais, a indenização integral é medida  
que se impõe. Negou-se provimento. Unânime.  
(TJ/DF - Ap. Cível nº 20050110261777 - 4a.  
T. Cív. - Ac. unân. - Rel. Leila Arlanch - j. em  
07.02.2007 - Fonte: DJU, 17.04.2007)

---

**Oferta de aparelho celular por preço  
de promoção obriga fornecedor a entre-  
gá-lo ao consumidor**

**Tribunal:** TJ/RS

**Órgão Julgador:** 2a. T. Rec. Cív.

**Relator:** Vivian Cristina Angonese Spengler

Cominatória. Comércio eletrônico. Aquisição de aparelho celular por preço promocional. Fornecedora que se nega a entregá-lo, sob a alegação de que houve equívoco no valor anunciado. Relação de consumo. Oferta vinculativa. Direito do consumidor de exigir-lhe o cumprimento forçado. Exegese dos artigos 30 e 35, inciso i, do CDC. Consolidação da multa cominatória, a fim de evitar enriquecimento sem causa. Recurso da ré parcialmente provido. (TJ/RS - Rec. Cível n. 71001957885 - Comarca de Porto Alegre - 2a. T. Rec. Cív. - Rel.: Des. Vivian Cristina Angonese Spengler - j. em 07.10.2009 - Fonte: DJ, 15.10.2009).

---

### **Associação possui legitimidade para ajuizamento de ação civil pública para defesa de direito do consumidor**

**Tribunal:** TJ/MG

**Órgão Julgador:** 16a. Câmara Cív.

**Relator:** Sebastião Pereira de Souza

Direito do consumidor e processo civil - Ação civil pública - Legitimidade ativa da associação de oficiais da polícia militar e do corpo de bombeiros militar - Pertinência temática - Existência - Possibilidade jurídica do pedido - Recurso provido. - O legislador também conferiu às associações legitimidade para ajuizar ação civil pública para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, desde que ela esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumi-

dor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico - inteligência do art. 82, IV, do CDC c/c art. 5º, V, a) e b) da Lei 7.347/85 - LACP. - E no procedimento para se reconhecer a pertinência temática o juiz deve utilizar de interpretação extensiva e sistemática, como forma de promoção dos princípios da máxima efetividade dos direitos individuais e coletivos, do amplo acesso à Justiça e da economia processual, uma das finalidades da demanda coletiva. - Nessa ordem de idéias, apesar de implícito, também restou satisfeito o segundo requisito - pertinência temática, uma vez que a autora tem dentre as suas finalidades defender judicial e extrajudicialmente os interesses de seus associados, que no caso são oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, que em suas relações jurídicas hodiernas também se posicionam como consumidores de bens e serviços. - Escolhido pela associação autora, ora apelante, o procedimento da Ação Civil Pública para a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos de associados que tiveram seus direitos supostamente lesados por contratações também supostamente abusivas, assiste-lhe interesse processual, tanto no âmbito da necessidade quanto no da adequação, não sendo, portanto, caso de indeferimento da petição inicial com extinção do processo sem resolução do mérito. - Observados os requisitos necessários para a cumulação de pedidos nas ações em geral, é possível a cumulação de pedidos de condenação em dinheiro e de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer na ação civil pública. - É juridicamente possível o pleito inicial da apelante para condenar a empresa requerida, além da indenização por danos morais, a retomar os termos originais

do contrato, com a gratuidade de todas as ligações dos celulares entre os participantes do plano corporativo e para qualquer outro aparelho de celular da ré, dentro da mesma área de cobertura. - Apelação a que se dá provimento. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.07.392766-7/001(1) - Comarca de Belo Horizonte - 16a. Câmara. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Sebastião Pereira de Souza - j. em 30.06.2010 - Fonte: DJ, 16.07.2010).

**Há responsabilidade objetiva pela prestação de serviços no direito do consumidor sendo devida a indenização por dano moral e dano material havendo ato ilícito**

**Tribunal:** TJ/MG

**Órgão Julgador:** 11a. Câmara. Cív.

**Relator:** Fernando Caldeira Brant

Direito civil - Pretensão à indenização - Danos materiais e morais - Aquisição de bicicleta - Serviço de montagem oferecido pela própria loja - Falha na prestação do serviço - Acidente - Responsabilidade objetiva - Arbitramento do valor da indenização pelo magistrado - Extensão dos prejuízos - Observância da razoabilidade. Constitui responsabilidade objetiva a do prestador de serviço, consoante o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não afastando, entretanto, a necessidade de demonstração da existência de ato ilícito e do dano resultante. Demonstrado nos autos a falha na montagem da bicicleta o que gerou danos ao consumidor, merece ser acolhida a pretensão indenizatória. A fixação do valor pecuniário da indenização a título de danos materiais e morais deve ser realizada pelo Magistrado levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e a extensão dos prejuízos gerados. (TJ/MG - Ap. Cível n.

1.0382.09.111248-4/001(1) - Comarca de Lavras - 11a. Câmara. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Fernando Caldeira Brant - j. em 11.08.2010 - Fonte: DJ, 26.08.2010).

**É inválido o contrato por telefone visando empréstimo a aposentado e pensionista da previdência social com desconto direto em benefício previdenciário**

**Tribunal:** TJ/MG

**Relator:** Sebastião Pereira de Souza

Direito do consumidor - Ação civil pública - Empréstimos consignados com desconto em benefício previdenciário - Aposentados e pensionistas do INSS - falta de interesse de agir - Ilegitimidade ativa - Impossibilidade jurídica do pedido - Preliminares rejeitadas - Mérito - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Invalidez da contratação por telefone - Dano moral coletivo - Possibilidade - Não ocorrência - Primeiro apelo provido - Segundo apelo parcialmente provido. Escolhido pelo Ministério Público o procedimento da Ação Civil Pública para a defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos de pensionistas e aposentados do INSS que tiveram seus direitos lesados por contratações supostamente fraudulentas e/ou abusivas de empréstimos com desconto em benefício previdenciário feitas ou não por telefone, assiste ao mesmo interesse processual, tanto no âmbito da necessidade quanto no da adequação, não sendo, portanto, caso de indeferimento da petição inicial com extinção do processo sem resolução do mérito. Tendo em conta a função institucional do Ministério Público conferida pelo caput do art. 127 e pelo art. 129, III, da Constituição

Federal, e que a questão tratada nos autos diz respeito a direitos coletivos e individuais homogêneos de aposentados e pensionistas que contrataram com os bancos requeridos empréstimos consignados com descontos das prestações em seus benefícios, o parquet Estadual é parte legítima para ajuizar a ação civil pública visando a salvaguarda desses direitos. Observados os requisitos necessários para a cumulação de pedidos nas ações em geral, é possível a cumulação de pedidos de condenação em dinheiro e de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer na ação civil pública. Nas contratações de empréstimos consignados feitas por telefone é impossível ao banco cumprir todos os requisitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, o que tornam inválidos os contratos dessa forma firmados. Na seara das relações de consumo, o que causa o dano moral coletivo é a prática pelo fornecedor de serviço ou produto de ato antijurídico contra determinado segmento da coletividade, ofendendo seus valores extrapatrimoniais, gerando repulsa na comunidade. No caso dos autos, não é evidente o abalo psicológico que passou a classe de aposentados e pensionistas do INSS. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0702.06.290587-3/001(1) - Comarca de Uberlândia - 16a. Câm. Cív. - Ac. unân. - Rel.: Des. Sebastião Pereira De Souza - j. em 04.11.2009 - Fonte: DJ, 15.01.2010).

**Defeito em caixa eletrônico de banco e inclusão no SPC pela falha no reconhecimento de depósito gera indenização por dano moral**

**Tribunal:** TRF - 1a. Reg.

**Órgão Julgador:** 5a. T.

**Relator:** João Batista Moreira

Responsabilidade civil, direito do con-

sumidor, econômico e processual civil. Indenização por danos materiais e morais. Conta corrente. Depósito realizado em caixa eletrônico localizado dentro de agência bancária. Não-aceitação. Versão da autora não contestada. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Segurança das operações: dever da instituição financeira. Hipótese de culpa concorrente ou exclusiva da autora. Afastamento. Devolução de cheques. Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Dano material e moral. Caracterizações. Quanto indenizatório. 1. Alega a autora que, em virtude de equívoco da ré em reconhecer depósito no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), efetuado por meio de caixa rápido, no dia 30/10/2001, teriam sido devolvidos cheques por ausência de fundos em 08/11/2001 e 30/11/2001 (fl. 16), bem como procedida a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplência. 2. Versão da inicial corroborada pelos documentos juntados e não contestada pela ré. 3. Nos termos do art. 14 da Lei n. 8.078/90, aplicável às relações bancárias, o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados ao consumidor, decorrentes de serviços defeituosos. 4. As operações nos caixas eletrônicos geralmente exigem repetidas introduções e retiradas do cartão, memorização ou anotação de senha (em alguns casos, mais de uma), leitura dos comandos em tela, digitação, tudo de forma contínua e com prazo para conclusão de cada uma das etapas. 5. A possibilidade de ocorrência de erros é real. 6. O Banco Central do Brasil, por meio da Resolução n. 2.878, determina às instituições financeiras garantir aos clientes e ao público em geral informações sobre as características das operações bancárias e a adoção de medidas que preservem a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, assim como a

legitimidade dos serviços prestados, no que se inclui o serviço de auto-atendimento. 7. Afastada hipótese de culpa concorrente ou exclusiva, da autora, tendo em vista que, tivesse a Caixa adotado as providências determinadas pelo Banco Central, o evento danoso não teria ocorrido. 8. Caracterizado serviço defeituoso, os danos e o nexo causal, inequívoco o dever de indenizar. 9. A inscrição e permanência indevidas nos cadastros de inadimplência caracteriza defeito na prestação de serviços, surgindo direito de reparação por danos morais, independentemente de comprovação de prejuízo. 10. A estipulação do quanto indenizatório deve levar em conta a finalidade sancionatória e educativa da condenação. Não pode, por isso, resultar o arbitramento em valor inexpressivo, nem exorbitante. 11. A indenização pelo dano material deve ser fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais), correspondendo ao exato valor do montante depositado. 12. O valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é bastante à justa indenização por danos morais. 13. Invertidos os ônus da sucumbência. 14. Apelação a que se dá parcial provimento, para condenar a Caixa ao pagamento de danos materiais e morais. (TRF/1a. Reg. - Ap. Cível n. 2003.38.00.059093-0/Minas Gerais - 5a. T. - Ac. unân. - Rel.: Des. Federal João Batista Moreira - j. em 24.08.2009 - Fonte: e-DJF1, 22.09.2009).

