

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. I | # 4 | DEZEMBRO 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 4, dezembro 2011

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Diagramação: Franklin de Freitas

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Preço de venda a consumidor (até 31.12.2012): 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

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 2237-1168

1. DIREITO – periódico. 2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico.

3. CONSUMIDOR – periódico. 4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico.

5. DIREITO COMPARADO - periódico.

I. Título

Conselho Diretor

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

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurivaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrighi, 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, Hector Valverde Santana, Heloisa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najarian
Igor Rodrigues Britto, James Alberto Siano, José Augusto Peres Filho
Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini, Newton de Lucca
Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rego Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

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



09 Editorial

DOCTRINA

- 15 **A reforma do Código de Defesa do Consumidor brasileiro e o comércio eletrônico: Uma visão crítica do anteprojeto**
GUILHERME MAGALHÃES MARTINS
- 43 **Análise da minuta preliminar do anteprojeto de lei para alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor**
FELIPPE BORRING ROCHA
- 73 **Sobre-endividamento ou insolvência?
Breve estudo sobre os modos de tratamento no direito brasileiro e português**
ANA FILIPA CONCEIÇÃO
- 113 **A intervenção do Ministério Público português no controlo das cláusulas contratuais gerais abusivas**
JOÃO ALVES
- 137 **Coisas móveis duradouras: O regime das garantias no ordenamento jurídico português**
MÁRIO FROTA
- 167 **La autorregulación de la publicidad en España**
JOSÉ DOMINGO GÓMEZ CASTALLO

- 187 **Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças:
Questões éticas e legais**

TAMARA AMOROSO GONÇALVES

- 209 **Productos milagro: Las pulseras del equilibrio y su pretendida
finalidad sanitaria**

M^a NIEVES PACHECO JIMÉNEZ

LEGISLAÇÃO

- 229 **Directiva dos Direitos dos Consumidores**

Aprovada pelo Parlamento Europeu e Conselho (aguardando publicação)

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 279 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**

Relator: Vladimir Abreu da Silva

- 282 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**

Relator: João Maria Lós

- 288 **Ementário**

Decisões do TJ/RS e TJ/MG

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 293 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)**

Relator: J. Malenovský

- 303 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**

Relator: Gabriel Catarino

EM DESTAQUE

- 319 **Carta de João Pessoa**

EDITORIAL

SOB O SIGNO DA MUDANÇA

O direito do consumo na União Europeia tanto quanto o direito do consumidor no Brasil estão sob o signo da mudança.

O direito do consumo, na Europa dos 27, viu aprovar-se a Directiva dos Direitos dos Consumidores, ainda que sob forma contida: a revisão do acervo não atingiu as proporções inicialmente previstas que redundariam, afinal, em quebra manifesta da Carta de Direitos do Consumidor Europeu.

A directiva, aprovada pelo Parlamento Europeu a 23 de junho pretérito, não foi ainda publicada no Jornal Oficial da União, ao menos no momento em que o editorial se esboça, cerca de finais de outubro.

O direito do consumidor, no Brasil, vive um período de oportuna adaptação aos tempos: pendem, por ora, de discussão pública três anteprojetos que visam atualizar o Código de Defesa do Consumidor em domínios fundamentais. A saber: comércio electrónico, crédito ao consumidor e tratamento do superendividamento e ação coletiva, conquanto se anuncie também um reforço da tutela administrativa que incumbe preferencialmente aos PROCONs.

A despeito da controvérsia que se vem gerando em torno da oportunidade da atualização do ordenamento jurídico do consumidor e dos meios para o efeito adotados, a tantos se afigura oportuno o ensejo para o reforço da disciplina jurídica nos segmentos de que se trata.

Há fundados receios de que se aproveite a ocasião quer para a subversão do processo de intervenção legislativa quer para a degradação ou descaracterização do quadro atual, tal como se oferece aos consumidores desde que em 1990 o Código veio a lume.

A comissão nomeada pelo Senado, a que preside Herman Benjamin, tem, ao menos, a garantia de que se não operará qualquer redução de direitos. Ponto é que a garantia se não converta em falácia...

O fato é que o passo subsequente, após as audiências públicas que se efetuaram em determinados Estados e em comunhão com distintos estratos do universo jurídico, é o da apresentação dos projetos que consideram as observações suscitadas no decurso das audiências. Crê-se que até finais de outubro os projetos se hajam depositado no Senado para que o *iter* legislativo se cumpra.

Muito se tem insistido na tónica de uma mera atualização, que não de revisão ou reforma do Código de Defesa do Consumidor, já que o que se pretende consagrar escapava ao mais hábil dos legisladores porque fruto de uma evolução tecnológica não perscrutável no momento em que o Código se debateu e veio a ser promulgado.

Com efeito, o comércio eletrónico, em si, não ensaiara ainda os primeiros passos. Daí que se não tornasse viável a previsão normativa, como ocorreu ulteriormente na União Europeia, com instrumentos datados de 1997 (contratos à distância em geral), 2000 (enquadramento normativo do comércio electrónico em geral) e 2002 (enquadramento dos contratos de serviço financeiro à distância em especial).

Outro tanto se não afirme no que tange ao contrato de crédito e ao seu regime. Ao tempo, a Comunidade Económica Europeia já em 1986 disciplinara o contrato de que se trata. Tanto assim é que a primitiva Directiva – a 87/102 –, remonta a 22 de dezembro de 1986, passando a reger tais relações com inusitada procura no mercado de serviços financeiros.

Não se olvide que, em termos exploratórios, já em 1988, antes ainda da publicação da Constituição-Cidadã, o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor dava os primeiros passos com os Congressos Internacionais e os Seminários, para além de eventos outros, que, sob a égide da AIDC – Associação Internacional de Direito do Consumo, cuja fundação se nos deve e a cuja direção presidíamos, se realizaram de modo pleno no Brasil, com o decisivo empenho de António Herman Benjamin.

O acervo normativo da Comunidade Económica Europeia serviu de guia e padrão ao anteprojeto do Código a cuja Comissão presidira Ada Pellegrini Grinover. E daí que se estranhe, apesar do envolvimento pessoal do autor destas linhas nos trabalhos então encetados, o fato de não haver sido contemplada a matéria. Já não no que tange ao superendividamento que não assumia, à época, os contornos que vieram a verificar-se ulteriormente. Nem sequer haveria, ao tempo, na Europa, preocupações desmesuradas com domínio tal, que só mais tarde assumiria expressão de relevo, sem que, porém, a União Europeia ousasse enfrentar causas e consequências, legislando nesse particular.

Já os aspectos inerentes à ação coletiva, no Brasil, são fruto de uma interessante experiência que força é aproveitar em extensão e profundidade, a fim de se introduzirem os mecanismos que a tornem mais ágil e efetiva, na tutela que visa dispensar a interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Donde, o seu manifesto interesse, que se não permitirá malbaratar...

Quanto se prenda com as atribuições e competências dos PROCONs talvez possa ser objeto de lei avulsa, que assegure, afinal, a órgãos que, quantas vezes, revelam as suas fragilidades funcionais, mas se tornam imprescindíveis como aliados preferenciais dos consumidores quando em causa arbitrariedades, iniquidades e prepotências protagonizadas pelo empresariado no seio do mercado de consumo, os poderes indispensáveis para escrupuloso cumprimento da sua carta de missão.

No presente número da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* colaboradores nossos – os doutores Guilherme Martins, do Ministério Público do Rio de Janeiro, e Felipe Boring, da Defensoria Pública do Rio de Janeiro – analisarão criticamente os anteprojetos do comércio electrónico e o da ação coletiva, respectivamente.

Na edição de março de 2012 haverá oportunidade de se fazer algo de análogo em relação ao contrato de crédito ao consumo, pela pena do doutor Werson Rêgo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e membro do Conselho Editorial/Brasil da Revista, e, no que tange ao tratamento do superendividamento, pelas mestras Clarissa Costa de Lima e Karen Bertoncello, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo contributo para o modelo consagrado é relevante pela experiência que no terreno desenvolveram, no âmbito da sua circunscrição judiciária e com repercussões já Brasil a fora.

O diálogo que se travar que o seja com elevação, a fim de que o enorme pecúlio arrecadado ao longo de uma vintena de anos se não malbarate e se estime sempre que o que se pretende é o sumo bem dos cidadãos-consumidores, que se reveem no texto editado em 1990, como uma autêntica carta de alforria, num resgate notável da sua própria dignidade perante o mercado de consumo...

Afigura-se-nos, contudo, que ante as vozes que se erguem contra a metodologia adotada, outras soluções se poderiam descortinar. Ponto é saber se os espíritos se acham preparados para uma distinta realidade, a exigir soluções outras, como a da edição de um Código de Contratos de Consumo, que o vimos sustentando na Europa e, em particular, em Portugal. Sem sucesso, porém.

A problemática dos contratos é nuclear. As inúmeras espécies típicas, consideradas na Europa, poderiam oferecer ampla base de reflexão ao Brasil. Só que na Europa, mediante directivas, cuja transposição se impõe em cada um dos ordenamentos dos Estados-membros da União Europeia, os contratos de consumo são disciplinados de modo avulso. E a pretensão que

vimos deduzindo é que se consolide em um só texto, numa sorte de Código-compilação, toda a disciplina contratual, expurgando-se dos sucessivos diplomas legais as disposições que se repetem em cada um deles, de molde a transformarem-se em título ou capítulo autónomo com regras comuns a todas as espécies contratuais.

E, depois, à semelhança do que ocorre com códigos outros, o regime jurídico de cada um dos contratos típicos com regras pertinentes à sua formação, modificações e extinção, com cada uma das modalidades a sobressair para oferecer o maior número de garantias aos consumidores e de segurança ao mercado.

Numa tentativa de se estudar cada uma das espécies contratuais de modo integrado, prepara-se já, aliás, para abril, na Paraíba, sob os auspícios do Ministério Público, com a cooperação da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo – e a energia contagiante de Francisco Glauberto Bezerra, Curador do Consumidor da Paraíba, o II Congresso Internacional de Direito do Consumidor, que, sob a temática “Dos Contratos de Consumo em Especial”, versará só algumas das espécies, pela exiguidade do tempo, num interessante exercício metodológico, como segue:

1. Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo
2. Da Comunicação e das Práticas Comerciais
3. Das Condições Gerais dos Contratos e Das Cláusulas Abusivas
4. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: a prestação dos cuidados de saúde
5. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: a prestação de serviços educacionais
6. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: a água
7. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: a energia eléctrica
8. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: as comunicações electrónicas
9. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: as rodovias
10. Dos Contratos de Serviços Públicos Essenciais: os transportes públicos
11. Dos Contratos Fora de Estabelecimento
12. Dos Contratos Electrónicos (modalidade dos contratos à distância)
13. Dos Contratos de Mediação Imobiliária
14. Dos Contratos de Promoção Imobiliária
15. Dos Contratos de Crédito ao Consumidor
16. Dos Contratos de Seguro de Saúde
17. Dos Contratos de Transporte Aéreo

18. Dos Contratos de Viagens Turísticas

19. Dos Contratos de Habitação Turística e Outros Produtos de Férias e Lazer (Time-Share)

20. Dos Contratos de Serviços Funerários.

E não vale deixar ao livre alvedrio da judicatura a apreciação dos conflitos suscitados no quadro de tais espécies típicas, que carecem, como sucede na Europa, de um regramento próprio, já que os contratos civis ou empresarias se fundam na autonomia da vontade e em regras supletivas que o legislador consagra, ao passo que neste particular é de normas injuntivas que se trata, que não de regras que as partes possam afastar por apelo à autonomia da vontade e suas refrações na esfera própria dos consumidores.

Contemple-se a obra legislativa da União Europeia e concluir-se-á que é indispensável estabelecer um regime próprio para cada uma das espécies sob análise. O importante é que o direito do consumo não estagne. O Brasil e a União Europeia revelam que há que oferecer, com maior ou menor cadência, resposta às iniciativas desafiantes dos mercados.

No número com que se inaugurará o segundo ano da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* – o 5, de março de 2012 – expender-se-á considerações em torno do novel direito europeu, na reduzida expressão decorrente da Directiva dos Direitos dos Consumidores, tal como aprovada em 23 de junho pretérito, em que, em rigor só duas espécies contratuais foram alvo de uma profunda reforma: a dos contratos ao domicílio ou fora de estabelecimento e os contratos à distância, em que se incluem os contratos eletrónicos.

O tempo é, pois, de mudança. O tempo é de profunda reflexão.

Para que se consigne – em dádiva aos consumidores – um catálogo de direitos digno do momento que passa, qualquer que seja a latitude que lhe sirva de abrigo...

Brasil, Campina Grande, outubro de 2011

Mário Frota
Presidente do Conselho Diretor



A REFORMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

E O COMÉRCIO ELETRÔNICO:
UMA VISÃO CRÍTICA DO ANTEPROJETO

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS
Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro
Professor adjunto de Direito Civil da
Faculdade Nacional de Direito (UFRJ)
Doutor e mestre em Direito Civil (UERJ)

EXCERTOS

“A nova linguagem visual, fluida, rápida, agressiva, pseudoindividual e massificada dos negócios jurídicos de consumo à distância pela internet propõe desafios sérios para o direito privado, em especial para o direito do consumidor e o seu paradigma de boa-fé”

“Existe na internet uma rede visível e uma rede invisível, desconhecida para o usuário, porque consiste em acordos entre servidores e provedores, utilizando diversos meios técnicos, dentre os quais os cookies”

“O adquirente, ao basear sua manifestação de vontade em simples imagens ou descrições, corre o risco de receber um objeto que não corresponda exatamente às suas expectativas”

“Igualmente seria merecedora de encômios a previsão expressa da responsabilidade objetiva do certificador, definido como o órgão público ou privado destinado à emissão de certificados que contêm informações acerca de algum fato ou circunstância relativa ao respectivo sujeito”

“Em tempos de direito penal mínimo, questiona-se a possível efetividade da regra projetada, considerando o volume e a rapidez do intercâmbio de dados pessoais na internet, à margem do controle de qualquer órgão público ou privado”

1. INTRODUÇÃO

O movimento de atualização cirúrgica¹ do Código de Defesa do Consumidor, por meio da equipe de juristas instalada no Senado Federal a partir de 7 de dezembro de 2010, sob a presidência do ministro Herman Benjamin, certamente dará àquele diploma legal, 21 anos após a sua promulgação, um novo sopro de vida².

No entanto, algumas questões merecem reflexão nesta fase de discussões do anteprojeto apresentado ao Senado Federal, que deve passar por alguns ajustes, inclusive à luz das propostas formuladas pela sociedade civil nas audiências públicas realizadas pela comissão de juristas em diversas cidades brasileiras.

