

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. I | # 3 | SETEMBRO 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 3, setembro 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 30.09.2012): 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

comercial@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]

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
Aurisvaldo 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 Najjarian
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



09 Editorial

DOCTRINA

- 11 **A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade capitalista contemporânea**
RIZZATTO NUNES
- 19 **Juizados especiais cíveis e julgados de paz – Os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças**
MARCUS DA COSTA FERREIRA
- 107 **O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil**
IGOR RODRIGUES BRITTO
- 131 **Uma nova abordagem proativa à elaboração e aplicação do direito comunitário do consumo**
JORGE PEGADO LIZ
- 147 **A proteção do consumidor nos contratos de transmissão de direitos de utilização periódica e turística de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca: o DL 275/93 alterado pelo DL 37/2011**
RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA
- 193 **Direito internacional do consumidor: Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores com (2008) 614 final 2008/0196, de 08.out.2008**
FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO

- 231 **O princípio da sustentabilidade como princípio fundamental constitucional e das relações de consumo**

FÁBIO DE SOUZA TRAJANO

LEGISLAÇÃO

- 247 **Regime jurídico do time-share**
Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 279 **Petição do Ministério Público de São Paulo**
Signatário: Paulo Sérgio Cornacchioni
- 295 **Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo**
Relator: Ricardo Negrão

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 303 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]**
Relator: Távora Vítor
- 311 **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**
Relator: Ferreira de Almeida

EM DESTAQUE

- 316 **Conclusões-Propostas das III Jornadas de Direito do Consumo de Trás-os-Montes**
Signatários: Mário Frota e Rute Couto

EDITORIAL

Os debates em torno do direito do consumo na Europa e no Brasil dominam o momento que ora se vive.

A diretiva europeia dos direitos do consumidor foi finalmente aprovada em 23 de junho pretérito, pelo Parlamento Europeu, em processo de codecisão em que intervém o Conselho da União Europeia.

Os trabalhos da Comissão de Reforma do Código de Defesa do Consumidor brasileiro já foram depositados nas mãos do presidente do Senado.

A evolução operada ao longo dos lustres no quadro próprio do direito do consumo terá ditado as iniciativas legislativas a cuja consecução ora se assiste.

Na Europa, em razão do projeto de construção do Mercado Interno (espaço delimitado pelas fronteiras exteriores dos Estados-membros e liberto de qualquer sorte de constrangimentos, vale dizer, sem barreiras físicas, técnicas e tecnológicas, aduaneiras e fiscais), subsiste o propósito de oferecer às distintas comunidades jurídicas um ordenamento uniforme para que a União Europeia se reencontre. Processo que, aliás, principiou em 11 de maio de 2005 com a promulgação da Directiva-Quadro das Práticas Comerciais Desleais. E que visa superar a realidade até então vigente – a de um ordenamento vazado em instrumentos normativos de base minimalista, a permitir em cada um dos segmentos por que se desdobra o direito do consumo, a existência de 27 regimes distintos, com graus de maior ou menor extensão de proteção do consumidor.

Porém, o que se questiona é se a uniformidade, conceituada, aliás, como de harmonização máxima, global, não desembocará em um mínimo denominador comum, em detrimento, afinal, dos níveis de proteção do consumidor, que, por definição – e tal consta amiúde do Tratado de Lisboa, da Carta de Direitos Fundamentais e dos mais textos da União Europeia, deveriam ser os mais elevados.

O que importa, de resto, é que os mais elevados níveis de tutela se sufraguem e dispersem para que o Mercado Único se não construa propiciando vantagens acrescidas ao tecido empresarial em desfavor de quem é, afinal, o seu suporte – os consumidores.

O Brasil, como país de vanguarda no seio do Mercosul, poderá eventualmente confrontar-se, à medida que a edificação de um tal espaço progrida, com situações similares: os desníveis observados nos distintos graus de proteção dispensados em cada um dos Estados poderiam determinar uma supressão dos patamares entretanto atingidos, sacrificando-se brasileiros e os

mais que desfrutam de análogo estatuto aqui, em favor, afinal, de Estados outros em que os níveis de tutela são confrangedoramente baixos ou de menor consistência.

O que quer significar que se nivelaria por baixo, que não por cima, os ordenamentos de consumidores. E o que se impõe é que se nivele pelos mais elevados padrões, que não pelos de menor valia.

Os paralelismos estabelecidos permitem entrever – ante as modificações ora na forja – um recrudescimento dos trabalhos neste domínio, que muito valorizarão as publicações que, como a Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, se consagram a temas do jaez destes.

Para além das manifestações científicas que se empreenderem.

Aliás, o sucesso registado pela Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, o interesse na formação de um Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo, em embrião, e de uma Escola Superior de Ciências do Consumo, de sua natureza itinerante, permitirão encarar o futuro com assinalável otimismo.

Ante as necessidades experimentadas de um debate conjunto dos temas em apreço, revele-se o intuito de se realizar, sob a égide da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, e alternadamente, manifestações científicas em cada uma das ribas do Atlântico.

A adesão a um tal projeto, em particular do Brasil, tem sido expressiva.

O primeiro dos eventos realizar-se-á em Portugal em 2012, sendo que o Rio de Janeiro se candidatou já, pelo conselheiro Werson Rêgo, a sediar o Congresso Luso-Brasileiro de Direito do Consumo em 2013.

O Brasil persiste, de resto, sem lisonjas, a dar modelar exemplo ao mundo pelo valor conferido à disciplina de direito do consumidor e às normas que nele se encerram.

O extraordinário escol de especialistas que o Brasil formou ao longo de dois decénios empreende de modo considerável um labor de excelência de que beneficiam diretamente os brasileiros e, pelo natural contágio com uma tal realidade, os consumidores de outras paragens, como é obviamente o caso de Portugal.

Daí que nos louvemos nas missões de cooperação que mister será desenvolver para que o direito do consumo se avante no concerto das disciplinas jurídicas, pelo seu carácter inovador e de vanguarda.

A mais não aspiramos.

Coimbra, Villa Cortez, Centro de Estudos de Direito do Consumo, setembro de 2011

Mário Frota
Presidente do Conselho Diretor

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PARADIGMA DA CONDUCTA

NA SOCIEDADE CAPITALISTA CONTEMPORÂNEA

RIZZATTO NUNES

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Mestre e doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP
Livre-docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP

EXCERTOS

“É possível verificar-se determinadas situações em que a pessoa age de modo subjetivamente mal intencionado, exatamente visando iludir a outra parte que com ela se relaciona”

“A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um standard, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva dos contratantes”

“Quando se trata de relação jurídica de consumo, esses parâmetros de lealdade e honestidade visam também o estabelecimento do equilíbrio entre as partes, mas não o econômico, como pretendem alguns, e sim o equilíbrio das posições contratuais”

“Além disso, é importante apontar que a boa-fé objetiva é também fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente”

“A boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar”

“Na eventualidade de lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal apriorística, pela qual as partes deveriam, desde logo, ter pautado suas ações e condutas, de forma adequada e justa”

No dia 16 de maio deste ano li no informativo jurídico *Migalhas* – no qual escrevo uma coluna semanal sobre direito do consumidor – uma nota sobre decisão do Colégio Recursal de Santos (do Tribunal de Justiça de São Paulo) que deu provimento ao recurso de uma empresa de varejo via internet, revertendo decisão que a condenava a entregar um fogão pelo preço irrisório de R\$ 2,10, cancelando também a condenação no pagamento de indenização por danos morais.

Segundo consta, uma consumidora acessou o *site* administrado pela empresa e viu um anúncio de um fogão de marca conhecida vendido pelo preço de apenas R\$ 2,10. Ela, então, aproveitou a situação e efetivou a compra do eletrodoméstico, via transação eletrônica, pagando R\$ 2,10 mais o frete de R\$ 84,56. Alguns dias depois, recebeu um comunicado da empresa falando do erro inserto no anúncio: o peço do fogão era, na realidade, R\$ 2.099,00. A empresa também informou que o pagamento seria ressarcido de imediato, com juros e correção monetária.

No entanto, a compradora se recusou a receber o estorno e ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais para obrigar a empresa a entregar o fogão pelo preço pago, mas afinal acabou perdendo a demanda, aliás muito bem decidida pelo Colégio Recursal.

É um caso típico de violação ao princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/90), que demonstra como a simples e direta aplicação desse princípio pode resolver alguns casos judiciais. A propósito, anoto que a violação ao princípio pode ser feita tanto por fornecedores (mais comum, fruto da mentalidade atrasada do enganar para ganhar) como por consumidores (como no caso do erro evidente do anúncio, a partir do qual a consumidora quis “levar vantagem”, como se diz)¹.

No presente artigo demonstrarei o papel desempenhado pela boa-fé objetiva na construção do sistema jurídico e também na aplicação efetiva dos princípios e normas jurídicas na sociedade capitalista contemporânea.

1. O COMPORTAMENTO HUMANO PREVISTO NA NORMA

A hermenêutica jurídica tem apontado no transcurso da história os vários problemas com os quais se depara o intérprete, não só na análise da norma e seu drama no que diz respeito à eficácia, mas também do problema da compreensão do comportamento humano. Deste, dependendo da ideologia ou da escola à qual pertença o hermeneuta, há sempre uma maior ou menor disposição de se buscar uma adequação/inadequação na questão da incidência normativa: há os que atribuem o comportamento à incidência direta da norma jurídica; os que alegam

que a norma jurídica é produzida por conta da pressão que o comportamento humano exerce sobre o legislador e logo sobre o sistema jurídico produzido; os que dizem que a norma tem caráter educador juntamente com os outros sistemas sociais de educação; os que atestam que, simplesmente, a norma jurídica é superestrutura de manutenção do *status quo*; os que veem na norma o instrumento de controle político e social; enfim, é possível detectar tantas variações das implicações existentes entre sistema jurídico e sociedade (ou norma jurídica e comportamento humano) quantas escolas puderem ser investigadas.

Realmente, são várias as teorias que pretendem dar conta do fenômeno produzido no seio social enquanto ação humana ou comportamento humano na sua correlação com as normas em geral e jurídica em particular. Pois bem. Acontece que, independentemente da escola, existem algumas fórmulas gerais que sempre se repetem como *topói*, isto é, como fórmulas de procura ou operações estruturantes a serem utilizadas pelo intérprete para resolver um problema de aplicação/interpretação normativa, no que diz respeito ao caso concreto. Vale dizer, esse elemento tópico acaba por ser utilizado pelo intérprete com o intuito de persuadir o receptor de sua mensagem, o que deve ser feito, portanto, de tal modo que cause uma impressão convincente no destinatário.

2. O MODELO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ora, a decisão jurídica decorrente do ato interpretativo surge linguisticamente num texto (numa obra doutrinária, numa decisão judicial, num parecer e, num certo sentido, na própria norma jurídica escrita) como uma argumentação racional, advinda de uma discussão também racional, fruto de um sujeito pensante racional, que, por sua vez, conseguiu articular proposições racionais. O ciclo surge fechado num sistema racional.

Acontece que, muitas vezes, fica difícil para o intérprete resolver o problema de modo racional lançando mão do repertório linguístico do sistema normativo escrito. Por vezes, faltam palavras capazes de dar conta dos fatos, dos valores, das disputas reais envolvidas, das justaposições de normas, dos conflitos de interesses, das contradições normativas, de suas antinomias, e até de seus paradoxos. Nesse momento, então, para resolver racionalmente o problema estudado, ele lança mão dessas fórmulas, verdadeiros modelos capazes de apresentar um caminho para a solução do problema. Dentre as várias alternativas, chamamos atenção aqui para *standards*, tais como “fato notório”, “regras ordinárias da experiência”, “homem comum”, “pensamento médio”, “razoabilidade”, “parcimônia”, “equilíbrio”, “justiça” (no sentido de equilíbrio), “bom senso”, “senso comum” etc.

É importante notar que essas fórmulas funcionam em sua capacidade de persuasão e convencimento, porque, de algum modo, elas, muitas vezes, apontam para verdades objetivas, traduzidas aqui como fatos concretos verificáveis. O destinatário do discurso racional preenchido com essas fórmulas o acata como verdadeiro, porque sabe, intuitivamente, que eles, em algum momento, corresponderam à realidade. Ou, em outras palavras, aceita o argumento estandarizado, porque reconhece nele, de forma inconsciente – intuitiva – um foro de legitimidade, eis que produzidos na realidade como um fato inexorável.

Falemos, pois, de um *topos* fundamental que, inserido no contexto linguístico dos operadores do direito, estudiosos da sociedade capitalista contemporânea, acabou, no Brasil, por ser erigido a princípio na Lei 8.078/90, foi adotado pelo novo Código Civil e vem sendo reconhecido como elemento da base do próprio

É necessário deixar-se claro que quando se fala em boa-fé objetiva tem-se que afastar o conteúdo da conhecida boa-fé subjetiva

sistema jurídico constitucional. Referimo-nos ao, já agora, conhecido *standard* da boa-fé objetiva.

É necessário deixar-se claro que quando se fala em boa-fé objetiva tem-se que afastar o conteúdo da conhecida boa-fé subjetiva. Esta diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação. Lembremos os exemplos encontrados no direito civil pátrio, tais como o do art. 1.561², que cuida dos efeitos do casamento putativo, dos arts. 1.201³ e 1.202⁴, que regulam a posse de boa-fé, do art. 879⁵, que se refere à boa-fé do alienante do imóvel indevidamente recebido etc.

Sendo assim, a boa-fé subjetiva admite sua oposta: a má-fé subjetiva. Vale dizer, é possível verificar-se determinadas situações em que a pessoa age de modo subjetivamente mal intencionado, exatamente visando iludir a outra parte que com ela se relaciona. Fala-se, assim, em má-fé no sentido subjetivo ou no dolo de violar o direito da outra pessoa envolvida.

Destarte, pode-se então constatar que a boa-fé subjetiva e a má-fé subjetiva são elementos que compõem a conduta da pessoa e que podem ser verificadas, mas com toda sorte de dificuldade, posto que demandam uma apuração interna (subjetiva) da pessoa que pratica o ato (tanto a lesada como a causadora da lesão). Mas com a boa-fé objetiva é diferente: ela independe de constatação ou apuração do aspecto subjetivo (ignorância ou intenção), vez que, erigida à verdadeira fórmula de conduta, é capaz de, por si só, apontar o caminho para a solução da pendência.

A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um *standard*, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva dos contratantes.

Em decorrência disso, pode-se, *grosso modo*, definir a boa-fé objetiva como sendo uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade.

E quando se trata de relação jurídica de consumo, esses parâmetros de lealdade e honestidade visam também o estabelecimento do equilíbrio entre as partes, mas não o econômico, como pretendem alguns, e sim o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças.

Assim, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando o interesse das partes. Lembro que o novo Código Civil também incorporou a boa-fé objetiva como norma de conduta imposta aos contratantes na conclusão e na execução dos contratos, conforme estabelecido no art. 422⁶ e no art. 113, que cuida da interpretação dos negócios jurídicos⁷.

Além disso, é importante apontar que a boa-fé objetiva é também fundamento de todo sistema jurídico, de modo que ela pode e deve ser observada em todo tipo de relação existente. É por ela que se estabelece um equilíbrio esperado para a relação, qualquer que seja esta. Este equilíbrio – tipicamente caracterizado com um dos critérios de aferição de justiça no caso concreto –, é verdade, não se apresenta como uma espécie de tipo ideal ou posição abstrata, mas, ao contrário, deve ser concretamente verificável em cada relação jurídica (contratos, atos, práticas etc., como demonstra o caso da compra do fogão narrado no início deste texto).

3. A OPERAÇÃO FEITA PELO INTÉRPRETE

Examine-se, pois, o funcionamento da boa-fé objetiva: o intérprete lança dela mão, utilizando-a como um modelo, um *standard* (um *topos*) a ser adotado na verificação do caso em si. Isto é, qualquer situação jurídica estabelecida

para ser validamente legítima, de acordo com o sistema jurídico, deve poder ser submetida à verificação da boa-fé objetiva que lhe é subjacente, de maneira que todas as partes envolvidas (quer seja credora, devedora, interveniente, ofertante, adquirente, estipulante etc.) devem-na respeitar.

A boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma atitude cooperativa que seja capaz que realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida.

Desse modo, pode-se afirmar que, na eventualidade de lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal apriorística, pela qual as partes deveriam, desde logo, ter pautado suas ações e condutas, de forma adequada e justa. Ele deve, então, num esforço de construção, buscar identificar qual o modelo previsto para aquele caso concreto, qual seria o tipo ideal esperado para que aquele caso concreto pudesse estar adequado, pudesse fazer justiça às partes e, a partir desse *standard*, verificar se o caso concreto nele se enquadra, para daí extrair as consequências jurídicas exigidas.

4. CONCLUSÃO

É por tudo isso que se afirma que a boa-fé objetiva é o atual paradigma da conduta na sociedade capitalista contemporânea.

NOTAS

¹E não é a primeira vez que ocorre. A hipótese de anúncio com preço impresso incorretamente com valor irrisório é típico de erro na oferta, conforme já tive, inclusive, oportunidade de relatar no meu *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Saraiva, 6ª. edição, 2011, p. 456 e ss.)

² “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

³Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

⁴“ Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.”

⁵“ Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.”

⁶Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

⁷Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E JULGADOS DE PAZ

OS MODELOS DO BRASIL E DE PORTUGAL:
SEMELHANÇAS E DISSEMELHANÇAS

Marcus da Costa Ferreira

Presidente 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 Universidade Evangélica de Anápolis

EXCERTOS

“ Tanto a legislação brasileira como a portuguesa se preocupam com a possibilidade do consumidor ter acesso rápido e eficaz a meios alternativos para solução de conflitos de consumo ”

“ A tarefa de implementar e fazer funcionar os juizados especiais cíveis foi incumbida aos estados-membros, que se viram obrigados a reformular as respectivas organizações judiciárias ”

“ A solução de forma amigável, muito mais que resolver o processo, põe termo à própria lide, permitindo que as pessoas sigam suas vidas sem traumas, rancores ou batalhas que se protraem no tempo ”

“ Muito embora a Lei 9.099 tenha profundo cunho social, no sentido de permitir o acesso à justiça de pessoas mais carentes, não se trata de norma de exceção, destinada exclusivamente aos mais pobres ”

“ Nos processos que fluem perante os juizados, é dispensado o rol de testemunhas, que não precisa constar na petição inicial nem na contestação, e menos ainda ser apresentado em determinado prazo antes da audiência, bastando que cada parte traga suas testemunhas ”

“ As cortes arbitrais de conflitos de consumo de Portugal, em sua totalidade, têm por objetivo informação aos consumidores sobre seus direitos, mediação, conciliação e arbitragem ”

“ Caso demandado na justiça estatal pelo consumidor, não poderá o fornecedor excepcionar o acordo que fez com a corte arbitral, porque dele o consumidor não participou, não suportando seus efeitos ”

“ Apesar dos julgados de paz portugueses não serem órgãos judiciários, proferem decisões com efeito de sentença, podendo ser executadas como as decisões judiciais em geral, perante a justiça comum ”

INTRODUÇÃO

Este trabalho decorre da conclusão do curso de pós-graduação em direito dos contratos e de consumo promovido pela Universidade de Coimbra entre 2009 e 2010, ao qual estive presente em virtude de convênio entre a promotora e a Escola Nacional da Magistratura do Brasil.

Após a Revolução Francesa, o mundo experimentou evolução extraordinária em período de tempo historicamente irrisório, passando pela revolução industrial, revolução comercial, o ingresso dos meios eletrônicos de comunicação, a formação do mercado de consumo e a chamada globalização, que nos colocou a todos em uma verdadeira aldeia global.

A necessidade de obtenção de lucro, aliada às necessidades de consumo para a sobrevivência ou mesmo para atender a modismos e confortos que são impostos às pessoas sem que percebam, fez criar meios de produção em larga escala e de comercialização dos bens produzidos, perdendo-se a pessoalidade das relações, sendo certo que atualmente não se confia mais em pessoas, mas em marcas, números e históricos.

O mercado de consumo passou a ser uma realidade imutável em decorrência do avanço tecnológico e do desfrute das facilidades e confortos patrocinados pela velocidade da comunicação, pela facilidade de aquisição de bens e serviços, e pela adoção, certamente imposta, de padrão de vida tocado pelo consumismo, pela produção em larga escala e a colocação dos produtos em escala equivalente, muitas vezes sem o respeito à saúde, segurança e os direitos mínimos das pessoas. Temos, de um lado, as grandes corporações preocupadas em produzir e vender cada vez mais, e, de outro, todos nós consumidores, nem sempre cientes do que e por que estamos a adquirir.

Certamente que a existência de relações jurídicas que confrontam sujeitos tão díspares, como o são as grandes empresas e os consumidores, merece atenção especial do Estado, no sentido de não se permitir abusos, sem, por outro lado, impedir a atividade econômica, ou seja, quer-se encontrar um liame através do qual se proteja a parte mais fraca na relação, sem impedir a existência da atividade produtora, necessária não só ao capital, como ao próprio consumidor.

A preocupação que se iniciou nas nações industrializadas eclodiu nos Estados Unidos da América do Norte, responsáveis pela revolução comercial com a colocação em massa dos produtos industriais, com o nascimento do movimento consumerista, que desencadeou no que hoje conhecemos como direito do consumidor, em finais do século XIX, princípio do século XX, quando se percebeu que, nas palavras de Henry Ford, “nenhuma corrente pode ser mais forte que seu elo mais fraco”, reconhecendo-se o consumidor como esse elo mais fraco.

A par da tendência, verificada em algumas nações, de incorporação do direito

do consumidor ao direito civil, vê-se que há uma preocupação constante da proteção do consumidor enquanto sujeito vulnerável nas relações cotidianas de consumo, positivando-se normas tendentes a garantir, dentre outros: sua saúde e segurança; a qualidade de produtos e serviços e sua padronização mínima; o respeito a regras protetivas quanto à contratação em massa; a previsão e tratamento de seu sobre-endividamento; o impedimento a práticas abusivas por parte de fornecedores; a reparação dos danos materiais e morais ocorridos nas relações de consumo; o tratamento da publicidade enquanto forma de levar as pessoas ao consumo; a proteção administrativa e mesmo a criminalização de algumas condutas, e, bem assim, a facilitação de seu acesso a meios de efetivar os direitos preconizados.

De nada valeria o arcabouço protetivo formado em favor do consumidor contra atitudes desrespeitosas, voluntárias ou não, de fornecedores, se não hou-

A boa-fé objetiva é uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar

vesse meios de compelir os últimos ao cumprimento das normas, posto se saber que, especialmente quando estão envolvidos interesses econômicos, o respeito é diretamente ligado ao temor que se tem às consequências do incumprimento.

O caminho normal no mundo civilizado para resolução de contendas passa pela ação do Estado, através de seu poder/dever de fornecer a jurisdição a todas as pessoas, que impede a realização da justiça pelas próprias mãos, e, de outra parte, obriga o Estado a fornecer tal solução a todos que dela necessitarem.

Muitas vezes já se disse que sendo a justiça um sinônimo de perfeição, desde quando se teve notícia de sua existência, e para todo sempre, haverá uma “crise da Justiça”, visto que sempre que se melhore sua prestação, ainda não se terá atingido o ponto ideal, que talvez só exista quando a justiça não mais se faça necessária, por terem as pessoas atingido a paz ideal.

Longe de pretender divagar sobre o problema da justiça e de sua morosidade, o certo é que hoje percebemos que ela existe, mas que não satisfaz plenamente quem dela precisa. Não se diz em relação ao conteúdo do resultado, mas certamente é insuficiente quanto à presteza e eficácia de suas decisões, por vezes perdida no tempo, entregue quando a parte nela não mais acredita.

Causas diversas podem e são elencadas para a insuficiência do Estado em prestar a jurisdição a tempo e na hora pretendida e esperada pelas pessoas: por vezes se atribui a culpa aos juízes, por outras aos advogados, ainda às leis mal formuladas, dúbias e lacunosas; ou se fala de falta de estrutura dos órgãos judiciários; diz-se, ainda, que com a explosão de consumo, com a politização e informação

das pessoas, houve acréscimo não esperado de demandas que sobrecarregou as vias judiciais, e tantas outras explicações se dão sem que se encontre uma saída.

Nas relações de consumo, onde se reconhece o consumidor como agente débil e vulnerável, há a necessidade da prestação da justiça de forma ágil e eficaz, em razão do que se tem preocupado em dispor de meios alternativos para a solução de conflitos que daí resultem, por vezes tidos como irrisórios para deflagrarem ação do Poder Judiciário, ou como de valor pouco significativo a justificar os gastos que importam uma demanda, e, ainda, no geral, de monta pouca que não justifica o esperar por longos anos de tramitação.

Tanto a legislação brasileira como a portuguesa se preocupam com a possibilidade do consumidor ter acesso rápido e eficaz a meios alternativos para solução de conflitos de consumo. Dizem-se alternativos não por fugirem completamente à ação do Estado, mas por fugirem do modelo clássico, burocrático e formalista da justiça tradicional.

O objetivo deste trabalho é, de forma despretensiosa, apresentar os meios mais usuais de solução de conflitos de consumo nas nações irmãs, tratando, inicialmente, no primeiro capítulo, da organização e funcionamento dos juizados especiais cíveis existentes no direito brasileiro. Fala-se de suas raízes históricas, seus princípios, sua competência, das partes que nele podem estar, dos atos processuais em geral, do procedimento, sentença e sua execução.

Num segundo momento, trata-se dos Centros de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo de Portugal, que representam meio dependente da vontade das partes e, portanto, não obrigatório, discorrendo-se sobre suas origens, suas características, o procedimento observado nas diversas unidades existentes no país, a sentença, sua força executiva, bem como a possibilidade de recurso.

Num terceiro momento, trata-se dos julgados de paz, instituídos pela Lei 78/2001, que se originam de recriação de antigo instituto existente em Portugal, o qual busca, com a efetiva participação dos interessados, a solução rápida de conflitos em geral, e de consumo em especial, mostrando seus princípios norteadores, sua competência, organização, procedimento observado nas fases de pré-mediação, mediação e julgamento, bem como a força executiva das sentenças ali proferidas.

Por derradeiro, traço um quadro comparativo entre os juizados especiais cíveis brasileiros, os Centros de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo e os julgados de paz, deixando claras as semelhanças e diferenças que entre eles existem, exatamente para que, partilhando experiências positivas e negativas, se possa aprimorar o funcionamento de todos, dando ao consumidor a verdadeira proteção determinada na lei.

Coimbra, abril de 2010.

I. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS BRASILEIROS

Desde que o Estado chamou para si o direito exclusivo de resolver os problemas entre seus súditos e entre estes e o próprio Estado, não permitindo que se fizesse justiça com as próprias mãos, ele criou, da mesma forma, a obrigação de fornecer a todos o acesso a tais soluções, surgindo daí a ideia da jurisdição como um poder-dever deste mesmo Estado. Se por um lado só ele pode resolver as questões de forma legítima, por outro não pode negar, ou melhor, deve garantir o acesso aos instrumentos de solução por parte dos súditos, que, afinal, custeiam a máquina estatal com o pagamento de seus impostos.

Padecendo de crise em seu sistema judicial, que não lhe é exclusiva, o sempre burocrático estado brasileiro chegou ao ponto, nos suspiros finais da ditadura militar, no final da década de 1970 e início da década de 1980, de criar um “Ministério da Desburocratização”, que buscava tornar a vida das pessoas um pouco menos complicada. Ainda sob a égide da Constituição de 1967, com sensível inspiração nas Small Claim Courts dos Estados Unidos da América do Norte e nas Cortes de Conciliação Chotei do Japão, foi editada a Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, que criou os juizados especiais de pequenas causas no Brasil¹.

Mencionada legislação, que não obrigava os estados-membros a criar e manter os juizados de pequenas causas, teve como objetivo principal atrair para a justiça as causas que a ela não chegavam, em virtude de seus custos elevados e entaves diversos, que acabavam por repelir a busca da solução judicial por pessoas mais carentes, ou em relação a causas de menor valor, criando verdadeira demanda estancada, bem como desafogar a justiça, especialmente nas causas de procedimento sumário (No Brasil, o processo de conhecimento, está dividido em “comum”, e “especial”, sendo o primeiro subdividido em “ordinário”, que é procedimento pai ou residual, e “sumário”, que tem tramitação mais simples, nos moldes do artigo 275 do CPC) e de assistência judiciária (que é concedida àqueles que não são capazes de custear as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, nos termos da Lei 1.060/50 e artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal)².

Retomado o estado democrático de direito no Brasil, com o final da ditadura, foi editada a chamada Constituição “Cidadã”, de 5 de outubro de 1998, que, em virtude do real ganho existente com o funcionamento dos juizados de pequenas causas, determinou em seu artigo 98, de forma compulsória a estados-membros e à própria União, a criação de juizados especiais para o conhecimento e julgamento de causas de menor complexidade, tanto na esfera cível como no domínio penal para os crimes de menor potencial ofensivo.

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Além de haver inaugurado a possibilidade de transação penal no Brasil, o que não será objeto de exame no presente trabalho, a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, criou os juizados especiais cíveis e criminais, nas configurações atualmente conhecidas, desfazendo, inclusive, odiosa discriminação em relação às ações de menor valor, normalmente com polaridades ocupadas por pessoas mais carentes, que eram tratadas de “pequenas causas”. Em verdade, para o Estado as causas de qualquer valor, ou que tenham como autor e réu qualquer cidadão, devem ser consideradas no mesmo patamar. Agora tratadas de ações “especiais”, não se pode negar, no mínimo, tratar-se de nomenclatura politicamente correta³.

Apesar de ser lei federal, a tarefa de implementar e fazer funcionar os juizados especiais cíveis foi incumbida aos estados-membros, que se viram obrigados a reformular as respectivas organizações judiciárias, bem como criar estrutura mínima para seu funcionamento.

Mencionada lei determinou o âmbito de aplicação do procedimento; definiu os princípios que norteiam os processos que por ali fluem; traçou linhas mestras de sua organização interna, com sujeição a juiz togado; definiu o procedimento para as demandas em si, para as execuções e para os acordos intitulados “autocomposição”.

Apesar de não haver expressamente invocado o Código de Processo Civil como norma subsidiária, essa conclusão decorre do exame do parágrafo único do artigo 272 do Código de Processo Civil, ao expressar que “o procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”. Ora, sendo o procedimento da Lei 9.099/95 um procedimento especial, e para alguns procedimento sumaríssimo, sem dúvida que a ele se aplicam, no que houver necessidade, as normas ditadas para o procedimento comum ordinário⁴.

O pensamento em contrário tornaria inviável a prestação que se espera do procedimento dos juizados especiais cíveis, que estariam impedidos de apreciar, liminarmente, medidas cautelares (artigos 804 e seguintes do CPC) ou de antecipação dos efeitos da tutela (artigo 273 do mesmo diploma), que se mostram essenciais à real efetividade, principalmente nas demandas que envolvam relações de consumo, em que uma das partes se mostra em posição de extrema desvantagem na relação subjacente ao ajuizamento da ação⁵.

1.1. PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Em seu artigo 2º, a Lei 9.099, antes mesmo de balizar o âmbito de sua aplicação, fixou os princípios que devem orientar os processos a ela submetidos, enumerando-os como: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Como princípios, servem para orientar todos os atos desenvolvidos nos juizados, inclusive quando se defronta com alguma omissão ou necessidade de interpretação do texto legal. Sem dúvida o legislador teve a intenção, ao firmar tais princípios, de facilitar o acesso das pessoas à justiça, especialmente as mais necessitadas, dando-lhes solução rápida, barata e eficaz para as questões que se apresentem, sendo certo que eles se misturam e se fundem na busca de tais objetivos.

Pelo princípio da oralidade, buscou o legislador a documentação mínima dos atos processuais, o que representa elevado ganho em rapidez e simplicidade do processo, evitando a prática burocrática de diversos atos processuais, sem, no entanto, deixar o processo com uma formatação mínima, tanto que, no § 3º do artigo 13, determinou que fossem documentados os “atos essenciais”, dentre os quais devem ser incluídos a citação, o laudo arbitral e a sentença, bem outros que demandem forçosamente a forma escrita.

O princípio da oralidade é consagrado em diversos artigos da lei, especialmente: 13, §§ 2º e 3º, 14, 17, 19, 21, 24, § 1º, 28, 29 e 30, que admitem a apresentação de pedido e contestação pela via oral; as intimações por outros “meios idôneos” além dos previstos para o processo comum; concentração de atos em audiência; dispensa de formulação de termos etc.

Para Joel Dias Figueira Júnior⁶, todos os demais princípios decorrem do princípio da oralidade, o qual entende como “viga mestra da técnica processual”, expressando que o legislador constitucional determinou a máxima observância possível da oralidade nos processos que fluam perante os juizados especiais, vindo, por conseguinte, os demais princípios.

Através da simplicidade, teve o legislador dupla intenção: primeiro quebrar a barreira que historicamente existiu entre as pessoas mais simples e o Poder Judiciário. Se um dos objetivos da criação dos juizados foi atenção à demanda normalmente estancada, relativa a questões de menor complexidade que normalmente não chegavam à justiça, certamente que seria necessário se encontrar meios de permitir que os detentores de tais direitos buscassem as hostes judiciais.

A suntuosidade dos prédios, a pompa dos juízes, normalmente ocultos em re-doma inacessível, sempre afastou as pessoas mais simples da busca de seus direitos. Quis, portanto, o legislador criar um ambiente simples, integrado por magistrados de conduta mais singela para permitir às pessoas humildes o alcance da satisfação do seu

direito à tutela jurisdicional.

A segunda intenção foi exatamente permitir que isso se tornasse possível através de um processo que também é mais simples, primando pela tentativa constante de conciliação, e realização de audiências onde as partes são reunidas para buscar o entendimento. Caso não o haja, o processo não admite chicanas e artifícios protelatórios, tendo trâmite agilizado, dotado apenas de um recurso (dois para quem entende embargos de declaração como recurso), que deve estar concluído em curto espaço de tempo.

Quanto à informalidade, desponta como princípio demonstrador da nítida disposição em não se permitir que se privilegie a forma ao direito. Inúmeros são os casos em que o Judiciário deixa de examinar o direito que lhe é posto por inobservância de formas, por vezes antigas, arcaicas e que prestam serviço à morosidade processual.

Não haverá
condenação aos ônus
da sucumbência na
sentença de primeiro
grau, exceto no caso
de má-fé reconhecida

O princípio da informalidade é a concretização do princípio da instrumentalidade das formas, que está insculpido no artigo 13 da Lei 9.099, ao determinar que “os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados”.

E não só isso. É de se ver que o artigo 5º da Lei 9.099 confere ao juiz a possibilidade de conduzir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Prova maior de desapego às formas processuais tradicionais está no fato de se permitir que o juiz decida com o bom senso que lhe é exigido, resolva o que e como provar, evitando desnecessário desgaste com a produção de prova impertinente ou protelatória, além de permitir a valoração da regras de experiência, o que foge da máxima “o que não está no processo não está no mundo”.

Aliás, o artigo 6º do mencionado diploma, ao determinar que “o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, deu ao magistrado liberdade tal que o permite se afastar de quase tudo, inclusive da lei em determinados casos, menos da justiça, que a situação recomenda e solicita, segundo as finalidades sociais da lei e as exigências do bem comum.

Não se olvide que tal informalidade não poderá levar à inobservância de direitos e à insegurança das partes, jamais se afastando do contraditório e da ampla defesa, pois como bem assevera Cândido Rangel Dinamarco⁷, “a liberdade formal tem limite no momento que principia a ser causa de insegurança dos litigantes e condição de arbítrio para o juiz”.

Certamente que tornar o processo, senão gratuito, o mais barato possível, com o mínimo de dispêndio financeiro, é objetivo do princípio da economia processual, em razão do que se pode mencionar que o processo é gratuito em primeiro grau, nos moldes do artigo 54, ou seja, não se tem que pagar qualquer taxa, custas ou despesas. A prática tem demonstrado que não se dá a aplicação plena de tal disposição, acabando as partes por serem obrigadas a arcar, ao menos, com as despesas de deslocação do oficial de justiça para o cumprimento de atos processuais. Mas, se não gratuito, o processo é o mais barato possível.

Ainda quanto aos custos financeiros do processo, é de se ver que não haverá condenação aos ônus da sucumbência na sentença de primeiro grau, exceto no caso de má-fé reconhecida (artigo 55), dando-se tal condenação em sede de recurso, quando este não for provido.

Mas a economia a que se refere o princípio não se limita à poupança de valores pecuniários expressos. No dizer de Alfredo de Araújo Lopes da Costa⁸, busca-se da mesma forma o mínimo de dispêndio de trabalho, tempo e despesas. Assim a economia também se verifica com a simplificação dos atos do processo, que acabam por poupar o desgaste da máquina judiciária, permitindo o atendimento mais rápido a um número maior de demandas.

O princípio da celeridade processual é o corolário e o resultado da conjugação dos demais princípios que norteiam os processos que fluem perante os juizados. Um processo desvinculado da materialização de todos seus atos em documentos, sem a preocupação do rigor formal que impede a apreciação do direito, no qual se busque evitar, ao máximo, dispêndios que possam sobrecarregar as partes, certamente será bem mais rápido.

A rapidez do processo também é obtida pela simplificação de alguns atos, a concentração de outros e, ainda, a eliminação de alguns atos e fases do processo. Assim é que, por exemplo, não se admite a intervenção de terceiros para evitar a suspensão do processo (artigo 10), e, bem assim, concentram-se todos os atos na audiência, caso não ocorra prejuízo para a defesa, ou, em não sendo possível, será a instrução designada para data bem próxima (artigos 27 e seguintes).

Também é mais célere a entrega efetiva da tutela jurisdicional, a limitação da quantidade de recursos (só se admitindo um, da sentença final, e os embargos de declaração) e sua inibição pela cobrança de custas e exigência de advogado para sua interposição (artigo 41 e seus parágrafos), bem como a execução célere do julgado, no próprio juizado (artigo 52), cumprindo salientar que, antecipando-se à recente reforma ocorrida no Código de Processo Civil brasileiro, a Lei 9.099 já considerava a execução por título judicial como fase do processo de conhecimento, para a qual se dispensava nova citação, o que só a partir de 1996 passou a ser reconhecido nos

processos que fluem perante a justiça comum, regulados pelo CPC.

Em verdade, o princípio da celeridade, conjugado aos demais, está espalhado por toda a lei, permitindo efetiva solução de conflitos de forma ágil, descomplicada e barata, parecendo estar a cumprir os objetivos que inspiraram a criação dos juizados especiais cíveis.

Por derradeiro, ainda se tem como princípio a busca constante de conciliação. A crise judiciária que se conhece há bom tempo é a fonte do dito popular segundo o qual “mais vale um mau acordo que uma boa demanda”. Além disso, se tem descoberto que a solução de forma amigável, muito mais que resolver o processo, põe termo à própria lide, permitindo que as pessoas sigam suas vidas sem traumas, rancores ou batalhas que se protraem no tempo.

A solução de contendas pela conciliação tem efeitos totalmente benéficos, tanto por desafogar o Judiciário como por impedir agravamento de conflitos sociais, de modo tal que o próprio Conselho Nacional de Justiça do Brasil, órgão de controle externo das atividades do Judiciário, patrocina a campanha “conciliar é legal”, com forte apego em todos os tribunais do país (maiores informações em www.cnj.jus.br).

1.2. COMPETÊNCIA

Em se tratando de órgão tipicamente jurisdicional, o juizado especial cível está sujeito às regras de competência, que no dizer de José Frederico Marques⁹ “é a medida da jurisdição, uma vez que determina a esfera de atribuições dos órgãos que exercem as funções jurisdicionais”.

A Lei 7.244, que criou os juizados de pequenas causas, tinha em seu artigo 1º disposição que deixava clara ser opção do autor da ação a escolha do procedimento próprio dos juizados, ao adotar os termos “por opção do autor”, não deixando espaço para o pensamento de que seria obrigatória a propositura de causas abrangidas pelo âmbito de competência dos juizados exclusivamente perante estes. Mencionada norma, entretanto, foi totalmente revogada pela Lei 9.099, que criou os atuais juizados especiais cíveis, sem, no entanto, falar a esse respeito, criando discussão acerca da obrigatoriedade ou não da adoção do procedimento preconizado nos casos previstos como de sua competência, suscitando acalorado debate na doutrina sobre ser absoluta e obrigatória ou relativa, e, portanto, opcional da parte, a escolha pelo procedimento dos juizados especiais cíveis.

Doutrinadores respeitadas, como Luis Felipe Salomão, Theotônio Negrão, Luiz Fux e Algomiro Carvalho Neto¹⁰, defendem ser absoluta a competência dos juizados, e, portanto, obrigatória sua utilização nos casos nele mencionados, sob o argumento de que tal competência foi fixada na Constituição da República, que expressamente determinou sua criação.

De outra banca, Joel Dias Figueira Júnior e Nelson Nery Júnior¹¹ sustentam o contrário, ao defenderem a facultatividade do procedimento especial, invocando como argumentos a inviabilidade dos órgãos, já em seu nascimento, pela sobrecarga, e, bem assim, os motivos que levaram à criação dos juizados.

Talvez até por questões políticas de viabilidade dos juizados especiais cíveis, a jurisprudência, capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça¹², se assentou no sentido de reconhecer ser relativa a competência dos juizados, cujo procedimento deve decorrer de opção por parte do demandante. A questão, portanto, se mostra de momento resolvida, face à prevalência da jurisprudência sobre a doutrina.

Nos moldes do caput do artigo 3º da Lei 9.099, os juizados especiais terão competência para processo e julgamento das “causas cíveis de menor complexidade”, assim se compreendendo, em primeiro lugar (inciso I), as causas cujo valor

As ações possessórias sobre bens móveis, desde que limitadas ao valor de alçada, podem fluir perfeitamente perante os juizados especiais

não exceda 40 vezes o valor do salário mínimo.

O salário mínimo no Brasil é fixado por lei e tem reajustes anuais, sendo, pois, o primeiro critério adotado pelo legislador o da competência em razão do valor. Este, aliás, rege toda a competência dos juizados, só se admitindo exceções em caso de acordos celebrados durante o processo (artigo 3º, § 3º) e no caso de auto-composição, quando as partes já chegam ao juizado com o acordo pronto para ser homologado (artigo 57).

A propositura de ação em valor superior ao da alçada importará renúncia ao crédito excedente, nos moldes do mencionado § 3º do artigo 3º, o que impede a cisão do pedido em partes, para que haja cobrança em diversos procedimentos, posto ser a renúncia um ato unilateral e irrevogável.

Apesar da lei assim não o prever, casos existem em que a propositura de ação em valor superior ao do teto deverá importar rejeição do pedido e envio das partes para a justiça comum. Assim se dará, por exemplo, no caso de uma ação possessória sobre bem de valor superior ao do teto, face à impossibilidade de cisão do objeto da causa para que ocorra a renúncia tácita determinada no texto legal. Em hipótese tal, outra solução não existe senão o não acolhimento do pedido.

Importante notar, de outro lado, que muito embora a Lei 9.099 tenha profundo cunho social, no sentido de permitir o acesso à justiça de pessoas mais carentes, não se trata de norma de exceção, destinada exclusivamente aos mais pobres, posto não se questionar a fortuna ou os rendimentos das partes, mas apenas o valor do objeto da ação em que vão contender. Assim, tanto o de menor remuneração como o mais abastado tem acesso ao órgão jurisdicional, desde que a demanda tenha valor máximo equivalente à alçada legalmente fixada.

Além do critério econômico acima mencionado, a lei tratou também da competência em razão da matéria, determinando, inicialmente, no inciso II do artigo 3º, serem os juizados especiais competentes para processar e julgar as causas “enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil”. A disposição legal mencionada trata das causas sujeitas ao procedimento comum sumário no Código de Processo Civil, que são: a) arrendamento rural e de parceria agrícola; b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo ressalvados os casos de processo de execução; f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial; g) que versem sobre revogação de doação; h) nos demais casos previstos em lei.

Em virtude da má técnica legislativa empregada, ainda desafia discussão no Brasil a questão da limitação do valor das causas acima enumeradas ao teto de alçada dos juizados. Isto porque o artigo 3º, II, da Lei 9.099 fez expressa menção ao artigo 275, II, do CPC. Este, por sua vez, determina quais as causas sujeitas ao procedimento comum sumário, usando também o critério de competência por valor econômico e pela matéria.

Assim é que no inciso I do artigo 275 do CPC está dito que as causas de valor não superior a sessenta salários mínimos podem fluir pelo procedimento comum sumário, fixando-se o critério relativo ao valor. Já no inciso II do artigo 275 está a afirmação de que poderão seguir o procedimento sumário as causas, “qualquer que seja o valor”, que tenham como objeto aquelas acima mencionadas, criando o critério relativo à matéria.

Isto permite a compreensão de que, nos juizados especiais cíveis, causas envolvendo aquelas matérias não estariam sujeitas ao teto de alçada respectivo. A questão ainda está longe de ser dirimida no universo jurídico brasileiro, existindo opiniões balizadas de lado a lado.

Os que são contrários à ideia (aos quais me alio) sustentam que a competência relativa à matéria está também sujeita ao valor de alçada, posto que, do contrário, o procedimento sumário perderia sua razão de ser, vez que a parte que defrontasse causa com objeto similar teria à disposição, independente de valor, o procedimento do juizado, tornando o procedimento sumário de absoluta desnecessidade.

Por outro lado, não se pode esquecer que o artigo 3º, em seu parágrafo 3º, foi expresso ao determinar que a propositura de ação em valor superior ao da alçada importaria renúncia ao valor excedente, sem fazer qualquer ressalva às ações descritas no inciso II do artigo 275 do CPC.

Muito embora não se possua um banco de dados efetivo da jurisprudência dos juizados especiais, porque cada estado da nação deu uma formatação diferente a seus juizados, havendo diversas turmas recursais sem subordinação a qualquer outro órgão superior, e sem um esforço de documentação de jurisprudência considerável, foi criado o FONAJE – Fórum Permanente de juízes Coordenadores de juizados especiais, que se reúne anualmente para troca de impressões na busca de melhor funcionamento dos juizados em todo o país.

Citado órgão, sem função jurisdicional, não tem qualquer vinculação hierárquica com as decisões dos juizados, mas edita enunciados, sem força vinculante, que exprimem o pensamento dos coordenadores de juizados especiais de todo o país sobre determinados temas, com a função de orientação. No entendimento de tal fórum, não existe a limitação valorativa.

É que dispõe o enunciado 58, com a seguinte redação: “Enunciado 58 - Substitui o Enunciado 2 - As causas cíveis enumeradas no art. 275, II, do CPC admitem condenação superior a 40 salários mínimos e sua respectiva execução, no próprio juizado”¹³. A solução de tal questão certamente só virá com a reforma da lei e o esclarecimento de sua redação.

Além disso, o artigo 3º, III, determina que os juizados são competentes, ainda, para o julgamento das ações de despejo para uso próprio. Como se sabe, as ações de despejo são tipicamente usadas quando existe entre as partes contrato de locação de bens imóveis, sujeitando-se ao regime da Lei 8.245/91, o que equivale ao regime de arrendamento na lei portuguesa, que, por seu turno, divide locação em aluguer, quando se trata de bens móveis, e em arrendamento, quando o objeto for bens imóveis, diferentemente da lei brasileira.

Também neste caso ocorre discussão acerca da possibilidade de ajuizamento perante os juizados especiais de ação de despejo que não tenha por fundamento a retomada para uso próprio. Parcela da doutrina e da jurisprudência passou a pensar somente ser possível em caso de retomada do imóvel para uso próprio, face à expressa menção da lei¹⁴. Pensam estes que a finalidade da norma contida na Lei 9.099 é permitir ao dono de imóvel em apuros que obtenha de volta o imóvel locado para nele passar a residir.

Além da ação de despejo para uso próprio, a Lei do Inquilinato (8.245/91) admite, dentre outras causas, a retomada do bem locado por falta de pagamento. Ora, não são poucos os casos conhecidos de pessoas que locam o único imóvel que possuem, para viverem da renda auferida, com a qual pagam aluguel de outro imóvel inferior. O atraso ou o não pagamento da locação, em situação tal, importará prejuízo ao locador até superior ao caso de retomada para uso próprio.

De mais a mais, o artigo 80 da Lei 8.245 determina expressamente que,

“para os fins do inciso I do art. 98 da Constituição Federal, as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade”. Nota-se, pois, que o legislador não especificou que modalidades de despejo poderiam ser consideradas para efeito de processamento perante os juizados especiais. Para atender aos fins de criação do moderno instrumento, nada melhor que se admitir a fluência de todas as modalidades de despejo perante os juizados desde que limitadas ao valor de alçada.

No inciso IV do artigo 3º, o legislador previu a competência dos juizados especiais para apreciar as ações possessórias sobre imóveis, limitada ao valor da alçada. No Brasil existem como ações tipicamente possessórias as de reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório, que se destinam a solucionar casos de esbulho, turbacão e fundada ameaça à posse, respectivamente, havendo fungibilidade plena entre elas, nos moldes do artigo 920 do CPC.

Os centros portugueses são dotados de juizes árbitros, em sua expressa maioria indicados pelo Conselho Superior da Magistratura

Segundo o regime do CPC, as ações possessórias decorrentes de “força nova”, assim considerando-se as que têm origem em ofensa possessória ocorrida em prazo inferior a um ano e um dia, são dotadas da possibilidade da concessão de liminar, para a imediata reversão da posse em favor do autor, segundo expressam os artigos 924 e seguintes, o que acaba por caracterizar um procedimento especial, em que se admite a produção de provas em audiência de justificação,

antes mesmo da citação do requerido, destinada à formação da convicção do juiz para a concessão da liminar respectiva.

Talvez por isso o legislador tenha expressamente afirmado a possibilidade de fluência de tais ações perante os juizados, posto que, ao entender de alguns, as ações que mereçam procedimento especial não poderiam ter fluxo na justiça especial, o que, a meu ver, não tem qualquer sentido, devendo se admitir perante os juizados especiais o fluxo de toda e qualquer ação que não for expressamente vedada pela casuística adotada pela Lei 9.099.

Os artigos 1.102-A a 1.102-C do CPC disciplinam a existência da ação monitoria no Brasil, conhecida como um intermédio entre o processo de conhecimento e de execução, que se destina à solicitação de cumprimento de obrigação da qual se tenha prova escrita, sem força de título executivo. Muitos foram os casos de juizes brasileiros que recusaram o processamento de tais ações perante os juizados, por se tratar de procedimento especial.

Segundo o artigo 14 da Lei 9.099, o processo instaurar-se-á com a apresenta-

ção de pedido, escrito ou oral, na secretaria do juizado, no qual se exige, de forma simples e em linguagem acessível, o nome, a qualificação e o endereço das partes; os fatos e os fundamentos, de forma sucinta, e o objeto e seu valor. Só isso e mais nada.

Ora, se o interessado em receber a obrigação comprovada por prova escrita sem força de título executivo apresentar perante o juiz do juizado a mesma petição que havia formulado como “ação monitória”, mas da mesma retirar o nome, limitando-se a fazer o pedido para receber a obrigação, não haverá inépcia para apreciação pelo juizado, e o juiz terá que dele conhecer. Infelizmente muitos operadores do direito que se encontram à frente dos juzados especiais cíveis ainda continuam distantes da realidade, indespertos para a finalidade social das decisões e presos a formalismos próprios do século anterior.

Não há dúvidas de que as ações possessórias sobre bens móveis, desde que limitadas ao valor de alçada, podem fluir perfeitamente perante os juzados especiais, e bem assim toda e qualquer outra ação cujo valor não supere o teto. As exceções são traçadas pela própria lei, que no § 2º do artigo 3º determina ficarem excluídas da apreciação dos juzados as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de

As ações fiscais e de interesse da Fazenda Pública não poderão fluir perante os juzados especiais cíveis

interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

A opção do legislador em citar expressamente as causas que ficam excluídas da apreciação dos juzados especiais cíveis reforça, se não demonstra de forma cabal, que todas as demais lides, por especial que seja o procedimento, desde que tenham valor no máximo equivalente ao teto legal, poderão fluir pelo

chamado procedimento sumaríssimo.

O legislador sacou da competência dos juzados as ações acima em virtude da preservação dos princípios adotados como norteadores dos processos. Assim, as ações que dizem respeito ao estado e capacidade da pessoa, bem como a de alimentos, devem, forçosamente, fluir em segredo de justiça, nos moldes do artigo 155, II, do CPC, sendo necessária, portanto, a observância de formalidades incompatíveis com o procedimento sumaríssimo, sem esquecer que perante os juzados especiais não se admite segredo de justiça, sendo os atos necessariamente públicos, conforme determina o artigo 12 da Lei 9.099.

As ações fiscais e de interesse da Fazenda Pública não poderão fluir perante os juzados especiais cíveis em virtude da benesse processual conferida à Fazenda Pública pelo artigo 188 do CPC, dispondo de prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer.

Frisa-se que estamos a tratar do procedimento dos juizados especiais cíveis de que trata a Lei 9.099. Através da Lei 10.259/01, foram instituídos os juizados especiais federais, que se destinam ao processo e julgamento das ações que tenham no polo passivo a União, suas autarquias e fundações bem como as empresas públicas federais, cujo valor não supere sessenta salários mínimos, o que não é objeto deste estudo, por praticamente não tratarem de questões relativas à relação de consumo.

Em relação à ação falimentar e, por extensão, à recuperação judicial da empresa, verifica-se a existência de um processo um tanto quanto conturbado, moroso e de difícil resolução em pouco tempo, nos moldes da Lei 11.101/05, não sendo demais afirmar, por experiência, que processos de tal natureza não se encerram num período mínimo de três anos, o que afronta diretamente o princípio da celeridade.

Não se pode, ainda, esquecer que nos moldes do artigo 76 da mencionada lei, está instituído o juízo universal da falência, que tem força atrativa para todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, o que poderia levar ao confronto com todos os princípios dos juizados, inviabilizando seu funcionamento. Em situação de falência, por normal, os impostos representam créditos privilegiados, e o interesse do Estado é evidente, somando-se, pois, tal ocorrência aos motivos do impedimento de seu processamento perante os juizados, já que as fazendas públicas não poderão fazer parte dessas demandas, em qualquer das polaridades.

A competência para apreciação das ações de acidente de trabalho no Brasil foi questão controversa ao longo dos anos, existindo posicionamentos as remetendo à justiça comum estadual, e, por outras, à justiça especial do trabalho. A questão foi solucionada em definitivo através da emenda constitucional nº 45, de 2004, que deu nova redação ao disposto no artigo 114 da Constituição, determinando expressamente se tratar de competência absoluta da justiça do trabalho, em razão do que não poderão fluir perante os juizados especiais cíveis.

Finalmente a lei trata dos “resíduos”, como matéria que não comporta discussão perante os juizados. No dizer de Pedro Nunes¹⁵, resíduos são “remanescentes de bem legados que, por morte do beneficiário, em virtude de cláusula expressa, são restituídos à pessoa designada pelo testador. Produto da venda de bens de raiz e rendimento dos testadores, encontrados em poder dos testamentários perdem, bem como das penas pecuniárias, reposições e indenizações a que são obrigados etc.”

Trata-se, pois, de questões relacionadas ao direito das sucessões, especialmente das relações entre testador, beneficiário e testamentário, que devem ser resolvidas no juízo do inventário, com feições de universalidade, nos moldes do artigo 984 do CPC, devendo essas ações fluir nos juízos próprios, por não encontrarem consonância com os princípios da informalidade, simplicidade e celeridade.

Segundo o texto legal, os juizados são ainda competentes para a execução de

seus próprios julgados e dos títulos executivos extrajudiciais até o valor da alçada. Como “seus próprios julgados”, deve-se entender as sentenças proferidas pelos juizados especiais cíveis, criando obrigação em valor, de dar, de entrega de coisa certa ou coisa incerta, móvel ou imóvel, de fazer e de não fazer, bem como das multas pecuniárias chamadas de “astreintes”, previstas no artigo 84 do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como no artigo 461 do CPC, que se limitou a copiar as disposições do primeiro, as quais se destinam a compelir a parte ou terceiro ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer objeto de decisão processual liminar ou final.

Ainda, deve-se entender como “seus próprios julgados” a parte cível das demandas criminais relativas a crimes de menor potencial ofensivo, objeto das decisões dos juizados especiais criminais, criados pela mesma lei. Após a Lei 9.099, admitiu-se a transação criminal, com a homologação, inclusive, de acordos com repercussão cível em mencionados crimes. Uma vez não cumprida a obrigação daí surgida, pode a sentença ser executada perante o juizado, independente do valor, posto que a limitação valorativa encontra ressalva, da mesma forma que no cível, em caso de acordo, nos moldes do artigo 3º, § 3º¹⁶.

Por títulos executivos extrajudiciais devem ser entendidos aqueles elencados no artigo 585 do CPC, bem como os demais documentos a que a lei conferir tal *status*, que devem conter sempre os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade para permitir a execução, limitada, no caso dos juizados, ao teto legal. Importante frisar que o fato de ser o título de valor superior não impede sua execução perante o juizado, ocorrendo, entretanto, a renúncia ao crédito que exceder tal valor, nos moldes do § 3º do artigo 3º acima mencionado.

A competência territorial, de outra banda, está assentada no artigo 4º da Lei 9.099, que em primeiro lugar determina ser competente o juizado do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório. Apesar de seguir a regra geral do artigo 94 do CPC, que determina que as ações pessoais e as ações reais relativas a móveis devem ser propostas no foro do domicílio do réu, o legislador consagrou a chamada “teoria da aparência”, já há tempos adotada pela jurisprudência, ao estender o conceito de “domicílio” do réu para o local em que a parte normalmente com ele se relacionava, como agência, sucursais etc.

Na jurisprudência isso se deu em virtude da proliferação de agências bancárias, financeiras e securitárias, bem como unidades de grandes lojas e magazines em diversos pontos do país, muito embora seu domicílio legal, nos moldes do artigo 75, IV, do Código Civil, seja o local de sua sede, ou o que ela determinar em seus estatutos, fazendo com que qualquer demanda contra ela ajuizada tivesse

que correr na comarca que correspondesse à sua sede.

Ocorre que o cidadão, em especial o consumidor, não foi à matriz do banco para abrir sua conta, não subscreveu linha telefônica na sede da empresa de telecomunicação e nem adquiriu bens na sede corporativa de um grande magazine, mas tratou diretamente com o gerente, o vendedor e atendente, que representou a empresa com plenos poderes para realizar o negócio. Dessa forma se admitia a propositura da ação no local em que se deu a contratação, posto que, aparentemente, o gerente, o supervisor ou o responsável pelo negócio agia como se a empresa fosse.

Plasmada tal teoria na lei, houve sensível ganho para os consumidores que ocorrem aos juizados, que poderão demandar o fornecedor no próprio local da aquisição ou do negócio subjacente, ocorrendo verdadeiro equilíbrio de forças, ao dar ônus de se defender fora de seu domicílio a quem mais tem condições para tal.

Em segundo lugar, prevê o artigo 4º que será competente o juizado do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita, o que não é novidade no direito brasileiro, por repetir antiga regra insculpida no artigo 100, IV, “d”, do CPC, e que traça regra de competência para as ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação, ou seja, as ações de cobrança, monitórias ou de execução.

Prevê, ainda, o artigo 4º que será competente o foro do domicílio do autor ou do local do ato ou fato nas ações para reparação de dano de qualquer natureza. Essa disposição inova a regra contida no CPC, que, em um primeiro momento preconiza ser o foro de domicílio do réu o competente para as ações pessoais (artigo 94), admitindo que no caso de ações de reparação de danos, a ação pode ser proposta no local do ato ou do fato, nos moldes do artigo 100, V, letra “a”, prevendo a legislação processual civil brasileira regra idêntica à dos juizados apenas para acidentes de veículos (artigo 100, parágrafo único).

A adoção dessa regra para as ações de reparação de danos em geral (além dos acidentes de trânsito) em muito beneficiou os consumidores que visam se ressarcir de prejuízos decorrentes de relações de consumo. Para exemplificar, suponhamos que um consumidor, em Brasília, apanhe um avião da empresa X, que tem sede em São Paulo, com destino à cidade de Macapá, no Estado de Amapá, com retorno programado para daí a dois dias.

Nesse percurso suas malas se extraviam e, para agravar a situação, o voo de retorno é cancelado pela empresa, que não dá maiores satisfações a respeito. O consumidor teve prejuízos materiais pela perda de sua bagagem, de negócios que deixou de fazer, bem como danos morais pelo menoscabo com que foi tratado, ficando sem roupas em lugar distante, sem local para se hospedar e alimentar.

Prevalecendo a regra do CPC, mesmo morando em Brasília, deveria buscar reparação dos danos que suportou em São Paulo, sede da empresa ré, ou na ci-

dade de Macapá, onde ocorreu o fato que gerou os danos objeto da indenização. Sem qualquer dúvida, a nova regra promoveu ganho significativo em favor do consumidor, estando, aliás, em consonância com o artigo 101, I, da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Por derradeiro, o parágrafo único do artigo 4º estabelece que, em qualquer hipótese, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do réu, deixando claro que se manteve fiel à orientação contida no princípio geral constante do artigo 94 do CPC, restando evidente que a opção será sempre do demandante e, em especial, do consumidor que buscar os juizados especiais.

1.3. DAS PARTES

Além da competência relativa ao valor e à matéria, a Lei 9.099 também selecionou aqueles que podem figurar na polaridade ativa e passiva das demandas sujeitas aos juizados especiais cíveis, não permitindo que ações que tenham como autor ou réu alguns dos excepcionados fluam em suas hostes. O legislador fez clara opção de limitar os participantes das ações que são submetidas ao chamado procedimento sumaríssimo, impedindo que alguns estejam no polo ativo da ação, e que outros demandem como autor ou como réu.

O artigo 8º, em seu caput, diz que “não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil”. Ao dizer que não podem ser partes, a lei taxativamente não permitiu que essas pessoas participassem dos processos perante os juizados, quer na polaridade ativa, quer na passiva.

Assim não se admite a participação nos processos que fluem perante os juizados especiais cíveis dos incapazes, que assim devem ser compreendidos como os menores de 18 anos, bem como os maiores de 18 anos que pelos motivos elencados no artigo 1.767 do Código Civil brasileiro (aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; os pródigos) tiverem decretada a interdição. Isso se justifica no fato da necessidade do incapaz ser forçosamente representado por pais, tutores ou curadores, que não podem livremente transacionar com o patrimônio do representado, estando os processos em que figuram como partes sujeitos à participação obrigatória do Ministério Público, nos moldes do artigo 82, I, do CPC. Por se tratar de interesses especialmente tutelados pelo Estado, mostram-se incompatíveis com a informalidade e celeridade que se espera obter.

Da mesma forma, a lei não permite a participação do preso no processo. E

como o legislador não se referiu à modalidade de prisão que enseja o impedimento, deve-se entender estarem compreendidas todas as modalidades de privação da liberdade pessoal do cidadão, seja preventiva, provisória, em flagrante delito, decorrente de pronúncia ou de condenação, com ou sem trânsito em julgado, bem como prisão civil por oposição injustificada ao pagamento de alimentos ou como depositário infiel, únicos casos de prisão civil admitidas na Constituição brasileira, sem esquecer da prisão administrativa dos militares.

A proibição em comento tem por fundamento a dificuldade, senão impossibilidade, do preso em se defender ou praticar os atos necessários à proteção de seus direitos em juízo. O CPC, em seu artigo 9º, II, primeira parte, já determina expressamente que ao réu preso será concedido curador, mesmo que citado pessoalmente. A situação ainda é mais grave perante os juizados especiais, porque o comparecimento a qualquer audiência designada deverá ser pessoal, importando a ausência do autor em extinção do processo (artigo 51, I), e do requerido em revelia (artigo 20), somente podendo se dar a representação por preposto quando se tratar de réu pessoa jurídica ou empresa individual (artigo 9, § 4º). Nem sempre o preso terá condições de comparecer à audiência, estando assim justificada a norma.

A pessoa física não pode ser cessionária de direitos de pessoa jurídica, para se evitar a burla ao impedimento de propositura de ação por empresa

Quanto às empresas públicas, as pessoas jurídicas de direito público, assim entendidos a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal, suas autarquias e fundações, bem como os Estados estrangeiros, e massa falida, a motivação da recusa é a mesma relativa ao ferimento dos princípios dos juizados, acima mencionada, quando falamos a respeito das ações que não podem fluir perante os juizados.

Em relação ao insolvente civil, corresponde ao falido pessoa física ou individual, dando-se a falência quando as dívidas superam o valor do patrimônio da pessoa, nos moldes do artigo 748 do CPC, formando-se processo tendente a liquidar seu patrimônio e repartir entre os credores, através, também, de um juízo universal, incompatível com os princípios dos juizados. De se notar que a insolvência que impede a participação do insolvente nos processos perante os juizados deve ser declarada judicialmente, com a consequente perda da livre disponibilidade de seus bens, antes do ajuizamento da ação respectiva perante o juizado, não bastando a alegação de que o patrimônio é menor do que o crédito¹⁷.

Situação interessante é a possibilidade, muitas vezes verificada, de, depois de proposta a ação, tendo ou não ocorrido a citação, ou mesmo atos instrutórios do processo, uma das partes, que a princípio detinha capacidade de estar em juízo mediante as regras específicas, ser acometida de um dos impedimentos elencados

taxativamente no artigo 8º da Lei 9.099.

A experiência nos mostra que muitas vezes, já instaurada a lide, a pessoa física autora da ação, vitimada por acidente, perde as faculdades mentais, tornando-se incapaz; por outras, em infortúnios da vida, a pessoa tem a liberdade pessoal cerceada em virtude do não pagamento de alimentos ou do cometimento de um crime; outras vezes, ainda, a empresa que era demandada nos juizados, vem à bancarrota, suportando processo de falência.

Tal hipótese, que sugere racionalmente o entendimento da necessidade de suspensão do processo até que se remova a causa de impedimento, é expressamente tratada pelo artigo 51, IV, da Lei 9.099, que determina a imediata extinção do processo quando sobrevier qualquer das situações do artigo 8º do mesmo diploma.

Esta solução se liga aos princípios da informalidade e da celeridade, que não conseguem conviver com a suspensão do processo, o qual necessita chegar ao fim em tempo curto. Por outro lado, o envio dos autos à justiça comum se mostra inviável, visto que, na maioria das vezes, as formalidades essenciais a qualquer processo não são observadas, face à informalidade do pedido, a oralidade de muitos atos e a inexistência pura e simples de outros.

Desde sua edição o artigo 8º da Lei 9.099 limitava a polaridade ativa às “pessoas físicas maiores e capazes”, permitindo-se que o jovem com 18 anos de idade, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, que reduziu a maioridade plena para 18 anos (era 21 anos no Código Civil de 1916), estivesse em juízo sem representação ou assistência.

A pessoa física, entretanto, não pode ser cessionária de direitos de pessoa jurídica, para se evitar a burla ao impedimento de propositura de ação por empresa, através do endosso, caução, transmissão ou cessão dos direitos da pessoa jurídica para seu sócio, por exemplo, permitindo que tivesse acesso ao juizado para receber o crédito pretendido. Com isso se viu que o legislador quis, claramente, facilitar o acesso à justiça para o cidadão, vez que, ao menos em tese, as empresas dispõem de maiores recursos para acesso à tutela jurisdicional do Estado.

Ocorre que seguidas leis foram alargando o contingente de possíveis autores de demandas perante os juizados especiais cíveis, sendo certo que atualmente o artigo 8º admite no polo ativo das ações, além das pessoas físicas capazes: as microempresas, assim definidas pela Lei 9.841, de 5 de outubro de 1999, as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei 9.790, de 23 de março de 1999, e as sociedades de crédito ao micro empreendedor, nos termos do art. 1º da Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001 (todas incluídas pela Lei 12.126, de 2009).

Se por um lado se mostra salutar a ampliação da base dos que podem bus-

car nos juizados especiais a solução de seus conflitos, não se deve esquecer que é necessário dotá-los de estrutura que acompanhe o crescimento numérico das ações, sob pena de torná-los inviáveis, ou mesmo equiparáveis, em morosidade, à justiça comum. Em alguns estados brasileiros, o aumento da demanda não foi acompanhado da necessária estrutura, fazendo com que as audiências dos juizados sejam designadas com prazo até superiores a um ano, fugindo por completo de sua razão de ser.

Ao tratar da resposta do réu, a Lei 9.099 vedou a apresentação de reconvenção, mas admitiu a oferta do chamado “pedido contraposto”, que teria a mesma finalidade de permitir que o direito fosse reconhecido em favor do réu no mesmo processo, sendo, entretanto, despido das formalidades próprias da reconvenção, posto que será integrante da própria contestação.

Sendo uma pessoa jurídica demandada, poderia oferecer pedido contraposto em desfavor da pessoa física? A princípio isso seria impossível, vez que as empresas não podem figurar no polo ativo da ação, e, através do pedido contraposto, poder-se-iam ver na qualidade de vencedores da ação, obtendo proveito econômico perante os juizados.

Tem-se, entretanto, admitido tal solução, uma vez que, caso assim não se permita, antes de vantagem, se criará manifesta desvantagem à pessoa física e especialmente ao consumidor. Ao não se admitir o pedido contraposto da empresa, a esta só restaria o manejo de ação perante a justiça comum, não havendo qualquer possibilidade de reunião das ações. Assim, a pessoa física, autora perante o juizado, estaria obrigada a se defender de demanda na justiça comum, com a obrigação de contratar advogado, e sujeita aos ônus de eventual sucumbência. Dessa forma se posicionou o Fonaje, através do enunciado 31¹⁸.

Para Joel Dias Figueira Júnior, “em sintonia com o princípio da informalidade, simplicidade e economia processual além da celeridade que norteiam a lei 9.099, o óbice a ser criado à pessoa jurídica refletirá direta e negativamente contra o jurisdicionado (pessoa natural), razão porque se deve admitir a formulação de pedido contraposto pela pessoa jurídica”¹⁹.

Outra questão que suscitou discussão no meio jurídico brasileiro foi a possibilidade dos condomínios residenciais proporem ações perante os juizados especiais. Como se sabe, em dias atuais proliferam geometricamente as habitações resultantes de condomínios edilícios, geridos por síndico encarregado da solução de problemas que são comuns, inclusive o do recebimento das contribuições mensais de todos os condôminos.

Sua presença na polaridade ativa de processos perante os juizados acabou rejeitada por alguns que argumentavam não estarem eles assistidos pela Lei 9.099,

uma vez que não eram pessoas físicas capazes, e muito menos microempresas ou as sociedades autorizadas a postular em juízo perante os juizados. Muito embora ainda existam posições relutantes em contrário, o Fonaje editou o enunciado nº 9, onde reconhece que “o condomínio residencial poderá propor ação no juizado especial, nas hipóteses do art. 275, inciso II, item b, do Código de Processo Civil”, ou seja, ao menos para a cobrança do valor da contribuição mensal dos condôminos se admite a propositura da ação perante os juizados, persistindo a discussão quanto às demais ações de seu interesse.

Para facilitar ainda mais o acesso da pessoa física ou singular ao juizado, o artigo 9º, caput, da Lei 9.099 faculta às partes, pessoas físicas, estarem em juízo sem a assistência de advogado em causas cujo valor não supere o equivalente a 20 salários mínimos, sendo obrigatória a assistência de causídico naquelas que superem tal valor. No mesmo artigo o legislador proclamou, em respeito ao princípio da

Gera alguma discussão a possibilidade da pessoa jurídica estar em juízo sem a presença de advogado, posto que a lei assim expressamente não proíbe

isonomia, que se uma das partes estiver assistida por advogado, no caso de assistência facultativa ou não, deverá o juiz advertir a outra sobre a conveniência de ter a seu lado um advogado, ou mesmo fornecer-lhe defensor dativo.

Gera alguma discussão a possibilidade da pessoa jurídica estar em juízo sem a presença de advogado, posto que a lei assim expressamente não proíbe

Gera alguma discussão a possibilidade da pessoa jurídica estar em juízo sem a presença de advogado, posto que a lei assim expressamente não proíbe

Feita uma análise sistemática do § 1º do artigo 9º (sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao juizado especial, na forma da lei local - grifo meu), verifica-se que a pessoa jurídica ou a firma individual devem estar sempre acompanhadas de advogado, sendo-lhe facultado, de outro lado, ser representado por preposto, não necessariamente funcionário, que deverá estar munido por informal carta de preposto, onde constem poderes para transigir.

Sendo facultativa ou obrigatória a assistência de advogado, em homenagem ao princípio da informalidade, determina a lei que o mandato outorgado ao advogado poderá ser verbal, para todos os atos do processo, exceto os que digam respeito a poderes especiais, que estão elencados no artigo 38 do CPC, e podem ser resumidos em poderes para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar

quitação e firmar compromisso, casos em que se exige procuração escrita.

Por outro lado a assistência do advogado é obrigatória e indispensável para a apresentação de recurso, nos moldes do § 2º do artigo 41 da Lei 9.099, também o sendo para a parte recorrida, caso queira se manifestar no recurso, em atendimento ao princípio constitucional da isonomia, que determina tratamento igualitário entre as partes, como substrato do direito ao amplo contraditório, plasmados no artigo 5º, inciso LV, da vigente Constituição da República.

Segundo o artigo 10 da Lei 9.099 – Lei dos juizados, ou simplesmente LJ –, não se admitirá qualquer forma de intervenção de terceiro e bem assim a assistência. A assistência está prevista no artigo 50 do CPC e tem lugar quando um terceiro que tenha interesse em que a causa seja julgada em favor de alguma das partes venha a nele intervir.

Já a intervenção de terceiros está prevista entre os artigos 56 e 80 do CPC e pode se dar através da oposição, da nomeação à autoria, do chamamento ao processo e da denunciação da lide, sobre os quais não nos aprofundaremos por inoportuno. Muito embora possam ocorrer casos em que os institutos se mostrem viáveis, em virtude do conteúdo da causa, o legislador impediu sua existência perante os juizados, por preservação ao princípio da celeridade e da informalidade, pois é regra geral nos casos de intervenção de terceiros que, até que se estabilize a relação processual, fique o procedimento suspenso, sendo impedido o rápido deslinde da questão.

O terceiro que pudesse se valer da intervenção respectiva ou que dela necessite, estando impedido ao seu acesso por expressa determinação legal, poderá, a posteriori, se valer dos meios ordinários para impugnação do ato, tanto na justiça comum como no próprio juizado. Quando se trata de caso de ilegitimidade de parte ou de necessidade de participação do titular do direito, a intervenção de tal terceiro é suprida pela extinção do processo instaurado contra quem não deveria ser demandado.

Admite-se, no entanto, o litisconsórcio, que pode ser facultativo ou obrigatório, dependendo do caso, e é previsto no artigo 46 do CPC, como a possibilidade de duas ou mais pessoas litigarem no mesmo processo, ativa ou passivamente, quando entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; e ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, o que não deixa de ser salutar, como meio de impedir a repetição de inúmeras ações para tratar de matérias idênticas.

Muito embora o legislador tenha silenciado a respeito, da mesma forma que as ações reguladas pelo CPC (parágrafo único do artigo 46), com mais razão até, o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes,

quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.

1.4. ATOS PROCESSUAIS

Para atender aos princípios que orientam os processos perante os juizados, o artigo 12 da Lei 9.099 determinou que “os atos processuais serão públicos e poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária”, o que deixa evidente não ser possível a fluência de causas que contemplem assuntos que requeiram o chamado segredo de justiça, especialmente as relativas ao direito de família e às ações de alimentos.

Certamente que determinado sigilo poderá ser necessário, especialmente em relação à adoção de medidas de urgência, cautelares ou antecipatórias, cujo conhecimento público poderia frustrar sua efetivação. Mas uma vez cumprido o ato e, de consequência, desaparecido o risco, o processo volta a ter plena publicidade.

Em relação ao horário da realização dos atos, o legislador, quebrando a regra do artigo 172 do CPC, que determina sua ocorrência entre as 6 e 20 horas dos dias úteis, permitiu a realização em horário noturno, nos moldes da organização judiciária local, exatamente para permitir atendimento à demanda de pessoas mais carentes, obrigadas a jornadas de trabalho que não podem ser interrompidas sem prejuízo do sustento próprio. Muito embora o legislador tenha silenciado, na prática tem-se admitido a realização de atos processuais também aos finais de semana e feriados, nos chamados “mutirões”, feitos para solucionar problemas nas pequenas comunidades que não dispõem de serviços judiciais com a esperada proximidade²⁰.

Nos moldes do artigo 94 da Lei 9.099, os atos podem ser praticados fora da sede do juizado. Buscando cumprir a proposta de aproximar o judiciário do povo, concedendo-lhe assistência jurídica rápida, eficaz e barata, em todo o território nacional se têm organizado serviços de justiça móvel, com a deslocação de todo o aparato do juizado a fim de se celebrarem atos processuais nas comunidades mais longínquas²¹.

No Estado de Goiás, do qual sou oriundo, muitas são as atividades promovidas pelos juizados no sentido de entregar “no atacado” a tutela jurisdicional, especialmente às camadas mais necessitadas, com a realização de audiências em pequenas comunidades e participação em programas diversos de entidades de apoio social.

O grande destaque, entretanto, é a Justiça Móvel de Trânsito, diretamente ligada a juizados especiais cíveis, que se materializa em uma viatura que abriga a estrutura de uma sala de audiências, e funciona em convênio com a polícia de trânsito do estado. Sempre que ocorre um acidente de trânsito do qual não resultem vítimas físicas, basta que um dos envolvidos acione o telefone de emergência da polícia para receber a assistência de tal unidade.

O veículo é conduzido por um policial, que já se encarrega de lavrar a ocorrên-

cia policial a respeito e de levar um conciliador do juizado especialmente treinado para tais situações, chegando ao local do acidente em minutos. Lá, enquanto é lavrado o boletim policial, o conciliador se inteira dos detalhes do acidente, tira fotos do local e convoca as partes para uma audiência imediata, realizada na própria unidade móvel. Com sua experiência e com a credibilidade do Poder Judiciário, inicialmente apazigua os ânimos e demonstra aos envolvidos a provável solução do problema, à luz da Lei de Trânsito, exortando-os a um acordo, que, caso obtido, será imediatamente homologado pelo juiz, constituindo título executivo judicial.

Caso não obtido o acordo, se o interessado assim pretender, já fica instaurada a reclamação respectiva, designando-se a data da audiência de conciliação, instrução e julgamento, a ser realizada no juizado, sendo desde logo cientificado o reclamado. A experiência tem mostrado que em mais de 85% dos casos existe solução amigável no próprio local, o que se mostra positivo para o cidadão, que evita o desgaste de uma ação judicial, e bem assim para o Poder Judiciário, que não se vê inundado por evitáveis demandas²².

Ainda em relação aos atos processuais, o legislador privilegiou o princípio da instrumentalidade das formas, ao proclamar no artigo 13 que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no artigo 2º desta lei, deixando evidente a crença cada vez mais atual de que o processo não pode ser um fim em si mesmo, o que coaduna perfeitamente com os princípios da informalidade e da economia processual.

Da mesma forma, e com o mesmo raciocínio, no parágrafo primeiro do mencionado artigo, o legislador deixou evidente que somente se proclamará eventual nulidade em caso de ocorrência de prejuízo, demonstrando o desapego dos juizados ao formalismo que costuma marcar o processo civil brasileiro.

Muitas vezes atos processuais precisam ser praticados em comarca outra que não aquela onde flua o processo, não podendo o juiz da causa, em virtude da limitação jurisdicional decorrente da competência territorial, promovê-los diretamente. A solução para tais situações, no direito brasileiro, se encontra nos artigos 200 e seguintes do CPC, que trata das requisições de atos por cartas de ordem, cartas precatórias e cartas rogatórias, para as quais se deve observar número razoável de formalidades, sob pena de não cumprimento ou de nulidade.

A Lei 9.099 permite que, em caso de necessidade de prática de atos em outra comarca, sua solicitação se dê por qualquer meio idôneo de comunicação, ou seja, sem o necessário rigor formal com que são tratadas as cartas precatórias, através das quais juízes do mesmo grau de jurisdição solicitam a prática de atos em outras jurisdições. Assim é que se admite a solicitação de prática de atos até mesmo através de correspondência eletrônica ou simples ofício, atendendo aos princípios da

informalidade, celeridade e economia processual.

Segundo o § 3º do artigo 13 da Lei 9.099, apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão. Certamente que a decisão sobre o que será “essencial” deve ficar sob o poder discricionário do juiz togado, buscando-se com isso que se evite a formação de autos de processos repletos de papéis, por vezes desnecessários, que só complicam seu manuseio e compreensão.

Por força de tal disposição, as audiências realizadas perante os juizados são, por regra, gravadas por meio magnético (antigamente em fitas cassete e atualmente em CD ou DVD), em cumprimento ao princípio da oralidade e, uma vez que a sentença final venha a transitar em julgado, devem tomar algum destino que não os arquivos, de conformidade com a resolução de cada estado-membro, adotada em sua organização judiciária. Com a evolução e a popularização dos recursos eletrônicos, o Brasil caminha a passos largos no sentido de abandonar os processos de papel, partindo para o processo eletrônico. No Estado de Goiás, os juizados especiais das maiores cidades já não mais recebem processos materiais, físicos, ou de papel, e só se tem acesso ao procedimento através do processo eletrônico, intitulado Projudi – Processo Judicial Digital, que tem representado ganho substancial de tempo na solução dos litígios, além do ganho ambiental pela não utilização de papel às toneladas²³.

1.5. O PEDIDO

Tradicionalmente no processo civil, o pedido delimita a atuação do órgão jurisdicional, que, após a resposta do réu e a colheita das provas respectivas, pode acolher, inteira ou parcialmente, a pretensão ou denegá-la. Não pode o juiz fugir do que foi pedido pela parte, sob pena de cometer julgamento *supra petita*, *infra petita*, ou *extra petita*. Se por um lado tal regra não é alheia às demandas que fluem perante os juizados especiais cíveis, não se pode negar que ao juiz foi dado o poder de dar a cada causa “a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

Mas não basta à parte comparecer em juízo e dizer que tem um problema. É necessário que aponte ao juiz precisamente seu problema, e qual a providência espera ver adotada, sendo certo que tal pretensão deve ficar evidente desde o primeiro contato que tenha com o juizado, mesmo sem assistência de advogado, para permitir que o ex-adverso possa apresentar sua versão para os fatos e sua defesa no processo.

Segundo os artigos 282 e seguintes do CPC, toda petição inicial deverá conter

como requisitos mínimos: o juiz ou tribunal a que é dirigida; os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido, com as suas especificações; o valor da causa; as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; o requerimento para a citação do réu, devendo, ainda, estar acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação, sob pena de ser seu autor intimado a emendá-la, no prazo de dez dias, que, se não atendido, importará extinção do processo sem apreciação do mérito, pelo indeferimento da inicial.

Pesa positivamente em favor dos julgados de paz a sua característica de envolver os interessados na efetiva solução dos conflitos

Evidentemente que tamanho rigor formal não coaduna com os princípios norteadores dos juizados especiais, onde se admite a apresentação do pedido até oralmente, e, bem assim, por pessoas leigas em direito, sem o concurso de advogado, caso a ação tenha valor inferior a 20 vezes o valor do salário mínimo. Por isso o legislador, no artigo 14 da Lei 9.099, em um primeiro momento, afirmou que o processo se considera instaurado com a apresentação do pedido à secretaria, o que se mostra relevante para que se saiba a anterioridade de eventuais processos conexos, para a fixação da competência pela prevenção, e mesmo para tornar litigiosos determinados bens, no caso de fraude à execução (artigo 593 do CPC), fugindo à regra do artigo 263 do CPC, que determina considerar-se proposta a ação após o despacho do juiz ou sua distribuição, onde houver mais de um juiz.

No mesmo artigo, cumprindo os princípios da informalidade e da oralidade, assegurou o legislador a possibilidade de apresentação de pedido oral, diretamente à secretaria do juizado, que a reduzirá a escrito (§ 3º). Certamente isso só poderá se dar quando a parte não estiver assistida por advogado, e, em situação tal, deverá o interessado relatar para o funcionário respectivo seu problema e a solução que espera. Muito embora não haja previsão expressa, tal funcionário recebe a denominação de “atermador”, e se encarrega de redigir, de forma simples, um pleito inicial de acordo com o que lhe foi relatado pela parte, nele colhendo sua assinatura, sendo possível que isto ocorra, de acordo com a organização judiciária de cada estado-membro, através de formulários.

Certamente que a redução a escrito do pleito oral da parte se faz necessária para que exista um registro, mínimo que seja, de sua pretensão, permitindo-se a eclosão dos atos processuais subsequentes que visam o processamento da causa, a defesa em relação aos argumentos, a produção das provas e sua decisão ao final.

Ao contrário dos requisitos previstos no CPC para as petições iniciais em

geral, o artigo 14 da Lei 9.099 se limitou a exigir que conste do pedido: o nome, a qualificação e o endereço das partes, os fatos e os fundamentos, de forma sucinta, e o objeto e seu valor. Como se vê, fugiu-se do rigor formal das petições iniciais para se solicitar da parte apenas o essencial. Nem mesmo os fundamentos jurídicos do pedido lhe são solicitados, bastando narrar os fatos e os fundamentos que o levam a buscar a justiça, bem como o pedido com seu valor.

Segundo a doutrina de Joel Dias Figueira Júnior²⁴, quando a petição inicial for apresentada por advogado, o juiz deve empregar maior rigor na análise dos requisitos da inicial, visto que este detém o conhecimento técnico esperado, não sendo muito lembrar que informalidade não corresponde à anarquia e falta de organização. Também por isso, e em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da amplitude da defesa, não será aceita a alteração do pedido ou da causa de pedir após a citação do requerido, como determina o CPC em seu artigo 264.

O pedido poderá ser genérico, quando não for possível determinar, desde logo, o valor da condenação, ou seja, quando o valor da condenação dependa de liquidação da sentença, como, por exemplo, no caso de um agricultor que pretenda ser ressarcido dos prejuízos causados em sua lavoura por animal de um vizinho. Mas, como veremos adiante, isto não significa a possibilidade de uma liquidação da sentença, posto que, mesmo em caso de pedido genérico, nos moldes do artigo 38, parágrafo único, a sentença obrigatoriamente será líquida, o que traz para o corpo do processo a fixação do valor determinado da condenação.

Pode ainda o pedido ser alternativo, caso em que a causa deve ter o valor equivalente ao maior deles, nos moldes do artigo 259, III, do CPC, à ausência de previsão na lei dos juizados para tal. Pode ser cumulado, caso em que o valor da causa deve corresponder à soma de todos eles, sendo, nesse caso, necessário que o valor obtido não supere o teto dos juizados. Caso a soma dos valores supere a alçada, ocorre renúncia ao excedente, como preconiza o artigo 3º da LJ.

Nos juizados especiais, ao contrário da justiça comum, o primeiro despacho a ser proferido nos autos não é de lavra do juiz togado, mas da própria secretaria que se encarrega de designar audiência de conciliação. Isto facilita o trâmite do processo, pois o autor imediatamente já é dela cientificado, atendendo-se ao princípio da economia processual.

A lei determina que a audiência deve ser marcada para um dos 15 dias subsequentes, prazo que se mostra razoável, posto não poder ser considerado longo e nem curto de modo a impossibilitar a citação do requerido. Com a excessiva procura dos

Nos moldes do artigo 94 da Lei 9.099, os atos podem ser praticados fora da sede do juizado

juizados especiais, e o alargamento da base dos legitimados a pleitear perante eles, sem a sua consequente remodelação e aparelhamento, dificilmente se encontrará algum juizado especial no Brasil que consiga cumprir mencionado prazo.

Há ainda a previsão de comparecimento de ambas as partes ao mesmo tempo, quando de logo se instaura a sessão de conciliação, dispensadas as demais formalidades, ocasião em que, havendo pedido contraposto, se dispensa a contestação formal, sendo ambos os pleitos apreciados pela mesma sentença. Isto ocorre nos casos relativos à justiça móvel de trânsito acima mencionada.

1.6. COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

A citação é um ato cuja formalidade se mostra como instrumento de garantia do princípio da amplitude da defesa, pois é através dela que se demonstra que o réu foi chamado para se defender no processo contra si ajuizado, cuja disciplina, no Brasil, se encontra nos artigos 213 e seguintes do CPC. O artigo 222 de tal diploma preceitua como deve se dar a citação: por correio, como regra geral, por oficial de justiça, por edital e, a partir de 2006, face à edição da Lei 11.419, por meio eletrônico, conforme regulação em lei própria, ainda não editada.

Nos juizados especiais, determinou o artigo 18 da Lei 9.099 que a citação da pessoa física deverá se dar por correspondência com aviso de recebimento (tratado pela sigla A.R.) de “mãos próprias”, ou seja, assinado direta e exclusivamente pelo destinatário da correspondência, ou seja, citando-o. Em relação às pessoas jurídicas, a regra ainda é a de correspondência, tendo valor, entretanto, aquela entregue ao encarregado da recepção da empresa, que deverá ser identificado.

Não se mostrando possível a citação por correspondência, ou se assim optar a parte autora, a citação poderá se dar através de oficial de justiça, independente de instrumento formal de mandado que o legitima ao cumprimento de ordens judiciais. Certificando o oficial de justiça a prática do ato, goza ele de fé pública, que se traduz por presunção *juris tantum* de veracidade.

Por vezes a própria parte autora faz a opção de solicitar a citação através de oficial de justiça. Face à sua perspicácia no cumprimento de ordens judiciais, às vezes age como investigador para encontrar o citando, o que não se dá, em geral, com os agentes postais que, não localizando o endereço precisamente constante da missiva, já se encarregam de informar a não localização do endereço.

Regra importantíssima é a plasmada no § 2º do artigo 18, no qual incisivamente restou determinado que “não se fará a citação por edital”. Tem validade não só para o processo de conhecimento como para o de execução. A justificativa reside na afronta aos princípios norteadores, posto que, sendo alguém citado por edital, é necessário dar-lhe curador, que, certamente, não dispõe de poderes para

conciliação. Além disso, não se pode esquecer que o comparecimento às audiências que se realizam nos juizados deve ser pessoal, o que não resta viabilizado em relação àquele que suportou a chamada “citação ficta”. Estando em lugar incerto e não sabido o requerido, impossível a fluência do processo perante o juizado especial cível, devendo o interessado buscar a justiça comum.