**Uso inadequado de raio infravermelho por clínica de estética gerando queimadura configura dano moral ao consumidor**

Tribunal: TJ/DF

Órgão Julgador: 2a. T.

Relator: Jesuíno Rissato

Civil. Direito do consumidor. Clínica de estética. Tratamento emagrecedor. Aparelho emissor de raios infravermelhos. Uso inadequado. Ocorrência de queimaduras. Falha do serviço evidenciada. Dano moral configurado. Indenização justa. Sentença mantida. 1. Rejeita-se a preliminar de incompetência do Juizado Especial, sob alegação de necessidade de prova pericial, quando as provas existentes nos autos mostram-se suficientes ao julgamento da lide. 2. Restando assentado nos autos que a autora submeteu-se a tratamento para emagrecer junto à clínica ré, e que numa das sessões a sua permanência no aparelho emissor de raios infravermelhos veio a lhe ocasionar queimaduras de primeiro e segundo grau, fato que inclusive a impediu de gozar com plenitude suas férias no litoral, antecipadamente planejadas, caracterizada está a falha do serviço causadora de dano moral, e a responsabilidade da clínica em repará-lo. 3. É de ser mantido o valor da indenização por danos morais, quando fixado com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto e as condições econômicas das partes. 4. Recurso conhecido e provido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, servindo a súmula do julgamento de acórdão, nos moldes autorizados pelo art. 46, da Lei n. 9.099/95. 5. Fica a ré condenada ao pagamento das custas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze) por cento do valor da condenação. (TJ/DF - Ap. Cível nº 20070710075958 - 2a. T. Rec. dos Juizados Esp. Cívs. e Crims. - Ac. unân. - Rel.: Des. Jesuíno Rissato - j. em 02.12.2008 - Fonte: DJ, 21.01.2009).

# JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]  
Relator: ALVES VELHO

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]  
Relator: JOÃO BERNARDO

### Acórdão relatado por ALVES VELHO

*“A questão que se coloca, num primeiro momento, não é a de saber se a invalidez de que o Recorrido demonstrou padecer preenche ou não os pressupostos de verificação do risco coberto face ao conceito que dele fornece a cláusula 7.1, mas, antes, a de saber se, como decidiram as Instâncias, tal cláusula deve ter-se por excluída do contrato e, em qualquer caso, quais as respectivas consequências”*

*“Ninguém questiona que a cláusula em causa, enquanto cláusula de contrato de seguro, formalizado através da respectiva apólice, a que o Recorrido se limitou a aderir, remete para o campo dos contratos de adesão, em que vale o regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais”*

*“O utilizador das cláusulas pré-elaboradas deve ainda esclarecer o aderente sobre o respectivo conteúdo, significado e consequências sempre que a sua complexidade, extensão, carácter técnico ou outras circunstâncias o justifiquem do ponto de vista das necessidades ou dificuldades de um aderente normal, perante o concreto bloco de cláusulas”*

*“No caso, está claramente demonstrado que as Rés não entregaram ao Autor a apólice ou qualquer cópia do contrato de seguro nem lhe deram explicações sobre quaisquer limitações às coberturas dadas pelo seguro que o Autor apenas sabia serem, ao que ao caso interessa convocar, a ‘invalidez absoluta e definitiva por doença’”*

*“Ao serem-lhe omitidas certas cláusulas do contrato de seguro, designadamente as constantes das Condições Especiais e especificamente a contida no n.º 7.1, o Autor apenas aderiu e se tornou parte no contrato cujo clausulado corresponde ao que lhe foi comunicado, contrato esse que, atenta a posição das Partes, deve ter-se como válido e eficaz na parte não afectada, ao abrigo do disposto no art. 9º do Dec.-Lei 446/85”*

*“Liminarmente deve deixar-se referido estarmos no domínio do seguro voluntário, em que rege a liberdade de fixação dos riscos cobertos e do âmbito das respectivas coberturas pelas partes, dentro dos limites permitidos pela lei, sendo que a validade e eficácia dessas cláusulas depende sempre da sua redução a escrito, por a mesma lei atribuir ao contrato de seguro a natureza de contrato substancialmente formal (arts. 426º e 427º C. Comercial e 405º C. Civil)”*

## ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA [PORTUGAL]

**Relator:** ALVES VELHO

**Descritores:**

CONTRATO DE SEGURO  
CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL  
DEVER DE COMUNICAÇÃO  
EXCLUSÃO DE CLÁUSULA  
INTERPRETAÇÃO

**Data:** 29-03-2011

**Processo:** 313/07.07.0TBSJM.P1.S1

**Nº Convencional:** 1ª SECÇÃO

**Nº do Documento:** SJ

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** REVISTA

**Decisão:** CONCEDIDA A REVISTA

**Área Temática:** DIREITO CIVIL - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES  
DIREITO COMERCIAL

**Doutrina:** ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, Cláusulas Contratuais Gerais - Anotação ao Decreto-Lei nº446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1986, anotação ao art. 6º.

- ALMENO DE SÁ, Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas, 190/191.

Legislação Nacional: CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGOS 227.º, Nº1, 232.º, 236.º, Nº1, 237.º, 238.º, Nº1, 246.º, 247.º, 251.º, 405.º CÓDIGO COMERCIAL (C.COM.): - ARTIGOS 426.º, 427.º DECRETO-LEI N.º446/85, DE 25-10 (CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS): - ARTIGOS 5.º, 8.º, ALÍNEAS A) E B), 9.º, Nº2, 11.º, NºS1 E 2. DECRETO-LEI N.º341/93, DE 30/9 E DECRETO-LEI N.º202/96 DE 23/10, COM REDACÇÃO DO DECRETO-LEI N.º174/97, DE 19 DE JULHO (TABELA

NACIONAL DE INCAPACIDADES): - INSTRUÇÕES GERAIS, PONTO 3. DECRETO-LEI N.º 176/95, DE 26/7: - ARTIGOS 8.º, 10.º, Nº1, ALÍNEA A).

### Sumário:

Deve ter-se por excluída do contrato de seguro do Ramo Vida, por violação do dever de comunicação, a cláusula inserida nas «Condições Especiais» que, estabelecendo o conceito de «Invalidez absoluta e Definitiva», se apresente como limitativa do que as «Condições Particulares» do mesmo contrato adoptaram na indicação/definição do objecto de cobertura, se à Pessoa Segura não foi entregue a apólice ou cópia do contrato nem foram dadas explicações sobre as limitações à cobertura que esta apenas sabia ser “Invalidez absoluta ou definitiva por doença”.

- O segurado apenas adere e se torna parte no contrato cujo clausulado corresponde ao que lhe foi comunicado.

- Mantendo-se válido e eficaz o contrato na parte não afectada, a determinação do objecto da garantia do seguro com vista à subsunção concreta da situação de verificação do sinistro é matéria de interpretação do clausulado que subsiste, de harmonia com as regras estabelecidas no regime jurídico das cláusulas Contratuais Gerais.

### Decisão Texto Integral:

**Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:**

1. - AA intentou acção declarativa contra a “Companhia de Seguros ....., S.A.” e “Banco....., S.A. ”, pedindo:

- que fosse reconhecido como existente, válido e em vigor o contrato de seguro de vida, assinado entre o Autor e as Rés, que previa e

prevê, em caso de invalidez, o pagamento do capital seguro à data da invalidez, sem a excepção invocada pela Ré, sendo-lhe reconhecido, em consequência, o direito de accionar as condições de pagamento previstas na apólice, sendo pago o capital pela 1ª Ré, seguradora, ao 2º Réu, mutuário, e sendo este condenado a aceitá-lo, extinguindo-se assim a dívida do Autor, proveniente dos contratos de mútuo celebrados;

- que, em consequência do exposto e na verificação da invalidez permanente do Autor, a 1ª Ré fosse condenada ao pagamento do capital referido à data da invalidez ao 2º Réu no valor de 66.315,68€; e

- que os Réus fossem condenados a pagarem ao Autor a quantia de 2.000,00€ por danos morais.

Fundamentando as suas pretensões, o A. alegou, em síntese, que contraiu dois empréstimos para aquisição de casa própria e obras junto do banco Réu e celebrou a favor deste um seguro de vida junto da Ré, contrato relativamente ao qual ao A. nunca foi enviada a apólice, nem explicadas restrições às coberturas dadas. Devido a doença oncológica, encontra-se em estado de incapacidade permanente global de 80%, mas que a Ré seguradora não reconhece este estado como integrando a previsão de invalidez que consta das condições do seguro e recusa-se a pagar ao banco o capital mutuado.

Contestando, a Ré “Banco....., S.A” articulou que as condições em que o seguro foi negociado foram discutidas entre a co-Ré “.....” e o A., sendo, por isso, completamente alheia quer às exigências feitas pela Seguradora quer às declarações feitas no boletim de adesão preenchido pelo Autor.

A Ré “.....” também contestou invocando que a situação de invalidez trazida pelo Autor não se enquadra naquela que é prevista pelas condições do seguro, porquanto o Autor mantém capacidade e autonomia para uma série de actos da vida diária e corrente, como seja a de exercer uma actividade remunerada, para tomar as suas refeições, vestir-se, despir-se e deslocar-se.