Trata-se de uma oportunidade única para finalmente regulamentar o comércio eletrônico, paralelamente aos projetos de lei que “dormem” apensados no Congresso Nacional há mais de doze anos, e provavelmente não serão aprovados. Merece especial destaque o Projeto 1.589/99, cujo anteprojeto foi elaborado pela Comissão de Direito da Informática da OAB-SP, trazendo forte influência da lei modelo da Uncitral (Comissão de Direito do Comércio Internacional da ONU) de 1996.

Lado a lado com a reforma do Código de Defesa do Consumidor, – numa espécie de “diálogo das fontes” no tocante à definição dos direitos e responsabilidades dos cidadãos, empresas e governo na web –, passou por uma fase de elaboração, de maneira participativa, aberta a sugestões do público em geral, a minuta preliminar do anteprojeto do Marco Civil da Internet, cujo conteúdo foi submetido à discussão pública no site culturadigital.br/marcocivil/.

A iniciativa do anteprojeto do Marco Civil coube ao Ministério da Justiça, em parceria com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Centro de Tecnologia e a Sociedade da Informação, da fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, tendo o debate público ocorrido até 31 de março de 2011. O projeto já foi apresentado definitivamente ao legislativo³.

Seu objetivo⁴ é instituir no Brasil o primeiro marco regulatório da privacidade e tratamento de dados pessoais, sendo estes entendidos como “qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável, direta ou indiretamente, incluindo todo endereço ou número de identificação de um terminal utilizado para conexão a uma rede de computadores”.

Consoante o anteprojeto, salvo exceções especificamente previstas, o tratamento de dados pessoais somente pode ser realizado mediante

consentimento livre, expresso e informado do titular, revogável a qualquer momento, que poderá ser dado por escrito ou por outro meio que o certifique, após a notificação prévia deste.

A opção da comissão presidida pelo ministro Herman Benjamin certamente foi a de uma regulamentação principiológica, baseada no uso da técnica das cláusulas gerais, evitando o casuísmo imperante nos Projetos de Lei 1.589/99, 1.483/99 e 4.906-A/01⁵.

O tratamento de dados pessoais somente pode ser realizado mediante consentimento livre, expresso e informado do titular, revogável a qualquer momento

consolidações de leis setoriais, que promoviam a defesa do consumidor em segmentos mercadológicos distintos. *A fragmentação pode desencadear reações patrocinadas por lobbies, com a edição de leis posteriores que simplesmente revoguem disposições particularistas do Código de Defesa do Consumidor*” (g. n.).⁶

A reforma, nas palavras de Adalberto Pasqualotto, deve levar em conta a preservação do modelo, com o cuidado de não descer a particularismos que descaracterizem o Código de Defesa do Consumidor como *guarda-chuva*, visto que

“O risco em causa é o da fragmentação, estabelecendo padrões de proteção diversificados, conforme a relação jurídica, fazendo o caminho inverso de algumas legislações, como a francesa e a italiana, cujos Códigos são, na verdade,

2. OBSERVAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O TEXTO DO ANTEPROJETO

Num primeiro momento, será feita uma abordagem crítica, artigo a artigo, do anteprojeto da reforma do Código de Defesa do Consumidor acerca do comércio eletrônico. Em seguida, serão enfrentadas as principais questões que injustificadamente ficaram de fora do anteprojeto, não obstante sua importância para o tema.

Conforme a hipótese de trabalho defendida pela professora Claudia Lima Marques, a nova linguagem visual, fluida, rápida, agressiva, pseudoindividual e massificada dos negócios jurídicos de consumo à distância pela internet propõe desafios sérios para o direito privado, em especial para o direito do consumidor e o seu paradigma de *boa-fé*⁷.

A opção principiológica do legislador fica clara na redação proposta aos

parágrafos do artigo 1º, que, embora de boa técnica, contempla temática estranha ao comércio eletrônico:

“Art. 1º (...)

§ 1º As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor.

§ 2º O Poder Judiciário, no âmbito do processo em curso, e a administração pública devem assegurar a efetividade das normas de defesa do consumidor, conhecendo de ofício a sua violação. (NR)”

O artigo 5º do anteprojeto acrescenta quatro novos incisos ao rol dos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo:

“(…)

VI – cadastro de bloqueio de recebimento de oferta ou comunicação telefônica, eletrônica ou de dados;

VII – prevenção e tratamento do superendividamento e a proteção do consumidor pessoa física de boa-fé, visando garantir o mínimo existencial;

VIII – conhecimento de ofício pelo Poder Judiciário, no âmbito do processo em curso, e pela Administração Pública de violação a normas de defesa do consumidor;

IX – interpretação e integração das normas da maneira mais favorável ao consumidor.

(...). (NR)”

O único inciso que soa pertinente à matéria é o VI, que prevê, em relação às comunicações comerciais recebidas pelos consumidores, um sistema de proteção baseado no *opt-out*, que somente proíbe as mensagens não solicitadas no caso de o usuário manifestar-se expressamente em sentido contrário⁸. Trata-se de uma importante garantia à disposição do consumidor, que poderá escolhê-la dentro de sua conveniência, ante as peculiaridades da contratação eletrônica de consumo na internet.

No entanto, os incisos VII, VIII e IX se afiguram fora de contexto, encontrando mais afinidade com a regulamentação específica do superendividamento (VII) ou contendo normas gerais sobre a aplicação e interpretação das normas de direito do consumidor (incisos VII a IX).

A redação projetada do artigo 6º, que institui novos direitos básicos do consumidor, é a seguinte:

“Art. 6º (...)

XI – a segurança e a privacidade de comunicação, oferta, cadastro ou qualquer operação por meio eletrônico, preservada a confidencialidade das informações e dados prestados ou coletados;

XII – a inscrição em cadastro de bloqueio de recebimento de oferta ou comunicação telefônica, eletrônica ou de dados;

XIII – a garantia de práticas de crédito responsável, prevenção e tratamento das situações de superendividamento do consumidor pessoa física;

XIV – a prevenção do superendividamento e proteção do consumidor pessoa física de boa-fé, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, dentre outras medidas;

XV – a confirmação pelo fornecedor de recebimento da manifestação do consumidor de aceitação da oferta, inclusive eletrônica, de produtos ou serviços.”

O artigo 6º, XII repete desnecessariamente o inciso V dos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo, lançando dúvidas sobre a natureza do cadastro de bloqueio de recebimento de oferta ou comunicação, tratado de maneira genérica e vaga. Não obstante isso, novos problemas que desafiam os operadores do direito, como a computação em nuvem ou as compras coletivas, a lançar novos riscos sobre a confiança dos consumidores no comércio eletrônico.

O mesmo artigo 6º, em seu inciso XI, tutela “a segurança e a privacidade de comunicação, oferta, cadastro ou qualquer operação por meio eletrônico, preservada a confidencialidade das informações e dados prestados ou coletados”.

Trata-se de mais uma norma principiológica, traduzindo a técnica adotada predominantemente pelo anteprojeto, que apresenta vantagens, dada a rapidez da evolução tecnológica, embora falte, quanto a certos aspectos específicos, uma abordagem mais pontual, pois, como alerta Ricardo Lorenzetti, existe na internet uma rede visível e uma rede invisível, desconhecida para o usuário, porque consiste em acordos entre servidores e provedores, utilizando diversos meios técnicos, dentre os quais os *cookies*⁹.

Os incisos XIII e XIV igualmente se mostram fora de lugar, traduzindo uma maior afinidade com a regulamentação do superendividamento, que caberá a outro anteprojeto específico.

O inciso XV, embora trazendo norma de grande importância para a tutela da segurança dos consumidores, do ponto de vista probatório, deixou de se posicionar sobre o momento da formação dos contratos eletrônicos de consumo entre pessoas ausentes, matéria igualmente objeto da omissão do legislador por ocasião da aprovação do Código Civil de 2002. A verificação do momento em que o contrato se considera formado é matéria da maior importância, inclusive para fins de exercício do direito de arrependimento, considerada ainda a importância da forma como garantia ou instrumento de

informação e transparência, marcada pelo caráter não apenas de proteção, mas sobretudo pedagógico, em relação ao contratante vulnerável¹⁰.

Como já defendemos noutra oportunidade, a oferta via e-mail não se equipara à oferta postal convencional, regida pela teoria da expedição (art. 434 do Código Civil), visto que “a comunicação entre as partes se dá por meio dos provedores de acesso, tanto o do proponente como o do aceitante, não havendo sequer (...) garantia acerca de quando ou se o e-mail alcançará o seu destino”¹¹.

Em 2004, o Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado 173, de iniciativa do autor deste artigo, em cujos termos “a formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente”.

A verificação do momento em que o contrato se considera formado é matéria da maior importância, inclusive para fins de exercício do direito de arrependimento

A teoria da recepção mostra-se mais benéfica ao consumidor, observado seu direito básico à segurança (art. 6º, I, CDC) no fornecimento de produtos e serviços, haja vista os riscos inerentes ao meio. Não se trata de uma questão meramente probatória, mas de uma garantia decorrente das expectativas legítimas ensejadas pela boa-fé objetiva, protraindo a conclusão do contrato até a chegada da resposta positiva ao proponente, conforme adotado pelo art. 15 da lei modelo da

Uncitral e pelo art. 11 da Diretiva CEE 31/2000.

A Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias dispõe igualmente no sentido de que o contrato se perfectibiliza no momento em que surte efeito a aceitação da oferta, o que sucede no momento em que a declaração de assentimento chega ao ofertante (arts. 23 e 18.2). Os princípios da Unidroit igualmente estabelecem que a aceitação da oferta produz efeitos quando a manifestação de assentimento chegar ao ofertante (art. 2.6) e “a comunicação surtirá efeitos quando chegue à pessoa para a qual foi direcionada (art. 1.9)”¹².

O anteprojeto igualmente acrescenta um novo § 2º ao artigo 7º:

“Art. 7º (...)

§ 1º (...)

§ 2º *Aplica-se ao consumidor a norma mais favorável ao exercício de seus direitos e pretensões. (NR)”*

A redação original do art. 7º, que já permite a identificação de outros

A imposição de obrigações de fazer e não fazer implica uma tendência de despatrimonialização da responsabilidade civil

direitos básicos dos consumidores além daqueles ali expressamente consagrados, é acrescida de uma importante fonte de integração, por meio da aplicabilidade da norma mais favorável ao consumidor. Questiona-se apenas a pertinência da inclusão desse parágrafo, que contém norma principiológica, de caráter geral, em um anteprojeto sobre o comércio eletrônico.

Já a alteração trazida ao artigo 33 vem em boa hora, dada a insuficiência da redação original daquele dispositivo, relativo às vendas ou ofertas por telefone ou reembolso postal, em face dos novos problemas trazidos pela contratação eletrônica de consumo na internet. A redação¹³ passa a ser a seguinte:

“(…)

Art. 33. Em caso de fornecimento a distância, devem constar o nome do fabricante e seus endereços geográfico e eletrônico na embalagem, publicidade e em todos os impressos e publicações de qualquer natureza utilizados.

§ 1º Por fornecimento a distância entende-se a oferta, contratação, execução ou disponibilização de produtos ou serviços fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou assemelhado.

§ 2º É proibida a oferta, publicitária ou não, de produtos e serviços por telefone ou meio similar, quando a comunicação for onerosa ao consumidor.

§ 3º Na oferta realizada por meio eletrônico devem constar em local de destaque e de fácil visualização:

I – o nome empresarial do fornecedor e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda;

II – resumo informativo sobre a segurança oferecida;

III – o endereço geográfico e o eletrônico do fornecedor para recebimento de comunicações, bem como de notificações judiciais ou extrajudiciais;

IV – o número de telefone e o endereço de correio eletrônico e da página na internet ou em outra rede de dados, disponíveis para o serviço de atendimento ao consumidor;

V – o nome e o endereço geográfico e eletrônico dos provedores de hospedagem e de conexão utilizados pelo fornecedor;

VI – a opção de bloqueio permanente e imediato de novas comunicações do fornecedor.

§ 4º Sem prejuízo do disposto no art. 31, o fornecedor deve manter disponíveis, entre outras, as seguintes informações, desde o momento da oferta e até o término

do prazo de arrependimento:

- I – características essenciais do produto ou do serviço;*
- II – preço total do produto ou do serviço, incluindo a discriminação de eventuais despesas de entrega, seguro e quaisquer outras;*
- III – modalidades de pagamento, execução, disponibilidade ou entrega;*
- IV – indicação da data e horário em que foi anunciada a oferta e em que ela foi aceita;*

V – prazo e dados de contato para o exercício do direito de arrependimento, não inferior ao previsto no art. 49;

VI – prazo mínimo de validade da oferta, inclusive do preço;

VII – data da entrega do produto ou da execução do serviço.

§ 5º Efetivada a contratação a distância, o consumidor deve receber:

I – a confirmação imediata do recebimento de sua aceitação, inclusive em meio eletrônico, quando a oferta tenha sido veiculada desta forma;

II – os termos do contrato em suporte duradouro, assim entendido como qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que permita ao consumidor, durante período adequado de tempo, acesso fácil às informações disponíveis e a sua reprodução.

§ 6º O fornecedor deve assegurar ao consumidor oportunidade e meios razoáveis para retificação de dados cadastrais ou da aceitação da oferta, e manter disponível a informação respectiva. (NR)

(...).”

A redação proposta para o art. 33 revela grande influência da Diretiva CEE 31/2000 acerca do comércio eletrônico, levando em conta que a celebração de contratos à distância por meio da rede internacional de telecomunicações traz consigo diversos inconvenientes, entre os quais podem ser arrolados, segundo Calais-Auloy e Steinmetz, os seguintes: (a) o fato de os consumidores estarem sujeitos a solicitações repetidas por parte de certos fornecedores, mediante técnicas agressivas de contratação, de modo a constituir uma intromissão na sua vida privada; (b) o adquirente, ao basear sua manifestação de vontade em simples imagens ou descrições, corre o risco de receber um objeto que não corresponda exatamente às suas expectativas; (c) a possível dificuldade, para o adquirente do produto ou do serviço, de fazer valer seus direitos em face de um vendedor à distância, em caso de defeito do objeto¹⁴.

Trata-se de deveres de informação especializados pelo meio, vinculando-se não somente ao produto ou serviço ofertado em ambiente de internet, mas também aos aspectos de segurança que envolvam a operação como um todo, devendo ser obrigatoriamente prestados. Destacam-se especialmente (art. 33,

§ 4º) a indicação da data e horário em que foi anunciada a oferta e em que ela foi aceita e o prazo mínimo de validade da oferta, inclusive do preço (art. 33, § 5º), de modo a evitar uma possível retirada abrupta do ar.

Embora preveja o dever de confirmação imediata da aceitação (art. 33, § 5º, I), o anteprojeto perdeu mais uma oportunidade de se pronunciar sobre o momento da formação dos contratos eletrônicos entre ausentes, questão da maior relevância.