Da mesma forma que no processo regulado pelo CPC (artigo 214, § 1º), e até com mais razão, em virtude do princípio da informalidade, o comparecimento espontâneo da parte supre a ausência ou nulidade da citação. Esse comparecimento espontâneo não autoriza ao requerido apenas a declaração de nulidade da citação, como ocorre no processo comum. Quando muito, caso demonstre que suportará prejuízo, por tomar conhecimento muito próximo do ato, não propiciando sua regular defesa, poderá conseguir o adiamento da audiência, estando, a partir do comparecimento, considerado como citado.

Em relação às intimações, a lei prevê que devem se dar das mesmas formas previstas para a citação, ou por “qualquer outro meio idôneo”. Em assim ocorrendo, sendo o meio idôneo, por mais informal que possa parecer, tem validade para efeito de intimação. Em diversos estados brasileiros, as intimações a advogados são feitas apenas via publicação no diário da justiça do estado. Mas, em se tratando de juizados especiais, as comunicações podem ser diretas e pessoais ou por telefone, quando restarão provadas por certidão do cartório, ou, ainda, por fax, e-mail etc.

Quando se trata do processo judicial digital, a intimação a advogados é feita exclusivamente através da postagem de mensagem eletrônica emitida para o endereço de e-mail por ele fornecido, não se admitindo reclamações posteriores sobre a mudança do endereço eletrônico, pois, segundo o artigo 19, § 2º, é obrigação das partes e dos advogados manterem atualizados seus endereços, sob pena de se reputar realizada a intimação encaminhada para o endereço constante dos autos. Em relação aos atos praticados em audiência, a lei reconhece a ciência imediata das partes (§ 1º do artigo 19), assim também se compreendendo não só em relação às partes, mas qualquer outro interessado que se faça presente à audiência.

1.7. DINÂMICA PROCESSUAL

Como dito anteriormente o processo considera-se instaurado com a apresentação do pedido à secretaria do juizado respectivo, momento em que é designada uma audiência de conciliação pela própria secretaria, sendo, desde logo, cientificado o autor, procedendo-se à citação do requerido para que compareça à sessão de conciliação, sob pena de revelia (artigo 20 da Lei 9.099).

Esta regra, de acordo com o caso concreto, pode sofrer variação, caso o autor peça alguma medida liminar, cautelar ou antecipatória dos efeitos da tutela, hipó-

tese em que, antes da designação da audiência conciliatória, o feito será encaminhado ao juiz togado, para sua apreciação. Deferida ou não a liminar, será então designada a audiência para que, através de instrumento único, seja ela cumprida (no caso de deferimento), citando-se em seguida o requerido para a conciliação.

Alguns autores, como Cândido Rangel Dinamarco²⁵, entendem que a sessão conciliatória deve ser presidida pelo juiz togado obrigatoriamente, posição que não coaduna com os princípios dos juizados, podendo a primeira fase da audiência, destinada exclusivamente à conciliação, ser presidida por conciliador, juiz leigo ou pelo juiz togado.

Nesse primeiro momento se emprega toda força de argumentos tendentes a obter a conciliação das partes, demonstrando a experiência que mais de 70% das reclamações são ali resolvidas pela formulação de acordo. Obtida a composição, será reduzida a escrito e imediatamente homologada pelo juiz togado, por sentença irrecorrível (artigo 41), com força de título executivo. É bom lembrar que o não comparecimento do autor importa a extinção do processo e do requerido em revelia, com imediata prolação da sentença (artigo 23 da Lei 9.099).

Não obtida a conciliação, as partes podem optar pela instauração do juízo arbitral, que, independente de termo, se considera instaurado com a escolha do árbitro entre um dos juizes leigos do juizado, os quais são, em verdade, advogados indicados pela Ordem dos Advogados para atuação em cada juizado. Essa solução não encontrou apego no direito brasileiro pela falta absoluta de tradição da solução de conflitos via arbitragem, e, com mais de 15 anos de existência da lei, nos quais sempre atuei em juizados, como diretor ou como membro de turma julgadora, jamais vi um único caso das partes optarem pela escolha de um árbitro para solucionar a lide.

Nota-se, de outro lado, que o direito brasileiro contempla a arbitragem enquanto meio de solução de conflitos sem a participação do Estado, através da Lei 9.307/96, traçando Joel Dias Figueira Júnior interessante paralelo entre aquela e a instituída pela Lei 9.099²⁶:

“A arbitragem da Lei 9.307/1996: a) é de jurisdição privada; b) resolução de todos os conflitos de direitos que admitem transação; c) árbitros livremente escolhidos, desde que sejam capazes e gozem de confiança das partes; d) possibilidade de indicação das regras de direito que se aplicarão para a resolução da controvérsia, ou se estará pautada pelos princípios gerais do direito, usos e costumes ou regras internacionais de comércio, ou ainda, apenas por equidade; e) mais adequada para a resolução de grandes ou médios conflitos; f) rapidez na prestação da tutela jurisdicional (prazo estipulado pelas partes ou, no máximo em meses, prorrogado somente com autorização dos litigantes); g) não há publicidade dos atos; h) procedimento a ser definido pelas partes em convenção, ou de acordo

com aquele previamente estabelecido pela instituição arbitral indicada pelas partes em convenção; i) desnecessidade de homologação das decisões e da sentença arbitral pelo Estado-juiz; j) irrecurribilidade das decisões arbitrais”.

“A arbitragem da Lei 9.099/1995: a) é de jurisdição pública (estatal); b) resolução de conflitos de menos complexidade e de valor não superior a 40 salários mínimos; c) escolha de árbitros restrita ao rol de “juizes Leigos”; d) resolução de conflitos pelas regras de direito que reputar mais justa e equânime; e) adequada para resolução de pequenos conflitos (menor complexidade); f) não há prazo estabelecido para a prolação da sentença, em que pese a duração do processo ser inferior àquela em que o feito é dirigido por juiz de Direito; g) publicidade dos atos; h) procedimento aplicável é o sumaríssimo (Lei 9.099); i) necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Estado-juiz; j) irrecurribilidade da sentença”.

Caso não obtida a conciliação ou instituído o juízo arbitral, estabelece o artigo 27 que se instaure a instrução e julgamento imediatamente, desde que não resulte prejuízo para a defesa. Certamente que a produção de provas de imediato poderá resultar em prejuízos para a defesa, que nem sempre comparece à sessão conciliatória munida das provas que pretende produzir. Além disso, muito embora a lei não o diga expressamente, numa análise sistemática se verifica que o momento final para apresentação de defesa pelo requerido é a audiência de instrução e julgamento, e, sendo convocado para sessão conciliatória, não se poderia exigir que comparecesse com a defesa toda em punho.

De outro lado, dificilmente se verá a instrução imediata, pois normalmente as conciliações não são presididas pelo juiz togado, que tem sua agenda preenchida pela realização de outras instruções previamente designadas, e o normal é a sua designação para data posterior, nem sempre dentro dos 15 dias recomendados pela lei, em virtude da já citada sobrecarga a que estão sujeitos os juizados especiais.

O legislador deixa bem claro que a audiência de instrução e julgamento é uma e concentrada, posto que nela serão decididas todas as questões que puderem interferir na audiência, reservando-se as demais para a sentença. Da mesma forma, sobre documentos novos apresentados a parte deve se manifestar imediatamente, ao contrário dos processos que fluem perante a justiça comum, no qual, havendo juntada de documentos, deve-se conceder o prazo de cinco dias para manifestação da parte adversa (artigo 398 do CPC). Ainda, na mesma audiência, devem ser ouvidas as partes e colhidas as provas, bem como proferida a sentença, a não ser que o juiz não se veja habilitado para fazê-lo imediatamente, quando, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 456 do CPC, terá o prazo de dez dias.

A audiência tem uma sequência lógica, que deve ter início por nova tentativa de conciliação, face ao princípio contido no artigo 2º. Não obtida a conciliação,

terá lugar a apresentação da defesa do requerido, que deve ser exercida através de contestação, pode ser escrita ou oral, na qual deve constar toda a matéria de defesa, inclusive impugnação ao valor da causa e exceção de incompetência do juizado. Somente as alegações de impedimento ou suspeição do juiz (cujas causas se encontram elencadas nos artigos 134 e 135 do CPC) é que não podem estar no corpo da contestação, devendo se processar na forma dos artigos 312/314 do CPC.

Não se admite a reconvenção em sua forma tradicional, prevista nos artigos 315 a 318 do CPC. Mas se o requerido tem contra o autor pedido que se funde nos mesmos fatos que constituem o objeto da demanda, está autorizado a manejar “pedido contraposto”, desde que o valor não supere 40 salários mínimos. Em virtude do princípio do contraditório, terá o autor direito de contestar o pedido contraposto, devendo fazê-lo em audiência, a não ser em casos excepcionais em que possa ocorrer

O legislador deixou evidente o desapego dos juzados ao formalismo que costuma marcar o processo civil brasileiro

prejuízo para sua defesa, como a necessidade de um documento, por exemplo, caso em que a audiência deve ser adiada.

Estabilizada a relação processual, com a apresentação de resposta, todas as provas devem ser produzidas em audiência (artigo 33 Lei 9.099), mesmo que não requeridas previamente, tendo o juiz a liberdade de limitar ou excluir as que entender excessivas, impertinentes ou protelatórias, em atenção ao princípio da celeridade processual, não podendo ultrapassar o limite do razoável, a ponto de impedir que a parte produza as provas com as quais pretende demonstrar seu direito.

Aliás, em virtude do princípio da informalidade, o legislador deixou claro que se admitem todos os meios de prova “moralmente legítimos, mesmo que não especificados em lei”, o que deve ser entendido em conformidade com o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em relação à prova testemunhal, a Lei 9.099 trouxe substancial alteração no que é previsto no CPC em relação ao procedimento comum ordinário e comum sumário. Inicialmente, é de se ver que para aqueles procedimentos, cada parte poderá oferecer um rol de até dez testemunhas, limitando-se a oitiva a até três para comprovar determinado fato (artigo 407 do CPC). Já nos juzados especiais, cada parte poderá, no máximo, apresentar três testemunhas, tendo em vista que se trata de causas de menor complexidade (artigo 34).

Além do número reduzido de testemunhas, outra grande diferença está no momento de apresentar o rol respectivo. Para a doutrina tradicional, a apresen-

tação da relação de testemunhas a serem ouvidas tem dupla finalidade: permitir sua intimação com antecedência necessária para a audiência e, principalmente, não surpreender a parte adversa, permitindo que prepare a contradita, em caso de eventual impedimento²⁷.

Segundo o artigo 407, parágrafo único, do CPC, em se tratando de procedimento ordinário, o rol deverá ser apresentado no prazo que o juiz fixa, e, caso não o fixe, deverá estar nos autos dez dias antes da audiência. Em se tratando do procedimento sumário, o rol deve acompanhar a petição inicial ou a contestação, sob pena de preclusão e consequente impedimento de oitiva das testemunhas não arroladas em tal prazo (artigos 276 e 278 do CPC).

Já nos processos que fluem perante os juizados, é dispensado o rol de testemunhas, que não precisa constar na petição inicial nem na contestação, e menos ainda ser apresentado em determinado prazo antes da audiência, bastando que cada parte traga suas testemunhas. Só há necessidade de apresentação de relação de testemunhas, no prazo de cinco dias antes da audiência, caso a parte pretenda que elas sejam intimadas, e somente para este efeito. E, caso a testemunha regularmente intimada não se faça presente, poderá o juiz determinar sua condução coercitiva, inclusive com o auxílio da polícia (artigo 34 e seus parágrafos).

Em relação à prova pericial, é de se ver que, quanto aos processos que fluem perante os juizados especiais, há distanciamento do procedimento formal previsto para o processo comum ordinário e sumário. Admite-se, quando a prova do fato o exigir, que o juiz venha a inquirir em audiência técnico de sua confiança, facultando-se às partes a apresentação de parecer técnico. Caso a demanda exija a realização de uma perícia aprofundada e formal, estaremos diante de uma causa que não pode fluir perante os juizados especiais, por não se amoldar à “menor complexidade” que delimita a competência dos juizados²⁸. Admite-se, de outro tanto, e até se recomenda, a realização da vistoria e da inspeção judicial, para, percebendo a situação *in loco*, formar e sedimentar a convicção do juiz.

A ordem para a produção das provas em audiência será a mesma prevista pelo artigo 452 do CPC: oitiva do perito, depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do requerido, e oitiva de testemunhas, primeiro do autor e depois do requerido, sendo que a prova oral não será reduzida a escrito (artigo 36), mas objeto de gravação magnética, fazendo-se menção dos fatos apurados na sentença, uma vez que esta deve ser proferida de imediato, estando, ainda, a memória do juiz embebida com os acontecimentos que se passaram na audiência.

Desenvolvidos os atos instrutórios guiados pela concentração, informalidade e oralidade, deve o juiz proferir sua sentença. A lei não faz previsão de alegações finais pelas partes, e, habitualmente, os juízes ainda tentam a conciliação mais

uma vez. Não obtida, lança-se a sentença, da qual é dispensado o relatório (a sentença, segundo o artigo 458 do CPC, deve conter relatório, fundamentação e dispositivo), bastando que o juiz fundamente seu convencimento e dê para a causa a solução que reputar mais justa e equânime, atendidos os fins sociais da lei e as exigências do bem comum (artigos 6º e 38 Lei 9.099).

Ainda como especialidades da sentença, temos que não poderá ser ilíquida, mesmo que o pedido seja genérico, sendo ineficaz caso contenha condenação em valor superior ao teto dos juizados especiais (artigos 38, parágrafo único, e 39). De se notar que as multas por não cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer aplicadas no curso do processo ou na própria sentença, não se enquadram em tal ineficácia, pois não são propriamente condenação, somente com elas arcando a parte que se opuser injustificada ou deliberadamente à determinação judicial.

Da mesma forma, não se inclui na sanção de nulidade a contagem de juros e correção monetária sobre o valor da condenação, e, havendo elevação do valor do salário mínimo e conseqüente alargamento da alçada dos juizados, caso o pedido inicial contemple pleito vinculado em número de salários mínimos pode haver condenação com base no novo valor, e se, ao contrário, tiver a parte convertido, no ajuizamento, o valor dos salários mínimos em importância, a sentença estará limitada ao pedido formulado, não havendo, por outro lado, condenação aos ônus da sucumbência (artigo 55 da Lei 9.099), exceto no caso de litigância de má-fé, cuja conceituação se extrai do artigo 17 do CPC.

Cabem embargos de declaração para esclarecer obscuridade, contradição, omissão ou dúvida que acaso existam na sentença ou no acórdão, os quais devem ser opostos no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão, por escrito ou oralmente. Ao contrário do seu semelhante no processo que flui pela justiça comum, que tem o poder de interromper o prazo para oferta de recurso (artigo 538 do CPC), fazendo com que volte a contagem do prazo à estaca zero, os embargos declaratórios perante os juizados especiais apenas suspendem o prazo para recorrer, que, após a apreciação respectiva, retornam a correr do ponto em que haviam parado.

As sentenças que se limitam a homologar o acordo celebrado entre as partes e o laudo arbitral são irrecorríveis, transitando em julgado imediatamente após sua prolação. Quanto à sentença meritória, existe um recurso, ao qual a lei não conferiu nome, e que os brasileiros, com sua mania de a tudo atribuir nome, chamam impropriamente de “recurso inominado”, antes de tratá-lo simplesmente como recurso. Não se pode confundir este recurso com o de apelação, que é facultado às partes do processo que flue perante a justiça comum para combater as sentenças em geral, previsto nos artigos 513 e seguintes do CPC. Muito embora ambos se sujeitem aos requisitos de propriedade e tempestividade, necessitem da forma

escrita e de advogado, sujeitando-se a preparo, sob pena de deserção, devendo ser apresentado diretamente ao juiz prolator da sentença, várias são as diferenças entre eles, a saber: a apelação deve ser oferecida no prazo de quinze dias (art. 508 do CPC), enquanto o recurso deve ser apresentado no prazo máximo de dez dias; o recurso de apelação já deve ser instruído com o demonstrativo do preparo, enquanto o recurso dos juizados pode ser preparado, independente de intimação, no prazo de 48 horas (artigo 42 da Lei 9.099). Ainda, a regra para a apelação é ser recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, não contendo o segundo efeito apenas nos casos do artigo 520 do CPC, enquanto o recurso dos juizados tem como regra a recepção apenas no efeito devolutivo, podendo o juiz conceder efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte (artigo 43 da Lei 9.099). A

A redução a escrito do pleito oral da parte se faz necessária para que exista um registro, mínimo que seja, de sua pretensão

apelação é apreciada pelo tribunal de justiça ao qual está vinculado o prolator da sentença, composto por desembargadores, enquanto o recurso do juizado é apreciado por turmas recursais, organizadas pelos tribunais de justiça dos estados, compostas por juízes do mesmo grau de jurisdição do prolator da sentença. Por derradeiro, da decisão tomada pelo tribunal de justiça quanto ao recurso de apelação cabem recursos ordinário e extraordinário, para o Superior Tribunal de Justiça e para o Supremo Tribunal Federal, sendo ou não a matéria constitucional, enquanto da decisão da turma julgadora quanto ao recurso do juizado, caberá, no máximo, recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal por ofensa à Constituição²⁹.

Importante ainda salientar que das sentenças proferidas nos juizados especiais cíveis não cabe ação rescisória (artigo 59 da Lei 9.099), que é prevista no artigo 485 do CPC para aniquilar a sentença de mérito transitada em julgado proferida nas ações que fluam perante a justiça comum. Existem controvérsias na doutrina e na jurisprudência a respeito da possibilidade de oferecimento de recurso adesivo pela parte requerida, que, segundo norma processual civil em vigor, depende do recurso principal, somente sendo apreciado no caso de apreciação daquele, estando em maioria a posição que não o admite³⁰.

O artigo 51 da Lei 9.099 trata dos casos de extinção do processo sem apreciação do mérito, que deve ocorrer: quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo; quando inadmissível o procedimento instituído pela Lei 9.099 ou seu prosseguimento, após a conciliação; quando for reconhecida a incompetência territorial; quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no artigo 8º da mencionada lei, como comentado acima; quando, falecido o

autor, a habilitação depender de sentença ou não se der no prazo de trinta dias e quando, falecido o réu, o autor não promover a citação dos sucessores no prazo de trinta dias da ciência do fato, sendo que, em qualquer caso, não há necessidade de intimação das partes. Vê-se que em muitos dessas hipóteses, o normal seria a suspensão do processo ou seu envio para a justiça comum. Entretanto, fiel aos princípios contidos no artigo 2º, e considerando que o processo por vezes é muito informal para atender o procedimento do CPC, o legislador optou por simplesmente extinguir o processo, devolvendo às partes seus documentos, para permitir que, caso queiram, possam litigar perante a justiça comum.

1.8. PROCESSO DE EXECUÇÃO

Uma das grandes, senão a principal vantagem representada pelos juizados especiais cíveis, está na possibilidade de fluírem neles próprios as execuções de seus julgados, em processo que também deve ser guiado pelos princípios gerais contidos no artigo 2º da Lei 9.099. Bem antes da reforma processual civil ocorrida entre 2004 e 2006 no Brasil, especialmente através da Lei 11.232/05, a Lei 9.099 já considerava a execução do julgado como uma fase do processo de conhecimento, tanto que dispensava nova citação do vencido. Sendo intimado da decisão, e para cumprir o julgado no prazo de recurso, não o fazendo a execução já se inicia com a penhora de bens suficientes para satisfação do crédito.

A doutrina e a jurisprudência estão de forma pacífica admitindo que se aplicam aos juizados especiais cíveis as disposições do artigo 475-J do CPC, que determina um acréscimo equivalente a 10% do total da condenação, caso o vencido não cumpra voluntariamente o julgado no prazo para recurso. Assim passou a ser no direito brasileiro a partir da edição da Lei 11.232/05, ou seja, dez anos após a entrada em vigor da lei dos juizados especiais.

A Lei 9.099 determinou que a execução se desse na forma prevista no CPC, introduzindo como principais especialidades: a necessidade de liquidez da sentença e a atualização de seu valor através de cálculo do servidor judicial; a possibilidade de fixação de astreintes para o caso de não cumprimento de obrigações de entregar, fazer ou não fazer, sua elevação se persistir a inadimplência ou a conversão em perdas e danos; facilitação da venda do bem pelo próprio interessado e não só através de leilão; e simplificação do próprio leilão, com a dispensa de publicações para bens de pequeno valor, visando à economia processual.

A defesa do executado poderá ser exercida através de embargos nos próprios autos da execução, estando seguro o juízo, pela penhora ou pelo depósito, tendo como fundamento os casos fixados *numerus clausus* no artigo 52, X, da Lei 9.099.

Quanto à execução por título extrajudicial, a lei determinou expressamente a

observância dos ditames do CPC, que trata de tal procedimento nos artigos 646 e seguintes. A grande especialidade da execução extrajudicial perante os juizados é que, após a segurança do Juízo pela penhora, realiza-se uma audiência conciliatória, na qual se admite a oferta de embargos, escritos ou orais, e bem assim a solução do litígio pela dação em pagamento ou adjudicação do bem penhorado.

Ainda, uma vez não encontrados bens passíveis de penhora, ou o próprio devedor para regular citação, ao invés de suspensão do processo (artigo 720 do CPC) ou do arresto de bens (art. 653 do CPC), deve o processo ser extinto, nos moldes do § 4º do artigo 53 da Lei 9.099. Isto para resguardar o princípio da celeridade, em não permitir a suspensão do processo por prazo indeterminado, no primeiro caso, e para cumprir a proibição de citação pela via editalícia, no segundo caso, sendo que em ambos os documentos são entregues para a parte a fim de que busque a justiça comum, caso queira.

II. CENTRO DE INFORMAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO EM PORTUGAL

A solução de conflitos através do poder-dever atribuído ao Estado via jurisdição somente pode ser considerada após a organização do próprio Estado, e sua evolução, até chegar aos modelos hoje conhecidos, que, apesar ainda da existência de regimes totalitários espalhados pelo mundo, muito diferem do que ocorria a princípio, posto que, como preleciona Antonio Carlos de Araújo Cintra³¹, na mais remota antiguidade, com a ausência de um Estado forte que assumisse a prerrogativa de dirimir os conflitos entre as pessoas, prevalecia a vingança privada, evoluindo para a justiça privada.

Na Grécia antiga, as soluções amigáveis das contendas faziam-se com muita frequência, por meio da arbitragem, a qual poderia ser a compromissória e a obrigatória. Os compromissos especificavam o objeto do litígio e os árbitros eram indicados pelas partes. O povo tomava conhecimento do laudo arbitral gravado em plaquetas de mármore ou de metal e sua publicidade dava-se pela afixação nos templos das cidades³².

O direito romano antigo registra sistema destinado a se estimular o *iudicium privarum* – *judice* (lista de nome de cidadãos idôneos), cujo objetivo era, fora do campo judicial, solucionar as mazelas e litígios entre os cidadãos, sendo certo que as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas já continham disposições em relação à arbitragem³³.

Ao longo da história, a arbitragem tem sido utilizada como instrumento de dirimir conflitos sobre os mais diversos negócios jurídicos, com maior ou menor intensi-

dade, mais ligados a determinados ramos negociais, de acordo com a tradição, a confiança que desperta nas pessoas e até com a organização jurisdicional de cada nação.

Nas décadas que antecederam e procederam à passagem de século, com o agravamento galopante da questão da inapetência do Estado em fornecer tutela jurisdicional a seus súditos, agravando a tão decantada “crise da Justiça”, surpreendida pela velocidade com que ocorrem as transações, a produção e consumo em massa e o sem número de problemas que daí decorrem, pensa-se cada vez mais em meios alternativos de solução de litígios, e a arbitragem assume importante papel em tal contexto.

Costuma-se apontar como vantagens da arbitragem, inicialmente, a liberdade das partes em escolher quem será o juiz da causa, não se sujeitando ao império do Estado, que impõe sistema de distribuição de feitos, obrigando o jurisdicionado a acolher como seu juiz quem a sorte (ou o azar) o indicar. Diz-se, ainda, que, ao escolher o juiz, as partes podem eleger um técnico ou pessoa com vivência na área objeto da demanda, como um agrônomo, um engenheiro, um economista ou tantos outros, cujos conhecimentos um juiz togado jamais teria.

Afirma-se ser vantajosa a possibilidade de escolher a lei a ser aplicada, permitindo-se inclusive o julgamento por equidade, o que só se admite em raríssimas situações nos processos que fluem perante a justiça, podendo ainda as partes escolher o procedimento a ser empregado no processo, e bem assim fixar prazo para a solução da lide, que certamente estaria encerrada antes de um processo tradicional.

Diz-se mais que o processo arbitral costuma ser mais barato que o judicial, uma vez que não está sujeito às pesadas custas e despesas processuais, tratando-se ainda de um processo confidencial, de conhecimento apenas das partes, sem a publicidade própria do Poder Judiciário, não estando as decisões arbitrais no direito brasileiro, ao contrário do que ocorre em Portugal, sujeitas a recurso de qualquer espécie.

A par de toda discussão que suscita o tema da possibilidade da justiça ser fornecida por particulares, da eficácia e vantagens das decisões arbitrais, não se pode negar que podem ter um papel muito importante no sentido de desafogar o Poder Judiciário, especialmente nas causas de menor complexidade, mesmo porque, como no Brasil, a decisão arbitral em Portugal sempre é precedida de tentativa de conciliação, sendo certo que a conciliação e a mediação precedem a arbitragem.

No Brasil a arbitragem é regulada pela Lei 9.307/96, que guarda grande similitude à Lei 31/86, de 29 de Agosto, que cuida da arbitragem voluntária em Portugal, a não ser em pontos estratégicos, como a não interferência do Poder Judiciário nas decisões arbitrais, exceto para a adoção de medidas de força não disponíveis aos tribunais e juízes arbitrais, e para a execução de suas sentenças, não se esquecendo que no Brasil as decisões arbitrais não são passíveis de qualquer recurso.

A prática tem demonstrado que, talvez em virtude da falta de tradição, os tribunais arbitrais brasileiros não têm sido palco de solução de questões de consumo, especialmente as de interesse dos consumidores. Em verdade, o que a experiência demonstra é que as cortes arbitrais do Brasil, em sua grande maioria, são formadas por entidades, associações e sindicatos patronais dos fornecedores, que tentam forçar os consumidores a se sujeitarem à arbitragem, normalmente favorável ao fornecedor, impondo cláusulas compromissórias em contratos de adesão.

O artigo 51, inciso VII, da Lei 8.078/90, o Código (brasileiro) de Proteção e Defesa do Consumidor, preceitua serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória da arbitragem, o que torna sem efeito tal tentativa. O certo é que no Brasil, ao contrário de Portugal, a solução das lides de consumo pela via arbitral é praticamente irrisória, senão nula caso se contemple as de iniciativa do consumidor. As cortes arbitrais têm sido, em verdade, utilizadas pelos fornecedores para cobrança de valores não adimplidos oportunamente pelos consumidores, o que, de uma forma ou de outra, ajudou a desafogar o Poder Judiciário, dele retirando esta demanda. Sendo o objeto deste trabalho traçar um quadro comparativo entre os meios mais acessíveis de solução de conflitos de consumo no Brasil e em Portugal, passamos a discorrer sobre os Centros de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo de Portugal.

O artigo 202, 1, da Constituição da República Portuguesa diz que “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”, complementando o número 4 do mesmo artigo que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”. Já no artigo 209, sob a epígrafe “Categoria dos Tribunais”, o número 2 determina que “podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz”, prevendo, em seguida, no número 3, que a lei regulamentará a constituição de tais tribunais para solução de conflitos.

A arbitragem em Portugal, na vigente ordem constitucional, era inicialmente regulada pelo Decreto-Lei 243/84, e pelo próprio Código de Processo Civil, cujas regras foram substituídas pela Lei 31/86, de 29 de Agosto, que regulamentou a arbitragem voluntária, cuidando, em geral, da chamada “arbitragem ad hoc”, aquela em que as partes confiam a solução de um litígio a um ou vários árbitros, organizados em Tribunal Arbitral, e no artigo 38, da chamada “arbitragem institucionalizada”, realizada por cortes organizadas por entidades especializadas, mediante autorização do Estado, determinando o regulamento da questão por decreto-lei.

Foi então editado o Decreto-Lei 425/86, de 26 de Dezembro, em cuja exposição de motivos se evidenciou que para a “difusão das soluções arbitrais contribuirá, de modo significativo, a existência de centros a funcionar, institucionaliza-

da e permanentemente, como que profissionalmente a atividade”, reconhecendo ali estar uma das vias para desbloquear a atividade dos tribunais. Tal diploma, de apenas sete artigos, traçou as normas para que as entidades que se interessassem em manter cortes arbitrais institucionalizadas o fizessem, impondo coima às que se dessem a tal prática sem autorização, determinando que portaria do Ministério da Justiça identificasse os autorizados.

A profusão legislativa em relação à arbitragem em Portugal, envolvendo decretos-lei, decretos legislativos regionais, resoluções do Conselho de Ministros e portarias, poderia ser resumida em:

Decreto-Lei nº 103/91, 8 de Março - Estabelece a isenção de custas para o exequente em acções de execução para obter cumprimento de sentença condenatória proferida pelo tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Quando a petição inicial for apresentada por advogado, o juiz deve empregar maior rigor na análise dos requisitos da inicial

Decreto-Lei nº 161/2006, de 8 de Agosto - Aprova e regula as comissões arbitrais municipais.

Decreto Legislativo Regional nº 14/2004/M, de 14 de Julho - Cria o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira.

Portaria nº 717/87, de 21 de Agosto - Adita à lista das entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas, contida na Portaria nº 459/87, de 1 de Junho, a ARBITRAL- Sociedade de Arbitragem.

Portaria nº 681/88, de 11 de Outubro - Autoriza o ICA - Instituto de Conciliação e Arbitragem a criar um centro de arbitragem

Portaria nº 211/89, de 13 de Março - Estabelece a lista das entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas. Revoga as Portarias nos 459/87, de 1 de Junho, 717/87, de 21 de Agosto, e 681/88, de 11 de Outubro

Portaria nº 809/91, de 12 de Agosto - Cria um centro de arbitragem

Portaria nº 761/92, de 7 de Agosto - Actualiza os novos centros de arbitragem

Portaria nº 759/93, de 26 de Agosto - Autoriza várias entidades a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas

Portaria nº 639/95, de 22 de Junho - Actualiza a lista de entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas. Revoga as Portarias nos 761/92, de 7 de Agosto, 1183/92, de 22 de Dezembro, 536/93, de 25 de Maio, 759/93, de 26 de Agosto, 1235/93, de 2 de Agosto, Portaria nº 350/2001, de 9 de Abril - Altera a Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro

Portaria nº 1516/2002, de 19 de Dezembro - Altera a Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro

Portaria nº 709/2003, de 4 de Agosto - Altera a Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro

Decreto-Lei nº 146/99, de 4 de Maio - Estabelece os princípios e regras a que devem obedecer a criação e o funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo

Portaria nº 328/2000, de 9 de Junho - Aprova o Regulamento do registro das entidades que pretendam instituir procedimentos de Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo através de Serviços de Mediação, de Comissões de Resolução de Conflitos ou de Provedores de Cliente

Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001, de 28 de Dezembro - Promove, determina e recomenda a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação ou a arbitragem

Portaria nº 1105/95, 9 de Setembro - Cria um centro de arbitragem voluntária institucionalizada com carácter especializado e de âmbito nacional – Porto

Portaria nº 1206/97, de 29 de Novembro - Actualiza a lista de entidades autorizadas a realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas. Revoga as Portarias nos 639/95, de 22 de Junho, 1105/95, de 9 de Setembro, 1327/95, de 9 de Novembro, 1477/95, de 23 de Dezembro, e 126/96, de 22 de Abril

Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro - Actualiza a lista das entidades autorizadas a realizarem arbitragens voluntárias institucionalizada

Portaria nº 350/2001, de 9 de Abril - Altera a Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro

Portaria nº 1516/2002, de 19 de Dezembro - Altera a Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro

Portaria nº 709/2003, de 4 de Agosto - Altera a Portaria nº 81/2001, de 8 de Fevereiro

Decreto-Lei nº 146/99, de 4 de Maio - Estabelece os princípios e regras a que devem obedecer a criação e o funcionamento de entidades privadas de resolução extrajudicial de conflitos de consumo

Portaria nº 328/2000, de 9 de Junho - Aprova o Regulamento do registro das entidades que pretendam instituir procedimentos de Resolução Extrajudicial de Conflitos de Consumo através de Serviços de Mediação, de Comissões de Resolução de Conflitos ou de Provedores de Cliente

Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001, de 28 de Dezembro - Promove, determina e recomenda a resolução de litígios por meios alternativos, como a mediação ou a arbitragem.

Em virtude de tais disposições legais, vários centros de arbitragem especializados foram criados no território português, como o Centro de Arbitragem Voluntária Institucionalizada do Instituto de Valores Mobiliários, o Centro de Informação,

Mediação e Arbitragem de Seguros Automóveis, o Tribunal Arbitral da Associação das Indústrias da Construção Civil e Obras Públicas e o Centro de Arbitragem do Setor Automóvel, que, não sendo destinados exclusivamente para a solução dos litígios de consumo, embora o possam fazer, não serão objeto do presente trabalho.

Como já havia previsão na Lei 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor), no sentido de que “incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com objetivo de dirimir conflitos de consumo” (artigo 14, 1), como corolário do direito básico dos consumidores à proteção jurídica e uma justiça acessível e pronta (artigo 3º, “g”), surgiram as Cortes de Arbitragem de Conflitos de Consumo em Portugal.

O primeiro a ter funcionamento efetivo foi o Centro de Arbitragem do Município de Lisboa, fruto de um acordo celebrado em 28/10/1988 entre o Município de Lisboa, o INDC, a União dos Comerciantes de Lisboa e a DECO, para seu funcionamento experimental³⁴. Hoje, além do pioneiro, encontram-se em atividade o Centro de Arbitragem e Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz, do Porto, do Vale da Ave, com sede em Guimarães, da Região autónoma da Madeira, com sede em Funchal, do Algarve, com sede em Faro, e do Vale do Cávado, com sede em Braga, além do Tribunal Arbitral de Litígios nos Serviços de Reparação de Automóvel, com sede em Lisboa. Passaremos, então, a verificar as características do sistema de arbitragem de consumo de Portugal, à luz da Lei de Arbitragens Voluntárias (Lei 31/86, de 29 de Agosto – LAV) à qual se submetem, bem como dos regulamentos internos que as guiam. Inicialmente, e antes de passarmos ao exame das características, é de se deixar claro que, embora se apresente como meio privado de resolução de litígios de consumo, as cortes arbitrais não dispõem de autonomia plena, existindo sempre a possibilidade de intervenção da justiça do Estado, da qual acaba por não se desvencilhar.

Segundo Maria José Capelo³⁵, “a subsistência do cordão umbilical entre a justiça arbitral e a judicial, encontra-se expressa, por exemplo, na necessidade de requerer a tutela cautelar no tribunal judicial (...) como também numa eventual intervenção deste órgão jurisdicional no processo de constituição do tribunal arbitral e na obtenção de provas (...) e ainda do facto de a validade das decisões arbitrais poder ser controlada, por via de impugnação, pelos tribunais judiciais”. Aos argumentos da ilustrada mestra, acresceria como traço decisivo do manto tutelar da justiça estatal sobre os tribunais arbitrais a possibilidade de recursos para os tribunais judiciais das decisões proferidas pela justiça arbitral, nos moldes do artigo 29, I, da Lei das Arbitragens Voluntárias (LAV).

2.1. VOLUNTARIEDADE, UNIDIRECIONALIDADE, CELERIDADE, GRATUIDADE E EFICÁCIA

Ao contrário da justiça estatal, de cunho obrigatório em virtude do poder dever do Estado em solucionar conflitos e do constitucional direito do cidadão em buscar tal solução, a arbitragem é tipicamente voluntária, dependendo da vontade de ambas as partes, através de cláusula compromissória, quando vise litígios eventuais emergentes de uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual, ou de compromisso arbitral, quando se tratar um litígio atual, ainda que se encontre afeto a tribunal judicial (artigo 1º da LAV). Portanto, para se socorrer das decisões arbitrais, é necessário que ambas as partes concordem em ver o litígio resolvido pelo tribunal escolhido.

Tal voluntariedade também se encontra expressa nos regulamentos dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo existentes, designadamente no artigo 5º, 1, do de Lisboa; artigo 6, 1, do de Coimbra e Figueira da Foz; artigo 5, 1, do Centro do Porto; artigo 5, 3, do Centro de Arbitragem Voluntária nos Serviços de Reparação de Automóvel; artigo 11, 1, do Centro do Vale do Ave, e artigo 7º do Regulamento do Centro Arbitral de Braga.

A intimação a advogados é feita exclusivamente através da postagem de mensagem eletrônica emitida para o endereço de e-mail por ele fornecido

Ocorre que as cortes arbitrais de conflitos de consumo de Portugal, em sua totalidade, têm por objetivo informação aos consumidores sobre seus direitos, mediação, conciliação e arbitragem (vide regulamentos de cada um dos centros). Muitas vezes, só a informação é suficiente para atender os interesses do consumidor, despido de conhecimento técnico para compreender seu papel e seus direitos na relação de consumo. Pela mediação, uma queixa é formulada ao centro, que, verificando ser fundada, contata a outra parte, buscando a solução imediata da contenda, evitando desgastes para todos. Não obtida solução,

designa-se uma data para a tentativa de conciliação, que é promovida pelo centro de arbitragem. Em um ou outro caso, obtida a conciliação, esta será homologada pelo juiz-árbitro, com força de título executivo.

Isso pode ocorrer mesmo em litígios em que as partes não tenham firmado prévia cláusula compromissória, pois o comparecimento e a aceitação do acordo redundam em assinatura de documento perante o tribunal respectivo, com efeito de compromisso arbitral, nos moldes do artigo 2º, 2, da LAV. De outro lado, é importante ressaltar que o reclamado, não firmatário de cláusula compromissória prévia, não está obrigado a comparecer sequer à conciliação designada, sem que

lhe resulte qualquer prejuízo, posto que a sujeição da questão à arbitragem supõe a manifestação de vontade de ambas as partes, como acima anotado.

Isabel Oliveira³⁶ relata a existência de corrente que entende a arbitragem nos conflitos de consumo como obrigatória quando o consumidor apresenta sua reclamação perante algum dos tribunais respectivos, para em seguida deixar claro que é errado tal entendimento, posto que a lei geral de arbitragem se refere apenas à modalidade voluntária, por haver ofensa a preceito constitucional insculpido no artigo 202 da Constituição portuguesa, o qual garante aos cidadãos o direito de recorrer aos tribunais judiciais para resolver seus litígios, e, ainda, porque a atual “estrutura” arbitral de consumo não se estende por todo o país, criando-se o risco da quebra da isonomia entre cidadãos residentes em pontos diferentes do país.

Outra questão que suscita debate é a relativa à declaração de adesão genérica, prevista nos regulamentos dos centros de arbitragem que admitem uma declaração de adesão genérica e prévia por parte dos agentes econômicos aos centros de arbitragem e a seu regulamento, obrigando-se, caso o consumidor assim concordar, a submeter àquela corte arbitral todos os litígios de consumo de que forem parte, bem como a acatarem as decisões arbitrais, sendo tal adesão publicada tanto nos centros de arbitragem de conflitos de consumo como nos estabelecimentos dos aderentes. Certamente benéfica se mostra tal adesão ao agente econômico, por permitir-lhe explorar uma imagem de credibilidade perante o consumidor, que se sentirá tranquilo em ver resolvido eventual litígio decorrente da relação de consumo em um meio ágil, eficiente e barato, que são as cortes arbitrais de consumo. O magistrado João Trindade³⁷ entende não haver qualquer ofensa à voluntariedade na adesão genérica realizada pelas empresas, uma vez que os centros foram criados em defesa dos consumidores, e somente eles podem ocupar a polaridade ativa de eventuais contendas, e, assim, caso o consumidor viesse a buscar a corte à qual aderiu o agente econômico, estaria demonstrada a convergência de vontades em ver a questão por ela resolvida.

Maria José Capelo³⁸, entretanto, com a clareza e profundidade que lhe são peculiares, pontua que tal adesão genérica não é prevista na LAV, e, mesmo que se considere como válida, não pode ser considerada como cláusula compromissória nem compromisso arbitral, pois também não teria eficácia. Invocando a lei civil, explica que o acordo tem validade entre as partes que o celebraram, só produzindo efeitos em relação a terceiros nos casos especialmente previstos no artigo 406, 2, do Código Civil português, inexistindo, no caso concreto, qualquer regra que o faça válido em relação a terceiro, no caso o consumidor.

Evidencia-se assim ineficácia clara da adesão genérica caso alguma das partes não pretenda submeter o litígio à corte arbitral. Caso demandado na justiça

estatal pelo consumidor, não poderá o fornecedor excepcionar o acordo que fez com a corte arbitral, porque dele o consumidor não participou, não suportando seus efeitos; da mesma forma, caso o próprio fornecedor aderente, demandado na corte arbitral à qual aderiu, resolva não firmar o compromisso arbitral, nada poderá o consumidor contra ele fazer, vez que não participou da adesão pretérita, podendo, no máximo, ser o agente econômico sancionado pelo centro arbitral com a proibição de utilizar o símbolo distintivo do centro, e de figurar nas listas de aderentes expostas no mesmo centro.

Situação interessante diz respeito ao fato de regulamentos dos Centros de Lisboa, Porto e Braga imporem aos agentes econômicos que a eles aderirem a obrigação de, caso utilizem cláusulas contratuais gerais, inserir, nestas, cláusula compromissória designando o tribunal como o competente para solução de litígios. O artigo 21, alínea “h”, do Decreto-Lei 446/85 não chega a proibir a sujeição de litígios à arbitragem, através de cláusulas gerais, desde que sejam asseguradas as garantias de procedimento previstas na lei, prevalecendo o entendimento que deve tal cláusula ser entendida como uma “opção” ao consumidor, que tanto poderá procurar a justiça estatal, como a arbitragem constante da cláusula geral (Maria José Capelo).

Por unidirecionabilidade se deve entender a exclusividade da polaridade ativa perante os centros de arbitragem de conflitos de consumo reservada ao consumidor, ou seja, a movimentação do aparato da justiça arbitral especializada só é possível por iniciativa do consumidor. Isto não decorre da LAV, que rege o funcionamento da arbitragem voluntária como um todo, e nem da Lei de Defesa do Consumidor, mas dos regulamentos dos diversos tribunais arbitrais de consumo, a exceção daquele do Centro de Arbitragem do Vale do Ave e bem assim do Centro de Solução de Conflitos de Reparação de Veículos, de Lisboa, que admitem a oferta da demanda por fornecedores, desde que se tratem de aderentes da corte arbitral.

Maria José Capelo³⁹ assevera que, “apesar da posição desfavorecida na relação especial de consumo, encarnada pelo consumidor, parece-me pouco consentâneo com os princípios da igualdade e do acesso à justiça arbitral, o impedimento que recai sobre o agente econômico. O recurso à justiça arbitral assenta num acordo de vontades, pelo que a convenção deve poder ser aproveitada por ambos os contraentes. O acesso à arbitragem voluntária institucionalizada deve ser possível nos mesmos moldes em que é possível a arbitragem ‘ad hoc’.

Já João Carlos Trindade⁴⁰ afirma não haver ofensa aos princípios da igualdade, uma vez que os centros foram criados no âmbito da defesa do consumidor, muito embora reconheça que os princípios de celeridade e gratuidade acabariam por ser benéficos ao consumidor, em caso de ser demandado, dando-lhe situação mais confortável do que responder demanda perante o tribunal judicial.

De uma forma ou de outra, é de se ver que a arbitragem decorre da vontade das partes, e, se elas aderiram a este ou àquele tribunal arbitral, fizeram-no sabendo das regras que norteariam a solução de conflitos. De outro lado, penso que face à situação de reconhecida debilidade, vulnerabilidade e, por vezes, hipossuficiência dos consumidores na relação de consumo, devem os centros guardar a característica de reservarem-se somente às demandas propostas por consumidores. Entendimento contrário certamente viria inviabilizar os centros, que passariam, num piscar de olhos, a se transformar em instrumento de cobrança de prestações inadimplidas, existentes em quantidade bem superior do que as queixas dos consumidores.

A celeridade na solução dos litígios levados aos centros de arbitragem dos conflitos de consumo vem ao encontro do artigo 14 da Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho, que garante aos consumidores o direito à proteção jurídica, bem como a uma justiça acessível e pronta. Por seu turno o artigo 19, 2, da Lei 31/86 – LAV determina como prazo máximo para a decisão arbitral o de seis meses, que pode ser dilatado pelas partes mediante convenção de arbitragem ou escrito posterior, sendo certo afirmar que na prática não se tem gasto todo este período, pois, segundo informações, os litígios têm vida inferior a quatro meses, entre a reclamação e a decisão.

Quanto à gratuidade, é de se ver que a LAV não traz qualquer disposição a respeito. Da mesma forma, a maioria dos regulamentos dos centros de arbitragem de consumo também se cala sobre o assunto, a não ser o do Centro de Arbitragem dos Reparos de Automóveis, de Lisboa, que expressamente prevê que seus serviços são gratuitos até a mediação, estabelecendo, em seu artigo 20, 1, que, passando-se para a fase de conciliação e arbitragem, devem as partes arcar com o preparo de 3% a 5% do valor da causa, para os casos de opção por árbitro singular ou coletivo, respectivamente, até chegar ao teto máximo de cinco mil euros para cada parte.

De se ver que na atualidade os centros de arbitragem voluntária de conflitos de consumo têm seguido a tendência de alargar sua competência para conflitos cujo valor ultrapasse o valor de cinco mil euros. O Centro de Coimbra, inclusive, já aprovou um regimento para cobrança de importes em casos tais, o qual, entretanto, ainda não entrou em vigor. A gratuidade, nos demais centros, não contempla a produção de prova pericial, que deverá ser sustentada pela parte que nela tenha interesse.

No âmbito legislativo, o artigo 14, 2, da Lei de Defesa dos Consumidores prevê estar “assegurado ao consumidor o direito à isenção de preparos nos processos em que pretenda a protecção dos seus interesses ou direitos, a condenação por incumprimento do fornecedor de bens ou prestador de serviços, ou a reparação de perdas e danos emergentes de factos ilícitos ou da responsabilidade objectiva definida nos termos da lei, desde que o valor da acção não exceda a alçada do tribunal judicial de 1.ª instancia”.

Visando garantir a total aplicabilidade do dispositivo acima, foi ainda editado o Decreto-Lei 103/91, de 8 de Março, cujo único artigo isenta do pagamento de preparo e de custas o interessado em cumprimento de sentenças condenatórias proferidas pelos tribunais arbitrais dos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Não tendo a lei se referido expressamente ao consumidor, e existindo possibilidade de o agente econômico sair vitorioso em litígios sujeitos à arbitragem, é de se ver que a isenção de pagamento deve beneficiar a ambos.

Por não serem entes estatais, os centros de arbitragem de conflito de consumo não dispõem de rubrica no orçamento do país, sendo inegável, de outro lado, que têm despesas diversas para se manter em funcionamento. Na impossibilidade de se valer de importes decorrentes de custas e emolumentos, os tribunais arbitrais de consumo vivem de verbas afetadas pelas entidades que integraram o protocolo realizado para sua criação, segundo disposição dos estatutos de todos eles.

De acordo com Isabel Oliveira⁴¹, “a eficácia do sistema arbitral de consumo dependerá sempre da sua capacidade de resposta, simples e rápida, às solicitações que lhe forem feitas. Se as estruturas dos Centros de Arbitragem não tiverem capacidade para manter a rapidez do processo, este perderá a sua eficácia e o seu valor face ao sistema judicial”.

A questão da eficácia das decisões arbitrais deve ser medida pelo prisma acima mencionado, que diz respeito à própria credibilidade que os tribunais arbitrais devem gozar como instrumento de solução rápida para os litígios mais simples, decorrentes de relação de consumo, como também na expressão da concretização das decisões e soluções alcançadas pelo procedimento.

Por isso mesmo se deve dar especial valor ao prescrito no artigo 26 da LAV, que determina: “1 - A decisão arbitral, notificada às partes e, se for caso disso, depositada no tribunal judicial nos termos do artigo 24.º, considera-se transitada em julgado logo que não seja susceptível de recurso ordinário. 2 - A decisão arbitral tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial de 1.ª instância.” O artigo trinta do mesmo diploma prescreve que a execução deve seguir o mesmo procedimento que o utilizado para a execução das decisões dos tribunais judiciais.

Ao que se vê, para o cidadão que busca a solução de litígios, a eficácia da decisão arbitral é semelhante à decisão que poderia obter perante o tribunal judicial, com as vantagens decorrentes da simplicidade no procedimento, gratuidade e celeridade, encontrando-se aí seu verdadeiro elam.

2.2. PROCEDIMENTO

Em relação ao procedimento a ser adotado nos processos arbitrais, o artigo 15 da LAV deixa evidente que cabe às partes, por acordo, a escolha das regras, po-

dendo escolher um regulamento de arbitragem de alguma entidade especializada, ou, se não o fizerem, caberá ao árbitro ou aos árbitros tal definição.

Já o artigo 16 do mesmo diploma enumera os princípios fundamentais do processo arbitral, que devem obrigatoriamente ser observados em qualquer tribunal arbitral, elencando-os em: obrigação de tratamento das partes com absoluta igualdade; citação do demandado para se defender; garantia da estreita observância do princípio do contraditório em todas as fases do processo e oitiva obrigatória de ambas as partes, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final.

A parte interessada em instaurar o litígio no tribunal arbitral, fundado em pacto já existente, deverá notificar a outra por carta registrada com aviso de recebimento, indicando a convenção arbitral e precisando seu objeto, com o efeito de se submeter a determinado tribunal, ou de nomear o árbitro ou os árbitros encarregados da apreciação do caso, e, caso não atendida a notificação no prazo de um mês, poderá o interessado buscar solução junto ao tribunal da relação, que tanto poderá designar o árbitro, por ato não suscetível de impugnação, ou ainda determinar o objeto do litígio, à falta de entendimento sobre tal, segundo se extrai dos artigos 11 e 12 da LAV.

Cabem embargos de declaração para esclarecer obscuridade, contradição, omissão ou dúvida que acaso existam na sentença ou no acórdão

Os tribunais arbitrais podem ser constituídos por um único árbitro ou por vários, sempre em número ímpar (artigo 6º da LAV). Os centros de arbitragem de conflito de consumo optaram em se estruturar com um único árbitro, sendo que no caso dos centros de Lisboa e do Porto (artigo 8º dos regulamentos respectivos), de Coimbra (artigo 5º do regulamento próprio), do Algarve, do Vale do Cavalo e de Funchal, deve ser indicado pelo Conselho Superior da Magistratura, não havendo disposição expressa que seja magistrado da ativa ou jubilado, e nem mesmo que seja magistrado, posto que o regulamento se limita a dizer que haverá indicação pelo Conselho da Magistratura.

Sem dúvida que a indicação de juízes togados, especialmente os jubilados, teria a dupla vantagem de não retirar os juízes da ativa de suas infundáveis atribuições, e, bem assim, aproveitar da experiência dos que já se reformaram, capazes de aplicar justa decisão aos litígios que lhes são sujeitos, sem olvidar da credibilidade popular emprestada às cortes arbitrais, quebrando a impressão de favorecimento em favor desta ou daquela parte.

O Centro de Arbitragem Voluntária de Litígios nos Serviços de Reparação de Automóvel, de acordo com o artigo 8º de seu regulamento, dispõe de arbitro único, que é o próprio diretor do centro, podendo, a pedido das partes, formar-se

colegiado composto por três membros, admitindo-se a indicação de outro árbitro pela convenção das partes.

Já o regulamento do centro do Vale do Ave se limita a expressar, no artigo 13, que o tribunal arbitral é constituído por um único árbitro, sem indicar quem exercerá tal função ou quem o indicará.

No dizer de João Trindade⁴², “a competência dos centros de arbitragem encontra-se delimitada em função da matéria, do valor e do território”. Já que tratamos dos centros de arbitragem voluntária de conflitos de consumo, evidentemente a matéria está limitada aos problemas que surgem em uma relação de consumo, referindo-se em Portugal ao fornecimento de bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos à pessoa singular, para uso não profissional, por pessoa singular ou coletiva que exerça com carácter profissional uma atividade econômica que vise à obtenção de benefícios, ou ainda por organismos da Administração Pública, pela própria Administração Pública ou permissionárias de serviços públicos. À falta de algum desses requisitos, o litígio não pode ser levado à solução da corte de arbitragem, por não se tratar de relação de consumo, o que se dá, por exemplo, pela compra e venda de bens entre particulares, ou pela aquisição de determinado bem, por um particular, para empregá-lo em atividade profissional.

Ficam, ainda, excluídos da competência dos centros os litígios que por lei especial estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou à arbitragem necessária, bem como os relativos a direitos indisponíveis, nos moldes do artigo 1º, 1, da LAV. Os regulamentos de todos os centros em funcionamento em Portugal ainda excluem de seu âmbito de competência os conflitos de consumo que suponham serviços prestados por profissionais liberais, bem como os relativos a responsabilidade civil por intoxicações, lesão ou morte ou quando existam indícios de delito de natureza criminal.

Quanto à competência territorial, por se tratarem de órgãos privados, ligados a entidades que os mantêm, à ausência de qualquer previsão legal determinadora, cumpre a cada centro determinar o âmbito de sua abrangência. Verificam-se três situações: a competência concelhia, verificada nos centros de Lisboa e do Porto, a regional, que se dá nos centros de Coimbra, Vale do Ave e Braga, e a nacional, determinada pelo Centro de Arbitragem de Litígios de Serviços de Reparação de Automóvel, que tem sede em Lisboa⁴³.

À luz do artigo 21 da LAV, o tribunal arbitral pode se pronunciar sobre sua própria competência, devendo a parte interessa em ver declarada a incompetência alegá-la no máximo até a contestação, sob pena de não o poder fazer posteriormente (artigo 27, 2, da LAV). A nulidade da decisão arbitral por incompetência só poderá ser declarada após a decisão de mérito da causa, através de pedido ao

tribunal judicial, a ser manejado no prazo de um mês, a contar da notificação da decisão arbitral (artigo 28 LAV).

Em relação ao valor da demanda, também incumbe a cada centro de arbitragem a fixação de sua competência, em virtude da voluntariedade e liberdade que possuem para se organizar, à ausência de qualquer previsão legal, bastando que estejam autorizados a funcionar pela Secretaria de Estado de Justiça. Por normal, os centros especializados na resolução de conflitos de consumo limitaram sua competência ao valor de alçada dos tribunais de primeira instância, fazendo assim expressamente os centros de Coimbra e Vale do Ave, enquanto os do Porto e de Lisboa, apesar de encontrar valor correspondente, não fizeram a indexação. O Centro do Algarve fixou sua competência ao valor de alçada da Relação. Já os centros do Vale do Cavado e de serviços de reparação do automóvel não fixaram valor qualquer, tendo-se, pois, competentes para litígios de qualquer valor.

A elevação do valor de competência dos centros de arbitragens, especialmente os mais novos, recebe crítica por determinarem riscos de descaracterização do sistema. Discorrendo a respeito, João Trindade⁴⁴, afirma que “(...) os valores muito elevados poderão dar origem a litígios mais complexos, a exigir outro ‘tratamento jurídico’, com maior dificuldade de prova, eventual recurso a peritagens, com reflexos negativos numa das características essenciais que importa preservar qual seja o da celeridade”. Assevera, ainda, o referido magistrado que o pensamento que fundamentou a criação dos centros foi exatamente sua vocação para a solução da chamada “bagatela jurídica”, assim compreendidas as situações que importam prejuízos de menor valor, que normalmente não são levados ao conhecimento dos tribunais judiciais pelo resultado negativo da comparação custo-benefício.

Com relação ao procedimento em si, cada centro de arbitragem pode estabelecer a marcha do processo e sua conclusão, desde que atendidas as linhas mestras da LAV. Tomando por base o determinado no regulamento do Centro de Coimbra, que, grosso modo, guarda enorme similitude com os demais, verifica-se que os centros, antes de cuidarem de meros tribunais de solução forçosa de conflito, se destinam à informação, mediação, conciliação e arbitragem, o que nos leva à sequência de passos a serem observados.

A primeira atividade prevista nos regulamentos dos centros é a informação, destinada ao consumidor, que no dizer de Jorge Pegado Liz⁴⁵ é “(...) um contraente débil, cuja liberdade é afectada pela ignorância, pela pressão das necessidades, pela influência unilateral dos métodos promocionais e publicitários, que os colocam tendencialmente numa posição de inferioridade e dependência em relação aos fornecedores de bens e serviços merecedoras de proteção compensatória”. Ao passo que os agentes económicos têm por si departamentos jurídicos qualificados, o consumidor

precisa ser informado sobre seus direitos e eventuais abusos que lhes sejam impingidos nas relações de consumo. Por outro lado, a informação tem também o poder de afastar dos tribunais os aventureiros, os desavisados e aqueles que acreditam ter algum direito, por assimilar algum acontecimento de forma incorreta, sem que o possuam. Certamente que a informação pode levar à reclamação.

A reclamação desencadeia na fase de mediação, através da qual o departamento próprio do centro entra em contato com o reclamado, buscando sanar o problema do consumidor, sem a necessidade de que haja frequência à corte arbitral. Dando-se o reclamante por satisfeito, segue a vida para todos, tendo o centro cumprido seu papel sem maiores traumas.

Não solucionado o problema através da mediação, são as partes convidadas para uma sessão meramente conciliatória, que se pode dizer como fase essencial à sujeição da situação à arbitragem, caso necessário. Em tal sessão ainda não existe a participação do juiz, e, se obtido um acordo, será este submetido à homologação por sentença com força de título executivo. Não obtida a com-

O recurso do juizado é apreciado por turmas recursais, organizadas pelos tribunais de justiça dos estados

posição, havendo cláusula compromissória ou compromisso arbitral, os autos são remetidos ao juiz-árbitro, para que designe a audiência. Nunca é demais afirmar que a maioria dos litígios de pequena monta decorrentes das relações de consumo são solucionados nessas duas primeiras fases.

Importante frisar que, embora possam as partes designar pessoas para lhes representarem perante os tribunais arbitrais, a assistência de advogado é meramente facultativa, muito embora seja sempre recomendável, em respeito à valiosa e imprescindível contribuição que os advogados representam para a concretização do direito e da justiça.

Designada a audiência, as partes são notificadas de sua data, e é citado o requerido para que apresente sua contestação, de forma escrita, até a data da audiência, ou oralmente na própria audiência, oferecendo as provas que pretenda produzir. No regulamento do centro de Coimbra existe previsão expressa sobre a falta de contestação não importar confissão dos fatos (artigo 13), o que não existe nos demais.

A coleta da prova se dá pelo juiz-árbitro, que normalmente é designado pelo Conselho Superior da Magistratura, como antes mencionado, que traz para a corte arbitral sua experiência e respeito, o que acaba por conferir tranquilidade, confiança e credibilidade para as partes. Acerta-se a produção de todas as provas admitidas em direito (artigo 18 LAV), estando o número de testemunhas limitado a três para cada parte, independente de intimação, a não ser a pedido da

própria parte, sendo obrigatório o depoimento pessoal das partes, escrito ou oralmente (artigo 16, “d”, da LAV). De se ver que, na produção da prova, pode haver intervenção do tribunal judicial nos casos previstos no nº 2 do artigo 18 da LAV.

Encerrada a instrução, deve ocorrer a decisão do árbitro, ditada para a ata, ou, se assim o entender o árbitro, proferida no prazo de dez dias. A prolação da decisão na própria audiência carrega a vantagem de conferir pronta resposta às partes, atendendo ao princípio da celeridade processual, além de conferir ao árbitro a possibilidade de explicar para os interessados, na maioria das vezes leigos em direito, o que e por que foi decidido.

A decisão do árbitro está sujeita à forma prevista no artigo 23 da LAV e deve corresponder ao direito constituído ou à equidade, de acordo com o que foi convencionado pelas partes. De relevo ressaltar que, caso as partes tenham convencionado, o julgamento por equidade importa renúncia aos recursos. Não havendo tal renúncia, a decisão arbitral pode ser atacada pelos mesmos recursos admitidos da sentença proferida pelo tribunal judicial para o Tribunal da Relação respectivo, observados os prazos para eles previstos.

Pode a decisão arbitral ser objeto de nulificação pelo tribunal judicial, no prazo de um mês, contado da notificação da decisão arbitral, nos casos previstos no artigo 27 da LAV. Vale frisar que a ação visando à nulidade da decisão arbitral não pode coexistir com recurso da mesma. Uma vez que caiba o recurso e que ele seja interposto, somente através dessa via se pode discutir a nulidade pelos motivos acima mencionados, o que leva à conclusão de que a ação visando à nulidade só pode ser proposta por quem dela não recorreu, ou nos casos em que tenha ocorrido renúncia ao direito de recorrer, ou, ainda, como matéria de defesa em eventual execução, mesmo que não manejada a ação respectiva no prazo legal.

Passada em julgado a decisão (quando dela não mais couber recurso), a sentença ganha força executiva perante o tribunal de 1ª instância, independente do pagamento de custas e emolumentos, nos moldes do artigo único do Decreto-Lei 103/91, de 8 de Março.

Por derradeiro, vejo como importante deixar gravada a existência do Projeto de Lei 175/XI/1.^a, decorrente de proposta do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo – veiculada ao Parlamento português (anexo I), tendo como primeiro subscritor o deputado do Grupo Parlamentar Socialista José Manuel Ribeiro, antigo Director-Geral do Consumidor, o qual visa introduzir a arbitragem necessária, cometida aos tribunais arbitrais de conflitos de consumo, dos litígios que envolvam relações de consumo relativas 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 (anexo II).

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

Nota-se não ser a adoção de arbitragem voluntária para solução de determinada modalidade de contendas uma novidade em Portugal, pois o Estado tem usado de 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 (Netconsumo).

III. JULGADOS DE PAZ EM PORTUGAL

Como já dito alhures, a crise da justiça é um fenômeno presente e massacrante para cidadãos e empresas, sendo apontada por alguns até mesmo como entrave para o crescimento dos países que não conseguem fazer fluir o volume já exagerado de demandas acumuladas em júzós e tribunais⁴⁶.

Portugal experimentou, nas últimas décadas do século passado e na primeira do presente, uma verdadeira explosão de demandas, cujos motivos, que desafiam certamente uma tese ou um tratado, passam pelo consumo de massa e a conscientização dos consumidores em relação a direitos que, outrora, jamais seriam objeto de movimentação em desfavor de empresas estatais ou permissionárias de serviços públicos, além de grandes corporações.

Antônio Barreto⁴⁷ afirma que “a enorme expansão do consumo, em quantidade mas também na diversificação de suas formas, assim como a multiplicação de modalidades de compra e de vendas a crédito, criaram novas pressões no sistema de Justiça. O acesso das grandes empresas ao sistema da Justiça, como se esse fosse uma agência de cobranças difíceis”.

O professor Antônio Pinto Monteiro⁴⁸ entende que a excessiva e crescente utilização do sistema judicial deve-se a um pequeno número de grandes litigantes, cujas demandas seriam em grande parte evitáveis se as decisões de contratação, designadamente no que toca à concessão de crédito, fossem previamente avaliadas de forma rigorosa, com particular incidência no que concerne à capacidade de endividamento de seus clientes.

Independente das causas, não se pode negar que o fenômeno, que não é um “privilégio” exclusivo de Portugal, existe e desafia a adoção de soluções que

possam suprir a deficiência do Estado em fornecer a jurisdição a todos que dela necessitam, e “direta e pronta” como é direito dos consumidores portugueses.

Não se pode afirmar, de outro lado, que este é um fenômeno recente. J. O. Cardona Ferreira⁴⁹, citando J. P. Oliveira Martins, afirma que “há quase seis séculos (!) por entre 1424 e 1428, o Infante das Sete Partidas, D. Pedro, escrevia, de Bruges, a seu irmão, o Rei D. Duarte, chamando a atenção do monarca, designada e justamente para o atraso da Justiça, dizendo, além do mais que “...em vossa terra (...) a muitos feitos aquelles que tarde vencem ficam vencidos.”

Como dito acima, o texto da Constituição de Portugal objeto de reforma passou a contemplar as vias não judiciais de acesso à justiça, ao admitir no artigo 209, 2, a existência de tribunais marítimos, tribunais arbitrais e os julgados de paz, que nas palavras de J. O. Cardona Ferreira⁵⁰ “só são novidade para quem não goste de estudar História do Direito, posto que a sua origem é mais antiga que a própria nacionalidade portuguesa”.

Discorrendo sobre a existência de registros históricos acerca dos julgados de paz em Portugal, Lúcia Fábria Barreira Dias Vargas⁵¹ assevera que, “nos primórdios da nacionalidade, estes Tribunais caracterizavam-se por exercerem uma justiça rural, já que funcionavam muitas vezes como os aplicadores da Justiça junto das populações afastadas dos centros dos centros administrativos (são frequentemente associados ao respectivo foral das localidades”.

Linhas adiante, prossigue a mesma autora: “Os julgados de paz contemporâneos perderam, porém, as suas características de ruralidade para adquirirem uma dimensão mais urbana, não só no plano das relações de vizinhança como também ao nível da responsabilidade civil contratual – designadamente no plano do direito do consumo”.

J. O. Cardona Ferreira⁵², presidente do Conselho de Acompanhamento dos Julgados de Paz, afirma que “os julgados de paz são uma instituição que, com roupagens diversas, veio do Passado, evoluiu pelos tempos da Portugalidade, vestiu os trajes do presente, para ajudar a iluminar o Futuro”. Instituto bem conhecido na história portuguesa, e recriado em época recente como uma forma viável distante da justiça tradicional para a solução de litígios, os julgados de paz tiveram alguma influência dos juizados especiais cíveis brasileiros, naquilo que não os incompatibilizava, posto que aqueles não são órgãos judiciários enquanto estes o são. Importante frisar que no direito brasileiro os juízes de paz se limitam à preparação e celebração de casamentos civis, muito embora a constituição brasileira, no artigo 98, II, a eles outorgue poderes conciliatórios, sem efeitos jurisdicionais.

Apesar dos julgados de paz portugueses não serem órgãos judiciários, proferem decisões com efeito de sentença, podendo ser executadas como as decisões

judiciais em geral, perante a justiça comum. Na verdade, o que o legislador português criou através da Lei 78/2001, que instituiu os julgados de paz, foi muito mais uma forma democrática de se buscar a solução de conflitos com a efetiva participação dos interessados.

Os julgados de paz são estruturas de mediação e conciliação, em alternativa aos tribunais comuns, mas cujas decisões, à semelhança das decisões dos tribunais arbitrais, têm a mesma força legal dos tribunais de instância⁵³.

O carácter muito mais de conciliatório do que de decisório dos julgados de paz se extrai do número 1 do artigo 2 da lei 78/2001 – Lei dos julgados de paz, ou simplesmente LJP, que determina: “A actuação dos julgados de paz é vocacionada para permitir a participação cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes”. Espera-se, pois, muito antes da atividade decisória conferida ao julgado de paz, a possibilidade de solução negociada, decorrente de conciliação com a efetiva participação dos interessados. Passemos, então, a verificar o funcionamento deste importante instrumento de solução de conflitos de consumo.

Muito embora os julgados de paz sejam estatais, não ligados a entidades particulares como as cortes de arbitragem voluntária de conflitos de consumo, é de se ver que não estão ligados ao Poder Judiciário, e nem mesmo estão vinculados isoladamente ao Estado português, uma vez que sua instalação decorre de parceria entre o Ministério da Justiça e as autarquias locais.

Esta parceria é disciplinada pelo Decreto-Lei 329/2001, de 20 de dezembro, o qual, nos artigos 12 e 13, determina que o funcionamento dos julgados de paz é assegurado por funcionários das autarquias, de seus quadros de carreira ou contratados especialmente para isso, enquanto os vencimentos dos juízes e dos mediadores são suportados pelo Ministério da Justiça através da Direcção Geral da Administração Extrajudicial, e as demais despesas são objeto dos termos de acordo celebrados entre os entes administrativos envolvidos.

3.1. PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Os princípios que orientam os processos que fluem perante os julgados de paz portugueses muito se assemelham àqueles observados nos juizados especiais brasileiros. O artigo 2º, 2, da Lei 78/2001 – LJP determina que “os procedimentos nos julgados de paz estão concebidos e são orientados por princípios de simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual”, o que indica não ser necessário sobre eles discorrer, sob pena de enfadonha repetição, posto terem os mesmos efeitos e sentido, apenas apontando nos artigos da lei a sua concretização.

A respeito, Lucia Dias Vargas⁵⁴ afirma que “o princípio da celeridade, referido

na lei 9.099, deu lugar ao princípio da adequação na Lei portuguesa, todos os demais princípios foram decalcados da lei 9.099, desta forma, parece poder concluir-se que, pelo menos no que respeita aos princípios gerais dos julgados de paz, a Lei Portuguesa foi fortemente inspirada pela Lei dos juizados especiais brasileiros”.

O princípio da simplicidade, pela própria natureza de proximidade que os julgados de paz se dispõem a inspirar nas pessoas simples que dele devem se socorrer, pode ser identificado no artigo 43 da LJP, o qual indica a forma de apresentação do requerimento, verbalmente inclusive, quando deve ser reduzido a escrito pelo funcionário respectivo, ou por escrito, através de formulários que substituem as rebuscadas fórmulas de petições endereçadas a tribunais. Também

Os tribunais arbitrais brasileiros não têm sido palco de solução de questões de consumo, especialmente as de interesse dos consumidores

a não necessidade de participação de advogado, que é facultativa, nos moldes do artigo 38, 1, da LJP, a não ser nos casos previstos no nº 2 do mesmo artigo, demonstram a obediência ao princípio da simplicidade.

Por adequação, se aplicaria perfeitamente o princípio da instrumentalidade das formas, acima citado, que em Portugal se encontra plasmado no artigo 265-A do Código de Processo Civil, ao estabelecer: “Quando a tramitação processual prevista numa lei não se adequar à especificidade da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”. Isto significa um determinado desapego ao rigor formal de atos desenvolvidos no processo, que deverá ser utilizado como um instrumento simples capaz de atingir o objeto ao qual se destina, qual seja, a melhor solução para o litígio nele evidenciado.

No dizer de Joel Timóteo Ramos Pereira⁵⁵, informalidade “significa que as causas devem ser tratadas sem a liturgia, paramentação ou ainda protocolos próprios do processo civil comum, na medida em que se procura, acima de tudo um resultado, que é o da justa composição do litígio e o acordo das partes”. Pode se citar, como exemplo da aplicação de tal princípio, o fato de não se admitir no processo que flua perante os julgados de paz a ocorrência de qualquer incidente processual ou a realização de prova pericial, que demandariam algum tipo de formalismo, sendo que, em situação tal, o feito deve ser enviado para a justiça comum. De outro lado, a possibilidade de recurso para o tribunal da 1ª instância somente no caso de sentença de valor superior à metade da alçada do julgado de paz (artigos 41; 59, 3; e 62, todos da LJP) demonstra ser um processo totalmente informal, sendo, pois, um processo bem mais célere e de solução efetiva.

Em cumprimento ao princípio da oralidade, a LJP chega a limitar a prática de atos pela forma escrita. Ao contrário dos juizados especiais, que não contemplam a fase de mediação, os julgados de paz, nas fases de pré-mediação e mediação, têm o procedimento completamente oral, nos moldes do artigo 50, que determina explicação oral a respeito dos objetivos da mediação. O próprio pedido inicial poderá ser apresentado verbalmente pelo interessado, nos moldes do artigo 43, 2.

O princípio da absoluta economia processual pode parecer paradoxal em relação ao determinado no artigo 5º da LJP, que expressamente autoriza a cobrança de custas em relação aos processos que fluam perante os julgados de paz, ao contrário do que determina a Lei 9.099, que regulamenta os juizados especiais cíveis no Brasil. Entretanto, há que se observar que economia processual não significa apenas e tão somente isenção de custas. Por tal princípio se deve entender fazer-se o processo o mais barato possível. E, mesmo perante o pagamento das custas, reduzidas diga-se de passagem, o processo acaba por ser econômico às partes, pela não necessidade de contratação de advogado, pela singeleza de seus atos, pelo que se deixa de gastar com seguidas audiências, e, especialmente, pela solução urgente do litígio, cuja existência importa gravames financeiros, psicológicos e morais para os envolvidos.

3.2. COMPETÊNCIA

Da mesma forma que ocorre no Brasil, em Portugal existe discussão acerca da sujeição obrigatória à jurisdição dos julgados de paz, nos casos em que ele é competente. Os que defendem tal ideia partem do disposto no artigo 67 da LJP, que regula os destinos dos processos pendentes na data de entrada em vigor da lei, cuja análise, a contrário senso, permite a conclusão de que, doravante, todas as causas que possam fluir nos julgados de paz obrigatoriamente ali terão de ser decididas.

Quem assim não entende diz não haver clareza suficiente nos termos da Lei 78/2001, de modo a induzir à conclusão de competência absoluta e obrigatória dos julgados de paz. Muito embora respeite os argumentos dos que defendem a obrigatoriedade, confesso postar-me em sentido oposto, por questão prática. Deve-se considerar que os julgados de paz em Portugal atualmente não passam de 24, que não cobrem todo o território nacional, face à sua natureza concelhia. Ora, entender-se sua competência absoluta importaria negar jurisdição aos milhares, talvez milhões, de cidadãos cujo domicílio não é abrangido pela competência dos julgados de paz.

A Lei 78/2001, em seu capítulo II, determinou a competência dos julgados de paz em razão do objeto, do valor, da matéria e do território. Tal definição principia no artigo 6º, que, inicialmente, prevê que os julgados de paz somente terão competência para as ações declarativas, as quais, para os leitores do Brasil, devem

ser compreendidas como ações de conhecimento. O n° 2 do mencionado artigo é expresso ao afirmar que as execuções das decisões proferidas pelos julgados de paz terão o mesmo tratamento conferido àquelas decorrentes dos tribunais de 1ª instância, ou seja, não permite que os julgados de paz executem suas próprias decisões, cujo cumprimento deve ser requerido perante a justiça comum.

A impossibilidade de execução das sentenças perante os próprios julgados de paz acaba por suscitar discussões. O ilustre J. O. Cardona Ferreira⁵⁶ afirma que seria desejável que os julgados de paz venham a dispor de competência executiva, “à semelhança dos juizados especiais Brasileiros”. Fundamenta seu pensamento no fato de que o julgado de paz acaba por apresentar apenas parte da solução do problema de quem o procura, pois após a sentença, a parte, de qualquer forma, teria de

Pode a decisão arbitral ser objeto de nulificação pelo tribunal judicial, no prazo de um mês, contado da notificação da decisão arbitral

buscar um moroso tribunal judiciário, sujeitando-se ao sufocante processo de execução, cujos resultados nem sempre são satisfatórios.

Por outro lado, Lúcia Dias Vargas⁵⁷ desposa pensamento oposto, ao afirmar que, em permitida a execução, confrontaria a própria natureza dos julgados de paz, edificados como forma de justiça alternativa, que não se pode equiparar ao regime imperativo dos tribunais judiciais, asseverando, ainda, que os julgados de paz não têm função imediata de reduzir pendências nos tribunais judiciais. Confesso ser simpático à posição de Cardona

Ferreira, muito mais por motivos práticos, que representam o apego e sucesso dos juizados especiais brasileiros, onde é possível não só ganhar, mas “ganhar e levar”, como preconiza o jargão popular. Penso que os julgados de paz, antes de desafogar os tribunais, têm por filosofia permitir às pessoas acesso a uma forma de resolução de conflitos barata, descomplicada, rápida e, sobretudo, eficaz. Para isso, seria necessário dotá-los de poderes executórios.

Ao exame da LJP, fica evidente sua incompetência para apreciar as questões de natureza criminal, ao contrário do que ocorre com os juizados especiais brasileiros, cujas sentenças penais com reflexos cíveis, inclusive, podem ser objeto de execução perante os juizados cíveis. A lei portuguesa trata de crimes apenas no artigo 9º, 2, que contempla a possibilidade de requerimento de indenizações cíveis em virtude da prática de alguns crimes particulares (assim compreendidos aqueles que dependem de ação do próprio ofendido para desencadear a persecução penal e no Brasil chamados de crimes de “ação penal privada”). Importante frisar que a ação indenizatória respectiva somente terá lugar quando não proposta ação penal ou quando tenha ocorrido desistência dela, e o pedido de indenização faz desaparecer a

possibilidade de acionamento criminal por parte do ofendido ou seu representante.

Em relação à competência relativa ao valor, o artigo 8º da LJP é explícito ao determinar que os julgados de paz podem atuar nas causas cujo importe não superar a alçada do tribunal de 1ª instância, o que hoje equivale a cinco mil euros. Interessante notar que o artigo 16 trata do serviço de mediação que existirá em cada julgado de paz, enquanto, no seu nº 3, estabelece que o serviço de mediação é competente para mediar quaisquer litígios, ainda que excluídos da competência do julgado de paz, com exceção dos que tenham por objeto direitos indisponíveis.

Já o artigo 56, 1, da LJP afirma que, se as partes chegarem a acordo, é este reduzido a escrito e assinado por todos os intervenientes, para imediata homologação pelo juiz de paz, tendo valor de sentença. Isso induz à conclusão de que, embora

Os tribunais arbitrais de consumo vivem de verbas afetadas pelas entidades que integraram o protocolo realizado para sua criação

não previsto expressamente, a exemplo dos juzgados especiais brasileiros, mostra-se possível a prolação de sentença homologatória de acordo em valor superior ao da alçada dos julgados de paz, sem que daí decorram problemas relativos à sua competência.

Quanto à competência em razão da matéria, o artigo 9º traz 10 alíneas prevendo as ações que podem fluir perante os julgados de paz, com suas respectivas exceções. Embora desnecessário aqui transcrever cada uma delas, vejo como importante destacar algumas disposições de tal artigo, designadamente: a previsão contida na alínea “a”, que afasta a possibilidade de manejo de ações tendentes a cobrança de créditos cujo credor originário tenha sido pessoa jurídica, evitando-se, assim, que as pessoas jurídicas ou seus cessionários abarrotam os julgados de paz com suas cobranças; a letra “d”, que permite o fluxo da ação de usucapião perante os julgados de paz, o que não se dá nos juzgados especiais brasileiros, por força do complexo procedimento que envolve tal matéria; e, por derradeiro, a alínea “g”, que permite ações relativas ao arrendamento, que em Portugal é a locação de bens imóveis, exceto com relação ao despejo, cuja possibilidade é expressamente permitida nos juzgados especiais brasileiros, uma vez que tais ações, no direito português, envolvem requisitos incompatíveis com os julgados de paz.

Em relação à competência territorial, a LJP estabelece diversas regras: primeiro, no artigo 11, determina ser competente o foro da situação da coisa em ações que envolvam imóveis ou que contemplem a divisão de coisa comum, devendo a ação ser proposta no foro onde se situe o bem de maior valor, no caso de universalidade, ou em qualquer dos foros, se o bem se situar em mais de um. Segundo o artigo 12, em relação às ações em que se exija algo relativo ao cumprimento da obrigação, a

ação pode ser proposta no foro competente para a satisfação da obrigação ou do domicílio do demandado, prevendo ainda que será competente o foro onde o fato ocorreu para as ações de reparação de danos por ato ilícito ou fundada no risco.

Já os artigos 13 e 14 trazem as regras gerais e preceituam que em se tratando o requerido de pessoa singular, nos casos não contemplados nos artigos anteriores, será competente o foro de domicílio do réu, e se ele não tiver residência habitual, for incerto ou estiver ausente, bem como quando more no estrangeiro, deverá ser demandado no domicílio do autor, exceto, quanto ao último caso, se o autor também residir no estrangeiro, quando a ação deverá ser proposta no julgado de paz de Lisboa.

Quando o demandado for pessoa jurídica, a ação é proposta no julgado de paz da sede da administração principal ou na sede da sucursal, agência, filial, delegação ou representação, conforme a ação seja dirigida contra aquela ou contra estas, dando-se, da mesma forma que ocorreu com os juizados especiais no Brasil, a positivação da teoria da aparência, em relação às pessoas coletivas.

Do exame sistemático da Lei 78/2001, pode-se concluir que, ao contrário dos juizados especiais brasileiros, onde as pessoas jurídicas ou coletivas estão impedidas de figurar no polo ativo da ação, no que tange aos julgados de paz, podem elas perfeitamente demandar, o que se extrai inclusive do artigo 37, que somente faz remissão ao artigo 9º, 1, o qual proíbe a cobrança de créditos de pessoa coletiva ou de seus sucessores. Em relação às demais ações de competência dos julgados de paz, tanto a pessoa singular como a coletiva podem residir tanto no polo ativo como no polo passivo, sem qualquer impedimento.

Admite-se o litisconsórcio, bem como a cumulação de pedidos desde que isto se afigure no momento da propositura da ação, não se permitindo alteração das partes ou do pedido após o início da contenda (artigo 39 e 44 da LJP).

Vê-se, ainda, que as partes podem estar em juízo sem a assistência de advogado, independente do valor da demanda (artigo 38, 1), sendo a assistência do causídico obrigatória quando se tratar de pessoa cega, surda, muda, analfabeta, desconhecadora da língua portuguesa ou que por qualquer outro motivo se encontrar numa posição de manifesta inferioridade, e, bem assim, no caso de oferta de recursos. Da mesma forma que nos juizados especiais brasileiros, o comparecimento da parte deve ser pessoal, podendo a empresa ser representada por mandatários com poderes especiais para desistir, confessar ou transigir (artigo 53, 4).

3.3. ORGANIZAÇÃO DOS JULGADOS DE PAZ

Segundo o artigo 3º da LJP, os julgados de paz são criados por diploma do Governo, ouvidos o Conselho Superior da Magistratura, a Ordem dos Advoga-

dos, a Associação Nacional de Municípios Portugueses e a Associação Nacional de Freguesias, sendo que o diploma de criação define sua área de atuação, sendo instalado por portaria do Ministro da Justiça. Em relação à circunscrição territorial, os julgados de paz têm nítida tendência concelhia, podendo se limitar a um concelho, a agrupamento de concelhos contíguos, a uma freguesia ou agrupamento de freguesias contíguas, deixando evidente a intenção do legislador de torná-lo sempre próximo de sua clientela, cuja participação cívica é requisitada para a justa composição de litígios (artigos 2º e 4º).

Segundo o artigo 15 da LJP, é possível que um julgado de paz tenha mais de uma secção, sem limite máximo, exigindo a lei que cada uma seja dirigida por um juiz de paz. Como visto acima, o julgado de paz funciona em parceria entre o Estado português e a autarquia local, que fornece o pessoal, que a ela fica vinculado, posto não existir quadro próprio de funcionários dos julgados de paz, nos moldes do artigo 19, sendo certo que as unidades devem funcionar nos horários previstos nos atos de criação de cada uma, não existindo uma regra geral e incisiva.

Os únicos que se poderia dizer serem servidores diretamente ligados aos julgados de paz seriam os próprios juízes de paz, bem como os mediadores, sobre os quais a LJP trata expressamente, inclusive mencionando os requisitos para o exercício das funções, sua forma de recrutamento e seleção, e bem assim remuneração.

A seleção para o exercício das funções de juiz de paz se dá por concurso público de exame de currículo e provas públicas, cujo regulamento é aprovado pelo Ministério da Justiça, não estando, entretanto, sujeitos à realização de provas (e portanto somente a exame curricular) os magistrados judiciais e do Ministério Público, da ativa ou reformados, professores universitários mestres ou doutores, ex-dirigentes da Ordem dos Advogados, bem como ex-integrantes do Conselho Superior da Magistratura ou dos tribunais administrativos e fiscais ou do Ministério Público, desde que reúnam os seguintes requisitos: ter nacionalidade portuguesa; possuir licenciatura em direito; ter idade superior a 30 anos; estar no pleno gozo dos direitos civis e políticos; não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso; ter cessado, ou fazer cessar imediatamente antes da assunção das funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra atividade pública ou privada (artigos 23 e 24).

Nota-se que a LJP fixou a idade mínima para o exercício da função, buscando com que o pretense juiz tenha carga, pequena que seja, de experiência que lhe será exigida, prestigiando, de outro tanto, pessoas que tenham exercido funções de Estado ou altamente especializadas em direito, além de se exigir a ilibada reputação que a função requer.

Interessante que, ao contrário do que ocorre nos juizados especiais brasilei-

ros, que são dirigidos por juízes togados, integrantes da magistratura de cada um dos estados-membros, como se fossem eles uma vara judicial, nos julgados de paz o juiz é nomeado pelo prazo certo de três anos, estando sujeito, disciplinarmente, ao Conselho de Acompanhamento dos julgados de paz, estando impedido do exercício de qualquer outra atividade profissional, pública ou privada, a não ser a docência ou a investigação científica, mediante autorização do conselho, aplicando-se-lhe, ademais, o regime da função pública naquilo que não houver incompatibilidade (artigos 25, 27 e 29 da LJP).

Ao juiz de paz cumpre, designadamente: dirigir o julgado de paz a que pertence, nos termos dos respectivos regulamentos internos (v.g. art. 2, n.º 1, da Portaria 44/2002, de 11 de janeiro, que instala o julgado de paz do Município de Lisboa); conciliar as partes (art. 2, 1 da LJP) e pronunciar-se sobre a questão de mérito, de acordo com a lei ou a equidade, das questões submetidas ao respectivo julgado de paz⁵⁸.

A LJP qualifica os mediadores como colaboradores dos julgados de paz, dizendo tratar-se de profissionais independentes, adequadamente habilitados a prestar serviços de mediação, dos quais se exige, no desempenho da sua função, procedimento com imparcialidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade e diligência. (artigo 30), estando, de outro lado, impedidos do exercício da advocacia, se advogados forem, no julgado de paz em que prestam serviço.

Ao contrário do juiz, que recebe remuneração do Estado, o mediador não é remunerado. A se ver inscrito na lista que deve constar em cada julgado de paz, não se investe na qualidade de agente, e nem lhe será garantida qualquer remuneração fixa, sendo certo que receberá na exata medida em que efetivamente participar de mediações que ocorram perante o julgado de paz, por processo, independente do número de sessões realizadas (artigo 36), vez que contratados como prestadores de serviços por período de um ano, renovável (artigos 33, 4, e 34 da LJP).

Muito embora não haja vinculação empregatícia nem remuneratória entre o mediador e o Estado, exige-se para o desempenho de tais funções: ter mais de 25 anos de idade; estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; possuir uma licenciatura adequada, não necessariamente no curso de direito; estar habilitado com um curso de mediação reconhecido pelo Ministério da Justiça; não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso; ter o domínio da língua portuguesa; ser preferencialmente residente na área territorial abrangida pelo julgado de paz. Dizendo a Lei “preferencialmente” resta claro que tal requisito, apesar de todo interesse para o perfeito envolvimento da comunidade para a solução de seus litígios, não é imprescindível, mesmo porque julgados de paz devem ser instalados onde não haja alguém com os demais requisitos.

Nos termos do artigo 3, números 2 e 3, da LJP, o mediador é um tercei-

ro neutro, independente e imparcial, desprovido de poderes de imposição aos mediados de uma decisão vinculativa, competindo-lhe organizar e dirigir a mediação, colocando a sua preparação teórica e o seu conhecimento prático ao serviço das pessoas que escolheram voluntariamente a sua intervenção, procurando conseguir o melhor e mais justo resultado útil na obtenção de um acordo que as satisfaça. Como se vê, e era de se esperar, o mediador tem funções pura e especialmente conciliatórias, na busca de cujo cumprimento, deve envidar seus melhores esforços, não sendo muito dizer que em suas funções repousa o próprio espírito dos julgados de paz, enquanto meio alternativo de resolução de conflitos, com a cívica participação dos interessados na solução.

3.4. PROCEDIMENTO

Guiado pelos princípios plasmados no artigo 2º da Lei 78/2001 – LJP, e muito mais pelo princípio da busca constante de conciliação, que, apesar de não constar da lei, é, em verdade, a força central em torno da qual gravitam os demais, o procedimento a ser observado nos julgados de paz poderia assim ser sintetizado.

A parte interessada apresenta o pedido, escrito ou oralmente, por advogado ou por si só, através de formulário próprio, ou de redução a escrito por funcionário do julgado de paz, devendo constar nome e domicílio do demandante e do demandado, a exposição sucinta dos fatos, o pedido e o valor da causa, não sendo necessária a juntada de cópia do pedido, podendo a parte adversa obtê-la junto à secretaria, considerando-se interrompida a prescrição no momento da apresentação do pedido.

Caso o demandado esteja presente quando da apresentação do pedido, pode apresentar de logo sua contestação, se para isso estiver habilitado; em caso contrário, deve ser informado do prazo que dispõe para tal. Não estando presente, deve ser citado por correio, ou alternativamente pelo próprio funcionário do julgado de paz, devendo a citação conter cópia do requerimento do autor, informação da data designada para a pré-mediação, esclarecimento sobre prazo para contestação, que é de dez dias, improrrogáveis, contados da citação, e bem assim a advertência das penas a que está sujeito caso se mantenha revel.

A exemplo do que ocorre nos juzgados especiais do Brasil, não se admite, em qualquer hipótese, a citação por edital, não se admitindo, da mesma forma, expedição de cartas precatórias ou rogatórias. Já as notificações podem se dar por telefone, telecópia ou via postal e poderão ser dirigidas para o domicílio ou, se for do conhecimento da secretaria, para o local de trabalho do demandado.

A defesa do ofendido não tem conteúdo limitado pela lei e, em virtude da isonomia entre as partes e do amplo contraditório, deve admitir toda a matéria em direito aceita, inclusive com a apresentação de incidentes, exceções e reconvenção.

Suscitado algum incidente pela parte, desaparece automaticamente a competência do julgado de paz, devendo o processo ser enviado ao tribunal de 1ª instância (artigo 41 LJP). Assim também se dá quando reconhecida a incompetência do julgado de paz, oficiosamente pelo juiz, ou a requerimento das partes (artigo 7), a não ser quando se trate de mera incompetência territorial, quando o processo deve ser encaminhado para o julgado de paz competente.