Para além disso, ao Autor foram entregues todas as condições do contrato de seguro, bem como concedido prazo para a respectiva leitura e compreensão, que o A. alcançou.

Após audiência de discussão e julgamento, foi proferida sentença em que se decidiu:

- “Reconhecer como existente, válido e em vigor o contrato de seguro de vida, assinado entre o Autor e a Ré “.....”, que previa e prevê, em caso de invalidez, o pagamento do capital seguro à data da invalidez, sem a excepção invocada pela Ré, sendo-lhe reconhecido, em consequência, o direito de accionar as condições de pagamento previstas na apólice, sendo pago o capital pela 1ª Ré, seguradora, ao 2º réu, mutuário, e sendo este condenado a aceitá-lo, extinguindo-se assim a dívida do Autor, proveniente dos contratos de mútuo referidos nos docs. 2 e 3 juntos com a inicial;

- Condenar a 1ª Ré, “.....” no pagamento do capital referido à data da invalidez ao 2º Réu, ....., no valor de € 66.315,68; e

- Absolver os Réus do pedido indemnizatório relativo aos danos não patrimoniais alegados pelo Autor”.

Apelou a Ré “..... - Companhia de Seguros, S.A.”, (sucessora da ....., SA.), mas a Relação manteve o sentenciado.

A mesma Ré interpõe agora recurso de revista par defender a total absolvição dos pedidos.

**Para tanto, argumenta nas conclusões da alegação:**

1 - Foi celebrado entre recorrente e recorrido o contrato de seguro do ramo vida titulado pela apólice nº 0000000000

2 - O referido contrato de seguro submetia-se às respectivas condições particulares, gerais e especiais que constam de fls. 137 a 153 dos autos.

3 - O referido contrato de seguro do ramo vida contém as coberturas de morte do segurado/pessoa segura por doença ou acidente, invalidez absoluta e definitiva do segurado/pessoa segura por doença, e invalidez total e permanente do segurado/pessoa segura por acidente.

4 - Consta do artigo 7.1 das condições especiais do referido contrato de seguro do ramo vida que: “Para efeito deste seguro complementar qualquer segurado/pessoa segura é considerado em estado de invalidez absoluta e definitiva quando, por consequência de doença ou acidente, fique total e definitivamente incapaz de exercer qualquer actividade remunerada e na obrigação de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efectuar os actos ordinários da vida corrente”.

5 - O recorrido mantém capacidade para por si próprio exercer actividade remunerada.

6 - O recorrido mantém capacidade para executar por si próprio os actos ordinários da vida corrente, a saber para tomar as suas refeições, para se vestir e despir, atento o vestuário que habitualmente utiliza, para cuidar devidamente da sua higiene e para se deslocar no interior da sua residência.

7 - Não se encontram provados os pressupostos da verificação do risco de invalidez absoluta e definitiva coberto pelo mencionado contrato de seguro.

8 - O ónus da prova dos pressupostos da

verificação do risco de invalidez absoluta e definitiva incumbia ao recorrido.

9 - Incumbia ao recorrido o ónus da prova dos elementos constitutivos do direito por ele invocado de accionamento do contrato de seguro.

10 - O recorrido não produziu prova dos elementos constitutivos do direito por ele invocado de accionamento do contrato de seguro.

11 - A recorrente provou a falta de verificação dos elementos constitutivos do direito invocado pelo recorrido de accionamento do contrato, apesar do respectivo ónus da prova não lhe competir.

12 - O artigo 7.1 das condições especiais do mencionado contrato de seguro do ramo vida não constitui cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade da recorrente.

13 - O artigo 7.1 das condições especiais do mencionado contrato de seguro do ramo vida apenas contém a definição da cobertura do risco de invalidez absoluta e definitiva.

14 - A exclusão do artigo 7.1 das condições especiais do mencionado contrato de seguro do ramo vida não permite a previsão por decisão judicial de novas coberturas no mencionado contrato de seguro do ramo vida.

15 - Na sentença recorrida, ao decidir-se pela condenação parcial da recorrente nos pedidos formulados pelo recorrido, violou-se o disposto nos artigos 342º e 406º ambos do Código Civil, 5º e 6º do Decreto - Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, e 429º do Código Comercial.

O Recorrido apresentou contra-alegação onde pugna pela manutenção do decidido.

2. - Como resulta do conteúdo das conclusões da Recorrente, as questões cuja resolu-

ção se propõe são, com já colocadas perante a Relação, as seguintes:

- Se os pressupostos da verificação do risco de invalidez absoluta e definitiva coberto pelo contrato de seguro do ramo vida celebrado entre Recorrente e Recorrida, que constam expressamente do artigo 7.1 das condições especiais do referido contrato, se encontram demonstrados;

- Se o artigo 7.1 das condições especiais do mencionado contrato de seguro deve ter-se por excluída, por violação do dever de comunicação ao Autor/pessoa segura, como exigido pelo art. 5º do DL n.º 446/85, de 25/10.

- Em caso afirmativo, se a exclusão do artigo 7.1 das condições especiais do mencionado contrato de seguro não permite a previsão por decisão judicial de novas coberturas do referido contrato de seguro.

### 3. - Vêm definitivamente assentes os seguintes elementos de facto:

A) - No dia 18 de Novembro de 1998, foi outorgada no Cartório Notarial de São João da Madeira uma escritura, intitulada “compra e venda”, na qual CC, em representação da empresa CC, Lda., declarou, em nome da sua representada, vender ao A. que declarou comprar, por dez milhões de escudos, a fracção autónoma designada pela letra “O”, destinada a habitação, com entrada pela segunda porta a contar do lado norte da Rua ..... (...);

B) - Nesse mesmo dia e local foi ainda outorgada uma escritura intitulada “mútuo com hipoteca e fiança”, na qual ficou além do mais declarado o seguinte:

1 - (...) o primeiro outorgante (aqui A.) solicitou e obteve do Banco Internacional de Crédito, S.A., adiante designado abreviadamente por “BIC”, dois empréstimos no regime de Crédito Jovem Bonificado, pelo prazo

de trinta anos, na modalidade de prestações constantes (...), sendo o primeiro pela quantia de dez milhões de escudos, para aquisição do imóvel acima identificado e adquirido pela dita escritura [referida em A)], o qual se destina exclusivamente a sua habitação própria permanente e outro empréstimo, de cinco milhões de escudos, que se destina a obras de beneficiação no mesmo imóvel.

(...)

15 - Que estes empréstimos regem-se ainda pelas cláusulas e termos constantes do documento complementar, elaborado nos termos do número dois do artigo sessenta e quatro do Código do Notariado, que os outorgantes declararam conhecer perfeitamente pelo que dispensam a sua leitura.

(...).

C) - Do documento complementar aludido em B) constam nomeadamente os seguintes dizeres:

CLÁUSULA DÉCIMA NONA: O imóvel hipotecado será seguro em companhia seguradora aceite pelo “BIC”, cuja apólice ficará em seu poder, e só com o seu prévio acordo, poderá(ão) o(s) Mutuário(os) alterar ou anular o seguro, obrigando-se o(s) mesmo(s) a reforçar a garantia prestada sempre que o “BIC” o considerar necessário.

O seguro deverá incluir risco de incêndio (...)

(...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA: O(s) mutuário(s) fica(m) ainda obrigado(s) a efectuar Seguro de Vida, o qual deverá cobrir Morte, Invalidez Absoluta e Definitiva por Doença e Invalidez Total e Permanente por Acidente, sendo o beneficiário o “BIC”, na qualidade de credor hipotecário privilegiado, pelo valor mínimo do montante dos empréstimos (...).

D) - O Banco....., S.A. incorporou por fusão o Banco Internacional de Crédito. S.A., doravante designado abreviadamente por “BIC”;

E) - Com data de 07.02.2006, foi emitido e assinado o documento de fls. 44 (aqui dado por reproduzido), intitulado “atestado médico de incapacidade multiuso”, no qual pode ler-se designadamente o seguinte:

(...)

“Dr. DD, Presidente da Junta Médica na Sub-região de Saúde de Aveiro atesta que AA (...) apresenta deficiências, conforme quadro seguinte, que de acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades, aprovada pelo Decreto-Lei nº 341/93 de 30/9 e Decreto-Lei nº 202/96 de 23/10 (com redacção do Decreto-Lei nº 174/97, de 19 de Julho) lhe conferem uma incapacidade permanente global de 80% (oitenta por cento), susceptível de variações futuras, devendo ser reavaliado ao fim de 5 (cinco) ano(s).

Capítulo Números, Alínea: Cap. XVI IV 3).

Coefficiente: 0,80

Capacidade restante: 1 0,20

Desvalorização: 0,80

(...)

Observações: Esta incapacidade verificase desde 2005”.

F) - O documento assinado pelo A. que contém as cláusulas do contrato de seguro do Ramo Vida e o que consta de fls. 137 a 153 (aqui dadas por reproduzidas), do qual fazem parte nomeadamente os dizeres em seguida mencionados:

(...)

CONDIÇÕES PARTICULARES  
SEGURO DE VIDA GRUPO TEM-  
PORÁRIO CONTRIBUTIVO

Artigo 4º- Garantias

Este Seguro garante durante o prazo de amortização do empréstimo, e no máximo até aos 70 anos de idade para a cobertura de Morte, ou até aos 65 anos para a cobertura de Invalidez, o pagamento do capital em dívida, no momento em que ocorra uma das seguintes situações:

a) Morte do Segurado/Pessoa Segura por Doença ou Acidente:

b) Invalidez Absoluta e Definitiva do Segurado/Pessoa Segura por Doença;

c) Invalidez Total e Permanente do Segurado/Pessoa Segura, por Acidente.

(...)

CONDIÇÕES ESPECIAIS  
SEGUROS COMPLEMENTARES  
DO SEGURO DE VIDA GRUPO

7.1. Objecto deste Seguro

(...)