Porém, o artigo 33, § 5º, II, prevê o importante dever, a cargo do fornecedor, de, como concretização da boa-fé objetiva, possibilitar ao consumidor arquivar e perenizar os termos do contrato em suporte duradouro. Trata-se de importante aspecto do dever de informação a cargo dos fornecedores, contribuindo para um justo equilíbrio entre as partes, em virtude da concentração tecnológica e informacional que normalmente ocorre em favor do fornecedor. O tempo deve ser um aliado do consumidor, a quem devem ser dadas todas as oportunidades para refletir e corrigir eventuais erros, consoante assegurado expressamente no artigo 33, § 6º.

O artigo 39, a seu turno, tipifica duas novas modalidades de práticas abusivas:

(...) XIV – ofertar produto ou serviço ou enviar comunicação a consumidor inscrito em cadastro de bloqueio de recebimento de oferta ou comunicação telefônica, eletrônica ou de dados;

XV – veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados ou informações pessoais ou identificadores de consumidores sem a sua expressa autorização e consentimento informado, salvo regular alimentação de banco ou cadastro destinado à proteção ao crédito;

(...).”

Ambas as cominações se mostram necessárias, face aos métodos de oferta e publicidade agressivos frequentemente empregados pelos fornecedores, ameaçando a privacidade dos consumidores, traduzida na ideia de autodeterminação informativa, incluindo a faculdade do indivíduo de dispor e revelar dados referentes à sua vida privada em todas as fases da elaboração e uso daquelas informações, abrangendo sua acumulação, transmissão, modificação e cancelamento¹⁵.

No entanto, tendo em vista a técnica das cláusulas gerais escolhida pelo anteprojeto, indaga-se a razão da ausência de uma menção expressa a outros incidentes de segurança igualmente importantes, como os *cookies*, além dos códigos maliciosos (*malware*), como os cavalos de troia ou os *spywares*, que

poderão inclusive implicar o acesso remoto ao computador ou sistema do usuário, levando até mesmo à perda do controle do equipamento pelo seu titular¹⁶.

O exercício do direito de arrependimento na contratação eletrônica é contemplado especialmente na nova redação dada ao art. 49 do Código de Defesa do Consumidor:

“(…)

Art. 49. No fornecimento a distância, o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço.

No caso das relações originadas via internet, os instrumentos do direito tradicional e codificado mostram-se mais uma vez insuficientes

§ 1º Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores pagos a qualquer título durante o prazo de reflexão deverão ser imediatamente devolvidos, monetariamente atualizados.

§ 2º Na hipótese de exercício do direito de arrependimento ou de fraude, o fornecedor do produto ou serviço, a instituição financeira e a administradora do cartão de crédito são solidariamente responsáveis por:

I – estornar imediatamente o valor;

II – efetivar o estorno na próxima fatura, caso o valor já tenha sido total ou parcialmente pago no momento da manifestação do arrependimento.

§ 3º Em caso de inobservância do disposto no § 2º deste artigo, o valor pago será devolvido em dobro.

§ 4º O fornecedor deve manter disponível de forma clara e ostensiva a informação sobre o meio de comunicação hábil para exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 5º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e automática do recebimento da manifestação de arrependimento.

§ 6º É obrigação do fornecedor:

I – manter disponível serviço de atendimento por telefone ou meio eletrônico, que possibilite ao consumidor enviar e receber comunicações, inclusive notificações, pedidos de informação, reclamação e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos;

II – confirmar imediatamente o recebimento de comunicações enviadas ou recebidas, utilizando o mesmo meio empregado pelo consumidor e outros que devam razoavelmente ser empregados.

§ 7º O descumprimento dos deveres do fornecedor previstos neste artigo enseja a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos ocasionados aos consumidores. (NR)”

O artigo 49 mantém o prazo de reflexão de sete dias previsto para os demais casos de contratação à distância, na contramão da Diretiva 65/2002 da Comunidade Econômica Europeia, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros, que contempla um prazo de 14 dias¹⁷.

Revela-se de especial importância o artigo 49, § 2º, ao estabelecer a responsabilidade solidária entre o fornecedor do produto ou serviço, a instituição financeira e a administradora do cartão de crédito, cabendo-lhes,

Em uma sociedade de massa, nada mais justo que a pulverização dos eventuais custos no preço dos contratos de publicidade

pelo anteprojeto.

Da mesma forma, a multa civil contemplada no § 7º aparece como importante meio assecuratório do cumprimento das obrigações de fazer assumidas pelo fornecedor em virtude do direito de arrependimento.

A norma mais interessante de todo o anteprojeto, a nosso ver, é o artigo 56, que estabelece uma nova sanção administrativa consistente na suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico:

“Art. 56. (...)

XIII – suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico. (...). (NR)”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em importante decisão, da lavra da desembargadora Helda Lima Meirelles (15a. Câmara Cível, agravo de instrumento 0008595-03.2011.8.19.0000, 24.02.2011), em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, suspendeu a venda de qualquer produto através do *site* www.americanas.com no Estado do Rio de Janeiro, até que fossem feitas todas as entregas atrasadas, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00¹⁸. A partir de agora, os PROCONs de todo o Brasil, que já vêm aplicando tal sanção

consistente no bloqueio *online*, passam a ter respaldo legal para tanto.

Trata-se, sem dúvida, da mais relevante inovação trazida pelo anteprojeto, calcada na preocupação da principiologia do Direito Civil-Constitucional, que encontra seu sentido e razão na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição da República). Seu objetivo é, mais do que evitar que as vítimas fiquem irressarcidas, garantir o direito de alguém não mais ser vítima de danos.

Esse caráter de prevenção na ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, paralelamente ao espaço já ocupado pela reparação dos danos já ocorridos, cujo monopólio deixa de existir¹⁹.

Desponta, assim, o princípio da precaução, voltado à eliminação prévia (anterior à produção do dano) dos riscos da lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, impondo deveres aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, o que pressupõe também uma fiscalização eficiente pelo poder público. É necessário, no caso da suspensão temporária ou proibição da oferta no comércio eletrônico, viabilizar os meios técnicos para a efetividade da medida.

A imposição de obrigações de fazer e não fazer, já contemplada no artigo 84 e seus parágrafos da Lei 8.078/90, sem prejuízo da previsão do Código Civil, art. 247 e seguintes, com forte influência do Código de Processo Civil (artigo 461 e seus parágrafos), implica uma tendência de despatrimonialização da responsabilidade civil, concretizando a proteção dos consumidores como garantia fundamental e princípio geral da ordem econômica (artigos 5º, XXXII e 170, V da Constituição da República).

Com vistas à concretização da nova sanção administrativa do artigo 56, XIII do anteprojeto, é acrescentado um novo parágrafo ao artigo 59:

“Art. 59. (...)

§ 4º Para garantir efetividade da pena de suspensão ou de proibição de oferta e de comércio eletrônico, a autoridade administrativa notificará os provedores de serviços de conexão, hospedagem ou de informações, conforme o caso, a fim de que, no prazo máximo de quarenta e oito horas, excluam a conexão, hospedagem ou informações durante o período da sanção, sob pena de pagamento de multa diária. (NR)”

O anteprojeto optou ainda por criminalizar conduta idêntica à nova prática abusiva contemplada no artigo 39, XIV:

“Art. 72-A. Veicular, hospedar, exibir, alienar, utilizar, compartilhar, licenciar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados ou informações pessoais ou identificadores de consumidores sem a sua expressa autorização

e consentimento informado, salvo regular alimentação de bancos de dados ou cadastro destinado à proteção ao crédito;

Pena – detenção de seis meses a dois anos e multa.”

Em tempos de direito penal mínimo, questiona-se a possível efetividade da regra projetada, considerando o volume e a rapidez do intercâmbio de dados pessoais na internet, à margem do controle de qualquer órgão público ou privado.

Por fim, a proteção do consumidor nos contratos internacionais à distância é finalmente contemplada de maneira extremamente feliz no artigo 101 e seus parágrafos:

“Art. 101. (...)

§ 1º Na hipótese de fornecimento a distância, nacional ou internacional, em que o consumidor seja pessoa física:

I – a ação poderá ser proposta no foro do domicílio do consumidor;

II – são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem.

§ 2º Os contratos internacionais a distância em que o consumidor seja pessoa física serão regidos pela lei do seu domicílio ou pela norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça. (NR)”

Ocorre que, no caso das relações originadas via internet, os instrumentos do direito tradicional e codificado mostram-se mais uma vez insuficientes, haja vista que se mostra praticamente impossível determinar em qual território foram as mesmas levadas a efeito.

Por consequência, torna-se praticamente impossível determinar qual a legislação a ser aplicada aos casos concretos por meio das chamadas normas de conflito vigentes em matéria de direito internacional privado, que levam em consideração primordialmente o espaço geográfico, físico.

Ademais, a adoção, em todos os casos, da regra *locus regit actum* (art. 9º, *caput* e § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil) ocorreria em detrimento da garantia constitucional do livre acesso ao Judiciário por parte dos consumidores (art. 5º, XXXII e XXXV e 170, V, CR), além da tutela da sua proteção e segurança: “uma vez eleita a lei do domicílio do proponente – geralmente o fornecedor – necessariamente o consumidor se encontraria tolhido em seu direito ao efetivo acesso à justiça, já que uma demanda internacional seria por demais gravosa”²⁰.

Como o Código de Defesa do Consumidor determina que o proponente nos contratos de consumo é sempre o fornecedor (CDC, art. 30), teríamos sempre a prevalência do local da proposta (CC, 435) ou o local da residência

do fornecedor (LICC, art. 9º, § 2º) para reger a lei aplicável aos contratos eletrônicos à distância²¹.

A aplicação da lei e do foro do domicílio do fornecedor levaria à conclusão de que se estaria dando prevalência a regras de mercado, em contraposição ao direito fundamental do consumidor de se ver tutelado e protegido²².

Se a autonomia da vontade das partes é considerada hoje o mais importante critério de conexão no direito internacional, encontra ela um limite no que se refere às relações de consumo. A possibilidade de escolha da lei pelas partes, a autonomia de vontade, perde sentido, segundo Claudia Lima Marques, caso O tempo deve ser um aliado do consumidor, a quem devem ser dadas todas as oportunidades para refletir e corrigir eventuais erros

passa a atuar como instrumento de domínio dos mais fracos pelos mais fortes²³.

O artigo 5º da Convenção de Roma de 1980 sobre comércio internacional impõe certos limites de ordem pública, fundados na proteção do consumidor, em prevalência sobre a autonomia da vontade, que permite às partes a livre escolha da lei aplicável:

“artigo 5º contratos celebrados por consumidores

1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o consumidor, para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento.

2. *Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor privado da proteção 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, neste país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário, e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos 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 tenha deslocado desse país a um outro país e aí tenha feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objetivo de incitar o consumidor a comprar.

3. *Sem prejuízo do disposto no artigo 4º e na falta de escolha feita nos termos do art. 3º, esses contratos serão regulados pela lei do país em que o consumidor*

tiver sua escolha habitual, se se verificarem as circunstâncias referidas no nº 2 do presente artigo” (g.n.).

Portanto, a eleição pelas partes da lei aplicável não pode privar o consumidor da proteção que lhe outorgam as disposições imperativas da lei de sua residência habitual; embora, em linha de princípio, a convenção abranja apenas os contratos visando à venda de bens móveis corpóreos ou prestação de serviços, o autor espanhol Pedro Alberto de Miguel Asensio afirma que não

Efetivamente, parte da doutrina defende que o Código de Defesa do Consumidor deva ser aplicado a todos os contratos do consumidor com contatos suficientes no Brasil

pode ser excluído o *comércio eletrônico direto*, no qual o próprio bem é fornecido *online*, como na aquisição de *softwares*, imagens ou músicas²⁴.

Conclui Claudia Lima Marques:

reconhecido como direito fundamental pela Constituição da República de 1988 (art. 5º, XXXII) e lei de origem constitucional (art. 48 do ADCT), é bem possível que tais normas sejam consideradas ‘imperativas’, de ordem pública internacional ou leis de aplicação imediata, normas, pois, que se aplicam diretamente, neste último caso, mesmo antes das normas de DIPr. ou de colisão.

“Em matéria de contratos de consumo, há que considerar que o DIPr. brasileiro atualizou seus princípios. Assim, tratando-se de direito humano

(...) Efetivamente, parte da doutrina defende que o Código de Defesa do Consumidor deva ser aplicado a todos os contratos do consumidor com contatos suficientes no Brasil, enquanto uma regra imperativa internacional ou *lois d’application immediate*, o Código de Defesa do Consumidor deve fornecer padrões mínimos (e imperativos) à proteção dos consumidores passivos em todos os contratos à distância, contratos negociados no Brasil por nacionais ou estrangeiros, ou, quando o *marketing* ou a oferta forem feitos no Brasil, inclusive nos contratos eletrônicos com fornecedores com sede no exterior, como impõem o *Unfair Contract Terms Act*, de 1977, do Reino Unido, ou a lei alemã de 1976 (art. 12 e 29 da EGBGB), ou a lei portuguesa de 1985 (art. 33).”²⁵

3. DUAS SUGESTÕES

No âmbito das relações de consumo e dos contratos de adesão, como observam Gabriel Stiglitz e Ruben Stiglitz, “a ausência de entrega do instrumento ao consumidor é um abuso grosseiro”²⁶.

Além de informar ao consumidor as condições gerais do contrato, cabe ao fornecedor abster-se de promover uma *ordem abusiva de telas de negociação*, expressão usada por Cláudia Lima Marques:

“Assim, se o consumidor faz um ‘click’ para abrir o contrato, isso não pode ser interpretado como se ele estivesse aceitando a oferta, ou que o contrato se perfectibilizou. Deve ser possível ler o contrato e mesmo o imprimir, sem o concluir, pois o contrato é informação para o consumidor e é o direito de escolha deste último que está em jogo. O abuso da ‘ordem’ de impulsos eletrônicos, ou da ordem de telas abertas é justamente o de somente informar o conteúdo do contrato quando este já está aceito, ou de somente permitir baixá-lo (‘download’), quando o consumidor já se tornou contratante.”²⁷

Devido a situações como esta, o anteprojeto perdeu uma valiosa oportunidade ao prever a cláusula-surpresa, contemplada na versão original do art. 51, V do Código de Defesa do Consumidor, vetado à época pelo Presidente da República. A cláusula-surpresa aplicar-se-ia como uma luva às falhas no dever de informar por meio da contratação eletrônica de consumo na internet, considerando nulas as cláusulas que “(...) segundo as circunstâncias, e em particular, segundo a aparência geral do contrato, venham, após sua conclusão, a surpreender o consumidor”²⁸.