Não se admite, de outro lado, como regra a reconvenção. A única exceção a tal preceito se dá quando o demandado se propõe a obter a compensação ou tornar efetivo o direito a benfeitorias ou despesas relativas à coisa cuja entrega lhe é pedida, caso em que o demandante pode responder no prazo de dez dias contados da notificação da contestação, guardando igualdade com o prazo que é conferido ao requerido para apresentar sua contestação ao pedido inicial (artigo 48 LJP). De se ver que a ausência de apresentação de contestação importa revelia, com a confissão quanto à matéria de fato, nos moldes do artigo 58, 2.

Os tribunais arbitrais podem ser constituídos por um único árbitro ou por vários, sempre em número ímpar

Estabilizada a relação processual, com a efetiva citação do requerido, deve ocorrer a sessão de pré-mediação, que tanto pode se dar imediatamente, caso ambas as partes estejam presentes, como em data designada, que deverá ser comunicada com antecedência às partes. No dizer de Lúcia Dias Vargas⁵⁹, a pré-mediação tem essencialmente dois objetivos: o primeiro visa explicar às partes em que consiste a mediação e o segundo, verificar a predisposição destas para um possível acordo na fase de mediação.

A pré-mediação pode caminhar, logo em seguida, para a sessão de mediação. De outro lado, se as partes apenas sinalizarem positivamente à mediação, a sessão respectiva é desde logo designada. Se as partes acenarem negativamente para a mediação, o feito deverá ser concluso ao juiz para a designação da audiência de julgamento. Nota-se que a fase de pré-mediação e mesmo de mediação estará suprimida se qualquer das partes previamente afastar a possibilidade da solução do litígio por esta via (artigo 49, 1).

As fase de pré-mediação e mediação traduzem o próprio espírito dos julgados de paz, por representarem a possibilidade de, através do eficaz e preparado trabalho dos mediadores, demonstrar às pessoas a necessidade de sua cooperação na solução menos traumática e mais eficaz para o litígio. Interessante notar que o mediador encarregado da pré-mediação não poderá funcionar como mediador na sessão de mediação (artigo 50, 4, LJP).

Não rejeitada por qualquer das partes a possibilidade de mediação, designa-se

a sessão respectiva, mediante a firtadura de acordo de mediação, no qual garantem que esta será sigilosa. Aliás, o sigilo da mediação é uma tônica, tanto que as partes, os seus representantes e o mediador devem manter a confidencialidade das declarações verbais ou escritas proferidas no decurso da mediação, não podendo as partes ter acesso aos documentos escritos pelo mediador no decurso da mediação, ficando o mediador impedido de ser testemunha em qualquer causa que oponha os mediados, ainda que não diretamente relacionada com o objeto da mediação.

A mediação tem por escopo obter a solução da contenda pela via amigável, por acordo e efetiva participação das partes. Nessa fase do processo, as partes podem ter

Os princípios que orientam os processos que fluem perante os julgados de paz portugueses muito se assemelham àqueles observados nos juizados especiais brasileiros

a assistência de advogados, peritos, técnicos ou outras pessoas nomeadas, e as pessoas jurídicas devem se fazer representar por mandatários com poderes especiais para transigir, confessar ou desistir, nada havendo a impedir que a pessoa coletiva seja representada por seu sócio que detenha tais poderes na formulação social.

A participação do mediador, muito embora seja mesmo um terceiro sem deter atos de força do Estado ou capacidade impositiva, é essencial no sentido de conduzir a mediação, sempre exortando as partes para a conciliação, buscando nelas a cooperação e efetiva participação para a solução da questão. Pode o mediador, com aquiescência das partes, manter conversas reservadas com uma e com outra, incumbindo-lhe, ainda, analisar a necessidade de sua continuação em outra data, envidando esforços para que ela se conclua em tempo adequado à natureza e complexidade da causa. De se notar que as partes podem, antes ou depois de iniciada a mediação, dela desistir, sem que qualquer pena lhes reste por isso, ocasião em que o processo deve ser encaminhado para a audiência de julgamento.

Se qualquer uma das partes deixa de comparecer à pré-mediação ou à mediação sem apresentar justificativa no prazo de três dias, deverá o feito ser encaminhado ao juiz de paz para designação da data para audiência de julgamento, não resultando, neste caso, sanção qualquer ao não comparecente, uma vez que a mediação é voluntária. Caso o não comparecente apresente justificativa, a secretaria do julgado de paz designará nova data, dentro dos cinco dias seguintes, para a pré-mediação ou mediação, sem possibilidade de adiamento, e caso ocorra reiteração no não comparecimento, o processo seguirá para a audiência de julgamento, sempre com a notificação das partes para a data designada.

Caso as partes cheguem a acordo em qualquer das fases anteriores à audiência

de julgamento, este deverá ser reduzido a escrito e assinado por todos os participantes para a imediata homologação por parte do juiz de paz, com força de sentença.

Não havendo possibilidade para conciliação na pré-mediação e na mediação, as partes são encaminhadas para a audiência de julgamento, onde podem produzir provas. As partes têm até a audiência para apresentar as provas que desejam produzir. À falta de previsão expressa da lei, subentende-se que essas provas se limitam à oitiva de testemunhas, até o máximo de cinco para cada parte, que não serão notificadas e devem ser levadas pelas partes, e documentos, uma vez que se alguma das partes solicitar a realização de perícia cessa a competência do julgador de paz, devendo o processo ser remetido ao tribunal de 1ª instância, aproveitando-se os atos praticados (artigo 59, 3 da LJP).

Vejo no dispositivo legal acima mencionado determinada falha ao não permitir ao juiz de paz o exame da necessidade ou viabilidade da realização da prova pericial. Bastando simples requerimento da parte para a realização de tal modalidade de prova para fazer cessar a competência do julgador de paz, está aberta a porta para aquele que, no polo passivo da contenda, queira fugir da celeridade dos julgados de paz, requerendo inútil perícia, no mero fito de prolongar o desate da questão. Se não há possibilidade de exame da viabilidade da prova pelo juiz de paz, deveria haver, no mínimo, sanção ao que dessa forma procedesse, impedindo a implementação do meio mais ágil de solução do litígio.

Se a parte autora, devidamente notificada, deixar de comparecer à audiência sem justificativa, entende-se que desistiu do pedido, sendo extinto o processo. Quanto ao demandado, em igual condição, opera-se a revelia, com a confissão quanto à matéria de fato. Caso haja justificativa, a secretaria do julgador de paz deve designar outra audiência que não tem possibilidade de ser adiada, nos cinco dias subsequentes, dando conhecimento às partes, e, persistindo a parte em não comparecer, operam-se os efeitos que se dão para o não comparecimento injustificado.

Segundo o artigo 57, na audiência de julgamento as partes serão ouvidas, produzidas as provas e proferida a sentença. Certamente que tanto antes de iniciar a colheita das provas como após encerrar a instrução, deve o juiz tentar conciliar as partes para dar cumprimento ao disposto no artigo 26, 1, e aos próprios princípios dos julgados de paz. Como a lei não determina a forma de produção das provas e seus detalhes, deve-se aplicar as disposições relativas ao Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente nos moldes do artigo 63.

De conformidade com o artigo 60 da LJP, a sentença é proferida na audiência de julgamento e reduzida a escrito. Podem existir causas em que o juiz não se sinta preparado para o julgamento imediatamente após a produção das provas, e, não havendo disposição expressa em contrário, deve a ele ser concedido o prazo

previsto no Código de Processo Civil para que profira sua decisão, muito embora o ideal seja que realmente dê seu veredicto de imediato, em atenção aos princípios que norteiam os processos que fluem perante os julgados de paz, mesmo porque o número 2 do artigo 60 determina que a sentença é pessoalmente notificada às partes, imediatamente antes do fim da audiência de julgamento.

A sentença deve conter como requisitos fundamentais: a identificação das partes; o objeto do litígio; uma sucinta fundamentação; a decisão propriamente dita; o local e a data em que foi proferida; a identificação e a assinatura do juiz de paz que a proferiu. Dos requisitos acima, na prática, segundo grita de grande parte dos advogados que militam nos julgados de paz, o relativo à fundamentação sucinta não tem sido observado pelos juízes de paz, em sua grande maioria, que, de forma prolixa, tem escrito verdadeiros tratados em suas razões, distanciando-se do objetivo de que o destinatário da sentença (a parte) tenha conhecimento simples e perfeito de seu teor, inclusive para que esse conhecimento o leve ao convencimento.

Com relação ao procedimento em si, cada centro de arbitragem pode estabelecer a marcha do processo e sua conclusão

Importante frisar que o juiz, para formar seu convencimento, não está adstrito a critérios de legalidade estrita, podendo, se as partes o consentirem, decidir por equidade, para o que é requisito necessário que o valor da ação não supere a metade do valor de alçada dos julgados de paz (artigo 26 da LJP).

Segundo o artigo 62 da LJP, as sentenças proferidas nos processos cujo valor exceda metade do valor da alçada do tribunal de 1.^a instância podem ser impugnadas por meio de recurso a ser interposto para o tribunal da comarca ou para o tribunal de competência específica que for competente, em que esteja sediado o julgado de paz. Isto deixa evidente que as sentenças objeto de decisão por equidade serão sempre irrecorríveis, pois o julgador só pode se valer de tal recurso nas causas de valor inferior à metade do valor de alçada.

Ao contrário dos juizados especiais brasileiros, pode se perceber que as sentenças meramente homologatórias de acordo entre as partes poderão, da mesma forma, ser objeto de recurso. Isto porque o artigo 62 da LJP somente fala em “sentenças proferidas” pelos julgados de paz, fazendo limitação apenas quanto ao valor. Nos termos do artigo 156, n° 2, do Código de Processo Civil de Portugal, sentença é “acto pelo o qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa”. Sendo a decisão que homologa um acordo tecnicamente considerada uma sentença, sem dúvida será passível de ataque por recurso, que, a exemplo das demais, terá efeito meramente devolutivo, seguindo o regime do agravo, previsto no Código de Processo Civil.

Passada em julgado a sentença, pela impossibilidade de manejo de qualquer outro recurso, poderá a sentença ser executada perante a justiça comum, nos mesmos moldes que as sentenças proferidas pelos juízos de 1ª instância e pelos centros de mediação e arbitragem dos conflitos de consumo.

CONCLUSÃO

A temática relativa ao acesso do consumidor à justiça, ou das formas que dispõe para garantia de inúmeros direitos que lhe são assegurados nas constituições e nas leis do Brasil e de Portugal, certamente ainda ocupará o tempo de muitos pesquisadores, bem como a literatura jurídica de ambas as nações, pois, apesar de todos os esforços despendidos, a solução para o problema se mostra distante.

Resta evidente que todo o esforço legislativo que se possa envidar para garantir os direitos dos consumidores, visando equilibrar suas relações com os grandes grupos econômicos que dominam a fabricação de produtos e o fornecimento de serviços, em especial de crédito, cairá no vazio caso não haja instrumental eficiente, seguro e barato para fazer valer o que está plasmado nas diversas leis editadas para tal fim.

Muito já se fez e ainda se tem feito no sentido de dotar o mercado de regras que, mesmo em princípio parecendo injustas por favorecer a uma das partes, são em verdade a aplicação mais pura do melhor conceito de isonomia, segundo o qual os iguais devem ser tratados da mesma forma entre si, tratando-se desigualmente os desiguais, como afinal se apresenta a relação entre um cidadão comum e os poderosos grupos econômicos.

Contudo, muito mais ainda terá de ser feito para que os direitos garantidos aos consumidores na letra da lei sejam efetivamente implementados, e isso forçosamente terá de passar pela força superior conferida ao Estado, enquanto encarregado de formular leis, organizar instituições, fornecer a jurisdição e zelar pela existência da atividade econômica, promovendo, ao mesmo tempo, a defesa dos consumidores (artigos 5º XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil e 60 da Constituição da República Portuguesa).

Independente dos motivos que a levaram a cabo, a crise na justiça de ambos os países existe e é grave, posto que a solução das contendas apresentadas ao Poder Judiciário está longe de se dar em prazo razoável, como é assegurado aos consumidores e aos cidadãos em geral, demonstrando-se que o sistema de justiça tradicional deve ser repensado com urgência, tendo em vista que a demanda por tais serviços só tende a crescer com o aumento da população, melhor acesso à informação e consequente conscientização de direitos e busca de sua implementação.

A busca de meios alternativos para a solução dos conflitos de consumo é

totalmente necessária para atender não só aos consumidores, que precisam de respostas mais ágeis e efetivas, a baixo custo, como ao próprio Poder Judiciário, que se vê abarrotado de demandas por vezes repetitivas, decorrentes de problema comum, ou de grandes “clientes”, que repetem condutas desrespeitosas para com a massa de consumidores.

Penso que muitos dos problemas enfrentados pelos consumidores em ambas as nações encontrariam solução fecunda na maior utilização das ações coletivas para tratamento de situações semelhantes, que afetam número elevado de consumidores por parte de um único ou de pequeno grupo de grandes fornecedores, os quais acabam por jogar com a incapacidade da justiça de resolver os problemas individuais dos consumidores, e abusam das relações que com eles mantêm.

Interessa notar que a legislação tanto do Brasil como de Portugal já fornece o instrumental necessário para a propositura de tais ações, as quais, entretanto, não são ainda usadas de modo a regular o mercado com mais racionalidade, em proveito de toda a massa consumidora, sem exagero de demandas perante os tribunais. Enquanto isso não se dá, as tentativas de facilitação de acesso dos consumidores à solução de suas contendas com fornecedores por vias alternativas ao sistema judiciário tradicional, muito embora ainda distantes do esperado, com falhas diversas, têm produzido frutos, e, até, em determinados casos, contaminado a justiça comum face aos resultados razoáveis nos quesitos presteza, celeridade, economia processual e efetividade das decisões.

Com o presente trabalho, foi possível, mesmo que de forma resumida, demonstrar a organização e funcionamento dos principais meios alternativos à justiça tradicional para a solução de conflitos envolvendo relações de consumo no Brasil e em Portugal, traçando-se, inclusive, quadro comparativo entre eles, de cuja fusão certamente resultaria instrumento bem mais eficaz em favor dos consumidores.

Quanto aos juizados especiais cíveis brasileiros, muito embora também ligados ao Poder Judiciário diretamente, permitindo que se os confundam com a justiça tradicional, percebe-se que têm atendido razoavelmente a demanda de consumidores na busca de solução de litígios de pequena monta, através de processo descomplicado, ágil, barato e efetivo. Além de ser dotado do chamado processo sumaríssimo, guiado pela oralidade, informalidade e economia processual, que vertem em um processo de vida bem curta, os juizados especiais brasileiros trazem como grande vantagem a possibilidade de execução de seus próprios julgados, através de processo também informal

e célere, garantindo a eficácia das decisões, que restam cumpridas em tempo bem inferior ao que ocorre na justiça tradicional.

Para isso também contribui o fato de haver apenas um recurso, designadamente da sentença final, que é examinado não pelos abarrotados tribunais tradicionais, mas por turmas recursais compostas por juizes do mesmo grau de jurisdição, normalmente de forma regionalizada, que proferem decisões informais, de maneira bem mais rápida, por decisão só atacável por recurso extraordinário para a corte constitucional em caso de expressa ofensa à Constituição.

Como ponto negativo para os juzgados especiais brasileiros, deve-se destacar a falta de departamentos que se preocupem com a informação aos consumidores, função que, no Brasil, é exercida pelos órgãos administrativos de cunho municipal ou estadual, intitulados “Procons”, que também se dão à mediação e conciliação como forma de solução de conflitos, podendo aplicar sanções administrativas aos fornecedores que não cumpram suas obrigações perante os consumidores.

Além disso, a fase conciliatória existente nos juzgados especiais, fruto de um de seus princípios orientadores (busca constante de conciliação), somente se dá após a instauração do processo, que se verifica no protocolo na reclamação escrita ou oral, inexistindo, de outra banda, possibilidade de mediação de conflitos por parte dos juzgados, o que, a meu sentir, é um minus perante os similares portugueses, os quais, antes da deflagração do processo em si, tentam a conciliação informalmente.

Já os centros de informação, mediação e arbitragem de conflitos de consumo de Portugal, se mostram como o mais alternativo dos meios de solução de litígios que decorram das relações de consumo, tendo em vista seu afastamento da tutela estatal, a não ser em caso de controle de legalidade das decisões ou dos recursos que são comportáveis em casos em que não for autorizada a decisão por equidade.

Uma das especiais vantagens que os centros apresentam se liga à sua função informativa a qualquer consumidor que os procurar, prestando relevante serviço de esclarecer ao cidadão, normalmente avesso às questões do direito, sobre seus direitos e obrigações. De tal informação pode decorrer o esclarecimento da inexistência do pretense direito, a mediação perante o fornecedor, de forma informal, buscando a solução do litígio, ou a formulação de uma reclamação. Também se mostram os centros muito interessantes para os consumidores, em virtude do curto espaço de tempo demandado entre a reclamação e a efetiva decisão da questão, por normal não superior a seis meses, a

não ser por expressa convenção das partes interessadas, por sentença que tem força executiva equiparada às proferidas pela justiça comum.

De outra banda, trata-se do processo mais barato que se encontra à disposição dos consumidores, posto que, na grande maioria dos centros em funcionamento em Portugal, não existe pagamento de custas ou emolumentos, havendo expressa previsão legal de que as execuções das sentenças decorrentes dos centros arbitrais, que se dão perante a justiça comum, estão isentas do pagamento de qualquer valor.

Muito embora sejam instituições privadas, os centros portugueses são dotados de juízes árbitros, em sua expressa maioria, indicados pelo Conselho Superior da Magistratura, o que lhes confere uma posição de confiabilidade e imparcialidade perante o público-alvo, principalmente os fornecedores, uma vez que as cortes são formadas para atender aos reclamos dos consumidores.

Como desvantagem dos centros, vemos a sua feição de voluntariedade de ambas as partes, ou seja, a não obrigação do fornecedor a participar do processo, caso não queira, o que favorece aquele que pretenda protrair no tempo a solução do conflito de consumo, forçando a procura da justiça tradicional por parte do interessado. Também da justiça tradicional não fugirá o vencedor da ação, que necessita executar a sentença da forma convencional, o que, aliás, é o normal em relação à arbitragem voluntária, não dotada de jurisdição ou da compulsoriedade estatal.

Da mesma forma, não se pode olvidar que ainda são muito poucas as unidades espalhadas pelo país, abrangendo principalmente as regiões mais densamente povoadas, estando a solução representada pela arbitragem não acessível a toda a população, sendo evidente que todos são consumidores da mesma forma e estão sujeitos a conflitos de consumo independente de sua proximidade com a capital ou centros urbanos de maior densidade demográfica.

Em relação aos julgados de paz, tenho tratar-se de uma tradição que se confunde com a própria história de Portugal, e que, de roupagem nova, resurgiu para buscar soluções mais simples para questões também não tão complicadas, cuidando-se de excelente alternativa para os litígios de consumo. Segundo as obras pesquisadas, sua atual configuração decorreu de estudos que passaram por visitas in loco a seus semelhantes italianos e aos juizados especiais brasileiros, com os quais têm certo ponto de contato e influência.

A principal linha distintiva entre ambos repousa no fato de não serem os julgados de paz investidos de jurisdição estatal, posto que não são órgãos do Poder Judiciário, ou seja, não são dirigidos por juízes togados, investidos na jurisdição pelos meios usuais, mas arregimentados na forma preconizada pela

lei, e que, portanto, não detém o poder executivo próprio do Estado.

Pesa positivamente em favor dos julgados de paz a sua característica de envolver os interessados na efetiva solução dos conflitos, tanto que oferecem a possibilidade de uma pré-mediação, seguida de uma mediação através de pessoas gabaritadas, qualificadas e preparadas para obterem solução não traumática, com especial participação dos interessados, maiores responsáveis pela

Como ponto negativo para os julgados especiais brasileiros, deve-se destacar a falta de departamentos que se preocupem com a informação aos consumidores

forma de solução dos litígios. Somente à absoluta impossibilidade de tais vias é que se passa para a produção das provas e o conseqüente julgamento pelo juiz de paz.

O prazo de duração do processo é bem reduzido, ínfimo se comparado aos trâmites da justiça tradicional, e a existência de custos baixos não foi suficiente para afugentar a grande procura dos julgados de paz e a razoável satisfação de seus usuários.

Como desvantagens dos julgados de paz, vejo a impossibilidade de produção de todos os meios de prova em direito admitidos e a impossibilidade de solução de incidentes levantados pelas partes, o que ocasiona, segundo os termos da lei, a cessação da competência dos julgados de paz, com o conseqüente envio dos autos à justiça comum.

Segundo o próprio presidente do Centro de Observação dos julgados de paz, seria, talvez, interessante, dotá-los de condição de execução de seus próprios julgados, para evitar que o vencedor do litígio tenha que se sujeitar ao penoso processo de execução que se dá nas vias judiciais tradicionais.

O certo é que os três objetos deste estudo apresentam pontos positivos e negativos, mas, de uma forma ou de outra, têm atendido, mesmo que minimamente, os interesses dos consumidores em encontrar solução rápida, barata e eficaz para os conflitos que decorrem das relações de consumo em geral.

Com o presente trabalho, que nada tem de inédito ou criador, espero haver contribuído, mesmo que modestamente, para o aprofundamento da discussão relativa aos meios alternativos de acesso dos consumidores à solução dos litígios decorrentes das relações de consumo, sendo pessoalmente gratificante tratar de tal tema, que é objeto da lida diária imposta pela toga, amenizada apenas pelo amor ao Direito e à Justiça, de uma forma geral, e ao Direito do Consumidor em especial.

**QUADRO COMPARATIVO ENTRE OS JUIZADOS ESPECIAIS,
CORTES DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA E
JULGADOS DE PAZ**

	Juizados Especiais	Centros de A. V. Conflitos de Consumo	Julgados de Paz
Regramento legal	Lei 9.099/95 - LJE	Lei 31/86, de 29 de Agosto, art. 38 e Decreto Lei 425/86, de 26 de dezembro, além de normas internas de cada centro	Lei 78/2001 - LJP
Localização	Brasil	Portugal	Portugal
Sujeição	Obrigatória por vontade de uma das partes	Voluntária – só por vontade de ambas as partes	Obrigatória por vontade de uma das partes
Vinculação ao Poder Judiciário	Sim	Não	Não
Vinculação à administração	Não	Não	Sim
Destinação	Litígios em geral	Só para conflitos de consumo, enquanto centros especializados	Litígios em geral
Serviço de informação	Não existe	Sim em todos, conforme regulamentos	Sim, que pode ser conjunto com a mediação – art. 17
Serviço de pré-mediação	Não existe	Não existe	Sim, como fase preparatória para a mediação – art. 49
Serviço de mediação	Não propriamente, existindo sessão conciliatória (art. 16)	Sim, nos moldes do regulamento de cada centro	Sim, a não ser que as partes prontamente o rejeitem (art. 51)
Localização	Sede da comarca	Local designado no ato de sua criação e aprovado pela autoridade competente	Local designado no ato de sua criação (art. 4º)
Princípios	Oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e busca constante de conciliação e transação (art. 2º)	Obrigações de tratamento das partes com absoluta igualdade; citação do demandado para se defender; garantia da estreita observância do princípio do contraditório em todas as fases do processo e oitiva obrigatória de	Simplicidade, adequação, informalidade, oralidade e absoluta economia processual (art. 2º, nº 2)

		ambas as partes, oralmente ou por escrito, antes de ser proferida a decisão final (art. 16)	
Competência pelo valor	Até 40 salários mínimos (art. 3º)	Varia de centro para centro, estando em sua maioria ligado ao valor do Tribunal de alçada, ou o equivalente a cinco mil euros	Alçada do Tribunal de 1ª instância (art. 8º)
Inobservância da competência pelo valor	Renúncia ao crédito excedente, ou extinção se impossível cindir o objeto, exceto no caso de acordo (art. 3º, § 3º)	Depende da regra de cada centro	Incompetência dos julgados de paz e remessa ao Tribunal Judicial, exceto para mediação pura (art. 16)
Competência territorial	Fixada pelo artigo 4º da Lei 9.099	Fixada pelo regulamento de cada centro de arbitragem	Fixada pelos artigos 11, 12, 13 e 14 da LJP
Inobservância competência territorial	Extinção do processo (art. 51)	Reconhecimento pelo próprio centro (art. 21) ou nulidade da decisão (art. 28)	Remessa para o julgado de paz ou tribunal competente (art. 7º)
Competência pela natureza da matéria objeto da demanda	Artigos 3º, I, II e III, por inclusão, e § 2º por exclusão	Somente as relativas aos conflitos de consumo, desde que não se trate de direito indisponível ou litígio sujeito à arbitragem necessária ou Tribunal Judicial (art. 1º, nº 1), e relativos a serviços prestados por profissionais liberais, bem como os relativos a responsabilidade civil por intoxicações, lesão ou morte ou quando existam indícios de delito de natureza criminal, segundo	Artigo 9º da Lei 78/2001

		regulamentos dos centros	
Inobservância da competência em razão da matéria	Extinção do processo (art. 51)	Reconhecimento pelo próprio centro (art. 21) ou nulidade da decisão (art. 28)	Remessa para o julgado de paz ou Tribunal competente (art. 7º)
Competência em natureza criminal	Crimes de menor potencial ofensivo, definidos na própria Lei 9.099	Não	Não, somente para indenizações relativas a crimes particulares, que importem no não exercício da ação penal respectiva
Competência executiva	Seus próprios julgados (inclusive criminais com repercussão cível) e títulos executivos extrajudiciais até o valor da alçada (art. 3º, § 1º, I e II)	Não	Não, tem competência somente para ações declarativas (art. 6º, nº 1)
Limitação de quem pode ser parte em qualquer polaridade	Sim (art. 8º, <i>caput</i>)	Não	Somente para as pessoas singulares sem capacidade judiciária (art. 37)
Limitação à polaridade ativa	Sim, nos moldes do artigo 8, § 1º, I, II, III, IV	De acordo com o regulamento de cada centro, estando alguns limitados a demandas propostas por consumidores, outros limitados a ação dos fornecedores à condição de prévia aderência	Só há limitação para que a pessoa coletiva ou seu sucessor promova cobrança de prestação pecuniária (art. 9º, “a”).
Assistência por advogado	Facultativa nas causas de valor até 20 s.m. e obrigatória daí em diante, ou no caso de recurso	Facultativa para o Tribunal Arbitral (art. 17)	Facultativa no processo a advogado, estagiário ou solicitador, e na mediação é obrigatória para pessoas com limitações ou em caso de recursos (art. 38, nºs. 1, 2 e 3 e 53, nº 5)
Publicidade dos	Publicidade total	Normalmente	Sigilo na fase de

atos	(art. 12)	processo sigiloso	mediação (art.52) e publicidade no processo, com obrigação de sigilo por parte dos juízes, nos moldes do artigo 22
Local e horário da prática dos atos	De regra na sede do juizado, podendo ocorrer no período noturno e em outros locais (arts. 12 e 94)	De acordo com o regulamento de cada centro.	Normalmente na sede do julgado de paz, sendo a fase de mediação forçosamente na sede do julgado de paz (art. 51, n° 3) em horários definidos no diploma de criação (art. 20)
Intervenção de terceiros	Proibida (art. 10)	Incompatível com arbitragem voluntária	Admitida a coligação, somente no momento da propositura da ação (art. 39)
Litisconsórcio	Permitido (art. 10)	Possível quando haja cláusula compromissória ou compromisso arbitral	Admitido, desde que ocorra no momento da propositura da ação
Cumulação de pedidos	Permitida, desde que respeito o limite de alçada (art. 15)	Não existe vedação	Admitida apenas na propositura da ação (art. 44)
Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil	Omissa a lei, assim entendem doutrina e jurisprudência	Sim, desde que as partes não elejam procedimento diverso	Sim no que não for incompatível (art. 63)
Nulidades	Só se pronuncia quando haja prejuízo, convalidando os atos que atingirem seu objetivo (art. 13, caput e § 1º)	É causa de anulação da decisão arbitral, desde que requerida em um mês da ciência da decisão (arts. 27 e 28)	Não havendo previsão expressa, aplicam-se as disposições do CPC (art. 63). Em caso de irregularidade de peças processuais, são as partes instadas a regularizá-las no início da audiência (art. 43, n° 5)
Prática de atos em outra	Solicitada por qualquer meio	De acordo com o regulamento de	Não há lugar para expedição de carta

comarca	idôneo de comunicação (art. 13, § 2º)	cada centro	precatória ou rogatória (art. 46)
Pedido inicial	Escrito ou oral (art. 14)	De acordo com o regulamento de cada centro, sendo normal se aceitar pedido escrito ou oral	Escrito ou oral, ou através de formulário próprio (art. 43)
Conteúdo do pedido	O nome, a qualificação e o endereço das partes; os fatos e os fundamentos, de forma sucinta; o objeto e seu valor (art. 14, § 1º)	Não existe previsão	Indicação do nome e do domicílio do demandante e do demandado, contendo a exposição sucinta dos fatos, o pedido e o valor da causa (art. 43, n° 2)
Interrupção Prescrição	Apresentação do pedido (art. 14)	Depende do caso concreto	Apresentação do pedido (art. 43, n° 8)
Citação do requerido	Por carta registrada entregue em mãos próprias ou por oficial de justiça (art. 18, I e II)	Obrigatória (art. 16, “b”), dependendo de cada centro em relação à forma	Pessoalmente (art. 45, n° 1), por via postal ou através de funcionário do julgado de paz (art. 46, II)
Citação por edital	Proibida (art. 18, § 2º)	Incompatível com arbitragem voluntária	Proibida (art. 46, n° 2)
Comunicação dos demais atos	Forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação (art. 19)	De acordo com o procedimento de cada centro	Por telefone, telecópia ou via postal
Prazo para resposta do demandado	Até a audiência de instrução e julgamento	Até a audiência, de acordo com o regulamento de cada centro	10 (dez) dias, contados da citação (art. 47, n° 1)
Forma da resposta	Escrita ou oral (art. 30)	Escrita ou oral, de acordo com o regulamento de cada centro	Escrita ou oral (art. 47, n° 1)
Conteúdo da contestação	Toda matéria de defesa, exceto arguição de suspeição ou impedimento do juiz, que se	Não havendo previsão legal, entende-se como toda matéria de direito	À omissão da lei, entende-se como toda matéria de defesa

	processará na forma do CPC (art. 39)		
Falta de contestação	Revelia, nos termos do artigos 285 e 317 do CPC	Depende do regulamento. O de Coimbra diz que não resulta em revelia (art. 13)	Revelia (art. 58, nº 2)
Reconvenção	Não admitida – Admite-se “pedido contraposto” em favor do réu, na própria contestação, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia (art. 31)	Depende do procedimento escolhido pelas partes	Admitida apenas quando o demandado se propõe a obter a compensação ou tornar efetivo o direito a benfeitorias ou despesas relativas à coisa cuja entrega lhe é pedida (art. 48, nº 1)
Procedimento	Reclamação – citação – conciliação – opção por arbitragem – senão audiência de instrução e sentença	Informação – reclamação – mediação – citação – conciliação – audiência e sentença	Informação – reclamação – citação – pré-mediação – mediação – audiência de instrução e sentença
Obtenção de acordo	Obtido em qualquer oportunidade, imediatamente homologado por sentença irrecorrível, com força de título executivo (arts. 22, parag. único, e 41)	Homologado imediatamente pelo juiz árbitro, com força de título executivo, nos moldes dos regulamentos respectivos, do qual cabe recurso nos casos legais	Homologação pelo juiz de paz, com força de título executivo, do qual cabe recurso nos casos legais (art. 56, nº 1)
Ausência à pré-mediação ou mediação	Não há	Sequência da reclamação, nos moldes do regulamento de cada centro	Justificada (prazo de 5 dias): redesignação por uma única vez. Não justificada: remessa para a fase de julgamento (art. 54)
Ausência à sessão conciliatória	Justificada: redesignação. Não justificada: autor, resulta em extinção do processo (art. 51, I); réu, revelia e confissão (art. 20)	De acordo com o regulamento de cada centro, normalmente se passando para o julgamento	Não há

Ausência à audiência de instrução e julgamento	Justificada: redesignação. Não justificada: autor, resulta em extinção do processo (art. 51, I); réu, revelia e confissão (art. 20)	De acordo com o regulamento dos centros, normalmente não se impõe qualquer sanção, redesignando-se a audiência	Justificada (em 3 dias): redesignação por uma única vez. Injustificada, por parte do autor, desistência do pedido, e por parte do réu, revelia (art. 58)
Oitiva das partes	Facultativa, oralmente em audiência (art. 20)	Obrigatória, oralmente ou por escrito (art. 16, “d”)	Participação cívica essencial (art. 1º), necessária na fase de mediação (art. 53) e facultativa na fase de produção de provas (art. 57)
Prova documental	Pode ser produzida a todo tempo até a audiência (art 27, par. único)	Pode ser produzida podendo a parte se valer do Poder Judiciário para produzi-la (art. 18, nº 1 e 2)	Podem ser produzidas até o dia da audiência (art. 59, nº 1)
Prova pericial	Possível (art. 32), podendo ser substituída pela oitiva de técnico de confiança do juiz (art. 35), mediante parecer técnico das partes	Pode ser produzida, mas está sujeita ao pagamento, de acordo com o regulamento da maioria dos centros	Não pode ser produzida, e o seu requerimento importa na cessação da competência do julgado de paz (art. 59, nº 3)
Testemunhas	Até o máximo de três, independente de rol, que devem ser levadas pela parte, exceto pedido expreso para sua intimação (art. 34)	Depende do regulamento de cada centro, mas normalmente são três, levadas pela própria parte	Até o limite de cinco, apresentadas até a data da audiência, devendo ser levadas pelas partes (art. 59, nº 1 e 2)
Ordem de produção das provas	De acordo com o CPC, à falta de previsão expressa	De acordo com o regulamento de cada centro	De acordo com o CPC, à falta de previsão expressa
Alegações finais	Não há previsão, podendo o juiz colhê-las ou não, sem possibilidade para substituição por memoriais	De acordo com o regulamento de cada centro	Não há previsão, podendo o juiz colhê-las ou não, sem possibilidade para substituição por memoriais
Sentença	Deve ser proferida em audiência, e caso o juiz não se ache habilitado, no	De acordo com o regulamento de cada centro, devendo o litígio	Deve ser proferida em audiência, e caso o juiz não se ache habilitado, no

	prazo de 10 dias, nos moldes do CPC.	estar resolvido no prazo de 6 (seis) meses, salvo estipulação das partes (art. 19, n° 2)	prazo de 30 dias, nos moldes do CPC.
Conteúdo da sentença	A sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório, devendo ser obrigatoriamente líquida, sendo ineficaz naquilo que superar o valor de alçada dos juizados (arts. 38 e 39)	Identificação das partes; referência à convenção de arbitragem; objeto do litígio; identificação dos árbitros; lugar da arbitragem e o local e a data em que a decisão foi proferida; assinatura dos árbitros; indicação dos árbitros que não puderem ou não quiserem assinar, devendo ser fundamentada e conter fixação e repartição dos encargos do processo (art. 23)	Identificação das partes; objeto do litígio; uma sucinta fundamentação; a decisão propriamente dita; o local e a data em que foi proferida; a identificação e a assinatura do juiz de paz que a proferiu (art. 60)
Recurso	Exceto das sentenças homologatórias do laudo arbitral e do acordo, no prazo de 10 dias, por escrito, através de advogado, sujeito a preparo em 48 horas (arts. 41, 42 e 43)	Só é possível se as partes não houverem autorizado o julgamento por equidade ou renunciado ao direito de recorrer, cuidando-se do mesmo recurso que caberia da sentença do tribunal judicial (art. 29)	Só é comportável em sentenças que representem valor superior à metade da alçada, seguindo o regime do agravo (art. 62)
Efeito do recurso	Meramente devolutivo, podendo o juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte (art. 43)	Devolutivo (art. 692, I, do CPC)	Meramente devolutivo (art. 62, n° 2)
Quem aprecia o recurso	Turma recursal composta por juízes	Tribunal da Relação (art. 29)	Tribunal da comarca ou tribunal

	do mesmo grau de jurisdição (art. 41, § 1º)		de competência específica que for competente, em que esteja sediado o julgado de paz (art. 62, n° 1)
Exequibilidade	Sim	Sim	Sim
Local de execução	Próprio juizado	Tribunal Judicial	Tribunal Judicial

NOTAS

¹CARVALHO NETO, Algomiro et al – Juizados especiais Cíveis e Criminais, Comentários à Lei 9.099/95, Bestbook Editora, 3ª edição – 2002

²LENZA, Vitor Barboza, Juizados Agrários, Editora do Tribunal de Justiça de Goiás, 1990

³TORON, Alberto Zacarias, Revista dos Tribunais, Editora RT, vol. 638/393-400

⁴ZAWASKI, Teori Albino, anais do XXIV FONAJE – acessível em www.fonaje.org.br

⁵FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al Juizados especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009

⁶FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009

⁷DINAMARCO, Cândido Rangel, Manual de Pequenas Causas, Editora Revista dos Tribunais, 1986

⁸COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, Manual Elementar de Direito Processual Civil, 3ª edição, São Paulo Forense 1982, fls.63

⁹MARQUES, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, volume I, Saraiva Editora, fls. 179

¹⁰CARVALHO NETO, Algomiro et al, obra citada

¹¹FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al, obra citada

¹²Superior Tribunal de justiça, Resp. 151703-RJ, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, acessível em www.stj.jus.br

¹³Vide www.fonaje.org.br

¹⁴CARVALHO NETO, Algomiro et al, obra citada

¹⁵NUNES, Pedro, Dicionário de Tecnologia Jurídica, Editora do Saber, São Paulo, 1985

¹⁶FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al, obra citada

¹⁷CARVALHO NETO, Algomiro et al, obra citada

¹⁸Vide www.fonaje.org.br

¹⁹FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al, obra citada

²⁰CARVALHO NETO, Algomiro et al, obra citada

²¹Vide a respeito www.tjsp.jus.br, www.tjrj.jus.br, www.tjrr.jus.br e www.tjms.jus.br.

²²Maiores detalhes podem ser obtidos pelo site do Tribunal de justiça do Estado de Goiás – www.tjgo.jus.br

²³Maiores informações em www.tjgo.jus.br/index.php?sec=servicos...projudi.

²⁴FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al, obra citada

²⁵DINAMARCO, Cândido Rangel, obra citada

²⁶FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al, obra citada

²⁷SANTOS, Moacyr do Amaral, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva Editora, Rio de Janeiro, 1999

²⁸FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al, obra citada

²⁹Súmula 203 do STJ – “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais”

³⁰COUTO, Monica Boneti, Recurso Adesivo: Um Exame à Luz da Teoria Geral dos Recursos, Curitiba, Juruá, 2007.

³¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Teoria Geral do Processo, 16ª edição, Malheiros Editores, 2000

³²LEMO, Eduardo, Arbitragem & Conciliação, Editora Consulex, 2001

³³TRINDADE, João Carlos, Estudos de Direito do Consumidor, CDC – FDUC, nº 6, 2004

³⁴Carta Verde – União Europeia

³⁵CAPELO, Maria José, Estudos de Direito do Consumidor – CDC FDUC, nº 1

³⁶OLIVEIRA, Isabel, Estudos de Direito do Consumidor, CDC FDUC, vol. 2

³⁷TRINDADE, João Carlos, obra citada

³⁸CAPELO, Maria José, obra citada

³⁹CAPELO, Maria José, obra citada

⁴⁰TRINDADE, João Carlos, obra citada

⁴¹OLIVEIRA, Isabel, obra citada

⁴²TRINDADE, João Carlos, obra citada

⁴³CARRAPIÇO, Joaquim Antônio, Arbitragens de Conflitos de Consumo, Instituto do Consumidor, Lisboa

⁴⁴TRINDADE, João Carlos, obra citada

⁴⁵LIZ, Jorge Pegado, Introdução ao direito e à política de consumo, Lisboa : Editorial Notícias 1999

⁴⁶CABRAL, Célia Costa et al, A Justiça e Seus Impactos Sobre as Empresas Portuguesas – Coimbra Editora 2003

⁴⁷BARRETO, Antônio, Justiça em Crise? Crises da Justiça – Lisboa Publicações Dom Quixote 2000

⁴⁸MONTEIRO, Antônio Pinto, Estudo sobre medidas legislativas a ponderar, no âmbito de Um Plano de Emergência do Ministério da Justiça em face da litigância cível excessiva e da sobrecarga dos Tribunais – Lisboa – Ministério da Justiça, 2004

⁴⁹FERREIRA, J. O. Cardona, Estudos de Direito do Consumidor CDC FDUC vol. 4

⁵⁰FERREIRA, J. O. Cardona, Estudos de Direito do Consumidor, CDC FDUC, vol. 5

⁵¹VARGAS, Lúcia Fábila Barreira Dias - Julgados de Paz e Mediação, Uma Nova Face da Justiça - Coimbra Editora Almedina 2006

⁵²FERREIRA, J. O. Cardona, Boletim da Ordem dos Advogados, n° 23, 2002

⁵³PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, Julgados de Paz: Organização, Trâmites e Formulários, Lisboa, Quid Júris? 2002

⁵⁴VARGAS, Lúcia Fábila Barreira Dias, obra citada

⁵⁵PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, obra citada

⁵⁶FERREIRA, J. O. Cardona, Estudos de Direito do Consumidor CDC FDUC vol. 4

⁵⁷VARGAS, Lúcia Fábila Barreira Dias, obra citada

⁵⁸VARGAS, Lúcia Fábila Barreira Dias, obra citada

⁵⁹VARGAS, Lúcia Fábila Barreira Dias, obra citada

REFERÊNCIAS

BARRETO, Antônio, Justiça em Crise? Crises da Justiça – Lisboa Publicações Dom Quixote 2000

BRASIL – Superior Tribunal de justiça, Recurso Especial n° 151703-RJ, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar.

_____ - Superior Tribunal de justiça, Súmula 203

_____ - Tribunal de justiça do Estado de Goiás – www.tjgo.jus.br

_____ - Constituição da República Federativa do Brasil

_____ - Código Civil Brasileiro

_____ - Código de Processo Civil Brasileiro

_____ - Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor

_____ - Lei 9.099/95 – Lei dos juizados especiais Cíveis

_____ - Lei 8.245/91 – Lei do Inquilinato

_____ - Lei 10.259/2001 – Lei dos juizados especiais Federais

_____ - Lei 11.101/2005 – Lei da Recuperação Judicial e da Falência

_____ - Lei 9.307/1996 – Lei da Arbitragem

CABRAL, Célia Costa et al, A Justiça e Seus Impactos Sobre as Empresas Portuguesas – Coimbra Editora 2003

CAPELO, Maria José, Estudos de Direito do Consumidor – CDC FDUC, n° 1

CARRAPIÇO, Joaquim Antônio, Arbitragens de Conflitos de Consumo, Instituto do Consumidor, Lisboa

CARVALHO NETO, Algomiro et al– Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Comentários à Lei 9.099/95, Bestbook Editora, 3ª edição – 2002

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, Teoria Geral do Processo, 16ª edição, Malheiros Editores, 2000

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, Manual Elementar de Direito Processual Civil, 3ª edição, São Paulo Forense 1982, fls.63

COUTO, Monica Boneti, Recurso Adesivo: Um Exame à Luz da Teoria Geral dos Recursos, Curitiba, Juruá, 2007.

- DINAMARCO, Cândido Rangel, Manual de Pequenas Causas, Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- FERREIRA, J. O. Cardona, Estudos de Direito do Consumidor CDC FDUC vol. 4 Obra 1
_____ - Estudos de Direito do Consumidor, CDC FDUC, vol. 5 – Obra 2
_____ - Boletim da Ordem dos Advogados, nº 23, 2002, - Obra 3
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, et al julgados especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei 9.099/1995, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009
- LEMONS, Eduardo, Arbitragem & Conciliação, Editora Consulex, 2001
- LENZA, Vitor Barboza, julgados Agrários, Editora do Tribunal de justiça de Goiás, 1990.
- LIZ, Jorge Pegado, Introdução ao Direito e à Política de Consumo, Lisboa : Editorial Notícias 1999
- MARQUES, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, volume I, Saraiva Editora, fls. 179.
- MONTEIRO, Antônio Pinto, Estudo sobre medidas legislativas a ponderar, no âmbito de Um Plano de Emergência do Ministério da Justiça em face da litigância cível excessiva e da sobrecarga dos Tribunais – Lisboa – Ministério da Justiça, 2004
- NETCONSUMO – www.netconsumo.com
- NUNES, Pedro, Dicionário de Tecnologia Jurídica, Editora do Saber, São Paulo, 1985
- OLIVEIRA, Isabel, Estudos de Direito do Consumidor, CDC FDUC, vol. 2
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, Julgados de Paz: Organização, Trâmites e Formulários, Lisboa, Quid Júris? 2002
- PORTUGAL – Constituição da República
_____ - Código Civil
_____ - Código de Processo Civil
_____ - Lei 31/86, de 29 de Agosto – Lei da Arbitragem Voluntária
_____ - Decreto Lei 425/86, de 26 de dezembro
_____ - Lei 24/96, de 31 de julho, Lei de Defesa do Consumidor
_____ - Decreto Lei 103/91, de 08 de março,
_____ - Lei 78/2001 – Lei dos Julgados de Paz
- SANTOS, Moacyr do Amaral, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva Editora, Rio de Janeiro, 1999
- TORON, Alberto Zacarias, Revista dos Tribunais, Editora RT, vol. 638/393-400.
- TRINDADE, João Carlos, Estudos de Direito do Consumidor, CDC – FDUC, nº 6, 2004
- VARGAS, Lúcia Fábria Barreira Dias - Julgados de Paz e Mediação, Uma Nova Face da Justiça - Coimbra Editora Almedina 2006
- ZAWASKI, Teori Albino, anais do XXIV FONAJE – acessível em www.fonaje.org.br



O CONTROLE PÚBLICO DA PUBLICIDADE INFANTIL

E A TUTELA DAS FAMÍLIAS NO BRASIL

IGOR RODRIGUES BRITTO

Professor de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito de Vitória
Professor colaborador da Escola Nacional de Defesa do Consumidor,
Ministério da Justiça
Pesquisador-bolsista da Fundação Carolina da Espanha

EXCERTOS

“A pluralidade de conceitos morais produzidos pelas diversas formações familiares de uma sociedade multicultural como a brasileira impede a crença em valores familiares comuns a todos os indivíduos”

“A família está plenamente inserida no contexto da sociedade de consumo, e é plenamente perceptível um grande envolvimento das relações de consumo nas relações familiares”

“O artigo 221 da Constituição Federal determina que ‘a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”

“Este direito da família de orientar as escolhas, as vontades, os desejos e as decisões das crianças, também no âmbito do seu comportamento de consumo, decorrente do poder familiar, pressupõe a existência de uma indispensável liberdade da família, tutelada na esfera do direito constitucional e civil”

“O argumento de que os pais são responsáveis pelos filhos, que deles é a culpa pelo consumismo das crianças, pelos altos índices de obesidade infantil e por relaxarem na educação para o consumo dos pequenos, tem sido utilizado como principal defesa dos anunciantes de produtos infantis e publicitários”

“Expor os produtos anunciados em estabelecimentos comerciais de forma que as crianças possam tê-los ao alcance das mãos permite, segundo Paco Underhill (1999, p. 160-2), que tenha início o processo de insistência”

“A violação da boa-fé, a partir do estímulo do fator amolação, se concretiza pela vantagem auferida pelos anunciantes de produtos infantis a partir dos sentimentos de afeto e cuidado que os pais devem prezar na relação com seus filhos pequenos”

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu, em seu artigo 226, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Tal manifestação leva-nos a compreender que a unidade familiar possui relevante proteção constitucional, a fim de ser entendida como entidade dotada de certa função social.

Neste contexto, transparece a necessidade de que os valores inerentes a uma comunidade familiar sejam protegidos pelo direito, a fim de que seja preservada a unidade de valores morais e culturais produzidos pela família. De toda forma, apresenta-se impossível a missão constitucional de reconhecer e preservar valores morais e culturais universais e absolutos inerentes a todas as famílias brasileiras, e que decorrem de suas tradições ou costumes. A pluralidade de conceitos morais produzidos pelas diversas formações familiares de uma sociedade multicultural como a brasileira impede a crença em valores familiares comuns a todos os indivíduos.

Ainda assim, pode-se entender a tutela da família como princípio constitucional no Brasil. Todavia, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, “não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o locus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana” (2002, p. 46). O texto constitucional busca a tutela da dignidade da pessoa humana e, neste ponto, constituir no ambiente familiar o local e o momento para a formação do indivíduo em sua plena realização como ser humano. A tutela da família pela Constituição Federal brasileira de 1988 significa a proteção das pessoas que a ela estão integradas, e dos seus contextos de formação social e de desenvolvimento dos valores do indivíduo a qual pertence.

A partir desta premissa, é possível compreender a existência de uma função social da família. A função da família se realiza a partir do seu modelo eudemonista, pelo qual se justifica a busca da felicidade e da realização pessoal daqueles que a compõem. Cumpre à entidade familiar a promoção da dignidade dos indivíduos por meio das relações de afeto, carinho, cuidado e amor. “Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento que existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade” (FACHIN, 2003, p. 31-2).

A tutela constitucional da família nos demonstra o interesse social de que sejam cumpridos os seus objetivos constitucionais, isto é, de que seja atendida a função social da entidade familiar. Decorre desta função a transmissão entre os familiares dos valores da pessoa humana.

Diante do paradigma da pós-modernidade, os modelos de convívio familiares têm sofrido alterações decorrentes da cultura de consumo, que se

sobrepõe aos valores humanos que outrora eram produzidos no ambiente familiar. De acordo com Kehl (2003, p. 173), a dissolução do espaço público em vários países do Ocidente [...] e a passagem de uma ética da produção para uma ética do consumo, entre outros fatores, são os grandes responsáveis pela desmoralização da transmissão familiar dos valores, e não o contrário.

Esse mesmo momento pós-moderno contextualiza uma série de transformações da família, e, ao mesmo tempo, ameaças à ordem legal que tenta mantê-la organizada e estruturada o suficiente para que suas funções sociais sejam cumpridas em favor do desenvolvimento e bem estar daqueles que a compõem. Entre as diversas ameaças é possível destacar aquelas originárias da cultura de consumo.

Cumprir à entidade familiar a promoção da dignidade dos indivíduos por meio das relações de afeto, carinho, cuidado e amor

A psicóloga Adriana Petro (2008, p. 54) identifica na sociedade de consumo certos efeitos negativos criados nas famílias como:

Pais e filhos que somente sabem demonstrar afeto presenteando uns aos outros, crianças e adolescentes adultizados, adultos infantilizados, hierarquias invertidas, famílias emaranhadas ou desligadas e indivíduos com sentimentos de desvalia e confusos em sua identidade. Todos estes sintomas fazem os profissionais da psicologia, que recebem estes dramas em seus consultórios, se perguntarem o que está acontecendo, o que há de comum no plano de fundo destas problemáticas¹.

A família está plenamente inserida no contexto da sociedade de consumo, e é plenamente perceptível um grande envolvimento das relações de consumo nas relações familiares.

Dentre todos os instrumentos de desenvolvimento da sociedade de consumo, é possível identificar a atividade publicitária como sendo a ferramenta de marketing que mais afeta os valores constitucionais da família. A jurisprudência já parece indicar que abusos das mensagens publicitárias são capazes de violar a ordem constitucional de tutela à família, na medida em que deturpam os valores de dignidade garantidos pela Constituição Federal, e que se reúnem no valor da família².

Diante deste cenário, pretende-se responder ao seguinte problema: a publicidade dirigida às crianças é capaz de violar os interesses sociais e a tutela constitucional da família?

Como resposta ao problema apresentado traz-se as hipóteses de que o apelo da atividade publicitária à persuasão do público infantil afeta os direitos

fundamentais da família, na medida em que servem de obstáculo ao exercício legítimo do poder familiar. Como consequência da deturpação do poder familiar tem-se a violação da liberdade da família e do desenvolvimento integral da criança. Esta afirmação tem como pressuposto a existência de uma tutela constitucional à autonomia privada do ente familiar que, por sua vez, tem como finalidade a preservação dos valores familiares e dos interesses constitucionais da família, e a proteção integral da criança.

A crítica a estas estratégias de marketing se resume na sua capacidade de violar valores morais da coletividade e de abusar da credulidade do público infantil para impingir-lhes desejos de consumo, a fim de que sejam atendidos pelos seus responsáveis.

Por outro lado, pesam os argumentos que defendem a liberdade de expressão comercial, baseada nos princípios da livre iniciativa e na carência de dispositivos legais que proibam expressamente a publicidade dirigida ao público infanto-juvenil (GRAU, 1988, p. 226)³.

Os debates travados na doutrina jurídica e na jurisprudência não enfrentam questões relevantes como o papel da família na sociedade de consumo de massa, os conceitos de publicidade abusiva com base nos valores éticos e sociais da família que transpõem princípios constitucionais, e o exercício do poder de família como instituto jurídico impactado pelos excessos da atividade publicitária. Em outros termos, as discussões a respeito do tema ignoram as discussões sobre tutela dos direitos sociais da família.

A análise deste tema demanda o estudo de distintas áreas da ciência jurídica. Os trabalhos, porém, devem ter como ponto de partida o sistema principiológico da Constituição Federal de 1988, com especial atenção às suas disposições sobre a família.

O artigo 221 da Constituição Federal determina que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: [...] IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Como tratado anteriormente, partiremos do pressuposto que os valores éticos e sociais da família se traduzem na própria existência da família como unidade, como entidade que proporciona o afeto, o cuidado e o amor para dignificar o desenvolvimento dos seres humanos que a compõem. A tutela constitucional da família pressupõe a garantia da harmonia das relações familiares e a preservação dos valores morais e culturais particulares de cada ente familiar que devem ser preservados em nome da sua unidade.

Ao reconhecer a existência do valor da família, a Constituição aparenta pretender a proteção da existência e da formação da família, não apenas em

sentido objetivo, mas indicando que a família possui funções claras a serem atendidas.

O instrumento jurídico pelo qual a família cumpre a sua função social, e mantém o controle da unidade familiar, é o Poder Familiar⁴. A necessidade de determinações legais para o exercício do poder familiar se deve ao fato de [...] a família ter deixado de ser uma unidade de direção para se tornar pluralidade de existências, com o que se passa a admitir uma ingerência na intimidade doméstica, necessária ao processo de politização da família, especialmente em relação ao governo dela (COMEL, 2003, p. 90).

Há uma relação direta entre o exercício do poder familiar e o comportamento de consumo saudável da criança. Cabe aos responsáveis da criança a tarefa de auxiliá-los no seu processo de desenvolvimento, especialmente durante a formação de sua personalidade. A realização das melhores escolhas na sociedade de consumo e a formação de uma personalidade como consumidores conscientes é uma tarefa difícil para as crianças, que carecem do auxílio dos pais. Por isso, é inerente ao poder familiar o dever dos pais de fazer escolhas ou de auxiliar as decisões das crianças, protegendo o processo de formação das suas vontades e dos seus desejos.

Sobre tal instituto estabelece o Código Civil brasileiro:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

E dentre os poderes que cabe aos pais, destaca-se:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

[...]

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

[...]

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O que o direito civil estabelece como dever dos pais pode também ser entendido, no âmbito do direito constitucional e, em especial, como princípio de direito social fundamental – o direito da família de cuidar das escolhas e das vontades das crianças durante o seu desenvolvimento e formação da sua personalidade.

A concepção anterior do pátrio poder era relacionada “à ideia de poder, autoridade, de direito conferido ao pai sobre o filho, seja no aspecto econômico, seja no social, seja no pessoal” (COMEL, 2003, p. 60). O que se preservava era objetivamente o interesse do chefe da família. A noção atual do poder familiar se fundamenta na necessidade constitucional de proteção à criança e ao adolescente, ao reconhecimento destes indivíduos como sujeitos de direitos autônomos, “donde já não há que se falar em poder sobre eles, e sim em deveres com relação a eles, ainda que reconhecida uma autoridade para o repisado fim” (COMEL, 2003, p. 60).

Sobre a influência da publicidade no âmbito do direito da família e do poder familiar, o próprio mercado publicitário reconhece que a atividade é capaz de violar a paz e a harmonia familiar. Neste sentido, estabelece o

A publicidade dirigida às crianças é capaz de violar os interesses sociais e a tutela constitucional da família?

Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu Artigo 19:

Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar.

A opção da regra acima pela expressão “núcleo familiar” deve ser analisada. A princípio, sua compreensão indica que a mensagem publicitária deve abster-se de violar a união da família e contribuir para a manutenção de uma harmonia e paz familiar. Ao mesmo tempo, o artigo associa o respeito às autoridades constituídas no núcleo familiar, o que indica o reconhecimento de que a publicidade tem a capacidade de deturpar a autoridade parental, necessária para a efetividade de direitos sociais da família e da infância. Vê-se, neste dispositivo, o reflexo de princípios constitucionais no controle privado da atividade publicitária, numa demonstração de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre eles, a dignidade da pessoa humana, a intimidade, os direitos sociais e a tutela da família.

O princípio da proteção integral da criança, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, que atribui à família, além da sociedade e do Estado, o dever de assegurar com absoluta prioridade a liberdade, a dignidade, a educação e demais direitos fundamentais da pessoa humana, em decorrência da sua condição especial de desenvolvimento, permite que o poder familiar seja analisado como deveres da família, do Estado e da sociedade e ao mesmo tempo como direitos da criança. Além disso, o poder familiar também pode

ser entendido como direito da família, como exercício de direito dos pais ou responsáveis, em especial, pela criança. Pontes de Miranda já defendia esse entendimento por acreditar que o pátrio poder se configurava em “direitos atribuídos ao pai como meio para realização de seus deveres com relação aos filhos” (COMEL, 2003, p. 61). Não se trata de um direito ao mero exercício de autoridade, mas sim como instrumento para o cumprimento de um dever. De acordo com Pontes de Miranda (1989, p. 105-6), o pátrio poder, hoje poder familiar, compreendia um conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que, graças a eles, possa melhor desempenhar sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida⁵.

É inerente ao poder familiar o dever dos pais de fazer escolhas ou de auxiliar as decisões das crianças

Atualmente, a doutrina continua a entender que o poder familiar se constitui em função e ao mesmo tempo em direito da família (COMEL, 2003, p. 65). Tal crença se fortalece a partir da tutela da família que a Constituição atual preza.

Este direito da família de orientar as escolhas, as vontades, os desejos e as decisões das crianças, também no âmbito do seu comportamento de consumo, decorrente do poder familiar, pressupõe a existência de uma indispensável liberdade da família, tutelada na esfera do direito constitucional e civil. Nesta linha se inserem as lições de San Tiago Dantas (1991, p. 398):

Este dever, esta função, é de tal natureza que ele só será bem exercido, se o seu titular dispuser de uma grande liberdade em relação ao seu cumprimento. E, para que ele tenha essa liberdade, é que se reconhece, então, como um momento posterior, o seu direito.

A exploração da publicidade dirigida às crianças, no intuito de estimulá-las aos incansáveis pedidos de compras aos seus pais, e com base no poder de influência que elas exercem atualmente no comportamento dos seus pais⁶, configura seguramente uma violação ao direito da família de exercer o legítimo poder familiar, e neste sentido viola-se a liberdade da entidade familiar.

Tais práticas publicitárias são capazes de criar conflitos familiares pelo domínio das vontades das crianças contra a ingerência dos pais. Além da discussão da abusividade das mensagens publicitárias dirigida aos menores, a discussão sobre o controle da publicidade em prol da tutela dos direitos fundamentais da criança deve passar pelos reflexos destas estratégias de marketing no exercício eficaz do poder familiar. A associação entre os temas

se apresenta relevante tanto para o aspecto da violação de valores humanos cuja transmissão cabe à família, quando à realização das escolhas das crianças por parte dos seus responsáveis.

A discussão encontra indícios nas previsões dos diversos diplomas internacionais sobre controle da atividade publicitária, e que no Brasil se traduz no artigo 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Artigo 37, CBAP: Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais:

I - Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação à segurança e às boas maneiras e, ainda, abster-se de:

[...]

e) provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes, seus anúncios deverão:

a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo.

As previsões dos estatutos de controle público ou privado da publicidade sobre a proibição de discursos publicitários que estimulem as crianças a realizar pedidos de compra a seus pais são comuns em diversos estatutos internacionais, bem como na regulamentação privada brasileira, como já analisado no presente estudo. Tal estratégia publicitária tem como consequência a insistência das crianças, por algumas vezes o atendimento pelos pais (pelo mero fato destes se sentirem de certa forma constrangidos de negar-lhes os produtos solicitados), e por outras verdadeiros conflitos familiares. Este princípio comum do controle internacional da publicidade se dá pelo fato de que este apelo abusivo e excessivo das crianças, e o estímulo subliminar ao enfrentamento aos pais, é uma estratégia exercida de uma forma muito natural pela atividade publicitária. Trata-se do chamado “fator amolação”⁷, explorado de forma irresponsável por grande parte dos anunciantes de produtos e serviços infantis.

James Mcneal, precursor do marketing infantil, reconhece que o apelo excessivo ao consumo das crianças representa um grande incômodo aos pais, visto que, quando os comerciantes bombardeiam as crianças com mensagens

informativas e persuasivas, alguns pais se indignam, sentindo que aqueles usurpam a responsabilidade paterna de ensinar a seus filhos os assuntos de mercado (MCNEAL, 1992, p. 30, tradução nossa⁸).

A estratégia de estimular as crianças a influenciarem as escolhas do pai ou, ainda, de pedir insistentemente bens de consumo aos seus responsáveis, até que estes, cansados de negar às petições dos seus filhos, atendam-nos, ou porque sentem necessidade de compensar a ausência de um dia inteiro de trabalho⁹, ou porque consideram que existem muitas outras batalhas a enfrentar na educação de suas crianças¹⁰, faz parte do manual de técnicas publicitárias para crianças.

Da leitura de obras que se dedicam a analisar o comportamento de consumo das crianças, para então oferecer métodos eficazes de venda para este público, é possível verificar que o estímulo ao “fator amolação” é um dos mais recomendados, tamanha a sua eficiência.

Susan Linn destaca as pesquisas sobre o “fator amolação” que determinam que “o impacto da amolação das crianças é estimado como responsável por 46% das vendas em negócios-chave direcionados às crianças” (2006, p. 58).

O “fator amolação” corresponde à estratégia que mais afeta o poder familiar que os pais devem exercer em seus filhos, em prol do seu desenvolvimento, e que mais perturba a harmonia familiar e a liberdade dos pais no exercício da educação para o consumo dos seus filhos, inerente ao referido poder familiar.

James McNeal, em seus manuais de venda para crianças defende o “fator amolação” como ferramenta de vendas de produtos infantis e atribui aos pais a responsabilidade de negar aos seus filhos os seus pedidos de consumo, e de servir como filtro das mensagens publicitárias que os pequenos recebem: as crianças são muito mais propensas a pedir que lhes comprem um objeto quando estão na presença de um estímulo relacionado com este objeto. Essa regra parece evidente, mas tem muitas implicações na criação das crianças, na comercialização e no interesse do público: 1) Um comerciante que deseja orientar a influência das crianças nos pais para a compra de um objeto deveria dirigir frequentes mensagens àquelas acerca do objeto nos maios mais variados, incluindo no local de vendas. 2) Os pais que não desejam que seus filhos sejam influenciados pelos comerciantes, que por sua vez gerariam pedidos das crianças deveriam mantê-los distantes das mensagens de marketing. 3) Se quem vela pelo interesse público acredita que é incorreto que os comerciantes tratem de influenciar os pedidos de compras das crianças e que não devem influenciá-los em determinadas horas, deve limitar as mensagens comerciais dirigidas às crianças, pelo menos em certos períodos. Desta regra geral

podemos deduzir que a criança fará pedidos de compras quando observa, escuta ou lê avisos comerciais, ou pouco depois, durante as visitas aos locais de venda, quando está em contato com seus pares ou pouco mais tarde, ou no período em que percebeu outras mensagens. (MCNEAL, 1992, p. 126-7, tradução nossa¹¹).

O que o autor propõe para os pais, para manter seus filhos distantes das mensagens publicitárias, é uma tarefa impossível. E atribuir ao Estado a solução do problema do efeito amolação vai ao encontro do princípio da prioridade absoluta da proteção da criança, que configura um dever não apenas da família e do Estado, mas também da sociedade, na qual se inserem os anunciantes e os publicitários.

O argumento de que os pais são responsáveis pelos filhos, que deles é a culpa pelo consumismo das crianças, pelos altos índices de obesidade infantil e por relaxarem na educação para o consumo dos pequenos, tem sido utilizado como principal defesa dos anunciantes de produtos infantis e publicitários. Tal defesa se fortalece na ideia de que o exercício do poder familiar é um dever dos pais. Se por um lado a liberdade da atividade publicitária e a inexistência de regras claras sobre o assunto permitem o apelo comercial ao consumo das crianças, aos pais que não concordam cabe cuidar para que seus filhos não sejam expostos às mensagens publicitárias, ou, ainda mais simples, que digam não aos pedidos dos seus filhos.

É o que se percebe da leitura dos manuais de marketing para crianças como o de James McNeal: “um exame mais próximo indica que os pais deveriam compartilhar a responsabilidade pelo materialismo das crianças, se assim se pode chamar, pois são os pais quem proveem o dinheiro e alguns dos incentivos para obtê-lo” (1992, p. 58, tradução nossa¹²). Da mesma forma defendem as espanholas Victoria Viñes e Irene Soler: Esta capacidade de influencia poderia se presumir em idades muito jovens, onde a personalidade do sujeito ainda está em formação, mas é precisamente nesta idade que o ato final da compra necessita da intervenção do adulto para se fazer efetivo, por isso, o juízo da criança deve se complementar com o juízo do adulto (2008, p. 127, tradução nossa¹³).

Juliet Schor, pesquisadora nos temas de consumo, economia e família e professora da Boston College, por sua vez, deve ser inserida no grupo de cientistas que acreditam na ineficiência do poder familiar e de qualquer

Há uma relação direta entre o exercício do poder familiar e o comportamento de consumo saudável da criança

exercício de controle dos pais diante da massiva publicidade dirigida às crianças e de suas avançadas técnicas de persuasão e sedução, e que, por isso, critica de forma veemente o apelo ao consumo dirigido às crianças, ainda mais por meio do “fator amolação”. A autora norte-americana lista uma série de argumentos utilizados pelos anunciantes de produtos infantis, que obteve por meio de suas entrevistas e pesquisas desenvolvidas com executivos do mercado de produtos e serviços infantis:

O argumento conclusivo que o setor publicitário utiliza em sua defesa é que os pais sempre podem proteger seus filhos dos anúncios. Podem desligar a televisão e dizer não. Quando os pais deixam que seus filhos vejam o que veem, estão lhes dando aprovação tácita (SCHOR, 2006, p. 239, tradução nossa¹⁴).

O executivo Peter Reynoulds, da indústria de brinquedos Brio Toys, citado por Juliet Schor (2006, p. 239) e por Susan Linn (2006, p. 64), registrou o seguinte relato em uma entrevista:

O “fator amolação”
corresponde à estratégia que mais afeta o poder familiar que os pais devem exercer em seus filhos

Não é que os pais perdem o controle, é que renunciam a ele [...]. A responsabilidade de uma compra recai sempre no adulto. Sim, é certo que a criança te pedirá que lhe compre um brinquedo setenta e duas vezes por dia. Mas se a resposta é negativa nestas setenta e duas vezes por dia durante três ou quatro semanas, acabará não pedindo mais (SCHOR, 2006, p. 239, tradução nossa¹⁵).

Tais argumentos partem do pressuposto de que o poder familiar é um dever a ser exercido pelos pais em nome do melhor desenvolvimento dos seus filhos. Entretanto, diante da verificação de que o poder familiar também deve ser entendido como um direito dos pais de realizar as escolhas em nome dos seus filhos e de exercer da forma que melhor entender o seu poder familiar, e que pressupõe a existência de uma liberdade efetiva da família, a publicidade que apela de forma direta ou indireta para que as crianças peçam aos seus pais, e que se aproveita das atuais fragilidades do poder familiar, viola a liberdade da família.

É importante frisar que a preocupação com o desenvolvimento da criança na sociedade de consumo deve ser da família, do Estado e da sociedade, conforme atribuição do artigo 227 da Constituição Federal. Não se exclui a responsabilidade dos pais sobre a educação dos seus filhos e o seu dever de fazer as melhores escolhas em seu nome, e de, inclusive, negar os pedidos de produtos ou serviços que não se inserem nas suas vontades sobre o

comportamento de consumo dos seus filhos. Entretanto, não se pode ignorar a dificuldade que os pais encontram atualmente de realizar esta função e de negar tantas vezes aos seus filhos. Neste sentido, se insere o dever do Estado de providenciar que o exercício do poder familiar não seja tão penoso para a harmonia das relações familiares e para o convívio entre pais e filhos, e nem dos anunciantes que, como personagens da sociedade de consumo, devem evitar afetar a ordem da família e de servir como obstáculo ao exercício do poder familiar.

No mesmo sentido, Juliet Schor:

Os pais deveriam ter, e de fato têm, a responsabilidade de restringir o acesso de seus filhos à cultura do consumo. Quando não a exercem nem põem limites, os resultados podem ser desastrosos. [...] Mas o fato inquestionável da responsabilidade paterna não implica que sejam somente os pais quem deva dar satisfações. A complexidade da vida atual faz com que esse enfoque resulte simplista em excesso. Se se considera a evolução das relações entre crianças, pais e profissionais do marketing, observa-se que o triângulo se tem feito muito mais enredado e difícil. E nesse exercício, se há algo que se destaca com clareza, é que as três partes devem se comportar de outro modo (SCHOR, 2006, p. 240, tradução nossa¹⁶).

O que a professora de Boston defende é que não se deve questionar a necessidade de os pais exercerem sua autoridade, mas que estes peçam ajuda. E apresenta como resultado de pesquisas com pais que 41% deles afirmam que é cada vez mais difícil impor limites aos filhos, já que grande parte da publicidade dirigida a eles os faz pensar que necessitam dos produtos anunciados para serem aceitos em seus grupos; que 78% dos pais são claramente contrários à publicidade de marcas nas escolas; que 65% deles concordam que os canais de televisão deveriam ser obrigados a reduzir a quantidade de mensagens comerciais dirigidas às crianças; e que 64% acreditam que os servidores de internet fazem pouco para proteger as crianças da publicidade on-line. Quando perguntados como se sentem quando seus filhos pedem coisas que viram em anúncios publicitários, 20% dos pais entrevistados responderam “enfadados”, 38% responderam “pressionados”, enquanto 17% responderam “feliz por ter dinheiro para comprá-los”. Além disso, uma grande quantidade de pais, 78%, concorda que o “marketing e a publicidade pressionam muito as crianças para que comprem coisas que são muito caras, prejudiciais à saúde ou supérfluas”; 70% percebem que “a publicidade dirigida às crianças têm efeitos negativos em seus valores e sua visão do mundo”; e 87% acreditam que “a publicidade atualmente dirigida

às crianças os convertem em adolescentes demasiadamente materialistas”. Por fim, Juliet Schor conclui que, enquanto 40% dos pais culpam a si mesmos, a maioria se mostra crítica em relação às práticas do mercado publicitário quando se dirige às crianças (SCHOR, 2006, p. 241).

Grande parte das pesquisas realizadas com os pais chega à mesma conclusão: a publicidade dirigida às crianças torna difícil a função dos pais. Para o presente estudo, a conclusão a que se chega é que a publicidade dirigida às crianças é obstáculo ao exercício do poder familiar, e compromete a liberdade e a harmonia da família.

Também conclui a favor de uma maior contribuição do Estado e dos anunciantes para o exercício do poder familiar a professora de Harvard Susan Linn:

Não absolvo os pais da responsabilidade sobre o bem-estar dos filhos em um mundo movido pelo comércio, mas a maioria dos pais com quem converso está fazendo o seu melhor no que, com frequência, parece uma luta opressiva e sem fim. Diante dos ataques comerciais implacáveis, brilhantemente planejados e bem financiados direcionados às crianças, espera-se que os pais sejam guardiões inflexíveis e seus protetores exclusivos. [...] Após anos de exploração sobre como a publicidade e a sua prática afetam às crianças, cheguei à conclusão de que dizer aos pais para ‘simplesmente dizerem não’ a cada pedido dispendioso relacionado ao marketing não é seguro, razoável ou tão simplista de acordo com os valores familiares quanto dizer a um viciado para ‘simplesmente dizer não’ às drogas (LINN, 2006, p. 55-6).

Ao mesmo tempo em que a publicidade dirigida às crianças atua como obstáculo ao exercício do poder familiar e compromete a liberdade da família, é causa direta de conflitos familiares, especialmente quando faz uso do “fator amolação”.

Muitas são as normas de controle da atividade publicitária vigentes em ordenamentos jurídicos estrangeiros que se fundamentam na garantia de um convívio harmonioso entre os membros da família. Tal preocupação, verificada em diversos sistemas públicos e privados de controle da publicidade de distintos países, tem como pressuposto a capacidade da publicidade dirigida às crianças contribuir para conflitos familiares. Conforme a experiência da psiquiatra Susan Linn, “de fato, a indústria do marketing propositadamente se coloca entre pais e filhos em muitos casos, provocando potencialmente toda sorte de caos na vida familiar” (LINN, 2006, p. 57).

Na tutela da família pelo direito constitucional brasileiro se insere a garantia da harmonia das relações familiares. É o que se compreende a partir

do artigo 226 da Constituição Federal¹⁷. A partir deste princípio de proteção da família, o Estado deve contribuir para que os membros da família tenham condições de conviver de forma pacífica e harmoniosa, principalmente para garantir o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Como visto em um momento anterior, a utilização do “fator amolação” como estratégia publicitária se configura como obstáculo ao exercício do poder familiar, tanto na sua esfera de deveres de cuidado e educação para o desenvolvimento da criança, como na esfera de direitos de liberdade de vontade, escolha e decisão da família. Ao mesmo tempo, o uso desta

O uso desta condenável estratégia comercial contribui para a ocorrência de conflitos familiares e perturbação da paz entre os membros da família

condenável estratégia comercial contribui para a ocorrência de conflitos familiares e perturbação da paz entre os membros da família.

Há consequências, e entre as piores está o efeito do marketing na vida familiar. Os pais podem manter-se firmes e se recusar a comprar, eles podem acostumar mal as crianças cedendo a cada pedido ou podem prejudicar suas finanças ao comprar mais do que realmente podem. O conflito a respeito de artigos anunciados para crianças é uma causa de stress familiar, e os profissionais de marketing estão cientes deste fato (LINN, 2006, p. 56).

Já há algum tempo os publicitários estudam os efeitos do “fator amolação” no resultado das vendas para crianças. Tais estudos, decorrentes de pesquisas científicas promovidas por sociólogos, antropólogos e psicólogos a serviço da indústria de produtos infantis, fortalecem o uso desta estratégia no mercado publicitário.

Diversos estudos comprovaram a eficiência do “fator amolação” nas vendas de produtos infantis e comprovam a sua capacidade de gerar conflitos familiares. Uma famosa pesquisa publicada no boletim de marketing especializado *Selling to Kids* (Vendendo para Crianças) intitulada “The old nagging game can pay off for marketers” registrou que 150 mães de crianças de três a oito anos, que durante duas semanas anotaram todos os pedidos de compras dos seus filhos, receberam um total de 10 mil amolações, numa média de 66 amolações por mãe, ou 4,7 amolações por dia (LINN, 2006, p. 58).

As pesquisadoras espanholas e publicitárias Victoria Tur Viñes e Irene Ramos Soler dedicam seus estudos a subsidiar técnicas de vendas e de persuasão

às crianças. No estudo do “fator amolação”, as professoras de comunicação e publicidade da Universidade de Alicante concluíram que os argumentos mais utilizados pelas crianças durante sua “amolação” são:

1. Todas as crianças têm ou todos os meus amigos têm; 2. Ninguém tem ou se eu tiver vou impressioná-los; 3. São de algum personagem famoso, real ou do mundo da ficção; 4. Se eu não tiver, não vou poder completar a coleção; 5. Como compraram para X, têm que comprar alguma coisa para mim também (VIÑES; SOLER, 2008, p. 78-9, tradução nossa¹⁸).

Os estudiosos a favor dos anunciantes possuem a exata noção das consequências em estimular as crianças a usar os referidos argumentos nos seus apelos de consumo aos seus pais. Entre eles, McNeal se destaca por sua análise a respeito dos efeitos do estímulo ao “fator amolação”:

Diversos estudos comprovaram a eficiência do “fator amolação” nas vendas de produtos infantis e comprovam a sua capacidade de gerar conflitos familiares

Como consequência, podem produzir-se conflitos entre progenitor e filho, que adotam diferentes formas. Fazem rabugices nos locais de venda, ficam rígidos, prendem a respiração, choram, ameaçam e atiram coisas; tudo pode acontecer, humilhar os pais e ‘fazê-los envelhecer mais rápido’. Os pais que não podem gastar para satisfazer a maior parte dos pedidos das crianças, ou aqueles que acreditam firmemente que são eles e não o filho ou o vendedor quem decide o que se vai comprar, podem chegar a pagar um preço alto em confusão, frustração e enjoo. [...] é possível

que as relações entre pais e filhos fiquem lesionadas (MCNEAL, 1992, p. 134, tradução nossa¹⁹).

A análise pelos anunciantes (e pelos psicólogos e sociólogos à sua disposição) inclui o estudo a respeito dos comportamentos normalmente adotados pelos pais quando vítimas do “fator amolação”. Os pais são classificados por seus comportamentos em diversos níveis, desde os mais autoritários, que desorientam a independência dos seus filhos e são capazes de tomar todas as decisões por eles livre de suas influências, até os mais permissivos, que são incapazes de exercer qualquer controle sobre os filhos (MCNEAL, 1992, p. 135). Há também classificações mais detalhadas, que definem os estilos de comportamento dos pais como os “resistentes”, que são capazes de contra-argumentar seus filhos e mediante uma habilidosa negociação conseguem impedir os efeitos da atitude insistente dos seus filhos; os “colegas”, entre os quais se inserem os pais jovens que compram para os

filhos para também desfrutar dos mesmos prazeres; os “compensatórios”, que se sentem culpados diante dos diversos pedidos dos seus filhos e atribuem a amolação às suas ausências, compensando esta ausência com o atendimento do desejo da criança; e os “conflituosos”, que sabem que não deveriam dar tudo o que os seus filhos pedem, e sabem que seus pedidos decorrem do estímulo da publicidade, mas o fazem porque não concebem outra maneira de agir (VIÑES; SOLER, 2008, p. 80). Juliet Schor (2006, p. 84) registra em suas pesquisas que apenas 13% dos pais se encontram na categoria dos “resistentes” ou “conservadores”. As estratégias mais avançadas de comunicação comercial com as crianças levam em consideração as diversas possibilidades de atitude dos pais para que a campanha publicitária possa atingir a todos de forma imune às barreiras impostas por eles.

Paco Underhill, pesquisador sobre comportamento do consumidor e consultor de grandes marcas na Espanha, e que se autodenomina autor de uma “Ciência do Shopping”, apresenta como resultado de seus estudos algumas estratégias eficazes para venda de produtos e serviços infantis a partir do “fator amolação”. Uma de suas pesquisas (UNDERHILL, 1999, p. 158), a serviço de um cliente fabricante de biscoitos recheados, demonstrou que muitos pais evitavam passar pelos corredores de balas, biscoitos e doces dos supermercados para que seus filhos não os vissem e não iniciassem os processos de pedidos insistentes. Verificou, inclusive, que muitos pais reclamaram de supermercados que expunham os caramelos na fila do caixa. Alguns supermercados, para atender às reclamações desses pais, retiraram os doces das prateleiras anexas aos caixas, o que desagradava aos fabricantes. Seu cliente, porém, adotou como estratégia para alcançar os filhos desses pais “fujões”: expor seu produto no corredor dos alimentos infantis, de forma que os alimentos essenciais procurados pelos pais ficassem numa ponta, mas na outra ponta, ao final do mesmo corredor, onde com certeza a família passaria com seu carrinho de compras, ficassem os biscoitos deste fabricante. Outra estratégia foi expor os biscoitos também em prateleiras independentes em local distinto ao corredor de biscoitos, próximo à saída e entrada do supermercado.

Expor os produtos anunciados em estabelecimentos comerciais de forma que as crianças possam tê-los ao alcance das mãos permite, segundo Paco Underhill (1999, p. 160-2), que tenha início o processo de insistência. O autor verifica como efeito desta estratégia a ocorrência de “súplicas ruidosas, porém de algum modo agradáveis”, provavelmente se referindo aos ouvidos do vendedor. O autor avisa que quanto mais atrativa for a loja para a criança,

mais indesejada ela pode ser pelos pais. E destaca aqueles pais que evitam o corredor de biscoitos do supermercado ou o supermercado que expõe balas e doces na fila do caixa. A afirmação deste autor indica que, apesar de reconhecerem como eficazes, os anunciantes de produtos infantis também reconhecem que o estímulo ao fator ou efeito insistência é algo indesejado e condenado pelos pais.

No âmbito do direito do consumidor, as estratégias adotadas pelos publicitários, baseadas nos apelos ao consumo das crianças, se configuram como concreta violação ao princípio da boa-fé, na medida em que são ignorados os deveres de lealdade e de solidariedade imputados a todos os fornecedores de produtos e serviços. Aproveitar-se de estratégias que ocasionam conflitos familiares e, ao mesmo tempo, que constroem pais a adquirirem produtos e serviços numa atitude de atender apelos incansáveis de seus filhos atenta contra a áurea de boa-fé que deve pairar sobre as relações de consumo.

A violação da boa-fé, a partir do estímulo do fator amolação, se concretiza pela vantagem auferida pelos anunciantes de produtos infantis a partir dos sentimentos de afeto e cuidado que os pais devem prezar na relação com seus filhos pequenos. Conforme Susan Linn, “ao encorajar as crianças a amolar e ao bombardeá-las com mensagens de que bens materiais são a chave para a felicidade, a indústria do marketing tira vantagem do desejo inato dos pais de querer a felicidade dos filhos” (LINN, 2006, p. 64).

Ao mesmo tempo, no aspecto da tutela constitucional da família, qualquer estímulo ao conflito familiar e à desarmonia das relações entre pais e filhos deve ser condenado.

A tutela constitucional da família e da criança impede que seja exclusivamente atribuída aos pais a responsabilidade por dizer não ao seu filho numa conduta de educação para o consumo da criança. Entretanto, espera-se que os pais possuam saberes, competências e experiências comuns apenas aos educadores e psicólogos infantis, o que é o mesmo que dizer que a criança se encontra à sua própria sorte:

A princípio ocorre que não se faça caso ou se rechace uma demanda, mas as crianças podem ter problemas com essas reações. Podem ocorrer enfrentamentos, discussões, brigas abertas, tudo o que possa resultar fastidioso para ambas as partes. Há maneiras de prevenir estes resultados e há maneiras de conduzi-los [...] de toda forma vamos transferir o tema para os educadores do consumidor e psicólogos infantis, que se especializam na matéria (MCNEAL, 1999, p. 133, tradução nossa²⁰).

A família como garantia institucional constitucional²¹ pode ser afetada

pela liberdade irrestrita dos publicitários e anunciantes de bens de consumo, no contexto social atual em que os filhos passam a ter voz nas decisões familiares e diante da proteção dos direitos fundamentais da criança, que garante a tutela da sua vontade autônoma e dos seus desejos naturais.

A intervenção do Estado nas relações que os anunciantes tentam promover com as crianças se justifica, ainda mais, quando o cuidado da família pelo desenvolvimento de suas crianças e os meios pelos quais os seus responsáveis podem exercer o poder familiar para protegê-las do excesso de mensagens e apelos comerciais que recebem fracassam diante da quantidade e diversidade de técnicas e meios pelos quais os fornecedores alcançam este público-alvo.

Não há cabimento na sociedade da informação e do consumo de massas para a responsabilidade exclusiva da família pelo controle do comportamento e dos desejos de consumo das crianças. Mesmo que fosse possível o controle da família, por meio do poder familiar, sobre as influências e estímulos que a criança recebe na sociedade de consumo, ainda assim não é este o pensamento constitucional de proteção integral e prioritária das crianças. Não se atribuiu exclusivamente aos pais o cuidado pela educação, desenvolvimento, formação da personalidade e da autonomia das crianças, mas também ao Estado e à sociedade da qual fazem parte os fornecedores de produtos e serviços e os publicitários à sua disposição.

condicionados a assumir algumas responsabilidades e a cumprir algumas atividades do lar, e acabam manuseando o dinheiro de forma mais precoce, comprando mais para si próprios e para a casa. Também se destaca o fato de que os casais passaram a postergar os planos de ter filhos, por diversas razões, como a preservação da carreira profissional e a vontade de economizar. Como os filhos de pais mais velhos tendem a ser mais paparicados, e como estes tendem a estar em melhor situação financeira, quando essas crianças atingem a idade do “eu quero”, seus pais são sempre mais sensíveis a atender seus desejos de consumo. E, por fim, com o posicionamento da mulher no mercado de trabalho, as famílias passaram a ter uma renda dupla, contudo os pais passaram a ter menos tempo para os seus filhos, e tentam compensar esta ausência comprando-lhes coisas. Além disso, filhos de pais ausentes são estimulados a ser mais independentes e, por isso, assumem o rol de consumidores com mais frequência e antes do previsto.

NOTAS

¹A autora elenca algumas transformações da família em decorrência do desenvolvimento da sociedade de consumo e suas consequências: “a rotina das famílias também tem se modificado muito, o tempo

compartilhado entre pais e filhos é cada vez mais escasso. Os pais se preocupam com o futuro dos filhos no mercado de trabalho e por isto os colocam em diversas atividades, como inglês, informática e esportes cada vez mais cedo. Estes pais também trabalham a cada dia mais para garantir o sustento da família e melhorar seu poder aquisitivo. As mulheres vêm aumentando sua participação no mercado de trabalho e ficando, conseqüentemente, mais tempo fora de casa. Com crianças atarefadas, pais que chegam tarde em casa e refeições solitárias, descontraídas, ou feitas fora de casa, a família tem cada vez menos tempo para se reunir, trocar ideias, dialogar. Este contexto pode prejudicar a união e a preservação da unidade familiar, contribuindo fortemente para o individualismo e desagregação da família contemporânea. Esta vida corrida, atarefada e descontraída das famílias vem coincidindo com o aparecimento de novas configurações familiares [...] Sendo assim, fica claro que o perfil de família da sociedade de consumo pós-moderna difere bastante do modelo de família tradicional outrora vigente na sociedade moderna” (PETRO, 2008, p. 55).

²Como exemplo, é possível citar a sentença proferida na Ação Civil Pública (023.06.379233-0) movida pelo Ministério Público de Santa Catarina em face da empresa Ellus, por veicular publicidade que contribui para deturpação de valores sociais e culturais (MPSC. Ellus terá de pagar multa de R\$ 500 mil por veiculação de publicidade abusiva em todo País. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2009)

³No mesmo sentido Clèmerson Merlin Clève: “As liberdades de informação, de expressão da atividade intelectual e de manifestação do pensamento protegem, também, a atividade publicitária” (In: SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 224).

⁴Denise Comel entende que melhor do que a expressão “poder familiar”, para substituir a designação “pátrio poder” do Código Civil anterior, seria “autoridade parental” utilizada no direito francês. “O vocábulo autoridade, por ter um sentido mais ameno que o termo poder, ainda que também possa significar poder, mas no sentido de decidir, ordenar, de se fazer obedecer, ou, ainda, significando a força da personalidade de um indivíduo que lhe permite exercer influência sobre pessoas, pensamentos e opiniões, ascendência. [...] Com isso, ficaria afastada a idéia de domínio ou mando, inerente ao vocábulo poder, sem perda do sentido próprio” (COMEL, 2003, p. 58). Paulo Luiz Lôbo Netto concorda com o uso da expressão autoridade parental: “o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro” e parental “destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos” (LÔBO NETTO, 2000, p. 142) – DO PODER FAMILIAR.

⁵Denise Damo Comel cita outros autores como José Virgílio Castelo Branco Rocha, que também já definia o pátrio poder como “soma de direitos e deveres concebidos ao pai, para que possa desempenhar os encargos que a lei lhe confere, no tocante à criação e educação dos filhos e conseqüente administração dos seus bens”, e Sílvio Rodrigues que ensinava que o pátrio poder era “o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes” (COMEL, 2003, p. 61 e 64).

⁶Em nossa obra “Infância e Publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo”, Curitiba: CRV, 2010, destacamos uma série de transformações sociais ocorridas nas últimas décadas que permitiram algumas inversões de poderes no ambiente familiar e garantiram maior

influência das crianças nas decisões de consumo da família: James McNeal, a quem se atribuem os primeiros estudos sobre o poder de compra dos menores, que repercutem até hoje nas estratégias de marketing voltadas ao público infanto-juvenil, apresenta uma explicação sociológica sobre as mudanças ocorridas na década de 1980 que ofereceram um novo status econômico das crianças como um dos principais públicos consumidores (MCNEAL, 1999, p. 27). A primeira das mudanças ocorridas neste período (não seguindo qualquer ordem de relevância) foi a relação de menos filhos por pais, decorrente da preocupação com a carreira, dos horários densos e das pressões econômicas, que fizeram com que os pais desejassem ter menos filhos do que seus antecessores. Essa ideia se relaciona com o desejo dos pais de compensarem a menor quantidade de filhos com mais recursos financeiros, ou seja, ter menos filhos para gastar mais dinheiro. Outra mudança foi a relação de menos pais por filho, uma combinação de maior número de divórcios e de mães que não se casaram. Os filhos de famílias monoparentais são condicionados a assumir algumas responsabilidades e a cumprir algumas atividades do lar, e acabam manuseando o dinheiro de forma mais precoce, comprando mais para si próprios e para a casa. Também se destaca o fato de que os casais passaram a postergar os planos de ter filhos, por diversas razões, como a preservação da carreira profissional e a vontade de economizar. Como os filhos de pais mais velhos tendem a ser mais papricados, e como estes tendem a estar em melhor situação financeira, quando essas crianças atingem a idade do “eu quero”, seus pais são sempre mais sensíveis a atender seus desejos de consumo. E, por fim, com o posicionamento da mulher no mercado de trabalho, as famílias passaram a ter uma renda dupla, contudo os pais passaram a ter menos tempo para os seus filhos, e tentam compensar esta ausência comprando-lhes coisas. Além disso, filhos de pais ausentes são estimulados a ser mais independentes e, por isso, assumem o rol de consumidores com mais frequência e antes do previsto.