Para efeito deste Seguro Complementar qualquer Segurado/Pessoa Segura é considerado em estado de Invalidez Absoluta e Definitiva quando, por consequência de doença ou acidente, fique total e definitivamente incapaz de exercer qualquer actividade remunerada e na obrigação de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efectuar os actos ordinários da vida corrente.

G) - O A. nasceu no dia 25 de Julho de 1975.

1) - As propostas para a celebração dos contratos de seguro aludidos em C) - “imóvel” e “vida” – foram naquele mesmo dia apresentadas pelo “BIC” ao A., que as assinou, ficando aquele com as mesmas.

2) - Quando o A. outorgou o contrato de seguro que cobria a sua integridade na doença e saúde, ficou convencido que, em caso de incapacidade para pagar as prestações ao “BIC” dos empréstimos contraídos, a 1ª Ré, na qualidade de seguradora, fá-lo-ia.

3) - Nem o “BIC”, nem a 1ª Ré entregou ao A. a apólice, duplicado ou cópia, relativa ao seguro de vida celebrado.

4) - Nem lhe foram dadas explicações sobre qualquer tipo de restrições às coberturas dadas pelo seguro.

5) - A 1ª Ré nunca enviou ao A. qualquer prova da efectiva existência do seguro, e apenas o 2º Réu lhe enviou prova do pagamento dos prémios.

6) - O A. era uma pessoa saudável na data referida em A) e B), nada fazendo prever o aparecimento de doenças neoplásicas.

7) - Porém, em 16 de Setembro de 2002, após ter sentido dores no testículo esquerdo, foi-lhe diagnosticada uma neoplasia e foi-lhe feita ablação do testículo esquerdo.

8) - Em 07 de Junho de 2005, ao A., após ter sentido dores no testículo direito, foi-lhe diagnosticada uma nova neoplasia, e em consequência foi-lhe feita a ablação do testículo direito.

9) - A incapacidade a que se alude em E) resulta dos factos descritos em 7) e 8).

10) - Tendo-se o A. dirigido à 1ª Ré, a fim de esta pagar ao 2º Réu a quantia em dívida relativa aos empréstimos, face ao descrito em 7) a 9), a 1ª Ré escusou-se a tanto mediante a carta de fls. 46, datada de 4 de Maio de 2006, da qual fazem parte nomeadamente os dizeres em seguida descritos:

- Qualquer Segurado é considerado em estado de Invalidez Absoluta e Definitiva quando, por consequência de doença ou acidente, fique total e definitivamente incapaz de exercer qualquer actividade remunerada, e na obrigação de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efectuar os actos ordinários da vida corrente: lavar-se, alimentar-se, vestir-se e deslocar-se.

Nestes termos e após análise da docu-

mentação clínica enviada por V Exa., concluímos que a Invalidez da qual V. Exa. é portador não se enquadra no previsto nas Condições Especiais dos Seguros Complementares do Seguro.

11) - Tendo o A. pedido à 1ª Ré a repreciação do processo, esta respondeu-lhe mediante a carta de fls. 47, datada de 26 de Junho de 2006, da qual constam designadamente os dizeres em seguida mencionados:

(...)

Em resposta ao mesmo, e após análise da documentação enviada, somos a informar que mantemos a posição transmitida na nossa carta datada de 04 de Maio de 2006, uma vez que a Invalidez da qual V. Exa. é portador não se enquadra no previsto nas Condições Especiais dos Seguros Complementares do Seguro.

14) - O A. mantém capacidade para por si próprio exercer actividade remunerada.

15) - E para executar por si próprio os actos ordinários da vida corrente, a saber, para tomar as suas refeições, para se vestir e despir, atento o vestuário que habitualmente utilize, para se deslocar no interior da sua residência e para cuidar devidamente da sua higiene.

#### 4. - Mérito do recurso.

4. 1. - Nos mesmos precisos termos em que a colocou perante a Relação, a Recorrente insiste em centrar a questão na falta de prova dos pressupostos da verificação do risco de invalidez absoluta e definitiva do Autor coberto pelo contrato, à luz da cláusula 7.1 das Condições Especiais do referido contrato.

Ora, como já se fez notar no acórdão impugnado, a questão que se coloca, num primeiro momento, não é a de saber se a invalidez de que o Recorrido demonstrou padecer preenche ou não os pressupostos de verificação do risco coberto face ao conceito que dele fornece

a cláusula 7.1, mas, antes, a de saber se, como decidiram as Instâncias, tal cláusula deve ter-se por excluída do contrato e, em qualquer caso, quais as respectivas consequências.

Por isso, importa começar por decidir esta questão, pressuposto de apreciação das demais.

4. 2. - Violação do dever de comunicação. Exclusão da cláusula 7.1 das Condições Especiais do Contrato de Seguro.

4. 2. 1. - As Instâncias julgaram excluída do contrato a cláusula 7.1 das Condições Especiais, por incumprimento do dever de comunicação, decisão contra a qual se insurge a Recorrente, argumentando que a mesma não constitui cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade da Seguradora.

A cláusula em questão contém uma definição relativa ao objecto do seguro, concretizando o objecto da garantia enunciado no art. 4º-b) das Condições Particulares.

Neste consta que o Seguro garante o pagamento do capital em dívida em caso de «Invalidez Absoluta e Definitiva do Segurado/Pessoa Segura por Doença», enquanto na cláusula 7.1, preenchendo ou definindo o conceito – como se prevê no art. 10º-1-a) do DL n.º 176/95, de 26/7 -, se delimita e concretiza a situação de «Invalidez Absoluta e Definitiva», reportando-a ao estado que “é considerado ... quando o Segurado fique total e definitivamente incapaz de exercer qualquer actividade remunerada e na obrigação de recorrer à assistência permanente de uma terceira pessoa para efectuar os actos ordinários da vida corrente”.

Ora, extravasando, como extravasa, manifestamente, o conteúdo das Condições Particulares - desde logo à luz da exigência cumulativa da incapacidade total para o exercício de qualquer actividade remunerada e à necessária dependência de terceiros para acudir aos actos

ordinários da vida corrente -, não se vê como possa aceitar-se, como defende a Recorrente, que a cláusula, pretendendo ou propondo-se, embora, definir um conceito tendente ao esclarecimento das condições contratuais, não se apresente como limitativa do conceito que as Condições Particulares adoptaram na indicação/definição do objecto das coberturas.

Assente, pois, que se trata de cláusula relevante na limitação do risco coberto pela garantia do Seguro.

4. 2. 2. - Ninguém questiona que a cláusula em causa, enquanto cláusula de contrato de seguro, formalizado através da respectiva apólice, a que o Recorrido se limitou a aderir, remete para o campo dos contratos de adesão, em que vale o regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais.

No art. 5º do DL n.º 446/85 impõe-se à parte que utilize cláusulas contratuais pré-formuladas para uma pluralidade de contratos, independentemente das pessoas que os venham a subscrever, para serem aceites no seu todo – cláusulas contratuais gerais -, o dever de comunicação e de informação sobre o conteúdo de tais cláusulas.

Como bem se compreende que, para que as cláusulas pré-estabelecidas em vista dum contrato devam considerar-se parte integrante dele seja necessária a respectiva aceitação pela outra parte, o que só pode ocorrer se esta tiver conhecimento dessas componentes da proposta negocial. A não ser assim, não pode falar-se de uma livre, consciente e correcta formação de vontade, nomeadamente isenta dos vícios a que se alude nos arts. 246º, 247º e 251º C. Civil.

Na verdade, como também o art. 232º C. Civil previne, não pode falar-se em conclusão de um contrato se não estiver assegurada coincidência entre a aceitação e a oferta relati-

vamente aos elementos relevantes do negócio, o que nos contratos de adesão supõe que se garanta ao aderente um cabal e efectivo conhecimento do clausulado que integra o projecto ou proposta negocial

Estabelece a lei o princípio de que a comunicação deve ter em consideração a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, de forma a que o aderente, usando da diligência própria do cidadão médio, normal ou comum, possa aceder a um conhecimento completo e efectivo.

Não bastando a simples informação da existência de cláusulas contratuais gerais, exige-se “que à contraparte do utilizador sejam proporcionadas condições que lhe permitam aceder a um real conhecimento do conteúdo, a fim de, se o quiser, formar adequadamente a sua vontade e medir o alcance das suas decisões. Que o contraente venha a ter, na prática, tal conhecimento, isso já não é exigido, pois bem pode suceder que a sua conduta não se conforme com o grau de diligência legalmente pressuposto (...): aquilo a que o utilizador está vinculado é tão-só proporcionar à contraparte a razoável possibilidade de delas tomar conhecimento” (ALMENO DE SÁ, “Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas”, 190/191).

O utilizador das cláusulas pré-elaboradas deve ainda esclarecer o aderente sobre o respectivo conteúdo, significado e consequências sempre que a sua complexidade, extensão, carácter técnico ou outras circunstâncias o justifiquem do ponto de vista das necessidades ou dificuldades de um aderente normal, perante o concreto bloco de cláusulas. É uma emanção do princípio da boa fé – art. 227º-1 C. Civil (ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, ob. cit., anot. ao art. 6º).

O art. 8º-a) e b) do DL determina que se

considerem excluídas dos contratos singulares as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do art. 5º e as comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo, sendo que no n.º 3 deste último preceito se faz recair sobre o contraente que submeta a outrem as cláusulas gerais o ónus da prova da comunicação.

Ora, no caso, está claramente demonstrado que as Rés não entregaram ao Autor a apólice ou qualquer cópia do contrato de seguro nem lhe deram explicações sobre quaisquer limitações às coberturas dadas pelo seguro que o Autor apenas sabia serem, ao que ao caso interessa convocar, a “invalidez absoluta e definitiva por doença”.

Consequentemente, resta confirmar a exclusão da cláusula, tal como vem decidido.

4. 3. - Concurso dos pressupostos da verificação do risco de invalidez absoluta e definitiva coberto pelo contrato de seguro.