É verdade que a *cláusula-surpresa* continua proibida, por ser contrária à boa-fé objetiva e ao dever de informação do fornecedor, ofendendo o direito de informação adequada titularizado pelo consumidor e o sistema de proteção do CDC como um todo (art. 6º, III, art. 46 e art. 51, IV e XV)²⁹.

O veto ao mencionado dispositivo fundou-se em sua desnecessidade, por considerar que este reproduz, no essencial, o previsto no inciso IV³⁰, que prevê a cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo.

Nelson Nery Júnior concebe dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo, para a verificação da estipulação proibida:

“O pressuposto objetivo para a classificação de estipulação proibida pelo inciso comentado é de que a surpresa seja *extraordinária*, o que se certifica pela natureza do negócio jurídico que se está examinando, de acordo com as regras ordinárias e de lealdade que devem informar o comportamento dos contratantes. O requisito subjetivo é preenchido quando se constata a falta de

informação adequada ao consumidor sobre o conteúdo global do contrato.

Para considerar-se a estipulação como cláusula-surpresa, não basta que o contrato tenha conteúdo complicado ou complexo. É preciso que dele exsurja um efeito surpresa ou efeito de burla, que ocorra, por exemplo, por falta de esclarecimento adequado do consumidor sobre o conteúdo e consequências do contrato, tarefa a cargo do fornecedor (art. 46, CDC). Importará aqui, sobretudo, a experiência negocial e o estágio de conhecimento do consumidor, bem como o contexto da economia e o tipo de contrato.

Vários critérios podem ser utilizados na investigação da surpresa extraordinária trazida por uma cláusula do contrato de consumo. Uma regra prática de grande utilidade parece ser aquela que coloca a questão da seguinte forma. É preciso que se investigue: a) o que o consumidor esperava do contrato (expectativa); b) qual o conteúdo das cláusulas contestadas ou duvidosas. Se a discrepância entre a expectativa do consumidor e o conteúdo das cláusulas for tão grande, a ponto de justificar sua estupefação e desapontamento, a cláusula se caracteriza como surpresa.”³¹

Dentre as hipóteses de publicidade enganosa envolvendo a cláusula-surpresa, podem ser destacadas a oferta de produtos por preços que não serão praticados, ou ainda a imposição de mensagem publicitária, quando a oferta é exibida na tela do computador do usuário sem que este tenha buscado ou acesso, ou nos casos de obstrução de saída, insinceridade de *link* e trancamento do fluxo natural de navegação ou leitura³².

Outra questão de alta relevância que deveria ter sido enfrentada no anteprojeto é a da responsabilidade dos intermediários do comércio eletrônico, em especial o provedor de conteúdo e de hospedagem³³.

A matéria foi apreciada na proposta de anteprojeto de reforma do Código do Consumidor sobre comércio eletrônico apresentada pelo Instituto dos Advogados do Brasil, da qual participamos, em conjunto com o advogado Vitor Sardas e os professores Newton de Lucca e José de Oliveira Ascensão, introduzindo a seguinte redação ao artigo 15:

“Art. 15. Nos contratos formados por meio eletrônico, o prestador do serviço de armazenagem em servidor de rede de computadores é, nos termos do parágrafo único do art. 7º deste Código, solidariamente responsável ao fornecedor de produto ou serviço se:

a – for remunerado, ainda que indiretamente, pelo fornecedor do produto ou do serviço;

b – tiver conhecimento da ilicitude de informação que provê e não a retirar;

c – impossibilitar o acesso ao conhecimento da ilicitude.

Parágrafo único. O fornecedor, para os fins da alínea 'b', disponibilizará, por meio eletrônico, o espaço para sua notificação, cuja conservação pelo consumidor deverá viabilizar tecnicamente."

Há uma intensa controvérsia acerca do tema na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em matéria de conteúdos ofensivos via Orkut, causa preocupação um recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da ministra Fátima Nancy Andriighi, que sempre se destacou em seus votos pela concretização do direito do consumidor como direito fundamental.

Trata-se do Recurso Especial 1.193.764, da 3a. turma, julgado em 14 de dezembro de 2010³⁴, que deixou de responsabilizar o provedor, por considerar que, não obstante a indiscutível existência de relação de consumo

Conclui-se ser objetiva a responsabilidade pelo fato do serviço do detentor do site em que se encontram os links que contém dados sensíveis dos usuários

no serviço prestado por intermédio do Orkut, a responsabilidade do Google deve ficar restrita à natureza da atividade por ele desenvolvida naquele *site*.

examina e filtra o material nele inserido.

Segundo tal visão, no que tange à fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não

A melhor solução aponta no sentido contrário³⁵, com base nos artigos 12 a 14 da Diretiva CEE 31/2000, pois, onde há controle, deve haver responsabilidade. A partir do momento em que o provedor intervém na comunicação, dando-lhe origem, escolhendo ou modificando o conteúdo ou selecionando o destinatário, passa a ser considerado responsável, pois a inserção de conteúdos ofensivos constitui fortuito interno, ou seja, risco conhecido e inerente ao seu empreendimento.

Conclui-se, dessa forma, ser objetiva, com fundamento no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pelo fato do serviço do detentor do *site* em que se encontram os *links* que contém dados sensíveis dos usuários, por se utilizarem dessa maciça aglutinação de informações para obterem sua remuneração em gigantescos contratos de publicidade e, acima de tudo, por deterem os meios técnicos de se individualizar os reais causadores dos danos. Para tal fim, podem ser consideradas *bystanders* as vítimas do evento danoso³⁶.

Em que pesem os argumentos utilitaristas em favor dos fornecedores,

de impossibilidade técnica³⁷ de manutenção de instrumentos aptos a se evitarem tais danos, essa não é a melhor explicação para o problema. Isto porque, em uma sociedade de massa, cujos prejuízos são distribuídos entre os agentes por meio da gestão do risco decorrente (*risk management*) de suas atividades profissionais, nada mais justo que a pulverização dos eventuais custos no preço dos contratos de publicidade, e, se preciso for, até mesmo a securitização dos possíveis futuros prejuízos.

No conflito entre liberdade de expressão³⁸ do autor do dano e a dignidade das vítimas, caberá a esta sempre a primazia, observada, sobretudo, a hierarquia constitucional do direito do consumidor (CR, art. 5º, XXXII e 170, V).

A função social, enquanto limite interno inspirado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR) e na solidariedade social (art. 3º, I, CR), impõe aos fornecedores de serviços perseguir, ao lado da sua atividade econômica, interesses metaindividuais, ligados à sociedade como um todo, de modo a tornar sua autonomia e sua liberdade de expressão merecedoras de tutela perante o ordenamento civil-constitucional.

Mas a corrente contrária igualmente ganha voz no Superior Tribunal de Justiça³⁹.

Nas palavras do ministro Antonio Herman Benjamin, em importante voto no sentido da responsabilização do provedor, em ação civil pública movida pelo Ministério Público envolvendo o bloqueio de comunidades e páginas de relacionamento para a veiculação de material ofensivo:

“A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da *dignidade da pessoa humana* é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o direito brasileiro. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos *direitos da personalidade* de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.

Essa corresponsabilidade – parte do compromisso social da empresa com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da

merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo Google, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, não bastam, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento e multiplicação de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas” (g. n.).⁴⁰

Igualmente seria merecedora de encômios a previsão expressa da responsabilidade objetiva do certificador, definido como o órgão público ou privado destinado à emissão de certificados que contêm informações acerca de algum fato ou circunstância relativa ao respectivo sujeito. Trata-se de um importante instrumento para assegurar a confiança dos consumidores no comércio eletrônico, regulamentado de maneira parcial pela Medida Provisória 2.200-2, de setembro de 2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

4. CONCLUSÕES

Embora necessite de alguns ajustes, na fase de discussão pública do anteprojeto, a fim de aperfeiçoar soluções pontuais, a atualização da Lei 8.078/90 em matéria de comércio eletrônico atende aos anseios de confiança necessários à adaptação do direito do consumidor às peculiaridades da contratação eletrônica de consumo na internet.

Dentre os pontos que poderiam ter sido enfrentados pelo anteprojeto, destacam-se a responsabilidade objetiva dos intermediários do comércio eletrônico, em especial o provedor de conteúdo e de hospedagem e o certificador, além da previsão da cláusula surpresa, vetada pelo Presidente da República na versão original do artigo 51, V, do Código do Consumidor, que se adaptaria como uma luva às relações massificadas, despersonalizadas, visuais e fluidas próprias da internet.

Trata-se de uma preciosa oportunidade, que não deve ser desperdiçada, sem prejuízo de uma futura lei especial que regule especificamente os aspectos patrimoniais e existenciais da contratação eletrônica de consumo na internet.

NOTAS

¹ Expressão empregada pelo ministro Antonio Herman Benjamin na primeira audiência pública

realizada pela comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal no dia 19 de agosto de 2011, na sede do Instituto dos Advogados Brasileiros, situada no Rio de Janeiro (informação oral).

²PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 78, abr./jun. 2011, p.12-13.

³V. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Deputados discutem marco civil para a internet. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/COMUNICACAO/202283-DEPUTADOS-DISCUTEM-MARCO-CIVIL-PARA-A-INTERNET.html>. Acesso em 11 set. 2011.

⁴O anteprojeto, no entanto, traz diversos pontos polêmicos, em especial o seu artigo 20, que condiciona a responsabilização dos provedores por conteúdos ilícitos ou ofensivos à prévia notificação judicial. Tal dispositivo, caso aprovado como se encontra, obstaculizará termos de ajustamento de conduta firmados entre os principais provedores, como a Google, e o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos de diversos Estados, como Rio de Janeiro e São Paulo, possibilitando o livre acesso às informações acerca dos usuários para fins de persecução criminal. Lamentavelmente, o “lobby” formado pelos próprios operadores econômicos do setor teve presença marcante nas discussões sobre o anteprojeto, ameaçando conquistas alcançadas de maneira gradual, em detrimento do interesse público, especialmente em matéria de responsabilização dos provedores, onde se visualizam, hoje, os maiores problemas decorrentes dos vícios e acidentes de consumo nas redes sociais virtuais, sobretudo tendo em vista a abrangência da norma do art. 17 da Lei 8.078/90, que equipara aos consumidores todas as vítimas do evento (*bystanders*) Cf. MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 78, abr./jun.2011, p. 202-203.

⁵Acerca das cláusulas gerais, pontua Karl Engisch que “graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentaria e “provisoriamente” dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. Em contrapartida, outros riscos terão de ser aceites”. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 233-234.

⁶PASQUALOTTO, op.cit., p. 13. Acerca das leis especiais, merece referência obrigatória a obra de Natalino Irti, em cujas palavras “(...) as leis especiais edificam, ao lado da arquitetura solene dos códigos, um outro direito: mais mutável e efêmero, mas portador de exigências e critérios de disciplina ignorados do antigo sistema.

Diante do frequente e cotidiano multiplicar das leis especiais, os códigos civis assumem uma função diversa. Esses representam não mais o direito exclusivo e unitário das relações privadas, mas o direito comum, ou seja, a disciplina das hipóteses mais amplas e gerais” IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v.10, p.15, out./dez. 1979.

⁷*Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46. Nas palavras da autora, “o uso de um meio virtual, ou a entrada de uma cultura visual

leva a uma perda de significado ou de eficiência do princípio da boa-fé, que guiou o direito privado e, em especial, o direito do consumidor do século XX. Para alcançar a mesma eficácia em tempos virtuais pós-modernos, parece-me necessário evoluir para o uso de um paradigma mais visual, de aparência, de menos fidelidade e personalização (*fides*), de menos eticidade (valoração), e sim mais socialidade”. A professora gaúcha invoca a socialidade projetada por Miguel Reale para justificar que qualquer forma de declaração vincule o profissional organizador da cadeia de fornecimento.

⁸Tal sistema, adotado pelo art. 7º da Diretiva CEE 2000/31, contrapõe-se ao *opt-in*, segundo o qual a legitimidade da correspondência comercial depende do prévio consenso do interessado. Cf. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

⁹Informática, cyberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 36, out./dez. 2000, p. 35.

¹⁰MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 52.

¹¹Ibid., p.141.

¹²Embora reconhecendo que na Europa há uma grande variedade de tratamento na matéria, Ricardo Lorenzetti conclui que a teoria da recepção prevalece nos últimos códigos. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 318-319.

¹³A redação projetada para o artigo 33 do Código de Defesa do Consumidor é ainda mais abrangente do que aquela proposta pelo Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), nos seguintes termos: “Artigo 33 Em caso de oferta ou venda por meio postal ou telemático, deve constar o nome do fabricante e o endereço físico nas comunicações publicitárias prestadas à distância utilizadas na transação comercial.

Parágrafo primeiro. É proibida a publicidade de bens e serviços por meio telemático quando a comunicação for onerosa ao consumidor que a origina.

§ 2º. É vedada a remessa de mensagem publicitária por meio telemático quando esta não indicar ao consumidor forma idêntica ao do envio para manifestar sua resposta, possibilitando a este seu direito de não mais receber comunicações similares no futuro, ou ainda quando o consumidor previamente recusar sua remessa.

§ 3º. As comunicações publicitárias por meio telemático de profissões regulamentadas são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão.”

¹⁴CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 83.

¹⁵MARTINS. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, op.cit., p. 239.

¹⁶Acerca do tema, *ibid.*, p.181 e seguintes.

¹⁷A redação do Artigo 6º da Diretiva 65/2002 é a seguinte:

“Art. 6º. Direito de rescisão

1. Os Estados-Membros devem garantir que o consumidor disponha de um prazo de 14 dias de calendário para rescindir o contrato, sem indicação do motivo nem penalização. Contudo, este prazo deve ser aumentado para 30 dias de calendário no caso de contratos à distância, abrangidos pela Directiva 90/619/CEE, relativos a seguros de vida e no caso de operações referentes a pensões individuais.