⁷Atribui-se o termo “fator amolação” à Susan Linn (2006, p. 55-65), e em português à tradutora de sua obra, Cristina Tognelli. Mas a estratégia de estimular crianças a “amolar” os seus pais com pedidos insistentes de compra, acompanhados de manhas, choros e pirraças, recebeu outros nomes como fator insistência por Juliet Schor (2006, p. 84-6) e efeito ou fator NAG, por diversos autores, como Victoria Tur Viñes e Irene Ramos Soler (2008, p. 30-1): “NAG es el acrónimo de Numerical Algorithm Group. En informática se suele utilizar como una rutina para la generación aleatoria de números o para resolver ecuaciones numéricas. En nuestro contexto reflejaría la insistencia temporal con la que algunos niños bombardean a sus padres hasta conseguir lo que quieren. La precursora del término fue Judith Schoolman en un artículo titulado ‘Nag Factor Plays Role in What Parents Buy: Only 31 Percent Are Immune to Their Kids Whining’, Toronto Star, August 24, 1998. (...) En la literatura sobre el tema, existe cierta confusión entre este término y el pester power. Es frecuente que nag factor se utilice como sinónimo de pester power, a pesar de que su significado es bien diferente. Nag factor hace referencia a la estrategia infantil de petición de compra basada en la insistencia a los padres, y pester power se refiere a la capacidad de influencia que tiene el niño en las compras familiares o en productos o servicios no destinados exclusivamente a él”.

⁸No original: “quando los comerciantes bombardean a los niños con mensajes informativos y persuasivos, algunos padres se indignan, sintiendo que aquéllos usurpan la responsabilidad paterna de enseñar a sus hijos los asuntos de mercado”.

⁹“Los padres que pasan menos tiempo con sus hijos gastan más dinero en ellos. Los llaman ‘dinero culpable’, y es un tema que apareció en casi todas las conversaciones que mantuve en relación con la gran influencia sobre las compras que ejercen los niños de hoy. (...) Por el contrario, los padres que pasaban más tiempo con sus hijos compraban menos productos de este tipo. (...) Dichos resultados no demuestran que sea el sentimiento de culpa de los padres el que motive las compras, pero la creencia de los profesionales del marketing en el poder de la culpa, así como su habilidad para sacar partido de ella, sigue siendo importante” (SCHOR, 2006, p. 39).

¹⁰“Sacar partido de esas contradicciones emocionales ha contribuido a que los padres relajen sus normas sobre comida. Enfrentados al aluvión de anuncios de comida, son muy pocos los que se han mantenido inflexibles. La renuncia paterna en el tema de la comida también tiene lugar porque los progenitores se sienten asaltados en muchos otros frentes. Carlson cree que éstos ‘luchan en muchos frentes: sus hijos quieren unas cosas, sus hijos les vuelven locos, ellos tienen que irse a trabajar. Les preocupa más que sus hijos vayan al colegio y fumen marihuana o hachís que el contenido de las bebidas que consumen. Es algo así como (...) bueno, si consigo que te calles y además te hace feliz” (SCHOR, 2006, p. 176-7).

¹¹No original: “los niños son mas propensos a pedir que les compren un objeto cuando están en presencia de un estímulo relacionado con ese objeto. Esa regla parece evidente, pero tiene muchas implicaciones en la crianza de los niños, en la comercialización y en el interés público: 1. Un comerciante que desee orientar la influencia de los niños en los padres para la compra de un objeto debería dirigir frecuentes mensajes a aquéllos acerca de dicho objeto en los medios más variados, incluso en el local de ventas. 2. Los padres que no deseen que sus hijos sean influenciados por los comerciantes, que a su vez generarían pedidos de los niños deberían mantenerlos alejados de los mensajes de marketing. 3. Si quienes velan por el interés público creen que es incorrecto que los comerciantes traten de influenciar los pedidos de compras de los niños o que no los deben influenciar en determinadas horas, deben limitar los mensajes comerciales dirigidos a los niños, por lo menos a ciertos períodos. De esta regla general podemos deducir que el niño hará peticiones de compras cuando observa, oye o lee avisos comerciales o poco después durante las visitas a los locales de venta, cuando está en contacto con sus pares o poco más tarde, o en el periodo en el que ha percibido otros mensajes”.

¹²No original: “Un examen más próximo indica que los padres deberían compartir la responsabilidad por el materialismo de los niños, si así se lo puede llamar, pues son los padres quienes proveen el dinero y algunos de los incentivos para obtenerlos”.

¹³No original: “Esta capacidad de influencia podría presumirse en edades muy tempranas, donde la personalidad del sujeto todavía está en formación pero es precisamente en esta edad, donde el acto final de compra necesita de la intervención del adulto para hacerse efectivo, por lo tanto el juicio del niño debe complementarse con el juicio del adulto”.

¹⁴No original: “El argumento concluyente que el sector publicitario utiliza en su defensa es que los padres siempre pueden proteger a sus hijos de los anuncios. Pueden apagar la tele y decir que no. Cuando los padres dejan que sus hijos vean lo que ven, les están dando su aprobación tácita”.

¹⁵No original: “No es que los padres pierdan el control, es que renuncian a él [...]. La responsabilidad de una compra recae siempre en el adulto. Sí, es cierto que el niño te pedirá que le compres un juguete

setenta y dos veces al día. Pero si la respuesta es negativa esas setenta y dos veces al día durante tres o cuatro semanas, acabará por no pedirlo más”.

¹⁶No original: “Los padres deberían tener, y de hecho tienen, la responsabilidad de restringir el acceso de sus hijos a la cultura del consumo. Cuando no la ejercen ni ponen límites, los resultados pueden ser desastrosos. [...] Pero el hecho incuestionable de la responsabilidad paterna no implica que sea sólo a los padres a quien se deba pedir cuentas. La complejidad de la vida actual hace que ese enfoque resulte simplista en exceso. Si se considera la evolución de las relaciones entre niños, padres y profesionales del marketing, se observa que el triángulo se ha hecho mucho más enredado y difícil. Y en ese ejercicio, si hay algo que destaca con claridad, es que las tres partes deben comportarse de otro modo”.

¹⁷Art. 226, C.F. – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁸No original: “1. ‘Todos los niños lo tienen’ o ‘Todos mis amigos lo tienen’. [...] 2. ‘No lo tiene nadie’ o ‘Si lo tengo les impresionaré’. [...] 3. ‘Son las de algún personaje famoso, real o del mundo de la ficción’. [...] 4. ‘Si no lo tengo, no podré completar la colección’. [...] 5. ‘Como Le has comprado a ‘X’ algo, a mí también me tienes que comprar algo”.

¹⁹No original: “Como consecuencia, pueden producirse conflictos entre progenitor e hijo, que adoptan diferentes formas. Rabieta en los locales de venta, ponerse rígidos, retener la respiración, chillar, llorar, amenazar y arrojar cosas; todo puede ocurrir, humillar a los padres y ‘hacerlos envejecer más rápido’ como dijo una madre. Los padres que no pueden gastar para satisfacer la mayor parte de los pedidos de los niños o aquéllos que creen firmemente que son ellos y no el hijo o el vendedor quien decide lo que se va a comprar, pueden llegar a pagar un precio alto en confusión, frustración y enojo.[...] es posible que las relaciones entre padres e hijo queden lesionadas”.

²⁰No original: “A menudo sucede que no se haga caso o se rechace una demanda, pero los niños pueden tener problemas con esas reacciones. Puede haber enfrentamientos, discusiones, palizas o rabieta, todo lo cual puede resultar fastidioso para ambas partes. Hay maneras de prevenir esos resultados y hay maneras de manejarlos [...]. Sin embargo, vamos a transferir el tema a los educadores del consumidor y a los psicólogos de los infantes, quienes se especializan en la materia”.

²¹De acordo com Canotilho, “os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos” (2004, p. 475).

REFERÊNCIAS

BRITTO, Igor Rodrigues. *Infância e Publicidade: proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo*. Curitiba: CRV, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial*. In:

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 205-266.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: RT, 2003.

DANTAS, San Tiago. Direito de Família e das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1988.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e Psicanálise. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LINN, Susan. Crianças do consumo: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus. Revista Brasileira de direito de Família. Porto Alegre: Síntese, Jan. /fev. /mar. 2002. v. 3, n. 12, p. 46-47.

MCNEAL, James U. Marketing de productos para niños: manual sobre comercialización dirigida a los niños. Buenos Aires: Granica, 1999.

PETRO, Adriana. O Indivíduo e a Família na Sociedade de Consumo Pós-Moderna. Revista Think. Porto Alegre: ESPM, v. 6, n. 1, p. 54-60, jan./jun. 2008.

SCHOR, Juliet B. Nacidos para Comprar: los nuevos consumidores infantiles. Barcelona: Paidós Iberica, 2006.

UNDERHILL, Paco. Por qué compramos: la ciencia del Shopping. Barcelona: Gestión 2000, 2002.

VIÑES, Victoria Tur; SOLER, Irene Ramos. Marketing y niños. Madrid: SIC Editorial, 2008.

UMA NOVA ABORDAGEM PROATIVA

À ELABORAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO
COMUNITÁRIO DO CONSUMO

JORGE PEGADO LIZ

Conselheiro do Comité Económico e
Social Europeu, em representação dos consumidores
Presidente da Comissão Consultiva para as Mutações Industriais

EXCERTOS

“É também da essência mesma do ‘dever ser’ que o cumprimento da estatuição das normas seja, em geral, voluntário e que o recurso à ação judicial é a exceção, a ultima ratio”

“Porque é no cumprimento voluntário e no acatamento, espontâneo ou induzido, das regras de direito que deve ser posto o acento tónico, quando se fala da aplicação do acervo comunitário”

“Legislar melhor não quer necessariamente dizer menos regulação ou desregulação e, efetivamente, a segurança jurídica é um dos requisitos essenciais para o bom funcionamento do mercado único”

“A abordagem proativa do direito combina aspectos da promoção da saúde com aspectos da prevenção de doenças: o objetivo consiste em ajudar os indivíduos e as empresas a permanecerem de boa ‘saúde jurídica’ e evitarem a ‘doença’ da insegurança jurídica, das disputas e dos litígios”

“Quando se redigirem leis, o legislador deve preocupar-se em adotar normas operacionalmente eficientes que reflitam as necessidades da vida real e sejam aplicadas de tal forma que os objetivos últimos dessas normas sejam cumpridos”

“Sempre que os parceiros sociais participaram na negociação de acordos convertidos posteriormente em legislação europeia, a aplicação desta é mais eficaz”

“Mas é evidente que o processo de aplicação efetiva do direito não ficará completo se não for sustentado por meios eficazes que garantam a realização eficiente dos direitos”

No domínio do normativo ou do “dever ser”, o que caracteriza a norma “jurídica”, por contraponto às normas morais ou às regras estéticas é a coercibilidade: a possibilidade de o cumprimento poder ser exigido em tribunal e a sua violação sancionada. Característico do *ius cogens* é precisamente a possibilidade do recurso à força, através de um aparelho judicial, para garantir a aplicação da norma, ou, em caso de incumprimento, que quem violou a lei seja sancionado.

No entanto, é também da essência mesma do “dever ser” que o cumprimento da estatuição das normas seja, em geral, voluntário e que o recurso à ação judicial é a exceção, a *ultima ratio*. Sem a adesão voluntária e generalizada dos cidadãos ao cumprimento dos deveres imposto pelas normas, a eficácia do direito seria insanavelmente comprometida.

Neste contexto é pois fundamental distinguir entre o acatamento ou cumprimento voluntário do direito por aqueles a quem as normas se dirigem – e cuja motivação e incentivo podem ser sociologicamente muito diversos – e a imposição ou aplicação coerciva do direito, em princípio pelos tribunais, como órgão do poder judicial, mas também por outras instâncias administrativas com poder para forçar ao cumprimento ou sancionar o incumprimento de normas jurídicas.

De um ponto de vista social, como económico e jurídico, as diferentes situações descritas merecem diversa valoração ética e têm componentes comportamentais distintas, que não podem deixar de ser tomadas em conta quando se avalia em geral o cumprimento e a aplicação de qualquer ramo do direito – no caso, o direito comunitário do consumo.

Mas daí a responsabilidade do legislador em ditar normas que concitem, em geral, o seu acatamento voluntário e cumprimento espontâneo, condições mesmas do respeito dos direitos de cada um e fundamento da própria vida em sociedade. É neste contexto que ganha sentido a preocupação do “legislar bem” ou do “legislar melhor”¹ e resultam importantes consequências para a sua interpretação, a sua integração e a sua aplicação.

Significa isto que, além de ter de ser “justo” ou equitativo², o direito tem de ser compreensível, acessível, aceitável³ e exequível. Sem o cumprimento destes requisitos o direito tende a ser rejeitado pelos seus destinatários, a não ser aplicado por quem tem a obrigação de o fazer cumprir, a cair em desuso, sem que a “força” da justiça logre a sua efetiva aplicação.

Se, ao nível das ordens jurídicas estaduais, a questão é relevante, ela ganha importância acrescida numa ordem jurídica como a da União Europeia em que as duas partes da norma de direito se acham normalmente desmembradas,

em que o “dever ser” da estatuição normativa pertence à ordem comunitária, enquanto a sua aplicação e o seu sancionamento depende da força de coerção das ordens jurídicas nacionais.

Será talvez por isso que a preocupação sobre “legislar melhor”, estando embora presente em todos os Estados-membros e não sendo nova, ganhou particular acuidade recentemente ao nível das instituições comunitárias. A sustentabilidade e previsibilidade são requisitos básicos para um quadro jurídico que funcione bem e que seja favorável aos cidadãos e às empresas. As partes interessadas necessitam de uma quantidade razoável de segurança jurídica para fixarem os seus objetivos, implementarem os seus planos e atingirem os resultados previstos. Os legisladores, numa aceção ampla, devem preocupar-se em assegurar essa segurança e proporcionar uma estrutura jurídica estável, cumprindo ao mesmo tempo os objetivos da legislação.

Além de ter de ser “justo” ou equitativo, o direito tem de ser compreensível, acessível, aceitável e exequível

Porque é no cumprimento voluntário e no acatamento, espontâneo ou induzido, das regras de direito que deve ser posto o acento tónico, quando se fala da aplicação do acervo comunitário deverá ser, antes de mais, ao nível da melhor informação e

formação de consumidores e de profissionais e da sua motivação e incentivo para o cumprimento do direito comunitário transposto que se devem centrar os esforços e iniciativas das instituições comunitárias, no âmbito das suas competências próprias.

Seria igualmente ao nível da informação e da formação das autoridades públicas nacionais, em particular daquelas com mais diretas responsabilidades na aplicação do direito comunitário nos Estados-membros que a ação da comissão deveria prioritariamente incidir.

Neste domínio, haveria que privilegiar a informação e a formação dos juízes e de outros magistrados em geral, aos quais compete, em última análise, a interpretação e a aplicação do direito aos casos concretos, objeto de litígio.

1 UMA NOVA VISÃO SOBRE MELHOR REGULAMENTAÇÃO, MELHOR APLICAÇÃO E MELHOR CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO DA UE

O conceito de legislar⁴ melhor, que se concentra na perspectiva dos

utilizadores da legislação,⁶ inclui determinados princípios que ganharam um novo ímpeto nos últimos anos: consulta preliminar, combate da inflação legislativa, remoção das propostas e da legislação obsoleta, redução dos custos e dos encargos administrativos, simplificação do acervo comunitário, melhor redação das propostas legislativas incluindo estudos de impacto ex ante e ex post, redução da legislação ao essencial e concentração nos objetivos e na sustentabilidade da legislação ao mesmo tempo que se mantém a sua flexibilidade.

Há muito tempo que a Comissão Europeia⁵, o Parlamento Europeu⁶ e o Comité Económico e Social Europeu⁷ promoveram e aduziram argumentos em favor do legislar melhor, da simplificação e da comunicação enquanto objetivos políticos principais no contexto da realização do mercado único. Entre os primeiros documentos neste domínio não se pode esquecer o importante Relatório Molitor, que data de 1995, com as suas 18 recomendações, que ainda são atuais⁸.

Legislar melhor também inclui os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade e pode envolver as partes interessadas na redação da legislação, i.e., através da auto e da correção sob fiscalização minuciosa do legislador conforme previsto no Acordo Interinstitucional Legislar Melhor de 2003⁹ e desenvolvido nos sucessivos relatórios anuais da comissão.

Legislar melhor não quer necessariamente dizer menos regulação ou desregulação¹⁰ e, efetivamente, a segurança jurídica é um dos requisitos essenciais para o bom funcionamento do mercado único¹¹.

Desde 2000 que o Observatório do Mercado Único (OMU) tem vindo a concentrar-se nas iniciativas das partes interessadas que antecipam o programa Legislar Melhor do ponto de vista da sociedade civil. Seguindo atentamente o programa de trabalho da Comissão Europeia enquanto fórum institucional de expressão da sociedade civil organizada, o OMU tem aconselhado nos últimos anos a comissão através de vários pareceres sobre matérias relacionadas com o programa Legislar Melhor¹².

É a esta luz que ganha particular relevo o papel da autorregulação e, em especial da correção, desde que garantidos e salvaguardados os parâmetros de credibilidade dos sistemas voluntariamente assumidos ou negociados entre as partes interessadas, para merecerem a confiança de todos. Por essa razão, em conjunto com a Comissão Europeia, o OMU desenvolveu uma base de dados, dedicada à correção e autorregulação na Europa¹³. Com base nos dados que recolheu sobre iniciativas de autorregulação, o OMU trabalha agora com modelos (indicadores de eficiência, orientações

sobre acompanhamento e aplicação etc.) e constituiu um grupo com círculos académicos, grupos de reflexão e instituições sobre questões de correção e autorregulação.

2 ALGUNS GRAMAS DE PREVENÇÃO: A ABORDAGEM PROATIVA

Tradicionalmente, no domínio jurídico a ênfase foi colocada no passado. Os estudos jurídicos sempre se preocuparam principalmente com os incumprimentos – lacunas, prazos e incumprimentos da lei.

O ponto central de uma abordagem proativa é diferente; é o futuro. Ser proativo é o oposto de ser reativo ou passivo. A abordagem especificamente denominada do direito proativo iniciou-se nos anos 1990 na Finlândia. Respondendo à necessidade de desenvolver ainda mais métodos práticos e teorias jurídicas neste domínio emergente, foi criada em 2004¹⁴ a Nordic School of Proactive Law (NSPL) (Escola Nórdica do Direito Proactivo).

O termo proativo implica agir em antecipação, através do controlo e da autoiniciativa¹⁵. Todos estes elementos fazem parte da abordagem proativa do direito que procede à diferenciação de outros dois aspectos da proatividade –

Legislar melhor também inclui os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade e pode envolver as partes interessadas na redação da legislação

sendo que um consiste na dimensão da promoção (promoção do que é desejável; encorajar o bom comportamento) e o outro na dimensão preventiva (prevenindo o que não é desejável, impedindo os riscos jurídicos de se materializarem).

A abordagem proativa do direito coloca a ênfase no bom resultado e não no incumprimento. Consiste em tomar a iniciativa para promover e reforçar os fatores que conduzem ao êxito. As origens do direito proativo residem na contratação proativa¹⁶. No início, o objetivo consistia em proporcionar um quadro para a integração das previsões jurídicas nas práticas diárias das empresas e para a fusão das boas práticas de gestão contratual, jurídica, de projetos, da qualidade e do risco.

Embora o direito proactivo se tenha inspirado muito no direito preventivo¹⁷, este último aborda as questões principalmente a partir de um ponto de vista de um advogado, dando ênfase à prevenção de riscos e de litígios judiciais. No direito proactivo coloca-se a ênfase em assegurar o êxito e tornar

possível a realização dos objetivos fixados na situação em apreço. Fazendo uma analogia com os cuidados de saúde e a medicina preventiva, pode-se dizer que a abordagem proactiva do direito combina aspectos da promoção da saúde com aspectos da prevenção de doenças: o objetivo consiste em ajudar os indivíduos e as empresas a permanecerem de boa “saúde jurídica” e evitarem a “doença” da insegurança jurídica, das disputas e dos litígios.

3 DE QUE FORMA A ABORDAGEM PROATIVA DO DIREITO PODE CONTRIBUIR AINDA MAIS PARA UMA MELHOR REGULAMENTAÇÃO, MELHOR APLICAÇÃO E MELHOR CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO DA EU

Um dos objetivos principais da União Europeia é proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas; um espaço assente nos princípios da transparência e do controlo democrático. Contudo, a justiça não se materializa apenas no proporcionar acesso aos tribunais ou, a posteriori, em ações em reparação. Para as pessoas e as empresas poderem exercer as suas atividades com sucesso é necessário um forte quadro jurídico.

As pessoas e as empresas contam com um grau razoável de segurança, clareza e consistência da parte do legislador de forma a poderem definir os seus objetivos, executar os seus planos e atingir os resultados previstos. Os legisladores devem preocupar-se com o fato de saber se as pessoas e as empresas estão suficientemente informadas dos casos em que a lei se lhes pode aplicar, podem ser mais informadas sobre a sua situação jurídica no caso de assim o desejarem ou podem evitar litígios caso isso seja possível ou resolver as suas disputas através do recurso às técnicas mais apropriadas¹⁸.

A experiência e a investigação mostram-nos, hoje, que nem sempre as pessoas e as empresas, e, em particular, os consumidores e as PME estão suficientemente informados do direito comunitário e da forma como ele é transposto nos direitos nacionais.

O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão estabeleceram no Acordo Interinstitucional sobre Legislar Melhor compromissos e objetivos comuns para melhorar a qualidade da legislação e para promover simplicidade, clareza e consistência quando da redação de leis e transparência no processo legislativo. Resulta, no entanto, evidente que não se pode chegar a uma melhor legislação apenas com as instituições signatárias do acordo¹⁹. É preciso desenvolver e reforçar a simplificação e outros programas a nível nacional e

regional. Pelo que é necessário um empenho coordenado e a participação dos órgãos de poder locais, regionais e nacionais responsáveis pela transposição do direito da UE, bem como dos utilizadores da legislação²⁰.

A União Europeia já tomou algumas medidas no sentido de uma abordagem de prevenção²¹. É o caso designadamente da possibilidade prevista no tratado de os parceiros sociais negociarem a regulamentação do âmbito social; do “Small Business Act” (COM (2008) 394 final, 25.6.2008) com o seu anexo: Intercâmbio de boas práticas em matéria de política das PME²² e dos exemplos de boas práticas dos Estados-Membros, que poderão servir de fonte de inspiração aquando da aplicação do SBA²³, as recolhidas com base na Carta Europeia das Pequenas Empresas; dos prémios Europeus de Iniciativa Empresarial que reconhecem a excelência na promoção do empreendedorismo a nível regional; das Orientações para a Avaliação de Impacto Revistas, da Comissão²⁴; da rede de resolução de problemas em linha Solvit; do serviço do Gabinete de Apoio DPI (para os direitos de propriedade intelectual); do encorajamento da Comissão para o desenvolvimento de padrões ou standards europeus; e da base de dados sobre autorregulação e correção do CESE.

Até ao momento, no entanto, estes passos têm sido um pouco díspares e não parece estar em curso muita investigação ou aprendizagem trans-setorial a partir da experiência obtida.

No entanto, as causas essenciais da efetivamente generalizada deficiente aplicação do acervo comunitário nos Estados-membros estão perfeitamente identificadas e prendem-se designadamente com:

a) a forma deficiente como são elaboradas muitas directivas comunitárias, não seguindo os padrões do “Melhor Legislar”, nomeadamente no que se refere aos estudos de avaliação *ex-ante*;

b) a forma atrabiliária como normas desde o início mal concebidas e pior redigidas são transpostas para os direitos nacionais;

c) a incorreta ou incompleta integração das normas comunitárias no conjunto dos direitos nacionais, onde muitas vezes são consideradas como indesejáveis e contrárias aos usos e costumes e aos interesses nacionais;

d) a falta de vontade política das autoridades nacionais para cumprir e fazer cumprir normas consideradas “estranhas” ao seu corpo jurídico e à sua tradição nacional;

e) ao contrário, a persistente tendência para aditar às normas comunitárias novos dispositivos regulamentares desnecessários ou de escolher umas partes e não outras das normas comunitárias (os conhecidos fenómenos de gold-plating e de cherry-picking);

f) a impreparação de base e a falta de formação específica por parte das autoridades nacionais para entender e fazer aplicar o acervo comunitário, em particular no que se refere à proteção e defesa dos consumidores;

g) o mau funcionamento de alguns tribunais e a impreparação de alguns juizes e outros atores do sistema judicial (advogados, funcionários judiciais etc.) que muitas vezes levam à errada aplicação ou à desaplicação das normas transpostas e tantas vezes à aplicação de normas “paralelas” dos direitos nacionais;

h) a necessidade de alargar as medidas de cooperação administrativa por forma a envolver as organizações da sociedade civil, em particular as associações de defesa dos consumidores;

i) a ausência de previsão e harmonização do direito sancionatório, que tem deixado na disponibilidade dos Estados-membros a natureza coerciva dos mecanismos de defesa dos consumidores.

Por outro lado, alguns exemplos recentes de situações problemáticas e dificuldades de vária ordem ilustram a necessidade de uma abordagem proativa. Foi o caso, designadamente, da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa

O termo proativo implica agir em antecipação, através do controlo e da autoiniciativa

aos serviços no mercado interno (conhecida pela Directiva “Bolkestein”²⁵, da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais²⁶, da Directiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores²⁷, apesar de já contestada de um modo geral pela maioria das partes interessadas²⁸, de todo o pacote do “acervo” sobre defesa do consumidor²⁹ que todos reconhecem não ter sido devidamente redigido, bem transposto e devidamente aplicado³⁰, do “quadro comum de referência” com o objetivo de simplificar a legislação sobre contratos, mas que acabou num “monstro” de aproximadamente 800 páginas só para a “parte geral”³¹, da recente proposta de directiva sobre imigração³², da reconhecida falha no tocante aos serviços financeiros de retalho, especialmente o sobre-endividamento³³ ou do crescente défice de transposição nos Estados-membros, reconhecido pela Comissão³⁴.

Em nosso entender uma abordagem proativa do direito pode favorecer uma melhor regulamentação através da promoção de uma nova forma de pensar: uma forma que tenha como ponto de partida as necessidades da vida real e as aspirações das pessoas e das empresas, em vez dos instrumentos

jurídicos e da forma como devem ser utilizados.

O que significa que, quando se redigirem leis, o legislador deve preocupar-se em adotar normas operacionalmente eficientes que reflitam as necessidades da vida real e sejam aplicadas de tal forma que os objetivos últimos dessas normas sejam cumpridos. As normas igualmente devem ser comunicadas de forma que façam sentido para o público a que se destinam de modo que sejam compreendidas e possam ser seguidas por todos aqueles a quem as normas se aplicam.

O ciclo de vida de um diploma legal não se inicia, assim, com a redação de uma proposta nem termina quando tenha sido formalmente adotado. O diploma não é o objetivo; o objetivo é o sucesso da sua aplicação, que não significa apenas o cumprimento pelas instituições mas também a adoção, aceitação e, quando necessário, uma alteração do comportamento por parte das pessoas ou das organizações em causa. Os estudos realizados neste contexto revelam que sempre que os parceiros sociais participaram na negociação de acordos convertidos posteriormente em legislação europeia, a aplicação desta é mais eficaz.

Podem-se antecipar algumas consequências desta abordagem – incluindo de ordem prática – para o processo de tomada de decisão relacionado com o processo de elaboração, aplicação e de cumprimento da legislação comunitária.

Em primeiro lugar, uma participação ativa e efectiva, em vez de uma mera consulta das partes interessadas antes e durante a redação de quaisquer propostas e durante o processo de tomada de decisão, de forma que o ponto de partida sejam os verdadeiros problemas e as suas soluções e que o processo de decisão seja um diálogo contínuo e um processo de aprendizagem mútua baseado na consecução de determinados objetivos³⁵.

Em segundo lugar, os estudos de impacto tomarão em consideração não apenas aspectos económicos mas também sociais e éticos; não apenas o quadro económico mas também os consumidores enquanto últimos recipientes das medidas jurídicas e das iniciativas; não apenas as opiniões da sociedade civil organizada, mas também a voz do cidadão anónimo³⁶.

Em terceiro lugar, antecipando soluções em vez de problemas, utilizando a lei para atingir e promover objetivos e fazer dos direitos e liberdades uma realidade num determinado contexto cultural, em vez da fixação numa lógica jurídica formalista³⁷.

A abordagem proativa do direito coloca a ênfase no bom resultado e não no incumprimento

Redigir as leis da forma mais clara possível e o mais perto dos seus utilizadores, assegurando que a linguagem utilizada seja rapidamente compreensível e clara e comunicar os seus conteúdos da forma adequada, acompanhando e orientando a sua aplicação e cumprimento em todas as fases do seu ciclo de vida.

Além disso, eliminar as leis redundantes, contraditórias, obsoletas e que já não se aplicam, e harmonizar a compreensão dos termos, definições, descrições, prescrições e interpretações em quadros comuns de referência³⁸. Também é extremamente importante limitar a criação de novos termos ou jargão comunitário, de significado duvidoso, usados sem que a maioria daqueles que os utilizam realmente os compreenda.

Fazendo pressão para obter novos espaços de liberdade negocial, de autorregulação e de correção ou de adoção de códigos de conduta à escala nacional e europeia³⁹, identificando e removendo os obstáculos legislativos que encontrem no seu caminho.

Por último, centrando-se numa abordagem legislativa que privilegia as “leis modelo” e os regimes opcionais (28.ºs regimes) em vez de uma harmonização total demasiado detalhada e desnecessária e deixando, quando adequado, uma margem considerável e adequada para a autorregulação e para a correção.

Todo este processo deveria ser iniciado através de projetos de investigação e do diálogo com as partes interessadas sobre o papel específico da abordagem proativa do direito ao longo do ciclo de vida e em todos os níveis de regulamentação. Os primeiros passos poderiam incluir mesas-redondas e seminários com os círculos académicos, grupos de reflexão, partes interessadas e instituições de forma a apresentar um quadro e um plano de ação para mais iniciativas, com o objetivo de pôr em prática, em cada caso, a perspectiva da abordagem proativa, de uma forma muito semelhante à que se aplica atualmente aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Mas é evidente que o processo de aplicação efetiva do direito não ficará completo se não for sustentado por meios eficazes que garantam a realização eficiente dos direitos.

Daí a importância dos sistemas de mediação, de conciliação e de arbitragem, complementares do sistema judicial, que devem ser objeto de atenção especial por parte das instituições comunitárias e de reforço da sua credibilidade e eficácia.

Mas é no domínio do direito processual civil que, pese embora os avanços dados por iniciativas da Comissão (DG Justiça), no que em especial se refere a procedimentos que tenham em conta as especificidades dos direitos e

interesses, por essência coletivos, dos consumidores, se verifica a maior lacuna na iniciativa a nível comunitário, que, após mais de vinte anos de “estudos” e “consultas”, não foi colmatada pelos Livros Verde e Branco no domínio do incumprimento das medidas antitrust. Menos ainda, se viram abrir reais perspectivas de vontade política de avanço com o recente Livro Verde sobre a tutela coletiva dos consumidores, nem, até hoje, se vislumbra uma real vontade política de dotar a União Europeia de um sistema próprio de ações coletivas.

4 NOTA FINAL

O presente texto reflete as considerações que estiveram na base de dois pareceres adotados pelo Comité Económico e Social Europeu, o primeiro um parecer de iniciativa sobre A abordagem proactiva do direito: Um passo para legislar melhor a nível da EU, (in JO C 175 de 28.07.2009) e o segundo um parecer sobre uma Comunicação da Comissão relativa à aplicação do acervo relativo à defesa do consumidor (COM (2009) 330 final), (in JO C 18 de 19.01.2011), de que o autor foi relator.

Bruxelas, 10 de junho de 2011, section1.

NOTAS

¹O significado de “legislar melhor” que se aplica às instituições comunitárias consta do parecer do CESE sobre Legislar melhor, CESE 1068/2005, JO C 24, de 31.1.2006, relator Daniel Retureau. O significado “jurídico” desse conceito consta do Acordo Interinstitucional de 2003, JO 321, de 31.12.2003.

²Seja o que for que isso signifique à luz dos valores dominantes em dada sociedade e em certo momento histórico; uma parte substancial das tragédias gregas vive desta contraposição entre o direito “legislado” e o direito “justo”.

³Os dois requisitos principais para que os regulamentos sejam aceitáveis é que sejam “pertinentes e proporcionais” (Cf. O ponto 1.6 Parecer sobre Simplificação CES 1496/2001, de 29/11/2001, relator K. Walker).

⁵Como foi correctamente referido no parecer do CESE sobre legislar melhor (CESE 1068/2005 de 28.9.2005, ponto 1.1.2, relator: Daniel Retureau, “Legislar melhor é, antes de tudo, colocar-se ao nível do utente da norma jurídica. Daí a importância de um método participativo, que organize a consulta prévia e tenha em conta a representatividade das organizações da sociedade civil e dos parceiros sociais ...”.

⁶Principais documentos da Comissão nesse domínio:

Estratégia da União Europeia em favor do desenvolvimento sustentável; COM(2001) 264 final

Comunicação sobre a Avaliação de Impacto, COM (2002) 276 final

Plano de acção – Simplificar e melhorar o ambiente regulador, COM (2002) 278 final

Obtenção e utilização de competências especializadas, COM (2002) 713 final

Actualizar e simplificar o acervo comunitário COM(2003) 71 final

Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa – Estratégia de simplificação do quadro regulador, COM(2005) 535 final

Análise estratégica do programa Legislar melhor na União Europeia, COM(2006) 689

Primeiro relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, COM(2006) 690 final

Segundo relatório intercalar sobre a estratégia de simplificação do quadro regulador, COM(2008) 33 final

Guia prático conjunto para a redacção de legislação comunitária (para as pessoas que participam na redacção de legislação nas instituições da UE).

⁷Principais documentos do PE:

Relatório sobre Legislar Melhor 2004 – aplicação do princípio da subsidiariedade (12º relatório anual), A6-0082/2006

Relatório sobre o vigésimo primeiro e o vigésimo segundo relatórios anuais sobre o controlo da aplicação do direito comunitário (2003 e 2004) apresentados pela Comissão, A6-0089/2006

Relatório sobre as implicações institucionais e jurídicas da utilização de instrumentos jurídicos não vinculativos (“soft law”), A6-0259/2007

Relatório sobre o programa Legislar Melhor na União Europeia, A6-0273/2007

Relatório sobre a minimização dos custos administrativos impostos pela legislação, A6-0275/2007

Relatório sobre Legislar Melhor 2005 – aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade – 13º relatório anual, A6-0280/2007

Relatório sobre a revisão do mercado único: superar barreiras e ineficiências através de uma melhor implementação e aplicação, A6-0295/2007

Relatório sobre o Vigésimo Terceiro Relatório Anual da Comissão sobre o Controlo da Aplicação do Direito Comunitário (2005), A6-0462/2007

⁸Principais documentos do CESE:

Parecer de iniciativa sobre a Simplificação das regras no Mercado Único, CESE 1174/2000, JO C 14 de 16.1.2001

Parecer de iniciativa sobre Simplificação CESE 1496/2001, JO C 48, de 21.2.2002

Parecer exploratório sobre Simplificar e melhorar o ambiente regulamentar COM(2001) 726 final, CESE 364/2002, JO C 125, de 27.5.2002

Parecer de iniciativa sobre A simplificação, com referência particular à Governação Europeia: Legislar melhor, CESE 398/2003, JO C 133, de 06.06.2003

Parecer sobre A actualização e simplificação do acervo comunitário, COM(2003) 71 final, CESE 500/2004, JO C 112, de 30.04.2004

Brochura intitulada Qual a situação do mercado único alargado? 25 Conclusões do Observatório do Mercado Único CESE C-2004-07-EN

Relatório de Informação sobre A situação da co-regulação e da auto-regulação no Mercado Único, CESE 1182/2004 fin

Brochura intitulada Melhoria do quadro regulamentar da União Europeia – a montante e a jusante do processo legislativo CESE 2005-16-EN

Parecer exploratório solicitado pela Presidência britânica sobre Legislar melhor, CESE 1068/2005, JO C 24, de 31.1.2006

Parecer de iniciativa sobre Como melhorar a aplicação e observância da legislação da UE, CESE 1069/2005, JO C 24, de 31.01.2006

Parecer sobre Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa – Estratégia de simplificação do quadro regulador, COM(2005) 535 final, CESE 952/2006, JO C 309, de 16.12.2006

Parecer exploratório a pedido da Comissão Europeia sobre a Simplificação do quadro regulamentar do sector das máquinas, CESE 1238/2007, JO C 10, de 15.1.2008

⁹Relatório do grupo de peritos independente sobre legislação e simplificação administrativa (COM(95)0288 – C4-0255/95 – SEC(95)1379). Há que efectuar uma referência especial ao RELATÓRIO MANDELKERN (Novembro de 2001) e às suas recomendações, sintetizadas no Parecer CESE 364/2002, de 21/03/2002, relator K. Walker.

¹⁰<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:321:0001:0005:EN:PDF>

¹¹Já no Parecer CESE 1174/2000 de 19.10.2000, relator Bruno Vever, o CESE reconheceu que “Não se trata de defender uma desregulamentação brutal e simplista que prejudicaria a qualidade dos produtos, dos serviços e dos interesses colectivos de todos os utentes sejam eles empresários, assalariados ou consumidores. A economia e a sociedade têm necessidade de regras para funcionarem bem” (ponto 2.8). No seu parecer sobre Legislar Melhor (CESE 1068/2005 de 28/09/2005) o CESE afirmou que “simplificar é reduzir tanto quanto possível a complexidade do direito, mas tal não significa que haja que reduzir forçosamente de maneira drástica a obra legislativa comunitária ou desregulamentar, sob pena de se ir contra a expectativa de segurança que emana da sociedade civil e a necessidade de segurança jurídica e de estabilidade expressa pelas empresas, nomeadamente as PME”; e no seu parecer sobre a Revisão do Mercado Único (CESE 89/2007 de 17/01/2007, relator Bryan Cassidy) o CESE recordou que “a elaboração de menos regulamentação não se traduz necessariamente num melhor quadro regulamentar” (ponto 1.1.17).

¹²“Quanto menos (normas) melhor”, http://bre.berr.gov.uk/regulation/news/2005/050720_bill.asp

¹³O Comité também contribuiu por diversas vezes com pareceres exploratórios para as Presidências do Conselho da UE (ver também o parecer CESE 794/2007, JO C 175, 27.7.2007).

¹⁴<http://esc.europa.eu/self-and-coregulation/index.asp>

¹⁵Ver <http://www.proactivelaw.org>. Poderá obter mais informação em Helena Haapio, An Ounce of Prevention – Proactive Legal Care for Corporate Contracting Success, publicado no Jornal Jurídico Finlandês JFT, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, volume 1/2007, bem como em Helena Haapio (Ed.): A Proactive Approach to Contracting and Law, Turku 2008. e em Peter Wahlgren & Cecilia Magnusson Sjöberg (Eds): A Proactive Approach, Volume 49 dos Scandinavian Studies in Law, Stockholm 2006; ver <http://www.cenneth.com/sisl/tom.php?choice=volumes&page=49.html>.

¹⁶As definições no dicionário do termo proactivo salientam dois aspectos principais: um elemento de antecipação, que implica agir em antecipação de uma situação futura, como “agir antecipando problemas futuros, necessidades ou alterações” (Merriam-Webster Online Dictionary), e um elemento de tomada de controlo e de provocar alterações, por exemplo, “controlar uma situação fazendo com que algo aconteça

em vez de aguardar e reagir apenas após o acontecimento se ter produzido” (proactive.Dictionary.com. WordNet® 3.0. Universidade de Princeton). – A investigação recente sobre comportamento proactivo assenta em definições análogas. Parker et al. (2006) define comportamento proactivo como uma acção de antecipação pessoal do agente com o objectivo de alterar e melhorar a sua situação. Ver o programa de investigação sobre proactividade em organizações em <http://proactivity.group.shef.ac.uk/>.

¹⁷O primeiro livro sobre Contratação proactiva foi publicado em finlandês, em 2002: Soile Pohjonen (Ed.): Ennakoiva sopiminen. Helsínquia 2002.

¹⁸Louis M. Brown foi o primeiro a introduzir esta abordagem com este nome numa obra intitulada Manual of Preventive Law, Prentice-Hall, Inc., New York 1950.

¹⁹Ver civil.justice.2000 – A Vision of the Civil Justice System in the Information Age 2000. <http://www.dca.gov.uk/consult/meta/cj2000fr.htm#section1>.

²⁰No parecer de iniciativa sobre a “Simplificação das regras no Mercado Único”, CESE 1174/2000, de 19.10.2000, o relator Bruno Vever já tinha chamado a atenção para o facto de “que a quase totalidade das normas europeias é exclusivamente resultado do estreito círculo das instituições europeias dotadas de poder de decisão ou co-decisão” e que “esta falta de uma cultura de parceria em benefício de uma abordagem de decisão essencialmente política e administrativa, prejudica a participação e a responsabilização dos actores da sociedade civil numa política de simplificação” (ponto 3.5).

²¹As relações entre a UE e as administrações nacionais e regionais foram salientadas no parecer do CESE 1564/2006 de 14/12/2006, relator Joost van Iersel.

²²Um passo recente e muito importante foi dado pela Comissão com as Orientações para a Avaliação de Impacto Revistas, de 2008. Parecer INT/446, relator Daniel Retureau.

²³Parecer do CESE 1187/2008, de que foi relator Claudio Cappellini e o parecer CESE INT/445, relator Henri Malosse (em curso).

²⁴Ver anexo 1 da Comunicação supracitada.

²⁵Parecer do CESE 1664/2008, relator Daniel RETUREAU COM. de Maio de 2008, documento de trabalho ainda sem número (http://ec.europa.eu/governance/impact/consultation/ia_consultation_en.htm).

²⁶Parecer CESE 793/2007 de 30.5.2007 de que foi relatora Karin Alleweldt.

²⁷Parecer CESE 105/2004 de 29.1.2004 de que foi relator Bernardo Hernández Bataller.

²⁸JO L 133 de 22.5.2008.

²⁹Parecer CESE 918/2003 de 17.7.2003 de que foi relator Jorge Pegado Liz.

³⁰Pelo menos 8 directivas escolhidas entre as 22 conhecidas como “principal acervo relativo à defesa do consumidores”, relativamente a “contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais” (Directiva 85/577/CEE de 20.12.85), “viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados” (Directiva 90/314/CEE de 13.6.1990), “relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores” (Directiva 93/13 de 5.4.1993), “tempo parcial” (Directiva 94/47/CE de 26.10.1994), “contratos à distância” (Directiva 97/7/CE de 20.5.1997, “indicação de preços” (Directiva 98/6/CE de 16.2.1998), “injunções” (Directiva 98/27/CE de 19.5.1998) e “venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas” (Directiva 1999/44/CE de 25.5.1999).

³¹Parecer CESE 984/2007 de 12.7.2007 de que foi relator Richard ADAMS

³²Ver “EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis”, Bielefeld University, (12/12/2006), Profs Hans Schulte-Nolke, Christian Twigg-Flesener e Dr. Martin Ebers.

³³Parecer CESE 1461/2007 de 25.10.2007 de que foi relator Luis Miguel Pariza Castaños.

³⁴Ver “Relatório intercalar de 2006 sobre o Mercado Único dos Serviços Financeiros” (SEC(2007) 263 of 21/2/2007) e os Pareceres do CESE 62/2008 de 16/1/2008 sobre o Livro Verde sobre os serviços financeiros de retalho no mercado único, de que foi relator Edgardo Maria Iozia e Reine Claude Mader-Saussaye; 1459/2007 de 24.10.2007 sobre Crédito e exclusão social na sociedade da abundância, de que foi relator Jorge Pegado Liz; 1503/2005 de 15.12.2005 sobre o Livro Verde sobre o crédito hipotecário na UE, de que foi relator Umberto Burani; 1190/2008 de 9.7.2008 sobre o Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário da UE, de que foi relator Angelo Grasso.

³⁵Ver a Comunicação da Comissão “Uma Europa de resultados – Aplicação do direito comunitário (COM(2007) 502 final), e o Parecer do CESE 482/2008 de 12.3.2008, de que foi relator Daniel Retureau e o artigo notável sobre “Uma transposição activa da legislação da UE” por Dr. Michael Kaeding (EIPASCOPE 2007/03, pag. 27).

³⁶No seu parecer sobre simplificação de 26/3/2003, o CESE já tinha afirmado que “O processo de consulta formal não deveria limitar-se a interlocutores escolhidos pela Comissão. mas, antes, contar com a participação de todos os actores envolvidos (...) O processo de consulta seja alargado através do convite a todos interessados para que apresentem contribuições de modo a que qualquer pessoa possa participar na consulta” (CESE 398/2003, pontos 4.1 e 4.111, relator J. Simpson).

³⁷Ver, em particular, os pareceres do CESE sobre Legislar melhor (CESE 1068/2005 de 28/9/2005) e sobre Padrões de qualidade aplicáveis aos conteúdos, procedimentos e métodos utilizados na avaliação do impacto social do ponto de vista dos parceiros sociais e demais actores da sociedade civil (CESE 794/2007, de 27/7/2007) ambos do relator Daniel Retureau.

³⁸Como já foi salientado no parecer do CESE sobre “Aplicar melhor a legislação comunitária” (CESE 1069/2005 de 28/9/2005), relator Joost Van Iersel, “Para uma legislação ser exequível deve ser suficientemente clara e, para ser eficaz, deve dar uma resposta apropriada a problemas específicos. As más legislações geram uma proliferação de leis e quantidades excessivas de regras cujo cumprimento sobrecarrega as empresas, para além de confundirem os cidadãos” (ponto 1.6).

³⁹Uma primeira abordagem a este método foi definida na Comunicação da Comissão sobre “Actualizar e simplificar o acervo comunitário” (COM(2003) 71 final), objecto do parecer do CESE 500/2004 de 31/3/2004, relator Daniel Retureau.

⁴⁰Cf. o relatório de informação sobre A situação da co-regulação e da auto-regulação no Mercado Único, adoptado pelo CESE em 10.2.2005, (CESE 1182/2004) relator B. Vever e o Parecer sobre as Prioridades do Mercado Único 2005-2010 (CESE 376/2007 de 7/4/2005, ponto 3 , relator Bryan Cassidy.

A PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR NOS
CONTRATOS DE
TRANSMISSÃO DE
DIREITOS DE UTILIZAÇÃO
PERÍODICA E TURÍSTICA
DE BENS,
DE AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE FÉRIAS DE LONGA
DURAÇÃO, DE REVENDA E DE TROCA:
O DL 275/93 ALTERADO PELO DL 37/2011

RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA
Advogado no Brasil e em Portugal
Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas
pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Assessor do CEDC – Centro de Estudos de Direito
do Consumo de Coimbra

EXCERTOS

“Todas as remissões a seguir feitas que não contiverem expressa indicação em contrário referem-se, portanto, à disciplina do DL 275/93, republicado pelo DL 37/2011, isto é, já com as alterações por este introduzidas”

“Com a entrada em vigor do DL 37/2011, o regime de exploração de bens sob os moldes do time-share, podendo ser perpétuo, deve obedecer a um prazo mínimo de duração de um ano, tanto para os direitos reais de habitação periódica quanto para os direitos de habitação turística”

“Na publicidade ou promoção dos direitos reais de habitação periódica e dos direitos de habitação turística, bem como nos contratos e documentos a estes respeitantes, não se pode usar, em relação aos titulares desses direitos, a palavra proprietário ou quaisquer outras expressões susceptíveis de criar nos adquirentes desses direitos a ideia de que serão comproprietários do empreendimento”

“O contrato de aquisição do direito de habitação turística pode estabelecer o pagamento de uma prestação periódica pelo titular ao proprietário ou ao cessionário da exploração do empreendimento”

“A contratação idealizada e posteriormente levada a cabo no âmbito de produtos turísticos de time-share precisa tornar-se bastante flexível, conferindo maior liberdade ao consumidor e implicando uma mais bem conseguida responsabilidade do profissional”

“Estamos diante de um direito real, passível de posse, nos termos do art. 1.251 do Código Civil, pelo que parece não haver, à primeira vista, nenhum impedimento quanto à aquisição por usucapião, consoante o disposto no art. 1.287 do citado diploma”

“As reparações decorrentes do uso normal correm por conta do proprietário e devem ser feitas de modo a minimizar o sacrifício de direitos dos titulares de direitos reais de habitação periódica”

“Ousamos discordar daqueles que consideram a proteção do consumidor, no que diz respeito aos contratos referentes ao time-share, como excessiva e geradora de obstruções ao bom funcionamento do mercado”

I PRELIMINARES

1. DO REGIME JURÍDICO DO DL 37/2011

O DL 37/2011 transpõe para o ordenamento interno português a Diretiva Europeia 2008/122/CE (atinentes à proteção do consumidor relativamente a certos aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca), alterando o DL 275/93¹.

Com as alterações, a disciplina jurídica referente a tais contratos é atualizada no plano do direito interno português, com o exposto intuito de aumentar a proteção dos consumidores e de contribuir para o bom funcionamento das empresas.

Todas as remissões que doravante se farão, se não contiverem expressa indicação em contrário, referem-se, pois, à disciplina do DL 275/93, republicado pelo DL 37/2011, isto é, já com as modificações por este introduzidas.

2. PROLIFERAÇÃO DE PRODUTOS: MODALIDADES PREVISTAS

As modalidades contratuais previstas no DL 275/93 resultam de longa evolução da transmissão de direitos de utilização periódica e turística de bens. Assim, a “nova” legislação serve para regular as seguintes modalidades contratuais:

(i) o contrato de transmissão do direito real de habitação periódica, que deve ter duração superior a um ano e por força do qual o consumidor adquire, a título oneroso, o *direito real* de utilizar uma ou mais unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos ou apartamentos turísticos, por mais do que um período de ocupação²;

(ii) os contratos de transmissão de direitos de habitação turística, dividindo-se entre:

(ii.a) os contratos de duração superior a um ano mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito de utilizar um ou mais alojamentos localizados em empreendimentos turísticos, por mais do que um período de ocupação, direito este que não configura um direito real de habitação periódica e

(ii.b) os contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, entendidos como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito a beneficiar-se de descontos ou outras vantagens relativas a alojamento em empreendimentos turísticos, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros,

nomeadamente contratos referentes a cartões e clubes de férias, cartões turísticos ou outros de natureza semelhante³;

(iii) o contrato de “troca”, por força do qual o consumidor adere, a título oneroso, a um sistema de troca que lhe permite ter acesso a um alojamento de pernoita ou a outros serviços, em troca de conceder a terceiros acesso temporário aos benefícios inerentes aos direitos decorrentes do seu contrato de utilização periódica de bens⁴ e

(iv) o contrato de revenda, por força do qual o profissional, a título oneroso, presta assistência ao consumidor na venda ou na compra de um produto de utilização periódica de bens ou de um produto de férias de longa duração⁵.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DAS FIGURAS

A natureza jurídica dos direitos de habitação periódica sobre bens turísticos, durante um limitado período de tempo de cada ano, proporcionando a diferentes titulares, cada qual a seu turno, um gozo exclusivo, periódico e cíclico, é assunto relativamente “novo”, de alta complexidade e com características bastante particulares, por vezes híbridas e de difícil demarcação, cuja caracterização “bebe” em diversas fontes, pondo em causa, não raramente, tradicionais princípios de direito, reclamando com frequência a intervenção intelectual dos interessados na “sobrevivência” – ou até na extinção – do *time-share* e dos contratos utilizados para a sua comercialização, reclamando, por fim, de maneira a nosso ver entusiasmante, a criatividade do estudioso que se debruça sobre a matéria.

Entretanto, por razões de tempo e espaço, não se nos afigura adequado explicitar, nesta sede, um completo panorama sobre as discussões que envolvem tal temática. Opta-se, em virtude destas limitações, por tratar da natureza *dos direitos* que são objeto dos contratos acima referidos, mantendo a tradicional distinção entre direitos reais e obrigacionais, inclusivamente quanto à habitação periódica, o que é amplamente admitido pelo legislador, pelos julgadores e por grande parte da doutrina portuguesa.

Assim, em termos muito sintéticos, poder-se-á dizer que, no caso dos direitos reais de habitação periódica, se está diante de um *direito real de gozo sobre coisa alheia*⁶, enquanto no dos direitos de habitação turística a natureza é a de *direitos de gozo não real sobre coisa alheia*⁷. Destas definições se infere: (i) que a transmissão da primeira das figuras descritas obedecerá essencialmente ao regime dos direitos reais, enquanto a segunda ao dos direitos de crédito, ressalvando-se que existe uma considerável extensão de regimes, prevista no

art.º 53, números 1 a 3 e (ii), que as figuras descritas – sejam elas de natureza real ou não – pressupõem a *coexistência* entre um direito de *gozo* (que será o do consumidor-adquirente) e um direito de *propriedade* (de outrem)⁸.

É conveniente diferenciar os direitos previstos no DL 275/93 do *direito de habitação* previsto no art.º 1.484, n.º 2, do Código Civil, já que este é pessoalíssimo (intransmissível, consoante o art.º 1.488 de tal diploma) e a fruição do bem é limitada à medida das necessidades do titular e de seus familiares. Os direitos reais de habitação periódica e os direitos de habitação turística, contrariamente, são transmissíveis e não possuem a aludida limitação⁹.

Ao consumidor resta a “liberdade reduzida” de comparar os preços e escolher o contrato que lhe seja mais favorável

Especificamente no que toca aos produtos de férias de longa duração, segundo a noção supra, afigura-se inquestionável que se trata de um direito que se tem como de crédito (ou seja, o direito de “receber vantagens” quanto a alojamento e outros serviços de viagens ou outros).

Em relação aos contratos de troca, ante o conceito enunciado, num primeiro contacto com a disciplina legal referente ao contrato e na ausência de um regime legal minimamente definido na legislação (salvo as remissões a seguir referidas), parece que, dependendo dos direitos objeto de permuta, o contrato poderia até ter, quanto aos seus efeitos, tanto natureza real como pessoal, consoante o direito de gozo conferido em troca de outro direito de gozo fosse também real ou pessoal. Entretanto, é preciso notar que não estamos diante de uma troca pura e simples, tradicionalmente incluída no rol dos *contratos de alienação*, no qual as partes elegem sem restrições aqueles com quem querem contratar e depois celebram o contrato, trocando um direito.

Ao que tudo indica, a adesão a um sistema de trocas inserida legalmente no DL 275/93 não é controlada pelos consumidores-aderentes, mas por um terceiro (que pode ser, segundo parece, até mesmo pessoa diversa da que lhes vendeu os direitos de utilização periódica de que são titulares). Portanto, ao menos em primeira linha, a impressão que fica é a de que os consumidores só poderão exercitar os direitos decorrentes do contrato sobre este terceiro “controlador” de cada relação de troca, o qual, como o inculca o caráter oneroso do contrato, receberá uma contraprestação pelos seus serviços. É justamente por causa desta dependência em relação a um terceiro que o direito do consumidor, em decorrência da adesão ao sistema de trocas, dificilmente

se coadunará com o caráter de um direito real, via de regra visto como um poder oponível *erga omnes* e exercitado diretamente sobre um determinado bem, sem a interveniência de terceiros.

Além disso, embora sustentadas por uma relação inicial que deve estabelecer as suas bases, tais relações de troca parecem ser definidas, em termos mais concretos, somente no decorrer da execução contratual. Dizemos isso levando em conta a experiência dos cartões turísticos (mais bem esclarecida a seguir) e as menções – conquanto escassas que o legislador europeu fez sobre o tema em análise na Diretiva 2008/122/CE.

Nesse âmbito, ao falar-se em necessidades de reservas prévias ou de um eventual pagamento, por parte do consumidor, para a conclusão de cada troca, parece-nos emergir claramente, no que toca à contratação sob comento, um caráter de indefinição que escapa aos moldes dos direitos reais.¹⁰

Por outras palavras, o que parece estar subjacente aos interesses das partes, no contrato de adesão a sistemas de trocas, não é a aquisição de um “*direito de troca*” fixo e imutável sobre um certo bem durante um determinado período da vida, antes o “*direito de ir trocando*” de local de férias.

Portanto, diante de razões subjetivas e objetivas, afigura-se que a natureza do direito emergente do contrato de troca, tal qual previsto no DL 275/93, aponta para a vertente dos direitos obrigacionais. Reservar-se-á, entretanto, para o futuro maiores desenvolvimentos, se a *praxis* propiciar o que a teoria ainda se não permitiu oferecer¹¹.

Enfim, no que respeita à revenda, o direito do consumidor a receber assistência, a título oneroso, por parte do profissional na venda ou na compra de um produto de utilização periódica de bens ou de um produto de férias de longa duração, também se afigura ser um direito pessoal, reconduzível subsidiariamente ao regime da mediação e da angariação imobiliárias.

II DO CONTRATO DA FORMAÇÃO E CELEBRAÇÃO

No que toca à formação dos contratos, especialmente diante do histórico de abusos verificados em Portugal quanto à transmissão de direitos de utilização de bens a tempo parcial¹², que revela que os operadores econômicos tentaram andar sempre à frente do legislador, contornando as restrições negociais legalmente impostas e desvirtuando os tradicionais requisitos dos contratos, temos como resultado, atualmente, um elevado nível de proteção do consumidor, a qual pode até ser compreendida como um certo “retorno ao formalismo”.

1. DOS REQUISITOS DE FUNDO

Passemos sem demora à análise dos requisitos de fundo. Optamos por abordar a matéria preponderantemente sob uma perspectiva comum em relação às distintas modalidades de contratos versadas no DL 275/93, discriminando apenas as eventuais peculiaridades que merecerem maiores explicitações.

1.1. DA CAPACIDADE

As condições de exploração do empreendimento no regime de direito real de habitação periódica vêm previstas no art.º 4.º do DL 275/93, juntamente com requisitos referentes ao objeto dos direitos. Com as devidas adaptações, situação análoga é verificada no que toca aos direitos de habitação turística, no art.º 46. No mais, as regras gerais de direito civil, com o auxílio de todo o regramento de proteção e defesa do consumidor, merecem ser observadas¹³.

1.2. DO CONSENTIMENTO

O espaço de formação do consentimento aparece fortemente diminuído nas contratações sob análise, diante de variados fatores: o caráter aliciante das ofertas turísticas, as práticas comerciais agressivas e desleais¹⁴, os telefonemas com ofertas de prêmios, inclusivamente para serem recebidos dentro de empreendimentos turísticos¹⁵, os convites para refeições e passeios de barco, as reuniões com oferta de *champagne* ou outros *cocktails*, seguidas de propostas negociais, a abordagem surpresa de consumidores desprevenidos, no meio da rua ou em centros comerciais¹⁶, sempre com ofertas “talhadas à medida” para que não exista ponderação sobre a oportunidade do negócio, tudo combinado com pressões variadas, com o oferecimento de crédito ao consumo¹⁷, com a confusão entre a verdade e a mentira, no que toca ao conteúdo negocial, entre outros métodos utilizados para que o consumidor contrate sem ter um completo discernimento sobre direitos e obrigações que decorrerão de uma operação contratual complexa¹⁸.

De fato, por conta de tais problemas, é conferido ao consumidor o direito de *se arrepender* do contrato, durante um determinado período de reflexão, *retratando-se* e tornando ineficaz o contrato, sem a necessidade de pagar quaisquer valores ou encargos ou de indicar quaisquer motivos. Tal direito, que recebe variada nomenclatura por parte dos juristas (revogação unilateral, arrependimento, desistência, retratação, resolução, “livre resolução”, rescisão, *right of withdrawal*, *diritto di recesso*, *Widerrufrecht*, *droit de retractation*...), será analisado com outra profundidade a seguir.

1.2.1. LIBERDADE

Para além do que já foi dito, é preciso recordar que a liberdade de contratar é restrita, na medida em que estamos diante de contratos formados por condições gerais preestabelecidas pelos operadores turísticos em geral (muitas vezes ligados a outros setores empresariais como o imobiliário ou as instituições financeiras), nunca pelos consumidores, aderentes e turistas. Diante disso, ao consumidor resta a “liberdade reduzida” de comparar os preços e escolher o contrato que lhe for mais favorável. Observe-se que a liberdade do predisponente no caso, o profissional tampouco é plena: deve obedecer a diversos requisitos de inclusão de condições gerais, bem como, em momento posterior, de controlo do conteúdo. O Regime das Cláusulas Contratuais Gerais (ou, com maior propriedade, das Condições Gerais dos Contratos), em Portugal, é o disposto no DL 446/85, de 25 de Outubro.

1.2.2. ESCLARECIMENTO

Quanto ao DL 275/93, chama-se a atenção, para além do que se referirá sobre os requisitos de forma, para a necessidade de um adequado esclarecimento do consumidor acerca do *preço do contrato*, que, a nosso ver, enquanto elemento nuclear da contratação, deveria ser reunido numa única cláusula, permitindo o cálculo prévio do valor devido pelo consumidor, a fim de que possa ser avaliada a equivalência entre as prestações contratuais, a oportunidade de celebrar ou não o negócio e ainda a possibilidade de cumprimento do contrato durante a sua fase de execução. Não é, entretanto, o que acontece na prática, pelo que, a nosso ver, o texto legal mereceria modificações.

Salientando-se que estamos diante de contratos que se formam, na sua generalidade, mediante a adesão do consumidor a cláusulas preestabelecidas pelo profissional, clama-se por uma justa aplicação dos preceitos que tratam da *comunicação e informação* nos “contratos de adesão”, sob pena de exclusão das cláusulas que, analisadas uma a uma, não forem conhecidas pelo consumidor-aderente¹⁹. Nesse sentido, é importante frisar que a entrega do contrato em si, bem como, num momento de avaliação sobre a oportunidade do negócio, dos documentos que presidem à formação contratual (a seguir analisados), é elemento fundamental para garantir não só o esclarecimento como a *inalterabilidade* do que foi contratado²⁰. A legibilidade e a vinculatividade são outras questões que vêm à tona quando se trata da necessidade de esclarecer os consumidores, sobretudo no que toca às condições gerais do contrato.

As menções obrigatórias são o alfa e o ômega deste elemento estruturante

do consentimento.

Em termos mais amplos, apela-se ao dever de boa-fé, princípio de direito contratual com múltiplas vertentes de atuação, em especial no que respeita à transparência, à confiança e à lealdade.

1.2.3. PONDERAÇÃO: O DIREITO DE “ARREPENDIMENTO” OU DESISTÊNCIA (O DIREITO DE “RETRATAÇÃO”)

A fim de garantir que o consentimento do consumidor reflita a sua vontade perfeita, livre, esclarecida e ponderada de contratar, diante dos problemas acima apontados, é conferido ao consumidor o direito de pôr termo ao contrato, consoante a sua livre vontade e sem a necessidade de efetuar quaisquer pagamentos, após determinado “período de ponderação”.

Este direito, que preferiríamos chamar “direito de revogação unilateral”²¹, a despeito de a doutrina consumerista (e um bom par de diretivas europeias) a designar como “direito de arrependimento, desistência” ou “direito de retratação”, acarreta, pois, a ineficácia superveniente do contrato, com efeitos retroativos²², sendo, como o sustenta a doutrina e as leis, em geral, o caracterizam, um direito *imotivável*, irrenunciável e *inindenizável*.

O seu regime vem previsto, em linhas gerais, no art.º 16, que se refere aos direitos reais de habitação periódica. Contudo, face às remissões constantes dos art.ºs 49 e 53, n.º 2, as regras abaixo descritas acabam por valer para as demais modalidades contratuais referidas ao longo do presente trabalho, ressalvando-se as peculiaridades que se explicitarão oportunamente em relação aos contratos-promessa para aquisição de direitos de utilização periódica e turística de bens e aos produtos de férias de longa duração.

1.2.3.1. REGRAS GERAIS

O prazo para o exercício de tal direito é o de 14 dias seguidos, a contar da data de celebração do contrato de transmissão do direito real de habitação periódica ou da data em que tal contrato é entregue ao consumidor ou ainda da data de entrega ao consumidor do formulário normalizado para o exercício do próprio direito de arrependimento ou desistência do contrato, consoante a data que for posterior²³.

Segundo o n.º 3 do art. 16, tal direito caduca: (i) no prazo de um ano e 14 dias seguidos a contar da data anteriormente mencionada, caso o vendedor não preencha e entregue ao consumidor o formulário de [retratação] do contrato (e a falta de entrega, nesse caso, acarretará a nulidade do contrato) ou (ii) no prazo de 94 dias seguidos, a contar do momento da assinatura

do contrato por ambas as partes, quando o mesmo não contenha elementos referidos no documento complementar previsto no art. 11, n. 2 (entre as quais estão incluídas informações essenciais para o esclarecimento do consumidor, como as que respeitam ao preço do contrato)²⁴.

Caso, nos prazos antes aludidos, o vendedor venha a fornecer ao consumidor os elementos em falta, então este passa a poder exercer, a partir de tal momento e durante prazo inicialmente previsto (acima referido), o direito de retratação do contrato²⁵.

Extinto o contrato de aquisição de direito real de habitação periódica, todos os contratos acessórios a este extinguem-se automaticamente, sem necessidade de pagamento de quaisquer encargos por parte do consumidor²⁶.

Clama-se por uma justa aplicação dos preceitos que tratam da comunicação e informação nos “contratos de adesão”

Assim, se o preço da aquisição do direito²⁷, sujeito ao regime da habitação periódica, for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo vendedor ou por arrendimento ou desistência anteriormente descrito, o contrato de crédito é extinto²⁸. Note-se que se, associado ao contrato de aquisição do direito real de habitação periódica, for celebrado um contrato de adesão a sistemas de troca, o prazo para o exercício do direito de desistência é o mesmo para ambos os

contratos, contado nos termos dos números 1 a 4 do art.º 16²⁹.

Como veremos a seguir, a declaração de arrendimento ou desistência deve ser comunicada ao vendedor em papel ou noutro suporte duradouro e *enviada* até ao termo dos prazos anteriormente referidos³⁰. O que conta, portanto, é o envio e não o recebimento.

1.2.3.2. NOS CONTRATOS-PROMESSA DE TRANSMISSÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PERIÓDICA

Nos contratos-promessa de aquisição de direitos reais de habitação periódica, o promitente-adquirente goza do direito de arrendimento ou desistência do contrato, contando-se o respectivo prazo da data de assinatura do contrato-promessa³¹. Se, na pendência deste prazo, for realizado o ato de constituição do direito real de habitação periódica, o prazo para o adquirente desse direito dar por findo o respectivo contrato de aquisição conta-se igualmente a partir da data da assinatura do contrato-promessa³².

1.2.3.3. NOS CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE FÉRIAS DE LONGA DURAÇÃO

Como se esboçou noutro passo, convém ainda aclarar que o direito de “arrependimento”, desistência ou de “retratação” adquire algumas particularidades no que respeita ao contrato de aquisição de produtos de férias de longa duração, especialmente em decorrência do que dispõe o art. 50-A³³.

Como estes contratos devem ter a duração mínima de um ano e o pagamento das prestações acordadas através do calendário de pagamentos escalonados de preço é também anual (a ser feito após um pedido de pagamento que deve ser realizado pelo menos 14 dias seguidos antes do vencimento de cada prestação), é curioso notar que o direito só pode ser exercido – atente-se – *a partir do pagamento da segunda prestação*³⁴. Na prática, equivale isto por dizer que só 14 dias antes de ser completado o terceiro ano de execução contratual é que poderá ter lugar o aludido direito de retratação.

De acordo com a proteção do consumidor, melhor seria, a nosso ver, que a partir do *pedido de pagamento* da segunda prestação (não do pagamento em si) o contrato pudesse ser objeto de desistência, pois durante o primeiro ano de vigência contratual o consumidor certamente terá condições de refletir – e aqui está o direito de *ponderação* sobre a oportunidade de dar ou não “o dito por não dito”. Assim, da nossa parte, temos dificuldade em compreender por que motivos o direito de retratação dos contratos, fundado como está numa falta de consentimento *refletido* ou *ponderado* que resulta em contratações que não teriam sido celebradas de outro modo, somente possa ser exercido “depois de anos” de execução contratual, quando se trate de produtos de férias de longa duração, sobretudo se há notícia de abusos relacionados com o assunto³⁵.

1.3. DO OBJETO

Os objetos dos direitos de utilização periódica e turística de bens sobre que versa o DL 275/93 são de uma maneira geral classificados como unidades de alojamento integradas em empreendimentos turísticos³⁶. Entretanto, no caso dos direitos reais de habitação periódica, tais unidades devem estar localizadas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos, os quais representam apenas uma parte das tipologias de empreendimentos turísticos existentes³⁷. Requisitos adicionais são descritos ao longo dos art.ºs 4.º e 46 do DL 275/93³⁸.

O objeto dos produtos de férias de longa duração, bem como o da adesão

a sistemas de troca, parece ser, *essencialmente*, o alojamento, sobre o qual incidem, respectivamente, vantagens ou o acesso decorrente da troca. No primeiro caso, todavia, o objeto pode ainda ser composto por serviços de viagens ou outros. De todo o modo, este é um objeto que se apresenta um tanto quanto “aberto” ou “incompleto”, correndo até o risco de ser “vago” e, como tal, prejudicial ao consumidor: não incidindo sobre uma unidade de alojamento específica (consoante as noções acima referidas), é preciso ter atenção porque a efetivação das prestações é variável – *renovável* no decorrer do tempo (assim, os descontos variam, os locais de férias mudam, etc.), dependendo de ulteriores relações entre os contratantes (com informações sobre a disponibilidade do alojamento ou sobre a necessidade de “reservas”, por exemplo), motivo pelo qual tais contratos aproximam-se da figura do “contrato-quadro” ou, mais recentemente, dos *relational contracts*³⁹.

Finalmente, o objeto da revenda parece ser a transmissão onerosa do bem, devendo esse serviço ser prestado pelo profissional mediante remuneração e em moldes reconduzíveis subsidiariamente aos da mediação imobiliária.

1.4. DA CAUSA

De maneira sintética, com alguma liberdade (mesmo porque o tema da causa contratual muitas vezes aparece como um “buraco sem fundo” jurídico, sob o qual não nos podemos aventurar no presente estudo), diríamos que os produtos de utilização periódica e turística de bens fundam-se na ideia de aproveitamento econômico de certos bens consoante a função social que representam. Tal aproveitamento manifesta-se sobretudo no setor do turismo e, a nosso ver, materializa-se na *correspondência* entre a *titularidade* do direito e a *efetividade* do gozo de um bem⁴⁰.

Apesar de muitas vezes tais ideias terem tomado rumos bastante criticáveis (quando a ânsia de lucro dos alienantes só encontrava medida de comparação na ingenuidade dos adquirentes), conquanto os produtos de férias se tenham alterado com o decorrer dos anos (com a troca representando um fator atrativo adicional para os adquirentes e com a revenda voltando a estimular as transmissões, pois os preços acabavam por ficar mais baratos), mesmo após as soluções legislativas encontradas para contornar os abusos verificados (onde podemos incluir o texto do decreto-lei sob análise), apesar de tudo, parece-nos que o fundamento acima referido, encontrado na concepção original do *time-share*, continua a ser a sua causa. Ou pelo menos deveria continuar a ser...⁴¹

2. DOS REQUISITOS DE FORMA

Como se esboçou *supra*, verifica-se hoje, em relação à transmissão dos direitos de utilização a tempo parcial de bens turísticos, uma espécie de “retorno ao formalismo” difícil de encontrar nos regimes que disciplinam outras relações de consumo, segundo a nossa breve experiência. De fato, existindo um imenso número de exigências legais relacionadas com o assunto em epígrafe, procuraremos centrar as nossas atenções naquelas que respeitam à proteção do consumidor, especialmente no que concerne às novidades trazidas pela entrada em vigor do DL 37/2011.

2.1. CONSTITUIÇÃO

Quanto aos direitos reais de habitação periódica, o alienante inicial proprietário das unidades de alojamento sobre as quais incidem tais direitos – deve obedecer ao disposto nos art.ºs. 5.º e 6.º do DL 275/93, os quais tratam, respectivamente, da declaração de comunicação prévia (pela qual se comunica ao Turismo de Portugal, I.P. a intenção de constituir os aludidos direitos) e da própria constituição do direito real de habitação periódica, que é feita por escritura pública ou – uma novidade trazida pelo DL 37/2011 – por documento particular autenticado. Depois de registrado o título de constituição do direito real de habitação periódica, pode ser emitido o certificado predial, o qual é utilizado para a transferência e oneração de tais direitos⁴².

Por sua vez, os requisitos para a constituição de direitos de habitação turística vêm previstos no art.º 46, o qual se reporta, no que toca à comunicação prévia, ao modelo acima descrito, ressalvando a necessidade de adaptações.

Ressalte-se que, com a entrada em vigor do DL 37/2011, o regime de exploração de bens sob os moldes do *time-share*, podendo ser perpétuo, deve obedecer a um *prazo mínimo de duração* de um ano, tanto para os direitos reais de habitação periódica quanto para os direitos de habitação turística⁴³.

2.2. INFORMAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

Em termos gerais, convém destacar os deveres de informação pré-contratual que impendem sobre o alienante e protegem o consumidor. Alguns dos deveres são trazidos com a entrada em vigor do DL 37/2011.

Há necessidade de ser entregue gratuitamente ao potencial consumidor, antes que possa ficar vinculado por qualquer contrato ou contrato-promessa, um *formulário normalizado de informações*, o qual contém um vasto rol informativo sobre o negócio jurídico a ser celebrado⁴⁴. A obrigação de entrega deste documento ao consumidor vem prevista no art.º 9.º, no que toca aos

contratos de transmissão do direito real de habitação periódica, de adesão a sistemas de trocas e de revenda (por força da remissão do art.º 53, n.º 2), bem como pelo art.º 47-A, no que respeita aos direitos de habitação turística.

As informações pré-contratuais que devem constar do formulário normalizado – a ser aprovado por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas do turismo, da defesa do consumidor e da justiça, consoante o art.º 9.º, n.º 7 respeitam a aspectos fulcrais da contratação, como:

(i) a identificação das pessoas com quem o consumidor contrata, isto é, do proprietário da unidade de alojamento e do vendedor, bem como do empreendimento turístico onde está localizada tal unidade;

(ii) a natureza, o conteúdo e o período de exercício do direito objeto do contrato⁴⁵, especificando-se as condições em que tal direito pode ser exercido e indicando-se claramente as eventuais restrições incidentes sobre a possibilidade de ocupação do alojamento;

(iii) o preço a pagar pela aquisição (incluindo a descrição exata de quaisquer custos adicionais obrigatórios decorrentes do contrato), pelo pagamento de encargos periódicos, contribuições especiais ou taxas eventualmente existentes (incluindo-se os respectivos critérios de fixação e atualização) e até pelos serviços colocados à disposição do consumidor que não estejam incluídos no preço pago pela aquisição do direito⁴⁶;

(iv) a descrição dos serviços disponibilizados ao titular, especificando-se, no que toca ao seu fornecimento e à utilização de instalações e equipamentos de uso comum, o que está ou não está incluído no contrato (com a descrição pormenorizada dos bens e utensílios que compõem a unidade de alojamento) e sobre o que o consumidor tem ou não direito, em virtude do preço pago;

(v) a existência e os custos da adesão a um sistema de trocas de direitos;

(vi) a existência, os prazos e o modo de comunicação ao destinatário do direito de arrependimento ou desistência, que é um direito irrenunciável do consumidor nos contratos sob análise⁴⁷;

(vii) a proibição de quaisquer pagamentos antecipados antes de decorrido o prazo do exercício do direito de arrependimento ou desistência do contrato⁴⁸;

(viii) a lei aplicável em caso de litígio (que pode ser diferente da lei do Estado em que o consumidor reside ou tem o seu domicílio habitual)⁴⁹;

(ix) a indicação da forma de exploração e administração do empreendimento e dos mecanismos existentes para a participação do consumidor na tomada de decisões referentes a tal administração, notadamente quanto à manutenção e

reparação dos imóveis⁵⁰.

É importante salientar que as informações pré-contratuais antes referidas devem ser redigidas na *língua* ou numa das línguas do Estado de residência ou nacionalidade do consumidor, à sua escolha, desde que se trate de uma das línguas oficiais da União Europeia, consoante o art.º 9.º, n. 6, e 47, n. 6.

Entretanto, esse intuito de proteção do consumidor, especialmente voltado para a defesa dos interesses dos estrangeiros e turistas, parece prejudicado quando lemos o disposto no mesmo art. 9º, mas na alínea g) do n. 3, bem como no art. 47-A, n. 3, d), segundo o qual deve constar do formulário de informações pré-contratuais antes referido a indicação da língua ou línguas utilizadas entre o titular do direito e o proprietário ou

O regime de exploração de bens sob os moldes do time-share, podendo ser perpétuo, deve obedecer a um prazo mínimo de duração de um ano

administrador do empreendimento *no âmbito do contrato*, incluindo as questões relacionadas com a indicação de custos, com o tratamento de pedidos de informação ou apresentação de reclamações⁵¹.

A língua é elemento central de cognoscibilidade e da inteligibilidade do conteúdo contratual e, para garantir uma boa execução do contrato, o mais recomendável seria, em relação a tais questões, que a mesma língua valesse para os períodos pré-contratual, contratual e mesmo pós-contratual, apelando-se, de maneira geral, ao princípio da boa-fé para resolver o problema⁵².

É interessante ressaltar que as alterações às informações pré-contratuais devem ser comunicadas ao adquirente antes da celebração do contrato, o qual deverá fazer referência expressa a tais alterações, que apenas podem resultar de circunstâncias alheias à vontade do vendedor, salvo acordo expresso entre as partes⁵³.

Nas transmissões de direitos reais de habitação periódica, além do *formulário normalizado de informações pré-contratuais* antes referido, o vendedor deve entregar ao consumidor um *documento complementar* (conforme o disposto no art.º 13), bem como um “*formulário de [arrepentimento ou desistência]*” para exercício do correspondente direito. A falta de entrega do documento complementar ou do formulário de desistência acarreta a *nullidade* do negócio jurídico celebrado, depois de ultrapassados os prazos do art.º 16 (antes mencionados).

O direito de arrependimento ou de desistência do contrato é tão importante para manter a ponderação dos interesses em presença que o

legislador optou por consagrar, no art.º 13-A do DL 275/93, um *dever especial de informação*, o qual obriga o vendedor a informar o adquirente de que (i) dispõe de um prazo de 14 dias seguidos para desistir do contrato e (ii) que se encontra vedado o pagamento de quaisquer quantias durante tal prazo. A prova do cumprimento de tal obrigação informativa é uma incumbência do vendedor.

Abra-se, entretanto, um parêntesis para lembrar que a Diretiva 2008/122/CE:

(i) no seu art. 9º, proíbe o pagamento de qualquer contrapartida ao profissional ou a um terceiro, por parte do consumidor, *enquanto durar o direito de retratação do contrato*, sendo portanto mais favorável ao consumidor do que o art.º 14 do DL 275/93, o qual merece ser revisto neste particular e

(ii) no seu art. 5º, n. 4, exige que, antes da celebração do contrato, o profissional alerte expressamente o consumidor para a existência do direito de retratação e para a duração do respectivo prazo previsto no artigo 6.º, bem como para a proibição de pagamentos de sinal durante esse período (por força do artigo 9.º), sendo que as cláusulas contratuais correspondentes a tais “alertas” são *assinadas separadamente* pelo consumidor, o que se nos afigura como mais favorável à sua proteção na medida em que reforça indubitavelmente mais o seu consentimento do que o disposto no art. 275/93 (que deveria ser revisto também neste particular).

2.3. PUBLICIDADE, COMERCIALIZAÇÃO E PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE CERTOS TERMOS

Há que referir brevemente os deveres relacionados com a *publicidade e a comercialização* dos direitos reais de habitação periódica, dos direitos de habitação turística, da revenda e da troca⁵⁴:

(i) toda a publicidade ou promoção relativa à comercialização de tais direitos deve referir expressamente o local onde é possível ter acesso gratuito ao formulário de informações pré-contratuais anteriormente analisado⁵⁵;

(ii) tal publicidade, respeitante à venda e comercialização dos direitos, não pode apresentar a sua aquisição como forma de investimento financeiro⁵⁶;

(iii) os direitos só podem ser publicitados e comercializados depois de realizado o processo de comunicação prévia com prazo previsto no art. 5º⁵⁷;

(iii) se o contrato é proposto pessoalmente a um consumidor numa promoção ou num evento de vendas, o profissional deve mencionar claramente a natureza do evento, bem como o seu carácter comercial⁵⁸; e

(iv) a atividade de promoção e comercialização dos direitos sob comento

só pode ser desenvolvida em instalações do proprietário, do cessionário da exploração do empreendimento turístico ou ainda do mediador⁵⁹.

É preciso recordar ainda que, na publicidade ou promoção dos direitos reais de habitação periódica e dos direitos de habitação turística, bem como nos contratos e documentos a estes respeitantes, não se pode usar, em relação aos titulares desses direitos, a palavra *proprietário* ou quaisquer outras expressões susceptíveis de criar nos adquirentes desses direitos a ideia de que serão proprietários do empreendimento⁶⁰.

2.4. CONTRATOS-PROMESSA

No que toca ao contrato-promessa de transmissão dos direitos reais de habitação periódica, destacam-se entre os requisitos de forma: **(i)** o contrato-promessa deve ser reduzido a escrito⁶¹; **(ii)** o vendedor deve entregar duas traduções do contrato-promessa ao adquirente, sendo a primeira na ou numa das línguas do Estado-membro em que este resida ou do qual é nacional, conforme a preferência do adquirente (desde que se trate de uma das línguas da União Europeia) e a segunda na língua do Estado em que se situe o imóvel⁶²; e **(iii)** deve constar, no espaço imediatamente anterior ao reservado para as assinaturas, a informação de que o adquirente pode desistir ou arrepender-se do contrato, nos termos antes descritos, frisando-se que deve haver entrega do formulário normalizado para o exercício deste direito⁶³. Observe-se ainda que é nula a convenção que faça depender a celebração do contrato prometido da alienação de direitos reais de habitação periódica sobre as restantes unidades de alojamento⁶⁴.

Uma análise mais pormenorizada do tema recomenda a leitura da extensa lista de elementos que devem constar do contrato, consoante o art.º 18, o qual remete para diversos outros dispositivos do DL 275/93.

2.5. CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

Passando a analisar a celebração dos contratos, é possível verificar uma enorme quantidade de requisitos de forma, os quais acrescem aos já estudados requisitos de informação pré-contratual, com o fito de assegurar os direitos dos consumidores.

2.5.1. NA TRANSMISSÃO DOS DIREITOS REAIS DE HABITAÇÃO PERIÓDICA

Inicialmente, convém recordar que para cada direito real de habitação periódica é emitido, pela Conservatória do Registro Predial competente, um *certificado predial* que titula o direito, legitimando a sua transferência e

oneração. Uma novidade trazida pelo art.º 10.º, n.º 1, é a de que, juntamente com tal certificado, é entregue ao titular do direito real registrado um *código de acesso à certidão permanente do registro predial*.

Registre-se que consta do certificado predial um vasto rol de elementos, previstos no art. 11 do DL 275/93, com relevo para os relacionados com a constituição do direito real de habitação periódica, a identificação de partes, a capacidade de alojamento da unidade, o respectivo período de utilização e os ônus ou encargos existentes.

O certificado deve ainda mencionar a existência de um *documento complementar* que contenha os seguintes elementos: a menção às informações – com exata correspondência – referentes ao art.º 9.º, n.ºs 2 e 3 (antes analisadas quando tratamos do formulário normalizado de informações pré-contratuais); o valor relativo do direito; a indicação de que a aquisição não acarreta quaisquer despesas ao consumidor para além do estipulado no contrato; a declaração do proprietário do empreendimento turístico no sentido de atestar que este foi

As informações pré-contratuais antes referidas devem ser redigidas na língua ou numa das línguas do Estado de residência ou nacionalidade do consumidor

ou será construído de acordo com os requisitos do regime de instalação, exploração e funcionamento de tais empreendimentos⁶⁵; a identificação do explorador e do administrador do empreendimento e a indicação das garantias – duas cauções diversas prestadas para cumprir o disposto nos arts. 15 e 31.

O certificado predial, portanto, é complementado pelo documento que contém as informações acima referidas. O documento complementar deve ser assinado pelo adquirente, que declarará ter compreendido o seu teor⁶⁶.

Lembre-se, por importante, que a falta de entrega de tal documento pode acarretar a *nulidade* do contrato nos termos do 13, n. 3.

Tanto o certificado predial como o documento complementar devem estar redigidos de maneira compreensível, em português, sendo que duas traduções deverão ser entregues ao consumidor: uma na língua ou numa das línguas do Estado-membro onde este resida ou do qual seja nacional, desde que seja uma das línguas da União Europeia, acompanhada de outra, referente à língua do Estado em que se situe o bem⁶⁷.

No espaço do certificado predial imediatamente reservado às assinaturas devem constar três menções: uma relativa à existência do direito de retratação do contrato, aduzindo-se que o certificado predial deve incluir o formulário

normalizado para o exercício de tal direito; outra sobre a proibição de quaisquer pagamentos antecipados direta ou indiretamente relacionados com o negócio jurídico a celebrar e uma terceira sobre o recebimento das traduções acima mencionadas (respeitantes não só ao certificado como ao documento complementar, saliente-se)⁶⁸.

A oneração ou transmissão por atos *entre vivos* de direitos reais de habitação periódica faz-se mediante declaração das partes no certificado predial, com reconhecimento presencial das assinaturas do constituinte do ônus ou do alienante, respectivamente, estando sujeita a registro nos termos gerais⁶⁹. Se a transmissão for a título oneroso, deve ser indicado o valor⁷⁰. Existe ainda a possibilidade de *transmissão por morte* dos direitos reais de habitação periódica, a qual está sujeita a inscrição no certificado predial, devendo a assinatura do sucessor ser reconhecida presencialmente, após a exibição ao notário do documento comprovativo desta qualidade⁷¹.

2.5.2. NA TRANSMISSÃO DOS DIREITOS DE HABITAÇÃO TURÍSTICA

Passando à análise das formalidades exigidas para a celebração do contrato de transmissão dos direitos de habitação turística, previstas no art. 48 (cuja leitura é recomendável para quem deseja uma completa visão sobre os requisitos contratuais de forma hoje vigentes), podemos destacar o seguinte:

(i) o contrato é celebrado por escrito, devendo ser entregue pelo vendedor ao adquirente em papel ou noutra suporte duradouro;

(ii) como referido acima, além do contrato redigido na língua do Estado em que se situe o imóvel, deve ser entregue uma tradução do contrato ao consumidor⁷²;

(iii) na área imediatamente anterior à reservada à assinatura do contrato ou contrato promessa, exigem-se as três menções antes explicitadas quanto ao certificado predial (isto é, sobre a possibilidade de exercício do direito de retratação do contrato, sobre a proibição de pagamentos antecipados e sobre o recebimento da tradução do contrato)⁷³;

(iv) deve haver menção aos elementos constantes da comunicação prévia apresentada ao Turismo de Portugal, I.P., respeitantes às identificações do empreendimento, do período de utilização da unidade de alojamento, dos direitos e deveres do titular do direito e do proprietário do empreendimento etc.;

(v) deve constar a indicação de que a aquisição do direito não acarreta quaisquer despesas, encargos ou obrigações para além dos estipulados no contrato;

(vi) no mesmo sentido, deve indicar-se que foram prestadas as cauções a que se refere o art. 52;

(vii) deve haver ainda a indicação explícita de que o direito a que se refere o contrato “não constitui um direito real” e

(viii) deve haver menção e correspondência total entre os elementos do contrato e os do formulário normalizado de informações pré-contratuais (acima analisado ao pormenor), no que respeita aos números 2 e 3 do art. 47-A.

Finalmente, é importante notar que o contrato de aquisição do direito de habitação turística *pode* estabelecer o pagamento de uma prestação periódica pelo titular ao proprietário ou ao cessionário da exploração do empreendimento, não podendo ser convencionado o pagamento antecipado de prestações periódicas respeitantes a anos subsequentes⁷⁴.

2.5.3. NOS PRODUTOS DE FÉRIAS DE LONGA DURAÇÃO

No que respeita à aquisição de produtos de férias de longa duração, convém referir, consoante dispõe o art.º 50-A, que o pagamento, mesmo em relação a eventuais “cotas de membros”, é feito através de um “calendário de pagamento escalonados”, em que as prestações são *anuais e todas do mesmo valor*. São proibidos os pagamentos que não estejam de acordo com tal calendário de pagamentos escalonados.

2.5.4. NA REVENDA E NA TROCA

Infelizmente, o DL 275/93 não estabelece, como faz para os outros contratos antes descritos, um regime legal para os contratos de revenda e de troca de direitos reais de habitação periódica e de direitos de habitação turística. Portanto, resta-nos: (i) com base na extensão de regimes prevista no art. 53, números 2 e 3, remeter para o que foi dito antes em relação aos outros contratos, na medida em que puderem ser aplicados à revenda e à troca⁷⁵, além de, no caso especial da revenda, recordar que o DL 275/93 admite a aplicação subsidiária do DL 211/2004 (que trata da mediação e da angariação imobiliárias)⁷⁶; (ii) aguardar a aprovação do modelo de “formulário normalizado de informações” referentes à revenda e à troca, pois face à necessidade de correspondência entre tais informações e o conteúdo do contrato, é possível que o regime da celebração dos contratos em referência mereça mais alguns comentários⁷⁷.

2.6. O DOCUMENTO PARTICULAR

Note-se que, consoante explicitado acima, os direitos de habitação

periódica, antes constituíveis apenas por escritura pública, passam agora a poder ser constituídos por *documento particular autenticado*⁷⁸.