4. 3. 1. - A Recorrente sustenta que não estão demonstrados os pressupostos de verificação do risco coberto pelo contrato, não permitindo a exclusão da cláusula 7.1 que a decisão judicial preveja novas coberturas do contrato.

Vejamos, então.

A Recorrente, confrontada com a pretensão do Autor, que logo invocou a falta de comunicação das cláusulas do contrato de seguro, aceitando apenas a comunicação da cobertura nos termos constantes da cláusula 28ª das “cláusulas do contrato de mútuo com hipoteca” e do referido art. 4º das Condições Particulares, ou seja, o risco de “Invalidez Absoluta e Definitiva por Doença”, opôs-lhe a validade de todo o clausulado, nomeadamente das Condições Especiais, prescindindo de invocar a (por isso, incompatível) nulidade do

contrato, socorrendo-se do disposto no n.º 2 do art. 9º do Dec.-Lei n.º 446/85.

Vale isto por dizer, a um tempo que, ao serem-lhe omitidas certas cláusulas do contrato de seguro, designadamente as constantes das Condições Especiais e especificamente a contida no n.º 7.1, o Autor apenas aderiu e se tornou parte no contrato cujo clausulado corresponde ao que lhe foi comunicado, contrato esse que, atenta a posição das Partes, deve ter-se como válido e eficaz na parte não afectada, ao abrigo do disposto no art. 9º do Dec.-Lei 446/85.

Não estará, portanto, em causa a previsão de riscos com novas coberturas, mas a concreta cobertura constante das Condições Particulares da Apólice sob o artigo 4-b).

4. 3. 2. - Assim sendo, sobra, para apreciação, uma questão de interpretação da conceito expresso no art. 4º como objecto da garantia do seguro, com vista à subsunção da concreta situação de incapacidade do Autor, isto é, à inclusão ou não desta situação no âmbito do risco coberto.

Liminarmente deve deixar-se referido estarmos no domínio do seguro voluntário, em que rege a liberdade de fixação dos riscos cobertos e do âmbito das respectivas coberturas pelas partes, dentro dos limites permitidos pela lei, sendo que a validade e eficácia dessas cláusulas depende sempre da sua redução a escrito, por a mesma lei atribuir ao contrato de seguro a natureza de contrato substancialmente formal (arts. 426º e 427º C. Comercial e 405º C. Civil).

Estamos, como dito, sob o domínio dos contratos de adesão, em que vale o regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, designadamente no que respeita às cláusulas ambíguas, que devem valer com o sentido que

lhes atribuiria um aderente normal colocado na posição do aderente real – art. 11º do DL n.º 446/85 – e que as Seguradoras estão obrigadas a redigir “de modo claro e perfeitamente inteligível” as cláusulas gerais e especiais das apólices que emitem (DL n.º 176/95 – art. 8º).

Das condições gerais e especiais dos contratos de seguro do ramo «Vida» devem constar, entre outros, elementos como a “definição dos conceitos necessários ao conveniente esclarecimento das condições contratuais” e o “âmbito do contrato” (art. 10º do mesmo DL).

A interpretação das cláusulas contratuais gerais faz-se, em princípio, segundo as regras gerais de interpretação das declarações negociais com o regime previsto nos arts. 236º a 238º do C. Civil, atendendo ao circunstancialismo específico do contrato interpretando em que as cláusulas se inserem – art. 10º do DL 446/85.

O mesmo sucede quando o intérprete se depare com cláusulas contratuais ambíguas em que vale o mesmo regime interpretativo acolhido pela lei geral, novamente por expressa disposição do n.º 1 do art. 11º da lei especial: - As cláusulas ambíguas devem ser entendidas com o sentido que lhes atribuiria um aderente normal, colocado na posição do aderente real, tal-qualmente se estabelece no dito art. 236º-1, salvo quando, mediante aplicação dos princípios gerais sobre interpretação, à luz da “impressão do destinatário”, se não supere a ambiguidade, permanecendo dúvidas, sendo que, então, admitido desvio ao disposto no art. 237º C. Civil, o n.º 2 do citado art. 11º faz prevalecer o sentido interpretativo mais favorável ao aderente, opção que bem se compreende tendo presente a situação de vantagem em que se encontra o predisponente no plano técnico e jurídico, sendo justo, como o exige a própria boa fé, que suporte as consequências

da violação dos deveres de clareza e rigor dos quadros reguladores que coloca aos aderentes.

Não se invocam no processo tanto divergências interpretativas ou dúvidas sobre o sentido com que deve valer a cláusula, mas, sobretudo, sobre o respectivo preenchimento pela facticidade demonstrada: - a incapacidade permanente global de 80% do Autor e a manutenção da sua capacidade para exercer actividade remunerada.

Consequentemente, não há desvios a assinalar ao critério geral de interpretação a que se fez referência.

Uma invalidez absoluta e definitiva será, para um declaratório normal, um estado da pessoa que o deixa totalmente (completamente, sem restrição) incapaz, para o resto da vida, de exercer a sua actividade, designadamente a laboral, em termos de obtenção de meios de subsistência.

O que o contrato de seguro celebrado tem por escopo ou pretende prevenir, cobrindo o respectivo risco, é que, em consequência de doença grave e incapacitante, o segurado fique numa situação de não poder cumprir o contrato, satisfazendo as prestações acordadas, por perda definitiva da capacidade de angariação de réditos, devendo, então, substituir-se-lhe a seguradora.

Ora, o que o Autor alegou e provou foi apenas uma incapacidade permanente global de 80%, fixada de acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades, incapacidade essa que, como do Atestado Médico consta, é “susceptível de variações futuras”.

Está-se perante a mera demonstração de uma situação de prejuízo funcional geral, correspondente a um coeficiente expresso em percentagem, sendo que a existência de uma disfunção total, a corresponder a uma incapacidade permanente absoluta, haveria de ser

expressa pela unidade (cfr. ponto 3 das Instruções Gerais da TNI).

Nada está demonstrado sobre uma efectiva perda de ganho do Autor ou mesmo da afectação da capacidade de ganho, nomeadamente em termos proporcionais à percentagem de IPG atribuída.

Bem diferentemente, vem provado que o Autor mantém capacidade para por si próprio exercer actividade remunerada, sem que se conheça se, e, em caso afirmativo, em que termos, a incapacidade parcial de que padece afectou ou afecta o exercício das actividades que desenvolvia antes da doença e as remunerações que auferia do respectivo exercício.

Não pode, pois, sem mais, afirmar-se, estendendo para equiparar a mera IPG de 80%, desacompanhada de qualquer prova de dela decorrer perda de ganho ou da capacidade de ganho, a um estado de incapacidade absoluta ou completa e definitiva, seja por referência a um prejuízo funcional total (IPA), seja, por maioria de razão, na consideração da sua relação com obtenção de rendimentos do trabalho, em atenção à natureza do contrato.

Crê-se que o veda, desde logo, o texto da cláusula e o entendimento que do mesmo poderia e deveria extrair o destinatário médio e de boa fé ao aderir a um contrato de seguro de grupo que lhe garantiria o pagamento das prestações do mútuo em caso de invalidez e definitiva por doença, a associar, necessariamente, a perda de remuneração por incapacidade de a angariar (arts. 236º-1 e 238º-1 cit.).

Entende-se, em consequência, que a situação de incapacidade alegada e demonstrada não preenche os pressupostos de inclusão na garantia da cobertura, subsistente no contrato de seguro celebrado, denominada “Invalidez Absoluta e Definitiva por Doença”. A pretensão do Autor-recorrido formulada na acção

tem, assim, de improceder.

Decisão.

Em conformidade com o exposto, acorda-se em:

- Conceder a revista;
- Revogar o acórdão impugnado;
- Julgar improcedente a acção e absolver do pedido também a Ré

Seguradora e Recorrente; e,

- Condenar o Recorrido nas custas.

Lisboa, 29 de Março de 2011

Alves Velho (Relator)

Moreira Camilo

Paulo Sá

## SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA [PORTUGAL]

**Relator:** JOÃO BERNARDO

**Descritores:** CUMPRIMENTO DEFEITUOSO

**Data:** 16 DE MARÇO DE 2011

**Processo:** 558/03.2TVPRT.P1.S1

**Nº Convencional:** 7ª SECÇÃO CADUCIDADE

**Nº do Documento:** SJ

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** REVISTA

**Decisão:** CONCEDIDA A REVISTA

**Área Temática:** DIREITO CIVIL - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

### **Doutrina:**

- Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, II, página 128.

- Armando Braga, A Venda de - Coisas Defeituosas no Código Civil, A Venda de Bens de Consumo, página 47.

- Calvão da Silva, Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Conformidade e Segurança, 4.ª ed., página 77.

- Menezes Leitão, Direito das Obrigações, III, página 126.

- Mota Pinto, O Direito, 121.º, página 292 (em estudo conjunto com Calvão da Silva).

- Romano Martinez, Cumprimento Defeituoso em Especial na Empreitada e na Compra e Venda, ed. de 1994, páginas 158, 215, 224, 413.

Legislação Nacional: CÓDIGO COMERCIAL: - ARTIGO 471.º

CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGOS 909.º, 913.º, 916.º, 917.º, 918.º

Jurisprudência Nacional:  
ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL

DE JUSTIÇA:

- DE 24-4-91 NO BMJ 406-634, DE 12-1-94 NO BMJ, 433-531, DE 3-4-98, NO BMJ 476-393, DE 25.2.1993, NA CJ/STJ, 1993 1.º, 154 E, EM WWW.DGSI.PT, OS AC.S DE 6.11.2007, PROCESSO N.º 07A3440, DE 7.5.2009, PROCESSO N.º 09B0057 E DE 2.11.2010, PROCESSO N.º6473/06.0TBALM.L1.S1.

ACÓRDÃO UNIFORMIZADOR DE JURISPRUDÊNCIA N.º 2/97, de 4-12-96, PUBLICADO NO BMJ 462-94.