O prazo para o exercício do direito de rescisão começa a correr:

– a contar da data da celebração do contrato à distância, excepto no que se refere a seguros de vida, em que esse prazo começa a correr a partir do momento em que o consumidor for informado da celebração do contrato, ou

– a contar da data de recepção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das informações, nos termos dos n.ºs 1 ou 2 do artigo 5.º, se esta última data for posterior”

¹⁸Na mencionada ação civil pública, ajuizada em face da empresa B2W Companhia Global de Varejo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ressaltou a existência de milhares de reclamações em face do mencionado *site* em virtude de atrasos na entrega dos produtos adquiridos. Quando da propositura da ação, encontrar-se-iam registradas cerca de 20 mil reclamações contra a empresa somente no *site* “Reclame aqui”. Na 1a. instância, o juiz Cezar Augusto Rodrigues Costa, da 7a. Vara Empresarial da Capital, deferiu em parte a liminar para obrigar o *site* a veicular em todas as ofertas o prazo preciso de entrega dos produtos, mediante a simples informação do código de endereçamento postal para entrega, abstendo-se, assim, de exigir previamente o preenchimento de qualquer cadastro relativo às informações pessoais do consumidor. Além disso, a decisão de primeira instância impôs à empresa um prazo exato para a entrega dos produtos, sob pena de multa diária, fixada inicialmente em R\$ 500,00. Além de majorar a multa para R\$ 20.000,00, a desembargadora Helda Lima Meirelles determinou aquela obrigação de não fazer, sob o argumento de que, ao continuar a venda pela internet, os compradores serão ainda mais prejudicados com o aumento de atrasos na entrega das mercadorias. Nas palavras da desembargadora, “há que se estabelecer os limites da atuação das diversas empresas que, na busca por maiores lucros, não se furtam a promover ofertas vantajosas sem, contudo, oferecer a contraprestação necessária, qual seja, o respeito pela parte interessada em suas promoções que, com o decorrer do tempo, se mostram não só desvantajosas, mas também atingindo as raiais do desrespeito com o consumidor lesado”. In:< www.tjrj.jus.br>. Acesso em:< 28.08.2011>.

No dia 16 de junho de 2011, tal decisão, que lamentavelmente foi descumprida pela ré, foi reconsiderada em parte, apenas para excluir a proibição de vendas pela internet.

¹⁹VINEY, Geneviève. *Droit civil; introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995, p. 57.

²⁰MULHOLLAND, op.cit., p. 126.

²¹MARQUES, *Confiança...*, op. cit., p. 441.

²²MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação; panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126. Conclui a autora: “uma vez estabelecida a proteção e defesa constitucionais do consumidor e determinada a tutela do efetivo acesso à justiça aos

consumidores, partes vulneráveis de uma relação de consumo, necessariamente, deve-se desconsiderar a regra conflitual do *locus regit actum*, e estabelecer-se a necessidade da tutela dos interesses do consumidor acima de qualquer outro critério conflitual.”

²³*Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, op.cit., p. 441-442.

²⁴Op. cit., p. 480-481.

²⁵*Confiança...*, op. cit., p. 446-450.

²⁶La protección del consumidor en la contratación por internet. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. I, n. 1, p. 81, set.2003 (tradução livre).

²⁷MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, op. cit., p. 272.

²⁸MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*, op.cit., p. 255.

²⁹NERY JÚNIOR, *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, op. cit., p. 413.

³⁰DIÁRIO Oficial da União, suplemento ao nº 176, de 12.09. 90, p. 10.

³¹NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 414-415.

³²ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 53-54.

³³Acerca do conceito de provedor e das suas categorias, v. MARTINS, Guilherme Magalhães, *Responsabilidade civil por acidente...*, op.cit., p. 281.

³⁴No mesmo sentido, o REsp 1.186.616-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23.8.2011.

³⁵MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente...*, op. cit., p. 297.

³⁶Cf. MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade da informação e proteção do consumidor: defesas atuais da regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 18, n. 70, abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62.

³⁷O argumento técnico é desmentido por Jimmy Wales, fundador da Wikipédia, que, em entrevista à revista *Veja*, respondeu à seguinte indagação: “Segundo um estudo da Universidade de Minnesota, nos Estados Unidos, o tempo médio para a correção de um erro na Wikipédia é de doze horas. Como tornar o processo mais ágil? “Em resposta, o empreendedor norte-americano afirmou: “Já está mais rápido. *Criamos um software que funciona como um ‘filtro de ofensas’*. É uma ferramenta que permite a identificação automática de edições problemáticas. Isso diminui bastante o tempo de resposta no conserto de páginas vandalizadas. O fato de termos colaboradores que praticamente adotam os artigos de seu interesse também ajuda no controle de qualidade” (g. n.). WALES, Jimmy. O rival da *Britannica* (entrevista). *Revista Veja*. São Paulo, 16 dez. 2009, p.22.

³⁸Thomas Wilhelmsson recorda que, mesmo em se tratando de um direito fundamental, requisito básico de uma sociedade aberta e democrática, a liberdade de expressão encontra diversas exceções, sobretudo em matéria de publicidade, área onde a regulação é permitida. WILHELMSSON, Thomas.

The consumer's right to knowledge and the press. In: _____; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli. *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer, 2001, p. 371.

³⁹Merece referência o voto do ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 1175675, 4a. t., j. 09. 08. 2011: “Os provedores de hospedagem têm responsabilidade quanto ao controle das mensagens difundidas, de forma que devem atender determinações judiciais para retirar o conteúdo difamatório, no prazo estipulado. A ausência de ferramentas técnicas não isenta a empresa de buscar soluções, visto que, se a Google criou um monstro indomável, é apenas a ela que devem ser imputadas eventuais consequências geradas pela falta de controle dos usuários de sua rede social. As mensagens ofensivas poderiam ser capturadas por mecanismos de programação ou por um corpo técnico especializado.”

⁴⁰Recurso Especial. 1117633-RO, 2a. t, j. 09. 03. 2010, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. ORKUT. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BLOQUEIO DE COMUNIDADES. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERNET E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. *ASTREINTES*. ART. 461, §§ 1º e 6º, do CPC. INEXISTÊNCIA DE OFENSA (...) 9. O Tribunal de Justiça de Rondônia não decidiu conclusivamente a respeito da possibilidade técnica desse controle eficaz de novas páginas e comunidades. Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação da inviabilidade de a empresa impedi-las, razão pela qual fixou as *astreintes*. E, como indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que emprega, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não têm acesso vítimas e Ministério Público. 10. Nesse sentido, o Tribunal deixou claro que a empresa terá oportunidade de produzir as provas que entender convenientes perante o juiz de primeira instância, inclusive no que se refere à impossibilidade de impedir a criação de novas comunidades similares ou já bloqueadas. 11. Recurso Especial não provido.”

REFERÊNCIAS

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Caluste Gulbenkiam, 2001.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, v. 10, p. 15-33, out./dez. 1979.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Informática, cyberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 36, p. 09-37, out./dez.2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 78, abr./jun.2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Responsabilidade por danos na sociedade da informação e proteção do consumidor: defesas atuais da regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 18, n. 70. Abr.-jun./2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin. *Internet e contratação; panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 78, abr./jun.2011.

STIGLITZ, Gabriel; STIGLITZ, Ruben. La protección del consumidor en la contratación por Internet. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. I, n. 1, p. 67-81, set.2003 (tradução livre).

VINEY, Geneviève. *Droit civil; introduction à la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995.

WALES, Jimmy. O rival da *Britannica* (entrevista). *Revista Veja*. São Paulo, 16 dez. 2009.

WILHELMSSON, Thomas. The consumer's right to knowledge and the press. In: _____; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli. *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer, 2001.



ANÁLISE DA MINUTA PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI

PARA ALTERAÇÃO DA DISCIPLINA DAS AÇÕES
COLETIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR¹

FELIPPE BORRING ROCHA²

Defensor público do Estado do Rio de Janeiro

Mestre e doutorando em Direito

EXCERTOS

“De fato, o CDC instituiu no Brasil um novo modelo jurídico, inaugurando toda uma nova ordem de conceitos e ideias, alguns dos quais ainda em fase de maturação, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica das empresas ou da inversão do ônus da prova. Por isso, apesar da maioridade, parece ser fora de dúvida o fato de que o CDC (ainda) não envelheceu”

“Se de um lado é inegável a importância transformadora da nova hermenêutica jurídica, de outro também é incontestado que o aperfeiçoamento das leis representa uma etapa necessária para o bom funcionamento do sistema, que é apontado como integrante da família do Civil Law”

“São cinco os critérios para aferir a utilidade coletiva: a facilitação do acesso à Justiça, a proteção efetiva do interesse social, o número de interessados, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes. Os elementos foram muito bem escolhidos e o rol não é taxativo. Não obstante, é importante assinalar que não é necessária a presença dos cinco, simultaneamente, para a identificação da utilidade coletiva”

“Atualmente, apesar da imensa controvérsia, prevalece a orientação de que a interposição da ação coletiva gera a interrupção da prescrição da pretensão para a propositura das ações individuais que versarem sobre o mesmo tema”

“Na verdade, se hoje o procedimento, no CDC, é efetivamente o ordinário com algumas modificações, na minuta, o procedimento torna-se essencialmente especial. Os ritos especiais, por sua vez, utilizavam-se da aplicação subsidiária do rito ordinário do CPC, por expressa determinação do parágrafo único do art. 272 deste diploma”

“Parece que o melhor caminho seria prever a possibilidade das partes, de comum acordo, postularem pela suspensão do processo para buscarem o aconselhamento de um terceiro neutro, de modo extrajudicial (e não “extra-autos”), em prazo certo, mas independentemente de nomeação ou qualquer outra intervenção judicial”

1. INTRODUÇÃO

1.1. A IMPORTÂNCIA DA REFORMA

Em julho de 2010, o Senado Federal instituiu, por meio do Ato 308/10, uma Comissão de Juristas especialmente reunida para elaborar um anteprojeto para atualização do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Atualmente, a comissão é composta por Antônio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral dos Trabalhos), Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Kazuo Watanabe e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Antes de aprofundar o estudo de seus dispositivos, entretanto, parece ser pertinente tratar de um tema que tem sido recorrente, cada vez que se inicia um processo de reforma legislativa de um código no Brasil: a discussão sobre a necessidade de tal medida.

Tem crescido, especialmente entre os doutrinadores ligados às escolas pós-constitucionalistas, um sentimento de que os problemas jurídicos devem ser resolvidos não pela ótima positivista e casuística da reforma dos códigos, mas pelo trabalho conjunto e diário dos instrumentos hermenêuticos. Os juristas refratários às reformas acrescentam, ainda, questões relativas à estabilidade e simetria das normas e à falta de integração dos dispositivos reformados com o sistema jurídico, dentre outros argumentos³, para fundamentar sua posição.

Além disso, é preciso que se diga que, ao contrário de outros diplomas legais, o CDC não está sofrendo um processo crônico de perda de eficiência, apesar de ter sido editado em 1990, um período significativo se consideradas as alterações ocorridas nas relações de consumo deste então. De fato, o CDC instituiu no Brasil um novo modelo jurídico, inaugurando toda uma nova ordem de conceitos e ideias, alguns dos quais ainda em fase de maturação, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica das empresas ou da inversão do ônus da prova. Por isso, apesar da maioria, parece ser fora de dúvida o fato de que o CDC (ainda) não envelheceu.

Neste diapasão, alguém pode suscitar um componente diferenciador na iniciativa reformista do Senado Federal: trata-se, pois, de uma comissão de atualização, como epígrafe no ato que a instituiu. Portanto, em tese, o objetivo dos trabalhos não é, propriamente, reformar – dar forma ao que está deformado –, mas atualizar, ou seja, incorporar o que é novo. Neste sentido, a iniciativa teve como uma de suas metas justificadoras a inserção no CDC de algumas ferramentas técnicas capazes de lidar com os elementos tecnológicos que se tornaram presentes nas relações de consumo, em especial

aqueles ligados ao comércio eletrônico.

Pois bem, apesar de se reconhecer a validade de tal ponderação, da leitura dos textos produzidos pela Comissão de Juristas é inevitável verificar que boa parte dos dispositivos traçados, senão a maioria deles, tem índole reformista. Neste sentido, merecem destaque os artigos relativos à tutela coletiva, quase todos reformadores, muitos dos quais presentes, com igual ou similar redação, em outros projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional. Portanto, a discussão sobre a pertinência ou não da reforma permanece aberta.

Os textos elaborados, apesar de tratarem prioritariamente dos temas a eles designados, acabam por tocar outros aspectos das relações de consumo

vigência, pela necessidade de pacificar questões controvertidas, especialmente no âmbito jurisprudencial, e de aprimorar os mecanismos existentes, dotando-os de maior eficácia. Neste sentido, as reformas, se bem conduzidas, podem efetivamente aprimorar o funcionamento do ordenamento jurídico, acrescentando qualidade à tutela das relações de consumo.

Na verdade, se de um lado é inegável a importância transformadora da nova hermenêutica jurídica, de outro também é incontestado que o aperfeiçoamento das leis representa uma etapa necessária para o bom funcionamento do sistema, que é apontado como integrante da família do *civil law*. No caso específico do CDC, não apenas a atualização mas a própria reforma se justificam pelas significativas experiências vividas ao longo do tempo de

1.2. A DIVISÃO DO TRABALHO DA COMISSÃO DE JURISTAS

Para facilitar os trabalhos, a Comissão de Juristas dividiu o anteprojeto em três partes (minutas), organizados por temas: a) tutela coletiva; b) superendividamento; c) comércio eletrônico. Embora isto não tenha sido ostensivamente dito, pelos antecedentes históricos e acadêmicos, parece correto especular que a regência da minuta sobre a tutela coletiva ficou a cargo da Prof. Ada Pellegrini, a da minuta sobre superendividamento para a Prof. Claudia Marques, e a da minuta de comércio eletrônico sob responsabilidade do Prof. Roberto Pfeiffer.

Neste passo, é necessário alertar o leitor que os textos elaborados, apesar de tratar prioritariamente dos temas a eles designados, acabam por tocar, também, diversos outros aspectos das relações de consumo. Somente a título de exemplificação, veja-se os dispositivos relativos à forma de interpretação das regras consumeristas inseridas na minuta relativa ao comércio eletrônico

(novas redações atribuídas aos art. 1º e 5º do CDC).

1.3. DELIMITAÇÃO DO PRESENTE ESTUDO

Apesar da riqueza presente nas três peças produzidas, o objetivo do presente texto é, tão somente, fazer uma análise crítica da minuta preliminar do anteprojeto de lei para alteração da disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor. Os dispositivos nela constantes são, essencialmente, de natureza processual. Para tanto, serão apresentadas as alterações propostas e, em seguida, feitas as observações pertinentes.

2. A TUTELA DOS DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (ART. 81)

2.1. NOVA DEFINIÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (ART. 81, § 1º)

Redação Atual	Texto proposto (alteração)
<i>Art. 81. (...) Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.</i>	<i>Art. 81. (...) § 1º A ação coletiva será exercida quando se tratar de: (...) III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrente de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela, aferida por critérios como a facilitação do acesso à Justiça para os sujeitos vulneráveis, a proteção efetiva do interesse social, a numerosidade dos membros do grupo, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes.</i>

A Comissão de Juristas, acertadamente, entendeu por bem complementar a definição legal dos direito e interesses individuais homogêneos. Com efeito,

a redação atual do art. 81, § 1º, III, do CDC é por demais vaga, dando margem a diversas discussões sobre o seu real alcance. Antes, no entanto, corrigiu uma imprecisão existente no corpo do parágrafo primeiro do vigente art. 81 do CDC: substituiu a palavra “defesa” por “ação”, expressão mais técnica para identificar o fenômeno tratado no dispositivo.