2.7. O SUPORTE DURADOURO

Outras novidades vêm previstas nos art.ºs 9.º, n.º 1, e 47-A, n.º 1, segundo os quais o formulário normalizado de informações pré-contratuais deve ser entregue ao potencial adquirente de direitos em papel *ou noutro suporte duradouro* que lhe seja de fácil acesso. No mesmo sentido, o art. 16, n. 2, inova ao estabelecer que a “declaração de [retratação]” deve ser comunicada ao vendedor em papel *ou noutro suporte duradouro*. O art. 48, n. 1, aparece igualmente renovado ao dispor que o contrato de transmissão de direitos de habitação turística, celebrado por escrito, deve ser entregue pelo vendedor ao adquirente em papel *ou através de suporte duradouro*. Finalmente, para que seja feito o pagamento anual por parte do consumidor de um produto de férias de longa duração, o vendedor deve enviar-lhe um pedido de pagamento por escrito, em papel *ou noutro suporte duradouro*, pelo menos 14 dias seguidos antes da data de vencimento de cada prestação.

Sobre o tema, não é preciso lembrar, pois o fato é por demais conhecido de todos, que o comércio eletrônico é uma realidade inafastável dos nossos tempos e que a sua utilização tende a aumentar no futuro, sobretudo devido às vantagens de rapidez na troca de informações que a *internet* permite, quando os inerentes custos nomeadamente pelo caráter de alta tecnologia que demandam são corretamente administrados. Verifica-se, em consequência, uma tendência mundial em liberalizar essa atividade, consagrando-se a equivalência dos meios operativos do comércio eletrônico em relação aos suportes tradicionalmente usados na celebração de transações comerciais, como é o caso do papel. É nesta esteira que surgem as alterações acima descritas, embora o DL 275/93 não forneça a definição do que seja, no seu âmbito de aplicação, “suporte duradouro”.

Não podemos esquecer que a proteção dos consumidores é um objetivo fundamental da legislação sob análise (consequência de um histórico de abusos contra este grupo verificados), pelo que se impõe a facilidade, por parte das pessoas que pensem em adquirir e que efetivamente adquiram os direitos referidos no DL 275/93, de acesso e conhecimento dos suportes informativos, bem como a garantia de que poderão guiar as suas condutas contratuais sempre com base no mesmo documento, de tal modo que os benefícios do avanço tecnológico não sirvam para acentuar as disparidades na contratação. O intuito de facilitar as transações comerciais não pode

prejudicar a cognoscibilidade, a acessibilidade e também a inalterabilidade das informações que a elas se referem.

Diante do exposto, atentos aos deveres de comunicação e informação bem como de boa-fé nos contratos de adesão (como são os que tratamos no presente estudo), a fim de permitir a cognoscibilidade do consumidor-aderente sobre o conteúdo pré-contratual, contratual e mesmo num momento de pós-contrato (analisando-o “cláusula por cláusula”, informação por informação), pugnando por um maior esclarecimento do povo em relação à contratação eletrônica, temos que o suporte durável pode ser entendido como aquele susceptível de representação com declaração escrita, fidedigna, cognoscível, compreensível, inteligível, legível, inserida em contexto inequívoco e claro quanto à sua *vinculatividade*, além de passível de conservação (sem alterações).

2.8. EFEITOS EM CASO DE INOBSERVÂNCIA DA FORMA

A inobservância dos requisitos de forma, no que respeita aos direitos dos consumidores e às responsabilidades dos vendedores em relação à transmissão e oneração dos direitos reais de habitação periódica, previstos da Secção IV do DL 275/93, gera a *nulidade* da convenção que de alguma forma os exclua ou limite. Esta é a solução encontrada pelo art. 20 do DL 275/93, aplicável também, com as devidas adaptações, à transmissão dos direitos de habitação turística, por força da extensão de regimes prevista no art. 53, n. 1.

Em bom rigor, levando-se em conta que o próprio Código Civil, no seu art. 220, comina com nulidade a declaração negocial que careça da forma legalmente prescrita, não seria mesmo de admitir que uma regra de direito do consumidor fosse mais desfavorável àquele que justamente visa proteger do que o regramento civil, voltado para regular as relações entre “iguais”.

Estranha-se, contudo, que o n. 2 do mesmo art. 53 não estenda a regra do aludido art. 20 também aos contratos de revenda e de troca, contrariando o teor do art. 12, n.º 1, da Diretiva 2008/122/CE, que determina o caráter imperativo dos direitos ali conferidos ao consumidor. Do confronto entre os normativos europeu e português, pelo menos com base no teor literal das normas, parece-nos que, no plano interno, no que respeita aos contratos de revenda e de troca, as partes podem convencionar adiantamentos de pagamento, o que está expressamente vedado no âmbito europeu pelo art. 9.º, números 1 e 2, da referida diretiva⁷⁹.

Vale a pena notar que a entrada em vigor na “nova” legislação do *time-share* acabou por corrigir algumas falhas existentes no regramento que lhe precedeu. É o caso da falta de entrega do formulário normalizado para que o

consumidor declare a ineficácia do contrato. A partir da entrada em vigor do DL 37/2011, esta incorreção da conduta negocial do profissional não gerará a *anulabilidade* (que após o decurso de um determinado período de tempo não poderia ser invocada pelo consumidor), mas acarretará a *nulidade* do negócio. É o que resulta do disposto no art. 13, n. 3, antes referido.

Trata-se a nosso ver de notável vitória para a defesa dos consumidores: se este não era – como de fato ocorria com frequência informado sobre a possibilidade de exercer o seu direito de revogação unilateral do contrato, então como poderia fazê-lo? Agora, sancionando-se a desleal atuação dos profissionais com a nulidade, caminha-se no sentido de assegurar que o consentimento contratual reflita a vontade do consumidor: se o contrato estiver a valer somente porque não houve possibilidade de exercício do direito de desistência ou arrependimento, contra a vontade do consumidor, não pode haver melhor solução do que a nulidade, a qual poderá ser declarada a todo o tempo.

Convém recordar, entretanto, que os contratos analisados no presente estudo são formados por adesão, pelo que serão “excluídas” dos contratos singulares as cláusulas: **(i)** que não tenham sido comunicadas ou informadas nos moldes dos arts. 5º e 6º do DL 446/85; **(ii)** que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as preceda ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; e **(iii)** inseridas em formulários depois da assinatura de alguns dos contratantes⁸⁰.

Dito isto, aduza-se que haverá hipóteses em que o contrato poderá ser aproveitado, caso a nulidade de uma cláusula ou convenção não afete a possibilidade de cumprimento das demais, consoante as regras da redução contratual⁸¹. Se após a exclusão do conteúdo declarado nulo o contrato puder subsistir, então poderá ser reduzido e cumprido em conformidade com a parte remanescente da contratação.

Uma última nota breve a ser feita diz respeito à boa-fé enquanto princípio fundamental a observar nos contratos. Claro está que a sua violação também é capaz de gerar a nulidade do contrato⁸².

III DAS MODIFICAÇÕES DO CONTRATO

1. GENERALIDADES

A contratação referente ao *time-share* foi considerada, há não muito tempo, como “pós-moderna” por excelência⁸³. Sem querer passar a uma análise sociológica ou até filosófica do direito nesta sede, convém lembrar que uma das principais características de uma tal pós-modernidade – à falta de melhor nomenclatura – é a substituição do trabalho físico e repetitivo pelo intelectual e criativo. Nesta medida, os direitos referentes ao *time-share* de fato apresentam características que nos permitem inseri-los como representantes de uma “mudança de épocas”. Para não alongar muito a discussão, basta

A oneração ou transmissão por actos entre vivos de direitos reais de habitação periódica faz-se mediante declaração das partes no certificado predial

recordar que a sua causa apresenta vantagens a todos os envolvidos na contratação e que estas decorrem justamente da divisão dos bens a que cada titular tem direito não só em frações de espaço, mas simultaneamente em frações de tempo, ideia bastante inovadora que entretanto carregou – e de fato ainda carrega – consigo intrincados problemas técnico-jurídicos.

Saliente-se ainda que o próprio carácter turístico das figuras que a partir daí passaram a ser desenvolvidas – pensemos na adesão a sistema de trocas de direitos de utilização de unidades hoteleiras localizadas em diferentes lugares do mundo, todos eles de rara beleza – aponta para um estímulo à *criatividade* através das mudanças que o turismo oferece, por razões diversas. Assim, seria absurdo – ou mais precisamente contraditório, sob o ponto de vista do potencial que os produtos turísticos sob análise podem oferecer – que os contratos celebrados para a sua efetivação não admitissem amplamente as *mudanças*: se bem vistas as coisas, as mudanças estão justamente na base de toda a expansão das figuras abordadas no presente estudo.

Mais uma vez, não podemos aqui tecer grandes comentários sobre temas variados, mas é hoje patente a verificação, diante de diversos fatores (sobretudo de ordem empresarial), de uma tendência dos profissionais em estimularem que os contratos de execução duradoura, a serem celebrados com os consumidores, tendam à perpetuidade, dificultando-se a libertação destes do vínculo contratual. Neste sentido, não é segredo para ninguém que a duração dos contratos de *time-share* foi “programada” para ser perpétua: até

hoje a perpetuidade mantém-se como “regra”.

Todavia, com a evolução da figura, os seus prazos mínimos de duração se foram tornando cada vez mais curtos. Em Portugal, se antes eram de três e quinze anos, respectivamente para os direitos reais de habitação periódica e para os direitos de habitação turística, agora passam a ser de apenas um ano para ambos os direitos. Isso reflete, na nossa opinião, não somente que a “regra” da perpetuidade pode ter sido um erro (quando foram praticados abusos e violações contra os direitos dos consumidores e turistas, os quais se viam obrigados a pagar por um contrato que muitas das vezes não lhes oferecia qualquer vantagem), como também – até mesmo em consequência do que foi dito – a necessidade de maior flexibilização em relação às mudanças⁸⁴.

Enfim, com este intróito talvez por demais alongado, o que pretendemos demonstrar é que a contratação idealizada e posteriormente levada a cabo no âmbito de produtos turísticos de *time-share* precisa tornar-se bastante flexível, conferindo maior liberdade ao consumidor e implicando uma mais bem conseguida responsabilidade do profissional (que não deve frustrar as legítimas expectativas das pessoas com quem contrata), mesmo que para tanto tenha de ser incentivada uma “renegociação” advertida e “combinada” desde o momento pré-contratual, pelo menos quanto às suas bases. Pensando que é possível levar a cabo esta ideia, acreditamos que o *time-share* poderá continuar a figurar entre as “excelências da pós-modernidade”.

2. DAS MODIFICAÇÕES SUBJETIVAS

A seguir procuraremos expor os casos em que os sujeitos contratuais são alterados no decorrer do contrato. Nalguns casos há realmente uma mudança da titularidade do direito e poder-se-á, a nosso ver, falar com mais propriedade em modificação subjetiva. Noutras hipóteses a mudança será temporária e/ou restrita ao exercício de certas faculdades do titular. Mesmo nestes casos mais “limitados”, encontramos algumas situações que merecem menção.

Primeiramente, em relação aos direitos reais de habitação periódica, lembre-se que a sua transmissão ou oneração dá-se mediante inscrição no registro predial, admitindo-se a transferência *mortis causa*. Para a transferência dos demais direitos de que trata o DL 275/93, reportamo-nos igualmente ao que foi dito acima, especialmente quanto à “celebração contratual”.

Esclareça-se, entretanto, que o titular do direito real de habitação periódica pode *ceder* o exercício das faculdades previstas nas alíneas *a)* a *c)* do n.º 1 do art.º 21 (isto é, dos direitos de habitação, de uso das instalações e equipamentos de uso comum, do benefício dos serviços prestados pelo

titular do empreendimento turístico e da exigência de alojamento alternativo em casos de impossibilidade de utilização, tudo nos termos legalmente previstos)⁸⁵.

Pode acontecer uma mudança subjetiva, referente ao gozo do direito, em decorrência da falta de pagamento, por parte do titular de direitos reais de habitação periódica, das prestações devidas ao proprietário das unidades de alojamento: nesse caso, este poderá manifestar a sua *oposição ao exercício* do direito e afetar a unidade à exploração turística, permitindo que outros gozem dos direitos do titular inadimplente durante o período correspondente ao seu exercício de tais direitos⁸⁶. Contudo, tal não afetará, em primeira linha, a titularidade do direito: o procedimento parece visar apenas a satisfação da dívida⁸⁷.

No que toca à *organização e administração do empreendimento*, podemos fazer duas rápidas observações relacionadas com o tema em análise: (i) a representação dos titulares de direitos reais de habitação periódica, em assembleia geral, não pode exceder um décimo dos direitos constituídos⁸⁸ e (ii) as situações de *destituição e substituição* na administração do empreendimento vêm previstas na Secção VII do Capítulo I do DL 275/93, com a nova redação dada pelo DL 37/2011.

Um último comentário, no que versa sobre as modificações subjetivas, em relação aos direitos reais de habitação periódica, vem à tona após a seguinte demanda: tais direitos, previstos no DL 275/93, podem ser adquiridos por *usucapião*?

Como o próprio nome indica, estamos diante de um direito real, passível de posse, nos termos do art.º 1.251 do Código Civil, pelo que parece não haver, à primeira vista, nenhum impedimento quanto à aquisição por usucapião, consoante o disposto no art.º 1.287 do aludido diploma. Dizemos isto porque, embora tal dispositivo exija que a posse seja *permanente*, tal permanência, no que respeita ao direito real de habitação periódica, só pode ser analisada *consoante a periodicidade do exercício do direito*. Ou seja, ainda que a posse não seja “completamente” permanente, mas periódica (tal como é o próprio direito), obedecendo-se aos demais requisitos previstos, parece não haver problemas para que o direito real de habitação periódica seja adquirido por usucapião⁸⁹.

3. DAS MODIFICAÇÕES OBJETIVAS

Inicialmente, convém lembrar que as informações fornecidas no período pré-contratual, objeto de comentários acima, passam a integrar o conteúdo

do contrato, de tal modo que o consumidor não pode ser surpreendido por alterações unilaterais referentes a tal conteúdo no momento da celebração e da execução do que foi contratado⁹⁰.

Convém recordar ainda que o título de constituição do direito real de habitação periódica, salvo o disposto em lei especial, pode ser modificado, por escritura pública ou por documento particular autenticado, desde que haja acordo dos titulares de direitos reais de habitação periódica cuja posição seja afetada⁹¹. Acrescente-se que a aprovação da modificação pode ser judicialmente suprida, em caso de recusa injustificada⁹². À modificação sob análise é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos referentes à constituição do direito real de habitação periódica⁹³.

Refira-se que o titular do direito real de habitação periódica tem o direito de exigir, em caso de impossibilidade de utilização da unidade de alojamento devido a situações de força maior ou caso fortuito, motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis, alheias àquele que as invoca e cujas consequências não poderiam ter sido evitadas apesar de todas as diligências feitas, que o proprietário ou o cessionário da exploração lhe faculte *alojamento alternativo* num empreendimento sujeito ao regime de direitos reais de habitação periódica, de categoria idêntica ou superior, num local próximo do empreendimento objeto do contrato⁹⁴.

É conveniente referir que a *prestação periódica* a ser paga pelo titular dos direitos reais de habitação periódica de bens, prevista no art.º 22 do DL 275/93, pode ser alterada, independentemente do critério de fixação estabelecido no título de constituição, mediante proposta da entidade encarregada da auditoria das contas do empreendimento, inserida no respectivo parecer, sempre que tal prestação se revele excessiva ou insuficiente relativamente às despesas e à retribuição a que se destina e desde que a alteração seja aprovada por maioria dos votos dos titulares presentes em assembleia convocada para o efeito, sendo aplicável a tal alteração o disposto no n.º 2 do artigo 7.º (havendo portanto possibilidade de suprimento judicial em casos de recusa injustificada da alteração)⁹⁵.

Já quanto à atualização da prestação periódica referente aos direitos de habitação turística (que não forem produtos de férias de longa duração, pois nesse caso existe uma previsão especialmente consagrada no DL 275/93, a seguir analisada), também pode vir a ter lugar e ocorrerá nos termos previstos no contrato⁹⁶.

No que toca aos contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, é preciso esclarecer que o preço do contrato pode ser alterado a

partir da segunda anuidade. Assim, o vendedor e o titular podem acordar a atualização de acordo com o *índice médio de preços ao consumidor* no continente, publicado pelo Instituto Nacional de Estatística⁹⁷.

No que respeita à *administração e conservação das unidades de alojamento* sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica (e também aos direitos de habitação turística, mas somente quanto ao disposto nos art.ºs 25 a 30 do DL 275/93⁹⁸), convém esclarecer que são, em primeira linha, da incumbência do respectivo proprietário, o mesmo valendo para o equipamento e o recheio da unidades e ainda para as instalações e equipamentos de uso comum do empreendimento⁹⁹. É também do proprietário o dever de arcar com os *encargos* referentes à unidade (contribuições, taxas, impostos, cumprimento de obrigações acessórias e quaisquer outros encargos anuais referentes à propriedade, lembrando-se, porém, que no certificado predial deve constar o valor da prestação periódica a ser paga pelo titular dos direitos).

Sendo assim, as *reparações* decorrentes do uso normal correm por conta do proprietário e devem ser feitas de modo a minimizar o sacrifício de direitos dos titulares de direitos reais de habitação periódica (sem prejuízo das indenizações cabíveis)¹⁰⁰. Se a necessidade de reparações decorrer da atuação do titular (que tiver produzido deteriorações), então será dele o dever de pagar por elas, embora os reparos devam ser levados a cabo pela entidade responsável pela exploração do empreendimento¹⁰¹.

Finalmente, as *inovações* só poderão ser feitas, por parte do proprietário, se houver o consentimento de todos os titulares de direitos incidentes sobre a respectiva unidade de alojamento¹⁰².

IV DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

1. DA REVOGAÇÃO

O contrato é susceptível de se extinguir mediante revogação (mútuo consenso, *contrarius consensus* ou distrate), com base na liberdade dos contratantes, de harmonia com o que prescreve o art.º 406 do Código Civil. Em tais circunstâncias os efeitos emergentes valem *ex tunc*, para o futuro, pois.

2. DA CADUCIDADE

A caducidade pode vir a ter lugar quando expirado o prazo de duração contratual previsto¹⁰³. Recorde-se, entretanto, que estamos diante de

determinados direitos que podem ser perpétuos, casos em que não se poderá falar em caducidade¹⁰⁴.

Se nos socorrermos das situações paralelas do art.º 1.051 do Código Civil, poderemos acrescentar, à hipótese vertida em primeiro lugar, outras susceptíveis de ocorrer e que conduzem à caducidade, a saber,

. Quando cesse o direito ou findem os poderes legais de administração com base nos quais o contrato foi celebrado;

. Pela perda da coisa;

. Pela expropriação por utilidade pública, salvo quando a expropriação se compadeça com a subsistência do contrato.

Deve, pois, ter-se em atenção as circunstâncias susceptíveis de determinar a extinção do contrato por virtude de um qualquer evento a que a lei ou o sistema de normas confira esse efeito extintivo.

3. DA RESOLUÇÃO

“Resolução” é o conceito usado pelo legislador para caracterizar, de maneira generalizada, a extinção do contrato com base em fundamentos susceptíveis de se traduzirem, entre outros, em cumprimento defeituoso ou em incumprimento contratual. Nesse sentido, pode decorrer da vontade das partes (como acontece com a inserção de uma cláusula resolutiva expressa num contrato) ou em virtude da lei (veja-se as situações de resolução por incumprimento e por alteração das circunstâncias).

Identificando-se o termo com uma tal necessidade de “fundamentação”, acreditamos que “o direito de arrependimento ou desistência ou de retratação”, resultando de um querer subjetivo do consumidor, não devesse ser enquadrado sob a epígrafe de “resolução”, nem como tal classificada, consoante podemos ler nos arts. 16, 49 e 50-A, n. 5, do DL 275/93, com a sua nova redação. O mais correto, a nosso ver, é que se opere a separação entre os conceitos de resolução e desistência ou retratação, sem prejuízo de se fazer atuar o regime da resolução sempre que a factualidade que o determine venha a ocorrer¹⁰⁵.

O perigo de confundir completamente as noções sob confronto é o de fazer o consumidor pensar que não terá direito à resolução – *v.g.* por incumprimento porque já teve o direito à retratação antes. Sendo as figuras diferentes, podem manifestar-se, justamente, na medida destas diferenças¹⁰⁶. Neste sentido, vale a pena observar o disposto no art. 50-A, n.º 7, do republicado DL 275/93, o qual dispõe, em relação aos novos produtos de férias, que a falta de exercício do direito de desistência do contrato, por parte

do consumidor, não prejudica a aplicação das regras gerais em matéria de cumprimento e incumprimento das obrigações.

Convém, entretanto, recordar que a falta de pagamento das prestações periódicas referentes ao direito real de habitação periódica parece não implicar, quando menos num momento inicial, uma extinção do direito, embora o proprietário das unidades possa oferecer oposição ao exercício do titular que não pague a dívida até o limite de dois meses antes do período determinado para o gozo do seu respectivo direito. Sobre o tema remetemos a leitura para o que foi dito acima acerca das modificações subjetivas do contrato.

4. DA RENÚNCIA

O DL 275/93 prevê também, em seu art.º 42, n.ºs 1 a 3, a extinção do contrato mediante renúncia, por parte do titular, do seu direito real de habitação periódica. Com efeito, o titular de tal direito pode declarar a renúncia no certificado predial, com reconhecimento presencial da assinatura. A declaração carece de ser notificada ao proprietário do empreendimento e ao Turismo de Portugal, I.P., devendo ser registrada nos termos gerais e produzindo efeitos seis meses após as aludidas notificações. Como é próprio dos “direitos reais menores” ou direitos reais sobre coisa alheia, a renúncia dá-se a favor do titular do direito real maior: o proprietário¹⁰⁷.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento das figuras jurídicas relacionadas com o *time-share* representa a necessidade de conferir maior aproveitamento econômico e social a certos bens, conferindo aos titulares de direitos, através de uma utilização exclusiva, periodicamente limitada e cíclica (efetivando-se “todos os anos”), o direito de utilização de bens aos quais não teriam acesso noutras circunstâncias, por diversos motivos, geralmente relacionados com os custos referentes a outros contratos (*maxime* no caso da aquisição de propriedade), com regimes legais que impõem muitas restrições e com a falta de oferta turística no período de férias.

Partindo de uma ideia brilhante, que em sua concepção original gerava benefícios a todos os envolvidos e até à generalidade das pessoas, a comercialização dos produtos desenvolvidos nesse âmbito, surpreendentemente, conseguiu afetar, de maneira negativa, o bom nome do turismo português. Diante disto, pergunta-se: como foi possível?

Embora alguns defendam que tal ocorreu em virtude da complexidade

dos produtos relacionados com o *time-share*, que necessitavam de um “período de ajustes” antes de *vingar* no mercado português – já que nem os vendedores nem os exploradores sabiam muito bem do se tratava – a verdade é que a crise no turismo aconteceu preponderantemente em decorrência de abusos variados praticados contra o consumidor, os quais deixaremos de repetir nesta sede para não nos tornarmos cansativos ou enfadonhos. É caso, sem dúvida, para se lamentar o desperdício de uma oportunidade possivelmente irrepetível.

De todo o modo, após a compreensão do que seja o *time-share*, nomeadamente através da sua origem e do seu fundamento, quem se debruça sobre o estudo do tema não pode perder de vista o seguinte:

Os direitos de habitação periódica, antes constituíveis apenas por escritura pública, passam agora a poder ser constituídos por documento particular autenticado

(i) os contratos celebrados para a aquisição da sua titularidade são contratos formados por adesão, nos quais a liberdade do *aderente* se resume a aceitar ou recusar a proposta inicial, o que, por si só, determina um desequilíbrio contratual que deve ser corrigido (nomeadamente através da aplicação, em Portugal, do DL 446/85);

(ii) o aderente é um *consumidor*, debilitado frente aos conhecimentos técnicos e jurídicos e ao poderio sócio-econômico dos profissionais com quem contrata (lembrando que muitas vezes há coligação contratual, sobretudo no que respeita à adesão a sistemas de trocas e ao sistema de crédito ao consumidor), pelo que se torna aplicável à contratação sob análise, em nosso entender, todos os diplomas legais que compõem o “sistema” de tutela da posição jurídica do consumidor em Portugal, sem dispensar as soluções alternativas que possam surgir, inclusivamente no âmbito da União Europeia e até internacional, e

(iii) o consumidor-aderente é ainda, quando menos em potencial, um *turista*, o que acentua a sua vulnerabilidade em razão de línguas, costumes, hábitos e moedas com os quais não está familiarizado, bem como em consequência da distância existente entre o local onde passa as suas férias e o local onde reside, todos motivos que clamam pela necessidade de um reequilíbrio da relação contratual em causa.

As soluções encontradas para corrigir tais disparidades, bem como para colmatar os abusos que se vinham verificando no âmbito da contratação do *time-share*, são muitas e bastante diversificadas.

Convém inicialmente sublinhar que o consumidor deve pagar apenas o que efetivamente consome ou utiliza. Por esse motivo, desenvolveram-se em Portugal as *cauções* que visam *garantir o gozo do bem* sobre o qual incidem os seus direitos, superando antigos problemas como a venda de uma mesma “semana” a mais de um adquirente (com o efeito nefasto de um deles não poder utilizar o bem durante o seu período de férias) ou a falta de conclusão das obras de um empreendimento turístico após o recebimento do preço da aquisição dos direitos de habitação periódica, por parte dos consumidores, que depois não eram restituídos.

A proteção ao consumidor, frequentemente enquadrável no âmbito de um necessário “retorno ao formalismo” (através da entrega de formulários normalizados de informação pré-contratual e da extinção do contrato, de cópias do documento contratual, com a necessidade de assinaturas especificamente voltadas para determinados fins, com a entrega de documentos complementares etc.), sem embargo dos recentes intuitos de adaptação às novas tecnologias, assenta em alguns “pilares” da sua defesa, entre os quais se destacam:

(i) a necessidade de garantir que o seu consentimento seja perfeito, livre, esclarecido e ponderado, pelo que lhe é conferido um direito excepcional de extinguir o contrato de acordo com a sua vontade discricionária, durante um determinado período de tempo, sem a necessidade de efetuar qualquer pagamento ou de indicar quaisquer motivos, sendo que a falta de informação acerca da possibilidade de extinção do contrato, nos termos antes descritos, acarreta a nulidade do contrato, devendo ser estendida aos seus coligados consoante o exposto;

(ii) a proibição de pagamentos antecipados ou de quaisquer contrapartidas pela aquisição dos produtos de férias, no período de ponderação ou reflexão, como medida de proteção dos interesses econômicos do consumidor;

(iii) tanto na formação como no momento de celebração do contrato (e, em nossa opinião, também num momento pós-contratual), o consumidor deve ser informado de maneira que possa ter a completa e efetiva *cognoscibilidade* sobre os elementos que compõem o conteúdo contratual, intuito que é particularmente garantido pela necessidade de entrega de traduções de tais documentos ao consumidor, a serem confirmadas através de menções no corpo do contrato, sob pena de nulidade, como se aludiu supra.

Outra solução que merece destaque, no que toca à erradicação dos tradicionais problemas encontrados em relação aos produtos de férias analisados no presente estudo, diz respeito à participação dos consumidores,

titulares de direitos de habitação periódica e turística, nos rumos da administração do empreendimento. Estes direitos assumem especial destaque durante a execução do contrato e face à necessidade de modificações em relação ao que havia sido inicialmente previsto.

É preciso observar que toda essa proteção legal conferida ao consumidor, resultando de uma longa evolução legislativa (que em Portugal está prestes a completar trinta anos de existência), só foi consagrada expressamente depois de os abusos se terem verificado na prática, e que, quando se dava a luz a uma nova legislação referente ao *time-share*, já o empresariado turístico avançava com a criação de um “novo produto”, susceptível de ser comercializado sem submissão a regimes legais dedicados. Seria por demais ingênuo, diante de tais circunstâncias, pensar em coincidências...

Parece-nos que, por trás do surgimento dos cartões turísticos ou de natureza semelhante, agora enquadráveis como “produtos de férias de longa duração”, bem como de outras modalidades contratuais presentes no texto republicado do DL 275/93, esteve sempre presente a necessidade de lucro dos agentes económicos à custa das debilidades típicas daqueles com quem contratavam, quando correto seria, por direitas contas, atenderem às suas legítimas expectativas de lazer e diversão.

Por esse motivo, ousamos discordar daqueles que consideram a proteção do consumidor, no que diz respeito aos contratos referentes ao *time-share*, como *excessiva* e geradora de obstruções ao bom funcionamento do mercado. Em bom rigor, tratando-se de medidas necessárias, é interessante notar que, mesmo com todos esses “avanços legais”, entre os quais incluímos a recente entrada em vigor do DL 37/2011, ainda assim falta bastante para que nos aproximemos de um ideal de proteção *jusconsumerista*.

Nesse sentido, convém ressaltar que a *transposição da Diretiva 2008/122/CE* para o ordenamento interno português poderia ter sido merecedora de maiores lisonjas, como se asseverou precedentemente, pelo menos no que respeita:

(i) à nomenclatura das partes, que o normativo emanado da União Europeia estabelece distinguindo com ênfase o *consumidor* do *profissional*, sem aduzir outras expressões como “adquirente”, “titular”, “vendedor” etc., as quais podem iludir o intérprete a pensar que não está diante de relações de consumo turístico;

(ii) à proibição de pagamento de qualquer sinal, que aparece mais bem descrita no plano legislativo europeu, explicitando que a sua duração é equivalente à do período em que puder ser exercido o direito

de arrependimento ou desistência (evitando o receio do consumidor em extinguir o contrato porque pensa que não receberá de volta o que pagou) e vedando que a contrapartida seja antecipadamente paga não só ao vendedor como a um terceiro (para que o consumidor não pense que a proibição incide apenas sobre a sua relação com o vendedor) e

(iii) à necessidade de assinaturas em separado – não de simples menções, a fim de reforçar o consentimento do consumidor – no que respeita às proibições de pagamento de sinal e à possibilidade do exercício do direito de retratação.

Seria interessante lembrar, ainda, de aspectos regulativos em que seria interessante trabalhar com a ideia de “diálogo entre as normas” estabelecidas nos planos europeu (da União Europeia) e português, como pudemos sugerir em relação à necessidade de aposição de uma assinatura em separado também quanto ao recebimento de traduções do contrato.

Contudo, ainda que todas essas sugestões fossem aceites e postas em prática, o que indubitavelmente exigiria um esforço hercúleo de todos os envolvidos na contratação sob análise, no sentido de *condividir* milimetricamente o respeito pela ciclópica “obra” de proteção *consumerista* europeia, sem esquecer que estamos diante de contratos turísticos que podem facilmente trazer à baila questões internacionais *extra* União, é interessante aduzir o seguinte, a título de propostas para o futuro:

(i) a proteção do consumidor aparece dispersa por muitos dispositivos – e diplomas – legais, dificultando até mesmo a integral compreensão por parte dos operadores do direito, mostrando-se assim paradoxalmente afastada do conhecimento da generalidade dos consumidores, o que parece reclamar uma *simplificação do texto legal* que não comprometa um “elevado nível protetor” dos seus beneficiários;

(ii) os dispositivos legais referentes ao *preço do contrato* parecem permitir uma *clausulação* dispersa e de difícil compreensão para o consumidor, o que dificulta a avaliação sobre a oportunidade do negócio, em termos de equivalência das prestações, motivo pelo qual sugerimos a sua reunião numa única cláusula do contrato;

(iii) levando-se em conta que estamos diante de contratos cuja execução se protraí no tempo, outro problema será o do estabelecimento de “cláusulas de reserva” ou quaisquer outras *limitações* que impeçam a definição e a efetivação dos direitos dos titulares (*v.g.* cláusulas que estabeleçam, de maneira vaga, o direito do profissional de recusar a efetivação de uma *troca* porque o consumidor não a “reservou” com “razoável antecedência”; ou então

o estabelecimento de descontos de alojamento “em rede de hotéis a definir”, o que pode significar que os descontos só incidirão sobre *resorts* de cinco estrelas e o consumidor não terá condições de ser alojado porque não dispõe do valor necessário para tanto, ainda que descontado), as quais, referindo-se ao conteúdo essencial do contrato e sendo excluídas por não comunicadas, consoante as determinações legais, podem mesmo afetar a subsistência do contrato, sugerindo, por fim, a necessidade de uma definição prévia dos moldes como o contrato se pode desenvolver no tempo, mesmo em termos de necessidade de renegociação e de desvinculação (num momento em que a “perpetuidade” subsiste como regra, mas um contrato com duração de apenas um ano, atente-se, é considerado como “de longa duração”) e

(iv) finalmente, no que respeita às prestações nucleares, de cujo conteúdo depende fundamentalmente o juízo sobre a oportunidade do negócio (como são, a nosso ver, as citadas nos dois precedentes *items*), é de ponderar se a violação da transparência não deve ser causa autônoma do direito de retratação, o que significaria um reconhecimento do direito de reflexão ou ponderação após a conclusão do contrato, quando devido à ausência de transparência, não tiverem sido devidamente facultados os elementos que nela se reveem,

A nosso ver, um bom processo contratual, no que toca aos produtos de férias em geral, deve antes de tudo ser idealizado, produzido, distribuído, exportado, publicitado, comercializado, contratado, transformado e assistido sempre em atenção à chamada “finalidade de prazer” ou de “diversão” dos contratos turísticos, implicando a transferência das responsabilidades pela organização e pela utilidade da viagem do consumidor para os profissionais que operam no setor, admitindo-se a despreocupação como estado de espírito típico dos viajantes.

No que respeita ao *time-share* em especial, o bom processo contratual parece alvitar por um retorno saudável às origens da figura, no que respeita à correspondência entre a titularidade do direito e o efetivo gozo do alojamento com o máximo de aproveitamento socioeconômico possível, ao qual deve ser acrescentado um progressivo aproveitamento das “novidades” trazidas pelos avanços tecnológicos e pela experiência da técnica jurídica nas últimas décadas, a fim de superar de uma vez por todas os problemas antes enfrentados.

Num plano de considerações ideais, extrapolando o âmbito meramente jurídico do presente trabalho e lembrando que *time-share* significa “dividir o tempo”, parece-nos adequado trazer à tona a advertência de SÊNECA, retomando uma frase do “maior poeta de todos os tempos” na sua opinião,

referindo-se provavelmente a VIRGÍLIO. Enquanto este afirmava que “pequena é a parte da vida que vivemos”, aquele acrescentava: “pois todo o resto não é vida, mas somente tempo”. Com isso, o filósofo queria singelamente dizer, ao que se nos afigura, que perder tempo é morrer...

Assim, encerramos rogando que as pessoas reflitam acerca do valor do seu tempo, aproveitando melhor as suas diversões de acordo com a disciplina da convivência humana que é o direito. Em última análise, os erros cometidos no passado, no que se refere ao *time-share*, demonstram claramente que as pessoas não só desrespeitaram o Direito e o Turismo como o próprio Tempo – não só o seu como o de seus semelhantes.

Portanto, tais equívocos merecem ser lembrados hoje para que o futuro nos ofereça a oportunidade de viajar com descanso, lazer e descobertas, construindo-se uma sociedade mais justa, solidária e igualitária através de uma atividade turística que alcance o pluriculturalismo e a paz entre os povos, objetivo precípuo da ciência jurídica, procurando antecipar um futuro em que se consiga adaptar a figura do *time-share* para algo como o *time-living*, a fim de transformar, afinal, todo o *tempo* em *vida*.

NOTAS

¹Sobre a Directiva, ver as nossas considerações em *Estudos sobre a Directiva 2008/122/CE (Protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca)*, em Revista Portuguesa de Direito do Consumo (RPDC) n.º 60, (Associação Portuguesa de Direito do Consumo/Coimbra, 2009) e em Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo (RLBDC) # 1, (Bonijuris - J.M. Editora / Curitiba, 2011).

²O DL 275/93 não fornece uma definição expressa deste contrato. Portanto, a noção acima exposta resulta da conjugação do seu art. 1.º - em relação ao objecto dos direitos - com o art. 2.º, n. 1 da Directiva 2008/122/CE, que dá uma noção genérica de “contratos de utilização periódica de bens”. Na doutrina portuguesa, *vide*, entre outros autores, Manuel Henrique MESQUITA, *Uma Nova Figura Real: O Direito de Habitação Periódica*, em Revista de Direito e Economia, Ano VIII, n.º 1 (Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos/Coimbra, 1982), 39; Isabel PEREIRA MENDES, *Direito Real de Habitação Periódica* (Almedina/Coimbra, 1993); PAULO DUARTE, *Estudo Contrastivo – Directiva 94/47/CE, do Parlamento e do Conselho, sobre os Contratos de Aquisição de um Direito de Utilização a Tempo Parcial de Bens Imóveis Versus Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto*, em RPDC n. 1 (1995), 83-92; José LOBO MOUTINHO e Luís BERNARDES, *Estudo Sobre o Direito de Real de Habitação Periódica*, em Revista Direito e Justiça n. VII e VIII – Tomo I (Universidade Católica Portuguesa, 1993 e 1994); Ana Mafalda Castanheira Neves de MIRANDA BARBOSA, *Direito Real de Habitação Periódica e Defesa do Consumidor* (Coimbra, 2001), 2 e 3; António dos SANTOS JUSTO, *Direitos Reais* (Coimbra Editora/Coimbra, 2007), 429; José Alberto C. VIEIRA,

Direitos Reais (Coimbra Editora/Coimbra, 2008), 857 e Luís CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*⁶ (Quid Juris/Lisboa, 2009), 479.

³Cf. art. 45, números 1, *a*) e 2, *a*) e *b*). Sobre os cartões turísticos ou de férias, ver os interessantes artigos de PAULO DUARTE: (i) *A Protecção Jurídica do Consumidor nos Contratos de Aquisição de Cartões Turísticos*, em RPDC n. 0 (1994), 25-37 e (ii) *Jurisprudência Comentada: Acórdão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica de 29 de Setembro de 1995, que condena a Interpass – Passaporte Internacional de Férias, SA*, em RPDC n. 5 (1996), 177-179. Note-se que o n. 3 do art. 45, especialmente no que toca à sua alínea *c*), exclui do âmbito de aplicação do DL 275/93 os contratos celebrados no âmbito de “sistemas de fidelização comum” que proporcionem descontos de alojamento em empreendimentos turísticos, sem no entanto fornecer parâmetros que nos permitam saber o que é um sistema de fidelização comum.

⁴Cf. art. 53, n. 5. Nos estudos referidos na nota n. 1, tivemos oportunidade de criticar a nomenclatura de “troca”, por esta já ser utilizada para definir o contrato em especial também conhecido como “permuta”, o qual não coincide com a figura constante do DL 275/93. No momento, parece-nos que melhor seria classificar o tipo sob análise como “contrato de adesão a sistemas de trocas” ou algo similar.

⁵Cf. art. 53, n. 6.

⁶SANTOS JUSTO, cit., 433.

⁷CARVALHO FERNANDES, cit., 478; Rui PINTO DUARTE, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, (Almedina/Coimbra, 2000), 183.

⁸Portanto, não estamos diante da chamada “multipropriedade” (ou propriedade sobre fracções “espaço-temporais”), tema desafiador cujo tratamento demandaria um novo trabalho. Para os interessados, recomenda-se vivamente a leitura de Gustavo TEPEDINO, *Multipropriedade Imobiliária*, (Saraiva/São Paulo, 1993). Entretanto, é preciso dizer que, claramente motivado pela necessidade de conferir maior protecção ao consumidor e ao turista, o legislador português optou por proibir que os direitos analisados no presente estudo sejam publicitados ou comercializados de modo a causar no consumidor a impressão de que será *comproprietário* do empreendimento turístico. De fato, a propriedade é um bem mais “completo” do que os direitos sob análise e o ambiente em que estes são comercializados pode ser facilmente utilizado para induzir o consumidor em equívoco. Na verdade, quem adquire um dos direitos previstos no DL 275/93 tornar-se-á, no máximo, titular de um “direito real menor”. Com efeito, neste âmbito, o termo “proprietário” é de utilização proibida, como a seguir se verá.

⁹Para uma comparação mais detalhada, ver PEREIRA MENDES, cit., 20-23, bem como SANTOS JUSTO, cit., 382. Não se deve, portanto, confundir o direito de habitação periódica mencionado nas Leis de número 6 e 7 de 2001 com os direitos de que trata o DL 275/93.

¹⁰Assim, os direitos reais previstos no DL 275/93 sujeitam-se a registo (como decorre do art. 8º), diferentemente, ao que tudo indica, da troca, sobre a qual nada é dito.

¹¹Note-se que a doutrina encaminha a troca pura e simples, face à ausência de menção no Código Civil, para o regime da compra e venda. Assim, Luís Manuel Teles de MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Vol. III, Contratos em Especial*⁸ (Almedina/Coimbra, 2006), 165-168. No caso da adesão a sistemas de trocas de *time-share*, sem prejuízo das remissões feitas no próprio seio do DL 275/93 e

do que futuramente puder ser deduzido da actuação legislativa, parece-nos que tal recondução seja uma boa sugestão, sobretudo se inserida no contexto do Direito do Consumo (ou do Consumidor) e adaptada ao carácter duradouro do “sistema”.

¹²Este historial confunde-se com a própria história dos direitos e será portanto referido paulatinamente no decorrer da exposição. Entre outros, ver: (i) relatando a crise e a afectação do bom nome do Turismo português, CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA, *Parecer P000751996*, homologado em 29.12.1997, Rel. Cabral Barreto, disponível, conforme todas as decisões portuguesas citadas ao longo do trabalho sem expressa menção em contrário, no sítio www.dgsi.pt (buscar por termos: “direitos”, “habitação” e “turística”); (ii) dando conta de como a imprensa acusava as empresas proprietárias de empreendimentos turísticos de conluio com associações criminosas, PEREIRA MENDES, cit., 53-55 e (iii), atendendo a pedido de parecer da RCI – Serviços de Intercâmbio Turístico, Lda., no sentido de tentar *reestruturar* a figura dos direitos reais de habitação periódica durante um momento delicado, MOUTINHO e BERNARDES, cit., 407 e 408 (Ano VII) e 298-302.

¹³Em geral, ver Carlos da MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*^l, actualizada por António PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO (Coimbra Editora/Coimbra, 2005), 411.

¹⁴O tema aparece actualmente regulado em Portugal pelo DL 57/2008.

¹⁵Recomendando portanto uma aplicação conjunta do DL 275/93 com o Regime dos Contratos à Distância, ao Domicílio e Equiparados (*vide* o DL 82/2008), com intuítos de protecção do consumidor. Sobre ofertas de prémios seguidas da contratações de cartões turísticos ou de natureza semelhante, ver as seguintes decisões portuguesas: (i) Sentença do Julgado de Paz de Tarouca de 18.11.2008, Rel. Juíza de Paz Daniela Santos Costa; (ii) Sentença do Julgado de Paz de Lisboa de 24.03.2009, Rel. Juíza de Paz Marta Nogueira e (iii) Sentença do Julgado de Paz do Porto de 02.11.2010, Rel. Juíza de Paz Iria Pinto.

¹⁶Ver as sentenças do Julgado de Paz de Coimbra de 05.12.2006, Rel. Juiz de Paz Dionísio Campos; bem como do Julgado de Paz de Lisboa de 22.12.2006, Rel. Juiz de Paz João Chumbinho.

¹⁷Chamando à baila, portanto, a aplicação do DL 133/2009, sem prejuízo do que a seguir será dito acerca da extensão dos efeitos da revogação de um contrato aos seus coligados. Ver, sobre o tema, os seguintes Acórdãos: (i) do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.06.2001, Rel. Desembargador José Augusto Ramos e (ii) do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.05.2010, Rel. Desembargador Isaiás Pádua.

¹⁸Mantém aceso interesse para o estudo do tema a lição de Manuel JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre o Direito de Arrependimento do Adquirente do Direito Real de Habitação Periódica (Time Sharing) e a sua Articulação com Outros Direitos Similares Noutros Contratos de Consumo*, em RPDC n.º 3 (Associação Portuguesa de Direito do Consumo/Coimbra, 1995), 70-86. O ilustre Professor da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Junho de 1994 como um exemplo de descrição dos problemas que recomendaram o surgimento do *direito de arrependimento* nos contratos celebrados no âmbito do *time-share*.

¹⁹*Cfr.* art.ºs. 5º, 6º e 8º do DL 446/85. Note-se que o excesso de informações, sobretudo diante de operações contratuais complexas como as que estamos a analisar, pode resultar no desconhecimento do conteúdo contratual por parte do aderente.

²⁰MOUTINHO e BERNARDES, cit., 325.

²¹GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*^h (Coimbra Editora/Coimbra, 2002), 380 e ss e Pedro ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação dos Contratos*² (Almedina/Coimbra, 2006), 53-55.

²²MÁRIO FROTA, *Política de Consumidores na União Europeia – O Acervo Europeu do Direito do Consumo* (Almedina/Coimbra, 2003), 284, 402 e 511, entre outras. No Brasil, o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor classifica tal direito como *de arrependimento*.

²³Diga-se que o art.º 16, n.º 7, ao dispor que “resolvido o contrato, o vendedor deve restituir ao adquirente todas as quantias recebidas até data da resolução do mesmo”, parece contrariar o disposto no art.º 9º, n.º 1, da Directiva 2008/122/CE, segundo o qual o consumidor não pode efectuar nenhum tipo de pagamento enquanto puder exercer o direito de desistência do contrato, pelo menos no que respeita aos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração e de troca. A nosso ver, a ideia a ser preservada é a de que, se houver pagamento antecipado (seja qual for a nomenclatura e seja quem for o destinatário), o direito de desistência resta prejudicado: o consentimento do consumidor continuará violado pois terá de pensar duas vezes antes de extinguir o contrato – que não gostaria de ter celebrado quando sabe que terá dificuldades em ser ressarcido do que foi pago (como nos lembra, referindo doutrina francesa e lembrando que muitos consumidores não residem no país onde está localizado o imóvel e no qual foi efectivado o adiantamento de valores, M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, cit., 74¹⁷).

²⁴Cf. art. 16, n. 1, *a*) e *b*).

²⁵Observe-se ainda que o prazo referido no art. 16, n. 3, *b*) parece-nos ser menos favorável ao consumidor do que o prazo conferido pelo regime que anteriormente regulava a matéria, isto é, pelo art. 16, n. 5, do DL 275/93, com a redacção do DL 22/2002. Dizemos isto porque neste último dispositivo fala-se em três meses, contados a partir da entrega do contrato sem o fornecimento das informações devidas, para que comece a contar “prazo-base” para o exercício do direito de revogação unilateral que antes era de 10 dias úteis e agora é de 14 dias seguidos. Portanto, no caso de não saneamento das falhas de informação referidas, o direito de revogar unilateralmente, se tivéssemos que fazer um paralelismo mais rigoroso entre os diplomas citados, deveria ser conferido ao consumidor por cerca de 104 dias (três meses, como acontecia antes, acrescidos dos 14 dias que são o prazo mínimo actual) e não de 94 dias como previsto após a entrada em vigor do DL 37/2011. Desconhecemos, todavia, se esta foi uma escolha deliberada do legislador, fundada em critérios não transmitidos ao intérprete.

²⁶Cf. art. 16, n. 4.

²⁷Cfr. art. 16, n. 7.

²⁸O DL 275/93 fala no preço “do imóvel”, mas queremos acreditar que tencionava referir-se ao preço pago pela aquisição do direito.

²⁹Cfr. art.º 16, n.º 6. Parece-nos que a extensão dos efeitos de um contrato aos seus coligados poderia ser tratada de maneira mais favorável ao adquirente, a não se exigir que a caracterização de um contrato como acessório dependa do “aparecimento” de um acordo entre o profissional vendedor do produto de férias e um terceiro, pois a nosso ver esse acordo pode ser ocultado e, em rigor, o que determina a extensão de efeitos mencionada é a *unidade funcional* que preside à operação negocial complexa (pois as conexões contratuais e as suas respectivas consequências são idênticas àquelas estabelecidas num contrato unitário), considerada de maneira *objectivista* (sem perquirir sobre a

vontade das partes, pois esta não tem potencial para modificar as prestações e os efeitos da coligação, consoante acontece nas relações de crédito ao consumo), assim como a necessidade de conferir maior protecção à parte que, analisado o *conteúdo económico do contrato*, encontrar-se mais fragilizada (no caso o consumidor). Vide Francisco Manuel de Brito PEREIRA COELHO, *Coligação Negocial e Operações Negociais Complexas*, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume Comemorativo - 75 Anos, (Coimbra, 2002), 4, 14, 15, 19-23. Finalmente, parece-nos que a expressão “sem direito a indemnização”, constante do artigo em referência (bem como do seu n.º 8), não deve ser usada em prejuízo do consumidor (melhor seria, portanto, substituí-la por “sem direito a cobranças do profissional ao consumidor”), o qual, afinal, pode manter o direito à indemnização por mais que exerça o seu direito de retractação do contrato (*v.g.* à vista de lucros cessantes ou por distúrbios causados no período desenvolvido entre a formação e a extinção do contrato), mais uma vez atentos ao intuito de protecção *consumerista* que é, a nosso ver, a “razão de ser” mais importante do DL 275/93.

³⁰Cfr. art.º 16, n.º 5. Contudo, acreditamos que melhor seria consagrar um direito de desistência ou arrependimento autónomo para cada contrato (sem prejuízo da extensão de tais efeitos aos contratos coligados, nos termos anteriormente descritos), mesmo porque a adesão a um sistema de trocas pode, pelo menos trabalhando com hipóteses, ser celebrada em momento posterior ao da aquisição do direito de habitação de bens turísticos a tempo parcial.

³¹Cf. art. 16, n. 2.

³²Cf. art. 19, n. 1.

³³Cf. art. 19, n. 2. Alinhando-se a este dispositivo legal, também a doutrina admite que não haverá espaço para uma “renovação” do direito de revogação unilateral do contrato, existente para o contrato-promessa, através da celebração do contrato definitivo: argumenta-se que, do contrário, o promitente-alienante nunca teria segurança na efectivação do negócio. Nesse sentido, v. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *cit.*, 75 e CARVALHO FERNANDES, *cit.*, 494. O primeiro autor citado esclarece, entretanto, que a falta de informação sobre a possibilidade de exercício do direito de retractação, também em relação ao contrato-promessa, implicará na manutenção do próprio direito. Nesse sentido, até acena com a subsistência do “direito de arrependimento” *apesar* da existência do contrato-promessa, diante de certas necessidades concretas e através do manejo das regras referentes à informação e à extinção dos contratos. Parece-nos que é nesta última linha de pensamento que estão inseridas as seguintes ideias de Joaquim de SOUSA RIBEIRO, *Direito dos Contratos – Estudos* (Coimbra Editora/Coimbra, 2007), 98, que se nos afiguram como mais adequadas para a solução dos problemas de transparência nos contratos: “No que respeita às prestações principais, de cujo conteúdo depende fundamentalmente o juízo sobre a oportunidade do negócio, é de ponderar se a violação da transparência – aqui sujeita a critérios particularmente apertados – não deve ser causa autónoma do direito de rescisão ou retractação. A solução significaria um reconhecimento ao direito de reflexão esclarecida após o contrato, quando ele, devido à intransparência, não foi devidamente facultado”.

³⁴Note-se que a técnica do legislador, em termos “intra-sistemáticos”, é aqui incompreensível: nos demais casos de retractação (cfr. art.ºs 16, 19, 49), tal direito merece uma epígrafe especialmente dedicada à sua regulamentação. Porém, no caso dos produtos de férias de longa duração, aparece no n.º 5 do aludido art.º 50-A, sob a epígrafe de “*Pagamento escalonado*”, o que não nos parece condizente com o intuito de protecção do consumidor (prejudicando até mesmo o trabalho do estudioso que se

debruça sobre o DL 275/93), sobretudo quando há peculiaridade em relação às “regras gerais”.

³⁵Cfr. art.ºs 45, n.º 2, b) e 50-A, n.ºs 1 a 3 e 5.

³⁶Como se pode comprovar pela jurisprudência acima referida.

³⁷Cfr. art.º 1.º e 45, n.º 1. Alguns autores esclarecem que a utilização da unidade de alojamento é o *objecto principal* dos direitos de habitação periódica e turística, enquanto o *objecto acessório* seria o acesso aos outros bens e serviços de uso comum integrados no empreendimento. Sobre este “objecto misto”, MOUTINHO e BERNARDES, cit., 345.

³⁸Para mais informações sobre os empreendimentos turísticos, consulte-se o DL 39/2008.

³⁹Quanto aos bens móveis, ver ainda o disposto no art.º 53-A, ressalvando-se que, em tais casos, sendo a liberdade de exploração menos controlada pelo Poder Público, recomenda-se cautela.

⁴⁰Pressupõem, segundo a nossa primeira impressão em relação ao tema, uma relação sucessiva e duradoura que se renova a cada vez que o consumidor for utilizar o seu “direito-base” de alojamento turístico, possivelmente combinado com outros serviços turísticos, com fundamento num “quadro” inicial que entretanto vai sendo voluntariamente alterado pelas partes (não raramente dependendo da actuação de terceiros). Sobre a natureza jurídica de “contratos-quadro” em relação à aquisição de cartões turísticos, ver PAULO DUARTE, *A Protecção*, cit., 30. Para uma perspectiva mais ampla dos contratos de relação, vide Diogo LEITE DE CAMPOS, cit., *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*, (Almedina/Coimbra, 2011), especialmente 66 e ss.

⁴¹Assim, através da divisão “espaço-temporal” dos bens localizados em regiões de interesse turístico, muitas famílias que antes não tinham condições ou interesse em adquirir uma segunda propriedade, a título de casa de férias, passaram a poder aproveitar o seu tempo livre nos locais turísticos desejados, mediante o pagamento de preços relativamente modestos, aumentando vertiginosamente o lucro dos alienantes (face à grande quantidade de unidades a serem alienadas após tal divisão, que incide não somente sobre o espaço como ainda sobre o tempo), aquecendo a indústria do Turismo, desenvolvendo o comércio e os serviços das regiões turísticas e apresentando até benefícios de ordem global, como a preservação da natureza (ao evitar a expansão de uma construção turístico-imobiliária predatória, como muitas vezes poderia acontecer com a proliferação dos hotéis). Tais ideias podem ser apreendidas em várias das obras acima referidas, como as de TEPEDINO, MESQUITA, PEREIRA MENDES, MOUTINHO/BERNARDES e MIRANDA BARBOSA.

⁴²Com isso deixamos em aberto a questão, sem pretender fornecer soluções definitivas. Para um aprofundamento sobre o assunto da causa dos contratos em Portugal, recomenda-se a leitura de PEREIRA COELHO, *Causa Objectiva e Motivos Individuais no Negócio Jurídico*, em Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Vol. II – A Parte Geral e a Teoria Geral do Direito Civil (Coimbra Editora/Coimbra, 2006), 423 e ss.

⁴³Cf. art. 10º, números 1 e 2.

⁴⁴Cfr. art. 3º e 47.

⁴⁵Este documento é de grande importância para assegurar uma justa contratação e, como temos conhecimento de empreendimentos turísticos que ignoram a legislação e não dispõem de tal documentação para entregar ao potencial consumidor, chama-se a atenção do leitor para o que a seguir se expõe.

⁴⁶CARVALHO FERNANDES, cit., 483, esclarece que, quando se fala em “duração” do *time-*

share, podemos estar diante de duas situações diversas: (i) a duração do *esquema* ou *regime* de exploração dos empreendimentos turísticos, o qual, consoante referido acima, pode ser perpétuo e tem o prazo mínimo de um ano e (ii) a duração do direito de utilização da unidade por parte do consumidor (a que o aludido autor chama “direito parcelar”), o qual incide sobre um período determinado ou determinável de tempo de cada ano (cf. art. 3.º, n. 2).

⁴⁷Oportunamente, rogando que o legislador simplifique e torne mais justas as contratações a que se alude no presente estudo, reforçamos a crítica construtiva antes realizada: o preço deveria, a nosso sentir, ser expresso através de uma *única cláusula* no contrato, reunindo tudo o quanto se refira ao pagamento a ser feito pelo consumidor, tanto pela aquisição do direito quanto na posterior execução do contrato.

⁴⁸Acrescente-se, sobre o tema, que parece haver alguma contradição entre o previsto no art.º 9.º, n. 3, *d*) e o disposto no art.º 16, n.º 6, bem como entre o art.º 47, n. 3, *c*) e o 49, n. 2, todos do DL 275/93. Enquanto os primeiros dispositivos dão a entender que a retractação pode gerar custos para o adquirente que venha a exercê-la, os segundos especificam justamente o contrário, alinhando-se com as nossas ideias de que se trata de um direito inidemnizável. A nosso ver, este segundo entendimento deve prevalecer, por diversos motivos, com destaque para a necessidade de protecção da parte mais débil numa relação contratual. Em termos objectivos, poderíamos ainda defender, para a solução do confronto entre as normas citadas, que o art.º 16, n.º 6, deve prevalecer simplesmente por ser mais favorável ao aderente, com fundamento no art.º 37 do DL 446/85, levando-se em conta que estamos diante de contratos celebrados por adesão.

⁴⁹Note-se que a Directiva 2008/122/CE, em seu art.º 9.º, n.º 1, acaba por ser mais minuciosa, no que toca ao tema da proibição de pagamentos antecipados, do que o DL 275/93 [cf. art. 9.º, n.º 2, *o*)]. De fato, sem prejuízo de alcançarmos igual interpretação a partir da leitura do normativo português, a verdade é que a legislação europeia deixa claro que a proibição de pagamento incide sobre qualquer tipo de contrapartidas relacionadas com o negócio a ser celebrado, não somente em relação ao profissional com quem o consumidor contrata, como também no que toca a terceiros (interpostos pelo empresariado turístico-imobiliário para iludir o adquirente, no sentido de pensar que a proibição só está relacionada com o vendedor do *time-share* ou do produto de férias em questão), durante todo o prazo de arrependimento ou desistência do contrato (o que, adiante-se, é mais benéfico ao adquirente do que o previsto no art. 14 do DL 275/93). Retomaremos o assunto.

⁵⁰Dizemos isso não obstante tal disposição nos pareça inadequada em termos de protecção das partes mais débeis no plano contratual, mesmo enquanto princípio de Direito Internacional (não só quanto à lei aplicável como ainda em relação ao tribunal competente para a resolução de litígios). Assim nos manifestámos nos nossos *Estudos sobre a Directiva*, cit., 123-126 (RPDC) e 239-240 (RLBDC). Entretanto, face à complexidade de tal disciplina, especialmente diante das recentes mudanças que se vêm sentindo no plano legislativo europeu (designadamente no que se refere aos direitos dos consumidores), a recomendação mais prudente parece ser a de aguardar antes de aduzir maiores comentários sobre o tema.

⁵¹Sobre o uso de “novas tecnologias” para a convocatória de assembleias gerais, vide os art.ºs 34, n.º 4, e 50, n.º 3.

⁵²Dito por outras palavras, do confronto entre os dispositivos resulta que a língua constante do

formulário de informação pré-contratual pode ser diversa daquela utilizada no âmbito da execução contratual, o que pode gerar, segundo imaginamos, conflitos de interesses e prejuízos para os turistas e consumidores. Note-se que estamos diante de uma inovação trazida pela entrada em vigor do DL 37/2011. Apenas para argumentar, não é difícil imaginar que a informação consagradora de tal “mudança de línguas” a qual, numa situação mais extrema, quiçá esdrúxula, faz-nos pensar num contrato “informado” numa língua e “executado” em várias outras, apenas para confundir o consumidor passe despercebida para alguns adquirentes, em meio ao extenso rol de informações que devem constar do aludido formulário, permitindo que os consumidores sejam confrontados com cobranças de preços que não poderão calcular, ou que lhes sejam negados pedidos de informação na ou nas línguas que lhes sejam familiares, ou ainda que lhes seja dificultada a efectivação das consequentes reclamações que quiserem fazer, tudo durante a fase de execução do contrato. Sobre o tema, é digno adiantar que o próprio contrato (portanto, não apenas a informação pré-contratual), pelo menos quanto à transmissão de direitos reais de habitação periódica e de direitos de habitação turística, é celebrado na língua ou numa das línguas do Estado em que o consumidor reside ou do qual é nacional, bem como na língua do Estado onde se encontra localizado o imóvel, tratando-se de uma das línguas da Comunidade Europeia, o que significa que, também no momento da celebração contratual, existe a preocupação em informar o consumidor numa língua com a qual esteja familiarizado (cf. arts. 11, n. 6; 17, n. 2, e 48, números 2 e 4).

⁵³A mesma solução é definida, com o intuito de solucionar questão parecida com a que foi acima explicitada, na obra do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DE PORTUGAL – GABINETE DE POLÍTICA LEGISLATIVA E PARLAMENTO, *Lei do Comércio Electrónico Anotada* (Coimbra Editora/Coimbra, 2005), 113 e 114. Assim, entendemos que, se os destinatários da informação são membros de um país e se o contrato é celebrado numa língua que lhes seja familiar, constitui uma violação ao princípio da boa-fé (cfr. art.º 8º, n.º 1, da Lei 24/96 ou Lei de Defesa do Consumidor), considerando razoavelmente os interesses do próximo, confrontá-los com línguas desconhecidas durante a execução contratual e até num momento pós-contratual (visto que o aludido dispositivo determina o dever de informar clara, objectiva e adequadamente o consumidor, mesmo num período de assistência após o negócio jurídico).

⁵⁴Cfr. art.º 9.º, n.ºs 4 e 5, bem como art.º 47-A, n.ºs 4 e 5 (nesse último caso especificando melhor as circunstâncias em que as alterações são admitidas). De uma maneira mais ampla, tais dispositivos parecem inserir-se no dever de integração das informações pré-contratuais no conteúdo do contrato (ver, por exemplo, o art. 7.º, n. 5, da Lei de Defesa do Consumidor), permitindo não só que o potencial adquirente avalie a equivalência entre as prestações contratuais (aquilatando a conveniência de celebrar ou não o negócio), como ainda guie a sua conduta durante a execução do contrato.

⁵⁵Os deveres vêm previstos no art. 43, que inclui no seu âmbito, através da redacção do n. 6, a publicidade veiculada com o objectivo de promover a revenda e a troca. Quanto aos direitos de habitação turística, há extensão de regimes definida pelo art. 53, n. 1.

⁵⁶Cf. art. 43, n.1.

⁵⁷Cf. art. 43, n. 2.

⁵⁸Cf. art. 43, n. 3.

⁵⁹Cf. art. 43, n. 4.

⁶⁰Cfr. art.º 43, n.º 5.

⁶¹Cfr. art.º 44 e 53, n.º 1.

⁶²Cfr. art.º 17, n.º 1.

⁶³Cfr. art.º 17, n.º 2.

⁶⁴Cfr. art.ºs 17, n.º 3; 18, n.ºs 1, *e*), e 2 e 19, n.ºs 1 e 2. Observe-se que o n.º 4 do art.º 17, que tratava da proibição de pagamento de sinais, foi revogado. Entretanto, parece-nos possível entender que a proibição continua a vigorar enquanto o consumidor puder exercer o seu direito de retractação, segundo a leitura que se obtém do art.º 14, embora o normativo que melhor regule o assunto seja a Directiva 2008/122/CE, consoante crítica feita acima.

⁶⁵Cfr. art.º 17, n.º 5.

⁶⁶E aqui pedimos a atenção para a leitura que se pode obter a partir do art. 11, n. 2, *i*), do DL 275/93. O legislador refere-se ao regime de instalação, exploração e funcionamento dos empreendimentos turísticos como sendo o DL 167/97. Porém, este regime foi substituído pelo DL 39/2008 (v. art. 77, onde consta a revogação do DL 167/97 e de suas alterações).

⁶⁷Cf. art. 11, n. 3.

⁶⁸Cf. art. 11, n. 4.

⁶⁹Cf. art. 11, números 5 a 7. Sobre o tema das menções, lembre-se que a Directiva 2008/122/CE mostra-se mais favorável ao consumidor do que o DL 275/93. Aqui o ideal seria que o legislador suprisse as suas falhas com base no normativo da União Europeia, aproveitando para exigir a assinatura em separado também quanto ao recebimento das traduções de documentos devidos ao consumidor, alterando o que hoje consta do art. 11, n. 6.

⁷⁰Cfr. art.º 12, n.º 1.

⁷¹Cf. art. 12, n. 2. Note-se ainda que o art. 61 determina a isenção de pagamento de imposto municipal sobre as transmissões onerosas (IMT) em relação aos direitos reais de habitação periódica.

⁷²Cf. art. 12, n. 3. O n.º 4 esclarece que, uma vez transmitido o direito real de habitação periódica, são cedidos do antigo para o novo titular os direitos e obrigações existentes em relação ao explorador e administrador das unidades de alojamento, sem a necessidade de concordância deste.

⁷³Nos moldes do art. 48, n.º 2.

⁷⁴Valendo, portanto, as mesmas críticas antes feitas quanto ao confronto entre o disposto na Directiva 2008/122/CE (v. art. 5º, n.º 4, outra vez) e o previsto no DL 275/93 (agora no que toca ao art. 48, números 3 e 4).

⁷⁵Cf. art. 51, números 1 e 3.

⁷⁶Por exemplo, quanto à necessidade de indicação prévia – a ser depois integrada no contrato sobre as eventuais restrições à possibilidade de ocupação do alojamento (as quais podem ter que ver com a necessidade efectuar reservas com antecedência ou outros problemas relacionados com o sistema de trocas). V. o disposto nos art. 9º, n.º 3, *a*), e 47, n.º 3, *b*).

⁷⁷Sobre uma eventual admissibilidade de impossibilitar a revenda, v. o art. 9º, n.º 3, *f*).

⁷⁸De fato, a Directiva 2008/122/CE, na Parte 3 do seu Anexo IV, exige que sejam prestadas ao consumidor várias informações especificamente voltadas para a celebração do contrato de adesão a sistemas de troca, explicando o funcionamento do sistema, quantificando os membros nele inscritos, indicando a rede de empreendimentos turísticos disponíveis, dando exemplos concretos de trocas, etc.

Sobre o tema, ver os nossos *Estudos Sobre a Directiva*, cit., 126-128 (RPDC) e 240-242 (RLBDC).

⁷⁹Cf. art. 6º, n. 1. Para confronto entre “escritura pública” e “documento particular autenticado”, vide ANA PRATA, *Dicionário Jurídico, Vol. I - Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária*⁴ (Almedina/Coimbra, 2008), 547 e 607. Conforme será visto a seguir, também quanto à modificação do contrato, salvo o disposto em lei especial, o título de constituição do direito real de habitação periódica pode ser modificado por escritura pública *ou por documento particular autenticado*, havendo acordo dos titulares de direitos reais de habitação periódica cuja posição seja afectada (cf. art. 7º, n. 1).

⁸⁰É preciso dizer que a nulidade é a solução que o legislador encontrou para os actos de violação aos direitos do consumidor sob uma perspectiva mais ampla e geral, como decorre da leitura do artigo 16 da Lei de Defesa do Consumidor. A proibição de pagamento antecipado é uma medida de protecção aos interesses económicos do consumidor, estritamente ligada à preservação do seu consentimento e da sua ponderação, uma vez que a antecipação do pagamento prejudica o exercício do direito do consumidor de revogar unilateralmente o contrato, partindo-se da ideia de que ele “pensará duas vezes” antes de pôr termo a um contrato quando sabe que poderá encontrar dificuldades para receber de volta o que foi adiantadamente pago (podendo até não receber nada, conforme jurisprudência exemplar citada por JANUÁRIO DA COSTA GOMES, cit., 71). Assim, parece-nos que, por vários motivos (transposição inadequada, falta de enquadramento no âmbito do Direito do Consumidor, reconhecimento de abusos na comercialização do *time-share*, etc.), o DL 275/93 terá de ser revisto quanto a este ponto.

⁸¹Cf. art. 8º do DL 446/85. PAULO DUARTE, *A Protecção Jurídica*, cit., 35, lembra-nos, com fundamento na alínea *d*) deste artigo, que são inexistentes os contratos em que todo o clausulado se encontre disposto depois da assinatura dos contraentes, no verso da folha que lhe serve de suporte.

⁸²Cf. art. 292 do Código Civil, bem como o art. 9º do DL 446/85.

⁸³Cf., por exemplo, arts. 9º, n. 1, e 16, n. 1, da Lei de Defesa do Consumidor e art. 15 do DL 446/85.

⁸⁴Adriana Menezes de Simão KUHN, *O Tempo e a Catividade dos Contratos: Elementos para uma Abordagem Sistemática da Teoria dos Contratos*, em *A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual* (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2007), 473⁶⁵, referindo-se ao superior entendimento de ERIC JAYME.

⁸⁵Prova disso é o crescimento dos contratos de revenda, que já existem há um bom tempo e agora aparecem mais bem regulados com as alterações trazidas pelo DL 37/2011. Se a compra de produtos de férias em “segunda mão” tornou-se um mercado particularmente interessante, foi porque os preços da aquisição tornavam-se bastante mais modestos em termos económicos, representando uma “mudança” que certamente não podia ser sentida aquando do surgimento da figura do *time-share*.

⁸⁶A cessão pode ser gratuita ou onerosa, devendo ser comunicada à gestão do empreendimento, nos termos do art. 21, n. 3, do DL 275/93.

⁸⁷Cf. art. 23, n. 3.

⁸⁸Sobre o tema, diga-se que o crédito do proprietário goza de privilégio creditório imobiliário sobre o direito do titular e que a dívida atribui força executiva ao contrato de transmissão do direito real de habitação periódica, à certidão do registo predial e às actas de assembleia, tudo consoante o previsto

no art. 23, números 1 e 2, do DL 275/93.

⁸⁹Cf. art. 35, n. 2.

⁹⁰MIRANDA BARBOSA, cit., 7.

⁹¹Ver art. 9º, números 4 e 5, bem como art. 47-A, números 4 e 5.

⁹²Cfr. art. 7º, n. 1. Geralmente, a doutrina refere alguma dificuldade na consecução de acordos entre os titulares de direitos de utilização de bens turísticos a tempo parcial, levando-se em conta que muitas das vezes são estrangeiros que visitam a localidade apenas no seu período de férias.

⁹³Cfr. art. 7º, n. 2.

⁹⁴Cfr. art. 7º, n. 3.

⁹⁵Cfr. art. 21, n. 1, c).

⁹⁶Cf. art. 24, números 1 e 2.

⁹⁷Ver art. 51, números 2 e 3. Note-se que, consoante se deduz da leitura do n. 1 deste artigo, não é obrigatória a existência de prestação periódica a ser paga pela pelos titulares de direitos de habitação turística.

⁹⁸Cf. art. 50-A, n. 6.

⁹⁹Cf. art. 50, n. 1.

¹⁰⁰Cf. art 25, n. 1. Sobre a cessão da exploração, ler os números 2 e 3 do mesmo artigo. Para informações sobre a “afectação total” da exploração turística, ver especialmente os arts. 44 a 47 do DL 39/2008.

¹⁰¹Cf. art. 27, n.1.

¹⁰²Cf. art. 27, n.2.

¹⁰³Cf. art. 28. Sobre assembleia geral de titulares de direitos reais de habitação periódica, inclusivamente quanto à destituição do administrador, *vide* especialmente os arts. 34 e seguintes. No caso dos direitos de habitação turística, v. art. 50, números 2 e 3.

¹⁰⁴ANA PRATA, cit., 225.

¹⁰⁵Como visto, nos casos de direitos reais de habitação periódica perpétuos, o art. 12, n. 3, estabelece a possibilidade de transmissão do direito por morte. Quanto aos direitos de habitação turística perpétuos, face à sua natureza obrigacional, como nada é dito acerca de extinção do contrato pela morte do titular, não se tratando de obrigações *intuitu persona*, parece-nos que a transmissão *mortis causa* também poderá ter lugar, sem prejuízo de serem utilizadas outras alternativas, por parte dos sucessores, para a extinção do contrato.

¹⁰⁶Ver ROMANO MARTINEZ, cit., 56 e 57.

¹⁰⁷JANUÁRIO DA COSTA GOMES, cit., 85: “O direito de desistência previsto nos artigos 16 e 19 do Decreto-Lei n.º 275/93 não é naturalmente impeditivo do exercício do direito de resolução nos termos gerais”.

¹⁰⁸CARVALHO FERNANDES, cit., 493. O autor aduz que, ao lado da renúncia, outros fatos extintivos dos direitos reais de gozo podem também extinguir o direito real de habitação periódica, como acontece em relação à perda da coisa.

DIREITO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR

PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU
E DO CONSELHO RELATIVA AOS DIREITOS DOS
CONSUMIDORES COM (2008) 614 FINAL 2008/0196,
DE 08.OUT.2008

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

“Em última análise, a proposição visa reduzir os custos dos empreendedores que hoje estão obrigados a observar, no comércio transfronteiriço, o acervo legal especializado de cada um dos Estados-membros dos seus consumidores”

“Na harmonização mínima adotam-se regras comuns que se aplicam a todos os Estados-nacionais, mas que deixam a possibilidade a cada Estado-membro de manter ou adotar regras internas nacionais que assegurem níveis mais elevados de proteção”

“A harmonização total (horizontal) comunitária das regras de defesa do consumidor representa um cerceamento imposto aos Estados-membros de adotar medidas mais benéficas do que as enunciadas pela proposta de diretiva”

“A harmonização total prevista na Directiva-Quadro 2005/29, das Práticas Desleais, trouxe à baila exatamente a experiência inibidora do legislador nacional, na medida em que limita os poderes do Estado-membro de legislar de forma mais protetiva em prol do consumidor”

“A harmonização total, portanto, implica a inibição do Estado-membro legislar no direito interno de forma mais valiosa ou estrita, ainda que para beneficiar ou proteger seus consumidores nacionais”

“O reconhecimento de que é inexplorado e falho o sistema de vendas transfronteiriças e da necessidade de maior proteção do consumidor são evidentes, mas a eventual harmonização total proposta deveria se limitar às compras online além-fronteiriças, com regras de proteção de elevadíssimo padrão de garantia”

“A revisão das quatro diretivas, com o escopo de unificar, simplificar, clarificar e atualizar noções e conceitos jurídicos, eliminar incoerências e preencher eventuais lacunas existentes, na verdade, trouxe novas imprecisões e indefinições”

“No afã de harmonizar, a proposta impôs aos Estados-membros, com desenvolvido nível protetivo, um teto de proteção para direitos dos consumidores, rendendo ensejo à redução de direitos já conquistados”

“A Estratégia de Lisboa, 1995 – “A União experimenta a sua melhor situação macroeconômica ... como resultado de uma política monetária orientada para a estabilidade suportada por políticas fiscais sãs num contexto de moderação salarial. A inflação e as taxas de juro são baixas, o déficit do setor público foi reduzido dramaticamente e a balança de pagamentos está ultra-saudável. O euro foi introduzido com toda a facilidade e os benefícios já se estão a ver, o mercado interno está quase feito e os benefícios para os consumidores e para as empresas são mais que evidentes. *“Mais arrogante do que isto, mais míope do que isto é absolutamente difícil.”* (grifos nossos)

José Luís da Cruz Vilaça, novembro de 2003¹

“O mercado único é o alvo do esforço da Europa. Para os cidadãos, ele representa o direito a viver e trabalhar noutro país da EU e aceder a uma vasta escolha de produtos de qualidade e serviços a baixo preço. Para as empresas, significa operar num mercado doméstico de 500 milhões de pessoas, baseado na lei e no respeito e confiança mútuas. O mercado único é mais importante do que nunca. Quero vê-lo fortalecido e adaptado ao mundo globalizado do século XXI”.

Presidente José Manuel Barroso²

Portugal possui um acervo de normas de proteção dos consumidores de alto nível, em relação à maioria dos Estados da União Europeia.

Para tomarmos um exemplo: o período de retratação para um contrato à distância é de 14 (catorze) dias em Portugal, contra uma média europeia de apenas sete. Em Portugal o período de garantia de produtos é de dois anos com opção livre do consumidor, sem hierarquização, quanto à substituição do produto, resolução, reparação ou redução do preço, contra uma hierarquia presente na legislação europeia que obriga primeiro a reparar, depois a substituir e, só a seguir, se abre a possibilidade de reduzir o preço ou resolver o contrato.

O nível de proteção do consumidor português é dos mais elevados na União Europeia, de par com o dos países nórdicos.

Ocorre que esse elevado nível normativo de proteção do consumidor em Portugal, especialmente quanto aos contratos de consumo, não encontra uniformidade nos países da União Europeia que ostentam diferentes níveis de proteção em razão da fragmentação do acervo de normas com critérios díspares de transposição das diretivas de harmonização mínima.

A margem de manobra conferida aos Estados-membros na transposição da legislação comunitária sobre proteção dos consumidores, decorrente do princípio da harmonização mínima, gerou fragmentação da regulamentação e divergências nos direitos e obrigações das partes nas transações comerciais, e essa heterogeneidade do

acervo normativo representa, segundo os empresários, obstáculo à expansão do comércio transfronteiriço, em razão dos encargos de conformidade que incluem aconselhamento jurídico, material informativo, marketing, comunicações comerciais, para as empresas que exploram esse mercado interno, com quinhentos milhões de consumidores, nos trinta países que integram o Espaço Econômico Europeu.

A ideia do Código Europeu dos Contratos acabou por se malograr.

O Direito Europeu dos Contratos de Consumo não prosperou. Da opção original da revisão de vinte e duas diretivas à do acervo constituído por oito instrumentos do estilo, a Comissão Europeia formulou, no dia 8 de outubro de 2008,

O nível de proteção do consumidor português é dos mais elevados na União Europeia, de par com o dos países nórdicos

uma “Proposta de Diretiva dos Direitos dos Consumidores”, que pretende, com a revisão de quatro diretivas, unificar e harmonizar os direitos dos consumidores de molde a desenvolver o Mercado Interno, sem fronteiras físicas, técnicas, aduaneiras e fiscais, o que assegura a livre circulação das mercadorias e dos serviços e, para tanto, adota a harmonização total dos direitos dos consumidores, o que poderá acarretar um abominável retrocesso.

Esta proposta promove a revisão do acervo comunitário relativo à defesa do consumidor, com o objetivo de simplificar e completar o quadro vigente. Este acervo funde, num único diploma legal, quatro diretivas que presentemente regulam estas matérias:

- 1) Cláusulas contratuais abusivas, diretiva 93/13/CEE;
- 2) Venda e garantia dos bens de consumo; diretiva 99/44/CEE;
- 3) Venda à distância, diretiva 97/7/CE;
- 4) Venda fora do estabelecimento, diretiva 85/577/CEE;

A proposta de diretiva relativa aos direitos dos consumidores abrange todos os contratos, de venda de bens e serviços entre empresas e consumidores, as compras feitas em loja física, as efetuadas à distância e fora dos estabelecimentos comerciais.

Ao contrário das diretivas revistas que assentam na harmonização mínima e permitem aos Estados-membros adotar níveis mais elevados de proteção, o propósito da União Europeia foi o de ultimar a construção de um verdadeiro mercado interno competitivo para as empresas, procedendo à harmonização total das matérias nela regulamentadas, sem que nenhum Estado-membro possa editar regras mais benéficas do que as que nela se consagram.

Existem diversos níveis de proteção nos trinta Estados que integram o Espaço Econômico Europeu. Países com menores níveis de proteção defendem uma harmonização máxima (nivelada pelo mínimo), pouco beneficiadora do consumidor, mas

assegura competitividade entre concorrentes e, afirma-se, mantém os preços baixos.

Ao contrário, países com maiores níveis de proteção, como Portugal, propugnam uma harmonização mínima, que impeça um retrocesso em direitos já adquiridos pelo consumidor nacional, ainda que os produtos possam apresentar preços um pouco mais elevados.

A harmonização global horizontal da proposta de diretiva promoverá alteração dos níveis de defesa do consumidor em alguns dos Estados-membros, que haviam adotado regras mais benéficas, com níveis mais elevados de proteção, que as consagradas na proposta de diretiva.

A proposta de diretiva sobre direitos dos consumidores não deveria permitir que a harmonização horizontal total de direitos dos consumidores colocasse em causa os níveis de proteção já assegurados pelas legislações nacionais.

Portugal, perante outros Estados-membros, coloca o cidadão-consumidor, que não o negócio, no centro da equação econômica e, portanto, deve se posicionar de forma contrária à aprovação da proposta de diretiva em análise.

1. DO MERCADO INTERNO EUROPEU

O 'Mercado Comum' data de 1957, com a criação da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e assento no Tratado de Roma.

A criação do Mercado Único Europeu e a moeda única são as mais importantes realizações da União Europeia.

Este mercado interno de compra e venda transfronteiras dentro da União Europeia tem como elementos o livre trânsito do cidadão europeu, ampliação do mercado de trabalho e livre comércio intracomunitário de mercadorias e serviços, nos vinte e sete Estados-membros, como se não existissem fronteiras, como se tratasse de um só Estado.

O consumidor pode usufruir de uma vasta gama de produtos e se beneficiar do diferencial de preços e de qualidade em toda a Europa, adquirindo produtos em qualquer outro país da União Europeia sem pagar tarifas aduaneiras no retorno ao país de domicílio ou nas compras pela internet, pelo telefone ou correio.

O fornecedor pode, pois, vender para todos os Estados-membros explorando um mercado de 500 000 000 (quinhentos milhões) de consumidores. A quebra do monopólio postal facilita a circulação de mercadorias dentro da UE, aproveitando a abertura das fronteiras alfandegárias e comerciais. A utilização da internet e do comércio eletrônico permite que o mercado se expanda, alcançando, repita-se, uma mole imensa de 500 milhões de consumidores no EEE.

A redução ou eliminação das barreiras comerciais abre os mercados nacionais

para serem explorados por empresas competitivas de outros Estados-membros. Há mais concorrência, os preços baixam e se tornam mais acessíveis. O consumidor se beneficia com preços mais baixos e com a possibilidade de uma escolha mais variada de qualidade dos produtos.

A União Europeia objetiva o fortalecimento deste “Mercado Interno” e advoga que os obstáculos devem ser eliminados mediante a adoção de regras uniformes no Espaço Econômico Europeu para garantir segurança jurídica para os dois protagonistas do mercado de consumo: consumidores e empresários. A diretiva prescreve a harmonização total das legislações dos Estados-membros no que tange às práticas comerciais, de acordo com o princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Dentro desse contexto surgem questões jurídicas do mais elevado interesse, senão vejamos:

Será possível garantir que cerca de 500 milhões de cidadãos de um Espaço Econômico constituído por 30 Estados-nação, a par da proteção legal da legislação comunitária inserta nas diretivas, se beneficiem do mesmo nível elevado de proteção efetiva do consumidor?

Países com menores níveis de proteção defendem uma harmonização máxima (nivelada pelo mínimo), pouco beneficiadora do consumidor

Será possível garantir que este mercado interno seja ampliado e funcione de forma segura, conquistando a confiança necessária para as relações de consumo transfronteiras?

O cidadão europeu consumiria fora do seu Estado de residência se existisse uma legislação comunitária uniforme, ainda que de elevado nível?

A decisão de consumo é assumida à luz do acervo de normas comunitárias ou é balizada por circunstâncias e conhecimentos práticos, tais como experiências negativas anteriores, próprias ou de terceiros, de compras transfronteiras sem garantia pós-venda, de compras pela internet com frustrada entrega de produtos, pela complexidade de se acionar o fornecedor em outro Estado-membro, pela falta de assistência pós-venda, pela inexistência de serviços de atendimento ao consumidor na sua língua natal?

Na realidade, o baixo nível de transações transfronteiras parece decorrer da má qualidade do serviço do fornecedor. A satisfação do consumidor em relação à compra e pós-venda pela internet determina o grau de confiança do consumidor:

Em Portugal apenas cerca de 15% dos consumidores/vendedores (retalho) reportam ter operado fora do território, o que representa metade da média europeia. Este fenómeno denuncia não apenas a desconfiança face ao comércio eletrónico,(...) apenas 13% dos portugueses consomem através da internet contra uma

média de 37% na UE. Há claramente um problema com o comércio eletrônico, que acumula 54% das queixas feitas junto dos organismos de defesa do consumidor, (...) em Portugal³.

2. DA PARTILHA DE COMPETÊNCIAS ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS-MEMBROS

A base jurídica da proposta de diretiva tem assento no art. 95 do Tratado que diz respeito tão somente ao funcionamento do ‘mercado interno’:

Artigo 95.o Em derrogação do art.º 94.o e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no art.º 14.o. O Conselho, deliberando nos termos do art.º 251.o, e após consulta ao Comitê Econômico e Social, adota as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

Em que pese às críticas do CESE com relação à não adoção do art. 153 (art. 169 na versão consolidada após o Tratado de Lisboa), que trata especificamente do direito dos consumidores, a proposta descortina já na eleição da base jurídica a filosofia que a orienta colocando em primeiro plano a ótica econômica do mercado interno para, em plano secundário, cuidar do consumidor como “um agente racional do mercado”⁴.

O Tratado de Lisboa estabelece o princípio de delimitação e partilha da competência entre a União e os Estados-membros para disciplinar o direito do consumo.

À luz dos art. 169 e 114 do Tratado de Roma, a União pode legislar sobre matéria atinente aos direitos dos consumidores, devendo observar os princípios da subsidiariedade⁵ e da proporcionalidade:

DA UNIÃO EUROPEIA (Versão consolidada após Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009)

Artigo 4.º

1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-membros quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos artigos 3.º e 6.º

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

a) ...

f) Defesa dos consumidores;

Artigo 12.º (antigo nº 2 do artigo 153 do TCE)

As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União.

TÍTULO XV – A DEFESA DOS CONSUMIDORES

Artigo 169.º (antigo artigo 153 do TCE)

1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

2. A União contribuirá para a realização dos objetivos a que se refere o nº 1 através de:

a) Medidas adotadas em aplicação do artigo 114 no âmbito da realização do mercado interno;

b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-membros.

3. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social, adotarão as medidas previstas na alínea b) do nº 2.

4. As medidas adotadas nos termos do nº 3 não obstam a que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de proteção mais estritas.

Esta visão dualista da União Europeia, que visa atender às demandas econômicas e operacionais do mercado interno, mas, ao mesmo tempo, espera defender os consumidores, é revelada desde sua concepção e retratada na base jurídica adotada.

3. DA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NA UNIÃO EUROPEIA

Desde 2004 a Comissão Europeia tem manifestado interesse em rever o acervo de normas comunitárias de direito do consumo (Consumer Acquis) geradas pelo princípio de harmonização mínima.

O quadro normativo emoldurado pelos Estados-membros na transposição para o direito interno das diretivas comunitárias de harmonização mínima está marcado por conquistas dos consumidores. Em muitos casos, os Estados nacionais puderam ir além do grau de proteção concedido aos consumidores no direito comunitário, introduzindo ou mantendo regras mais protetivas deferidas ao consumidor nacional. Como consequências existem diferenças no nível de proteção dos consumidores da UE e diversas modalidades do exercício dos direitos conferidos pelas diretivas.

Portanto, a Comissão Europeia preparou uma “Proposta de Diretiva dos Direitos dos Consumidores” que parte da premissa de que esta fragmentação traduz elevados custos para o segmento econômico, já que as empresas têm de ter em mira – nas suas estratégias mercadológicas – toda a diversidade de normas de diferentes níveis, como as que vigoram nos Estados-membros. O propósito de desobstruir essas barreiras comerciais, que existiriam em razão de os Estados-membros possuírem diferentes regras e distintos níveis de proteção dos direitos do consumidor, decorrentes das transposições das diretivas para os ordenamentos internos, fomentaria o comércio tradicional e eletrônico que cruza as fronteiras dos Estados, buscando a criação de um autêntico mercado interno, razão pela qual deveriam ser uniformizadas as oito diretivas comunitárias a seguir enunciadas:

1) Diretiva 93/13/CEE – cláusulas contratuais abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

2) Diretiva 1999/44/CE – certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

3) Diretiva 97/7/CE – contratos à distância.

4) Diretiva 85/577/CEE do Conselho – contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.

5) Diretiva 90/314/EEC – viagens organizadas.

6) Diretiva 94/47/EC – *time-sharing*.

7) Diretiva 98/6/EC – preços.

8) Diretiva 98/30/EC – procedimentos judiciais.

Foi então realizada uma consulta pública (Green paper) em 08 de fevereiro de 2007⁶, em que foram confirmados posicionamentos favoráveis às alterações que alcançavam apenas as quatro primeiras diretivas, numa conferência com 200 participantes, em 14 de novembro de 2007, após debates com as partes interessadas (associações de consumidores) e manifestações das grandes empresas (Apple, Amazon, e-Bay, Nokia, Pixmania, Sharp, Sony, Adobe) sobre as dificuldades encontradas no comércio de produtos além-fronteiras e examinadas as reclamações de consumidores em relação ao comércio transfronteiriço.

4. PROPOSTA DE DIRETIVA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COM (2008) 614 FINAL 2008/0196, DE 08.10.2008

A proposta de alteração teve por escopo um sem-número de modificações nas seguintes diretivas:

1) Diretiva 93/13/CEE – em tema de cláusulas contratuais abusivas nos

contratos celebrados com os consumidores.

2) Diretiva 99/44/CE – no domínio de certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

3) Diretiva 97/7/CE – em matéria de contratos à distância.

4) Diretiva 85/577/CEE do Conselho – no que toca aos contratos negociados fora de estabelecimento.

As quatro diretivas, objeto de revisão, previam ab origine cláusulas de harmonização mínima, o que significa que os Estados-membros poderiam manter ou adotar regras mais estritas no âmbito da defesa do consumidor.