### SUMÁRIO:

1. No caso de cumprimento defeituoso, há que distinguir o prazo da reclamação dos defeitos, do prazo para ser intentada acção judicial respectiva.

2. O artigo 918.º do Código Civil não deve ser interpretado no sentido de conduzir a um regime diferente, quanto ao prazo de caducidade, consoante se trate de obrigações específicas ou de obrigações genéricas.

3. O artigo 917.º do mesmo código deve ser interpretado em ordem a abranger todas as acções emergentes de cumprimento defeituoso.

### Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I - AA, Lda intentou a presente acção declarativa de condenação, em processo ordinário,

contra A Sociedade BB, S.A.

Alegou, em síntese, que:

Vendeu à ré, em 2002, mercadorias no

valor de €16.908,80, sem que esta lhe tivesse pago.

Pediu, em conformidade, a condenação dela a pagar-lhe aquela quantia, acrescida de juros de mora, vencidos no valor de € 689,93, e vincendos, à taxa legal, até efectivo pagamento.

Contestou a ré, sustentando que, em 2001, a autora lhe forneceu 40.000 rolhas com defeito, que contaminaram com TCA os vinhos com elas engarrafados, causando-lhe um prejuízo de €154.049,36, a que acresce IVA no valor de €8.485,92, num total de €172.535,28.

Pede a compensação desse seu crédito com o débito que tem para com ela.

A autora replicou, negando os defeitos das rolhas e referindo que a ré procedeu a uma desinfecção com cloro, no armazém onde as garrafas utilizadas estavam, o que determinou o aparecimento de TCA nos vinhos.

Mais alegou que, por ter transferido a sua responsabilidade para a seguradora ..., S.A., não lhe pode ser oposta a compensação.

II – No prosseguimento da tramitação, a ré requereu a apensação a estes autos da acção que corria termos sob o n.º 1982/03.6, o que foi determinado.

Trata-se duma acção declarativa de condenação, em processo ordinário, que a Sociedade BB, S.A., intentou contra:

AA, Lda, e contra CC– Produtos em Cortiça, Lda, pedindo que as rés sejam condenadas a pagar-lhe, solidariamente, € 72.535,28.

Para tanto, alegou, em síntese, que comprou à AA, Lda, 40.000 rolhas, que lhe foram entregues em Abril de 2001, depois de sujeitas a controlo de qualidade por parte da CC-Produtos em Cortiça, Lda e por esta aprovadas.

Utilizou essas rolhas no engarrafamento de vinhos por si produzidos e, no final de

Maio de 2002, foram detectadas alterações no sabor e estrutura desses vinhos, em virtude da contaminação dos mesmos por TCA, causada pelas rolhas, que apresentavam defeitos, o que, de imediato, comunicou às rés.

Invocou ainda que foram os altos níveis de humidade das rolhas que permitiram o desenvolvimento do TCA e que tais rolhas nunca deveriam ter sido aprovadas pela CC-Produtos em Cortiça, Lda.

Mais alegou ter solicitado à AA, Lda rolhas de altíssima qualidade e que, em razão dos defeitos das mesmas, ficou com garrafas de vinho impróprias para consumo, tendo sofrido um prejuízo de €154.049,36, a que acresce IVA no valor de € 8.485,92, num total de €172.535,28, valor esse que a R... não pagou.

Conclui que teve lugar venda de coisa defeituosa, nos termos do disposto no artigo 913º do C.Civil, e que tem direito a ser indemnizada pelos seus prejuízos, por ambas as rés.

Contestou a AA, Lda, invocando a sua própria ilegitimidade, por ter transferido os riscos da sua actividade produtiva para a R... S..., S.A., cuja intervenção principal requereu.

Mais invocou litispendência parcial com referência à acção por si proposta contra a Sociedade BB, S.A., para obter o pagamento da quantia de €17.598,73 (que constitui agora os autos principais).

E impugnou a existência de defeitos nas rolhas, alegando que os defeitos são do vinho, sendo certo que os valores de humidade das rolhas eram aceitáveis.

Contestou também a CC, Lda., deduzindo excepção peremptória de caducidade do direito da A., alegando que esta deveria ter proposto a acção no prazo de seis meses após a denúncia do defeito, nos termos do artigo 917º do C.Civil, e portanto o mais tardar até 7 de Dezembro de 2002.

Mais alegou que:

A sua actividade consiste na realização de exames físicos às rolhas, de forma a aferir a sua conformidade com as especificações constantes da norma aplicável – Norma Portuguesa 4351, que no caso concreto são diâmetro, comprimento, ovalidade, humidade, força de extracção e pesquisa de oxidantes. Exames que efectuou, ao lote de 40.000 rolhas, de acordo com as normas respeitantes aos métodos.

É só este serviço de controlo de qualidade que presta e que lhe foi solicitado pela BB, não realizando outro tipo de testes, nomeadamente na área da microbiologia da rolha.

As rolhas analisadas apresentavam um teor médio de humidade dentro do limite da Norma Portuguesa 4351, pelo que nunca poderia ter recusado a sua aprovação.

Nunca o teor de humidade que resultou do ensaio por si efectuado podia originar, só por si, qualquer tipo de contaminação por TCA, sendo que esta pode resultar de inúmeros factores, que não decorrentes da rolha.

E impugnou os restantes factos alegados na p.i.

Veio posteriormente requerer a intervenção principal provocada da A. – Insurance ..../....., alegando ter transferido para esta a sua responsabilidade civil.

Replicou a Sociedade BB, S.A., pronunciando-se pela improcedência das excepções.

Foi admitida a intervenção acessória da A. – Insurance ..../....., que aderiu à contestação da sua segurada.

Foi admitida também a intervenção acessória da R... S..., S.A., que aderiu à contestação da R. R..... e, em parte, à da R. CC, negando a responsabilidade da sua segurada e atribuindo-a à empresa fiscalizadora. Alegou também excepção de caducidade do direito invocado pela BB.

Esta voltou a replicar.

III – No despacho saneador, julgaram-se improcedentes as excepções de ilegitimidade e de litispendência, deduzidas pela R... enquanto R. na acção que constitui o apenso A, e relegou-se para final o conhecimento da excepção de caducidade.

IV – Teve lugar, na devida oportunidade, audiência de julgamento, tendo sido proferida sentença.

A Sr.<sup>a</sup> Juíza, depois de afirmar que não há que conhecer da compensação, porque a instância da acção principal está suspensa, lavrou o seguinte dispositivo:

”Nestes termos e com estes fundamentos, decide este tribunal julgar a acção parcialmente procedente e, em consequência:

a) condenar a AA, Lda a pagar à Sociedade BB, S.A. a quantia de Eur 154.049,36 (cento e cinquenta e quatro mil e quarenta e nove euros, e trinta e seis cêntimos);

b) absolver a CC – Produtos em Cortiça, Lda do pedido”.

Entendeu, quanto à caducidade, muito em resumo, que não era de aplicar o artigo 917.º do Código Civil, por se tratar de venda de coisa genérica.

IV –

Apelou a L..., Companhia de Seguros, S.A. (anteriormente R... S..., S.A.), mas o Tribunal da Relação do Porto julgou a apelação improcedente.

Também entendeu a Relação que não era de aplicar o regime do artigo 917.º, mas por este preceito não abranger as acções de indemnização pela violação do interesse contratual positivo e não por se tratar de venda de coisa genérica.

V – Ainda inconformada, pede revista.

**Conclui as alegações do seguinte modo:**

1.º - O presente recurso incide sobre a excepção de caducidade julgada improcedente e da obrigação de indemnizar.

2.º - Resulta provado que a acção foi proposta decorridos mais de seis meses sobre a denúncia dos defeitos.

3.º - O problema que a BB. SA levanta traduz-se na existência de defeitos no material adquirido, mormente a existência de tricloro-anisol - TCA - nas rolhas adquiridas a AA, Lda..

Assim,

4.º - No que respeita à perfeição do contrato, aplicar-se-á o disposto no artigo 471.º do Código Comercial.

Mas,

5.º - Para além do dito prazo de oito dias, o comprador terá de efectuar a dita denuncia no prazo máximo de seis meses contados da entrega ou recepção da mercadoria, o que decorre do previsto na parte final do n.º 2 do artigo 916.º do Código Civil.

6.º - É que, na verdade, uma coisa é a denúncia dos referidos defeitos (que aqui não colocamos em causa), que por questões de celeridade das actividades económicas e a bem da segurança das mesmas, deverá ser efectuada no prazo consagrado na lei comercial, isto é, em oito dias.

7.º - Coisa bem diferente será o exercício do direito que cabe ao comprador em resultado do defeito da coisa, o chamado pedido de indemnização pelos danos sofridos, originados em resultado do cumprimento defeituoso do contrato, que causou os aludidos defeitos na coisa vendida.

8.º - No caso em apreço, ficou provado que o “TCA” provoca sabor a rolha e a níveis de percepção organoléptica.

9.º - As rolhas com “TCA” não eram ade-

quadas ao fim a que se destinam, mormente à vedação hermética do vinho na garrafa, para que seja conservado em condições adequadas ao seu consumo e devidamente preservado de contaminações exteriores.

10.º - Pelo que, dúvidas não há que a presença de tal substância (TCA) nas rolhas configurará um vício, tal como previsto no artigo 913.º do Código Civil.

11. - Como tal, não se diga, que no que respeita ao pedido de indemnização pelos danos sofridos em consequência do cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor este se enquadra nos termos do artigo 799.º do C.C sendo aplicável o prazo ordinário, de 20 anos estabelecido no artigo 309.º do C.C..

12.º - É que nos termos do artigo 913.º, n.º1 do C.C., observar-se-á, com as devidas adaptações, o prescrito na secção precedente, em tudo quanto não seja modificado pelas disposições dos artigos seguintes.