O primeiro ponto acrescido pelo dispositivo, em comparação com a redação vigente, foi a indicação de que a origem comum, característica dos interesses individuais homogêneos, pode ser fática ou jurídica.

Em seguida, foi estabelecido um polo metodológico para caracterização do instituto: a utilidade coletiva no tratamento conjunto da questão. De fato, os interesses individuais homogêneos não são interesses coletivos em sentido estrito, mas por equiparação, por criação jurídica.

São cinco os critérios elencados pelo dispositivo proposto para aferir a utilidade coletiva: a facilitação do acesso à Justiça, a proteção efetiva do interesse social, o número de interessados, a dificuldade na formação do litisconsórcio ou a necessidade de decisões uniformes. Os elementos foram muito bem escolhidos e o rol não é taxativo. Não obstante, é importante assinalar que a Comissão deixou claro que não é necessária a presença dos cinco, simultaneamente, para a identificação da utilidade coletiva. Para chegar a essa conclusão, basta verificar cada um dos critérios isoladamente e também o emprego da palavra “ou” entre os dois últimos critérios elencados.

2.2. DEFINIÇÃO LEGAL DA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DA TUTELA COLETIVA (ART. 81, § 3º)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 81. (...)

§ 2º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica.

Novamente, a Comissão procurou inserir no texto a definição de um paradigma legal: a relevância social e jurídica dos interesses transindividuais. Tal iniciativa é digna de aplauso, pois apresenta utilidade tanto no plano teórico como no plano prático.

Do ponto de vista teórico, consagra a importância que a tutela coletiva retrata como componente densificador do acesso à Justiça. No plano prático, por exemplo, a relevância social e jurídica da tutela coletiva justifica a atuação do Ministério Público (art. 128 e 129 da CF e art. 82 do CPC), bem como

torna presumível a repercussão geral das questões constitucionais em eventual recurso extraordinário interposto acerca da matéria (art. 102, § 3º, da CF). Dentro da própria minuta, a referência serve de baliza para imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º), para a atuação *ex officio* do magistrado (art. 90-L, parágrafo), dentre outros.

2.3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS (ART. 81, § 3º)

Texto proposto (acrécimo)

Art. 81. (...)

§ 3º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

A questão relativa ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas já foi alvo de intenso debate, tanto doutrinário como jurisprudencial. Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, atual integrante da Corte Suprema brasileira, sustentou em sede doutrinária a inviabilidade da utilização das ações coletivas para controle de constitucionalidade. Segundo o Ministro, a partir da edição da vigente Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal passou a exercer as competências específicas para apreciação das questões constitucionais, mitigando tais atribuições nas instâncias ordinárias⁴. Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, foi uma das primeiras juristas a sustentar a tese que, tempos depois, se tornou prevalente no Supremo Tribunal Federal⁵, segundo a qual somente seria possível em sede de ação coletiva o controle difuso de constitucionalidade⁶. Pois foi exatamente este entendimento, hoje consolidado, que a Comissão de Juristas quis trazer para o texto legal.

2.4. A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS (ART. 81, § 4º) E A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO (ART. 90-D)

Texto proposto (acrécimo)

Art. 81. (...)

§ 4º A ação é imprescritível, e as pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado o mais favorável a seu titular.

Texto proposto (acrécimo)

Art. 90-D. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões de qualquer natureza direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Um dos temas bastante controvertido no seio da tutela coletiva é o relativo à prescrição das pretensões relacionadas à demanda. Pois a Comissão resolver tratar os principais pontos do tormentoso assunto. De um lado, estabeleceu a imprescritibilidade das ações coletivas (art. 81, § 4º). Trata-se, a toda evidência, de uma contundente resposta à equivocada orientação

Um dos temas bastante controvertido no seio da tutela coletiva é o relativo à prescrição das pretensões relacionadas à demanda

sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicar por analogia à ação civil pública a regra referente à prescritibilidade da ação popular (art. 21 da Lei 4.717/65)⁷. A regra utilizada, na verdade, submete-se à lógica da prescrição imposta à própria Fazenda Pública, para cobrança de tributos (art. 1º do Decreto 20.910/32 e art. 2º do Decreto-Lei 4.597/42).

Como a ação popular visa atacar atos lesivos ao interesse público, é compreensível que o legislador de 1965 tenha editado tal regramento. No entanto, nada autoriza a aplicação extensiva de uma norma restritiva, especialmente em se tratando de um interesse de “relevância social e jurídica”, já pegando uma carona no paradigma previsto no art. 81, § 2º, da minuta⁸.

Outro tema enfrentado pela Comissão de Jurista foi o da interrupção da prescrição da pretensão da questão de fundo, no plano individual, pela interposição de ação coletiva. Atualmente, apesar da imensa controvérsia, prevalece a orientação de que a interposição da ação coletiva gera a interrupção da prescrição da pretensão para a propositura das ações individuais que versarem sobre o mesmo tema⁹. Mais uma vez, o texto proposto acatou a posição mais favorável à efetividade da tutela coletiva.

3. INCLUSÃO EXPRESSA DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ROL DE LEGITIMADOS PARA PROPOR AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO (ART. 82)

Texto proposto (acréscimo)

*Art. 82. Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentes: (...)
V – a Defensoria Pública.*

Apesar de na doutrina e na jurisprudência ser pacífica a aptidão da Defensoria Pública para atuar na defesa dos interesses metaindividuais¹⁰, o tema tornou-se debatido em razão da interposição de uma ação declaratória de inconstitucionalidade perante o STF, sustentando que a Defensoria Pública somente poderia atender aos hipossuficientes econômicos, individualmente considerados. Na realidade, em matéria de tutela coletiva, quanto maior o número de legitimados, melhor será a possibilidade de efetiva proteção de tais interesses. Além disso, a Defensoria Pública, por atender milhões de pessoas, tem não apenas estrito contato com a realidade das demandas, mas também legitimidade direta (decorrente do contato direto e concreto com a sociedade) para a atuação coletiva. Por fim, é necessário destacar que a Defensoria Pública não atua apenas em favor do hipossuficiente econômico (atuação típica), mas também dos deficientes técnicos e jurídicos (atuação atípica), como no caso de crianças e adolescentes infratores, pessoas vítimas de violência doméstica, idosos em situação de risco, acusados criminais etc¹¹.

Assim, o texto proposto, acertadamente, positiva a orientação prevalente, segundo a qual a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação coletiva em favor do consumidor, em consonância com idêntica previsão estabelecida em outros diplomas legais. O ideal, entretanto, para espantar qualquer dúvida, seria que o dispositivo dissesse que a legitimidade (não apenas da Defensoria Pública, mas de todos os elencados no artigo) abrange todos os interesses metaindividuais: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto porque a mencionada ADIn 3943, em curso no STF, afirma, como tese subsidiária, que, ainda que se entenda que a Defensoria Pública tem legitimidade para a atuação coletiva, ela ficaria restrita aos interesses individuais homogêneos dos hipossuficientes (como se fosse possível, do ponto de vista prático, fazer tal distinção).

4. AS REGRAS PROCEDIMENTAIS DAS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO (CAPÍTULO I-A)

4.1. INCLUSÃO DE UM CAPÍTULO DEDICADO AO PROCEDIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO (ART. 90-A)

Texto proposto (acréscimo)

CAPÍTULO I-A

DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA

Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código.

A Comissão sentiu a necessidade de dar tratamento mais extenso e detalhado ao procedimento das ações coletivas de consumo, para adaptar o rito individualista do CPC à realidade das questões coletivas. Apesar da validade da iniciativa, o artigo inaugural do novel capítulo incide numa imprecisão terminológica. Ele diz que o procedimento a ser adotado nas ações coletiva será “o ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código”.

Na verdade, se hoje o procedimento, no CDC, é efetivamente o ordinário com algumas modificações, na minuta, o procedimento torna-se essencialmente especial. Os ritos especiais, por sua vez, utilizam-se da aplicação subsidiária do rito ordinário do CPC, por expressa determinação do parágrafo único do art. 272 deste diploma. Pode parecer apenas um jogo de palavras, mas existem diferenças práticas em dizer que o rito é o ordinário com modificações ou que o rito é especial (ensejando aplicação subsidiária do procedimento ordinário). A questão mais relevante é a utilização deste rito especial para outras demandas coletivas, que não aquelas tratadas no CDC. Por isso, melhor seria se o art. 90-A da minuta assinalasse apenas o seguinte: a ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito especial previsto neste capítulo.

Medida de grande valia é a previsão expressa para que os interessados possam requerer certidões e informações de “qualquer pessoa, natural ou jurídica”

4.2. ADAPTABILIDADE DO PROCEDIMENTO (ART. 90-A)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-A. (...) § 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá dilatar os prazos processuais e alterar a ordem da produção dos meios de provas, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.

O parágrafo primeiro do art. 90-A da minuta consagra em seu texto o chamado princípio da adaptabilidade procedimental¹². Busca-se, assim, permitir que o juiz tenha maior liberdade na condução do processo, ajustando o rito à realidade da questão coletiva em prol de uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional e na solução do problema.

O dispositivo em questão, embora inovador na sistemática vigente, pode vir a ser incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio, caso seja aprovado o projeto que visa instituir um novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10). Seu texto, aliás, é ligeiramente superior ao previsto para o CPC projetado¹³, por fazer expressa menção aos parâmetros da sua utilização: o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

4.3. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES COLETIVAS SOBRE O MESMO TEMA EM CURSO NO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS (ART. 90-A)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-A. (...)

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico.

§ 3º Incumbe ao cartório verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

§ 4º Em caso de inexistência de consulta, cabe ao juiz realizá-la.

Outra inovação trazida pela minuta diz respeito ao cadastro nacional de processos coletivos. Trata-se de medida recém-aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 2/11) que visa relacionar todas as ações coletivas em curso no Brasil, para otimizar o funcionamento da tutela coletiva.

Não obstante seja de inegável valor, tem-se que os dispositivos constantes

da minuta carecem de clareza. O parágrafo segundo afirma que a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos das ações que versem sobre o mesmo bem jurídico. Em seguida, o parágrafo terceiro aduz que incumbe ao cartório verificar a informação constante da consulta. Por fim, o parágrafo quarto diz que cabe ao juiz realizar a consulta. Do jeito em que está redigido, parece que a consulta ao cadastro nacional de processos coletivos é um documento indispensável para a propositura da demanda, que deve ser conferido pelo cartório, mas pode ser produzido pelo juiz, de ofício.

Melhor seria, a título de sugestão, se os citados parágrafos dissessem o seguinte: “§ 2º o autor deverá consultar o cadastro nacional de processos coletivos antes de propor a demanda, informando tal circunstância ao juízo, ciente de que, havendo outras ações tratando da mesma questão coletiva,

A previsão contida no art. 90-E da minuta permite o ajustamento do pedido coletivo às alterações fáticas que surgirem ao longo da marcha processual

poderá a demanda ser encerrada liminarmente, com ou sem resolução do mérito, ou declinada para outro juízo; § 3º antes de abrir conclusão ao juiz para despachar a petição inicial, o cartório certificará nos autos sobre a existência de outras demanda coletivas tratando do mesmo bem jurídico, a partir do cadastro nacional de processos coletivos; § 4º todos os tribunais, no prazo de seis meses da edição desta lei, expedirão ordens determinando a todos os cartórios sob sua jurisdição que cadastrem as ações coletivas

em tramitação no cadastro nacional de processos coletivos, bem como que procedam à certificação sobre a existência de outras ações coletivas tratando do mesmo objeto”.

4.4. REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA INSTRUIR A PETIÇÃO INICIAL (ART. 90-B)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-B. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, natural ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

Parágrafo único. Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, incumbindo ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

Outra medida de grande valia é a previsão expressa para que os interessados possam requerer certidões e informações de “qualquer pessoa, natural ou jurídica”, para instruir a ação coletiva. Os principais beneficiados desta medida serão os órgãos administrativos e as associações civis, que poderão obter documentos que, atualmente, diante da recusa, dependem de ação cautelar para serem acessados.

4.5. FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA (ART. 90-C)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-C. Sendo inestimável ou de difícil mensuração o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.

O objetivo do art. 90-C da minuta em tela parece ter sido o de afastar das ações coletivas a possibilidade de interposição do incidente de impugnação ao valor da causa (art. 261 do CPC). Esta é, salvo melhor juízo, a única justificativa para se aceitar um valor da causa “provisório”, a ser definido na sentença.

Não parece ser essa, entretanto, a melhor solução para o tema. Na verdade, o valor da causa serve de parâmetro para diversos institutos, mesmo ao longo da tramitação do feito (multas, honorários, custas etc.). Por isso, a sua correta aferição merece tratamento diferenciado e imediato. O que a Comissão poderia ter feito era vedar expressamente a impugnação ao valor da causa, determinando que a questão seja resolvida pela interposição de recurso de agravo de instrumento por quem se sentir prejudicado, servindo a decisão para estabilizar o tema, até a prolação da sentença (quando poderá ser revisto, sem eficácia retroativa).

4.6. FUNGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO (ART. 90-E)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-E. A requerimento do autor, com fundamento em fatos e informações cujo conhecimento seja decorrente da instrução probatória ou em fatos novos ou desconhecidos, o juiz poderá admitir a alteração do pedido ou da causa de pedir.
Parágrafo único. O prazo para aditamento à inicial, neste caso, será de quinze dias, contados da ciência do autor em relação ao encerramento da instrução probatória.

Uma novidade muito bem-vinda à estrutura do procedimento das ações coletivas é a previsão contida no art. 90-E da minuta, que permite o ajustamento do pedido coletivo às alterações fáticas que surgirem ao longo da marcha processual. Ela prevê aquilo que o ordenamento pátrio costuma chamar de fungibilidade¹⁴. Neste ponto, fica desde logo registrada a sugestão para que a expressão “aditamento”, que pode de alguma maneira remeter a um retrocesso procedimental, seja substituída por “fungibilidade”.

O problema da minuta é que vincula a fungibilidade ao encerramento da instrução probatória, o que poderá gerar prejuízos para os interesses metaindividuais, caso, por exemplo, os fatos mencionados no *caput* do art. 90-E ocorram no início do procedimento. Ademais, se o próprio texto fala que as partes podem pedir prova complementar, existiria a possibilidade (bastante frequente) de ser necessária a reabertura da instrução probatória recém-encerrada, caso a fungibilidade permanecesse atrelada ao término da instrução. Por isso, melhor seria se a Lei fixasse apenas o prazo nas hipóteses de existir uma provocação para a fungibilidade, admitindo-a até a prolação da sentença, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

4.7. FASE DE CONCILIAÇÃO (ART. 90-F)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-F. O juiz, apreciando eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil.

§ 1º A audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial, onde houver, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º Quando disponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação, desde que haja concordância do Ministério Público.