Sob a ótica do segmento econômico empresarial, o amplo recurso a esta possibilidade, pelos Estados-membros, determinou, como se assinalou, um quadro normativo fragmentado em toda a Comunidade, conduzindo a elevados “custos de conformidade” para as empresas que pretendem efetuar transações transfronteiras, obrigadas a cumprirem uma diversidade de normas protetivas dos Estados-membros, de diferentes níveis. Esta fragmentação, segundo os empresários, torna inseguro o mercado transfronteiriço, criando ambiente para que as empresas se mostrem reticentes em efetuar vendas transfronteiras aos consumidores, o que, a essa luz, é prejudicial para o bem-estar dos consumidores na medida em que deixam de se beneficiar de preços competitivos a nível comunitário

Argumenta a proposta de diretiva que em razão dessa fragmentação e desnível de proteção dos consumidores no conjunto de Estados-membros, o grau de confiança dos empresários e consumidores nas compras transfronteiras é baixo, e aponta o desmembramento do acervo no âmbito da defesa dos consumidores como uma causa:

“De acordo com a avaliação do Eurobarômetro (...) 26% dos consumidores da EU adquiriram bens e serviços a empresas estabelecidas noutros Estados-membros da UE. Apesar de as vendas à distância constituírem um fenómeno em expansão, apenas 6% dos consumidores fizeram compras pela internet a um fornecedor de outro Estado-membro. Uma das razões é que 45% dos consumidores se sentem menos confiantes para fazer compras pela internet a empresas localizadas no estrangeiro (num Estado-membro este número atingiu 73%). Este aspecto é demonstrado também pelo fato de 44% das pessoas com acesso à internet em casa terem feito uma compra doméstica por comércio eletrónico, ao passo que apenas 12% fizeram uma compra por comércio eletrónico transfronteiras. Em geral, 56% dos consumidores consideram que, ao adquirirem produtos e serviços a empresas em outros Estados-membros, é menos provável que essas empresas respeitem as leis de defesa do consumidor. 71% acreditam que é mais difícil resolver problemas, como queixas, reembolsos, descontos, garantias etc., ao adquirir algo a empresas em outros Estados-membros. Para 65% é mais pro-

blemática a devolução de um produto adquirido por venda à distância durante o prazo de reflexão, quando a aquisição é feita a um fornecedor de um Estado-membro diferente. A existência de regras diferentes resultantes da harmonização mínima pode ter impacto negativo no mercado interno. Um dos motivos por que os consumidores têm relutância em fazer compras transfronteiras é o fato de não terem a certeza de que o nível de proteção de que gozam em seu país se aplique às aquisições transfronteiras. Por exemplo, a duração do prazo de reflexão nas vendas transfronteiras à distância varia entre os Estados-membros, gerando incertezas para os consumidores. O mesmo se aplica às modalidades do exercício do direito de retratação e ao custo da devolução dos bens adquiridos.⁷⁷

Países com maiores níveis de proteção, como Portugal, propugnam uma harmonização mínima, que impeça um retrocesso em direitos já adquiridos pelo consumidor

A fragmentação e a correspondente diferenciação do nível de defesa dos consumidores dificultariam quer a realização de campanhas de sensibilização no mercado comum em matéria de direitos dos consumidores, quer a aplicação de mecanismos extrajudiciais ou judiciais, alternativos ou ortodoxos, de resolução de litígios.

Em última análise, a proposição visa reduzir os custos dos empreendedores que hoje estão obrigados a observar, no comércio transfronteiro, o acervo legal especializado de cada um dos Estados-membros dos seus consumidores, o que justificaria a recusa das empresas de efetuarem vendas transfronteiras ou a limitarem geograficamente o seu raio de comercialização discriminando e excluindo consumidores em razão do país de seu domicílio, por vislumbrarem insegurança jurídica no comércio além-fronteiras dos Estados-membros.

A razão da inibição para vendas além-fronteiras tem origem no Regulamento Roma I, que assegura que os consumidores que celebram um contrato com um comerciante no estrangeiro não podem ser privados da proteção que lhes proporcionam as disposições não derogáveis do seu país de origem:

Artigo 5.º Contratos celebrados por consumidores

1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o “consumidor”, para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento.

2. Não obstante o disposto no artigo 3.º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual:

– se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma propos-

ta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário e se o consumidor tiver executado nesse país todos os actos necessários à celebração do contrato ou

– se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país ou

– se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor se tiver deslocado desse país a um outro país e aí tiver feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar.

3. Não obstante o disposto no artigo 4.º e na falta de escolha feita nos termos do artigo 3.º, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor tiver a sua residência habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no nº 2 do presente artigo.

A proteção comunitária do consumidor europeu conduz à reflexão entre a harmonização minimalista e maximalista. Na harmonização mínima adotam-se regras comuns que se aplicam a todos os Estados-nacionais, mas que deixam a possibilidade a cada Estado-membro de manter ou adotar regras internas nacionais que assegurem níveis mais elevados de proteção. Já na harmonização máxima, está-se a pensar no conjunto de regras comuns, que nas diversas matérias são definidas e adotadas por todos os Estados-membros e que os impedem de adotarem regras próprias, ainda que mais benéficas ou protetivas.

A proposta de diretiva persegue a harmonização total do nível de garantias de defesa dos consumidores, o que significa a uniformização horizontal do nível de proteção, para assegurar a competitividade das empresas transnacionais na exploração deste mercado interno comunitário e segurança para os consumidores.

Estas justificativas orientaram o legislador comunitário a propor, na Resolução de 16 de julho de 2007, uma diretiva horizontal baseada numa harmonização total orientada, que criasse condições para que qualquer empreendedor realize vendas on line ou em loja para qualquer consumidor de outro Estado-membro, da zona do Mercado Comum Europeu.

A contrapartida para os Estados-membros é a de que ficarão privados de estabelecerem, a nível local, proteções diversas ou mais estritas que impliquem maiores ou menores garantias para os consumidores, razão pela qual a harmonização total só se justifica se for adotado o nível mais elevado de proteção, para que não se traduza em prejuízo para os consumidores dos Estados-membros com maior evolução legislativa de defesa dos consumidores, hipótese em que os consumidores perdem direitos com a proposta de diretiva em questão.

A proposta de diretiva dos direitos dos consumidores foi objeto de parecer do CESE (relator: conselheiro Bernardo Hernandez Bataller), votado a 16 de julho de 2009. O parecer é contrário à aceitação de uma diretiva-quadro que, ao hori-

zontalizar direitos, pode subtrair algumas garantias dos consumidores dos países cuja legislação de defesa do consumidor é mais vantajosa, em homenagem a uma almejada paridade no seio do Mercado Interno.

O conselheiro JORGE PEGADO LIZ tratou do tema da harmonização dos direitos dos contratos de consumo em intervenção na Reunião Plenária do CESE, de 16 de julho de 2009 e opinou em termos veementes em torno da proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores COM (2008) 614 final – 2008/0196 (COD), como segue:

“DIREITOS DOS CONSUMIDORES”

Senhor Presidente

Permita-me que, por uma vez, não seja politicamente correcto.

Eu, como muitos outros, fui dos que depositaram grandes esperanças na Sra. Comissária Kuneva e disse-lho pessoalmente.

Hoje sinto-me traído!

Porque esta proposta é uma verdadeira traição aos consumidores.

Poderia tratar-se da mais importante iniciativa da Comissão no domínio dos direitos dos consumidores no dealbar do século XXI.

Em vez disso, de um ponto de vista técnico jurídico, esta proposta é um autêntico chorrilho de asneiras, misturando o que não pode ser misturado num emaranhado de todo incompreensível de conceitos confusos e errados.

E, mais grave, de um ponto de vista político é um autêntico logro, uma farsa. Uma vergonha!

Se fosse aprovada tal como se apresenta – e espero bem que isso nunca aconteça – representaria um retrocesso de décadas na defesa dos consumidores e daria uma machada na confiança dos consumidores, que se mostra totalmente incapaz de ganhar para a realização do mercado interno.

O único parecer que eu votaria sem hesitações era aquele que, liminarmente, recomendasse a retirada pura e simples desta proposta, que tem contra ela a generalidade das organizações representativas dos interesses dos consumidores, muitas associações empresariais e uma grande parte dos Estados-membros.

Ainda assim o presente parecer merece apoio geral e quero saudar o desempenho exemplar dos relatores e dos seus peritos na tentativa, conseguida, de encontrar uma plataforma de consenso positiva que pode servir de base a uma reformulação profunda e indispensável da proposta desastrosa da comissão.

Apelo a ambos os relatores e às estruturas do CESE no sentido da mais ampla divulgação deste parecer junto de quem pode e deve impedir a adoção desta proposta desastrosa – os novos deputados do PE e os representantes dos Estados Membro do Conselho – e assim evitar que esta proposta se transforme numa

calamidade para os consumidores europeus nos inícios do século XXI.”

Temáticas: CESE - Proposta de diretiva “Direitos do Consumidores” - Jorge Pegado Liz - Parecer de 16 de julho de 2009⁸

O cenário é preocupante na medida em que a adoção da equação de harmonização total só se justifica realmente se a diretiva perseguir os mais elevados níveis de tutela do consumidor, assim se evitando que sejam derogadas normas dos Estados-nacionais mais benéficas para os consumidores ou se impeça que os Estados-membros fiquem inibidos de ampliarem as proteções que, muitas vezes, se tornam necessárias à luz das alterações econômicas, sociais e culturais e da inovação das práticas comerciais lesivas dos interesses dos consumidores.

O parecer do relator Bernardo Hernández Bataller, do Comitê Econômico e Social Europeu, mantém o tom da crítica nos seguintes termos:

1.1 O CESE recomenda que a proposta sobre direitos dos consumidores apresentada pela Comissão seja reformulada nos termos expostos no presente parecer e, por isso, no que diz respeito à harmonização plena, esta deveria restringir-se à harmonização horizontal para as vendas fora de estabelecimentos comerciais e as vendas à distância, porque são as áreas que mais afectam o comércio transfronteiriço.

A redução ou eliminação das barreiras comerciais abre os mercados nacionais para serem explorados por empresas competitivas de outros Estados-membros

1.2 Haveria que suprimir os parágrafos da proposta de diretiva referentes às cláusulas abusivas e às vendas e garantias de bens por abordarem aspectos que, no estado actual do direito comunitário, não podem ser abrangidos pela harmonização plena.

1.2.1 A proposta não apresenta inovações nalguns aspectos relevantes, como sejam a assistência pós-venda e as peças sobresselentes, a responsabilidade directa do produtor e as redes de distribuição.

1.3 O CESE considera que a existência de definições “comuns” pode contribuir para dar mais certeza e segurança jurídica aos operadores comerciais e aos consumidores. Para tal, a Comissão deverá pôr fim às contradições que, a este respeito, subsistem na proposta. 1.3.1 Por uma questão de segurança jurídica, o CESE solicita à Comissão que explicita o texto da proposta por forma a ficar claro se as definições estão harmonizadas ou se os Estados-Membros dispõem de margem discricionária para completar estes conceitos.

1.3.2 O consumidor europeu não pode ser visto exclusivamente numa óptica de mercado interno ou considerado como um agente racional no mercado, consciente e informado, que toma decisões numa pura lógica de concorrência,

podendo a sua protecção resumir-se a uma maior e melhor informação.

1.4 Na opinião do CESE são as deficiências graves sentidas ao nível da resolução dos conflitos e da reparação dos danos que constituem um factor determinante “se não o mais determinante” para a falta de desenvolvimento do comércio transfronteiriço. Ora, a proposta da Comissão omite esta preocupação que o Eurobarómetro reflecte⁹.

Nesse particular, a harmonização total (horizontal) comunitária das regras de defesa do consumidor representa um cerceamento imposto aos Estados-membros de adotar medidas mais benéficas do que as enunciadas pela proposta de diretiva, mesmo que o propósito seja o de assegurar um grau mais elevado de protecção dos consumidores.

5. DA HARMONIZAÇÃO TOTAL NA DIRETIVA 2005/29 DAS PRÁTICAS ABUSIVAS

A Diretiva Europeia das Práticas Comerciais Desleais, emanada do Parlamento e do Conselho da União a 11 de maio de 2005, inaugurou – contra o que fora até então prática corrente – a era da harmonização máxima.

A harmonização total prevista na Directiva-Quadro 2005/29, das Práticas Desleais, trouxe à baila exatamente a experiência inibidora do legislador nacional, na medida em que limita os poderes do Estado-membro de legislar de forma mais protetiva em prol do consumidor. É exatamente a mesma equação que se pretende adotar em relação à proposta de diretiva COM (2008) 614.

A harmonização total proíbe, por exemplo, que o Estado alemão possa disciplinar, na sua legislação interna, como prática abusiva, aquela que sujeita a participação dos consumidores num jogo ou num concurso à compra de produtos ou de serviços, já que tal legislação nacional entra em conflito com a diretiva harmonizadora 2005/29 das Práticas Abusivas. Coube ao Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia apreciar a conformidade da lei alemã com a diretiva 2005/29.

Essa foi exatamente a equação que está em causa no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia TJCE, de 14 de janeiro de 2010, sobre a diretiva 2005/29, concluindo que a norma nacional alemã não satisfazia às exigências impostas pela diretiva 2005/29, senão vejamos:

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA TJCE
14.JAN.2010 –

diretiva 2005-29.docx

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Primeira Secção)

14 de Janeiro de 2010 (*)

“diretiva 2005/29/CE – Práticas comerciais desleais – Legislação nacional que enuncia uma proibição de princípio de práticas comerciais que sujeitam a participação dos consumidores num jogo promocional à aquisição de um bem ou de um serviço”

No processo C-304/08, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha), por decisão de 5 de Junho de 2008, entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Julho de 2008, no processo

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contra Plus Warenhandelsgesellschaft mbH,

Acórdão

54 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à questão submetida que a diretiva 2005/29 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no litígio no processo principal, que prevê uma proibição de princípio, sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de um serviço¹⁰.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a diretiva 84/450/CEE do Conselho, as diretivas 97/7/CE, 98/30/CE e 2002/65/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho] e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 [do Parlamento Europeu e do Conselho] (“diretiva relativa às práticas comerciais desleais”), deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no litígio no processo principal, que prevê uma proibição de princípio, sem ter em conta as circunstâncias específicas do caso concreto, das práticas comerciais que fazem depender a participação dos consumidores num concurso ou num jogo promocionais da aquisição de um bem ou de um serviço.

Portanto, a decisão do TJCE é um exemplo didático do que a harmonização máxima significa, e no caso da Diretiva das Práticas Desleais, ter-se-á gerado um conflito da harmonização horizontal com o nível mais elevado de proteção perseguido pelo Estado-nacional.

A harmonização total, portanto, implica a inibição do Estado-membro legislar no direito interno de forma mais valiosa ou estrita, ainda que para beneficiar ou proteger seus consumidores nacionais, sob pena de a legislação interna colidir

com a diretiva harmonizadora.

Será que um Estado soberano, como a República Federal da Alemanha, pode ser impedido de proteger os seus consumidores contra promoções de sorteios condicionadas à compra de determinados produtos?

Por força da sua adesão aos tratados, a Alemanha consente na limitação da sua soberania perante os regulares ditames da União Europeia, desde que não ofendam, por seu turno, os tratados, direito primário a que se subordinam os Estados-membros, se e enquanto por eles estiverem vinculados.

Uma diretiva de harmonização máxima, instrumento próximo dos regulamentos, estabelece disciplina uniforme que nem sequer carece de transposição, passando a vigorar, após a sua entrada em vigor, na ordem interna de cada um dos Estados-membros.

Portanto, não pode a Alemanha, como qualquer outro dos Estados que integram a União, dispor em sentido mais favorável aos seus nacionais e aos que se submetam ao seu direito interno.

Outro exemplo de harmonização máxima com efeito inibidor da proteção ao consumidor nacional está retratado abaixo:

CONCLUSÕES DA ADVOGADA GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 24 de Março de 2010 1(1) Processo C 540/08 Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contra “Österreich” Zeitungsverlag GmbH

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Áustria)]
“diretiva 2005/29/CE – Harmonização – Protecção dos consumidores – Práticas comerciais desleais das empresas – Ofertas conjuntas – Conceito de prática comercial – Regime nacional que proíbe brindes associados a publicações periódicas – Protecção do pluralismo dos meios de comunicação social e dos concorrentes”

135. Em face do exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Oberster Gerichtshof do modo seguinte:

1. As disposições da diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a diretiva 84/450/CEE do Conselho, as diretivas 97/7/CE, 98/30/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (“diretiva relativa às práticas comerciais desleais”) devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a um regime nacional como o previsto no § 9a, n.º 1, ponto 1, da UWG, nos termos do qual o anúncio, a oferta ou a atribuição de brindes associados a publicações periódicas, bem como o anúncio de brindes associados a outros produtos ou serviços, é inadmissível, salvo excepções

taxativamente enunciadas, sem que o carácter enganador, agressivo ou desleal desta prática comercial tenha de ser verificado em concreto, mesmo quando esse regime vise não apenas a protecção do consumidor mas também outros fins, não abrangidos pelo âmbito de aplicação material da diretiva, como a preservação do pluralismo dos meios de comunicação social ou a protecção dos concorrentes mais fracos.

2. A possibilidade de participar num jogo com prémio, ligada à aquisição de um jornal, não é uma prática comercial desleal, na acepção do artigo 5.º, n.º 2, da diretiva 2005/29, apenas por constituir, pelo menos para uma parte do público alvo, certamente não o único motivo mas o motivo determinante para a compra do jornal.”¹¹

Se a proposta de diretiva dos direitos dos consumidores pode eventualmente reduzir direitos adquiridos nos Estados-membros, será que esta harmonização

O cidadão europeu consumiria fora do seu Estado de residência se existisse uma legislação comunitária uniforme, ainda que de elevado nível?

total não interessa mais aos empresários como forma de reduzir os custos de conformidade e como medida de mensurar e limitar o “risco ou custo da protecção do consumidor”, fragmentado pela tradicional harmonização mínima? Esta harmonização máxima se presta a servir de ferramenta para, de forma mediata, fomentar a concorrência dentro de um nível pré-determinado de lealdade?

A diretiva harmonizadora 2005/29/CE é exemplo de um duplo objetivo (twin objectives): Promover a Edificação do Mercado Interno e Proteger o Consumidor.

midor.

Na medida em que pretende erigir o mercado interno, visa servir ao segmento empresarial e, nessa base, pode suportar as aspirações dos empresários contra as pretensões das instituições de consumidores que são relegadas para um plano secundário de menor protecção.

As diretivas do estilo, quando não constituem o máximo denominador outorgando o maior nível de protecção do consumidor, perseguem ainda outro objetivo: o de impor o mínimo denominador comum, buscando avantajá-lo a protecção dos consumidores desvalidos dos círculos da defesa do consumidor, como no caso dos países da antiga Cortina de Ferro (Bloco Soviético), que não possuem os mesmos níveis de protecção do consumidor, mas desfavorecem os cidadãos dos países com maiores índices de tutela, como é o caso da Alemanha, da França, da Grã-Bretanha, da Itália, da Espanha e de Portugal.

A harmonização total se volta para o mercado interno com o predominante papel de padronizar a defesa do consumidor a nível comunitário e facilitar o

comércio transfronteiriço, mas não se pode dizer que, ao mesmo tempo, promova a defesa dos consumidores dos países com maiores níveis de tutela, como é patentemente, entre outros, o caso de Portugal.

A diretiva, que tem origem no interesse de garantir o mercado interno e que não decorre de proposta ou iniciativa das associações e órgãos de proteção dos consumidores, tem o predomínio objetivo de garantir que o “mercado interno” atue “uniformemente”, sem os obstáculos que a fragmentação normativa lhe poderia criar. Os considerandos, tanto da Diretiva das Práticas Desleais, como da Proposta de Diretiva do Direito dos Consumidores, intentam “uniformizar” quatro outros domínios – contratos ao domicílio, à distância, garantias e cláusulas abusivas, enunciam e explicitam esses objetivos.

A Diretiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008, que tutela o consumidor a crédito, também adota – em número significativo de segmentos – a harmonização total.

Em conclusão: a harmonização total, quando os níveis de proteção são mínimos ou médios, favorece os nacionais dos Estados-membros onde são débeis os planos de proteção, mas prejudicam aqueles Estados em que se dispensa um elevado nível de tutela, ou o mais elevado nível de tutela.

6. DA AMPLIAÇÃO DO MERCADO INTERNO PELA PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA LEAL COM REDUÇÃO DE CUSTOS DE CONFORMIDADE PELOS EMPRESÁRIOS

A justificativa da proposta se divide na manifestação da vice-presidente da Comissão Europeia de Justiça, Viviane Reding (Vice-President of the European Commission responsible for Justice), que em seu discurso no Dia Mundial dos Direitos do Consumidor, a 15 março de 2010, em Madri, asseverou que:

“Neste tempo de crise econômica, é mais importante que nunca que nós trabalheamos duro e rápido para trazer esses direitos aos consumidores. Até que os consumidores sintam que seus direitos sejam protegidos quando comprem através das fronteiras, eles vão limitar as suas compras dentro de seus próprios países e não vão aproveitar a jóia da coroa da UE - o Mercado Único. É por isso que a proposta de diretiva relativa aos direitos dos consumidores é, portanto, deliberadamente ambiciosa. O *status quo* de uma harmonização mínima das diretivas de Defesa do Consumidor existentes, não chega perto de estabelecer um verdadeiro mercado único para as empresas e os consumidores... Nós vivemos em um mercado único de mais de 500 milhões de consumidores. Mas quando tentamos

fazer compras online não se percebe isso. Esses 500 milhões de consumidores são alguns dos mais tecnológicos consumidores com a maior fome de inovação no mundo. Mas, no momento, o Mercado Único deixa-os na mão, principalmente quando eles compram online. Há muitas armadilhas: Muitos sites só permitem que compre online com um endereço em um determinado país. Uma pesquisa concluiu que 61% das transações transfronteiras não podem ser concluídas porque as lojas online não comercializam no país do consumidor. Mas a tecnologia online fica mais amigável e acessível ao consumidor a cada dia. Ainda que metade dos lares da UE tenha ligação à internet de alta velocidade, a falta de confiança dos consumidores continua a detê-los de fazer compras online. Outra pesquisa mostrou que apenas 12% dos usuários da web da UE se sentem seguros ao fazerem transações na internet. O animador é que há uma forte vontade de tirar proveito do mercado único. Um terço dos consumidores consideraria comprar online a partir de outro país, porque é mais barato ou melhor. Infelizmente, apenas 7% o fazem realmente. Se dermos aos consumidores mais confiança, podemos explorar todo o potencial econômico do mercado online da Europa única, de valor superior a € 100 bilhões em receitas. É uma grande decepção, que mais de 20 anos após o mercado europeu, muitos cidadãos não têm acesso ao mercado único. Os consumidores devem tirar partido da nossa jóia da coroa. Eles devem ter acesso a melhores escolhas de produtos e a preços competitivos. É por isso que a proposta da Comissão baseou-se na plena harmonização dos direitos do consumidor por achar essencial, uma vez que existe um longo caminho para que se alcance um verdadeiro mercado único para as empresas e os consumidores. Com um único conjunto de direitos do consumidor se tornaria mais fácil para pequenas empresas, especialmente para chegarem aos consumidores em toda a UE. Um único conjunto de direitos aumentaria a confiança dos empresários para o comércio além-fronteiras. Como resultado, haveria menos recusas de vendas transfronteiras. Um único conjunto de direitos do consumidor tornaria mais fácil para a Comissão realizar campanhas de informação pan-europeia. Os consumidores que conhecem os seus direitos são mais confiantes para comprarem no estrangeiro.”

O reconhecimento de que é inexplorado e falho o sistema de vendas transfronteiras e da necessidade de maior proteção do consumidor são evidentes, mas a eventual harmonização total proposta deveria se limitar às compras online além-fronteiras, com regras de proteção de elevadíssimo padrão de garantia.

E por quê? Porque só nas vendas à distância aceitar-se-ia a harmonização total pelos níveis mais elevados de proteção? Porque os países onde as debilidades são maiores e os níveis de proteção inexpressivos acertariam o passo pelos níveis mais elevados atingidos em países de ponta e onde as instituições de consumidores são

consideradas a ponto de imporem mudanças legislativas a favor dos seus nacionais.

Portanto, só o comércio eletrônico reuniria todas as condições para que a UE se beneficiasse com a harmonização total, de modo que nem sequer se esgrima se a lei aplicável é a do Estado-membro do consumidor, por ser a mais protetiva, ou a do fornecedor, que mais favorece os seus interesses.

A menos que a UE pretenda garantir o mais elevado nível de proteção para todos os temas das quatro diretivas, afinado pelo diapasão mais elevado e consequente de cada um dos Estados-membros, não se pode concordar com a proposta de diretiva, tal como concebida.

Se o propósito principal que domina a proposta de diretiva é o de estabelecer um verdadeiro mercado interno na União Europeia, entre empresas e consumidores, é no comércio eletrônico transfronteiriço que esta necessidade mais se evidencia. Para alcançar este objetivo só nesse caso se justificaria que o legislador comuni-

A adoção da equação de harmonização total só se justifica realmente se a diretiva perseguir os mais elevados níveis de tutela do consumidor

tário reduzisse os custos suportados pelas empresas para cumprirem o acervo fragmentado do direito do consumidor em cada um dos Estados-membros, o que pode representar barreira comercial para o empreendedor atender às diversas leis do consumidor, de diversos Estados-nacionais. Preferencial ou prevalentemente.

Portanto, justificado está o interesse revelado pelas grandes empresas Apple, Amazon, Nokia, Pixmania, eBay, Sharp, Sony, Adobe e outras que participaram da conferência de 08 de fevereiro de 2007¹², em Bruxelas, onde foram confirmados posicionamentos favoráveis às alterações das quatro diretivas para harmonização plena que unificará o direito do consumidor no âmbito do Mercado Comum Europeu. A maciça adesão desses conglomerados multinacionais denuncia uma estratégia oportunista dos agentes econômicos pela simplificação e redução de custos na exploração do mercado interno da União Europeia para fins de comércio transfronteiriço. “Os comerciantes da Comunidade que pretendem expandir as suas actividades transfronteiras reduziram significativamente os seus encargos administrativos graças à harmonização total.”¹³

A proposta tem por base, pois, a harmonização total de determinados segmentos do direito europeu dos contratos de consumo, com impacto positivo no mercado retalhista. Persegue a redução dos encargos administrativos suportados pelas empresas que pretendem efetuar vendas transfronteiras. A proposta cria um único conjunto de regras para garantir um nível comum de defesa dos consumidores na União e permitir que os comerciantes efetuem vendas a consumidores

nos trinta Estados que preenchem o Espaço Econômico Europeu, nas mesmas condições em que o fazem no Estado onde exercem a sua atividade, por exemplo, utilizando as mesmas cláusulas-tipo nos contratos e o mesmo material de informação. Assim, esta proposta reduziria significativamente os custos de conformidade dos empresários, mas todavia não garantiria aos consumidores dos Estados-membros com um elevado nível de defesa do consumidor qualquer benefício ou acréscimo de segurança.

7. DA HARMONIZAÇÃO MÁXIMA PELO MENOR DENOMINADOR COMUM COM REDUÇÃO DE DIREITOS ADQUIRIDOS

A proposta de diretiva dos direitos dos consumidores com harmonização máxima constitui um direito “uniforme” em todo o Espaço Econômico Europeu, com adoção do mesmo nível de proteção em todos os Estados-membros e nos que não o são, mas integram o EEE.

Em que pese o objetivo da União Europeia de universalizar um mesmo patamar de direitos dos consumidores para aqueles Estados-membros que já garantem, no regime interno, direitos superiores aos impostos pela proposta, isso poderá traduzir significativa perda de direitos para os consumidores desses espaços nacionais.

Na prática, o audacioso propósito de consolidar em uma só diretiva “os direitos dos consumidores” se frustrou. A revisão das quatro diretivas, com o escopo de unificar, simplificar, clarificar e atualizar noções e conceitos jurídicos, eliminar incoerências e preencher eventuais lacunas existentes, na verdade, trouxe novas imprecisões e indefinições. Existem duas definições: de produto e de bem. Não se sabe se o conceito de consumidor pode ser estendido a figuras mistas. O conceito de comerciante destoa do conceito de profissional, não se tendo certeza se o propósito foi o de redução do seu alcance. A figura do intermediário restou ambígua para fins do dever de informação. A exigência de se prestar informação foi flexibilizada com a adoção da fórmula “salvo se esta não surgir do contexto”. Há falta de precisão acerca da sanção, caso o dever de informação não seja cumprido.

Nos contratos fora do estabelecimento, pelo telefone, porta a porta, regulados pela Diretiva 85/577/CEE:

A transposição pelo DL 143/2001, alterado pelo DL 82/2008, de 21 de Maio, impõe requisitos de validade do contrato que deve ser escrito, no caso de valor superior a 60 euros, sob pena de nulidade, já a Proposta de diretiva admite mera nota de encomenda, assinada pelo consumidor, não podendo os Estados-

membros exigirem outros requisitos formais. A proposta encerra prejuízo para os consumidores que vivam sob o manto de tutela da lei portuguesa.

Quanto ao ônus da prova na norma nacional, o fornecedor tem que provar: a prestação da informação; a confirmação do pedido por escrito e o consentimento do consumidor. A proposta representa um prejuízo por não prever a inversão do ônus da prova neste particular.

No direito de arrependimento ou retratação, a lei portuguesa fixa o prazo de quatorze dias corridos para o efeito. Impõe trinta dias para devolução do dinheiro, sob pena de reembolso em dobro. Já na proposta, o consumidor deve devolver o bem em quatorze dias, a dobra desaparece, o fornecedor pode reter o reembolso até ocorrer a devolução do bem, o consumidor assume o custo da devolução e o consumidor deve arcar com a depreciação necessária para verificar a natureza e o funcionamento do bem. A proposta amplia as exceções com acréscimo de entrega de gêneros alimentícios, bebidas, contratos de pronta execução. Prejuízo, pois, para o consumidor nacional e os que se prevalecem do direito português.

Nos contratos à distância, vendas por correspondência, internet, telefone ou fax, a diretiva 97/7/CE, transposta pelo DL 143/2001, alterado pelo DL 82/2008, impõe requisitos de validade condicionados à prestação de informações prévias aos contratos, em suporte duradouro, documentos em papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória e o disco duro do computador. Mas a proposta de diretiva flexibiliza a exigência com requisitos de informação que podem ser adaptados aos condicionalismos técnicos dos meios: número de caracteres em alguns ecrãs de telefones móveis ou as limitações de tempo em anúncios de vendas televisivas. Há manifesto prejuízo neste passo.

No que respeita ao ônus da prova, o fornecedor tem que provar que a informação foi prestada. Já a proposta não cuida da inversão do ônus da prova. Prejuízo flagrante para o consumidor.

O direito de arrependimento ou retratação, no direito nacional, deve ser exercido no prazo de quatorze dias corridos. O fornecedor tem trinta dias para devolução do dinheiro, sob pena de reembolso em dobro. Já a proposta de diretiva exige o reembolso em prazo razoável, a dobra desaparece, o fornecedor pode reter o reembolso até receber devolução do bem, o consumidor assume o custo da devolução do bem e deve arcar com a depreciação necessária para verificar a natureza e o funcionamento do bem. Também prejudica o consumidor. As exceções (exclusões) são ampliadas com o acréscimo de fornecimento de vinho e contratos celebrados em leilões. Prejuízo, pois, uma vez mais face ao direito constituído em Portugal.

Nos contratos de consumo e garantias a eles conexas da Diretiva 99/44/CE,

transposta pelo DL 67/2003, com as alterações do DL 84/2008, se regula a compra e venda de consumo de bens móveis, tendo o legislador português estendido garantias análogas aos imóveis, mas a disciplina original abrange também a locação de consumo, a prestação de serviço e a empreitada de consumo. A proposta de diretiva só trata dos bens móveis, como o faz a diretiva atual. Não há, neste passo, prejuízo.

Porém, em caso de substituição, os bens sucedâneos, na lei nacional, rendem ensejo a novo prazo de garantia, mas a proposta exclui. De novo mais prejuízo para os níveis de tutela da posição do consumidor em Portugal.

Na desconformidade, o direito português consagra quatro remédios sem hierarquia: reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato, por opção do consumidor. Na proposta de diretiva há hierarquia: primeiro, a reparação e depois, a substituição; o comerciante escolhe e se traduzir excessivo esforço para ele, haverá opção pela redução do preço ou resolução do contrato. Prejuízo óbvio no contraste de regimes.

A eventual harmonização total proposta deveria se limitar às compras online além-fronteiras, com regras de proteção de elevadíssimo padrão de garantia

A opção exercida pelo consumidor só ocorrerá se houver recusa de reparo, ou se esse não ocorrer em prazo razoável, se a reposição causar inconveniente significativo para o consumidor e se o defeito reaparecer em curto espaço de tempo. Grande e grave prejuízo se detecta aqui.

A opção exercida pelo consumidor só ocorrerá se houver recusa de reparo, ou se esse não ocorrer em prazo razoável, se a reposição causar inconveniente significativo para o consumidor e se o defeito reaparecer em curto espaço de tempo. Grande e grave prejuízo se detecta aqui.

A devolução do dinheiro, no direito constituído, deve ocorrer em trinta dias. Na proposta, em prazo razoável. Prejuízo óbvio, pois o preenchimento de um conceito indeterminado é sempre algo aleatório.

O termo *a quo* da garantia adota o marco da entrega do bem. Já, segundo a proposta, o termo a quo se inicia com a transferência do risco.

A garantia do bem móvel, que é de dois anos, com ônus da prova invertido para que o fornecedor comprove que a não conformidade não decorre da produção, é reduzida na proposta para seis meses. Há um enorme prejuízo para o consumidor neste plano, que não pode passar sem um certo juízo de censura.

A lei nacional atual consagra a responsabilização do vendedor ou do produtor. Na proposta, há limitação da responsabilidade ao vendedor. A garantia susceptível de ser exigida ao produtor, por meio de ação direta, admissível na lei portuguesa, desaparece, o que restringe o nível das garantias neste particular.

As informações sobre garantias voluntárias ou comerciais vinculam desde a publicidade, mas na proposta prevalece – só e tão só – a inserta no termo de

garantia. Desvantagem manifesta para os consumidores com a possibilidade de fraudes perpetradas por parte dos vendedores ou produtores, como as regras da experiência permitem entrever.

As condições gerais dos contratos e as cláusulas abusivas da Diretiva 93/13/CEE exigem que as informações nos contratos de adesão devam alcançar o conhecimento completo e efetivo do consumidor. Mas, na proposta, apenas devem ser comunicadas de modo que o consumidor se familiarize com elas. Prejuízo óbvio para o consumidor português (e dos que se beneficiam de tais normas), em confronto de regras.

São excluídas dos contratos as cláusulas que passem despercebidas, pelo contexto, pela epígrafe, pela apresentação gráfica. Já na proposta, os Estados-membros devem se abster de impor requisitos de apresentação das cláusulas. Limitação obviamente prejudicial.

As dezenove cláusulas abusivas da lista negra são reduzidas a apenas cinco. A lei atual prevê como sanção, a nulidade das cláusulas. Na proposta, há previsão apenas da não vinculação do consumidor. Prejuízo manifesto no arsenal de sanções das cláusulas abusivas.

As vinte e três cláusulas, presumivelmente abusivas, da lista cinzenta, são reduzidas a doze. Há óbvio prejuízo na protecção do consumidor.

Se hoje são relativamente proibidas, no regime proposto passariam a admitir uma condição: “Salvo se o comerciante provar que são justas”.

Se a preocupação é a de constituir um direito “uniforme” em todo o Espaço Económico Europeu, a União Europeia deveria se pautar pelo nível mais elevado de protecção adotado nos Estados-membros e não no mínimo denominador comum, como parece ser o caso.

A grande virtude da União Europeia é a de agrupar problemas comuns dos países membros, dificuldades enfrentadas pela França, por Portugal, pela Alemanha, Itália, Grécia e Espanha, para que sejam resolvidas a nível comunitário como problemas europeus, enquanto os problemas nacionais devem ser resolvidos pelos respectivos Estados.

A “Proposta de diretiva dos Direitos dos Consumidores” da União Europeia, de outubro de 2008, traduz progresso ou retrocesso em relação ao patamar de protecção e defesa dos consumidores em Portugal?

O ousado objetivo da proposta é o de fomentar um “mercado interno” com elevado nível de defesa do consumidor e harmonização do fragmentado quadro normativo dos Estados-membros, caracterizado por diversos níveis de protecção e defesa do consumidor, retratado no “Quadro Comum de Referência em Matéria de Direito Europeu dos Contratos”, aumentando a segurança jurídica para que os consumidores

se sintam “seguros” nas compras transfronteiras e os empresários ampliem suas vendas para os trinta países do EEE, sem os custos e o receio de inobservância das diversas regras de defesa do consumidor de cada um dos Estados-membros.

No afã de harmonizar, a proposta impôs aos Estados-membros, com desenvolvido nível protetivo, um teto de proteção para direitos dos consumidores, rendendo ensejo à redução de direitos já conquistados.

A posição dualista da União Europeia de desenvolver, ampliar e aprimorar o mercado interno com acentuado grau de proteção concorrencial e redução de custos de conformidade, atendendo aos anseios dos agentes econômicos que exploram o comércio transfronteiriço e, ao mesmo tempo, garantir e harmonizar direitos dos consumidores, não resultou de todo, não logrou o aplauso das instituições da sociedade civil europeia, mormente das de consumidores, que não dispõem dos níveis de organização das empresas da produção ao retalho.

A utópica intenção se frustrou, na medida em que, ao longo destes dezenove meses de tramitação, a proposta foi aplaudida pelos empresários e determinadas associações profissionais, mas mereceu a antipatia das organizações de defesa dos consumidores e da maioria dos Estados-membros, materializada em diversos pareceres e manifestações contrárias à sua aprovação, que apontam a redução de direitos adquiridos.¹⁴ Nesse sentido o parecer da Comissão de Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores:

“O Parlamento Europeu realçou o fato de a harmonização total não poder dar origem a uma diminuição do nível de proteção dos consumidores, tal como ocorrido ao abrigo de certas legislações nacionais. Existem pontos de vista divergentes entre as partes interessadas que foram consultadas pela Comissão IMCO. Estas opiniões tendem a polarizar-se, sendo que a comunidade empresarial se mostra amplamente a favor e os grupos de consumidores amplamente contra a proposta na sua atual formulação. A grande maioria das associações empresariais apoia a harmonização total ou a harmonização total orientada, pois entende que esta pode ajudar a melhorar o funcionamento do mercado interno e a torná-lo mais competitivo, ao reduzir a relutância em efetuar transações transfronteiras, bem como os encargos administrativos e os custos de conformidade suportados pelos comerciantes. A maioria das associações de consumidores apoia a harmonização mínima, argumentando que a proposta afeta direitos previamente adquiridos que fazem parte do acervo comunitário e que qualquer redução dos direitos dos consumidores é inaceitável. Os representantes dos consumidores entendem que os efeitos da harmonização total seriam excessivos e desproporcionados face aos objetivos enunciados na proposta.”¹⁵

Na mesma linha de raciocínio, a Associação Portuguesa para a Defesa dos Consumidores (Deco ou Deco-Proteste, Ld.^{a?}):

De há algum tempo para cá a Comissão Europeia tem privilegiado, em diferentes iniciativas e sob a pressão dos meios profissionais, o princípio da harmonização máxima (ex: a proposta de regulamento sobre as vendas promocionais, a proposta de diretiva sobre as práticas comerciais desleais, a proposta de diretiva sobre o crédito ao consumo). Este tipo de harmonização consiste em adoptar regras comuns que se aplicam a todo o território da Comunidade Europeia e que impedem os Estados Membro de adoptar regras nacionais mais protectoras do consumidor. (...) A adopção de regras maximalistas pode também ter efeitos perversos. Pressupomos que a livre circulação de bens e serviços provocará um aumento da oferta e da concorrência de que beneficiará, de facto, o consumidor em termos de escolha e preço. Mas numerosos inquéritos demonstram que se existe um mercado interno para os profissionais, não existe, praticamente, um mercado interno para os consumidores.¹⁶ O consumidor não compra com frequência fora do seu país e privilegia habitualmente os fornecedores nacionais. O perigo é, assim, que para realizar o Mercado Interno se baixe o nível de protecção do consumidor previsto pelas legislações nacionais mas que, no final, o consumidor não contrate senão com os profissionais estabelecidos no Estado onde tem a sua residência habitual. É, assim, redutor pensar-se que a adopção de medidas de harmonização máxima irá ter, necessariamente, como efeito aumentar as relações de consumo transfronteiriças. Por outro lado, é legítimo esperar-se e as iniciativas legislativas em curso demonstram-no, que face à dificuldade em conseguir consensos numa Europa agora a 30 países, a legislação seja aprovada através do menor denominador comum, ou seja, através do mais baixo nível de protecção do consumidor, com prejuízo evidente para os consumidores cujas legislações nacionais assegurem um nível mais elevado de protecção do consumidor. As nossas reivindicações - Assim, é nosso dever como associação de consumidores promover a realização do Mercado Interno com um elevado nível de protecção do consumidor. - Reivindicamos, por isso, a manutenção do princípio da harmonização mínima. A harmonização máxima só seria aceitável se garantisse um nível elevado e completo de protecção do consumidor e se integrasse todos os elementos de protecção do consumidor. Assim, desde que seja proposta uma medida de harmonização máxima, devem ser identificadas as regras nacionais atingidas por tal harmonização e avaliar as suas consequências para o consumidor, devendo propor-se que tais regras sejam integradas na medida de harmonização máxima proposta. Por Isso, preferimos falar de uma harmonização óptima que garanta

um elevado nível de protecção do consumidor e não exclua a adopção de medidas mais protectoras dos consumidores¹⁷.

Para Jorge Pegado Liz: “esta proposta é uma verdadeira traição aos consumidores”.

A Associação de Consumidores de Portugal (ACOP) se filia na mesma corrente de críticas:

“com o mirífico objetivo de um Mercado Comum, de um Mercado Interno delimitado pelas fronteiras exteriores dos 30 Estados do Espaço Económico Europeu deita-se abaixo o que determinados países laboriosamente construíram e enfraquece-se o regime de defesa do consumidor em determinados territórios, como é o caso de Portugal. Portugal ficará a perder com esta proposta de diretiva em múltiplos aspectos. Portugal não pode fiar-se da pressuposta bondade do regime que ora se quer instaurar. (...) E terá de lutar com todas as armas ao seu alcance para que ou se ampliem os direitos ao nível dos que se consagraram no seu ordenamento interno. (...) Em poucas palavras: ou harmonização total (compaginada pelo que de melhor tem o ordenamento português) ou harmonização mínima (para que os portugueses e os mais que elegeram Portugal como pátria de acolhimento não fiquem de todo a perder). A Europa do Mercado Interno não pode significar menos direitos – tem de significar sempre mais direitos. A ACOP vai da sua frontal oposição dar parte à Comissão Europeia. Harmonização total numa base estranhamente minimalista, não!”¹⁸

A nobre intenção da União Europeia encontrou obstáculo exatamente nesta dualidade de enfoques, que contraria a lógica e vicia a proposta que é falha no plano jurídico racional.

A proposta prioriza a proteção da concorrência entre empresários e ainda harmoniza e fixa um patamar com nivelamento único de defesa do consumidor para os trinta Estados do EEE, que, por óbvio, possuem diferentes níveis protetivos retratados no quadro fragmentado, como decorrência da tradicional harmonização mínima. O objetivo é de redução de custos dos empresários e de incremento na segurança jurídica para a prática do comércio transfronteiriço. A justificativa da proposta é no sentido de que “o nível de confiança dos consumidores nas compras transfronteiriças é baixo. Uma das causas deste fenómeno é a fragmentação do acervo no âmbito da defesa dos consumidores”¹⁹.

Por outro lado, impede que os Estados mantenham ou legislem sobre os direitos assegurados pela diretiva de harmonização total. A equação traduz significativa redução de direitos adquiridos ou, em última análise, impede que os Estados implementem novas conquistas que se tornem necessárias como reação, por exemplo, à constatação de nova e criativa conduta lesiva que exija proteção de seu consumidor nacional. É evidente que essa harmonização total engessa, entorpece o direito do

consumidor, que se submeterá à iniciativa, dependerá da conveniência, do interesse e oportunidade de alteração da própria diretiva no interesse desarmônico dos trinta Estados afetos ao Espaço Econômico Europeu.

Quanto ao comércio eletrônico, a justificativa apresentada para a harmonização total se prende à necessidade de fixar regras uniformes para os vinte e sete Estados-membros da EU, para que o mercado interno se torne seguro e o consumidor sinta confiança para realizar uma compra pela internet, em qualquer outro país da União Europeia.

Não se discute a necessidade urgente, a conveniência e a oportunidade de se ampliar o nível de segurança no comércio eletrônico transfronteiriço para que os consumidores se sintam seguros e confiáveis nas compras pela internet em outro país

A revisão das quatro diretivas, na verdade, trouxe novas imprecisões e indefinições

da União Europeia. O mercado interno pode ser ampliado exponencialmente se o consumidor se beneficiar de preços transnacionais competitivos e os empresários se avantajarem com a ampliação da demanda de seus produtos. Nesse sentido é com clareza solar que o mais recente parecer do Comité Econômico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho censura a aplicação do acervo relativo à defesa do consumidor:

“O CESE concorda com a Comissão em que um dos objectivos – não o único – de uma política dos consumidores será “criar um ambiente em que os consumidores possam adquirir bens e serviços sem se preocuparem com as limitações das fronteiras”; no entanto, o CESE não considera a política dos consumidores subsidiária da realização do mercado interno nem os consumidores meros instrumentos para “o funcionamento do mercado único”. Por essa razão o CESE, ao contrário da Comissão, considera que a diretiva sobre práticas comerciais desleais, se for um “bom exemplo”, será precisamente da forma de “pior legislar”, tendo conduzido a uma aplicação caótica na generalidade dos Estados membros, sendo ao contrário de lamentar que tal “exemplo” tenha sido seguido nas recentes diretivas sobre o crédito ao consumo e “time share” e persista na proposta de diretiva dita dos “direitos dos consumidores.”²⁰

Não se questiona tampouco a premissa adotada pela proposta, no sentido de que a insegurança do consumidor esvazia o mercado eletrônico transnacional. Mas a realidade é totalmente diversa daquela ideia de que o que tornaria o mercado eletrônico transfronteiriço seguro seria a harmonização minimalista total das regras para as vendas à distância.

A segurança que está na expectativa do consumidor diz respeito a um mercado interno sem fraudes internacionais, livre de sítios falsos, de ofertas enganosas,

de fornecedores transnacionais que vendem, mas não entregam os produtos, que lesam no atacado (no comércio por grosso) e não indenizam nem no varejo (no comércio a retalho), de venda de produtos falsos ou pirateados.

Essa segurança se conquista com a implacável perseguição civil e penal dos maus empresários e dos fraudadores. Não se alcança este objetivo só com harmonização de normas, ainda que de elevado nível de proteção, porque na área da defesa do consumidor há necessidade de um órgão com jurisdição de alcance internacional e efetividade na execução transnacional. Há necessidade de que uma força tarefa de polícia transnacional investigue o cyber crime e assuma o papel de polícia contra a criminalidade organizada internacional, que una as polícias especializadas dos países-membros, a fim de que a Interpol crie uma divisão que atue de maneira muito próxima com os órgãos especializados em crimes pela internet do FBI, da Scotland Yard, da Europol, para prevenir, apurar e punir as fraudes em transações pela internet.

Quando os consumidores são indagados acerca do que lhes motivaria a comprar pela internet, a resposta faz referência ao aumento do nível de segurança e de cumprimento da oferta. A discrepância entre o crescimento das vendas nacionais e das vendas transfronteiras é particularmente relevante no caso das vendas através da internet, para as quais é elevado o potencial de crescimento suplementar. A presente proposta poderia, por conseguinte, harmonizar de forma maximalista apenas o comércio transfronteiriço à distância, o que representaria um dos principais resultados tangíveis do mercado interno entre empresas e consumidores.

8. DO QUADRO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO NACIONAL PORTUGUÊS E A PROPOSTA DE DIRETIVA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

<p style="text-align: center;">CONTRATOS FORA DO ESTABELECIMENTO Pelo telefone, porta a porta - DIRETIVA 85/577/CEE</p>			
	<p style="text-align: center;">Norma nacional DL 143/2001, alterada pelo DL 82/2008</p>	<p style="text-align: center;">Proposta de diretiva</p>	
<p style="text-align: center;">Requisitos de validade</p>	<p style="text-align: center;">Contrato escrito no caso de valor superior a 60 euros, sob pena de nulidade.</p>	<p style="text-align: center;">Nota de encomenda, assinada pelo consumidor, os Estados-membros não podem exigir outros requisitos formais.</p>	<p style="text-align: center;">Prejuízo.</p>
<p style="text-align: center;">Ônus da prova</p>	<p style="text-align: center;">O fornecedor tem que provar que a informação foi prestada, confirmação por escrito e consentimento do consumidor.</p>	<p style="text-align: center;">Não cuida do ônus invertido da prova.</p>	<p style="text-align: center;">Prejuízo.</p>
<p style="text-align: center;">Arrependimento ou retratação</p>	<p style="text-align: center;">Prazo de 14 dias corridos para retratação. 30 dias para devolução do dinheiro, sob pena de devolução em dobro.</p>	<p style="text-align: center;">Consumidor deve devolver o bem em 14 dias, a dobra desaparece, fornecedor pode reter o reembolso até receber devolução do bem, consumidor assume o custo da devolução, consumidor deve arcar com a depreciação necessária para verificar a natureza e o funcionamento do bem.</p>	<p style="text-align: center;">Prejuízo.</p>
<p style="text-align: center;">Exceções</p>		<p style="text-align: center;">Acréscimo de entrega de gêneros alimentícios, bebidas. Contratos de pronta execução.</p>	

CONTRATOS À DISTÂNCIA, VENDAS POR CORRESPONDÊNCIA, INTERNET , TELEFONE OU
FAX – DIRETIVA 97/7/CE

	Norma nacional DL 143/2001, alterada pelo DL 82/2008	Proposta de diretiva	
Requisitos de validade	Informações prévias aos contratos em suporte duradouro documentos em papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória e o disco duro do computador.	Requisitos de informação podem ser adaptados aos condicionalismos técnicos dos meios: número de caracteres em alguns ecrãs de telefones móveis ou as limitações de tempo em anúncios de vendas televisivas.	
Ônus da prova	O fornecedor tem que provar que a informação foi prestada.	Não cuida do ônus invertido da prova.	Prejuízo.
Arrependimento ou retratação	Prazo de exercício de 14 dias corridos. O fornecedor tem 30 dias para devolução do dinheiro, sob pena de devolução em dobro.	Prazo razoável, a dobra desaparece, fornecedor pode reter o reembolso até receber devolução do bem, consumidor assume o custo da devolução consumidor deve arcar com a depreciação necessária para verificar a natureza e o funcionamento do bem.	Prejuízo.
Exceções (exclusões)		Acréscimo de fornecimento de vinho. Contratos celebrados em leilões.	

VENDAS DE CONSUMO E GARANTIAS - diretiva 99/44/CE			
	Norma nacional Dec. Lei 67/2003, DL 84/2008.	Proposta de diretiva.	
Natureza dos bens	Compra e venda de consumo de móveis e imóveis, locação, prestação de serviço, empreitada de consumo.	Só bens móveis. Não alcança a locação.	Prejuízo.
Peças sobressalentes	Novo prazo de garantia.	Exclui.	Prejuízo.
Desconformidade	4 remédios sem hierarquia: reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato, por opção do consumidor.	Na proposta de diretiva há hierarquia: primeiro a reparação e depois a substituição, o comerciante escolhe e se não traduzir excessivo esforço do comerciante, há opção pela redução do preço ou resolução.	Prejuízo.
		Opção pelo consumidor só se houver recusa de reparo, ou se esse não ocorrer em prazo razoável, se a reposição causar inconveniente significativo para o consumidor, se o defeito reaparecer em curto espaço de tempo.	Prejuízo.
Devolução do dinheiro	30 dias.	Prazo razoável.	Prejuízo.
	Termo <i>a quo</i> entrega do bem.	Termo <i>a quo</i> transferência do risco.	Prejuízo.
Bem móvel garantia de 2 anos	Ônus da prova invertido de 2 anos.	Ônus da prova invertido de 6 meses.	Prejuízo.
Responsabilização	Vendedor ou do produtor.	Responsabilidade do produtor desaparece.	Prejuízo.
Garantias voluntárias ou comerciais	Informações vinculam desde a publicidade.	Responsabilidade do produtor desaparece.	Prejuízo.

CONDIÇÕES DOS CONTRATOS E CLÁUSULAS ABUSIVAS - diretiva 93/13/CEE			
	Norma nacional.	Proposta de diretiva.	
Informações nos Contratos de adesão.	Conhecimento completo e efetivo.	Devem ser comunicadas para o consumidor se familiarizar com elas.	Prejuízo.
Validade das cláusulas.	São excluídas dos contratos as cláusulas que passem despercebidas, pelo contexto, pela epígrafe, pela apresentação gráfica.	Os Estados-membros devem se abster de impor requisitos de apresentação das cláusulas.	Prejuízo.
Cláusulas abusivas (lista negra)	19	5	Prejuízo.
	Nulas.	Não vinculam o consumidor.	Prejuízo.
Cláusulas presumivelmente abusivas (lista cinzenta). Quadro negocial.	23	12	Prejuízo.
	Relativamente proibidas.	Salvo se o comerciante provar que são justas.	Prejuízo.

Na harmonização total, o Estado-membro não pode introduzir, nem manter, níveis de proteção nem mais nem menos elevados que os fixados pela diretiva harmonizadora. Portanto, um Estado-membro, como Portugal, que já tenha um alto nível de proteção ao consumidor nacional, fica impedido de ampliar essas garantias e pode, em alguns casos, ter de reduzir o nível de proteção que dispensa ou reconhece.

9. DA CONCLUSÃO

Portugal possui um acervo de normas de proteção dos consumidores de alto nível, em relação à maioria dos países comunitários, mas um baixo nível de efetividade desses direitos, seja pela falta de informação e de conhecimento do cidadão, seja pela reduzida cultura de demanda dos consumidores omissos e conformados, seja ainda pela falta de infraestruturas e de sensibilidade dos protagonistas que ope-

ram as soluções extrajudiciais e judiciais dos direitos denegados pelos fornecedores.

A questão da diminuta eficácia do direito legislado em Portugal retrata que, para além da *law in the books*, que diz respeito ao acatamento ou cumprimento voluntário do direito por aqueles a quem as normas se dirigem, há a *law in action*, ou seja, o modo como as normas legais são aceites, interpretadas e aplicadas pelos destinatários, nomeadamente a administração pública, em particular as empresas e os cidadãos em geral e especialmente a imposição ou aplicação coerciva do direito, em princípio pelos tribunais, como órgãos do poder judicial, mas também por outras instâncias administrativas com poder para forçar ao cumprimento ou sancionar o incumprimento de normas jurídicas²¹.

Parece utópica a pretensão de se garantir que os mais de 500 milhões de cidadãos do Espaço Económico Europeu (27 Estados-membros mais três outros Estados, que o integram) se beneficiem do mesmo nível elevado de proteção efetiva do consumidor, dadas as diferenças culturais e as discrepantes estruturas nos sistemas de proteção dos consumidores para se garantir a efetividade da proteção emergente da legislação comunitária inserta nas diretivas, ainda que de elevado nível.

O cidadão europeu não deixa de consumir fora do seu Estado de residência por motivo de ausência de uma legislação comunitária uniforme, ainda que de elevado nível. Portanto, a decisão de consumo não é tomada à luz do acervo de normas comunitárias.

A insegurança do consumidor no comércio transfronteiriço é balizada por experiência negativa anterior, de compras transfronteiras sem garantia pós-venda, compras pela internet sem efetiva entrega dos produtos, pela ausência de capacidade para acionar o fornecedor em outro Estado-membro, pela falta de assistência pós-venda e inexistência dos serviços de atendimento ao consumidor na sua língua natal.

O comércio transfronteiriço se expandirá na medida em que conquistar a confiança do consumidor exibindo um alto padrão de qualidade, confiabilidade e satisfação do consumidor. Ao contrário das diretivas revistas que assentam na harmonização mínima e permitem aos Estados-membros adotar níveis mais elevados de proteção, o propósito da União Europeia foi o de assegurar um alto nível de proteção aos consumidores, com vista a concretizar um verdadeiro mercado interno de consumo, procedendo à harmonização total das matérias nela regulamentadas, com limitações aos Estados-membros e aos demais que ficam impedidos de aplicar regras mais estritas que as nela consagradas.

A redução dos níveis de defesa do consumidor em alguns Estados-membros, que adotam regras mais benéficas que as consagradas na proposta de diretiva, é consequência direta da harmonização total, equação que as associações de defesa dos consumidores têm veementemente censurado.

A proposta de diretiva prejudica os Estados em que, como Portugal, se dispensa um elevado nível de tutela, ou o mais elevado nível de tutela. Em que pese a proposta ter o condão de avantajá-los o nível de proteção dos antigos países do Bloco do Leste Europeu, que não tinham quaisquer níveis de garantias, prejudica países como Portugal, que perderá direitos, reduzindo o nível de proteção dos seus nacionais e dos que se acolhem às suas “fronteiras”.

A proposta de diretiva sobre Direitos dos Consumidores não deve permitir que a harmonização horizontal total de direitos dos consumidores coloque em causa os níveis de proteção já assegurados pela legislação nacional. Essa é a razão pela qual os países com maiores níveis de proteção, como Portugal, defendem uma harmonização mínima que impeça um retrocesso em direitos já adquiridos pelo consumidor nacional, ainda que os produtos possam exibir preços um pouco mais elevados. Ou uma harmonização máxima fundada nos mais elevados níveis de tutela prosseguidos em cada um dos Estados-membros.

Se Portugal, perante outros Estados-membros, coloca o cidadão-consumidor, e não o negócio, no centro da equação econômica, deve se posicionar de forma contrária à aprovação da proposta de diretiva. Como, aliás, parece decorrer de inúmeras iniciativas havidas a tal propósito, sendo a mais significativa a que houve lugar na Ordem dos Advogados, em Coimbra, por ocasião das celebrações do XX aniversário da sociedade portuguesa de direito do consumo (apDC), em 20 de novembro do ano transato, em que Jorge Pegado Liz revelou o sentimento que paira, em geral, na Europa em relação a tão controversa iniciativa legislativa, algo que os demais oradores partilharam sem desvios nem hesitações.

NOTAS

¹Vilaça, José Luís da Cruz, “Europa, Portugal e a Constituição Européia”, VI Curso Livre de História Contemporânea, Lisboa, 10 a 15 de novembro de 2003, organizado por Fundação Mário Soares e Instituto de História Contemporânea da Universidade Nova de Lisboa, Edições Colibri.

²No início de 2007, o presidente da Comissão Européia, José Manuel Durão Barroso, apresentou a sua visão do mercado interno da UE no futuro. <http://www.eu4journalists.eu/index.php/dossiers/portuguese/C44>

³http://economico.sapo.pt/noticias/portugueses-nao-compram-nem-vendem-fora-do-pais_85444.html

⁴Bataller, Bernardo Hernández, RPDC - Revista Portuguesa de direito do consumo, Coimbra, n.º 58, junho de 2009, pág. 221.

⁵http://europa.eu/scadplus/european_convention/subsidiarity_pt.htm

⁶http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm

⁷Frota, Mário, “O Direito Europeu do Consumo, Reflexo das Políticas de Consumidores da União Européia”, Curitiba, Juruá Editora, 2007, pág. 241.

⁸<http://www.netconsumo.com/2009/08/uniao-europeia-consumidores-perdem.html>

⁹A RPDC - Revista Portuguesa de direito do consumo -, Coimbra, n.º 58, de junho de 2009, publicou o parecer do Comité Económico e Social Europeu criticando a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores COM (2008) 614 final – 2008/0196 (COD), exatamente porque a proposta de diretiva para harmonização máxima não adotava os níveis mais elevados de proteção.

¹⁰<http://bit.ly/9qkWAX>

¹¹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008C0540:PT:HTML>

¹²http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm

¹³<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:PT:NOT>

¹⁴http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/responses/governments/portugal_pt.pdf

¹⁵Relatora Arlene MacCarty, IMCO/6/68476, em 04/05/2009 http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/782/782960/782960pt.pdf

¹⁶<http://www.deco.proteste.pt/direitos/reivindicacoes-dos-consumidores-s357751/imprimir-p72336/dos/357791.htm>

¹⁷Liz, Jorge Pegado, RPDC - Revista Portuguesa de direito do consumo, Coimbra, n.º 58, junho de 2009, página 141 a 236.

¹⁸<http://acop.planetaclix.pt/comunicados.html>

¹⁹<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:PT:NOT>

²⁰COM (2009) 330 final Relator: Jorge Pegado Liz INT/503 Bruxelas, 29 de Abril de 2010.

²¹Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho COM (2009) 330 final Relator: Jorge Pegado Liz INT/503 Bruxelas, 29 de Abril de 2010.

REFERÊNCIAS

Vilaça, José Luís da Cruz, “Europa, Portugal e a Constituição Europeia”, Edições Colibri, Lisboa, 2003.

Durão Barroso, José Manuel <http://www.eu4journalists.eu/index.php/dossiers/portuguese/C44>

Liz, Jorge Pegado, RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumidor, Coimbra, n.º 58, junho de 2009.

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho COM (2009) 330 final, Bruxelas, 29 de Abril de 2010 (inédito). Frota, Mário, O Direito Europeu do Consumo, Reflexo das Políticas de Consumidores da União Europeia, Juruá Editora, Curitiba, 2007.

Bataller, Bernardo Hernández, RPDC - Revista Portuguesa de Direito do Consumidor, Coimbra, n.º 58, junho de 2009.



O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL E DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

FÁBIO DE SOUZA TRAJANO¹

Procurador de justiça do Ministério Público de Santa Catarina
1º vice-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do
Consumidor (BrasilCon)

Diretor da Região Sul da Associação Nacional do Ministério Público do
Consumidor (MPCon)

RESUMO

O princípio da sustentabilidade relaciona-se com a proteção ambiental, com aspectos sociais e com aspectos econômicos, tendo como pano de fundo a proteção da dignidade das pessoas e a proteção da vida da atual e das futuras gerações. O princípio da sustentabilidade deve ser considerado um princípio constitucional estruturante ou fundamental. O direito do consumidor tem como princípio implícito o da sustentabilidade, pois sua meta é a proteção da segurança, da saúde, da dignidade, dos interesses econômicos e da melhoria da qualidade de vida dos consumidores, todos objetivos também perseguidos pelo princípio da sustentabilidade. Além de direitos, os consumidores têm responsabilidade solidária para a concretização do princípio da sustentabilidade. Todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade, dependendo sua consolidação dos operadores do direito em aplicá-los, especialmente dos tribunais fundamentarem suas decisões com base em tal princípio.

Palavras-chave: Princípio da sustentabilidade. Direito do consumidor. Princípio constitucional estruturante. Princípio implícito de direito do consumidor. Concretização.

ABSTRACT

The sustainability principle is related to the environmental protection and to social and economic aspects, having as background the dignity of people and the protection of the life of current and future generations. The sustainability principle must be considered an structuring or fundamental constitutional principle. Consumer rights have as an implicit principle that of the sustainability, because its goal is the security, health, dignity, economic interests and the improvement of quality of consumers' life protection, all objectives also pursued by the sustainability principle. Besides rights, consumers have solidary responsibility to the concretion of the sustainability principle. All the constituted powers and the civil society must watch over to the realization of the sustainability principle, its consolidation depending on the law operators to apply them, specially on the Courts to fundament their decisions based on that principle.

Keywords: Sustainability principle – Consumer rights - Structuring constitutional principle – Implicit principle of the consumer rights – Concretion

Pretende-se com este artigo destacar a relação existente entre o princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor, sob a ótica da Constituição Federal. Inicialmente, demonstra-se a evolução da economia ecológica até chegar ao princípio da sustentabilidade. Na sequência, abordar-se-á a classificação dos princípios constitucionais, enquadrando o princípio da sustentabilidade como um princípio constitucional estruturante ou fundamental. No tópico seguinte, após discorrer sobre a relação existente entre o direito do consumidor e o princípio da sustentabilidade, conclui-se que este é um princípio implícito daquele. Destaca-se, na sequência, a necessidade da concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor pelos poderes constituídos e pela sociedade civil, por serem valores constitucionais da mais alta relevância. Por derradeiro, enumeram-se as considerações finais.

1 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES

Conforme ensinamentos de Juan Rosa Moreno, em 1966, alguns economistas passaram a preocupar-se com a limitação dos recursos naturais, eclodindo, na década de 1970, a economia ecológica, com severas críticas à economia do crescimento, até que as conclusões da Conferência de Estocolmo e do Clube de Roma destacaram o fim da utopia do crescimento ilimitado. Apesar de tais conclusões, a economia da década de 1980 não sofre qualquer reorientação. Já, na década de 1990, a partir da Conferência do Rio, a política ecológica ganha força em razão da demanda social, baseada em postulados econômicos sustentáveis, o que perdura até os dias de hoje².

Da política ecológica evoluiu-se para o princípio da sustentabilidade, que, segundo lições do professor Gabriel Real Ferrer³, relaciona-se com a proteção ambiental (defesa do entorno), com aspectos sociais (inclusão social) e com aspectos econômicos (crescimento e distribuição de renda), tendo como pano de fundo a proteção da dignidade das pessoas e a proteção da vida da atual e das futuras gerações.

Em outras palavras, o princípio da sustentabilidade significa “assegurar a satisfação das necessidades das atuais gerações sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer suas próprias necessidades”⁴ ou, ainda, que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras”⁵.

O princípio da sustentabilidade relaciona-se, diretamente, com o princípio do Estado social, que pede ações estatais para a realização do programa social contido na Constituição Federal, como o direito ao trabalho, a uma remunera-

ção adequada, o direito de habitação, à proteção das gerações futuras e às bases da vida naturais, denominados de direitos fundamentais sociais, exigindo ações ativas do Estado para sua efetivação e implicando, algumas vezes, restrições ao direito de liberdade de outros. Reforça a ideia lição de Konrad Hesse analisando o texto constitucional germânico, todavia com inteira aplicação aqui, destacando-se o seguinte trecho que trata da proteção ao meio ambiente:

Na Lei Fundamental foi, pela 42ª Lei Modificadora, inserida somente a proteção ao meio ambiente como nova determinação estatal. Segundo o artigo 20º, protege o Estado, também, em responsabilidade pelas gerações futuras, as bases da vida naturais no quadro da ordem constitucional pela legislação e, conforme a lei e direito, pelo poder executivo e poder judiciário⁶.

Destaca-se, abaixo, o significado dos vocábulos “sustentável” e “sustentabilidade” proposto por Edis Milaré:

O princípio da defesa do consumidor e o princípio da sustentabilidade decorrem diretamente do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania

SUSTENTÁVEL – Termo aplicado às economias e ao desenvolvimento. Implica que o ‘capital’ do sistema se mantenha e que as sociedades vivam dos ‘rendimentos’. Em termos ecológicos, requer estabilidade ao longo dos tempos e uma ausência de degradação ambiental que, de algum modo, podem ser avaliadas [...] SUSTENTABILIDADE – Qualidade, característica ou requisito do que é sustentável. Num processo ou num sistema, a sustentabilidade pressupõe o equilíbrio entre ‘entradas’ e ‘saídas’, de modo que uma dada realidade possa manter-se continuamente com suas características essenciais [...].⁷

Fernanda de Salles Cavedon e Ricardo Stanzola Vieira⁸, invocando lição de Monédiaire, destacam a importância de o desenvolvimento sustentável ser reconhecido como um princípio jurídico autônomo, apesar de seu reconhecimento em vários âmbitos do direito, notadamente o direito internacional, exigindo-se, a partir da consagração desses novos princípios e valores, uma “nova conformação e percepção do direito. MONEDIAIRE tem dado a isso o nome de “direito Pós-Moderno Mundializado”.

2 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE

Para Canotilho⁹, esquematicamente, a Constituição é composta por princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais especiais e regras constitucionais, formando uma unidade da Constituição e po-

dendo ganhar maior grau de concretização e densidade por intermédio da concretização legislativa e jurisprudencial. Em primeiro plano, temos os princípios estruturantes, no dizer de Canotilho, “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional” ou as “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político”, enquadrando como tal, na ordem constitucional portuguesa, o princípio do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio republicano¹⁰.

Luiz Roberto Barroso não discrepa, dividindo os princípios constitucionais materiais em fundamentais, gerais e setoriais ou especiais. Considera, todavia, princípios, além da forma, o regime, o sistema de governo e a organização do poder político, os objetivos fundamentais da república indicados pela Constituição e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Dentre tais objetivos, destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, por ter se tornado o centro axiológico da concepção brasileira de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais¹¹.

Quanto à proteção da dignidade da pessoa humana, um dos escopos do princípio da sustentabilidade, conforme ensinamento de Konrad Hesse, assim como na Constituição, está prevista no art. 1º da Constituição alemã, como um dos princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e devem ser exercidas as tarefas estatais, destacando-se o seguinte trecho que tem inteira aplicação na nossa ordem constitucional:

o artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira de sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de imunidade e sob o signo da ameaça atual latente à “dignidade do homem”, está no respeito e na proteção da humanidade¹².

Tendo em vista que o princípio da sustentabilidade, como dito, tem como escopo preservar os interesses maiores da sociedade, como a proteção do meio ambiente, da vida da atual e de futuras gerações, da dignidade da pessoa humana, levando, ainda, em consideração os aspectos sociais e econômicos, relaciona-se ele com direitos e interesses inerentes à cidadania, decorrentes da relação de participação estabelecida “entre o Estado e todos os integrantes da Sociedade Civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva”¹³.

Destaca-se, ainda, a ideia de cidadania relacionada a questões de natureza ecológica, porquanto, conforme ensinamento de Liszt Vieira, a cidadania não

estará completa até que tenhamos um mundo que preserve os recursos naturais, que só será alcançado com um desenvolvimento sustentável¹⁴, preservando, assim, a sobrevivência da atual e das futuras gerações.

Podemos, então, concluir que o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito em nosso texto constitucional e enquadra-se na classificação de estruturante ou fundamental, na afirmação de Gabriel Real Ferrer. Acerca da conceituação de princípio implícito, ensina Juan Ruiz Manero:

Tanto quando se trata de princípio em sentido estrito como de diretrizes, é comum distinguir, no âmbito dos princípios constitucionais, entre princípios explícitos e princípio implícitos. Entendemos por princípios constitucionais explícitos aqueles que se encontram enunciados no texto constitucional, e por princípios constitucionais implícitos aqueles que o texto constitucional não enuncia, dos quais se diz que são subjacentes ao mesmo, como razões justificativas de regras constitucionais expressas.¹⁵

Para a concretização do princípio da sustentabilidade exige-se um consumo sustentável

Luiz Roberto Barroso, ao se referir aos princípios, diz que poderão ser explícitos ou implícitos, estes quando “decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade”¹⁶.

Canotilho afirma que a República portuguesa é verde, acrescentando um novo elemento ao Estado de direito democrático, o ecológico, destacando vários dispositivos constitucionais relacionados a uma “República ecologicamente autossustentada, exortando a responsabilidade dos poderes públicos com as gerações futuras”, destacando-se a seguinte lição:

A dimensão ecológica obrigará, porventura, ao repensamento da localização do homem dentro da comunidade biótica independentemente de se saber se existem direitos fundamentais dos seres vivos (dos animais, das plantas). Por outro lado, a dimensão ecológica da República justificará a expressa assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras em termos de autossustentabilidade ambiental. O ambiente passa a ser, assim, não apenas um momento ético da República (ética político-ambiental), mas também uma dimensão orientadora de comportamentos públicos e privados ambientalmente relevantes.¹⁷

Aproveitando as lições de Canotilho, poderíamos afirmar que a República brasileira é verde, acrescentando ao Estado de direito democrático – considerado um dos princípios estruturantes – a sustentabilidade, com abrangência maior que o termo ecológico.

3 PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE COMO UM PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O princípio da defesa do consumidor¹⁸ e o princípio da sustentabilidade decorrem, diretamente, do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, estes últimos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, II e III, da CF/88, sendo, todos, enquadrados como princípios estruturantes, conforme consignado anteriormente.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/88, está relacionada com o princípio da sustentabilidade e com a defesa do consumidor.

A defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente – um dos aspectos do princípio da sustentabilidade – são princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente, conforme disposição de nossa Constituição Federal (CF/88), in verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

E não poderia ser diferente, porquanto a proteção do meio ambiente e um desenvolvimento sustentável guardam estreita e direta relação com a produção e o consumo dos bens e serviços de forma adequada e consciente, como, por exemplo, observando-se a política dos “três erres”: reciclar, reduzir e reutilizar.

Newton de Luca, ao tratar da evolução da proteção do consumidor, em relação aos dias atuais, destaca a preocupação com a ecologia e com os riscos provocados ao planeta pelo consumismo exagerado e pelo desenvolvimento tecnológico:

Finalmente, na terceira fase¹⁹, correspondente aos dias atuais, de mais amplo espectro filosófico – marcada por consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania –, interroga-se sobre o destino da humanidade, conduzido pelo torvelinho de uma tecnologia absolutamente triunfante e pelo consumismo exagerado, desastrado e trêfego, que põe em risco a própria morada do homem.²⁰

Edis Milaré, na mesma linha, salienta que as distorções do consumo geram problemas até chegar ao consumismo, consistente em uma “mentalidade arraigada e em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista”. Os milhões de consumistas, segundo o autor, “representam uma ameaça global para o meio ambiente, tanto mais que

essa mesma população cresce em taxas ainda assustadoras, sobretudo nos países pobres ou em vias de desenvolvimento”.

Mais adiante, destaca Milaré a existência de áreas comuns entre a proteção do consumidor e do meio ambiente, havendo maior convergência do que divergência entre ambos, concluindo que “não é só o desenvolvimento não sustentável que causa a degradação ambiental. O consumo não sustentável também está na origem de muitos dos nossos males ambientais”²¹.

A Declaração da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada, no Rio de Janeiro, em 1992, foi incisiva, ao proclamar, no seu Princípio 8, que “para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e promover políticas demográficas adequadas”²².

Não há dúvidas, assim, de que para a concretização do princípio da sustentabilidade exige-se um consumo sustentável.

A Política Nacional de Relações de Consumo tem como princípios basilares o atendimento das necessidades dos consumidores; o respeito à sua dignidade, saúde e segurança; a proteção de seus interesses econômicos; e a melhoria da sua qualidade de vida, conforme o caput do art. 4º do CDC – Lei 8.078/90, todos eles objetivos também perseguidos pelo princípio da sustentabilidade.

Outra demonstração de ponto de contato entre a defesa do consumidor e o princípio da sustentabilidade é o art. 51, XIV, do CDC, ao considerar como nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais.

José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, já menciona a preocupação da ciência consumerista com o “chamado consumo sustentável”, destacando a Resolução ONU n. 153/1995 (sic – o número correto é 1195-53/1995). Salienta Filomeno que “o próprio consumo de produtos e serviços, em grande parte, pode e deve ser considerado como atividade predatória dos recursos naturais”, acrescentando que as necessidades dos indivíduos são infinitas, em decorrência dos meios de comunicação de massa e pela força do marketing, enquanto os recursos naturais são limitados, especialmente quando não possam ser renovados. Conclui o autor que a nova vertente do consumerismo objetiva alcançar o indispensável equilíbrio diante de tais realidades, “a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta”²³.

Poder-se-á dizer que, além de direitos, o consumidor, como cidadão consciente de suas responsabilidades para a concretização do princípio da sustentabilidade, também tem deveres, como uma espécie de responsabilidade solidária,

tais como: priorizar o consumo de produtos ecologicamente corretos, levando em consideração, dentre outros aspectos, a energia utilizada em sua fabricação ou sua utilização; o uso de substâncias tóxicas; a possibilidade de reciclagem da embalagem; a constituição regular do fabricante (evitando-se a sonegação fiscal e aquisição de produtos falsificados); a existência da licença ambiental da unidade fabril; o respeito às normas técnicas; a responsabilidade socioambiental do fabricante; e a “substituição do capital natural pelo capital artificial”²⁴ etc.

José Geraldo Brito Filomeno lembra que a Resolução da ONU 1195-53, de julho de 1995, reconhece o consumo sustentável “como um dos direitos-deveres dos consumidores, o que consubstanciaria o sexto direito do consumidor, universalmente considerado”²⁵.

Os valores consagrados no texto constitucional, destacando-se a sustentabilidade e a defesa do consumidor, devem pautar as ações dos operadores do direito

Canotilho, na mesma linha, salienta que hoje se assiste a um deslocamento do direito ao ambiente do campo dos direitos para o “terreno dos direitos fundamentais”. Pretende-se, com tal mudança de status, destacar a necessidade de “se ultrapassar a euforia do individualismo de direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes públicos perante os problemas ecológicos e ambientais”²⁶.

O Governo, por sua vez, poderia incentivar a fabricação e produção sustentável criando uma identificação própria para “sustentavelmente corretos”, como um selo verde, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e informando a sociedade da importância de um consumo sustentável.

Diante de tantos pontos em comum e em razão da importância para as gerações atuais e futuras, poderíamos dizer que, na verdade, o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito²⁷ no direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações.

4 CONCRETIZAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Tendo-se verificado que o princípio da sustentabilidade e o da defesa do consumidor têm fundamento constitucional e que o primeiro deve ser considerado

como princípio estruturante ou fundamental enquanto o segundo decorre diretamente dele e é considerado direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII, CF/1988), todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação deles, destacando Luiz Roberto Barroso²⁸ que “uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica”.

Importante salientar que a concretização dos valores consagrados na Constituição Federal depende da aplicação direta, pelos operadores do direito, das normas constitucionais, quer na fundamentação das postulações levadas a juízo, quer na fundamentação das decisões judiciais, sendo, todavia, indispensável a criatividade do intérprete para alcançar tal desiderato.

Com efeito, conforme ensina Barroso, para a realização da vontade constitucional, não se pode desprezar o método clássico de interpretação, baseado na aplicação de regras, nem dos elementos tradicionais de hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico, os quais continuam com um papel relevante para se buscar o sentido das normas e para a solução dos casos concretos. Contudo, algumas vezes tais métodos não são suficientes para alcançar referido desiderato, enaltecendo a importância da criatividade do intérprete na concretização da norma constitucional:

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente da norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.²⁹

Paulo Bonavides, na mesma esteira, registra que os métodos tradicionais são inadequados e insuficientes para captar o sentido das normas constitucionais, cujo conteúdo só se completa no ato concreto de aplicação na resolução do problema. O autor invoca a tese da concretização desenvolvida por Konrad Hesse, surgindo a necessidade de uma operação valorativa, fática e material por parte do intérprete na compreensão da norma que vai concretizar³⁰.

Não é demais destacar que o intérprete, anteriormente, tinha como missão descobrir a vontade daquele que elaborou a norma, limitando-se apenas a deixar claro sua mensagem, partilhando pressupostos e valores. Na visão de Emilio Betti³¹, analisada por Raquel F. Lopes SpareMBERger³², o intérprete deveria deixar

a forma representativa “falar”, subordinando-se ao criador, em uma atitude de humildade e resignação, para chegar a sua intencionalidade, dependendo o entendimento entre os “espíritos” de absoluta comunhão de valores e pressupostos, ou mesmo “concordância entre ambos”.

Não exercia o intérprete, assim, qualquer papel criativo ou construtivo, mas apenas um papel passivo de descobrir o sentido da forma representativa. O juiz seria reduzido ao papel de “boca da lei”, utilizando cânones hermenêuticos para garantia da correta interpretação e representando o texto um verdadeiro dogma.

O consumidor tem deveres para que se concretize o princípio da sustentabilidade, como uma espécie de responsabilidade solidária

Analisando a influência da Constituição Federal de 1988 no direito privado brasileiro e, por consequência, no direito do consumidor, destaca-se a seguinte lição de Claudia Lima Marques:

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (força normativa da Constituição), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado coerente, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.78/90), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/92), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850).³³

Vive-se, na verdade, um período de transição, em que o positivismo jurídico cede lugar à constitucionalização do direito, dependendo todas as normas jurídicas e decisões judiciais de sua adequação aos valores consagrados no texto constitucional, e não apenas a requisitos formais e procedimentais, conforme lição de Manuel Atienza ao responder a indagação da professora Claudia Rosane Roesler sobre o uso da expressão pós-positivismo. Enfatizou o referido autor que o positivismo jurídico conclui o seu ciclo, assim como o direito natural concluiu seu tempo histórico, em razão da “constitucionalização do direito, preferindo o termo pós-positivismo a outros, por sugerir a ideia de uma fase posterior ao positivismo”.

Esclarece Atienza, todavia, que, para referir-se à concepção de direito de autores como Dworkin, Alexy, Nino ou do próprio Atienza, está sendo utilizada a expressão “constitucionalismo” ou “paradigma constitucionalista” para exprimir a ideia de que “estamos vivendo dentro de um paradigma de direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição”, especialmente tendo em vista

que a validade das normas depende de sua conformidade com a Constituição, não apenas considerando-se os critérios formais e procedimentais mas também critérios materiais. Os tribunais constitucionais têm grande importância em referido cenário, por desempenharem o papel de controle da constitucionalidade das leis³⁴.

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal deve ser o norte para a edição de todas as normas, além de fundamento das postulações e decisões judiciais, não apenas levando-se em conta critérios formais e procedimentais, mas, especialmente, critérios materiais, tendo os enunciados constitucionais, assim, caráter de norma jurídica.

Em outras palavras, os valores consagrados no texto constitucional, destacando-se o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, devem pautar todas as ações não só dos operadores do direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), mas também dos legisladores e autoridades do Poder Executivo, destacando-se, para alcançar tal objetivo, a importância da compreensão do novo significado de norma jurídica e da diferença entre regra e princípio.

O princípio da sustentabilidade deve ser considerado como princípio constitucional estruturante ou fundamental

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se considerar que:

- 1 – o princípio da sustentabilidade tem como objetivo proteger os interesses maiores da sociedade, como o meio ambiente, a vida e a dignidade da pessoa humana, levando em consideração os aspectos sociais e econômicos;
- 2 – o princípio da sustentabilidade está diretamente relacionado a direitos inerentes à cidadania e deve ser considerado como princípio constitucional estruturante ou fundamental;
- 3 – o princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor decorrem do princípio republicano, da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, todos fundamentos da República Federativa do Brasil e considerados estruturantes;
- 4 – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º da CF/88, está relacionada com a concretização do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor;
- 5 – a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente – um dos aspectos do princípio da sustentabilidade –, conforme art. 170, V e VI, da CF/88, são

princípios da ordem econômica, devendo, assim, conviver harmoniosamente;

6 – a concretização do princípio da sustentabilidade exige produção e consumo sustentável;

7 – o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida são objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo – art. 4º do CDC – e também do princípio da sustentabilidade;

8 – o consumidor tem deveres para que se concretize o princípio da sustentabilidade, como uma espécie de responsabilidade solidária;

9 – o princípio da sustentabilidade é um princípio implícito do direito do consumidor, pois, embora não previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, deve ser observado na produção e no consumo dos bens e serviços, sob pena de flagrante violação aos interesses dos consumidores da atual e das futuras gerações;

10 – todos os poderes constituídos e a sociedade civil devem zelar para a efetivação do princípio da sustentabilidade e da defesa do consumidor, por serem valores constitucionais da mais alta relevância;

11 – a consolidação do princípio da sustentabilidade depende da sua aplicação por todos os operadores do direito (advogado, juízes, desembargadores, ministros, promotores, professores etc.), especialmente dos tribunais fundamentarem suas decisões baseadas em tal princípio; e

12 – o governo poderia incentivar a fabricação e produção sustentável criando uma identificação própria para “sustentavelmente corretos” – como um selo de preservação ambiental, verde, por exemplo –, elaborando normas técnicas próprias de caráter compulsório, exercendo seu poder de polícia administrativa com mais eficácia e, por intermédio de propaganda institucional, informar a sociedade da importância de um consumo sustentável, impulsionando, dessa forma, o interesse dos consumidores por tais produtos e as respectivas vendas.

NOTAS

¹Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina. Coordenador da Coordenadoria de Recursos Cíveis. 1º Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e direito do Consumidor (BRASILCON). Diretor da Região Sul da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON).

²MORENO, Ruan Rosa. El derecho ambiental em Latino América. In FERRER, Gabriel Real (Coord.). Intragación económica y medio ambiente em América Latina. Madrid: Ciencias Jurídicas, 2000. p. 16-17.

³Ferrer, Gabriel Real. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica –

CCPJ, Informação verbal. Alicante – ES, Convênio PCJ/ Univali e Madas/ UA, 27-4-2009.

⁴ Ferrer, Gabriel Real. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante – ES, Convênio PCJ/ Univali e Madas/ UA, 27-4-2009.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Princípio 3. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz>. Acesso em 11-12-2009

⁶ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. p. 170 e 172.

⁷ MILARÉ, Edis. direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. ver., at. e amp.. São Paulo: RT, 2009. p. 1.339.

⁸ CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um “direito da sustentabilidade”. Revista Brasileira de direito Ambiental, São Paulo, 13/173-197.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1173.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. direito constitucional e teoria da Constituição. p. 1173.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374-5.

¹² HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

¹³ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça. p. 21.

¹⁴ VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania. a sociedade civil na globalização. p. 264.

¹⁵ AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Fragmentos para uma teoria de la Constitución. Madrid: Lustel, 2007, p. 98-99. Tanto si se trata de princípios em sentido estrito como de diretrizes, es usual distinguir, en el ámbito de los principios constitucionales, entre principios explícitos y principios implícitos. Entendemos por principios constitucionales explícitos aquellos que se encuentran enunciados en el texto constitucional, y por principios constitucionales implícitos aquellos que el texto constitucional no enuncia, pero de los que se sostiene que subyacen al mismo, como razones justificativas de reglas constitucionales expresas.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. direito constitucional e teoria da Constituição. p. 227.

¹⁸ Reconhecido como direito e garantia fundamental, conforme previsão do art. 5º, XXXII, da CF/88.

¹⁹ Em relação as duas fases precedentes, vide subitem 3.1.3.3.

²⁰ LUCA, Newton. direito do consumidor. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008. p. 47.

²¹ MILARÉ, Edis. direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. p. 81 e 83.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Princípio 8. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/documentos/1752-Declaradorio.doc.147.wiz>>. Acesso em: 11-12-2009.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 20.

²⁴ FERRER, Gabriel Real. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Médio Ambiente, *Constitucion y Sostenibilidad* do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Informação verbal. Alicante-ES, Convênio PCJ/Univali e Madas/UA, 27.04.2009.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 134.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. p. 178.

²⁷ O Código de Defesa do Consumidor é um diploma legal de caráter principiológico, com vários princípios expressos e, entende-se, também implícitos, como o princípio da sustentabilidade.

²⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 196-7.

²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 307.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 619.

³¹ Emilio Betti (Camerino, 20 de agosto de 1890 - Cameriano di Camerino, 11 de agosto de 1968) foi um jurista italiano, tendo se dedicado especialmente ao direito Romano, além de filósofo e teólogo. Ele é mais conhecido por suas contribuições à hermenêutica, como consequência de seu interesse por interpretação [...]. In Enciclopédia Wikipédia On-line. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7.9.2009.

³² SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. In: *Hermenêutica e argumentação*. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003. p. 39-77.

³³ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman;; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 25.

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 43-84.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Madrid: Lustel, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

- _____. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais – “Novos” direitos e acesso à justiça, OAB/SC Editora. 2., 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.
- _____. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CAVEDON, F. S.; VIEIRA, R. S. Socioambientalismo e justiça ambiental como novas perspectivas para o direito ambiental: contribuições para a construção de um “direito da sustentabilidade”. Revista Brasileira de direito Ambiental, 13/173-197, São Paulo, jan-mar. 2008.
- CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- ENCICLOPÉDIA Wikipédia On-line. Hans-Georg Gadamer. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7.9.2009.
- _____. Emilio Betti. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 7.9.2009.
- FERRER, Gabriel Real. Informação verbal. Aula proferida no Centro de Negócios Alicante, na disciplina de Medio Ambiente, Constitución y Sostenibilidad do curso de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica – CCPJ, Alicante-ES, Convênio PPCJ/Univali e Madas/UA, 27.4.2009.
- FERRER, Gabriel Real (Coord.). Integración económica y medio ambiente en América Latina. Madrid: Ciências Jurídicas, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [et al] Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.
- LUCA, Newton. Direito do consumidor. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência Rio 92. Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Princípio 3. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/AcoesAdministrativas/RelatorioGestao/Rio10/Riomaisdez/documentos/1752-Declaracadorio.doc.147.wiz>>. Acesso em: 11-12-2009.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.
- MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 6. ed. ver., at. e amp.. São Paulo: RT, 2009.
- SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. A impossibilidade de saltar sobre a sombra: uma análise da proposta hermenêutica de Emilio Betti. In: Hermenêutica e argumentação. Ijuí-Caxias do Sul: UNIJUI, 2003.
- VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

REGIME JURÍDICO DO TIME-SHARE

MINISTÉRIO DA ECONOMIA, DA INOVAÇÃO E DO
DESENVOLVIMENTO

EXCERTOS

“O direito real de habitação periódica é, na falta de indicação em contrário, perpétuo, podendo ser -lhe fixado um limite de duração, não inferior a um ano”

“Salvo o disposto em lei especial, o direito real de habitação periódica é constituído por escritura pública ou por documento particular autenticado”

“Só pode ser objecto de direito real de habitação periódica o edifício, grupo de edifícios ou conjunto imobiliário objecto de uma única descrição no registo predial”

“Relativamente a cada direito real de habitação periódica é emitido pela conservatória do registo predial competente um certificado predial que titule o direito e legitime a transmissão ou oneração deste, que é entregue ao titular do direito real registado juntamente com o código de acesso à certidão permanente do registo predial”

“A transmissão de direitos reais de habitação periódica implica a cessão dos direitos e obrigações do respectivo titular em face do proprietário do empreendimento ou do cessionário da exploração, sem necessidade de concordância deste, considerando -se não escritas quaisquer cláusulas em contrário”

“Na falta de pagamento da prestação periódica até dois meses antes do início do período de exercício do correspondente direito, o proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica pode opor -se a esse exercício”

“Se o proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração deixarem de cumprir a obrigação de administração ou houver cumprimento negligente da mesma, podem os titulares deliberar a sua destituição da administração do empreendimento, sem prejuízo da responsabilidade daqueles”

“Na publicidade ou promoção dos direitos reais de habitação periódica, bem como nos contratos e documentos a estes respeitantes, não podem usar -se, em relação aos titulares desses direitos, a palavra «proprietário» ou quaisquer outras expressões susceptíveis de criar nos adquirentes desses direitos a ideia de que serão comproprietários do empreendimento”

Decreto-Lei 37/2011, de 10 de Março, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 2008/122/CE, de 14 de Janeiro de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, e republica o Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto.

CAPÍTULO I

Do direito real de habitação periódica

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Direito real de habitação periódica

Sobre as unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos podem constituir-se direitos reais de habitação periódica limitados a um período certo de tempo de cada ano.

Artigo 2.º

Outros direitos reais

1 - O proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica não pode constituir outros direitos reais sobre as mesmas.