13.º - Aplicável, claro está, ao caso de venda de coisa defeituosa à qual falte as qualidades necessárias à realização do fim a que é destinada.

14.º - Assim, temos para nós que o material comprado pela BB, SA padece de um vício susceptível de fazer despoletar todo um mecanismo garantístico a favor da mesma.

15.º - Ora, no caso concreto, fazendo apelo à natureza da venda, consideramos que a BB, SA deveria ter denunciado a contaminação de TCA no prazo de 8 dias após o seu conhecimento, tendo cumprido tal requisito.

16.º - Mas, para além daquele facto, a BB, SA também deveria ter proposto a presente acção no prazo de seis meses a contar daquela denúncia.

17.º - Deste modo, não parece correcto considerar aplicável o prazo ordinário de pres-

crição de 20 anos do artigo 309.º do C.C., mas antes o prazo da caducidade do artigo 917.º do C.C. de seis meses a contar da denúncia, dado que a lei atribui expressamente um prazo de caducidade ao direito que cabia ao Autor.

18.º - Assim, cremos que quando a presente acção foi proposta, há muito que caducara o direito de acção, devendo ser considerado extinto o direito da BB, S.A., a deduzir a presente acção, nos termos do disposto no artigo 917.9 do Código Civil.

19.º - Ao decidir como decidiu, o tribunal “o quo” violou, entre outros, os artigos 913.º, n.º 1, 916.º, n.º 2 e 917.º, todos do C.C..

20.9 - A BB alegou, e não provou, que a existência de TCA derivava da humidade nas rolhas, nem que tal existência derivava de qualquer facto ilícito cometido pela Ré.

21.º - E as Rés provaram, afastando a sua presunção de culpa, que as rolhas vendidas cumpriam escrupulosamente todas as regras a que estavam obrigadas legalmente e que as rolhas não padeciam de qualquer defeito.

22.º - Não se provou qualquer nexo causal entre o defeito das rolhas e os danos.

23.º - Assim, deveria o tribunal recorrido ter considerado a acção totalmente improcedente.

24.º - A decisão recorrida violou o disposto nos artigos 716.º, 798.º e 799.º, todos do Código Civil.

25.º - Ao não decidir assim, o Tribunal “a quo” violou o disposto nos artigos 659.º, n.º 3 e 660.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

Contra-alegou a BB S.A. defendendo que se tratou duma situação de incumprimento, devendo aplicar-se as regras próprias deste, com prazo de prescrição de vinte anos e que, mesmo tratando-se de cumprimento defeituoso, tal prazo se mantinha.

Mais sustentou a verificação de todos os

pressupostos da responsabilidade civil.

VI – Ante as conclusões das alegações, as questões a resolver consistem em determinar se:

Operou a invocada caducidade.

Não tendo operado, não se verificou facto ilícito da ré que tenha determinado o prejuízo tido em conta na condenação havida.

VII – Vem provada a seguinte matéria de facto:

1. A AA, Lda., é uma sociedade comercial por quotas que se dedica ao fabrico e comércio de rolhas (al. A) da matéria de facto assente).

2. A Sociedade BB, S.A., é uma sociedade que se dedica à indústria agrícola de produção, engarrafamento e comercialização de vinhos (al. B).

3. A Sociedade BB, S.A., ao longo dos últimos anos, vem comprando rolhas à AA, Lda., e esta vem-lhas vendendo, tendo no decurso de tais aquisições comprado um total de cerca de 400.000 rolhas (al. C).

4. No exercício da actividade referida em 1., a AA, Lda, vendeu e entregou à Sociedade BB, S.A., a crédito e a pedido desta, as mercadorias discriminadas nas facturas n.º 20020609, de 26 de Julho de 2002, n.º 20020629, de 1 de Agosto de 2002 e n.º 20020630, de 1 de Agosto de 2002, que se mostram juntas a fls. 5 a 7 dos autos (al. D).

5. O preço das mercadorias referidas em 4. cifrou-se em €16.908,80 (al. E).

6. Ficou acordado entre a AA, Lda e a Sociedade BB, S.A. que as facturas referidas em 4. Teriam como datas de vencimento, respectivamente, o dia 26 de Agosto de 2002 e o dia 21 de Setembro de 2002 (facturas n.ºs

20020629 e 20020630) (al. F).

7. A Sociedade BB, S.A. não efectuou o pagamento das mercadorias adquiridas e tituladas pelas facturas referidas em 4 (al. G).

8. A AA, Lda enviou à Sociedade BB, S.A., que as recebeu, as missivas que se mostram juntas a fls. 8 a 11 dos autos (al. H).

9. A Sociedade BB, S.A. utiliza as rolhas que adquire à AA, Lda, no engarrafamento dos seus diferentes vinhos (DOC Douro, Vinhos do Porto, Vinhos Moscatel do Douro) (al. I).

10. Em Março de 2001, a Sociedade BB, S.A encomendou à AA, Lda 40.000 rolhas, tendo esta procedido à entrega de tais rolhas no dia 20 de Abril de 2001 (al. J).

11. As rolhas referidas em 10 tinham como referência o Lote da AA: Lote L – 1095R e a referência do Relatório da CC – Produtos em Cortiça, Lda: QP/238/01 (al. L).

12. Como habitualmente sucedia, o lote de rolhas referido em 10 foi previamente sujeito ao controlo de qualidade, serviço que é feito pela empresa CC – Produtos em Cortiça, Lda, que foi indicada pela Sociedade BB, S.A. (al. M).

13. A empresa CC – Produtos em Cortiça, Lda, procedeu à elaboração de relatório técnico, nos termos constantes de fls. 62 e ss. do apenso A, considerando o lote referido em 10 conforme, aprovando as rolhas para uso da Sociedade BB, S.A. (al. N).

14. Com as rolhas referidas em 10, a Sociedade BB, S.A., em 2 de Maio de 2001, procedeu ao engarrafamento de 10.001 garrafas de «Muros de Vinha Branco 2000 (OS n.º 47) (resposta ao quesito 1º).

15. Em 14 de Maio de 2001, procedeu ao engarrafamento de 15.956 garrafas de «Mural Reserva Tinto 1996 (OS n.º 49) (resposta ao quesito 2º).

16. E em 29 de Agosto de 2001 procedeu ao engarrafamento de 11.949 garrafas de «Muros de Vinha Tinto 1999 (OS n.º 77) (resposta ao quesito 3º).

17. A Sociedade BB, S.A. propunha-se iniciar a comercialização de tais vinhos no ano de 2002 (resposta ao quesito 4º).

18. No final de Maio de 2002, no decurso da apresentação desses vinhos na Alemanha, foram detectadas, em prova, alterações no vinho branco, que apresentou «sabor a rolha», alteração essa provocada pela presença de TCA (resposta ao quesito 5º).

19. Os vinhos que foram engarrafados com o lote de rolhas referido em 10. apresentaram contaminação com TCA, a níveis de percepção organoléptica, nas seguintes percentagens, apuradas através de análises sobre amostragem:

-em 15,6% das garrafas de Muros de Vinha Branco 2000, -em 12,5% das garrafas Mural Reserva Tinto 1999, e

-em 12,5% das garrafas Muros de Vinha Tinto 1999 (resposta ao quesito 6º).

20. A contaminação do vinho com TCA teve origem na rolha de cortiça, nomeadamente na fracção da rolha em contacto com o vinho (base da rolha) (resposta ao quesito 7º).

21. Nas percentagens referidas em 19, os vinhos engarrafados com o lote de rolhas referido em 10 apresentavam as concentrações de TCA (2-4-6-tricloroanisol) em ng/l constantes da tabela 1 do relatório pericial a fls. 523-525, superiores ao limite do reconhecimento sensorial da presença desse composto (mofo) – sendo que esse reconhecimento ocorre, nos vinhos tintos, a partir de concentrações de 8 ng/l e, em vinhos brancos, a partir de 4 ng/l (resposta ao quesito 8º).

22. O lote de rolhas referido em 10. apresentava um teor de humidade máxima de 8,3

%, e mínima de 5,5% (respostas aos quesitos 9º e 10º).

23. Um elevado nível de humidade nas rolhas é um dos factores que permite o desenvolvimento de micro-organismos com capacidade de sintetizar o TCA na cortiça (resposta ao quesito 11º).

24. Para rolhas cilíndricas de cortiça natural, a Norma Portuguesa 4351 de 2000 exige um teor de humidade médio entre os 4% e os 9%, obtido por amostragem segundo o método de ensaio da Norma Portuguesa 2803-2 de 1996, e internacionalmente, embora não exista norma, estes valores são habitualmente aceites (resposta ao quesito 25º).

25. A Sociedade BB, S.A. procedeu ao engarrafamento do vinho com o lote referido em 10 na sequência do relatório a que se alude em 13. (resposta ao quesito 15º).

26. Aquando da elaboração do relatório referido em 13, as rolhas apresentavam já o grau de humidade referido em 22 (resposta ao quesito 16º).

27. Em virtude dos problemas que as rolhas apresentavam, a Sociedade BB, S.A. ficou com as seguintes garrafas de vinho danificadas e impróprias para o consumo:

-7.210 garrafas de «Muros de Vinha 2000», no valor unitário de Eur 2,93, acrescido de IVA,

-9.030 garrafas de «Muros Reserva 1996», no valor unitário de Eur 4,42, acrescido de IVA,

-342 caixas (contendo cada uma seis garrafas) de «Muros Reserva 2000», no valor unitário de Eur 17,99, acrescido de IVA,

-1.021 caixas (contendo cada uma seis garrafas) de «Muros Vinha 1996», no valor unitário de Eur 26,92, acrescido de IVA,

-100 caixas (contendo cada uma seis garrafas) de «Muros Vinha 1999», no valor unitário

rio de Eur 21,01, acrescido de IVA,

-16.649 garrafas de «Muros Vinha 1999», no valor unitário de Eur 3,44, acrescido de IVA, sendo que das 17.249 garrafas de Muros da Vinha 1999, 5.300 levaram outro lote de rolhas, pelo que o número de garrafas desse vinho com rolhas fornecidas pela R....., do lote referido em 10., é de 11.949 (resposta ao quesito 12º).