§ 3º O não comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 4º O não comparecimento injustificado do autor acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito, assumindo o Ministério Público a posição do Autor, salvo recusa fundamentada.

§ 5º A transação obtida será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Apesar da minuta não ter mencionado de forma expressa a possibilidade de concessão de tutela de urgência (liminares), o art. 90-F previu um momento para apreciação de tal expediente: o início da fase de providências preliminares, no começo da etapa instrutória do procedimento. Nada obsta, contudo, que os pedidos de medida de emergência sejam formulados e apreciados a qualquer tempo, enquanto não proferida a sentença¹⁵.

Logo em seguida, visando conferir um encadeamento de etapas, inclusive com a determinação de um prazo para o autor, evitando que a questão se prolongue no tempo, o dispositivo assinala que a audiência de conciliação será marcada “com antecedência mínima de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir”. Mais adiante, arremata afirmando que a “audiência de conciliação será conduzida por mediador ou conciliador judicial”.

Portanto, parece claro que a Comissão previu a realização de uma audiência tipicamente de conciliação e não da preliminar, prevista no art. 331 do CPC, onde, além da conciliação, o juiz declara saneado o processo, fixa os pontos controvertidos e organiza a instrução. Outro ponto a chamar a atenção é que, ao contrário da audiência preliminar, esta audiência de conciliação parece ser “obrigatória”, ou seja, inerente a todos os procedimentos coletivos¹⁶. É uma proposta positiva, na medida em que atribui à conciliação, nas causas coletivas, papel primordial na rápida e efetiva solução da questão. De fato, a facultatividade da audiência preliminar está melhor associada aos interesses privados, nas questões individuais.

Estabeleceu a minuta que a audiência conciliatória será conduzida por conciliador ou mediador

Ademais, estabeleceu a minuta que a audiência conciliatória será conduzida por conciliador ou mediador. Muito embora a Resolução nº 125 do CNJ afirme que tanto a conciliação como a mediação judicial devem ser feitas sem a participação direta do juiz, parece que, ao menos em relação à conciliação, tal determinação deva ser mitigada no âmbito da tutela coletiva. De fato, parece ser mais prudente deixar ao juiz a tarefa de buscar a conciliação em causas que podem ser de alta complexidade e que envolvam interesses que podem atingir milhares de pessoas e cifras milionárias.

Neste diapasão, é relevante frisar que a redação proposta para o parágrafo segundo do art. 90-H carece de pequenos ajustes. Diz o texto que “quando disponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação, desde que haja concordância do Ministério

Público”. Na realidade, como já salientado no texto do art. 81, § 3º, da minuta, a “tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica”. Logo, não parece apropriado falar em disponibilidade do bem jurídico coletivo, especialmente sabendo-se que os legitimados coletivos não são, via de regra, seus titulares. De outro lado, também não parece acertado dizer que a transação somente

Parece ser prudente deixar ao juiz a tarefa de buscar a conciliação em causas que podem atingir milhares de pessoas e cifras milionárias

de conciliação será homologado, estabelecendo detalhadamente a forma do cumprimento da obrigação, bem como as consequências de eventual descumprimento, após oitiva de todos os interessados e do representante do Ministério Público com atuação no feito.

Por fim, os parágrafos terceiro e quarto do art. 90-F indicam que a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação será severamente punida: a falta do réu caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e enseja a aplicação de multa, e o não comparecimento do autor acarreta o encerramento do procedimento, sem resolução do mérito. Neste passo, cabe criticar a redação final do dispositivo. Melhor seria se dissesse que o MP tem a atribuição de apreciar tanto a escusa apresentada pelo autor, se oferecida, como a possibilidade de assumir a autoria da demanda. Uma redação neste sentido poderia ser da seguinte maneira: “§ 4º As partes serão pessoalmente intimadas para comparecer na audiência de conciliação designada; caso o autor não compareça, independentemente de nova intimação, terá o prazo de cinco dias contados da data da audiência para apresentar sua justificativa para a ausência; em seguida, com ou sem a justificativa do autor, os autos serão imediatamente remetidos ao Ministério Público para que este se manifeste, no prazo de dez dias, sobre o ocorrido e, se for o caso, sobre seu interesse em assumir o polo ativo da demanda.”

4.8. O PRAZO DA RESPOSTA DO RÉU (ART. 90-G)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-G. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes, contados a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório.

Parágrafo único. Ao prazo previsto neste artigo não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.

O art. 90-G estabelece os parâmetros temporais para o oferecimento da resposta. Trata-se de regra similar à existente em relação à ação rescisória (art. 491 do CPC)¹⁷, com a vantagem de que prevê os elementos de deverão ser considerados para a fixação do prazo (complexidade da causa ou número de litigantes).

O termo *a quo* para oferecimento da resposta será o da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório, sem que tenha havido acordo. É uma posição diversa da existente tanto no rito sumário como no rito ordinário, mas já experimentada no procedimento possessório, quando necessária a audiência de justificação (art. 930, parágrafo único, do CPC). Não obstante, é importante frisar que existe uma contradição entre os dispositivos 90-G e 90-H. É que no art. 90-G o texto afirma que o prazo para a resposta corre da audiência de conciliação, enquanto que o art. 90-H aduz que o juiz, imediatamente após a realização da audiência de conciliação, saneará o processo. Portanto, faz-se necessário inserir entre a audiência de conciliação e o saneamento do processo uma etapa capaz de comportar tanto o prazo assinado para a resposta como também para uma eventual réplica. Uma proposta para harmonizar os dois dispositivos seria a seguinte: “Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz apreciará as respostas eventualmente apresentadas e, se for o caso, abrirá vista ao autor em réplica. Em seguida, designará data para a realização da audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões: (...)”

Para encerrar, o parágrafo único do art. 90-G afirma que ao prazo para resposta não se aplicam os benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais. Parece ser uma medida acertada, levando-se em consideração que tal prazo pode oscilar entre vinte e sessenta dias.

4.9. FASE DE SANEAMENTO E DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – AUDIÊNCIA ORDINATÓRIA (ART. 90-H)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz abrirá imediatamente a audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões:

I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela fracionada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação preserve o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, represente proteção efetiva ao interesse social e facilite a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;

(...)

V – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

(...)

Outra inovação proposta pela minuta foi a criação de uma “audiência ordinatória”, voltada a promover o saneamento do feito e também a apreciação de outras medidas, tais como a conversão da demanda, de coletiva para individual, a divisão da demanda em diferentes demanda coletivas e a inclusão de litisconsorte ou da assistência. Trata-se de outra modalidade de audiência “obrigatória”, uma vez que está presente em todos os procedimentos coletivos. Feita a ressalva quanto à compatibilidade deste dispositivo com o prazo para resposta previsto no art. 90-G, o texto proposto é muito bom. O único ponto que merece maior reflexão diz respeito à menção quanto ao litisconsórcio e à assistência. A literalidade do texto pode levar o intérprete a concluir que somente neste momento tais institutos poderão ser apreciados e que a assistência é a única modalidade de intervenção de terceiro cabível no processo coletivo. Por isso, talvez fosse o caso de suprimir a integralidade do inciso III do art. 90-H.

4.10. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 90 - H, VI E ART. 90-L, CAPUT)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-H. Não obtida a conciliação, o juiz abrirá imediatamente a audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões:

(...)

VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, podendo, desde logo e até o momento do julgamento da causa, invertê-lo, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tem, manifestamente, maior facilidade em sua demonstração;

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-L. Concluída a instrução e não havendo provas suficientes para formar sua convicção, o juiz poderá, ao proferir a sentença, aplicar a regra de inversão do ônus da prova, levando em conta, também, a maior facilidade da parte na demonstração dos fatos da causa, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos, ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa.

(...)

O inciso VI do art. 90-H afirma, com propriedade, que na audiência ordinatória o juiz deverá esclarecer as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão. Tratou, assim, de uma só tacada, de duas teorias diferentes, mas bastante próximas: a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova. Resolveu com isso uma das grandes discussões existentes tanto na doutrina¹⁸ como na jurisprudência¹⁹ sobre qual o momento indicado para sua realização.

A incongruência, todavia, reside na comparação entre o dispositivo e o texto proposto para o *caput* do art. 90-L. Neste, fica patente a possibilidade de inversão ou a redistribuição do ônus da prova na sentença. Alguém poderia sustentar que a minuta estabeleceu, como regra, o saneamento do feito como momento próprio para tal decisão sobre o ônus da prova, mas permitiu, em caráter excepcional, quando concluída a instrução sem que se tenha nos autos prova suficiente para a formação da convicção do juiz, que a alteração da ordem legal da distribuição do ônus da prova possa se dar no julgamento. Ainda assim, permaneceria o óbice relativo à proibição de decisões-surpresa,

componente necessário do princípio do contraditório²⁰. O ideal seria que fosse suprimido o texto da cabeça do art. 90-L e nele inserido o conteúdo do parágrafo único do mesmo dispositivo, que será estudado mais adiante.

4.11. A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E A TEORIA DA CAUSA MADURA (ART. 90-I)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-I. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento ou de perícia, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelos juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Completando o ciclo de audiências, a minuta prevê a possibilidade de realização das audiências de instrução e julgamento e para esclarecimentos periciais. Ambas são, como ocorre no CPC, facultativas e deverão ser evitadas tanto quanto possível, notadamente em razão da previsão da audiência ordinatória, com todas as suas possibilidades (art. 90-H). A parte final do dispositivo, no entanto, faz referência ao “julgamento imediato da lide”, quando o mais técnico, permissa venia, seria falar em “julgamento conforme o estado do processo”, termo mais abrangente e já consagrado no CPC (art. 329 e ss.).

4.12. A PROVA PERICIAL E O PERITO (ART. 90-J)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-J. Se for necessária a realização de prova pericial, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito, preferencialmente dentre servidores públicos especializados na matéria da prova.

Parágrafo único. Não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial, competirá ao Poder Público, preferencialmente com recursos dos Fundos, nacional ou estaduais, de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito, que poderá optar por receber os honorários integralmente ao final.

O regime da prova pericial sofre duas alterações significativas, através do art. 90-J. De um lado, a minuta prevê que a perícia seja feita preferencialmente

por servidores públicos. É possível que o móvel de tal disposição, mais do que economizar com os honorários, seja garantir a lisura do procedimento, lançando-o à esfera de um funcionário público. A toda evidência, contudo, trata-se de uma opção arriscada que se espera seja utilizada com toda a prudência pelos julgadores, já que nem sempre os servidores públicos têm condições técnicas e materiais para realizar determinadas perícias de maior envergadura, como também eles estão suscetíveis às influências externas na elaboração de seus estudos.

A outra inovação contida no dispositivo diz respeito ao patrocínio das perícias privadas através dos fundos de direitos difusos, tais como o Fundo Nacional, previsto pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e regulamentado pela Lei nº 9.008/95. A medida deverá ser precedida de requisição judicial e somente será efetuada se o perito não optar por receber seus vencimentos integrais ao final do procedimento.

4.13. O PODER JUDICIAL PARA DETERMINAÇÃO EX OFFICIO DE MEDIDAS DE RECONSTITUIÇÃO DE BENS LESADOS (ART. 90-L, PARÁGRAFO)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-L. Concluída a instrução e não havendo provas suficientes para formar sua convicção, o juiz poderá, ao proferir a sentença, aplicar a regra de inversão do ônus da prova, levando em conta, também, a maior facilidade da parte na demonstração dos fatos da causa, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos, ou pela detenção de informações específicas sobre os fatos da causa.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências para a reconstituição dos bens lesados, podendo estabelecer, dentre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Como já sublinhado anteriormente, o *caput* deste dispositivo deveria ser afastado, por contrastar com o estabelecido no ar. 90-H, VI, bem como com os princípios do contraditório e da ampla defesa. O seu parágrafo único, ao revés, tem conteúdo que merece aplausos e poderia ocupar, sem prejuízo lógico, o topo do artigo. Nele fica impressa a possibilidade de o juiz buscar meios mais eficazes para a reconstituição dos bens lesados, ainda que fora dos limites da demanda. Cuida-se, como óbvio, de mitigação ao princípio da congruência, nos termos estabelecidos pelo art. 460 do CPC. A medida é salutar, mas deve levar em consideração, mais uma vez, os princípios do contraditório e da ampla

defesa. Além disso, a extrapolação judicial somente será legítima se for fruto dos elementos contidos no contexto fático instaurado pela demanda.

5. AVALIAÇÃO NEUTRA DE TERCEIRO

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-H. (...)

IV – poderá encaminhar o caso para avaliação neutra de terceiro, designado por ele, de confiança das partes;

(...)

§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, e será sigilosa, inclusive para o juiz, não podendo influir sobre a formação de seu convencimento.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro não é vinculante para as partes e tem a finalidade exclusiva de orientá-las na composição amigável do conflito.

Medida que provavelmente irá causar alguma polêmica, inclusive por seu ineditismo no país, é a previsão contida no art. 90-H da atuação de um terceiro neutro nos processos coletivos. De acordo como a minuta, o terceiro será designado pelo juiz, por indicação ou aceitação das partes, para elaborar uma “avaliação neutra” sobre a questão coletiva. Ocorre que esta avaliação será sigilosa, inclusive para o juiz, devendo ser entregue diretamente às partes, “extra-autos”, para orientá-las na composição amigável do conflito.

Mas, afinal, que terceiro neutro é esse?

Não se trata de *amicus curiae*, expressamente mencionado no parágrafo único do art. 90-Q e com atuação bastante diversa. Como o texto diz que o terceiro neutro deve ser uma pessoa da confiança das partes, para auxiliá-las na composição do conflito, parece que a inspiração da Comissão foi a chamada *neutral evaluation*, oriunda do direito norte-americano²¹. A *neutral evaluation* retrata um típico componente dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – MARC ou, no inglês, *Alternative Dispute Resolution – ADR*. Inclusive, quando a avaliação neutra é feita por juízes aposentados, surge o instrumento conhecido como *rent-a-judge* (“juiz de aluguel”). O problema é que a *neutral evaluation* tradicionalmente se encontra vinculada à mediação ou à arbitragem, mas não ao processo judicial. Daí o estranhamento em se prever que o juiz irá nomear o terceiro neutro e fixar prazo para a sua atuação.

Parece que o melhor caminho seria prever a possibilidade das partes, de comum acordo, postularem pela suspensão do processo (art. 265, II, do CPC), para buscarem o aconselhamento de um terceiro neutro, de modo extrajudicial (e não “extra-autos”), em prazo certo, mas independentemente de nomeação ou qualquer outra intervenção judicial. De fato, como a avaliação neutra de terceiro tem objetivos declaradamente conciliatórios e prazo fixado pelo juiz para ocorrer, parece recomendável determinar a suspensão do processo, enquanto tal aconselhamento esteja em andamento, para que não sejam praticados atos inúteis.