2 - O disposto no número anterior não impede que, quando necessário, a constituição do direito real de habitação periódica seja precedida da sujeição do edifício, grupo de edifícios ou conjunto imobiliário ao regime da propriedade horizontal.

Artigo 3.º

Duração

1 - O direito real de habitação periódica é, na falta de indicação em contrário, perpétuo, podendo ser-lhe fixado um limite de duração, não inferior a um ano a contar:

- a) Da data da sua constituição; ou
- b) Da data da respectiva abertura ao público, quando o empreendimento estiver ainda em construção.

2 - O direito real de habitação periódica é limitado a um período de tempo determinado ou determinável em cada ano.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, os períodos de tempo devem ter todos a mesma duração.

4 - O último período de tempo de cada ano pode terminar no ano civil subsequente ao do seu início.

5 - O proprietário das unidades de alojamento previstas no artigo 1.º deve reservar, para reparações, conservação, limpeza e outros fins comuns ao empreendimento, um período de tempo de sete dias seguidos por ano para cada unidade de alojamento.

Artigo 4.º

Condições de exploração do empreendimento no regime de direito real de habitação periódica

1 - A exploração de um empreendimento no regime do direito real de habitação periódica requer que:

- a) As unidades de alojamento, além de serem independentes, sejam distintas e isoladas entre si, com

saída própria para uma parte comum do empreendimento ou para a via pública;

b) Sobre pelo menos 30 % das unidades de alojamento afectas à exploração turística, não sejam constituídos direitos reais de habitação periódica ou direitos de habitação turística, mantendo -se a exploração turística integrada da totalidade do empreendimento;

c) O empreendimento turístico onde se situem as unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica deve abranger a totalidade de um ou mais imóveis, excepto no caso dos hotéis -apartamentos e dos apartamentos turísticos, em que apenas têm de ocupar a maioria das unidades de alojamento de ou mais edifícios, no mínimo de 10, que formem um conjunto urbanístico coerente;

d) As unidades de alojamento dos hotéis – apartamentos e dos apartamentos turísticos devem ser contíguas e funcionalmente independentes;

e) As unidades de alojamento referidas na alínea c) devem ter um único proprietário e, quando o prédio estiver submetido ao regime da propriedade horizontal, o respectivo título constitutivo deve garantir a utilização das instalações e equipamentos de uso comum por parte dos titulares de direitos reais de habitação periódica;

f) O proprietário das unidades de alojamento referidas na alínea c) pode ser um estabelecimento individual de responsabilidade limitada, uma cooperativa ou uma sociedade comercial;

g) Quando exista cessão de exploração do empreendimento turístico, haja um único cessionário que preencha os requisitos previstos na alínea anterior.

2- A percentagem prevista na alínea b) do número anterior pode ser alterada por decisão dos membros do Governo responsáveis pelas áreas do ordenamento do território e do turismo, sob proposta do presidente do conselho directivo do Turismo de Portugal, I. P., quando, cumulativamente, estiverem reunidos os seguintes requisitos:

a) As entidades exploradoras garantirem contratualmente a manutenção da exploração turística de todas as unidades de alojamento afectas a essa exploração, das instalações e equipamentos de uso comum e das instalações e equipamentos de exploração turística durante o período de duração dos respectivos contratos;

b) A construção dos empreendimentos turísticos onde forem constituídos direitos reais de habitação periódica contribuir de forma decisiva para o desenvolvimento e modernização do sector na região em que se localizam, através do aumento da competitividade e do reordenamento e diversificação da oferta e, nas regiões menos desenvolvidas turisticamente, através da criação de oferta turística viável que permita potenciar o desenvolvimento económico regional;

c) A construção dos empreendimentos turísticos onde forem constituídos direitos reais de habitação periódica produzir um impacte significativo, ao nível regional, na criação de emprego ou na requalificação do sector;

d) Os empreendimentos turísticos onde forem constituídos direitos reais de habitação periódica tiverem uma classificação de cinco estrelas.

3 - As entidades referidas nas alíneas f) e g) do nº 1 devem ter uma situação líquida correspondente a 25 % do activo total líquido.

4 - Se a execução do empreendimento estiver prevista por fases, o disposto na alínea b) do nº 1 aplica -se a cada uma das fases.

5 - As unidades de alojamento dos empreendimentos turísticos previstos no artigo 1.º não se consideram retiradas da exploração de serviços de alojamento turístico pelo facto de se encontrarem sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica.

SECÇÃO II

Constituição

Artigo 5.º

Declaração de comunicação prévia

1 - A constituição de direitos reais de habitação periódica está sujeita a comunicação prévia com prazo, conforme definida pela alínea a) do nº 2 do artigo 8.º do Decreto -Lei nº 92/2010, de 26 de Julho, ao Turismo de Portugal, I. P.

2 - O proprietário das unidades de alojamento a submeter ao regime de direitos reais de habitação periódica deve apresentar, por via informática, ao Turismo de Portugal, I. P., nos termos previstos no artigo 62.º, a declaração de comunicação prévia com prazo acompanhada dos seguintes elementos:

- a) A identificação do ou dos proprietários do empreendimento turístico;
- b) A identificação do proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica;
- c) A identificação do empreendimento, com menção do número da descrição do prédio ou prédios no registo predial e indicação da sua localização;
- d) Classificação provisória atribuída ao empreendimento turístico, se este ainda não estiver em funcionamento, ou a classificação definitiva, se já tiverem decorrido dois meses sobre a sua abertura ao público;
- e) O título de constituição da propriedade horizontal que garanta a utilização das instalações e equipamentos de uso comum por parte dos titulares de direitos reais de habitação periódica, nos termos previstos na alínea e) do nº 1 do artigo anterior;
- f) No caso de o empreendimento se encontrar ainda em construção, a licença de construção emitida pela câmara municipal competente;
- g) A indicação dos ónus ou encargos existentes;
- h) A data prevista para a abertura ao público do empreendimento;
- i) A descrição e designação das unidades de alojamento sobre as quais se pretende constituir direitos reais de habitação periódica, com observância, quanto à primeira, do disposto nos n.os 2 e 3 do artigo 83.º do Código do Registo Predial;
- j) O número de unidades de alojamento referidas na alínea anterior e a percentagem que representam do total do empreendimento turístico;
- l) A enumeração das instalações e equipamentos de uso comum e de exploração turística, bem como dos equipamentos de animação, desportivos e de recreio do empreendimento;
- m) O número total dos direitos reais de habitação periódica a constituir e o limite de duração dos mesmos;
- n) O valor relativo de cada direito real de habitação periódica, de acordo com uma unidade padrão;
- o) O critério de fixação e actualização da prestação periódica devida pelos titulares e a percentagem

desta que se destina a remunerar a gestão;

- p) O início e o termo de cada período de tempo dos direitos;
- q) Os poderes dos respectivos titulares, designadamente sobre as partes do empreendimento que sejam de uso comum;
- r) Os deveres dos titulares, designadamente os relacionados com o exercício do seu direito e com o tempo, o lugar e a forma de pagamento da prestação periódica;
- s) Os poderes e deveres do proprietário do empreendimento, nomeadamente em matéria de equipamento e mobiliário das unidades de alojamento e a sua substituição, de reparações ordinárias e extraordinárias, de conservação e limpeza e os demais serviços disponibilizados;
- t) A capacidade máxima de cada uma das unidades de alojamento.

3 - Se for detectada a falta ou desconformidade de algum dos elementos ou documentos referidos no número anterior, a Turismo de Portugal, I. P., dispõe de um prazo de 10 dias a contar da apresentação da comunicação prévia para solicitar ao proprietário que, no prazo de 10 dias, envie os elementos ou documentos em falta, ficando suspenso o prazo a que se refere o nº 5 até que o processo se encontre devidamente instruído.

4 - O processo só se encontra devidamente instruído na data da recepção do último dos elementos em falta.

5 - Caso o Turismo de Portugal, I. P., não se pronuncie no prazo de 30 dias a contar da apresentação da comunicação prévia, o proprietário das unidades pode promover a constituição dos direitos reais de habitação periódica nos termos e nas condições constantes da declaração de comunicação prévia.

Artigo 6.º

Constituição do direito real de habitação periódica

1 - Salvo o disposto em lei especial, o direito real de habitação periódica é constituído por escritura pública ou por documento particular autenticado.

2 - O acto de constituição de direito real de habitação periódica é instruído com cópia da certidão referida no nº 3 do artigo anterior, devendo nele ser mencionado que o conteúdo daquela certidão faz parte integrante do título.

Artigo 7.º

Modificação do título de constituição do direito real de habitação periódica

1 - Salvo o disposto em lei especial, o título de constituição do direito real de habitação periódica pode ser modificado por escritura pública ou por documento particular autenticado, havendo acordo dos titulares de direitos reais de habitação periódica cuja posição seja afectada.

2 - A aprovação da modificação pode ser judicialmente suprida, em caso de recusa injustificada.

3 - À modificação do título de constituição do direito real de habitação periódica é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos anteriores.

Artigo 8.º

Registo

1 - O título de constituição do direito real de habitação periódica está sujeito a inscrição no registo predial.

2 - Só pode ser objecto de direito real de habitação periódica o edifício, grupo de edifícios ou con-

junto imobiliário objecto de uma única descrição no registo predial.

3 - Se a execução do empreendimento turístico tiver sido prevista por fases, o registo de constituição dos direitos reais de habitação periódica respeitantes a cada fase será feito por averbamento à respectiva descrição.

Artigo 9.º

Formulário normalizado de informação pré -contratual

1 - Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou por contrato -promessa, o proprietário ou o vendedor de direitos reais de habitação periódica deve entregar de forma gratuita, em papel ou através de suporte duradouro facilmente acessível ao consumidor, informações exactas que, de uma forma clara, precisa e compreensível, descrevam o empreendimento turístico, bem como os direitos e as obrigações decorrentes do contrato.

2 - As informações mencionadas no número anterior constam de formulário normalizado de informação pré-contratual e incluem designada e obrigatoriamente os seguintes elementos:

a) A identidade, o domicílio e a indicação exacta da qualidade jurídica do vendedor no momento da celebração do contrato, bem como a identidade e o domicílio do proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direito real de habitação periódica;

b) A identificação do empreendimento turístico, com menção do número da descrição do prédio ou prédios no registo predial e indicação da sua localização, com referência ao tipo e à classificação do mesmo e código de acesso à certidão permanente do registo predial;

c) A natureza exacta e especificação do conteúdo do direito objecto do contrato;

d) A indicação exacta do período durante o qual o direito pode ser exercido, incluindo a data a partir do qual pode ser exercido;

e) Quando o bem imóvel se encontrar em construção, a indicação do prazo limite para a conclusão do imóvel com indicação da data em que o mesmo está disponível para utilização, incluindo as instalações e equipamentos de uso comum;

f) O preço a pagar pela aquisição do direito real de habitação periódica, incluindo descrição exacta dos custos adicionais obrigatórios decorrentes do contrato;

g) A descrição dos encargos periódicos, contribuições especiais ou taxas eventualmente existentes, bem como os critérios de fixação e actualização dos mesmos;

h) A descrição dos serviços colocados à disposição do titular de direitos reais de habitação periódica, com descrição dos fornecimentos incluídos no preço da unidade de alojamento e os fornecimentos não incluídos no preço que devem ser pagos pelo adquirente;

i) A descrição das instalações e equipamentos de uso comum e de exploração turística dos empreendimentos a que o titular de direitos reais de habitação periódica tem direito com clara especificação daqueles que não se encontram incluídos no preço, impondo pagamento acrescido;

j) A indicação dos montantes a pagar por serviços colocados à disposição do consumidor não incluídos no preço da aquisição do direito;

l) A informação relativa à existência de sistemas de troca com indicação dos respectivos custos;

m) A existência de códigos de conduta aplicáveis com indicação do local onde os mesmos podem

ser consultados;

n) As informações sobre o modo e os prazos do exercício do direito de resolução do contrato, com a indicação da pessoa a quem deve ser comunicada essa resolução;

o) A informação relativa à proibição de quaisquer pagamentos antecipados antes de decorrido o prazo de resolução;

p) A informação de que o contrato pode, nos termos do direito internacional privado e em caso de litígio, ser regido por lei diferente da do Estado membro onde o consumidor reside ou tem o seu domicílio habitual.

3- O formulário normalizado de informação pré-contratual deve conter ainda informação detalhada sobre:

a) Os direitos adquiridos, com especificação das condições do seu exercício e clara indicação de eventuais restrições à possibilidade de ocupação do alojamento;

b) Os bens, com descrição exacta e pormenorizada do imóvel ou imóveis, incluindo a sua localização e descrição dos móveis e utensílios que constituem a unidade de alojamento;

c) O número da licença de construção e o nome e endereço completo das autoridades competentes e as garantias relativas à conclusão do imóvel e, quando isso não acontecer, as formas de reembolso dos pagamentos já efectuados, bem como as modalidades de pagamento dessas garantias caso se trate de imóvel em construção;

d) A forma de resolução do contrato e respectivos efeitos na esfera do titular, incluindo especificação dos custos a repercutir no titular e consequências em caso de contratos acessórios, incluindo contratos de crédito associados;

e) Os procedimentos relacionados com a manutenção e reparação no imóvel, incluindo a indicação da forma de exploração e ou administração do empreendimento turístico e os mecanismos existentes com vista à participação do adquirente na tomada de decisões no âmbito da administração do empreendimento;

f) A possibilidade ou impossibilidade de revenda do direito ou direitos adquiridos;

g) A indicação da língua ou línguas utilizadas entre o titular do direito e o proprietário ou administrador do empreendimento no âmbito do contrato, incluindo as questões relacionadas com a indicação dos custos, com o tratamento dos pedidos de informação ou apresentação de reclamações;

h) A indicação da possibilidade ou impossibilidade de recurso a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos.

4- As alterações às informações previstas no número anterior devem ser comunicadas ao adquirente antes da celebração do contrato, devendo nesse caso o contrato fazer referência expressa a essas alterações.

5- As alterações previstas no número anterior apenas podem resultar de circunstâncias alheias à vontade do vendedor, salvo acordo expresso das partes.

6- As informações a que se referem os n.os 2 e 3 devem ser redigidas na língua ou numa das línguas do Estado membro de residência ou da nacionalidade do consumidor à escolha deste, desde que se trate de uma das línguas oficiais da Comunidade.

7- O modelo de formulário normalizado de informação pré-contratual é aprovado por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas do turismo, defesa do consumidor e justiça.

SECÇÃO III

Do certificado predial

Artigo 10.º

Certificado predial

1- Relativamente a cada direito real de habitação periódica é emitido pela conservatória do registo predial competente um certificado predial que titule o direito e legitime a transmissão ou oneração deste, que é entregue ao titular do direito real registado juntamente com o código de acesso à certidão permanente do registo predial.

2- O certificado predial só pode ser emitido a favor do proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica e depois de efectuado o registo definitivo do título de constituição do direito real de habitação periódica.

3- Só pode ser emitida uma segunda via do certificado predial em caso de destruição ou extravio, alegado em requerimento do titular.

4- A emissão da segunda via do certificado predial só pode ter lugar depois de decorridos 30 dias sobre a data do respectivo pedido e é sempre anotada à descrição.

Artigo 11.º

Requisitos

1- Do certificado predial devem constar:

- a) A data em que foi realizado o acto de constituição do direito real de habitação periódica;
- b) Os elementos do título de constituição do direito real de habitação periódica referidos nas alíneas a) a c) do nº 2 do artigo 5.º;
- c) A identificação do titular do direito;
- d) A identificação da unidade de alojamento e o tipo e classificação do empreendimento turístico;
- e) A capacidade máxima da unidade de alojamento;
- f) A indicação exacta do período durante o qual o direito objecto do contrato pode ser exercido e a duração do regime instituído;
- g) A indicação dos ónus ou encargos existentes.

2- O certificado predial deve mencionar a seguir aos elementos previstos no número anterior a existência de um documento complementar que contenha os seguintes elementos:

- a) A menção das informações previstas nos n.os 2 e 3 do artigo 9.º que deve ter total correspondência com o formulário normalizado de informação;
- b) (Revogada.)
- c) O valor relativo do direito, de acordo com o disposto na alínea n) do nº 2 do artigo 5.º;
- d) A indicação de que a aquisição do direito real de habitação periódica não acarreta quaisquer despesas, encargos ou obrigações para além dos estipulados no contrato;
- e) (Revogada.)
- f) (Revogada.)
- g) (Revogada.)

h) (Revogada.)

i) A declaração do proprietário do empreendimento turístico que ateste que este foi ou será construído de acordo com o regime jurídico da instalação e do funcionamento dos empreendimentos turísticos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 167/97, de 4 de Julho, e que obedece aos requisitos das instalações, classificação e funcionamento previstos nos regulamentos a que se refere o nº 3 do artigo 1.º daquele diploma;

j) A identificação da entidade responsável pela exploração e administração do empreendimento;

l) (Revogada.)

m) A indicação das garantias prestadas para cumprir o disposto nos artigos 15.º e 31.º

3- Os elementos previstos no número anterior fazem parte integrante do contrato e completam os elementos previstos no nº 1, devendo o adquirente declarar por escrito ter recebido aquele documento e compreendido o seu teor.

4- O certificado predial e o documento complementar devem estar redigidos de forma clara e precisa, com caracteres facilmente legíveis, em português, devendo ser entregue pelo vendedor ao adquirente uma tradução, na língua ou numa das línguas do Estado membro de residência ou da nacionalidade do consumidor à escolha deste, desde que se trate de uma das línguas oficiais da Comunidade, acompanhada de uma tradução do contrato na língua do

Estado em que se situe o imóvel.

5- No espaço do certificado predial imediatamente anterior ao destinado a assinaturas deve constar:

a) A menção relativa à existência do direito de resolução sem necessidade de indicação do motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 14 dias seguidos a contar da data da entrega do certificado predial;

b) A menção sobre a proibição de quaisquer pagamentos antecipados directa ou indirectamente relacionados com o negócio jurídico a celebrar.

6- No espaço previsto no número anterior, o adquirente deve ainda declarar ter recebido a tradução do certificado e do documento complementar, que constitui parte integrante do contrato para todos os efeitos legais.

7- O certificado predial deve incluir o formulário de resolução do contrato.

8- O modelo do certificado predial e o formulário de resolução do contrato são aprovados pelo despacho conjunto a que se refere o nº 7 do artigo 9.º

SECÇÃO IV

Da transmissão e oneração de direitos reais de habitação periódica

Artigo 12.º

Oneração e transmissão de direitos reais de habitação periódica

1- A oneração ou a transmissão por acto entre vivos de direitos reais de habitação periódica faz-se mediante declaração das partes no certificado predial, com reconhecimento presencial das assinaturas do constituinte do ónus ou do alienante, respectivamente, e está sujeita a registo nos termos gerais.

2- Se a transmissão for a título oneroso, deve ser indicado o valor.

3- A transmissão por morte está sujeita a inscrição no certificado predial, devendo a assinatura do sucessor ser reconhecida presencialmente, após exibição ao notário de documento comprovativo da respectiva qualidade.

4- A transmissão de direitos reais de habitação periódica implica a cessão dos direitos e obrigações do respectivo titular em face do proprietário do empreendimento ou do cessionário da exploração, sem necessidade de concordância deste, considerando -se não escritas quaisquer cláusulas em contrário.

Artigo 13.º

Documento complementar

1 - Nas transmissões de direitos reais de habitação periódica o vendedor deve entregar ao adquirente o documento complementar, bem como o formulário de resolução do contrato previsto no artigo 11.º

2- Sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 9.º, sempre que haja alguma alteração ao conteúdo do documento complementar ou se verifique a perda ou extravio dele, pode o titular do direito real de habitação periódica exigir do proprietário das unidades de alojamento objecto desse direito um novo documento.

3- A violação do disposto no nº 1 gera a nulidade do negócio jurídico celebrado, depois de ultrapassados os prazos previstos no nº 3 do artigo 16.º

4- Recai sobre o vendedor o ónus de provar o cumprimento da obrigação prevista no nº 1.

Artigo 13.º -A

Dever especial de informação

1- Antes da assinatura do contrato, o vendedor está obrigado a informar o adquirente de que dispõe de um prazo de 14 dias seguidos para resolver o contrato e que se encontra vedado o pagamento de quaisquer quantias.

2- Incumbe ao vendedor a prova do cumprimento da obrigação prevista no número anterior.

Artigo 14.º

Sinal ou antecipação do pagamento

1- Antes do termo do prazo para o exercício do direito de resolução previsto no nº 1 do artigo 16.º é proibido efectuar pagamentos seja a que título for ou receber qualquer quantia como forma de pagamento, ou com qualquer outro objectivo directa ou indirectamente relacionado com o negócio jurídico a celebrar.

2- São igualmente proibidos os pagamentos de qualquer quantia a título de sinal, de garantia ou de reserva ou a prestação de qualquer outra contrapartida antes do termo do prazo a que se refere o número anterior.

Artigo 15.º

Caução

1 - O proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica ou o cessionário da exploração devem prestar caução que garanta:

a) A possibilidade do início do gozo do direito pelo adquirente na data prevista no contrato;

b) A expurgação de hipotecas ou outros ónus oponíveis ao adquirente do direito;

c) A devolução da totalidade das quantias entregues pelo adquirente por conta da aquisição desse direito, actualizada de acordo com o índice anual dos preços do consumidor, no caso de o empreendimento turístico não abrir ao público;

d) A devolução da totalidade das quantias entregues pelo adquirente até ao termo do prazo previsto nos n.os 3 e 4 do artigo seguinte.

2 - A caução é prestada a favor do adquirente por seguro, garantia bancária, depósito bancário,

títulos de dívida pública ou qualquer outra forma de garantia admitida no direito interno dos Estados membros da União Europeia, e o seu valor mínimo é equivalente ao que houver sido entregue por aquele.

3 - Nas transmissões subsequentes de direitos reais de habitação periódica, transfere -se para o adquirente a caução que garante o cumprimento das obrigações previstas nas alíneas a) e b) do nº 1 e ainda no caso da alínea c) do nº 1 se o empreendimento turístico ainda não estiver aberto ao público.

Artigo 16.º

Direito de resolução

1 - O adquirente do direito real de habitação periódica tem o direito de resolver o contrato de aquisição sem indicar o motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 14 dias seguidos a contar:

- a) Da data da celebração do contrato de transmissão do direito real de habitação periódica;
- b) Da data em que lhe é entregue o contrato de transmissão do direito real de habitação periódica, ou da data da entrega do formulário de resolução consoante a que for posterior, e caso esta data seja também posterior à data prevista na alínea anterior.

2 - A declaração de resolução deve ser comunicada ao vendedor em papel ou noutro suporte duradouro, enviada até ao termo do prazo previsto no número anterior.

3 - O direito de resolução a que se refere o nº 1 caduca:

- a) No prazo de um ano e 14 dias seguidos a contar da data mencionada no nº 1 se o vendedor não preencher e fornecer ao adquirente o formulário de resolução do contrato;
- b) No prazo de 94 dias seguidos a contar do momento da assinatura por ambas as partes do contrato, se o mesmo não contiver os elementos referidos no documento complementar previsto no nº 2 do artigo 11.º

4 - Se, nos prazos previstos no número anterior, o vendedor fornecer os elementos em falta, o adquirente passa a dispor, a contar desse momento, da possibilidade de resolver o contrato nos termos previstos no nº 1.

5 - Se, associado ao contrato de aquisição do direito real de habitação periódica, for celebrado um contrato de adesão a sistemas de troca, o prazo para resolução é o mesmo para ambos os contratos, contado nos termos dos números anteriores.

6 - Se o preço do bem imóvel, sujeito ao regime de direitos reais de habitação periódica, for total ou parcialmente coberto por um crédito concedido pelo vendedor, ou por terceiro com base num acordo entre este e o vendedor, e o adquirente exercer o direito de resolução previsto nos números anteriores, o contrato de crédito é resolvido, sem direito a indemnização ou pagamento de quaisquer encargos

7 - Resolvido o contrato, o vendedor deve restituir ao adquirente todas as quantias recebidas até à data da resolução do mesmo.

8 - Resolvido o contrato de aquisição de direito real de habitação periódica todos os contratos acessórios a este são automaticamente resolvidos sem direito a indemnização ou pagamento de quaisquer encargos.

9 - Por contrato acessório entende -se um contrato por força do qual o consumidor adquire serviços relacionados com um contrato de utilização periódica de bens ou com um contrato de aquisição de um produto de férias de longa duração, sendo esses serviços prestados por um profissional ou por um terceiro com base num acordo entre este último e o profissional.

Artigo 17.º

Contratos -promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica

1 - Os contratos -promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica vinculam ambas as partes e devem ser reduzidos a escrito.

2 - O vendedor deve entregar ao adquirente uma tradução do contrato -promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica, na ou numa das línguas do Estado membro de residência do adquirente ou na ou numa das línguas do Estado membro de que este é nacional, à escolha do adquirente, desde que se trate de uma das línguas oficiais da Comunidade, acompanhada de uma tradução do contrato na língua do Estado em que se situe o imóvel.

3 - A informação de que o adquirente pode resolver o contrato, sem indicar o motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 14 dias seguidos a contar da data da celebração desse contrato, deve constar do contrato – promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica e estar situada imediatamente antes do campo destinado às assinaturas.

4 - (Revogado.)

5 - É nula a convenção que faça depender a celebração do contrato prometido da alienação de direitos reais de habitação periódica sobre as restantes unidades de alojamento.

Artigo 18.º

Requisitos dos contratos -promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica

1 - Os contratos -promessa de alienação de direitos reais de habitação periódica em que o promitente-vendedor intervenha no exercício do comércio devem conter os seguintes elementos:

a) A identidade e o domicílio do proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime dos direitos reais de habitação periódica, com indicação exacta da qualidade jurídica do vendedor no momento da celebração do contrato;

b) A identificação do promitente -adquirente;

c) Os elementos constantes das alíneas c) a h), o) e q) a t) do nº 2 do artigo 5.º;

d) Os elementos constantes das alíneas a) e c) a f) do nº 1 do artigo 11.º;

e) Indicação expressa, aposta imediatamente antes da assinatura das partes, de que o promitente -adquirente do direito real de habitação periódica pode resolver o contrato, sem indicar o motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 14 dias seguidos a contar da data de assinatura deste, enviada até ao termo daquele prazo.

2- É obrigatória a entrega ao promitente -adquirente do documento complementar previsto no nº 2 do artigo 11.º e no artigo 13.º, observando -se, com as devidas adaptações, o disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 11.º e nos n.os 1 e 2 do artigo 13.º

Artigo 19.º

Direito de resolução e caução

1- Nos contratos -promessa o promitente-adquirente goza do direito de resolução após a sua assinatura, nos termos do disposto no artigo 16.º, contando -se o respectivo prazo da data de assinatura do contrato -promessa.

2- Se na pendência do prazo previsto no número anterior for realizado o acto de constituição do direito real de habitação periódica, o prazo para o adquirente do direito real de habitação periódica resolver o respectivo contrato de aquisição, previsto no nº 1 do artigo 16.º, conta -se a partir da data da assinatura

do contrato -promessa.

3- O promitente -vendedor, quando seja proprietário do empreendimento ou cessionário da sua exploração, deve prestar caução nos contratos -promessa que garanta:

- a) A possibilidade do início do gozo do direito pelo adquirente na data prevista no contrato -promessa;
- b) A expurgação de hipotecas ou outros ónus oponíveis ao adquirente do direito;
- c) A devolução da totalidade das quantias entregues pelo adquirente por conta da aquisição desse direito, actualizada de acordo com o índice anual dos preços do consumidor, no caso de o empreendimento turístico não abrir ao público;
- d) A devolução da totalidade das quantias entregues pelo adquirente até ao termo do prazo previsto nos n.os 3 a 5 do artigo 16.º

4- É aplicável à caução a que se refere o número anterior o disposto no nº 2 do artigo 15.º, observando-se ainda, com as necessárias adaptações, o disposto no nº 3 do mesmo preceito.

Artigo 20.º

Irrenunciabilidade e nulidade

1- Os direitos conferidos nesta secção ao adquirente e ao promitente -adquirente do direito real de habitação periódica são irrenunciáveis, sendo nula toda a convenção que, de alguma forma, os exclua ou limite.

2- É igualmente nula a convenção que, de alguma forma, exclua ou limite as responsabilidades conferidas nesta secção ao vendedor.

SECÇÃO V

Direitos e deveres dos titulares de direitos reais de habitação periódica

Artigo 21.º

Conteúdo e exercício do direito real de habitação periódica

1- O titular do direito real de habitação periódica tem as seguintes faculdades:

- a) Habitar a unidade de alojamento pelo período a que respeita o seu direito;
- b) Usar as instalações e equipamentos de uso comum do empreendimento e beneficiar dos serviços prestados pelo titular do empreendimento;
- c) Exigir, em caso de impossibilidade de utilização da unidade de alojamento objecto do contrato devido a situações de força maior ou caso fortuito motivado por circunstâncias anormais e imprevisíveis alheias àquele que as invoca, cujas consequências não poderiam ter sido evitadas apesar de todas as diligências feitas, que o proprietário ou o cessionário lhe faculte alojamento alternativo num empreendimento sujeito ao regime de direitos reais de habitação periódica, de categoria idêntica ou superior, num local próximo do empreendimento objecto do contrato;
- d) Ceder o exercício das faculdades referidas nas alíneas anteriores.

2- No exercício do seu direito, o titular deve agir como o faria um bom pai de família, estando -lhe especialmente vedadas a utilização da unidade de alojamento e das partes do empreendimento de uso comum para fins diversos daqueles a que se destinam e a prática de actos proibidos pelo título constitutivo ou pelas normas reguladoras do funcionamento do empreendimento.

3- A cedência a que se refere a alínea d) do nº 1 deve ser comunicada por escrito à entidade responsável pela gestão do empreendimento até ao início do período de exercício do direito, sob pena de opor a tal cedência.

Artigo 22.º

Prestação periódica

1- O titular do direito real de habitação periódica é obrigado a pagar anualmente ao proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime dos direitos reais de habitação periódica a prestação pecuniária indicada no título de constituição.

2- A prestação periódica destina -se exclusivamente a compensar o proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime dos direitos reais de habitação periódica das despesas com os serviços de utilização e exploração turística a que as mesmas estão sujeitas, contribuições e impostos e quaisquer outras previstas no título de constituição e a remunerá-lo pela sua gestão, não podendo ser-lhe dada diferente utilização.

3- O valor da prestação periódica pode variar consoante a época do ano a que se reporta o direito real de habitação periódica, mas deve ser proporcional à fruição do empreendimento pelo titular do direito.

4- A percentagem da prestação periódica destinada a remunerar a gestão não pode ultrapassar 20 % do valor total.

Artigo 23.º

Falta de pagamento da prestação periódica ou de indemnização

1- O crédito por prestações ou indemnizações devidas pelo titular do direito real de habitação periódica e respectivos juros moratórios goza do privilégio creditório imobiliário sobre este direito, graduável após os mencionados nos artigos 746.º e 748.º do Código Civil e os previstos em legislação especial em vigor nesta data.

2- Sem prejuízo do disposto no número anterior, é atribuída força executiva, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea d) do artigo 46.º do Código de Processo Civil, no que se refere às prestações ou indemnizações em dívida pelo titular de direito real de habitação periódica e respectivos juros moratórios:

- a) Ao contrato de transmissão do direito real de habitação periódica;
- b) À certidão do registo predial;
- c) À acta da assembleia a que se refere o artigo seguinte;
- d) À acta da assembleia-geral de titulares que tiver deliberado, por maioria dos votos dos presentes, o valor da prestação periódica devida por cada titular.

3- Na falta de pagamento da prestação periódica até dois meses antes do início do período de exercício do correspondente direito, o proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica pode opor -se a esse exercício.

4- No caso previsto no número anterior, o proprietário pode afectar a unidade de alojamento à exploração turística durante o período correspondente a esse direito, caso em que se considera integralmente liquidada a prestação periódica devida nos termos do nº 1 do artigo anterior.

Artigo 24.º

Alteração da prestação periódica

1- Independentemente do critério de fixação da prestação periódica estabelecido no título de consti-

tuição, aquela pode ser alterada, por proposta da entidade encarregada da auditoria das contas do empreendimento inserida no respectivo parecer, sempre que se revele excessiva ou insuficiente relativamente às despesas e à retribuição a que se destina e desde que a alteração seja aprovada por maioria dos votos dos titulares presentes em assembleia convocada para o efeito.

2- À alteração da prestação periódica aplica -se o disposto no nº 2 do artigo 7.º

SECÇÃO VI

Da administração e conservação do empreendimento

Artigo 25.º

Princípios gerais

1 - A administração e conservação das unidades de alojamento sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica, do seu equipamento e recheio e das instalações e equipamento de uso comum do empreendimento incumbem ao respectivo proprietário.

2 - O proprietário pode ceder a exploração do empreendimento, transferindo -se para o cessionário os poderes e deveres a ela ligados, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária do proprietário, perante os titulares dos direitos reais de habitação periódica, pela boa administração e conservação do empreendimento.

3 - A cessão de exploração deve ser notificada à Turismo de Portugal, I. P., e aos titulares dos direitos de habitação periódica, sob pena de ineficácia.

Artigo 26.º

Conservação e limpeza das unidades de alojamento

1 - As unidades de alojamento sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica, bem como os respectivos equipamento e mobiliário, devem ser mantidos pela entidade responsável em estado de conservação e limpeza compatível com os fins a que se destinam e com a classificação do empreendimento.

2 - Sem prejuízo do normal exercício do seu direito, o titular deve permitir o acesso à respectiva unidade de alojamento para o cumprimento das obrigações previstas no número anterior.

Artigo 27.º

Reparações

1 - As reparações indispensáveis ao exercício normal do direito que não possam ser efectuadas sem o sacrifício temporário daquele direito devem realizar -se em momento e condições que minimizem esse sacrifício, sem prejuízo do direito de indemnização dos titulares.

2 - As reparações decorrentes de deteriorações imputáveis ao titular do direito ou àquele a quem ele ceder o uso que não resultem do exercício normal desse direito são igualmente efectuadas pela entidade responsável pela exploração do empreendimento, a expensas do titular.

Artigo 28.º

Inovações

O proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica só pode realizar obras que constituam inovações nas unidades de alojamento, ainda que por sua conta, com o consentimento dos titulares, a prestar em assembleia geral.

Artigo 29.º

Encargos

Os titulares de direitos reais de habitação periódica não podem ser responsabilizados pelo pagamento das contribuições, taxas, impostos e quaisquer outros encargos anuais que incidam sobre a propriedade nem pelo cumprimento das respectivas obrigações acessórias.

Artigo 30.º

Fundo de reserva

1 - Uma percentagem não inferior a 4 % do valor da prestação periódica paga pelos titulares dos direitos reais de habitação periódica deve ser afectada à constituição de um fundo de reserva destinado exclusivamente à realização de obras de reparação e conservação das instalações e equipamentos de uso comum e das respectivas unidades de alojamento, seu mobiliário e equipamento.

2 - Devem reverter ainda para o fundo previsto no número anterior os saldos das prestações periódicas que constem das contas anuais do empreendimento.

3 - As quantias que integram o fundo de reserva devem ser depositadas em conta bancária própria.

4 - A entidade proprietária ou exploradora do empreendimento deve apresentar à Turismo de Portugal, I. P., documento comprovativo de que o fundo de reserva se encontra constituído.

Artigo 31.º

Caução de boa administração

1 - O proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime dos direitos reais de habitação periódica ou, tendo havido cessão da exploração, o cessionário devem prestar caução de boa administração e conservação do empreendimento a favor dos titulares de direitos reais de habitação periódica.

2 - A caução pode ser prestada por seguro, garantia bancária, depósito bancário ou títulos de dívida pública, ou qualquer outra forma de garantia admitida no direito interno dos Estados membros da União Europeia, devendo o respectivo título ser depositado no Turismo de Portugal, I. P., sem prejuízo do reconhecimento de garantia equivalente nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 11.º e do artigo 13.º do Decreto -Lei nº 92/2010, de 26 de Julho.

3 - O montante mínimo da garantia corresponde ao valor anual do conjunto das prestações periódicas a cargo de todos os titulares dos direitos transmitidos.

4 - A garantia só pode ser accionada por deliberação dos titulares dos direitos, desde que essa deliberação tenha sido tomada pela maioria dos votos correspondentes aos direitos transmitidos.

5 - A garantia deve ser actualizada sempre que o seja a prestação periódica.

Artigo 32.º

Prestação de contas

1 - A entidade responsável pela administração do empreendimento deve organizar anualmente as contas respeitantes à utilização das prestações periódicas pagas pelos titulares dos direitos e das dotações do fundo de reserva, elaborar um relatório de gestão e submeter ambos à apreciação da empresa de auditoria ou do revisor oficial de contas a eleger nos termos da alínea d) do nº 2 do artigo 34.º

2 - O relatório de gestão e as contas a que se refere o número anterior serão enviados a cada titular de di-

reitos, juntamente com a convocatória da assembleia geral ordinária, acompanhados do parecer da auditoria.

3 - Os titulares dos direitos reais de habitação periódica ou os seus representantes têm o direito de consultar os elementos justificativos das contas e do relatório de gestão apresentados na assembleia geral.

4 - Não tendo havido a eleição prevista na alínea d) do nº 2 do artigo 34.º, deve a entidade responsável pelo funcionamento do empreendimento solicitar à Câmara dos Revisores Oficiais de Contas a designação de um revisor, o qual exercerá as suas funções enquanto não for substituído por empresa ou revisor eleitos pela assembleia geral.

Artigo 33.º

Programa de administração

1 - A entidade responsável pela administração do empreendimento deve elaborar um programa de administração e conservação da parte sujeita ao regime de direito real de habitação periódica para o ano seguinte.

2 - O programa deve ser enviado a cada titular de direitos reais de habitação periódica conjuntamente com a convocatória da assembleia geral ordinária.

Artigo 34.º

Assembleia geral de titulares de direitos reais de habitação periódica

1 - A assembleia geral de titulares de direitos reais de habitação periódica integra todos os titulares daqueles direitos.

2 - Compete à assembleia geral:

a) Eleger o presidente de entre os seus membros, sendo o proprietário do empreendimento inelegível para o cargo;

b) Pronunciar -se sobre o relatório de gestão e as contas respeitantes à utilização das prestações periódicas e das dotações do fundo de reserva;

c) Apreciar o programa de administração e conservação do empreendimento no regime de direito real de habitação periódica para o ano seguinte;

d) Eleger o revisor oficial de contas ou a empresa de auditoria que apreciará o relatório de gestão e as contas do empreendimento;

e) Aprovar a alteração da prestação periódica nos termos do artigo 24.º;

f) Deliberar sobre qualquer assunto do interesse dos titulares de direitos de habitação periódica.

3 - A assembleia geral é convocada pela entidade responsável pela administração do empreendimento, salvo o disposto no nº 5.

4 - A assembleia geral deve ser convocada por carta registada, ou por envio de e-mail com recibo de leitura para o endereço electrónico do titular do direito e publicação da convocatória no sítio da empresa na Internet, pelo menos 30 dias antes da data prevista para a reunião, no 1.º trimestre de cada ano, para os efeitos, pelo menos, das matérias referidas nas alíneas b) a d) e f) do nº 2.

5 - A assembleia geral deve ser convocada pelo presidente sob proposta de titulares de direitos reais de habitação periódica que representem 5 % dos votos correspondentes aos direitos transmitidos.

6 - A assembleia geral delibera qualquer que seja o número de titulares dos direitos presentes ou representados, salvo o disposto no número seguinte.

7 - A assembleia geral convocada nos termos do nº 5 requer a presença de titulares de direitos que representem, pelo menos, um terço dos votos correspondentes aos direitos reais de habitação periódica constituídos.

8 - O presidente da assembleia geral é eleito por dois anos, renováveis.

Artigo 35.º

Participação na assembleia

1 - Os titulares de direitos reais de habitação periódica podem deliberar em assembleia geral e votar por escrito.

2 - Ninguém poderá representar mais de um décimo dos votos correspondentes aos direitos constituídos, salvo se forem detidos por um único titular.

3 - O proprietário do empreendimento, mesmo quando não seja titular de direitos reais de habitação periódica, ou, tendo havido cessão de exploração, o cessionário devem comparecer na assembleia geral a fim de prestar as informações solicitadas.

4 - Cada titular de um direito real de habitação periódica tem o número de votos correspondentes ao valor do direito, nos termos estabelecidos no título constitutivo.

5 - O proprietário do empreendimento que seja titular de direitos reais de habitação periódica não dispõe dos votos correspondentes às unidades de alojamento cuja construção não esteja terminada.

6 - O proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração não podem ser representantes dos titulares dos direitos reais de habitação periódica nem votar a alteração da prestação periódica a que se refere a alínea e) do nº 2 do artigo anterior.

7 - As deliberações são tomadas por maioria simples, salvo o disposto no nº 1 do artigo 37.º

SECÇÃO VII

Destituição e substituição na administração do empreendimento

Artigo 36.º

Destituição na administração do empreendimento

1 - Se o proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração deixarem de cumprir a obrigação de administração ou houver cumprimento negligente da mesma, podem os titulares deliberar a sua destituição da administração do empreendimento, sem prejuízo da responsabilidade daqueles.

2 - Considera -se haver incumprimento da obrigação de administrar designadamente nos seguintes casos:

a) Se não for convocada a assembleia geral de titulares nos termos previstos no nº 4 do artigo 34.º;

b) Se a assembleia de titulares não aprovar o relatório de gestão do exercício anterior;

c) Se a entidade responsável pela administração do empreendimento não organizar nem apresentar os documentos referidos nos artigos 32.º e 33.º;

d) Se o proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração não comparecerem na assembleia geral de titulares;

e) Se não for constituído o fundo de reserva previsto no artigo 30.º;

f) Se não for constituída ou se caducar a garantia prevista no artigo 31.º;

g) Se o empreendimento for desclassificado.

Artigo 37.º

Processo

1 - O processo de destituição inicia -se em assembleia geral especialmente convocada para o efeito, devendo a deliberação ser tomada por maioria de dois terços dos votos correspondentes aos direitos reais de habitação periódica transmitidos, e só produzindo efeitos depois de decisão do tribunal arbitral, a constituir nos termos dos números seguintes, ou da nomeação judicial prevista no artigo 40.º

2 - O tribunal arbitral é composto por três árbitros, sendo um designado pelos titulares dos direitos reais de habitação periódica, outro pelo proprietário e pelo cessionário da exploração, se o houver, e o terceiro pelos árbitros assim designados.

3 - O tribunal arbitral deve, quando tal se justifique, fixar um prazo à entidade administradora para cumprimento das obrigações em falta.

4 - Decorrido o prazo referido no número anterior, se a entidade em causa não tiver cumprido as obrigações impostas pelo tribunal arbitral, este deliberará, de imediato, a destituição daquela e a consequente substituição por uma outra que administrará todo o empreendimento.

Artigo 38.º

Efeitos da substituição

Destituído da administração o proprietário do empreendimento ou o cessionário da exploração, o pagamento das prestações periódicas deixa de lhes ser devolvido e será realizado à nova entidade administradora.

Artigo 39.º

Direitos e deveres da entidade administradora nomeada

1 - Compete à entidade administradora nomeada exercer todos os direitos e cumprir todos os deveres inerentes à administração e conservação do empreendimento, sendo -lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras estabelecidas na secção VI.

2 - A administração deve exercer -se também no que respeita aos direitos reais de habitação periódica alienados posteriormente pelo proprietário.

Artigo 40.º

Nomeação judicial de administrador

1 - Tomada a deliberação prevista no nº 1 do artigo 36.º, se, decorrido o prazo de 60 dias, não se encontrar constituído o tribunal arbitral referido no artigo 37.º, podem os titulares dos direitos reais de habitação periódica requerer ao tribunal da comarca da situação dos bens a nomeação de um administrador judicial.

2 - A acção para nomeação do administrador judicial deve ser proposta contra o proprietário do empreendimento e o cessionário da exploração, se existir, seguindo -se, com as necessárias adaptações, o processo previsto para a nomeação de administrador na propriedade horizontal.

3 - É aplicável ao administrador judicial, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 38.º e 39.º

Artigo 41.º

Cessação do regime de substituição na administração do empreendimento

O regime de substituição na administração do empreendimento cessa mediante deliberação por maioria dos votos correspondentes aos direitos reais de habitação periódica transmitidos, retomando o proprietário ou o cessionário da exploração do empreendimento as funções respectivas logo que preste a caução prevista no artigo 31.º

SECÇÃO VIII

Da renúncia ao direito real de habitação periódica

Artigo 42.º

Renúncia

1 - O titular do direito real de habitação periódica pode a ele renunciar mediante declaração de renúncia no certificado predial, com reconhecimento presencial da assinatura.

2 - A declaração de renúncia carece de ser notificada ao proprietário do empreendimento e à Turismo de Portugal, I. P., devendo ainda ser registada nos termos gerais.

3 - A declaração a que se refere o número anterior produz efeitos seis meses após as notificações nele previstas.

SECÇÃO IX

Publicidade, comercialização e formas de referência

Artigo 43.º

Publicidade e comercialização

1 - Toda a publicidade ou promoção respeitante à venda ou comercialização de direitos reais de habitação periódica deve identificar de modo inequívoco a forma e o local onde é possível obter o formulário normalizado de informação pré-contratual a que se refere o artigo 9.º

2 - A publicidade respeitante à venda ou comercialização de direitos reais de habitação periódica não pode apresentar a aquisição desses direitos como forma de investimento financeiro.

3 - Os direitos reais de habitação periódica não podem ser publicitados ou promovidos sem que tenham sido sujeitos ao processo de comunicação prévia com prazo, nos termos previstos no artigo 5.º

4 - Caso um contrato de utilização periódica de bens, de aquisição de um produto de férias de longa duração, de revenda ou de troca seja proposto pessoalmente a um consumidor numa promoção ou num evento de vendas, o profissional deve mencionar claramente no convite a finalidade comercial e a natureza do evento.

5 - A actividade de promoção e comercialização dos direitos reais de habitação periódica só pode desenvolver-se em instalações do proprietário, do cessionário da exploração do empreendimento turístico ou ainda do mediador.

6 - O disposto no presente artigo é aplicável à publicidade veiculada com o objectivo de promover a troca ou revenda dos direitos previsto no presente diploma.

Artigo 44.º

Proibição de utilização de certos termos

Na publicidade ou promoção dos direitos reais de habitação periódica, bem como nos contratos e documentos a estes respeitantes, não podem usar -se, em relação aos titulares desses direitos, a palavra “proprietário” ou quaisquer outras expressões susceptíveis de criar nos adquirentes desses direitos a ideia de que serão comproprietários do empreendimento.

CAPÍTULO II

Dos direitos de habitação turística

Artigo 45.º

Regime dos direitos de habitação turística

1 - Ficam sujeitos às disposições do presente capítulo:

a) Os direitos de habitação em empreendimentos turísticos por períodos de tempo limitados em cada ano e que não constituam direitos reais de habitação periódica;

b) Os contratos pelos quais, directa ou indirectamente, mediante um pagamento antecipado completado ou não por prestações periódicas, se prometa ou se transmitam direitos de habitação turística.

2 - Os direitos de habitação turística a que se refere o número anterior incluem, nomeadamente, os direitos obrigacionais constituídos ao abrigo de:

a) Contratos de utilização periódica de bens, entendendo-se estes como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito de utilizar um ou mais alojamentos, por mais do que um período de ocupação, que não configure um direito real de habitação periódica;

b) Contratos de aquisição de produtos de férias de longa duração, entendendo -se estes como os contratos de duração superior a um ano, mediante os quais o consumidor adquire, a título oneroso, o direito a beneficiar de descontos ou outras vantagens a nível de alojamento, por si só ou em combinação com serviços de viagens ou outros, nomeadamente contratos referentes a cartões e clubes de férias, cartões turísticos ou outros de natureza semelhante.

3 - Não estão sujeitos às disposições do presente capítulo, designadamente:

a) As reservas múltiplas de alojamento;

b) Os contratos comuns de arrendamento;

c) Os sistemas de fidelidade comuns que proporcionam descontos em alojamento em empreendimentos turísticos.

Artigo 46.º

Requisitos

1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, os direitos de habitação turística só podem constituir -se desde que os empreendimentos se encontrem em funcionamento e se verifiquem, com as necessárias adaptações, as condições previstas no artigo 4.º, estando a exploração nesse regime sujeita a comunicação prévia ao Turismo de Portugal, I. P.

2 - O disposto no número anterior não prejudica a instalação dos empreendimentos por fases.

3 - Excepcionalmente, por decisão dos membros do Governo responsáveis pelas áreas do ordenamento do território e do turismo, sob proposta do presidente do conselho directivo do Turismo de Portugal, I. P., podem constituir-se direitos de habitação turística sobre empreendimentos turísticos e casas e empreendimentos de turismo no espaço rural ainda em construção quando, cumulativamente, estiverem reunidos os seguintes requisitos:

a) As entidades exploradoras garantirem contratualmente a manutenção da exploração turística de todas as unidades de alojamento afectas a essa exploração, das instalações e equipamentos de uso comum e das

instalações e equipamentos de exploração turística durante o período de duração dos respectivos contratos;

b) A construção dos empreendimentos turísticos onde forem constituídos direitos de habitação turística contribuirão de forma decisiva para o desenvolvimento e modernização do sector na região em que se localizam, através do aumento da competitividade e do reordenamento e diversificação da oferta e, nas regiões menos desenvolvidas turisticamente, através da criação de oferta turística viável que permita potenciar o desenvolvimento económico regional;

c) A construção dos empreendimentos turísticos onde forem constituídos direitos de habitação turística produzirá um impacto significativo, ao nível regional, na criação de emprego ou na requalificação do sector;

d) Os empreendimentos turísticos onde forem constituídos direitos de habitação turística tiverem uma classificação de cinco estrelas;

e) For prestada uma caução nos termos e para os efeitos previstos no artigo 15.º

4 - Quando uma mesma entidade ou grupo empresarial for simultaneamente proprietário e explorador de um hotel da mesma categoria ou de categoria superior ao empreendimento turístico onde se integram as unidades de alojamento sujeitas ao regime dos direitos de habitação turística e os dois empreendimentos se integrem no mesmo conjunto urbanístico, os quartos do hotel podem ser contabilizados para o efeito da percentagem prevista na alínea b) do nº 1 do artigo 4.º, aplicável aos direitos de habitação turística, por força do disposto no nº 1.

5 - A comunicação prévia deve ser enviada, por via informática, ao Turismo de Portugal, I. P., nos termos previstos no artigo 62.º, e instruída com os seguintes elementos:

a) Documento que contenha, com as necessárias adaptações, os elementos previstos no nº 2 do artigo 5.º;

b) Cópia da licença de utilização turística do empreendimento turístico;

c) Se o requerente não for o proprietário do empreendimento turístico, o documento que o legitime a constituir direitos de habitação turística.

6 - As unidades de alojamento dos empreendimentos previstos no nº 1 do artigo anterior não se consideram retiradas da exploração de serviços de alojamento turístico pelo facto de se encontrarem sujeitas ao regime do direito de habitação turística.

7 - Ao processo de comunicação prévia da exploração no regime de direito de habitação turística aplica-se o disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 5.º com as devidas adaptações.

Artigo 47.º

Duração

Os direitos de habitação turística são, na falta de indicação em contrário, perpétuos, podendo ser fixado um limite de duração não inferior a um ano, a contar da data da sua constituição ou da data da abertura ao público do empreendimento turístico quando o empreendimento estiver ainda em construção.

Artigo 47.º -A

Formulário normalizado de informação pré-contratual

1 - Em tempo útil, antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou proposta, o proprietário ou o vendedor de direitos de habitação turística deve entregar de forma gratuita, em papel ou através de suporte duradouro facilmente acessível ao consumidor, informações exactas que, de uma forma clara, precisa e com-

preensível, descrevam o empreendimento turístico, bem como os direitos e obrigações decorrentes do contrato.

2 - As informações mencionadas no número anterior constam de formulário normalizado de informação pré-contratual e incluem designada e obrigatoriamente os seguintes elementos:

- a) A identidade, o domicílio, a indicação exacta da qualidade jurídica do vendedor no momento da celebração do contrato, bem como a identidade e o domicílio do proprietário das unidades de alojamento;
- b) A identificação do empreendimento turístico, com menção do número da descrição do prédio ou prédios no registo predial e indicação da sua localização, com referência ao tipo e classificação do mesmo;
- c) A natureza exacta e especificação do conteúdo do direito objecto do contrato;
- d) A indicação exacta do período durante o qual o direito pode ser exercido, incluindo a data a partir da qual pode ser exercido;
- e) O preço a pagar pela aquisição do direito ou direitos, incluindo descrição exacta dos custos adicionais obrigatórios decorrentes do contrato;
- f) A descrição dos encargos periódicos, incluindo calendarização dos mesmos, contribuições especiais ou taxas locais eventualmente existentes decorrentes do exercício do direito, bem como os critérios de fixação e actualização dos mesmos;
- g) A descrição dos serviços colocados à disposição do titular do direito ou direitos, com distinção dos custos incluídos e não incluídos no preço a pagar;
- h) A existência de códigos de conduta aplicáveis com indicação do local onde os mesmos podem ser consultados;
- i) As informações sobre o modo e os prazos do exercício do direito de resolução do contrato, com a indicação da pessoa a quem deve ser comunicada a resolução;
- j) A informação relativa à proibição de quaisquer pagamentos antecipados antes de decorrido o prazo de resolução;
- l) A informação de que o contrato pode, nos termos do direito internacional privado e em caso de litígio, ser regido por lei diferente da do Estado membro onde o consumidor reside ou tem o seu domicílio habitual.

3 - O formulário normalizado de informação pré-contratual deve conter ainda informação detalhada sobre:

- a) Os direitos adquiridos, com especificação clara e adequada das condições do seu exercício, com descrição exacta e pormenorizada do imóvel ou imóveis, incluindo a sua localização e descrição dos móveis e utensílios que constituem a unidade de alojamento;
- b) As restrições eventualmente existentes quanto à possibilidade de o consumidor utilizar os direitos;
- c) A forma de resolução do contrato e respectivos efeitos na esfera do titular, incluindo especificação dos custos a repercutir no titular e consequências em caso de contratos acessórios, incluindo contratos de crédito associados;
- d) A indicação da língua ou línguas utilizadas entre o titular do direito e o proprietário ou administrador do empreendimento no âmbito do contrato, incluindo as questões relacionadas com a indicação dos custos, com o tratamento dos pedidos de informação ou apresentação de reclamações;
- e) A indicação da possibilidade ou impossibilidade de recurso a mecanismos extrajudiciais de reso-

lução de conflitos.

4 - As alterações às informações previstas no número anterior devem ser comunicadas ao adquirente antes da celebração do contrato, devendo nesse caso o contrato fazer referência expressa a essas alterações.

5 - As informações previstas no nº 3 não podem ser alteradas, salvo acordo expresso das partes em contrário ou, se as alterações resultarem de circunstâncias inusitadas, imprevisíveis e independentes da vontade do profissional, e as suas consequências não pudessem ter sido evitadas mesmo com toda a diligência devida.

6 - As informações a que se referem os n.os 2 e 3 devem ser redigidas na língua ou numa das línguas do Estado membro de residência ou da nacionalidade do consumidor à escolha deste desde que se trate de uma das línguas oficiais da Comunidade.

7 - O modelo de documento informativo normalizado é aprovado pelo despacho conjunto a que se refere o nº 7 do artigo 9.º

Artigo 48.º

Contrato de transmissão de direitos de habitação turística

1 - O contrato de transmissão de direitos de habitação turística é celebrado por escrito e deve ser entregue pelo vendedor ao adquirente em papel ou através de suporte duradouro.

2 - O vendedor deve entregar ao adquirente um contrato de transmissão de direitos de habitação turística redigido na língua do Estado em que se situe o imóvel e uma tradução do contrato, à escolha do adquirente:

a) Na ou numa das línguas do Estado membro de residência do adquirente; ou

b) Na ou numa das línguas do Estado membro de que este é nacional, desde que se trate de uma das línguas oficiais da Comunidade.

3 - Na área do contrato ou contrato -promessa de transmissão de direitos de habitação turística imediatamente anterior à destinada a assinaturas deve constar:

a) A menção relativa ao exercício do direito de resolução, sem necessidade de indicação do motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 14 dias seguidos a contar da data da celebração do contrato ou do contrato -promessa ou da entrega do mesmo;

b) A menção sobre a proibição de quaisquer pagamentos antecipados directa ou indirectamente relacionados com o negócio jurídico a celebrar.

4 - No espaço previsto no número anterior, o adquirente deve ainda declarar ter recebido a tradução do contrato, que constitui parte integrante do mesmo para todos os efeitos legais.

5 - Os contratos a que se refere o nº 1, ou os respectivos contratos -promessa, devem mencionar, quando o vendedor ou o promitente-vendedor intervenham no exercício do comércio, sob pena de anulabilidade:

a) Os elementos a que se referem as alíneas c), d), g) e p) a t) do nº 2 do artigo 5.º;

b) Os elementos a que se referem as alíneas c) e d) do nº 2 do artigo 11.º, com as necessárias adaptações;

c) A indicação das garantias prestadas para cumprir o disposto no artigo 52.º;

d) A indicação explícita de que o direito a que se refere o contrato não constitui um direito real;

e) (Revogada.)

f) Se o vendedor não for o proprietário das casas ou empreendimentos previstos no artigo 45.º ou alguém que actue devidamente mandatado para o representar nos termos previstos no número seguinte,

deve ainda juntar a autorização prevista nos números seguintes;

g) A menção das informações previstas nos n.os 2 e 3 do artigo 47.º -A, que deve ter total correspondência com o formulário normalizado de informação.

6 - A comercialização de direitos de habitação turística por quem não seja proprietário dos empreendimentos turísticos previstos no artigo 45.º, ou por quem actue devidamente mandatado para o efeito por mediação, agenciamento, cessão ou outras formas afins, depende de comunicação prévia ao Turismo de Portugal, I. P.

7 - A comunicação prévia referida no número anterior depende da observância pelos requerentes dos seguintes requisitos:

a) (Revogada.)

b) Garantir o gozo pleno dos direitos de habitação turística objecto do contrato de transmissão durante o seu período de duração;

c) Comprovação da sua idoneidade comercial.

8 - Para efeitos do disposto na alínea c) do número anterior, não são consideradas comercialmente idóneas as pessoas relativamente às quais se verifique:

a) A proibição legal do exercício do comércio;

b) A inibição do exercício do comércio por ter sido declarada a sua falência ou insolvência enquanto não for levantada a inibição e decretada a sua reabilitação;

c) Terem sido titulares, gerentes ou administradores de um estabelecimento individual de responsabilidade limitada, de uma cooperativa ou de uma sociedade comercial, punida com três ou mais coimas, desde que lhe tenha sido aplicada a sanção de interdição do exercício da actividade.

9 - Para efeitos do disposto no nº 6, e sem prejuízo do disposto na alínea d) do artigo 5.º do Decreto-Lei nº 92/2010, de 26 de Julho, o vendedor deve apresentar no Turismo de Portugal, I. P., uma comunicação prévia acompanhada dos seguintes elementos:

a) Certidão do acto constitutivo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, da cooperativa ou da sociedade comercial, ou cópia de documento de identificação, se for pessoa singular sem aquele estabelecimento constituído;

b) Certidão do registo comercial definitivo do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, da cooperativa ou da sociedade comercial, se for pessoa colectiva ou singular com aquele estabelecimento constituído;

c) Certidão que ateste que a empresa não é devedora ao Estado de quaisquer contribuições, impostos ou outras importâncias ou que o pagamento das mesmas está formalmente assegurado;

d) Certidão que ateste que a empresa tem a situação regularizada com a segurança social;

e) Cópia dos contratos celebrados entre o vendedor e o ou os proprietários das unidades de alojamento sujeitas ao regime dos direitos de habitação turística, que garantam o gozo pleno dos direitos objecto do contrato ou contrato-promessa de transmissão desses direitos, pelo período de duração neles previstos.

10 - Quando os elementos a que se referem as alíneas a) a d) do número anterior se encontrem disponíveis na Internet, a respectiva apresentação pode ser substituída pela indicação dos endereços electrónicos onde aquela informação pode ser consultada e respectivos códigos de acesso e, se for caso disso,

pela entrega de declaração a autorizar essa consulta.

11 - O processo de comunicação prévia obedece ao disposto nos n.os 3 a 5 do artigo 5.º, com as devidas adaptações.

Artigo 49.º

Direito de resolução

1 - Nos contratos de aquisição de direitos de habitação turística ou nos respectivos contratos-promessa, o adquirente ou o promitente -adquirente tem a faculdade de resolver o contrato, sem indicar o motivo e sem quaisquer encargos, no prazo de 14 dias seguidos e nos termos do nº 2 do artigo 16.º

2 - É aplicável ao direito de resolução dos contratos de aquisição de direitos de habitação turística ou dos respectivos contratos -promessa, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.os 3 a 9 do artigo 16.º

Artigo 50.º

Administração e conservação

1 - A administração e conservação das unidades de alojamento e das instalações e serviços de uso comum do empreendimento competem ao proprietário ou ao cessionário da exploração, aplicando -se, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 25.º a 30.º

2 - No 1.º trimestre de cada ano será convocada pela entidade responsável pela administração do empreendimento uma assembleia geral dos titulares dos direitos de habitação turística com vista à prestação de informações e à deliberação sobre qualquer assunto do interesse daqueles titulares.

3 - É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto na alínea b) do nº 2 e nos n.os 4 e 6 do artigo 34.º e nos artigos 36.º a 41.º

Artigo 50.º -A

Pagamento escalonado

1 - Nos contratos de aquisição de direitos de habitação turística a que se refere a alínea b) do nº 2 do artigo 45.º o pagamento do preço pelo titular ao proprietário ou ao cessionário da exploração do empreendimento é feito de acordo com um calendário de pagamentos escalonados.

2 - Os pagamentos, incluindo eventuais quotas de membros, são divididos em prestações anuais, todas do mesmo valor.

3 - É proibido qualquer pagamento do preço que não esteja de acordo com o calendário de pagamentos escalonados.

4 - O vendedor deve enviar um pedido de pagamento por escrito, em papel ou noutro suporte duradouro, pelo menos 14 dias seguidos antes da data de vencimento de cada prestação.

5 - A partir do pagamento da segunda prestação, o titular tem o direito de resolver o contrato sem sofrer qualquer sanção, desde que informe o profissional no prazo de 14 dias seguidos a contar da recepção do pedido de pagamento de cada prestação.

6 - A partir da segunda anuidade, o vendedor e o titular podem acordar na sua actualização de acordo com o índice médio de preços ao consumidor no continente, publicado pelo Instituto Nacional de Estatística.

7 - O exercício do direito a que se refere o nº 5 não prejudica a aplicação das regras gerais do direito em matéria de cumprimento e incumprimento das obrigações.

Artigo 51.º

Prestação periódica

1 - O contrato de aquisição de direito de habitação turística pode estabelecer uma prestação periódica a pagar pelo titular ao proprietário ou ao cessionário da exploração do empreendimento.

2 - O valor da prestação periódica pode ser actualizado nos termos previstos no contrato.

3 - Não pode convencionar -se o pagamento antecipado das prestações periódicas respeitantes a anos subsequentes.

4 - É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no nº 2 do artigo 23.º

Artigo 52.º

Cauções

1 - O proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos de habitação turística, ou o vendedor, nos casos previstos na alínea f) do nº 5 do artigo 48.º, deve prestar a favor do adquirente ou do promitente -adquirente de direitos de habitação turística caução pelo montante das quantias recebidas por este a qualquer título, para os efeitos e nos termos do artigo 15.º

2 - O proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos de habitação turística ou, tendo havido cessão de exploração, o cessionário devem ainda prestar caução de boa administração, a favor dos titulares de direitos de habitação turística, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 31.º, com as necessárias adaptações.

3 - Se na casa ou empreendimento existirem titulares de direitos não obrigados ao pagamento de prestações periódicas, a caução de boa administração deve ser fixada anualmente pela entidade encarregada da auditoria das contas, em valor não inferior ao montante de despesas previsto para cada exercício.

4 - A caução prevista nos números anteriores só pode ser accionada por deliberação da maioria dos titulares dos direitos de habitação turística constituídos.

Artigo 53.º

Extensão do regime

1 - Aos direitos de habitação turística é aplicado, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 13.º -A, 14.º, 20.º, 43.º e 44.º

2 - Aos contratos de troca, bem como aos contratos de revenda dos direitos previstos no presente diploma aplica -se, com as necessárias adaptações, o disposto no presente diploma, em especial o previsto nos artigos 9.º, 13.º, 13.º -A, 14.º, 16.º e 47.º -A.

3 - Sem prejuízo do mencionado no número anterior, aos contratos de revenda é aplicável o disposto no Decreto -Lei nº 211/2004, de 20 de Agosto, que regula o exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária em tudo o que não contrarie o presente diploma.

4 - Os formulários normalizados de informação pré- -contratual respectivos são aprovados pelo despacho conjunto a que se refere o nº 7 do artigo 9.º

5 - Por contrato de troca entende -se o contrato por força do qual o consumidor adere, a título oneroso, a um sistema de troca que lhe permite ter acesso a um alojamento de pernoita ou a outros serviços, em troca de conceder a terceiros acesso temporário aos benefícios inerentes aos direitos decorrentes do seu

contrato de utilização periódica de bens.

6 - Por contrato de revenda entende -se o contrato por força do qual o profissional, a título oneroso, presta assistência ao consumidor na venda ou na compra de um produto de utilização periódica de bens ou de um produto de férias de longa duração.

Artigo 53.º -A

Direitos de habitação turística em bens móveis

1 - As normas sobre comercialização, venda e revenda de produtos, publicidade e informações obrigatórias ao consumidor, previstas no presente capítulo, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, aos contratos de duração superior a um ano, através dos quais se concedam direitos de habitação em alojamentos de pernoita inseridos em bens móveis.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, a exploração de direitos de habitação turística em bens móveis é prestada livremente, não estando sujeita a comunicação prévia nem se aplicando as regras relativas à caução e ao fundo de reserva.

CAPÍTULO III

Das infracções e sua sanção

Artigo 54.º

Contra -ordenações

1 - Constituem contra -ordenações puníveis com coima de € 9975,94 a € 99 759,40:

- a) A comercialização de direito real de habitação periódica não validamente constituído;
 - b) A infracção ao disposto no nº 1 do artigo 4.º;
 - c) A infracção ao disposto no nº 2 do artigo 12.º, no artigo 14.º e no nº 1 do artigo 17.º;
 - d) A não prestação das cauções previstas no artigo 15.º e no nº 3 do artigo 19.º;
 - e) A não devolução atempada das quantias entregues pelo adquirente ou promitente -adquirente de direitos reais de habitação periódica ou de direitos de habitação turística, em caso do exercício do direito de resolução dos respectivos contratos;
 - f) A violação dos direitos garantidos pelo disposto nas alíneas a) e c) do nº 1 do artigo 21.º;
 - g) O incumprimento do disposto no artigo 30.º;
 - h) A não prestação da caução prevista no artigo 31.º;
 - i) A realização de publicidade ou promoção do direito real de habitação periódica ou de direito de habitação turística em infracção ao disposto nos artigos 43.º e 44.º;
 - j) A comercialização de direitos de habitação turística em infracção ao disposto nos n.os 1 e 4 do artigo 46.º;
 - l) A infracção do disposto nos n.os 5 e 6 do artigo 48.º;
 - m) A não prestação das cauções previstas no artigo 52.º;
 - n) O incumprimento do disposto no nº 5 do artigo 60.º
- 2 - Constituem contra -ordenações puníveis com coima de € 4987,98 a € 49 879,79:
- a) A infracção ao disposto no nº 3 do artigo 4.º;

- b) A infracção ao disposto nos n.os 1, 2 e 3 do artigo 9.º;
- c) A infracção ao disposto no n.º 2 do artigo 11.º;
- d) O incumprimento das obrigações previstas nos n.os 3 a 6 do artigo 11.º, no artigo 13.º e no n.º 2 do artigo 18.º;
- e) A falta de conservação e limpeza das unidades de alojamento objecto do direito, em infracção ao disposto no artigo 26.º;
- f) O incumprimento do disposto nos n.os 1 a 3 do artigo 32.º, no artigo 33.º e nos n.os 1 e 4 do artigo 34.º;
- g) A infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 48.º, quando o vendedor tenha intervindo no exercício do comércio;
- h) A infracção ao disposto no n.º 2 do artigo 48.º;
- i) A violação dos direitos garantidos pelos n.os 1, 7 e 8 do artigo 16.º e pelo artigo 49.º;
- j) A infracção ao disposto no n.º 2 do artigo 50.º;
- l) A infracção ao disposto nos n.os 1 a 4 do artigo 50.º -A.

3 - A negligência e a tentativa são puníveis.

Artigo 55.º

Sanções acessórias

1 - Conjuntamente com as coimas previstas, podem ser aplicadas, de acordo com a natureza, a gravidade ou a frequência das contra -ordenações, as seguintes sanções acessórias, nos termos da lei geral:

- a) Apreensão de todo o material utilizado, no caso da alínea i) do n.º 1 do artigo anterior;
- b) Interdição, por dois anos, do exercício da actividade, salvo no caso da alínea d) do n.º 2 do artigo anterior.

2 - Da aplicação de qualquer sanção será sempre dada publicidade, a expensas do infractor, mediante:

- a) A afixação de cópia da decisão, pelo período de 30 dias, no próprio empreendimento, em lugar e por forma bem visível;
- b) A sua publicação em jornal de difusão nacional, regional ou local, de acordo com o lugar, a importância e os efeitos da infracção.

Artigo 56.º

Concurso de contra -ordenações

Se um facto violar simultaneamente o disposto no Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, e alterado pelo Decreto -Lei n.º 74/93, de 10 de Março, e pelo Decreto -Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro, e os artigos 43.º e 44.º do presente diploma, deve ser punido pela violação destes.

Artigo 57.º

Responsabilidade

Os titulares, gerentes e administradores ou directores do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, da cooperativa ou da sociedade comercial, proprietárias ou cessionárias, são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das coimas aplicadas àquelas.

Artigo 58.º

Competência

1 - Compete à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica a organização e instrução dos

processos relativos às contra-ordenações previstas no presente diploma.

2 - É da competência da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade a aplicação das coimas e sanções acessórias previstas no presente diploma.

Artigo 59.º

Destino das coimas

O produto das coimas reverte em:

- a) 60 % para os cofres do Estado;
- b) 30 % para a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica;
- c) 10 % para a Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade.

Artigo 60.º

Aplicação no tempo e no espaço

1 - O presente diploma aplica -se aos direitos reais de habitação periódica constituídos, ficando ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que este se destina a regular.

2 - Aos direitos reais de habitação periódica que tenham sido objecto de contratos -promessa de transmissão e não se encontrem constituídos ao tempo da entrada em vigor do presente diploma aplicam-se, quanto à escritura pública, ao registo e à emissão de certificados prediais, as disposições dos artigos 4.º, 5.º e 7.º a 9.º do Decreto -Lei nº 130/89, de 18 de Abril.

3 - Nas transmissões de direitos reais de habitação periódica titulados por certificados prediais emitidos ou a emitir ao abrigo do Decreto -Lei nº 130/89, de 18 de Abril, em que, nos termos do presente diploma, caiba ao adquirente a faculdade de resolver o contrato, deve este declarar por escrito, no momento da transmissão, que tomou conhecimento daquela faculdade.

4 - O título de constituição dos direitos reais de habitação periódica deve ser modificado, no prazo de um ano, sempre que o mesmo não se conforme, no tocante ao conteúdo dos direitos, com o que se dispõe no presente diploma.

5 - O proprietário ou cessionário da exploração do empreendimento turístico deve reforçar, no prazo de um ano, a caução de boa administração, até ao montante mínimo previsto no artigo 31.º

6 - O presente diploma aplica -se aos direitos obrigacionais de habitação turística, constituídos ao abrigo do disposto no Decreto -Lei nº 130/89, de 18 de Abril, salvo o disposto no nº 1 do artigo 47.º

7 - Sempre que a lei aplicável ao contrato seja a lei de um Estado membro da União Europeia é considerada como não escrita toda e qualquer cláusula contratual através da qual o consumidor renuncie aos direitos previstos no presente diploma.

8 - Se a lei aplicável for a lei de um país terceiro ao da União Europeia, o consumidor não pode ser privado da protecção conferida pelo disposto neste decreto -lei quando:

- a) O bem imóvel se encontre situado no território de um Estado membro;
- b) Nos restantes casos, o vendedor exercer a sua actividade de comércio no território de um Estado membro ou dirigir por qualquer meio essa actividade para o território de um Estado membro.

Artigo 60.º -A

Informação ao consumidor e resolução extrajudicial de litígios

1 - As entidades responsáveis pela aplicação do presente diploma devem promover acções destinadas a informar os consumidores sobre os direitos que para eles resultam da sua aplicação.

2 - As entidades a que se refere o número anterior devem promover o recurso aos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos para a resolução de litígios entre profissionais e consumidores, na acepção da Lei nº 24/96, de 31 de Julho, resultantes da aplicação do presente diploma.

3 - As entidades referidas no nº 1 devem incentivar os profissionais e os titulares de códigos de conduta a informarem os consumidores sobre a existência destes códigos.

Artigo 61.º

Isenção de IMT

A transmissão do direito real de habitação periódica é isenta do imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT).

Artigo 61.º -A

Tramitação desmaterializada

A tramitação dos procedimentos de comunicação prévia previstos nos artigos 5.º, 46.º e 48.º é realizada por via informática através de formulário disponível no balcão único electrónico a que se refere o artigo 6.º do Decreto -Lei nº 92/2010, de 26 de Julho, acessível através do Portal da Empresa, do Portal do Cidadão e do sítio da Internet do Turismo de Portugal, I. P.

Artigo 61.º -B

Cooperação administrativa

As autoridades competentes nos termos do presente diploma participam na cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno (IMI) no âmbito dos procedimentos relativos a exploradores deste tipo de estabelecimentos com actividade noutra Estado membro, incluindo no âmbito da fiscalização e aplicação de sanções, nos termos do capítulo VI do Decreto -Lei nº 92/2010, de 26 de Julho.

Artigo 62.º

Norma revogatória

Sem prejuízo do disposto no artigo 60.º, é revogado o Decreto -Lei nº 130/89, de 18 de Abril.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Petição do Ministério Público de São Paulo
Signatário: **Paulo Sérgio Cornacchioni**

Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo
Relator: **Ricardo Negrão**

EXCERTOS

Da petição inicial do Ministério Público de São Paulo

“A cobrança de ambas as tarifas é abusiva, malgrado a autorização do Banco Central, uma vez que a realização de pesquisas sobre os dados cadastrais do cliente não caracteriza qualquer serviço prestado ao consumidor elou por ele solicitado”

“Partindo então da premissa de que estamos examinando um contrato bilateral e oneroso, é mais que legítimo perquirir, em relação às tarifas cobradas pelos bancos, quais as efetivas vantagens ou benefícios, desejados e úteis para o consumidor, decorrem de suas cobranças”

“Impossível encontrar nas tarifas de cadastro ou de renovação de cadastro algum proveito para o consumidor”

“Forçoso concluir, desse modo, que as cláusulas que prevêem sua cobrança, embora inseridas em contratos bilaterais e onerosos, impõem obrigações unilaterais e gratuitas”

“Se para o direito não é lícito cobrar pela confecção do cadastro, a fortiori não é lícito cobrar pela renovação de tal cadastro”

Do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo

“O cerne da pretensão ministerial não se encontra em impedir a consulta de dados cadastrais, nem em ver declarada a ilegitimidade de as instituições financeira efetuarem a análise dessas informações”

“A matéria enfrentada diz respeito aos custos desse serviço, sua natureza, o efetivo serviço prestado pelo agente financeiro ao consumidor, a cobrança em duplicidade, a boa-fé contratual e a violação de regras de consumo”

“Vale assinalar que o Banco Central emitiu a Circular n. 3.466 de setembro de 2009, proibindo a cobrança da tarifa de renovação de cadastro, que era cobrada cada vez que ocorria a renovação de um contrato com a instituição financeira”

“A ilegalidade manifesta e conseqüente declaração de nulidade deve ser estendida a todos os contratos, independentemente do lugar em que foram realizados, incidindo os efeitos da coisa julgada ao âmbito de abrangência da atividade do réu no território nacional”

PETIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da ^a Vara Cível do Fórum Central – COMARCA DA CAPITAL

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio dos Promotores de Justiça do Consumidor da Capital signatários, vem perante Vossa Excelência para, com fundamento no artigo 129, inc. III, da Constituição Federal, nos artigos. 81, § único, incisos. I e III, 82, inciso I, e 83, todos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no artigo 5º, caput, da Lei Federal nº 7.347/85, e no artigo 25, inciso IV, a, da Lei Federal nº 8.625/93, propor AÇÃO CIVIL PÚBLICA, a ser processada pelo rito ordinário, contra

Banco Volkswagen S.A., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 59.109.165/0001-49, com sede na Rua Volkswagen, 291, São Paulo – SP, CEP 04344-020, para que sejam acolhidos os pedidos ao final formulados, em razão dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos:

Sinopse: Instituição financeira – Tarifa de Confecção de Cadastro e Tarifa de Renovação Cadastral- Coleta de informações de interesse exclusivo e unilateral dos bancos – Contrato bancário bilateral e oneroso que pressupõe, como contrapartida a todo preço cobrado, a prestação de serviço vantajoso, útil, benéfico e desejado pelo consumidor – Abusividade da cobrança – Vantagem manifestamente excessiva – Incompatibilidade com a boa-fé e a equidade – Enriquecimento ilícito – CDC, arts. 39, V e 51, IV – CC, art. 884.

Dos Fatos

O banco réu — pessoa jurídica de direito privado — é instituição financeira, que atua no mercado de consumo como banco múltiplo.¹ Os mais variados serviços que pode

prestar (administração de fundos de investimento, aluguel de cofre, cartão de crédito, corretagem, custódia, extrato diferenciado, financiamento da aquisição de Bens etc.) são remunerados, dentre outras formas, por meio de diversas tarifas cobradas de seus clientes.

Nos casos de serviços não vinculados a qualquer conta bancária, notadamente nas hipóteses de financiamentos para aquisição de bens — segmento de atuação notória do réu —, as remunerações do agente financeiro consistem na cobrança de juros e também de “tarifas”, que são de antemão estabelecidas como condição para a efetivação do negócio e previamente inseridas em contrato de adesão.

A presente ação civil pública pretende apontar a abusividade da Tarifa de Cadastro e da Tarifa de Renovação Cadastral, cobradas de seus consumidores pelo banco réu.

A cobrança dessas tarifas está prevista e autorizada na Tabela II da Circular 3.371/07, do Banco Central do Brasil, com os seguintes fatos geradores:

CADASTRO: Exclusivamente, realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento de conta-corrente de depósitos, conta de depósitos de poupança e operações de crédito e de arrendamento mercantil.

RENOVAÇÃO DE CADASTRO: Atualização de dados cadastrais para atendimento da regulamentação acerca da política de “conheça seu cliente”, cobrada no máximo duas vezes ao ano.

As cobranças das tarifas oneram substancialmente os consumidores. Segundo levantamento da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, os dez maiores bancos brasileiros vêm cobrando de seus clientes a

cada seis meses as seguintes importâncias:

BANCOS CADASTRO	RENOVAÇÃO DE CADASTRO
Banco do Brasil: R\$ 30,00	R\$ 30,00
Bradesco: R\$ 25,00	N/C
Caixa Econômica Federal: R\$ 22,50	R\$ 30,00
HSBC: R\$ 38,00	R\$ 59,00
Itaú: R\$ 39,00	R\$ 50,00
Nossa Caixa: R\$ 30,00	R\$ 30,00
Real: R\$ 48,00	R\$ 50,00
Safra: R\$ 50,00	R\$ 80,00
Santander: R\$ 48,00	R\$ 50,00
Unibanco: R\$ 39,00	R\$ 50,00 ²

Conforme ficará demonstrado a seguir, a cobrança de ambas as tarifas é abusiva, malgrado a autorização do Banco Central, uma vez que a realização de pesquisas sobre os dados cadastrais do cliente não caracteriza qualquer serviço prestado ao consumidor e/ou por ele solicitado.

Aliás, o próprio Banco Central, por meio da Circular nº 3.466, de 11.09.09, acaba de proibir a cobrança de tarifa de renovação de cadastro. Segundo nota da assessoria de imprensa da Autarquia, “Objeto de reclamações e questionamentos, a cobrança da tarifa de renovação cadastral passará a ser vedada a partir da entrada em vigor da Circular nº 3.466, de 11.09.09, publicada nesta sexta-feira no Sistema de Informação do Banco Central do

Brasil (Sisbacen).”³ O art. 1º do ato normativo estabelece:

Art. 1º - Fica vedada, a partir da data de vigência desta circular, a cobrança da tarifa de “Renovação de cadastro”, código 1.2, pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, e excluída sua menção das Tabelas I e II anexas à Circular nº 3.371, de 6 de dezembro de 2007.

A presente ação civil pública pretende, de tal sorte, apontar a abusividade das Tarifas de Confecção de Cadastro e de Renovação Cadastral perante regras do CDC, para pedir a cessação de sua cobrança e a restituição dos valores indevidamente já cobrados.

Do Direito

A cobrança abusiva de tarifas bancárias

A abusividade das tarifas exigidas pelos bancos em nosso país é objeto de denúncia e discussão há algum tempo. O assunto foi tratado em editorial do jornal O Estado de S. Paulo, publicado na edição de 06 de outubro de 2007, com a defesa da necessidade de controle sobre a desenfreada proliferação de tarifas bancárias:

A necessidade desse controle (sobre as tarifas bancárias) decorre da política abusiva dos bancos na fixação das tarifas e da multiplicação dos pretextos para gerar receita suplementar, que em algumas instituições se tornou a principal fonte de ganhos. Paralelamente com a falta de divulgação dessas tarifas, que impede os mutuários de optarem pelo banco que melhor lhes convenha. (...)

Os bancos não têm razão de se queixar quando se olha para os seus lucros e para as medidas adotadas para protegê-los.⁴

O tema entrou inclusive na pauta do Governo Federal, conforme matéria publicada no mesmo periódico em abril de 2007:

O ministro da Fazenda, Guido Mantega, disse ontem que o governo investiga se há abuso, por parte das instituições financeiras, na cobrança de tarifas bancárias e nos spreads (diferença entre os custos de captação e dos empréstimos aos clientes), que, segundo ele, estão muito elevados. O trabalho vem sendo feito pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça. (...)

O ministro fez questão de ressaltar que não é contra os ganhos dos bancos, argumentando que não existe capitalismo se não houver lucros. Para ele, uma instituição pode ter ganhos elevados, desde que isso resulte do trabalho que ela faz, da ousadia em oferecer mais crédito, de emprestar para segmentos que antes não tinham acesso ao sistema bancário. 'O que não pode é ter lucro com o spread e a tarifa muito elevados', frisou. 'Isso não é bom e tem que ser revisto'.

(...)

O ministro explicou que as tarifas bancárias são livres, mas se disse preocupado ao ler nos jornais que elas estão cada vez altas e que representam uma parcela importante do lucro dos bancos.⁵

Grupo de estudo criado pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, no Congresso Nacional, constatou que, entre janeiro e outubro de 2007, os bancos lucraram R\$ 40 bilhões somente com tarifas bancárias.⁶

Em audiência pública promovida pela mesma Comissão, a assessora-técnica da Diretoria de Atendimento e Orientação do Procon de São Paulo, Dinah Maria do Amaral Barreto, afirmou que as queixas sobre tarifas

bancárias representam 10% do total de reclamações recebidas pelo Procon. Ela alertou para as dificuldades que o consumidor enfrenta na hora de entender o que está sendo cobrado, ao assinalar que “se os nossos próprios técnicos tinham dificuldade em identificar o serviço que estava sendo cobrado, o consumidor comum não conseguiria nem saber que tipo de serviços era, muito menos comparar, porque em outro banco aquele mesmo serviço tinha um outro nome completamente diferente”.⁷

O jornal Folha de S.Paulo, já na edição do dia 21/06/2004, em matéria intitulada “Tarifa bancária está entre campeãs de queixas”, informava:

O alto valor das tarifas é a terceira principal reclamação dos correntistas contra os bancos. Estão catalogadas no Banco Central na categoria das queixas que não descumprem “normativos” do BC. Vêm atrás apenas da espera em filas e do mau atendimento.

Em meados de 2006, no julgamento da ADI 2591/DF, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação do CDC às instituições financeiras, o Relator Ministro Eros Grau referiu-se expressamente à necessidade de controle, inclusive pelo Poder Judiciário, dos abusos praticados por instituições financeiras que acrescentam “taxas adicionais de serviços e outros que tais” à taxa básica de juros. Para justificar sua tese, erigiu o brilhante raciocínio: tenho como indispensável a coibição de abusos praticados quando instituições financeiras acrescentam à taxa base de juros, a chamada taxa SELIC, taxas adicionais de serviços e outros que tais. Vale dizer: tudo quanto exceda a taxa base de juros, os percentuais que a ela são adicionados e findam por compor o spread bancário, tudo isso pode e deve ser controlado pelo Banco Central e, se o caso, pelo Poder Judiciário.⁸

A questão em pauta longe está de ser uma novidade ao Judiciário brasileiro, que já enfrentou demandas análogas ao discorrer sobre a cobrança da famigerada “Tarifa de Abertura de Crédito” – atualmente vedada por Resolução do Banco Central (3.518/07) – assim como as relativas à cobrança pela emissão de boletos bancários:

CONTRATO - Financiamento bancário (bem móvel) - Previsão de incidência de tarifa de abertura de crédito, de emissão de boleto e de cobrança de honorários em fase extrajudicial - Abusividade configurada - Art. 51, XII, do CDC, e precedente do E. STJ - Revisional parcialmente procedente - Recurso provido em parte para esse fim. (Apelação nº 7.322.550-2, Décima Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Melo Colombi, 25.03.09)

A imposição da tarifa sem manifestação de vontade do consumidor

É preciso ter presente que um contrato se caracteriza por ser um acordo entre as partes, um entendimento, um concerto de intenções. Como todo negócio jurídico, baseia-se na vontade dos contratantes. Nas palavras de Orlando Gomes, “a obrigação proveniente de negócio jurídico é querida pelo obrigado. Ele a contrai intencionalmente, agindo na esfera de sua autonomia privada”.⁹ Caio Mário da Silva Pereira entende o negócio jurídico como “fenômeno de fundo volitivo”, afirmando que “a vontade interna ou real é que (lhe) traz a força jurígena”.¹⁰

Evidentemente, a vontade do contratante deve resultar de convicção formada a partir do pleno conhecimento de todos os aspectos do negócio, pois essa vontade é produto de um processo racional de decisão relacionado a fatos e circunstâncias concretos. Exatamente por isso o Código Civil possui regra antiga que

considera anulável o negócio jurídico quando as declarações de vontade emanarem de erro que interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais (arts. 138 e 139, inc. I).

Assim, no momento em que o consumidor manifesta o desejo de contratar ele deve possuir informações suficientes sobre o serviço que lhe será prestado, conhecendo sua natureza e modo de execução em seus aspectos essenciais, tudo para garantir a genuinidade de seu desejo e evitar um vício de consentimento.

Tão relevante quanto o conhecimento e a estabilidade do contrato é a manifestação de vontade do consumidor. Nenhum produto ou serviço pode ser imposto sem sua prévia e efetiva solicitação. A esse respeito, o CDC possui preceito específico:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

Como se verá adiante, os bancos tiram proveito da vulnerabilidade do consumidor que pleiteia financiamento, para impor unilateralmente as tarifas examinadas, que não correspondem a efetivo serviço solicitado ou útil ao consumidor.

Natureza bilateral e onerosa do contrato e inexistência de efetiva prestação de serviço: cobrança de preço sem contrapartida

Nas relações de consumo, os contratos celebrados entre fornecedor e consumidor são em regra bilaterais, isto é, “supõe declarações coincidentes de vontade”, como explica Orlando Gomes.

Característica fundamental do contrato bilateral é a criação de obrigações recíproca entre os contratantes. Para o mesmo autor,

“as duas partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor. Cada qual tem direitos e obrigações. À obrigação de uma corresponde o direito da outra”.¹¹

Trata-se, ademais, de contrato oneroso, ou seja, “aquele dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra”.¹²

Partindo então da premissa de que estamos examinando um contrato bilateral e oneroso, é mais que legítimo perquirir, em relação às tarifas cobradas pelos bancos, quais as efetivas vantagens ou benefícios, desejados e úteis para o consumidor, decorrem de suas cobranças.

Se a todo preço cobrado do consumidor deve corresponder, necessariamente, uma efetiva entrega de produto ou uma efetiva prestação de serviço pelo fornecedor, mister concluir as rés consideram as atividades decorrentes das tarifas como serviços prestados ao consumidor, conseqüentemente passíveis de cobrança. Essa prática, contudo, deve ser considerada abusiva, uma vez que essas providências não configuram, de per se, serviços autônomos ou contrapartidas que justifiquem qualquer pagamento.

Como visto, a Tabela II da Circular 3.371/07, do Banco Central do Brasil atribui às tarifas os seguintes fatos geradores:

CADASTRO: Exclusivamente, realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento de conta-corrente de depósitos, conta de depósitos de poupança e operações de crédito e de arrendamento mercantil.

RENOVAÇÃO DE CADASTRO: Atualização de dados cadastrais para

atendimento da regulamentação acerca da política de “conheça seu cliente”, cobrada no máximo duas vezes ao ano.

A pergunta pertinente é: tais pesquisas e atualização caracterizam serviços prestados ao consumidor e passíveis de cobrança?

A definição de serviço no CDC é bastante genérica (“qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, conforme art. 3º, § 2º). Tratando-se de atividade desejada pelo consumidor – uma vez que sua contratação pressupõe manifestação de vontade – e ainda remunerada, é de se esperar que o serviço lhe propicie alguma vantagem ou proveito, ou seja, que possua uma utilidade para o consumidor, que seja apta a atender determinada necessidade do consumidor contratante.

Impossível encontrar nas Tarifas de Cadastro ou de Renovação de Cadastro algum proveito para o consumidor. Longe disso, as pesquisas em bancos de dados creditícios (que as tarifas questionadas supostamente remunerariam) não têm outro escopo senão a redução dos riscos do próprio agente financeiro. Trata-se claramente de providência inerente à própria atividade empresarial do banco e relacionada aos riscos a ela imanentes.