28. A Sociedade BB, S.A. comunicou à AA, Lda. e à empresa CC – Produtos em Cortiça, Lda, os problemas detectados na prova dos vinhos, e foi marcada uma reunião para a semana seguinte, dia 7 de Junho de 2002, com todos os interessados, tendo estado presentes nessa reunião, designadamente o Eng.º DD, pela CC, Lda. o sócio-gerente da AA, Lda. e EE, o filho e a Eng.º FF pela Sociedade BB, S.A. (resposta ao quesito 13º).

29. A AA, Lda., comprometeu-se perante a Sociedade BB, S.A. a vender-lhe rolhas em perfeitas condições (resposta ao quesito 17º).

30. A Sociedade BB, S.A., produz vinhos de alta qualidade, desde vinhos do Porto a vinhos de mesa, da região demarcada do Douro (resposta ao quesito 18º).

31. A Sociedade BB, S.A. é conhecida no mercado como uma empresa produtora de vinhos muito bons e de elevado preço (resposta ao quesito 19º).

32. A Sociedade BB, S.A. solicitou à AA, Lda. que as rolhas fossem de altíssima qualidade, por forma a que o vinho, depois de engarrafado, não sofresse alterações nem adulterações (resposta ao quesito 20º).

33. Os vinhos que a Sociedade BB, S.A. comercializa são de grande qualidade, submetidos a rigoroso tratamento enológico e destinados a exportação para mercados com qualidade de nível superior (resposta ao quesito 21º).

34. O que era do conhecimento da AA, Lda. (resposta ao quesito 22º).

35. A AA, Lda transferiu os riscos da sua actividade produtiva para a R... S..., S.A. por contrato titulado pela apólice n.º 000000000, com uma franquia correspondente a 10% dos prejuízos indemnizáveis, com um limite mínimo de Esc.: 750.000\$00, sendo o capital seguro até Esc.: 50.000.000\$00 (al. O).

36. A CC – Produtos em Cortiça, Lda, celebrou com a companhia de seguros A. – In... /... contrato de seguro de responsabilidade civil, titulado pela apólice Port 0000, que se encontra em vigor (al. P).

VIII – A primeira das questões enunciadas em VI diz respeito à caducidade.

Para A. Varela (Das Obrigações em Geral, II, 128) escapam ao conceito de cumprimento defeituoso, integrando-se antes na pura inadimplência ou na mora, os casos em que “a irregularidade ou deficiência da prestação a afastam de tal forma do modelo da prestação exigível, que o interesse do credor fica inteiramente por preencher”. Esta posição não é aceite por Romano Martinez (Cumprimento Defeituoso em Especial na Empreitada e na Compra e Venda, ed. de 1994,158) mas, seja como for, no presente caso, estamos longe daquela ressalva do Ilustre Professor de Coimbra, porquanto o interesse do credor foi preenchido em grande parte (vejam-se os factos referidos em 19 e 21), devendo falar-se, claramente, de cumprimento defeituoso.

IX - Situados neste, distinguimos, logo à partida:

O prazo de denúncia dos defeitos;

O prazo para ser intentada acção judicial.

X - A denúncia dos defeitos é um acto jurídico receptício despido de exigências de

formalidades especiais em que o comprador revela, perante o vendedor, que o produto comprado tem os defeitos em causa.

Tratando-se de compra e venda mercantil o prazo de denúncia é de oito dias, nos termos do artigo 471.º do Código Comercial e não vem discutido no presente recurso que não tenha sido observado. Pelo contrário, a afirmação da Relação de que “temos, pois, de considerar verificada a denúncia dos defeitos dentro do prazo imposto, contado desde o momento em que foi possível detectá-los” é aceite pela recorrente.

XI – Onde esta situa a sua discordância é na aferição do prazo para a propositura da acção, não concordando com o entendimento da Relação de que, à regra de seis meses do artigo 917.º do Código Civil, deve ser subtraída a acção de indemnização pela violação do interesse contratual positivo, relativamente à qual vale o prazo prescricional geral de 20 anos.

Relativamente ao prazo de propositura da acção falecem as normas de direito comercial.

Já no domínio do direito civil, há a considerar que a interpretação do artigo 918.º do Código Civil, no sentido de conduzir a um regime diferente quanto ao prazo de caducidade, consoante se trate de obrigações específicas ou genéricas, não deixa de ser, como lhe chama Romano Martinez (ob. cit., 215), “bizarra”, distinguindo-se onde nada há que justifique a distinção (veja-se a mesma obra, agora a páginas 224 e seguintes). Não seguimos, assim, pese embora a jurisprudência ali citada, o entendimento manifestado na 1.ª instância (folhas 1038) de afastamento do prazo do artigo 917.º, por a venda das rolhas integrar a figura da venda de coisa genérica.

Por isso, situamo-nos neste artigo 917.º,

em concatenação com os artigos 916.º, 913.º e 909.º, sempre do referido código.

XII - Mas a discussão não termina por aqui.

O primeiro destes preceitos pode ser interpretado:

Não se indo além da letra da lei, que se refere à “acção de anulação”;

Indo-se para além de tal letra, considerando ali incluídas outras acções.

Neste segundo caso, ainda se pode considerar a inclusão:

Das acções que visem obter a reparação ou substituição da coisa (cfr-se Pires de Lima e A. Varela em anotação a este artigo)

Das acções que visem a indemnização pelo interesse contratual negativo, excluindo as reportadas ao interesse contratual positivo;

De todas as acções baseadas no cumprimento defeituoso.

XIII – O comum dos Autores defende a interpretação extensiva em ordem a abranger todas as acções baseadas no cumprimento defeituoso, carreando argumentos que acolhemos e que nos limitamos a transcrever para aqui.

Assim, Romano Martinez (ob. cit., 413) escreve:

“De facto, não se compreenderia que o legislador só tivesse estabelecido um prazo para a anulação do contrato, deixando os outros pedidos sujeitos a prescrição geral de vinte anos (artigo 309.º); por outro lado, tendo a lei estatuído que, em caso de garantia de bom funcionamento, todas as acções derivadas do cumprimento defeituoso caducam em seis meses (artigo 921.º, n.º4), não se entenderia muito bem porque é que, na falta de tal garantia, parte dessas acções prescreveria no prazo de vinte anos; além disso, contando-se o prazo

de seis meses a partir da denúncia, e sendo esta necessária em relação a todos os defeitos (artigo 916.º), não parece sustentável que se distingam os prazos para o pedido judicial; por último, se o artigo 917.º não fosse aplicável, por interpretação extensiva, a todos os pedidos derivados do defeito da prestação, estava criado um caminho para iludir os prazos curtos.”

Por sua vez, Calvão da Silva (Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Conformidade e Seguranga, 4.ª ed., 77), escreve:

“Na verdade, seria incongruente não sujeitar todas as acções referidas à especificidade do prazo breve para agir que caracteriza a chamada garantia edilícia desde a sua origem, pois, de contrário permitir-se-ia ao comprador obter resultados (referidos aos vícios da coisa) equivalentes, iludindo os rígidos e abreviados termos de denúncia e caducidade. Ora, em todas as acções de exercício de faculdades decorrentes da garantia, qualquer que seja a escolhida, vale a razão de ser do prazo breve (cfr., também, o n.º2 do artigo 436): evitar no interesse do vendedor, do comércio jurídico, com vendas sucessivas, e da correlativa paz social a pendência por período dilatado de um estado de incerteza sobre o destino do contrato ou cadeia negocial e as dificuldades de prova (e contraprova) dos vícios anteriores ou contemporâneos à entrega da coisa que acabaria por emergir se os prazos fossem longos, designadamente se fosse de aplicar o prazo geral da prescrição (artigo 309.º)...”

No mesmo sentido se pronunciando, Mota Pinto em *O Direito*, 121.º, 292 (em estudo conjunto com Calvão da Silva), Menezes Leitão (*Direito das Obrigações*, III, 126) e Armando Braga (*A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil, A Venda de Bens de Consumo*, 47).

Outrossim, tem sido abundante – ainda

que não uniforme - a orientação deste Tribunal neste sentido: Ac.s de 24-4-91 no BMJ 406-634, de 12-1-94 no BMJ, 433-531, de 3-4-98, no BMJ 476-393, de 25.2.1993, na CJ/STJ, 1993 1.º, 154 e, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), os Ac.s de 6.11.2007, processo n.º 07A3440 (este com referência expressa à indemnização pelo interesse contratual positivo), de 7.5.2009, processo n.º 09B0057 e de 2.11.2010, processo n.º6473/06.0TBALM.L1.S1.

Mesmo o Ac. deste Tribunal n.º 2/97, de 4-12-96, publicado no BMJ 462-94, que uniformizou a jurisprudência, no sentido de que “a acção destinada a exigir a reparação de defeitos de coisa imóvel vendida, no regime anterior ao Dec-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, estava sujeita à caducidade nos termos previstos no art. 917 do C.C.”, ainda que não diga respeito à matéria que aqui se discute, constitui uma achega relevante para a interpretação extensiva deste preceito.

XIV – A denúncia teve lugar antes de 7.6.2002, data para que foi marcada a reunião referida no ponto 28 da enumeração factual e a acção apensa foi intentada em 4.4.2003, ou seja, para além do prazo de seis meses que acolhemos no número anterior.

O que também determina a prejudicialidade da segunda das questões enunciadas em VI.

XV – Em face do exposto, concede-se a revista, julgando-se procedente a excepção da caducidade deduzida na acção apensa e absolvendo-se, consequentemente, a recorrente do pedido ali deduzido.

Custas aqui e nas instâncias pela ali autora.

Lisboa, 16 de Março de 2011

João Bernardo (Relator)

Oliveira Vasconcelos

Serra Baptista