Forçoso concluir, desse modo, que as cláusulas que prevêm sua cobrança, embora inseridas em contratos bilaterais e onerosos, impõem obrigações unilaterais e gratuitas. Unilaterais, sim, porque da perspectiva do consumidor, apenas para si existe obrigação: pagamento da tarifa. Ou alguém imagina que o consumidor tenha interesse em alegar inadimplência do banco por não ter realizado as pesquisas ou as atualização de dados cadastrais? E gratuita, da perspectiva do banco, que se locupleta para realizar atividades que só a si interessam.

Além disso, cumpre indagar em que consistiriam as pesquisas que supostamente justificariam as cobranças de tarifas. Ora, é sabido que, dado o excepcional avanço dos recursos tecnológicos no campo da informática, hoje é possível, de modo rápido, barato, seguro e eficiente, realizar pesquisas completas e abrangentes, junto aos bancos de dados e cadastros de consumidores disciplinados pelo CDC e aos serviços de proteção ao crédito a partir do número do CPF (Cadastro de Pessoa Física). Tal consulta, que já se incorporou à rotina de milhares de fornecedores, não pode, evidentemente, ser considerada como serviço prestado ao consumidor passível de cobrança.

Tarifas de Cadastro e de Renovação de Cadastro como sucedâneas da Tarifa de Abertura de Crédito

Semelhante debate foi travado, há pouco tempo, quando se questionava a ratio da Tarifa de Abertura de Crédito. Para os bancos, a concessão de crédito ou financiamento exigiria a busca de informações – mediante consulta de dados sobre seus clientes – atividades onerosas cujos custos deveriam ser cobrados dos “beneficiários” desse “serviço” de pesquisa: os consumidores (segundo os agentes financeiros).

Não foi necessária muita digressão para se constatar que, na verdade, a cobrança daquela tarifa era manifestamente abusiva, pois seu fato gerador consistia na realização de consulta que beneficiava exclusivamente as próprias instituições financeiras. Deveras, a pesquisa de dados dos clientes e a busca de informações diversas sobre os correntistas são atividades que interessam exclusivamente às instituições financeiras, representando ônus inerentes ao próprio risco de seu negócio empresarial.

Questionou-se então a razoabilidade da exigência de tarifas elevadas para custear

iniciativas que resultavam em benefícios somente aos bancos, na medida em que tinham como escopo único minimizar os riscos de sua própria atividade.

A abusividade da cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito na ausência de uma contraprestação efetiva aos consumidores e a arrecadação ilegal propiciada aos bancos acabaram reconhecidas pelo Poder Judiciário. O Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a esse debate e, em um de seus julgados, manifestou-se da seguinte forma:

CONTRATO - Bancário – Tarifa de abertura de crédito que deve ser afastada, por ser manifestamente abusiva, correspondendo a ônus da atividade econômica do banco, e não de serviço prestado para o consumidor - Tarifa que tem como causa a concessão de crédito, o que não representa prestação de serviço ao consumidor, atendendo interesse exclusivo do banco, e sua cobrança contraria ao artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (TJSP, Apelação nº 7.323.073-4, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Tércio José Negrato, 04/03/2009)

Outra decisão, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem explicitou a abusividade da tarifa:

Mostra-se inexigível a taxa de abertura de crédito, por desatendido o disposto no art. 46, parte final, do Código de Defesa do Consumidor. O instrumento negocial meramente registra o valor do encargo em questão, não prestando qualquer esclarecimento sobre sua finalidade. Com isso, não tem o consumidor como saber a natureza e alcance da sua obrigação, quanto a este aspecto.

Não se chega a resultado diverso, adicionalmente, caso se pretenda que o mencionado encargo tem como suporte de incidência o simples fato de ter sido concedido o crédito,

destinando-se a reembolsar as despesas feitas pela instituição financeira com a avaliação das condições do cliente de amortizá-lo, incluindo a pesquisa em cadastros de consumidores inadimplentes. Não se destina, assim, evidentemente, a remunerar um serviço prestado ao cliente, única hipótese em que seria admitida sua cobrança, pois o banco age em seu próprio interesse. Falta, portanto, causa à taxa de abertura de crédito, pois ela diz respeito apenas a despesas feitas pelo mutuante para diminuir o risco de sua atividade profissional. Mostra-se esclarecedor, a propósito, o ensinamento de M^a Victoria Petit Lavall:

‘Son varias las razones a concluir que dichos gastos nunca debieran ser cargados a los clientes que han obtenido un préstamo hipotecario: a) En primer lugar, porque es a la propia entidad de crédito a la que interesan con el objeto de evitar posibles riesgos de impago. Hay que poner en duda que con ello se preste un servicio al cliente, cuando el banco en realidad está actuando pro domo sua, siendo, en consecuencia, contrario al artículo 1.274 CC, puesto que su cobro no obedece a una efectiva prestación de servicios, tal y como ha declarado la jurisprudencia para el cobro de otros gastos. b) En segundo lugar, los gastos en los que incurre la entidad de crédito para estudiar la solvencia del cliente y la consiguiente posibilidad del mismo de devolver la cuantía prestada (capital e intereses) son escasos o nulos. (...) c) En tercer lugar, dichos gastos ilógicamente sólo se cobran a los prestatarios cuando se les ha concedido el préstamo y, por tanto, presentan una capacidad de endeudamiento suficiente a juicio de la entidad. Por el contrario, no se cobran a aquellas personas a las que se les deniega el mismo. (...) Es decir, las entidades de crédito se dedican profesionalmente a captar fondos del público para

aplicarlos precisamente al otorgamiento de créditos y similares, asumiendo el riesgo de dicha actividad. (...)’

A cláusula contratual que impõe o pagamento da taxa de abertura de crédito, portanto, à luz dessas considerações, enquadra-se entre aquelas previstas no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que impõe a pena de nulidade de pleno direito às cláusulas contratuais que estabeleçam ‘obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade’: configura-se como iníquo o regulamento negocial que impõe ao contratante a obrigação de ressarcir as despesas feitas pelo contratado com o objetivo de diminuir os riscos de sua atividade profissional. (Agravo de Instrumento nº 70023555808, 13^a Câmara Cível, Rel. Carlos Alberto Etcheverry, 27.03.2008)

As autoridades monetários procuraram então encerrar a celeuma. Por meio das Resoluções do CMN nºs 3.516, 3.517 e 3.518, e das Circulares do Banco Central nºs 3.371 e 3.377, o Conselho Monetário Nacional - CMN criou novas regras para disciplinar a cobrança de tarifas bancárias no Brasil. Segundo informa o Banco Central, procurou-se “foco especial nos serviços mais utilizados por pessoas físicas, buscando dar maior transparência e clareza à prestação de serviços pelos bancos, de forma a permitir ao consumidor comparar e verificar qual o fornecedor que atende melhor às suas necessidades, estimulando a concorrência no setor”.¹³ A cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito passou então a ser proibida.

Lamentavelmente, o infortúnio dos consumidores prosseguiu, todavia, uma vez que a Resolução nº 3.371 ao mesmo tempo em que acabou com a Tarifa de Abertura de Crédito

instituiu outras duas “novas” tarifas, com fato gerador no mínimo semelhante ao da tarifa banida.

Reabriu-se, pois, o debate, questionando-se agora as Tarifas de Cadastro e de Renovação de Cadastro que, em essência, não são outra coisa senão a vetusta Tarifa de Abertura de Crédito, agora com roupa nova.

Matéria veiculada pela Rede Globo no noticiário *Jornal Nacional* procurou alertar os consumidores acerca das cobranças tarifárias escancaradamente abusivas realizadas pelos bancos, sendo objeto de críticas a Tarifa de Atualização de Cadastro:

FIQUE ATENTO ÀS TAXAS COBRADAS PELOS BANCOS

A cobrança da atualização de cadastro pode ser feita a cada seis meses, de acordo com uma norma do Banco Central. O custo da tarifa varia de R\$ 9 a R\$ 800, dependendo do banco.

Em momentos de crise, é ainda mais importante controlar com muito cuidado o dinheiro que se gasta. E é por isso que uma grande parte dos brasileiros que têm dinheiro guardado no banco anda assustada. Você sabe quanto vai pagar pela taxa de atualização de cadastro bancário?

Duas contas correntes, duas taxas para pagar. No orçamento do encarregado de logística Célio Alves Júnior, a renovação cadastral vai abrir um buraco de R\$ 64. Um banco cobrou uma taxa de R\$ 25. O outro dividiu a cobrança: três parcelas de R\$ 13.

‘Se você chegar no final do ano e fizer um balanço de tudo que você paga de taxa, você vai ver que esse dinheiro faz diferença no seu orçamento, principalmente agora no início do ano’, comentou.

A cobrança da atualização de cadastro pode ser feita a cada seis meses, de acordo com uma norma do Banco Central. O que anda

incomodando muito cliente é o débito que ocorre sem aviso prévio, aquele que só aparece quando o cliente vai conferir o extrato da conta.

Rosania diz que reclamou com o gerente e conseguiu a devolução dos R\$ 30 que havia pago no fim do ano. ‘Se a gente não corre atrás dos nossos interesses, ninguém corre pela gente’.

O custo da tarifa varia de banco para banco. A menor taxa é de R\$ 9 e a mais alta: R\$ 800. A Federação Brasileira de Bancos informou que esse dinheiro cobre despesas como consulta aos serviços de proteção ao crédito e confirmação de endereço e patrimônio dos clientes.

O Procon reconhece que os bancos podem fazer a cobrança, mas não concorda com a justificativa desse tipo de arrecadação. ‘O serviço não está sendo prestado ao consumidor e sim para a própria instituição financeira. A melhor coisa é, ao contratar uma instituição financeira, você conhecer as tarifas, inclusive essa pode ser uma diferença competitiva entre um banco e outro’, orienta Stael Riani, coordenadora do Procon de Belo Horizonte.¹⁴ (Edição de 02.02.09).

Ao conceder antecipação de tutela em ação civil pública movida pelo Ministério Público visando coibir a cobrança da Tarifa de Renovação Cadastral pelo banco Itaú, a Mma. Juíza Adriana Marques dos Santos Laia Franco, da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, apresentou os seguintes argumentos:

(...) ao imputar ao consumidor o custeio dos atos inerentes à manutenção atualizada do cadastro dos clientes, considerando, como dito, que o cliente já fez seu cadastro no momento da abertura da

conta, tendo sido este aprovado, e nada havendo que faça presumir contra ele qualquer mudança nas informações já prestadas, a parte ré viola os princípios da boa-fé e da equidade no contrato, impondo ônus excessivo e abusivo ao seu cliente para que ratifique aquilo que já fez.

Se o Banco réu tem a obrigação perante o BACEN de manter atualizados os dados cadastrais de seus clientes - o que certamente contribui para proteção das atividades e do próprio sistema financeiro como um todo - esta responsabilidade é própria da parte ré, e inerente à administração do serviço por ela prestado. Assim, a cobrança da tarifa, à luz do exame superficial da tutela, pode violar as disposições legais antes mencionadas, colocando o consumidor em situação de desvantagem exagerada, em cotejo com o postulado de boa-fé e equilíbrio contratual.

Deste modo, se o fundamento de validade da cláusula contratual que prevê a cobrança da tarifa para renovação de cadastro - leia-se ato administrativo expedido pelo BACEN - é inconstitucional, esta, da mesma forma, também está eivada do mesmo vício, devendo ser declarada sua nulidade absoluta.¹⁵

Abusividade e enriquecimento sem causa: direito material

A cobrança de tarifas que não correspondem a efetivos serviços desejados e autorizados pelo consumidor, é prática inadmissível perante o CDC, capaz de propiciar enriquecimento sem causa ao fornecedor. Devem ser invocados aqui os seguintes dispositivos da Lei Federal nº 8.078/90:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre

outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

De mais a mais, a ausência de contraprestação efetiva com preço proporcional, também por conta de caracterizar enriquecimento sem causa, resulta na obrigação de restituir o proveito auferido, como prevê o Código Civil:

Art. 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Prevalência do CDC

Lex superior derogat inferiori

O argumento segundo o qual os bancos estariam autorizados cobrar as tarifas porque previstas em atos normativos editados por autoridades financeiras não pode ser aceito.

Com efeito, resoluções e circulares do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional não podem descumprir, esvaziar ou mesmo mitigar as regras superiores da Lei Federal nº 8.078/90, pelo princípio da hierarquia das normas.

Ora, se “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições Financeiras”, como prevê a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, é evidente que toda regulamentação infralegal deve respeitar suas determinações:

Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. (STJ, REsp 1109034/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/04/2009)

Desinfluyente ... a existência da Resolução

n. 2.724/2000 e a Circular n. 2.250/1992, do BACEN, sobre a comunicação de registro de cheque sem fundos ao correntista, pois tais normas não têm hierarquia para afastar a determinação legal do art. 43, parágrafo 1º, do CDC, sobre a responsabilidade do órgão cadastral ou banco de dados ao consumidor. (REsp 999.729/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/06/2008.)

Por força da hierarquia entre as normas, a Resolução do TSE que prorroga o prazo de requisição de servidores, em divergência com o art. 4º da Lei n. 6.999/82, não pode prevalecer. (STF, MS 25195/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, 09/06/2005, RTJ 194-03/913)

O ordenamento jurídico funciona como um sistema, cujas normas devem relacionar-se na mais perfeita harmonia. Norberto Bobbio ensina que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis”. E explica que “se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas”. Uma das três regras fundamentais para a solução das antinomias indicadas pelo jurista italiano é o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), pelo qual “a inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior”.¹⁶

Explica Celso Antonio Bandeira de Mello que “os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente

subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de Lei”¹⁷. E adverte o consagrado mestre que “a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera”¹⁸, para concluir que “consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena cabal, do chamado princípio da legalidade, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em conseqüência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: ‘Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos — há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa’”¹⁹.

Da “renovação” de cadastro

Esses mesmos fundamentos que descontinam a ilicitude da Tarifa de Cadastro, por conclusão axiomática, o fazem também no que toca à Tarifa de Renovação de Cadastro. Se para o Direito não é lícito cobrar pela confecção do cadastro, a fortiori não é lícito cobrar pela renovação de tal cadastro.

De qualquer modo, como no início registrado, recentemente o próprio Banco Central, por meio da Circular nº 3.466, de 11.09.09, acabou por proibir a cobrança de tarifa de renovação cadastral (art. 1º).

A providência do Bacen só veio fazer mais explícita a ilicitude da cobrança, mas não bastará para que se devolvam aos consumidores já lesados os valores que lhe foram cobrados a título das tarifas abusivas. Tais valores já cobrados pela ré, por si ou por suas controladas, não reverterão ao patrimônio dos consumidores vitimados senão pela via da repetição do indébito, a ser judicialmente ordenada.

Da antecipação parcial de tutela

A presente lide demanda antecipação do provimento final mediante a suspensão da cobrança das tarifas de cadastro e de renovação cadastral.

Estão preenchidos os requisitos legais autorizadores da benesse pretendida:

Estabelece o § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu”.

O *fumus boni iuris* decorre da abusividade da cobrança, demasiadamente comprovada.

O *periculum in mora*, de seu turno, se estriba na perpetuação da ilegalidade a que estão submetidos os correntistas das instituições que exigem tais encargos. É indubitável o enriquecimento iníquo em favor dos bancos. Não é correto que consumidores, não beneficiados com a prestação de qualquer serviço em retorno aos pagamentos efetuados, continuem a carregar com esse ônus, em detrimento de todo um conjunto normativo assecuratório.

Sobre o cabimento da tutela antecipatória já foi decidido em ação semelhante ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que:

Diante do grande número de reclamações de consumidores acostadas aos autos do inquérito civil em apenso, corroborando para a verossimilhança do alegado, bem como considerando o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação àqueles consumidores que têm o valor da tarifa contestada retirado manu militari de sua conta corrente pela ré, têm-se presentes os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, com a finalidade de proteção dos direitos dos consumidores.

Registre-se que não há no caso perigo de irreversibilidade da medida, uma vez que, na hipótese de o resultado final da ação ser contrário à presente decisão, a tarifa impugnada poderá ser então cobrada pelo Banco réu de

seus clientes.²⁰

Dos Pedidos

Pelo exposto, requer o Ministério Público a prolação de sentença, com o acolhimento dos seguintes pedidos principais:

Declaração da nulidade de pleno direito das cláusulas inseridas nos contratos padrão de adesão do réu, que autorizam a cobrança de Tarifa de Abertura de Crédito, de Tarifa de Cadastro ou de Tarifa de Renovação de Cadastro, ou qualquer outra que tenha como fato gerador a coleta ou atualização de dados cadastrais ou a realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações;

Condenação do réu à obrigação de não fazer consistente em abster-se de cobrar dos consumidores as tarifas referidas no item anterior;

Condenação genérica do réu (na forma do art. 95 do CDC) à obrigação de fazer consistente em restituir a todos os consumidores todas as importâncias que foram indevidamente cobradas a título de Tarifa de Abertura de Crédito, de Tarifa de Cadastro ou de Tarifa de Renovação de Cadastro. A liquidação e a execução da sentença, no que respeita ao presente item, deverão ser promovidas pelas vítimas, nos termos do art. 97 do CDC. Na hipótese de decurso do prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, o Ministério Público promoverá a execução da indenização devida (*fluid recovery*), como previsto no art. 100 do CDC, a ser recolhido ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7347/85 e regulamentado pela Lei Estadual nº 6536/89.

As condenações pedidas deverão valer

para todos os estabelecimentos do réu, em todo o território nacional;²¹

Sujeição do réu, em caso de violação das condenações impostas, a multa cominatória diária fixada em R\$200.000,00 (duzentos mil reais), corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, para cada caso comprovado de violação, sem prejuízo de outras medidas cabíveis visando o cumprimento das obrigações.

Do Pedido Antecipatório

A vista dos fundamentos acima deduzidos, o autor pleiteia também a antecipação parcial da tutela jurisdicional (CDC, art. 84, § 3º), para o fim de ser determinada ao réu a abstenção imediata da cobrança de quaisquer valores a título de Tarifa de Abertura de Crédito, de Tarifa de Cadastro ou de Tarifa de Renovação de Cadastro.

Dos Requerimentos Acessórios

O Autor requer ainda:

a) seja determinada a citação e intimação postais do réu, no endereço acima fornecido, a fim de que, advertido da sujeição aos efeitos da revelia, nos termos do art. 285 do Código de Processo Civil, apresente, querendo, resposta aos pedidos ora deduzidos, no prazo de 15 (quinze) dias;

b) publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor, nos termos do art. 94 do CDC;

c) condenação do réu ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;

d) dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos pelo autor,

desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90;

e) sejam as intimações do autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista na Promotoria de Justiça do Consumidor, situada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, Sala 130, Centro, nesta Capital, em razão do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26.11.93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo).

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por tudo o mais que se fizer indispensável à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial, bem ainda pelo benefício previsto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inversão do ônus da prova, em favor da coletividade de consumidores substituída pelo Autor.

A presente petição inicial vai instruída com os autos do Inquérito Civil nº 14.161.1049/09 (desmembrado do Inquérito Civil nº 14.161.177/08-9), instaurado e instruído pela Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo.

Atribui à causa, para fins de alçada, o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

De tudo pede deferimento.

São Paulo, 02 de outubro de 2009 paulo sérgio cornacchioni

6º Promotor de Justiça do Consumidor

NOTAS

¹O art. 7º do Regulamento que Disciplina a Autorização para Funcionamento,

Transferência de Controle Societário e Reorganização das Instituições Financeiras e demais Instituições Autorizadas a Funcionar pelo Banco Central do Brasil (Anexo I da Resolução CMN 2.099, de 1994) prevê:

”Art. 7º - O banco múltiplo deverá constituir-se com, no mínimo, duas das seguintes carteiras, sendo uma delas obrigatoriamente comercial ou de investimento:

I - Comercial;

II - De investimento e/ou de desenvolvimento, a última exclusiva para bancos públicos;

III - De crédito imobiliário;

IV - De crédito, financiamento e investimento; e

V - De arrendamento mercantil.”

²Comparativo, entre os dez bancos, dos serviços prioritários vigentes a partir de 30/04/09

(http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_tabelas_tarifas_bancarias_mai2009.pdf Acesso aos 04/06/09).

³Banco Central aprimora regulação sobre tarifas bancárias, Notícias do BC, 11/9/2009

(<http://www.bcb.gov.br/noticias/Noticias.asp?noticia=1&idioma=P>).

⁴A fiscalização das tarifas bancárias Disponível em <http://www.estado.com.br/editorias/2007/10/06/economia-1.93.4.20071006.5.1.xml> (acesso em 04.12.08).

⁵Governo investiga abusos dos bancos - Mantega diz que serão adotadas medidas contra tarifa e spread altos - Marcelo Rehder - O Estado de S.Paulo, 28 abril de 2007. Disponível em <http://www.estado.com.br/editorias/2007/04/28/economia-1.93.4.20070428.33.1.xml> Acesso aos 04.12.08.

⁶Comissão da Câmara fiscalizará

cumprimento das regras de tarifas bancárias definidas pelo CMN - Agência Brasil - Marco Antônio Soalheiro Repórter - 6 de Dezembro de 2007 (<http://www.agencia-brasil.gov.br/noticias/2007/12/06/materia.2007-12-06.1442978269/view> Acesso aos 04.12.08).

⁷Comissão vai averiguar reajustes de tarifas bancárias - Agência Câmara - Reportagem - Geórgia Moraes/ Rádio Câmara - Edição - Regina Céli Assumpção - 26/03/2008 18h46 (<http://www2.camara.gov.br/home-agencia/materias.html?pk=119250> Acesso aos 04.12.08).

⁸Tribunal Pleno, 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031.

⁹Obrigações. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1986, p. 38.

¹⁰Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense. 19ª ed., 1999, vol. I, p. 307.

¹¹Obrigações. Rio de Janeiro: Forense. 6ª ed., 1977, pp. 86 e 87.

¹²CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense. 7ª ed., 1984, vol. III, p. 44.

¹³http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/servicos5.asp Acesso aos 02.06.09.

¹⁴<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL983632-10406,00-FIQU E+ATENTO+AS+TAXAS+COBRADAS+PELOS+BANCOS.html>

(Vídeo dessa matéria no site <http://www.achevideos.com/2009/02/clientes-reclamam-de-tarifa-de-cadastro-bancario/>).

¹⁵Processo nº 2009.001.001650-4, 14 de janeiro de 2009 (http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/liminar_acp_taxa_cadastro_itau.pdf).

¹⁶Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília: Editora UNB. 10ª ed., 1999, pp. 80, 85, 92 e 93.

¹⁷Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, 22^a ed., p. 327.

¹⁸Idem, p. 328.

¹⁹Idem, p. 329.

²⁰Vide teor dessa decisão no site http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/4/docs/liminar_acp_taxa_cadastro_itau.pdf

²¹Sobre a regra do art. 16 da Lei Federal nº 7.347/85, ADA PELLEGRINI GRINOVER explica que “o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido e não a competência. Esta, nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (erga omnes), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo objeto do processo” (A aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública: Ineficácia da modificação no art. 16 pela Lei 9.494/97, in ESMP – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Boletim Informativo - Ano 2 nº 11 – Fevereiro/1998 - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional). Com base nesse entendimento, segundo recente decisão do Superior Tribunal de Justiça “os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador” (REsp 411.529/SP, Rel. Ministra Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 24/06/2008, DJe 05/08/2008). Nesse sentido, ainda: TJSP, Apelação nº 1.008.071-2, 19^a Câmara de Direito Privado “E”, Rel. Des. Alexandre David Malfatti, j. 28.11.08.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁ-
TICA
REGISTRADO(A) SOB Nº 03570599
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0203019-12.2009.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelado BANCO VOLKSWAGEN S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO O RELATOR QUE DECLARA. ACÓRDÃO COM O REVISOR.”, de conformidade com o voto do (a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO NEGRÃO, vencedor, SEBASTIÃO JUNQUEIRA, vencido, RICARDO NEGRÃO (Presidente) e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA

São Paulo, 21 de fevereiro de 2011.

RICARDO NEGRÃO
RELATOR DESIGNADO

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ES-
TADO DE SÃO PAULO
VOTO Nº : 16.367
APEL. Nº : 990.10.444167-6
COMARCA : SÃO PAULO
APTE. : MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

APDO. : BANCO VOLKSWAGEN
S/A

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo visando à declaração de nulidade de cláusula que autoriza a cobrança bancária de tarifa de abertura de crédito, de tarifa de cadastro ou de tarifa de renovação de cadastro, ou qualquer outra que tenha como fato gerador a coleta ou atualização de dados cadastrais ou a realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações — Sentença de improcedência que entende legítima a cobrança sob o fundamento de que é indispensável a análise, pelas instituições financeiras, de informações cadastrais dos consumidores — Cerne da pretensão que se encontra na natureza dos encargos cobrados - Enriquecimento sem causa - Violação do disposto nos arts. 39, V, 46, final e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor — Sentença reformada - Procedência do pedido para obrigar o banco a abster-se da cobrança, sob pena de multa diária e restituir os valores indevidamente cobrados de todos os consumidores lesados - Recurso provido.

Mantido o relatório de fl. 380- “Trata-se de ação civil pública julgada improcedente pela decisão de fls. 314/317, cujo relatório se adota! recorre o Ministério Público insistindo na abusividade da cláusula contratual que prevê a cobrança da tarifa de abertura de crédito! discorre acerca da notória discussão quanto às tarifas abusivas exigidas pelos bancos,” sustenta a ilegalidade de imposição de tarifa sem expresso consentimento do consumidor, em afronta ao art. 51 do CDC e resolução do Banco Central; afirma que os bancos não possuem disponibilidade sobre o saldo presente na conta corrente dos clientes, pois se trata de contrato de depósito e não de mútuo, de modo que

qualquer apropriação sem autorização configura inserção de cláusula com autorização compulsória nos contratos! ressalta a impossibilidade de discussão pelo consumidor sobre a validade da tarifa ou do valor do débito! alega a inexistência de efetiva prestação de serviço, o que configura comprova sem contrapartida em contrato oneroso e bilateral; aduz que a cobrança indevida acarreta enriquecimento sem causa da instituição financeira; reitera a necessária prevalência dos princípios do CDC; pretende a reforma do julgado (fls. 324/352); recurso regularmente processado e respondido (fls. 355/368); o parecer da d. Procuradoria de Justiça é pelo provimento (fls.373/379)”.

Relatório do essencial.

O voto do eminente Relator Sorteado negava provimento ao recurso, com os seguintes e respeitáveis fundamentos: A ação civil pública visa à declaração de nulidade de cláusula que prevê a cobrança de tarifa de abertura de crédito inserida em contratos de financiamento concedidos pelo banco requerido; esta é a questão a decidir. Contudo, não assiste razão ao órgão ministerial. E isso, porque não se trata de encargo remuneratório ou moratório a cobrança da tarifa de abertura de crédito (TAC), tem-se que é a despesa decorrente da prestação de serviço individualizada, que a instituição financeira desenvolve com a finalidade de efetivar a contratação, pois desta depende a análise do perfil do interessado e a abertura de cadastro, o que autoriza sua exigência e a difere dos valores exigidos em virtude da concessão de crédito em si. De acordo com o magistério de Pontes de Miranda:

“Os gastos da quitação, como dos recibos não quitantes, incluídos as estampilhas, a legalização e o porte, correm por conta do devedor, que os há de antecipar. O interesse é dele. Salvo, porém, se houve acordo diferente,

ou a lei especial estatuiu que os suportaria o credor, ou se resulta da relação jurídica de que provém a dívida (depósito, mandato).” (Tratado de Direito Privado, Tomo 24, p. 72)

Outrossim, não veio aos autos qualquer prova da alegada abusividade que se pretende coibir com a declaração de nulidade da cláusula contratual que discorre sobre a cobrança de tarifa de abertura de crédito. O magistrado reconheceu que a alegação de exigência abusiva desta tarifa foi lançada na inicial de forma genérica, ou seja, sem robusta demonstração de que a cobrança é praticada de forma arbitrária, abusiva e excessiva em relação aos demais encargos inerentes às operações financeiras. O apelante resiste a este fundamento da sentença, mas sem razão, vez que não trouxe elementos eficazes a demonstrar a propalada abusividade. Neste sentido é o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça: “A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança das taxas denominadas TAC e TEC dependem da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual.” (AgRg no REsp 1.061.477/RS, Rei. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010) Idem: AgRg no REsp 897.659/RS, Rei. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 09/11/2010; e AgRg no REsp 1.003.911/RS e REsp 1.191.988/RS [2010/0078259-5].

E desta Corte: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Restituição em dobro - Tarifa de cadastramento - Ausência de individualização dos beneficiários - Cláusulas contratuais que não foram anexadas aos autos - Falta de demonstração acerca da ilegalidade e abusividade da cobrança • Necessidade de se comprovar os fa-

tos alegados • Isenção do autor na sucumbência em razão da natureza da ação - Recurso do réu provido para julgar improcedente a ação e parcialmente provido o recurso do autor para isentá-lo dos encargos da sucumbência.” (Apelação nº 7.043.251-8, Comarca de Marília, 21a Câmara de Direito Privado, Relator Maurício Ferreira Leite, julg. 31/05/2006)

“CONTRATO - Bancário - CDC que é aplicável às instituições financeiras (Súmula nº 297 do STJ) - Aplicação que não implica o acolhimento de todas as teses defendidas pela apelante -

Inexistência de onerosidade excessiva, de lesão enorme ou de abusividade de cláusulas contratuais - Recurso não provido. (...)

CONTRATO - Financiamento - Taxa de abertura de crédito - Tarifa destinada ao custeio de despesas com a análise cadastral do cliente no momento da concessão do crédito - Ausência de abusividade, ante a livre contratação entre as partes - Recurso não provido. ...” (Apelação nº 990.10.145855-1, Comarca São José do Rio Preto, 17a Câmara de Direito Privado, Relator Tersio Negrato, julg. 11/08/2010)

“REVISIONAL. Cerceamento de direito inocorrente. Mútuo garantido por alienação fiduciária. Limitação de juros inexistente.

TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. Admissibilidade por haver contraprestação e cobrança única. Tarifa de emissão de carne. Admissibilidade por gerar custo de impressão e postagem. IOF. Imposto efetivamente devido quando da celebração do mútuo. ...Recurso da autora parcialmente provido, por votação unânime, provido o do réu, por maioria, vencido o Relator.” (Apelação nº 991.09.030781-0 [7.390.019-9/00], Comarca Araras, 15a Câmara de Direito Privado, Relator Araldo Telles, julg. 17/11/2009)

Como consequência, a decisão não merece reparos, andou bem o magistrado, confirma-se por seus próprios e jurídicos fundamentos. Por tais razões, negam provimento ao recurso.

SEBASTIÃO ALVES JUNQUEIRA

Relator

Desse r. entendimento afasta-se a maioria para dar provimento ao recurso.

O Ministério Público do Estado de São Paulo pretende, por ação civil pública promovida pelo DD. 6o Promotor de Justiça do Consumidor, Dr. Paulo Sérgio Cornacchioni: a) a declaração de nulidade de cláusula que autoriza a cobrança de tarifa de abertura de crédito, de tarifa de cadastro ou de tarifa de renovação de cadastro, ou qualquer outra que tenha como fato gerador a coleta ou atualização de dados cadastrais ou a realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações;

b) condenação de abstenção de cobrança dessas taxas pelo réu e de restituição a todos os consumidores de todas as importâncias indevidamente cobradas, com extensão a todo território nacional;

c) aplicação de multa cominatória de R\$ 200.000,00, em caso de violação.

O Magistrado em primeira instância, Dr. Fernando Bueno Maia Giorgi, entendeu que “é injurídico pretender impedir a cobrança de tarifas justificadas pela natureza da atividade bancária e também pela necessidade de conferir segurança a essa atividade, mediante alegação genérica de abusividade”, completando o raciocínio com a afirmação de que “é correto que as instituições financeiras efetuem a análise das informações cadastrais dos consumidores” (fl. 316, final).

Não obstante serem judiciosos tais fun-

damentos, o cerne da pretensão Ministerial não se encontra em impedir a consulta de dados cadastrais, nem em ver declarada a ilegitimidade de as instituições financeiras efetuarem a análise dessas informações.

A matéria enfrentada diz respeito aos custos desse serviço, sua natureza, o efetivo serviço prestado pelo agente financeiro ao consumidor, a cobrança em duplicidade, a boa-fé contratual e a violação de regras de consumo. É de fácil compreensão que a tarifa de abertura de crédito não pode ser cobrada do contratante pelo simples fato de que não há prestação de serviços a ser remunerado.

É evidente que, no mercado de consumo, todos os produtos e serviços oferecidos a público contam, em seu preço ao consumidor, de valor agregado ao custo correspondente à margem de lucro pretendida. O produto oferecido, no caso de operação de crédito, é remunerado pelo preço desse produto que se consubstancia na taxa da operação financeira (juros e encargos moratórios). Ao agregar custos ao preço do produto ou serviço, o fornecedor incide em duplicidade vedada pelo ordenamento jurídico ao condenar o enriquecimento sem causa.

Vale dizer que viola o princípio da probidade e da boa-fé a instituição financeira que, na conclusão do contrato de crédito e na sua execução, cobra por serviços que já se encontram remunerados na taxa do produto oferecido a seu cliente. O parecer da eminente Procuradora de Justiça Dora Bussab, aqui adotado como razões de decidir (fl. 376-378), bem analisa a natureza da tarifa cobrada pelo banco réu:

Quando o apelado procede à consulta de dados do consumidor, junto aos órgãos de proteção de crédito e congêneres, não está praticando, a ele, nenhum serviço, mas sim praticando ato inerente à sua atividade, visando,

primordialmente, afastar o risco de contratar com um inadimplente em potencial.

[..]

O consumidor não está obrigado a ressarcir o Banco, de todos os custos que tem que arcar, para poder exercer sua atividade, restringindo-se, a sua obrigação, a pagar pelos serviços que lhe estão ou serão prestados.

[..]

Um entendimento contrário a este levaria ao cúmulo do consumidor ter que arcar, também, por exemplo, com parte do salário do funcionário do Banco que lhe atende.

[..] Por todos estes motivos, entendemos que a tarifa de abertura de cadastro se revela efetivamente abusiva, por exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V), colocando-o em posição de desequilíbrio e desigualdade frente ao fornecedor, sendo incompatível com a boa fé e a equidade (art. 51, IV, do CDC).

Verifica-se, pois, que a taxa cobrada pelo réu atende seu interesse exclusivo, na qualidade de mutuante e, assim agindo, além de ferir o disposto nos arts. 39, V e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, a instituição financeira contraria, ainda, o disposto no art. 46, final, do Código de Defesa do Consumidor, ao deixar de informar ao consumidor sua finalidade e alcance, conforme decidiu o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (conforme menção no REsp. n. 1.061.530-RS, em que é relatora a eminente Ministra Nancy Andrighi).

Vale lembrar o precioso voto do Des. Heraldo de Oliveira, recentemente publicado, relativamente aos autos de Apel. n. 0000169-28.2010.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga (Ac. da E. 13ª Câmara de Direito Privado, j. em 9 de fevereiro de 2011, com a seguinte ementa:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Financiamento bancário de veículos - Insurgência contra a cobrança de taxa de abertura de crédito (TAC) — Cobrança que visa cobrir os custos administrativos da abertura de crédito — Hipótese em que a cobrança em questão não representa uma prestação de serviço, mas sim meio de diminuir o risco da atividade - Tarifa nula nos termos do artigo 46 e 51, inciso IV do CDC - Banco Central que suspendeu a cobrança nos termos da Resolução n. 3518 e Circular n. 3371 — Determinada a devolução dos valores cobrados a esse título - Recurso parcialmente provido.

Nos fundamentos desse julgado, encontram-se as seguintes razões ora reproduzidas e adotadas: No tocante a tarifa de abertura de crédito (TAC), esta visa cobrir os custos administrativos da abertura de crédito, e era uma tarifa cobrada a cada novo empréstimo realizado. A chamada TAC tem como causa de sua incidência a concessão do crédito, não representando uma prestação de serviço ao cliente, uma vez que o banco apenas visa se socorrer de meios para diminuir os riscos de sua atividade, sendo seu interesse as informações angariadas nas consultas realizadas. Essa tarifa é nula nos termos do artigo 46 e 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, e inclusive, já foi extinta pelo Banco Central, não sendo mais permitida a sua cobrança, nos termos da Resolução n. 3.518 e Circular n. 3.371 ambas do Bacen. Por outro lado, a Circular n. 3.371 do Bacen permite a cobrança de tarifa de cadastro para início do relacionamento de conta corrente, poupança e operações de crédito e de arrendamento mercantil ou para realizar pesquisa em serviços de proteção ao crédito e base de dados, denominada Tarifa de Cadastro. Tal taxa só pode ser debitada uma única vez durante todo o relacionamento da instituição

financeira com o cliente, e visa cobrir os custos de análise do crédito do consumidor, servindo para minimizar o risco do banco.

Porém, a cobrança dessa tarifa é abusiva, em que pese haver autorização do Banco Central, uma vez que a realização de pesquisas sobre os dados cadastrais do cliente não caracteriza serviço solicitado ou prestado ao consumidor, mas tão somente uma análise do negócio para resguardar e minimizar o risco do banco, risco esse que é inerente a própria atividade desempenhada pelas instituições financeiras.

Vale assinalar que o Banco Central emitiu a Circular n. 3.466 de setembro de 2009, proibindo a cobrança da tarifa de renovação de cadastro, que era cobrada cada vez que ocorria a renovação de um contrato com a instituição financeira.

A ilegalidade manifesta e conseqüente declaração de nulidade deve ser estendida a todos os contratos, independentemente do lugar em que foram realizados, incidindo os efeitos da coisa julgada ao âmbito de abrangência da atividade do réu no território nacional. Observa-se que o parecer Ministerial nesta instância propõe o provimento parcial por entender que “os pedidos para que fosse declarada nula e proibida sua cobrança, tenham se tornado desnecessários, frente àquela proibição do Banco Central do Brasil” (fl. 378). Contudo, o pedido da DD. Promotoria de Justiça do Consumidor visa ver declarada judicialmente a nulidade, estendendo legitimamente a eficácia declarada no âmbito administrativo, o que deve ser deferido.

Deixa-se de condenar o banco vencido à verba honorária, nos termos da jurisprudência ora adotada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA
- PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚ-

BLICA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. Na ação civil pública movida pelo Ministério Público, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85.

2. Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet.

3. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos. (EREsp 895.530/PR, Rei. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009) Por todos esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para julgar procedente o pedido inicial e declarar nulas de pleno direito as cláusulas indicadas na exordial, condenando o Banco Volkswagen S/A à obrigação de restituir a todos os consumidores as importâncias cobradas a esse título, impondo, ainda, multa cominatória diária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados, para cada-caso comprovado de violação proibição das cobranças declaradas nulas. As custas e despesas processuais serão pagas na forma da Lei nº7.347/85.

RICARDO NEGRÃO
RELATOR DESIGNADO
SEBASTIÃO ALVES JUNQUEIRA
RELATOR, COM VOTO VENCIDO

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça [Portugal]
Relator: Távora Vítor

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
Relator: Ferreira de Almeida

EXCERTOS

Do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

“Tendo em consideração a superioridade em que por via de regra o proponente do contrato de adesão se encontra perante o cliente que ao mesmo adere, a lei procura, através de mecanismos legais - entre nós o DL 446/85 - que a decisão deste último seja tomada no pleno conhecimento de todos os termos contratuais”

“O Banco ora recorrente coloca o acento tónico da sua discordância no fato de o contrato em análise ter vindo a ser considerado erradamente como de adesão, sendo certo que é antes de natureza consensual, já que o mesmo ostenta claramente cláusulas que resultam de um acordo das partes”

“Entre o contrato consensual e o contrato de adesão não existe necessariamente uma dicotomia absoluta”

Do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

“Depois de o R. ora recorrido ter assinado o contrato de mútuo dos autos, não foi, nem podia ser, inserta, aposta, imprimida, ou redigida qualquer cláusula contratual geral prevista nas ditas Condições Gerais no referido contrato”

“O que o A., ora recorrente, tem que fazer - e faz - é assegurar que as condições contratuais acordadas constam dos contratos antes de estes serem assinados, precisamente para permitir que quem use de “comum diligência” possa ler e analisar o contrato e estar à disposição dos seus clientes para lhes prestar quaisquer esclarecimentos que estes lhe solicitem sobre os contratos que celebra”

“Se porventura o R, ora recorrido, não leu o contrato dos autos antes de o assinar foi porque não o quis ler, ou porque não teve o mínimo de diligência para se inteirar do contrato que confessadamente assinou e com o qual adquiriu aliás o veículo automóvel dos autos”

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO: 1458/056.7TBVFR-A.P.S1

Nº CONVENCIONAL: 7ª SECÇÃO

RELATOR: TÁVORA VÍCTOR

Descritores: CONTRATO DE ADESÃO

CLÁUSULA CONTRATUAL GERAL

DEVER DE COMUNICAÇÃO

DEVER DE ESCLARECIMENTO

PRÉVIO

DEVER DE INFORMAÇÃO

DEFESA DO CONSUMIDOR

ÓNUS DA PROVA

EXCLUSÃO DE CLÁUSULA

AVAL

LIVRANÇA

LIVRANÇA EM BRANCO

PACTO DE PREENCHIMENTO

NULIDADE

ACÇÃO EXECUTIVA

TÍTULO EXECUTIVO

Data do Acórdão: 17-02-2011

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

Área Temática: DIREITO CIVIL

- DIREITO DAS OBRIGAÇÕES -

CONTRATOS DE ADESÃO

DIREITO BANCÁRIO - CONTRATO

DE ABERTURA DE CREDITO –

LIVRANÇAS

Doutrina: - Ana Prata “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Almedina Coimbra 2010, p. 152 ss..

- Antunes Varela “Das Obrigações em Geral” I, 6ª Edição, Almedina, Coimbra 1989 p. 262 ss..

- Calvão da Silva “Direito Bancário”, Almedina, Coimbra, 2001, p. 305.

- Carlos Ferreira de Almeida “Contratos I, Conceito. Fontes. Formação”, Almedina Coimbra 3ª Edição p. 157 ss..

- Galvão Telles “Manual dos Contratos em Geral”, Refundido e Actualizado, Coimbra Editora, 4ª Edição, p. 316 ss..

- Menezes Cordeiro “Manual de Direito Bancário”, Almedina”, Coimbra, 4ª Edição, 2010, p. 439 ss..

- Mota Pinto Teoria Geral do Direito Civil Coimbra Editora, 4ª Edição p. 654 ss..

- Sousa Ribeiro “O Problema do contrato”. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade contratual” Teses, Almedina, Coimbra 1999, p. 369.

Legislação Nacional: DECRETO-LEI Nº 446/85, DE 25 DE OUTUBRO:

- ARTIGOS 1.º, NºS1, 2 E 3, 5.º, NºS2 E 3, 8.º, Nº1 ALÍNEAS A) E B). DIRECTIVA COMUNITÁRIA Nº 93/13/CEE DO CONSELHO, DE 5 DE ABRIL (TRANSPOSTA PELO D.L.Nº 220/95,

DE 31-8, ALTERANDO O DL 446/85):

- ARTIGO 3.º, Nº2. LEI UNIFORME DAS LETRAS E LIVRANÇAS (LULL): - ARTIGOS 10.º, 77.º

Jurisprudência Nacional: ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

-IN CJ ANO XVIII, TOMO II 2010, P.43 SS.;

-DE 13-12-2000, IN C. J., 2000, 3, P.174.

Sumário :

I - O “contrato de adesão” na sua forma pura poderá definir-se como sendo “aquele em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão formula unilateralmente as cláusulas negociadas e a outra parte aceita essas condições mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhes é

apresentado, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado".

II - Entre o contrato de adesão e o contrato consensual não existe todavia uma dicotomia absoluta, havendo ainda a considerar uma figura híbrida, o "contrato de adesão individualizado", onde a par de cláusulas que se mantêm inalteráveis de contrato para contrato, se verifica a inserção de disposições específicas moldadas no interesse das partes e em particular do aderente; estes contratos têm uma regulamentação diversificada, de harmonia com a índole das normas que deles constam.

III - Tendo em consideração a superioridade em que por via de regra o proponente do contrato de adesão se encontra perante o cliente que ao mesmo adere, a lei procura, através de mecanismos legais - entre nós o DL 446/85 - que a decisão deste último seja tomada no pleno conhecimento de todos os termos contratuais, onerando o primeiro com o ônus da prova que os comunicou de forma cabal ao aderente.

IV - Sendo omitido aquele ônus em relação a cláusulas fulcrais para o negócio tido em vista, terão as mesmas que considerar-se excluídas, o que pode afetar integralmente os termos do contrato com reflexo sobre os direitos e obrigações constituídos pelo mesmo.

V - Não se provando que aos avalistas de duas livranças de garantia fora dada a informação do pacto de preenchimento respectivo, as mesmas terão de considerar-se incompletas pelo que nulas, não podendo servir de base a ação executiva.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça.

AA - Banco ..., S.A., com sede na Rua

..., n." ..., Funchal, instaurou processo de execução comum contra BB e CC, ambos residentes na Rua ..., ..., Sta M." Feira; DD, EE, e ainda FF, Lda., sendo que foi já extinta a instância executiva contra a executada sociedade.

Foram apresentados como títulos executivos duas livranças, subscritas por um legal representante da sociedade executada e avalizadas pelos restantes executados.

Em 15/02/2005, a dívida da sociedade executada ascendia a € 235.495,59 - referente ao montante titulado pelas livranças e respectivos juros e demais acréscimos.

Foi então deduzida oposição pelos executados BB e CC, invocando, em síntese, que o meio processual usado não tinha sido o próprio, pois que as livranças dadas à execução tinham sido assinadas em branco e se encontravam desacompanhadas do pacto de preenchimento, pelo que o seu objeto é indeterminado; além do mais, invocaram que as livranças em questão se encontrariam prescritas e ainda que ao proceder da forma descrita a Exequente atuou em situação de abuso de direito.

Conclui pedindo que se julgue procedente a oposição.

Foi apresentada contestação, impugnando a exequente a matéria da oposição, invocando que as livranças foram preenchidas de acordo com um pacto de preenchimento e que o alegado pelos Oponentes respeita às relações imediatas estabelecidas entre os executados, pelo que não são estranhas ao Oponente.

Concluiu pedindo que a oposição fosse julgada improcedente.

O Tribunal julgou a oposição procedente declarando assim extinta a instância executiva dos autos contra os

opponentes.

Apelou dessa decisão o exequente tendo contudo o Tribunal da Relação do Porto confirmado o decidido.

Daquela acórdão recorre agora de revista o exequente AA acabando por pedir que se revogue o acórdão e se ordene o prosseguimento da execução.

Foram para tanto apresentadas as seguintes,

Conclusões.

1) O acórdão recorrido considerou, na esteira do que já havia sido decidido em primeira instância, estarmos perante Contratos de Adesão, aos quais são aplicáveis as regras estabelecidas no DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

2) A figura dos Contratos de Abertura de Crédito em Conta Corrente Caucionada e do Empréstimo sob a forma de Financiamento Externo, inserem-se no âmbito dos Contratos Especiais de Crédito, mais precisamente, no âmbito dos Contratos de Mútuo Bancário atípicos (cf. artigo 362.º - Código Comercial).

3) A Abertura de Crédito é um contrato consensual, oneroso, nominado, mas atípico, que constitui uma operação negocial distinta do Contrato de Mútuo.

4) É um Contrato mediante o qual um Banco (habitualmente designado por Creditante) se obriga, por um período de tempo determinado, a ter uma quantia em dinheiro à disposição do Cliente (Creditado) constituindo-se este na obrigação de reembolsar o Banco, de pagar os juros em função das utilizações efetivas do crédito utilizado, bem como, a pagar as respectivas Comissões.

5) Já no Empréstimo sob a forma de Financiamento Externo a Empresa solicita

ao Banco uma antecipação das receitas de exportação, tendo como base os próprios documentos que dão suporte à exportação,

6) Assegurando, deste modo, uma antecipação das receitas de exportações, permitindo fazer face a eventuais necessidades de tesouraria.

7) Em face da importância do conteúdo do clausulado de tais Contratos, os mesmos são objeto de negociação e validação pelos contraentes de cada uma das cláusulas por referência à operação de crédito aprovada e, aos seus objetivos.

8) O Contrato de Adesão, por sua vez, é aquele em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado.

9) Trata-se pois de negociações, no âmbito dos fornecimentos massificados ou em série, de bens ou serviços, que avultam em nossos dias. O traço comum consiste na referida superação do modelo contratual clássico. Os clientes subordinam-se a cláusulas previamente fixadas, de modo geral e abstracto, para uma série indefinida de eletivos e concretos negócios.

10) Como tal, este tipo de Contratos está sujeito a um regime especial de tutela previsto no DL n.º 446/85, de 20 de Outubro.

11) No entanto, aceitar que o Regime das Cláusulas Contratuais Gerais não está sujeito a parâmetros de concorrência, admitindo, sem correções e limites, a sua eficácia e aplicação a todo e qualquer Contrato, importaria sufragar desequilíbrios a nível global do comércio com perdas sociais significativas.

12) Assim, para que este regime

seja aplicável torna-se necessário que o conteúdo das cláusulas de um Contrato, não seja imputado a ambas as partes, isto é, que as mesmas sejam impostas por um dos contraentes, sem possibilidade de conformação negocial.

13) Ora da análise das características dos Contratos em questão, é possível concluir que os mesmos apresentam como característica essencial a consensualidade no sentido em que se consideram perfeitos mediante o acordo das partes envolvidas.

14) Independentemente da sua natureza, é necessário ter em conta que, o regime proteccionista emergente do aludido DL nº 446/85, de 25/10, apenas contempla as cláusulas contratuais gerais.

15) Estando perante cláusulas particulares do Contrato, como tal sujeitas a negociação, não lhes é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais mas sim o regime geral dos contratos.

Contra-alegaram os recorridos pugnando pela confirmação do decidido.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

2. FUNDAMENTOS.

O Tribunal deu como provados os seguintes,

2.1. Fatos.

2.1.1. As duas livranças dadas à execução foram preenchidas, no que concerne ao local e data de emissão, o vencimento, o valor, o local de pagamento e a identificação dos subscritores, sem o conhecimento dos oponentes.

2.1.2. Os oponentes tinham conhecimento das assinaturas delas constantes nas suas frente e verso e seu beneficiário.

2.1.3. Quando os oponentes subscreveram tais documentos foi-lhes dito que tal seria necessário para que viesse a ser concedido crédito à FF, Lda..

2.1.4. Esta empresa dedicava-se ao fabrico de calçado, dedicando-se ambos os oponentes exclusivamente à parte da produção.

2.1.5. O oponente marido tem apenas a instrução primária, a velha 4ª classe”.

2.1.6. A oponente mulher apenas possuía o então designado Ciclo Preparatório, hoje 8º ano de escolaridade.

2.1.7. Era o co-executado DD que tratava dos assuntos da empresa atinentes a bancos, compras, vendas ou qualquer outro tipo de contratos.

2.1.8. A exeqüente teve conhecimento de que a 06.03.02 os oponentes outorgaram escritura de cessão de quotas da aludida empresa, mediante a qual cederam as suas quotas ao co-executado DD, cessão de quotas essa que veio a ser registrada em 29.05.03.

2.1.9. Quando o oponente marido deixou a FF, Lda., esta era uma empresa financeira e economicamente estável, tendo todas as possibilidades, quer próprias, quer sobretudo de crédito, de substituir as garantias então existentes.

2.1.10. Os oponentes subscreveram, conjuntamente com os co-executados, o pacto de preenchimento da livrança dada à execução, no âmbito de empréstimo sob a forma de financiamento externo, documento esse datado de 22.06.98.

2.1.11. Os oponentes subscreveram conjuntamente com os co-executados documento de contrato de abertura de conta corrente caucionada, datado de 22.06.98, do qual consta o pacto de preenchimento da

aludida livrança.

2.1.12. O exeqüente comunicou aos oponentes, através de carta registrada com a/r, que resolvia os contratos referidos em 10. e 11., que iria preencher as livranças e apresentá-las a pagamento, não tendo aqueles pago as importâncias tituladas por esses documentos.

Refira-se ainda, já que com interesse para a decisão da causa e cabal compreensão do que vai decidir-se, não se ter provado que:

“Os oponentes tinham conhecimento do conteúdo dos contratos de financiamento e de abertura de conta corrente caucionada, bem como dos pactos de preenchimento das livranças dadas à execução e das próprias livranças, com exceção das suas assinaturas e da entidade beneficiária desses documentos”.

2.2. O DIREITO.

Nos termos do preceituado nos artsº 660º nº 2, 684º nº 3 e 690º nº 1 do Código de Processo Civil, e sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha, as conclusões da alegação de recurso delimitam os poderes de cognição deste Tribunal. Nesta conformidade e considerando também a natureza jurídica da matéria versada, cumpre focar os seguintes pontos:

- A caracterização do contrato em análise e o regime legal que se lhe aplica.

- Consequências a tirar das considerações precedentes quanto à sorte da acção

2.2.1. A caracterização do contrato em análise e o regime legal que se lhe aplica.

Insurge-se o AA contra a decisão de 2ª instância, na medida em que o Tribunal considerando estar em causa nos presentes autos um “contrato de adesão” e não tendo sido comunicadas aos oponentes as cláusulas do mesmo, nomeadamente as condições em

que o preenchimento do pacto e respectivas livranças iriam ocorrer, considerou extinta a instância executiva no tocante aos oponentes BB e CC, por violação do disposto no artigo 5º do DL 446/85 de 25 de Outubro.

Como é sabido “as cláusulas contratuais gerais” surgiram como fruto da massificação negocial que se verificou após a revolução industrial e que tem vindo a acentuar-se com a expansão do comércio e serviços, propiciada pelo fenómeno da globalização cujos instrumentos facilitam a oferta e procura de bens em mercados até há pouco tempo dificilmente acessíveis em razão do respectivo distanciamento. É claro que toda esta evolução postula e exige mecanismos reguladores jurídicos eficientes de molde a acompanhar os inegáveis benefícios propiciados pela nova ordem económica. Tais mecanismos, para que possam ser úteis, terão que ser eficientes e tal só poderá suceder na medida em que fomentem a economia de tempo e igualação no tratamento dos clientes e fornecedores.

Mas o dinamismo assim criado traz em si também as desvantagens inerentes à supressão ou redução da liberdade de negociação, inadaptação dos interesses particulares com o inevitável pendor para a desigualdade das partes, com a que é economicamente mais forte a fazer pender a seu favor a balança contratual (1). Assim se explica que os “contratos de adesão”, instrumentos reguladores por excelência da massificação, tenham merecido a atenção dos Estados com vista a procurar minorar, tanto quanto possível, as desigualdades provocadas por abusos de regulamentação e capciosidades em consequência do modo como são por vezes intencionalmente redigidos pelos respectivos proponentes. Fruto desta tendência, o DL nº 446/85 de 25 de Outubro, de inspiração

germânica, surgiu entre nós como a primeira tentativa de disciplinar as cláusulas contratuais gerais insertas nos contratos – estatuidas que “as cláusulas gerais elaboradas sem prévia negociação individual que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem respectivamente a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente Diploma” – Cfr. artigo 1º nº 1. Um dos campos preferenciais de atenção deste Diploma concentra-se nos “contratos de adesão” nomeadamente no âmbito dos seguros. É assim desde a Directiva comunitária nº 93/13/CEE do Conselho de 5 de Abril que veio a ser transposta pelo DL 220/95 de 31 de Agosto alterando o DL 446/85.

O “contrato de adesão” poderá definir-se como sendo “aquele em que uma das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula unilateralmente as cláusulas negociadas e a outra parte aceita essas condições mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhes é apresentado não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado” (2). O Banco ora recorrente coloca o acento tónico da sua discordância no fato de o contrato em análise ter vindo a ser considerado erradamente como de adesão, sendo certo que é antes de natureza consensual, já que o mesmo ostenta claramente cláusulas que resultam de um acordo das partes, o que não sucede com o “contrato de adesão típico” onde não existe consensualidade mas apenas a imposição unilateral de um conjunto de disposições que o aderente tem que aceitar. Só nesse caso se justificaria, na opinião do Banco, a proteção que o Direito comunitário e nacional vem concedendo a este tipo contratual, nomeadamente o cunho proteccionista da parte mais débil, o aceitante aderente.

O AA não tem contudo razão. Mau grado já resultasse implícito do teor da sentença de 1ª instância, esclareça-se agora como mais pormenor, que entre o contrato consensual e o contrato de adesão não existe necessariamente uma dicotomia absoluta. Há nesta sede ainda a considerar uma “figura híbrida” onde a par de cláusulas que se mantêm inalteráveis de contrato para contrato, suportam todavia a inserção de disposições específicas moldadas no interesse das partes e em particular do aderente; são “os contratos de adesão individualizados”, reconhecidos expressamente no artigo 1º nº 2 do citado DL 446/85 (que aliás resulta do nº 2 do artigo 3º da Directiva 93/13/CEE, ao estatuir que “O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”. Haverá pois que indagar se é dessa índole o “contrato de abertura de crédito” que agora apreciamos, sendo certo que esta qualificação não obsta a que contenha cláusulas uniformes e também específicas, de harmonia com os interesses dos outorgantes em presença.

Em traços gerais, o aludido contrato, quando celebrado por um banco, é aquele em que essa instituição se obriga a mutuar ao cliente normalmente por prazo determinado e por uma ou mais vezes incumbindo-lhe posteriormente restituir com os juros os montantes sacados ou mutuados” (3). Trata-se de um contrato atípico sendo permeável a cláusulas de índole variada; e assim como é óbvio, cláusulas gerais que se repetem sistematicamente em contratos da mesma índole e de natureza fixa, e outras adaptadas à especificidade do caso que visam contemplar, estas resultado na sua generalidade de discussão e acordo entre as

partes. Nestes contratos, à diversidade das cláusulas que nele se inserem corresponde um diverso tratamento jurídico que lhes é conferido.

Revertendo ao caso concreto não nos restam dúvidas quanto à natureza mista do mesmo e, sendo assim, são-lhe aplicáveis as normas do Diploma em análise desde logo no que toca às cláusulas uniformes que o mesmo contém. É bem certo que é por vezes difícil, perante um determinado contrato, saber quais as normas que concretamente resultaram de um acordo específico ou têm a natureza de pré-determinadas e de pura adesão. Todavia é a própria lei – artigo 1º nº 3 do DL 446/85 - que resolve o impasse na medida em que estatui que “O ônus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”; essa prova não foi conseguida por qualquer das partes e nomeadamente pelo Banco recorrente, a quem tal poderia interessar, para se eximir às exigências que o DL supracitado faria impender sobre ele, v.g. no que se refere à comunicação das cláusulas.

Nesta conformidade, ao contrato em análise, de natureza mista, são aplicáveis as disposições do artigo 5º do Diploma legal supracitado, que versa sobre o alcance das cláusulas gerais e os requisitos que devem ser observados na sua comunicação ao aderente (4)

2.2.2. Consequências a tirar das considerações precedentes quanto à sorte da ação.

Resulta pois de todo o exposto que os oponentes BB e CC, na qualidade de avalistas, apuserem as respectivas assinaturas em duas livranças em branco, estas por seu turno subscritas por um legal representante

da sociedade executada “FF Lda.”, no montante global de € 235.495,59 - referente ao valor titulado pelas livranças, respectivos juros e demais acréscimos.

Aplicando-se in casu às cláusulas uniformes o regime do DL nº 446/85 de 25 de Outubro, caberia ao AA exequente ter feito a prova de que havia dado cumprimento ao disposto no artigo 5º nº 2 e 3, informando os oponentes das condições em que aqueles títulos iriam ser preenchidos; não o fez, fato que exclui tais cláusulas do contrato, nos termos do artigo 8º nº 1 alíneas a) e b) do citado Diploma Legal (5).

Na verdade o recorrente não provou (e sobre ele recaía o respectivo ônus), que “os oponentes tinham conhecimento do conteúdo dos contratos de financiamento e de abertura de conta corrente caucionada, bem como dos pactos de preenchimento das livranças dadas à execução e das próprias livranças, com exceção das suas assinaturas e da entidade beneficiária desses documentos”. Tal omissão sempre ditaria, como já dissemos, a exclusão das cláusulas em que o exequente se baseou para executar os ora embargantes.

Mas, por outro lado, resulta também de todo o exposto que não se provando que os embargantes conheciam os termos do pacto de preenchimento as livranças assumem a natureza de títulos incompletos não valendo como tais, o que se pode aliás inferir do estatuído no artigo 10º e 77º da LULL.

Sendo assim, não nos merece qualquer censura o decidido pelas instâncias pelo que a revista não poderá ser concedida.

Poderá então concluir-se:

1) O “contrato de adesão” na sua forma pura poderá definir-se como sendo “aquele em que uma das partes, normalmente uma

empresa de apreciável dimensão formula unilateralmente as cláusulas negociadas e a outra parte aceita essas condições mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhes é apresentado, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado”.

2) Entre o contrato de adesão e o contrato consensual não existe todavia uma dicotomia absoluta, havendo ainda a considerar uma figura híbrida, o “contrato de adesão individualizado”, onde a par de cláusulas que se mantêm inalteráveis de contrato para contrato, se verifica a inserção de disposições específicas moldadas no interesse das partes e em particular do aderente; estes contratos têm uma regulamentação diversificada, de harmonia com a índole das normas que deles constam.

3) Tendo em consideração a superioridade em que por via de regra o proponente do contrato de adesão se encontra perante o cliente que ao mesmo adere, a lei procura, através de mecanismos legais - entre nós o DL 446/85 - que a decisão deste último seja tomada no pleno conhecimento de todos os termos contratuais, onerando o primeiro com o ônus da prova que os comunicou de forma cabal ao aderente.

4) Sendo omitido aquele ônus em relação a cláusulas fulcrais para o negócio tido em vista, terão as mesmas que considerar-se excluídas, o que pode afetar integralmente os termos do contrato com reflexo sobre os direitos e obrigações constituídos pelo mesmo.

5) Não se provando que aos avalistas de duas livranças de garantia fora dada a informação do pacto de preenchimento respectivo, as mesmas terão de considerar-se incompletas pelo que nulas, não podendo servir de base a ação executiva.

3. DECISÃO.

Pelo exposto acorda-se em negar a revista.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 17 de Fevereiro de 2011

Távora Victor (Relator)

Sérgio Poças

Granja Fonseca

1)- Para mais desenvolvimentos cfr. v.g. Carlos Ferreira de Almeida “Contratos I, Conceito. Fontes. Formação”, Almedina Coimbra 3ª Edição pags. 157 ss. Antunes Varela “Das Obrigações em Geral” I, 6ª Edição, Almedina, Coimbra 1989 pags. 262 ss. Galvão Telles “Manual dos Contratos em Geral”, Refundido e Actualizado, Coimbra Editora, 4ª Edição, pags. 316 ss.

2)- Cfr. Mota Pinto Teoria Geral do Direito Civil Coimbra Editora, 4ª Edição pags. 654 ss.

3)- Cfr. por todos, Menezes Cordeiro “Manual de Direito Bancário”, Almedina”, Coimbra, 4ª Edição, 2010, pags. 439 ss e na Jurisprudência ver Acs. Deste STJ de 13-Dez-2000 in Col. de Jur., 2000, 3, 174;

4)- Cfr. v.g. Calvão da Silva “Direito Bancário”, Almedina, Coimbra, 2001, pags. 305; Ana Prata “Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Almedina Coimbra 2010, pags. 152 ss; e Sousa Ribeiro “O Problema do contrato”. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade contratual” Teses, Almedina, Coimbra 1999, pags. 369,

5)- Cfr. desde logo o recente Ac. deste STJ in CJ ano XVIII, tomo II 2010, pags. 43 ss.

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

RELATOR: FERREIRA DE ALMEIDA

DESCRIPTORIOS:

CONTRATO DE MÚTUO
CLÁUSULA CONTRATUAL

GERAL

ASSINATURA
INTERPELAÇÃO
VENCIMENTO

Data: 03-02-2011

Processo: 3072/06.0YXLSB.L1-8

Nº do Documento: RL

Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO
Decisão: IMPROCEDENTE

Sumário:

I - Encontrando-se as assinaturas dos outorgantes na face do documento que constituiu a proposta contratual impressa, a seguir às “Condições Específicas” e, no verso, as respectivas cláusulas gerais, devem estas ter-se por excluídas do contrato singular.

II - Conferindo embora o art. 781º do C.Civil ao credor o direito de exigir as prestações cujo prazo ainda se não tenha vencido, tal não significa que o devedor comece desde esse momento, ao arrepio da doutrina geral do art. 805º, nº1, a responder pelos danos moratórios.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa:

1. Banco ---, SA, propôs, contra João ---, acção especial, nos termos do Dec-Lei 269/98, de 1/9, distribuída ao 7º Juízo Cível de Lisboa, pedindo a condenação do R. a pagar-lhe a quantia de € 6.371,52, acrescida

de juros moratórios, à taxa convencionada de 15,24%, alegadamente devida por virtude de empréstimo àquele concedido.

Citado, o R. não contestou.

Foi proferida sentença, na qual se julgou a acção parcialmente procedente, condenando-se o R. a pagar ao A. as prestações, no valor de € 265,48 cada, vencidas entre 10/10/2005 e 10/9/2007, acrescidas de juros moratórios, à taxa legal referente aos juros comerciais - absolvendo-o do mais peticionado.

Inconformado, daquela interpôs o A. o presente recurso de apelação, cujas alegações terminou com a formulação das seguintes conclusões:

- O Sr. Juiz a quo entende na sentença recorrida que existe violação do disposto na al. d) do art. 8º do Dec-Lei 446/85, de 25/10.

- O art. 8º d) do Dec-Lei 446/85, de 25/10, visa salvaguardar a oposição no contrato após ele assinado de cláusulas que do mesmo não constassem aquando da respectiva assinatura, o que não é o caso dos autos.

- As Condições Gerais acordadas no contrato de mútuo dos autos encontravam-se integralmente impressas quando o R., ora recorrido, nele após a sua assinatura.

- Depois de o R. ora recorrido ter assinado o contrato de mútuo dos autos, não foi, nem podia ser, inserta, aposta, imprimida, ou redigida qualquer cláusula contratual geral prevista nas ditas Condições Gerais no referido contrato.

- Aliás, como ressalta da análise do contrato de mútuo dos autos, as condições gerais acordadas no mesmo não constituem qualquer formulário onde se possa inserir ou preencher o que quer que seja, pois tais

condições gerais são directamente impressas na 2ª folha que constitui o contrato de mútuo.

- O A., ora recorrente, não tem obrigatoriamente que ler e explicar aos seus clientes os contratos que com eles celebra - excepto evidentemente se estes não souberem ler ou tiverem dúvidas acerca do conteúdo do contrato e lho solicitarem.

- O que o A., ora recorrente, tem que fazer - e faz - é assegurar que as condições contratuais acordadas constam dos contratos antes de estes serem assinados, precisamente para permitir que quem use de “comum diligência” possa ler e analisar o contrato e estar à disposição dos seus clientes para lhes prestar quaisquer esclarecimentos que estes lhe solicitem sobre os contratos que celebra.

- Se porventura o R, ora recorrido, não leu o contrato dos autos antes de o assinar foi porque não o quis ler, ou porque não teve o mínimo de diligência para se inteirar do contrato que confessadamente assinou e com o qual adquiriu aliás o veículo automóvel dos autos.

- Resulta, pois, claro que não devia, assim, o Sr. Juiz a quo ter concluído pela exclusão das Condições Gerais do contrato dos autos por pretenso não cumprimento pelo A. do dito dever de comunicação relativamente ao R., ora recorrido.

- Não é necessária qualquer interpelação para o vencimento imediato nos termos do art. 781º do C.Civil, no entanto, mesmo que se perfilhe a tese da necessidade de interpelação do credor ao devedor para fazer operar o que se dispõe no art. 781º do C.Civil, é manifesto que no caso sub judice, atento o expressamente acordado no contrato dos autos, tal interpelação é, sempre, desnecessária para que o vencimento

de todas as prestações não pagas do referido contrato se verifique - tal vencimento é, conforme acordado, imediato.

- Por outro lado, uma vez que, como explicitado e ressaltado do contrato dos autos, se está perante obrigações com prazo certo, o devedor - o ora recorrido - constitui-se em mora logo aquando do vencimento da obrigação independentemente de qualquer interpelação, nos termos da al. a) do nº2 do art. 805º do C.Civil, pelo que, logo aquando do vencimento imediato de todas as prestações não pagas, se começam a vencer juros moratórios sobre o montante global das mesmas.

- É, pois, inteiramente válido, legítimo e legal o pedido dos autos.

- Termos em que deve conceder-se provimento ao presente recurso e, por via dele, revogar-se a sentença recorrida, substituindo-se a mesma por acórdão que condene o R., ora recorrido, na totalidade do pedido.

Cumpra, pois, decidir.

2. Em 1ª instância, foi dada como provada a seguinte matéria factual:

1. Por escrito particular assinado, na frente de tal escrito, pelo A. e pelo R., a 10/9/2001, intitulado de “Contrato de Mútuo”, Banco ---, SA, e João ---, este ali designado por mutuário, declararam que:

“É celebrado o contrato de mútuo constante das Condições Específicas e Gerais seguintes: Condições Específicas Veículo financiado e identificação do fornecedor Identificação do veículo Marca: Citron; Matrícula: ---; Identificação do fornecedor Nome: P---; Preço a contado 3.150.000\$; Condições do financiamento Montante de crédito: 2.710.000\$; Valor total das prestações: 3.832.128\$; Número

de prestações: 72; Valor de cada prestação: 53.224\$; Data de vencimento da 1ª prestação: 10/10/01; Data de vencimento da última prestação: 10/09/07; TAEG: 12,87% ... Taxa de juros: 11,24% ; Protecção Vida Valor mensal do prémio ... 678\$”.

2. No verso do escrito referido em 1. consta o seguinte:

“Condições Gerais 1. Montante do empréstimo: O Banco ---concede ao mutuário um empréstimo no montante estabelecido nas Condições Específicas deste contrato; 2. Finalidade do empréstimo: O empréstimo objecto do presente contrato destina-se à aquisição a crédito pelo mutuário do veículo referido nas Condições Específicas; 3. Utilização do empréstimo: O empréstimo considera-se utilizado com a entrega pelo Banco --- de um cheque emitido à ordem do mutuário ou do fornecedor do bem a adquirir pelo mutuário, no montante fixado das Condições Específicas (...) 5. Juros: a) O empréstimo vence juros à taxa fixada nas Condições Específicas, não variando ao longo de prazo do contrato; b) Os juros serão contados dia a dia sobre o capital que em cada momento se encontrar em dívida 6. Impostos, taxas, encargos e despesas: Será por conta do mutuário o pagamento dos impostos, taxas e demais encargos decorrentes do presente contrato (...); 8. Mora e cláusula penal: a) O mutuário ficará constituído em mora no caso de não efectuar, aquando do respectivo vencimento, o pagamento de qualquer prestação de capital e/ou juros; b) A falta de pagamento de qualquer prestação na data do respectivo vencimento, implica o imediato vencimento de todas as restantes; c) Em caso de mora e sem prejuízo do disposto no número anterior, incidirá sobre o montante em débito e

durante o tempo em mora, a título de cláusula penal, uma indemnização correspondente à taxa de juro contratual acrescida de quatro pontos percentuais, bem como outras despesas decorrentes do incumprimento, nomeadamente uma comissão de gestão por cada prestação em mora (...) 11. Rescisão do contrato: Sem prejuízo de outros casos previstos na lei ou neste contrato, o Banco --- poderá considerar o presente Contrato rescindido, sendo consideradas então imediatamente vencidas todas as obrigações decorrentes para o Mutuário do mesmo, exigindo o cumprimento imediato de todos os valores em dívida sempre que se verifique alguma das seguintes situações: a) Falta de pagamento pontual de qualquer prestação de capital, juros ou outros encargos previstos neste contrato (...)” - doc. de fls. 9.

3. Por escrito particular assinado pelo R., este declarou:

“Exmos Senhores: Na sequência da celebração do Contrato de Mútuo com o Banco ---, SA, autorizo V. Exas a (...) Transferir mensalmente, por iniciativa de V. Exas, a prestação abaixo indicada, para a conta a creditar indicada pelo Banco ---, SA, os seguintes valores: Conta a creditar (...) Conta a debitar (...) Valor mensal da prestação: 53.224\$; Nº de prestações: 72; Data do 1º venc: 10/10/2001; Data do último venc: 10/09/2007 (...)” - doc. de fls. 10.

4. O R. não pagou a 49ª das prestações referidas, nem as seguintes.

3. Nos termos dos arts. 684º, nº3, e 690º, nº1, do C.P.Civil, acha-se o objecto do recurso delimitado pelas conclusões do recorrente.

A questão a decidir centra-se, assim, na determinação do montante dos juros

devidos sobre as prestações contratualmente estipuladas.

Tem vindo a constituir entendimento praticamente unânime, na mais recente jurisprudência, que se devem ter por excluídas cláusulas contratuais cuja inserção no respectivo texto ocorra por forma similar à das condições gerais do contrato celebrado entre as partes.

“Nos termos do artigo 8º, alínea d) do DL 446/85, de 25/10, com as alterações introduzidas pelos DLs 220/95, de 31/8 e 249/99, de 7/7, devem considerar-se excluídas as cláusulas contratuais gerais constantes da segunda página do documento formalizador de um contrato de mútuo, assinado pelos contratantes só na primeira página do mesmo documento, aplicando-se, nessa parte, o regime legal supletivo, nos termos do artigo 9º do mesmo diploma” (ac. STJ, de 13/1/2005, in www.dgsi.pt - SJ200501130038742).

“O artigo 8º, alínea d) do Decreto-Lei nº446/85 é aplicável a cláusula inserida no contrato depois da assinatura do contraente que a ele adere, mesmo quando, na introdução desse contrato tenha sido inserida uma cláusula segundo a qual ao contrato são aplicáveis as condições específicas e gerais que se seguem, figurando entre estas última a cláusula controvertida” (ac. STJ, de 15/3/2005 - SJ200503150002822).

“São nulas, ao abrigo do disposto na al. d) do art. 8º do Dec-Lei nº 446/85, de 25/10, as cláusulas contratuais gerais inseridas no documento que as titula, após a assinatura das partes contratantes” (ac. STJ, de 7/3/2006 - SJ200603070000386).

“Encontrando-se as assinaturas dos outorgantes no contrato na face do documento que constituiu a proposta

contratual impressa, a seguir às “Condições Específicas” e, no verso, as cláusulas gerais, têm estas de ter-se por excluídas do contrato singular, tudo se passando como se não existissem” (ac. STJ, de 6/2/2007 - SJ200702060045246).

Aderindo a tal orientação, forçoso se torna, pois, considerar excluídas do presente contrato, nomeadamente, as cláusulas - 8ª, al. b) e c) - respeitantes às consequências da mora do devedor e à estipulação de cláusula penal.

Aplicável, assim, no caso a disposição supletiva, constante do art. 781º do C.Civil, entende-se, em conformidade com a doutrina a tal respeito dominante que, conferindo embora tal preceito ao credor o direito de exigir as prestações cujo prazo ainda se não tenha vencido, tal não significa que “o devedor comece desde esse momento, ao arrepio da doutrina geral do art. 805º, nº1, a responder pelos danos moratórios” (A. Varela, “Das Obrigações em geral”, vol. II, pág. 53).

“O art. 781º C.Civ. permite apenas a exigibilidade imediata da totalidade da dívida, não importando a automática alteração dos prazos de vencimento das prestações, de sorte que o devedor fica imediatamente constituído em mora em relação à prestação não efectuada, mas não em relação às restantes, em que a constituição em mora dependerá da interpelação para cumprir.

- A mesma norma, dispondo que se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importará o vencimento de todas, visa proteger o interesse do credor que, perante a falta de pagamento de uma das fracções da dívida, pode ter razões para a perda de

confiança na pessoa do devedor, confiança em que se apoia o plano de pagamento. Por isso, concede-se àquele o benefício de não se manter sujeito aos prazos escalonadamente estabelecidos de vencimento das prestações, perdendo este o benefício desses prazos.

- Quando tal suceda, o credor goza do direito de exigir o pagamento, não só da prestação em falta, mas ainda de todas as restantes, não vencidas, não se operando o vencimento destas ex vi legis, mas mediante interpelação do credor, nos termos gerais” (ac. STJ, de 6/2/2007, supra citado).

Como decidido, serão, assim, no caso apenas devidos juros moratórios, à taxa legalmente prevista para as obrigações comerciais, desde o vencimento de cada uma das prestações em causa - improcedendo as atinentes alegações do apelante.

4. Pelo acima exposto, se acorda em negar provimento ao recurso, confirmando-se integralmente a decisão recorrida.

Custas pelo apelante.

Lisboa, 3 de Fevereiro de 2011

Ferreira de Almeida - Relator
Silva Santos - 1º Adjunto
Bruto da Costa - 2º Adjunto

CONCLUSÕES-PROPOSTAS DAS III JORNADAS DE DIREITO DO CONSUMO DE TRÁS-OS-MONTES

Mirandela

17.Mai.11

I – O PAPEL DO ESTADO E DOS MUNICÍPIOS NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

1. Que o Estado cumpra em absoluto o que prescreve o nº 1 do artigo 1.º da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – quando se põe a seu cargo o “contribuir para o funcionamento das instituições de consumidores”, o que – no que nos toca – tem vindo a ser clamorosamente ignorado e negado de modo ostensivo, numa discriminação abominável, que há que fazer sustar.

2. Que o Estado dê execução às políticas de educação e formação para o consumo, de harmonia com o que o artigo 6.º da LDC imperativamente estabelece, constituindo, no quadro atual, verdadeira letra morta um tal dispositivo.

3. Que o Estado cumpra o que no artigo 7.º da LDC se lhe impõe, a saber, o de oferecer aos consumidores informação para o consumo, designadamente através dos serviços públicos de radiodifusão áudio e audiovisual, o que ora se não observa de todo, numa criminoso omissão que há que suprir-se instantemente.

4. Que se criem nos municípios, onde os não haja, serviços municipais de consumo, dada a premência, sobretudo em tempos de crise, de estruturas a que os municípios possam recorrer a fim de lograrem soluções para os seus problemas enquanto consumidores.

5. Que se defina um leque de atribuições e competências dos municípios que nada tem a ver com o arremedo institucional a que ora se assiste, sem quadros, sem atribuições nem competências nos escassos centros de informação existentes quase marginalmente.

6. Assinale-se que dos 308 municípios, há cerca de 1/5 providos de centros de informação, quando a maioria das autarquias não dispõe de uma qualquer estrutura embora se multipliquem gabinetes de municípios, emigrantes, deficientes etc., sem que estejam vocacionadas para missões do estilo das que servem os consumidores, como o impõe a LDC e a Lei da Transferência de Atribuições e Competências dos Municípios.

II – A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A RESERVA DA PRIVACIDADE DOS CONSUMIDORES

1. Que se exija do Estado e dos Reguladores a promoção de uma ativa política educativa em matéria de proteção dos dados pessoais e consciencialização dos cidadãos (em particular as gerações mais jovens) para a importância da “autodeterminação informacional” na preservação da reserva de privacidade, com especial relevo no contexto das redes sociais.

2. Que se garanta a efetividade do direito de oposição do consumidor à utilização dos seus dados pessoais para efeitos de marketing, nomeadamente pela afirmação da lista de pessoas que não desejam receber comunicações publicitárias (designada “lista Robinson”) e correspondente sancionamento das entidades infractoras.

3. Que se fiscalize com rigor as práticas de interconexão de dados pessoais, porquanto muitas correspondem a vendas de bases de dados – pouco transparentes e consolidadas em negócios de avultado valor entre empresas – à revelia dos direitos do consumidor e do seu consentimento.

4. Que se precise a responsabilidade pela segurança e confidencialidade dos tratamentos de dados pessoais, por forma a que se não caia na “inimputabilidade” justificada pela globalização, com diluição de condutas passíveis de responsabilidade contra-ordenacional ou criminal num falacioso universo de “crimes sem vítimas e sem culpados”.

III – CONTRATOS DE CONSUMO COMO CONTRATOS DE ADESÃO: REMÉDIOS PARA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Que, de molde a combater eficazmente o fenómeno, se constitua um Comissão das Cláusulas Abusivas, de composição quadripartida (CSM, CSMP, AIE, AC), que previna e reprima o emprego de cláusulas abusivas nos contratos-tipo e nos de adesão, vale dizer, nos contratos pré-elaborados.

2. Que se reestruture o Registo Nacional das Cláusulas Abusivas, que, no quadro atual, é imprestável e meramente anedótico, não prestigiando nem o Estado nem a administração central, nem servindo os objetivos que presidiram à sua constituição no âmbito do, ao tempo, Gabinete de Direito Europeu, da presidência do saudoso conselheiro Neves Ribeiro.

3. Que se institua, como forma de abreviar as delongas do procedimento judicial, à semelhança do que ocorre no Brasil, a figura do compromisso de ajustamento de conduta, à disposição do Ministério Público, para tornar efetivo o respeito pelos equilíbrios contratuais e como meio de eliminação das cláusulas abusivas dos formulários de pré-adesão.

4. Que se amplie, no quadro das ações inibitórias cujo objeto seja a da supressão e não recomendação das cláusulas abusivas, a legitimidade processual ativa aos consumidores individuais, quer hajam sido ou não, em concreto, vítimas de quaisquer distorções neste particular, em harmonia com o que prescreve o artigo 13 da LDC.

5. Que sempre que em causa associações de consumidores e consumidores individuais, enquanto titulares da ação inibitória, se altere a regra de competência dos tribunais, elegendo-se a do domicílio de tais entes (o foro do demandante), que não o da sede principal da empresa demandada.

6. Que o caso julgado, em lugar de o ser, neste particular, ultra partes, o seja erga omnes, de molde a abranger os contratos do antecedente celebrados e de evitar a inútil reprodução de ações judiciais ou, a não haver o recurso a tal, a permanente subsistência de atropelos por parte dos pré-disponentes ante consumidores omissos por mal informados ou insuficiência de meios para se abeirarem dos tribunais em busca de justiça para as situações que os afetam.

7. Que se permita indiscriminadamente, no domínio das ações coletivas, a quota litis, a fim de se estimular a propositura de ações pelos advogados em exercício contra o arbítrio, a iniqui-

dade e a prepotência perpetrados pelos monopólios e oligopólios que dominam o mercado de consumo ou, nele, determinado segmentos.

8. Que se constitua um Fundo de Direitos Coletivos para onde se carrearão as indenizações não reclamadas ou as que se destinarem diretamente a provê-lo, a fim de se poder proporcionar aos legitimados, pessoas coletivas, os meios indispensáveis a estimular o exercício de direitos com a dimensão aqui implicada.

IV – CONTRATOS AO DOMICÍLIO E PELA INTERNET

1. Que na regulamentação dos contratos eletrónicos se estabeleça um regime aferido pelo máximo denominador comum, que não pelo menor denominador comum, como o pretendia a Proposta de Directiva de 8 de Outubro de 2008, o que significa que a tutela da posição jurídica do consumidor seja susceptível de visar o mais elevado nível de protecção, que não a harmonização máxima pelo menor nível garantido pelo Mercado Interno: os consumidores portugueses não podem, em teoria, perder direitos com a introdução de uma disciplina uniforme à medida dos interesses dos agentes económicos, mas manifestamente contra os consumidores.

2. Que se reforce a segurança dos consumidores contra os artificios e embustes que as ofertas na rede mundial de comunicação podem representar, de molde a garantir a necessária fiabilidade do comércio eletrónico e uma confiança irrestrita nesse segmento do mercado do consumo.

3. Que se difundam os meios alternativos de resolução de litígios decorrentes do comércio eletrónico, nomeadamente a existência do CIMACE – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Comércio Eletrónico que visa a composição de conflitos emergentes das relações de comércio susceptíveis de ocorrer entre fornecedores e consumidores, em ambiente de internet.

4. Que o fornecedor comunique ao consumidor, antes da celebração do contrato à distância/domicílio, todos os elementos de informação a que está obrigado, para um consentimento livre e esclarecido, com especial destaque para o direito de retratação.

5. Que haja uma maior sindicância da entidade de supervisão – a ASAE – cuja função, neste âmbito, é a de fiscalizar o cumprimento das regras prescritas na Lei dos Contratos à Distância e ao Domicílio. Sabendo que não é raro o recurso a processos de engodo ou casos em que o consumidor se sente coagido na celebração do contrato, o nosso desiderato resume-se a uma eficaz fiscalização por parte da ASAE e na respectiva instauração dos correspondentes processos contraordenacionais.

6. Que, na contratação electrónica, a entidade de supervisão central – a ANACOM – cumpra de forma exemplar as atribuições que a Lei do Comércio Eletrónico lhe comete.

V – CONTRATOS TURÍSTICOS

1. Que se crie um sistema único de protecção do consumidor-turista, em razão das suas próprias vulnerabilidades, reformando-se o regime da responsabilidade contratual aplicável na circunstância, que atinge gravosamente o estatuto do consumidor em benefício das agências de viagem, que vêem eliminados, afinal, os riscos da atividade.

2. Que se torne à exigência de forma, vale dizer, da redução a escrito do contrato de via-

gem, como regra, que não como mera exceção, tal como ora persiste.

3. Que se amplie o prazo para a notificação das não conformidades do serviço que, a despeito de um acréscimo de dez dias em relação ao regime anterior, permanece absurdamente curto para o exercício dos direitos dos consumidores-turistas.

4. Que, no que tange ao transporte aéreo, se consagre a responsabilidade objetiva do transportador de molde a eliminar as incertezas decorrentes da discussão em torno da culpa, da solidariedade dos demais partícipes, nomeadamente da gestão aeroportuária e do controlo aéreo etc.

5. Que, no segmento dos cartões turísticos, se exija que as cláusulas sobre traduções e proibição de antecipação de pagamento no decurso do período de arrependimento ou desistência sejam assinadas separadamente, para que se reforce o consentimento do consumidor.

VI – A OBRIGAÇÃO GERAL DA INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

1. Que se não olvide que a obrigação geral (como as obrigações especiais e específicas) impendem sobre o fornecedor, que não como dever a que esteja adstrito o consumidor: não é o consumidor que, em razão da sua maior ou menor curiosidade, tem de ir em busca da informação, é o fornecedor que a tem de prestar.

2. Que a gravidade da omissão de tal obrigação geral, como especial ou específica, terá de conduzir à nulidade do contrato, que não a uma mera anulabilidade por erro sobre o objeto ou sobre os motivos.

3. Que, de par com a nulidade do contrato, se acentue a responsabilidade pré-contratual do fornecedor, por haver omitido informação relevante para um consentimento esclarecido, responsabilidade que tanto se afirma no plano patrimonial (material), como no não patrimonial (moral), nos termos do nº 1 do artigo 12 da LDC – Lei de Defesa do Consumidor.

VII – A OBRIGAÇÃO GERAL DE SEGURANÇA NA CADEIA ALIMENTAR

1. Que se constitua um Conselho de Autorregulação da Segurança Alimentar, no quadro das estruturas da apDC, envolvendo todos os partícipes na cadeia alimentar para que se atue o princípio geral da segurança, convertido em obrigação em cada um dos contratos celebrados com os consumidores neste domínio.

2. Que se edite um Código de Direito Agroalimentar para tornar mais inteligível e simples o acervo normativo no segmento da produção ao consumo de géneros alimentícios.

3. Que as consequências – no plano dos ilícitos de mera ordenação social – afinem o seu diapasão pela Espanha para que o que seja ilícito aqui o não seja ali ao lado e uma coisa passível de uma sanção de 10 aqui o não seja de 100 do outro lado da fronteira.

VIII – CONFLITOS DE CONSUMO: MEIOS DE RESOLUÇÃO

1. Que, para se colher o mais adequado rendimento das estruturas existentes, urge que, à semelhança do que ocorreu com os serviços públicos essenciais, os tribunais arbitrais voluntários institucionalizados se transformem em tribunais arbitrais necessários, nos moldes estabelecidos para tais serviços, com a gratuidade assegurada aos consumidores, ao menos, até metade da alçada do tribunal de segunda instância (15 000€)

2. Que o Tribunal Arbitral Nacional de Conflitos de Consumo, sediado na Unidade de Missão, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, mantenha uma competência territorial seletiva e não concorrente com as dos atuais tribunais arbitrais de conflitos de consumo de Guimarães, Braga, Porto, Coimbra, Algarve e Funchal: para se rendibilizarem os meios e se tornar menos confuso o panorama e menos dispersivo o tecido.

3. Que não haja sobreposição de competências entre julgados de paz e tribunais arbitrais: sempre que se trate de conflitos de conflitos na jurisdição sobreposta de uns e outros, que os conflitos de consumo se defiram aos tribunais arbitrais respectivos. Portugal não pode dar-se ao luxo de precipitar neste particular as coisas num desacerto permanente.

IX – POR UMA POLÍTICA DE CONSUMIDORES PARA PORTUGAL: O CÓDIGO DE CONTRATOS DE CONSUMO

1. Que se exija das forças políticas em presença uma política de consumidores consequente em função dos textos normativos editados com uma base orçamental adequada: menos leis, melhores leis; instituições de formação e informação (de formadores e informadores) e dos consumidores; estruturas adequadas em número e com quadros adequados para a composição de litígios de consumo.

2. Que se abandone em definitivo o inapropriado projeto de código do consumidor cuja elaboração se protraiu por dez anos, dada a sua total imprestabilidade e a natureza prolixa dos domínios e normas neles abarcados.

3. Que o próximo governo, dado que o atual se mostrou incompetente para o fazer, adote uma provisão normativa para que se prepare um texto de um Código de Contratos de Consumo, em obediência aos normativos da União Europeia, mas na tradição do direito em vigor, ainda que esparso por um número incalculável de diplomas legais. Legislar menos, mas legislar melhor... por forma a oferecer aos cidadãos leis simples, descodificadas, acessíveis e condensadas num único diploma para que a sua efetividade se não comprometa.

apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo

Auditório do Centro Cultural de Mirandela, aos 17 de Maio de 2011

O presidente, Mário Frota

A presidente da delegação, Rute Couto

[*Texto adaptado à nova ortografia e ao padrão adotado pela *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*]