6. OS EFEITOS DOS RECURSOS (ART. 90-N)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-N. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores e bens jurídicos em questão, poderá atribuir-lhe efeito suspensivo.

O art. 90-N da minuta traz inovação já existente no sistema dos Juizados Especiais (art. 43 da Lei 9.099/95) e prevista no Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/10, que trata do novo Código de Processo Civil brasileiro²². O dispositivo prevê a mudança do modelo *opi legis* de concessão do efeito suspensivo para o modelo *opi judicis*. Trata-se de medida há muito tempo reclamada pela doutrina, por conta da sua capacidade de ampliar o escopo de eficácia da tutela do bem coletivo.

7. O FISCALIZADOR DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO COLETIVA (ART. 90-O)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-O. Para fiscalizar e implementar os atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, o juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação e terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função, exercida atendendo às diretrizes do juízo.

Em mais uma iniciativa inédita para o direito brasileiro, o art. 90-O da minuta prevê a possibilidade de nomeação de um agente fiscalizador da liquidação e da execução coletiva. A proposta é bastante salutar, pois, na prática, verifica-se que não raras vezes o processo coletivo é abandonado ou mal gerido após a fase de conhecimento, comprometendo sobremaneira a sua efetivação. A crítica fica por conta da possibilidade deste agente ter “acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função”. Faz parecer que o fiscalizador poderá, por exemplo, quebrar o sigilo bancário ou fiscal das pessoas, sem intervenção judicial, ao arrepio da Constituição Federal, em especial dos incisos X e XII do art. 5º, que trata das garantias fundamentais²³.

O ideal, portanto, seria que o dispositivo dissesse de forma clara que o agente fiscalizador poderia requerer ao juízo medidas voltadas ao desempenho da função, dentre as quais a quebra do sigilo bancário, financeiro, a obtenção de documentos, registros, atos etc.

8. A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO A QUALQUER TEMPO (ART. 90-P)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-P. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou relator poderá tentar a conciliação.

O art. 90-P da minuta estabelece aquilo que deveria existir no CPC, de forma genérica, para todos os procedimentos: que a conciliação pode ser buscada a qualquer tempo, inclusive no âmbito do tribunal, pelo relator do processo. Atualmente, apesar do Código dizer que a conciliação pode ser tentada “a qualquer tempo”²⁴, inexistente a prática da realização de investidas conciliatórias nas instâncias superiores. Por isso, é digna de reverência a proposta.

9. A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS (ART. 90-Q)

Texto proposto (acréscimo)

Art. 90-Q. Em qualquer tempo e grau de jurisdição, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas

e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial.
Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de amicus curiae.

O último artigo da minuta prevê a possibilidade de realização de audiências públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Novamente, acertou a Comissão ao prestigiar o instituto das audiências públicas, tão afinado com os ideais democráticos e participativos que devem nortear os processos coletivos. O mesmo se diga em relação à previsão do *amicus curiae*, que pela primeira vez passa a ser admitido na primeira instância²⁵.

10. CONCLUSÕES

Antes de mais nada, é preciso parabenizar a Comissão de Juristas, não apenas pelo trabalho feito, mas também pela bela iniciativa de divulgar suas minutas. Numa época em que os debates sobre os projetos de lei são feitos de forma superficial, a partir da discussão de ideias e conceitos, a Comissão de Juristas teve o desprendimento e, por que não dizer, a coragem de apresentar os primeiros resultados de seu trabalho para a sociedade. Se as sugestões apresentadas por todos os segmentos da sociedade vierem a ser incorporadas, como afirmado por seus representantes, será uma das mais democráticas iniciativas legislativas que já se teve notícia (fora, é claro, dos sistemas de participação direta, tais como o plebiscito, o referendo e o projeto de lei de iniciativa popular).

O texto, como visto, apresenta alguns problemas bem pontuais em determinados dispositivos. No geral, entretanto, sua avaliação é mais do que positiva, pois seu conteúdo é capaz de atender aos objetivos de modernização do CDC. Merecem destaque, dentre outros, a nova definição dos direitos individuais homogêneos, a definição legal da relevância social e jurídica da tutela coletiva, a previsão do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, a previsão da imprescritibilidade das ações coletivas, a menção à defensoria pública no rol de legitimados, a previsão da adaptabilidade e da fungibilidade do procedimento, a retirada do efeito suspensivo *opi legis* dos recursos, a possibilidade de realização da audiência de conciliação e de audiências públicas, inclusive nas instâncias superiores, e a intervenção do agente fiscalizador e do *amicus curiae*.

Seja pacificando temas controvertidos ou inserindo novos institutos na

tutela coletiva, a Comissão de Juristas logrou produzir uma minuta preliminar de qualidade e que, se for aprovada, desencadeará uma nova era, não apenas na seara consumerista, mas também na tutela coletiva de uma maneira geral.

NOTAS

¹Texto extraído da palestra originalmente apresentada durante o *IV Seminário de Direito do Consumidor*, realizado no auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMRJ, no dia 9 de setembro de 2011.

²Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Doutorando em Direito. Professor de cursos de pós-graduação e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros *Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei nº 9.099, de 26/9/95 e Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios*. Membro do IAB e do IBDP e do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris.

³Uma questão que não costuma ser tratada, pelo menos de forma ostensiva, mas certamente serve de incremento para as discussões sobre a conveniência das reformas é a qualidade de algumas alterações que foram realizadas recentemente. Tal discussão, que passa ao largo do campo teórico, deve ser sopesada com cuidado, para não viciar o debate. No entanto, é preciso reconhecer que o Parlamento brasileiro tem dado mostras frequentes da implementação de reformas pontuais, casuísticas e de pouquíssima utilidade. Um dos mais significativos exemplos desse “movimento” foi a edição da Lei nº 12.376/10, que teve como único propósito alterar o “nome” da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), para que passasse a ser chamada de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. O próprio CDC foi alvo de uma alteração, no mínimo esdrúxula, por parte da Lei nº 11.785/08, que se limitou a alterar o § 3º do seu art. 54, para definir o tamanho mínimo da fonte a ser empregada na impressão de contratos de adesão. Neste particular, entretanto, a qualidade dos membros da Comissão de Jurista pode afastar qualquer receito no que tange à qualidade e à pertinência das propostas desenvolvidas.

⁴Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade, *in Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública* (Coord. Arnaldo Wald), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152.

⁵STF – Pleno – Rcl 602/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02/09/2007.

⁶O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas, *in Revista do Advogado*, Ano XXVI, nº 89, dez/06, p. 07.

⁷Por todos, veja-se o seguinte acórdão: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DOAÇÃO DE IMÓVEL REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POPULAR. ANALOGIA (UBI EADEM RATIO IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA” (STJ – 1ª Turma – RESP 910625/RJ – Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/04/2008).

⁸Importante que se diga que o tema não é pacífico nem mesmo no STJ. Existem decisões

defendendo a imprescritibilidade (RESP 647.493/SC – 2ª Turma – Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 22/05/2007). Pode ser encontrada, inclusive, posição intermediária, fazendo distinção entre as ações coletivas prescritíveis e as imprescritíveis. “4. O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7. Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8. O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental” (RESP 1120117/AC – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 10/11/2009).

⁹Neste sentido, por todos, veja-se: “PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SÚMULA Nº 02 DO TRF4. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Ajuizada Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, na condição de substituto processual, objetivando a revisão dos benefícios previdenciários alcançados pelo teor da Súmula nº 02 do TRF4, a citação válida do INSS interrompe a prescrição quinquenal em favor de todos os substituídos. 2. Interrupção que tem seu marco inicial fixado coincidentemente com o ajuizamento da Ação Civil Pública e produz efeitos inclusive no tocante às ações individuais posteriormente propostas pelos substituídos. 3. Irrelevância de a Ação Civil Pública ter sido posteriormente extinta sem exame do mérito, pois presente a citação válida, ato suficiente à interrupção da prescrição. 4. Recurso conhecido e improvido” (TRF4 – Turma de Uniformização – Incidente de uniformização (JEF/RS JEF/PR) 2003.70.00.042475-7/PR, p. em 16/6/2005). Em sentido contrário: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO HÁ INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. APLICA-SE O ART. 104 DA LEI 8.078/90. 28,86%. MILITAR. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I) Embora o art. 104 da Lei nº 8.078/90 haja sido concebido na legislação consumerista, a sua aplicação não se restringe às relações de consumo, posto tratar-se de norma de conteúdo geral voltada a regulamentação de ações tendentes a defesa dos direitos e interesses meta-individuais, difusos e coletivos, razão pela qual, não pode a incidência do mesmo ser afastada em se tratando de Ação Civil Pública. II) O recurso interposto demonstra claramente a ausência de argumentos aptos à modificação da decisão hostilizada. III) Agravo interno desprovido” (TRF2 – 6ª Turma Especializada – AGTAC 391424/RJ (2006.51.17.003363-6) –

Rel. Des. ROGERIO CARVALHO, j. em 14/11/2007).

¹⁰Por todos, sintetizando o pensamento da doutrina e jurisprudência brasileira, confira-se o parecer lavrado por Ada Pellegrini Grinover para a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85 –, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público –CONAMP (ADIN 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia). Anote-se, ainda, que a legitimidade da Defensoria Pública não está prevista apenas no citado art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, mas também, dentre outros textos, na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94), que diz em seu artigo primeiro: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

¹¹Veja-se o rol de atuações da Defensoria Pública no art. 4º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94).

¹²Por todos, veja-se as anotações de Fredie Souza Didier Júnior: *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 57, 01/07/02. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2986>>. Acesso em: 22/09/2011.

¹³“Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

¹⁴No Brasil, a fungibilidade historicamente é associada à flexibilização da regra de admissibilidade recursal. Neste sentido, o CPC de 1939 previa o princípio da fungibilidade recursal em seu art. 810, nos seguintes termos: “salvo em hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”. O atual CPC, no entanto, trata da fungibilidade de forma desconcentrada, através de diferentes regras. No plano procedimental, contudo, o atual CPC prevê a fungibilidade em determinados ritos especiais, tais como na ação possessória (art. 920). Este é o parâmetro que se busca estabelecer, apesar da péssima redação do mencionado art. 920.

¹⁵Muito embora vozes abalizadas sustentem que é possível obter um provimento de urgência até mesmo dentro da sentença. *Data venia*, mas tal expediente representa, de certa forma, uma burla à lei.

¹⁶Esta posição é corroborada pela redação dos parágrafos terceiro e quarto do art. 90-F, que sancionam gravemente a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação.

¹⁷“Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação (...)”.

¹⁸Um dos membros da Comissão, o Prof. Kazou Watanabe, é um dos defensores do entendimento de que a inversão deveria se dar na prolação da sentença, por versar sobre regra do juízo: *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 715. A corrente majoritária, entretanto, foi a sustentada pelo Prof. Luiz Antônio Nunes Rizzato, segundo a qual a inversão deveria ocorrer no saneamento do processo, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa: *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material (arts. 1º ao 54)*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

¹⁹Representando a posição prevalente, pode ser citado o seguinte aresto: “A inversão do ônus da prova, com amparo na regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, além de não ser automática e depender do preenchimento de um dos requisitos ali contidos, é regra de procedimento, o que implica em dizer que o Magistrado, necessariamente, até o despacho saneador, deve decretá-la, a fim de que cada parte possa nortear a sua atividade probatória de acordo com tal critério, sob pena de cerceamento de defesa. Assim, se a autora não se insurge oportunamente quanto à omissão do Juiz em inverter o ônus da prova, para o deslinde da questão, válidas são as regras gerais de distribuição do ônus da prova, previstas no artigo 333, I, do Código de Processo Civil” (TJPR – 10ª Câmara Cível – AC 7015250 – Rel. Des. Luiz Lopes, j. em 03/03/2011). A posição minoritária tem, entretanto, inúmeros julgados em seu favor, como se pode ver da seguinte ementa: “INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE JULGAMENTO A SER ADOTADA A CRITÉRIO DO JULGADOR, NO MOMENTO DA DECISÃO. DESNECESSIDADE DE INVERSÃO NO DESPACHO SANEADOR” (TJSP – 10ª Câmara de Direito Privado – AI 4007291520108260000 – Rel. Des. João Carlos Saletti, j. em 26/07/2011).

²⁰Por todos, veja-se as observações feitas em seu blog pelo Prof. José Miguel Garcia Medina: *Princípio do contraditório, Processo Civil Moderno e a proibição de “decisões surpresa” no Projeto do Novo CPC*. Disponível em: <http://professormedina.wordpress.com/2010/09/01/principio-do-contraditorio-processo-civil-moderno-e-a-proibicao-de-decisoes-surpresa-no-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em: 22/09/2011.

²¹De acordo com John S. Blackman, a *neutral evaluation*, também conhecida como *early neutral evaluation* – ERE ou *case evaluation* representa o “*process in which a third party neutral examines the evidence and listens to the disputant’s positions, and then gives the parties his or her evaluation of the case. But it can be much more than that too. It can be an extraordinarily flexible, beneficial process, and in the hands of a skilled neutral evaluator it can go way beyond someone simply hearing the facts of a case, then pegging a number or outcome to it.*” (*Neutral Evaluation – An ADR Technique Whose Time Has Come*, disponível em: <http://library.findlaw.com/1999/Sep/1/128447.html>. Acesso em 22/09/2011.

²²Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão”.

²³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou

moral decorrente de sua violação; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...)."

²⁴Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes".

²⁵Necessário que se diga que o CPC projetado prevê a intervenção do *amicus curiae* em todos os processos, inclusive na primeira instância: "Art. 322. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos".

SOBRE-ENDIVIDAMENTO OU INSOLVÊNCIA?

BREVE ESTUDO SOBRE OS MODOS DE TRATAMENTO NO
DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

ANA FILIPA CONCEIÇÃO

ana.conceicao@ipleiria.pt

Docente da Escola Superior de Tecnologia e

Gestão do Instituto Politécnico de Leiria

Doutoranda em Direito Privado na Universidade de Salamanca

EXCERTOS

“Cumpra ao legislador a criação de mecanismos de prevenção e tratamento do sobre-endividamento, de modo a que o consumidor compreenda totalmente os riscos da contratação que efetua e possa enfrentar”

“Em Portugal, o legislador parece alheado do tratamento sistematizado do sobre-endividamento, coexistindo diversa legislação que visa a sua prevenção e tratamento mas faltando-lhe a coesão necessária para que se possa afirmar a existência de um regime consumerista a respeito do sobre-endividamento”

“Existem dois tipos de sobre-endividamento, com base na classificação relativa à sua origem, sendo que apenas o sobre-endividamento a que se alie a boa-fé do devedor tem lugar em eventuais procedimentos legais de tratamento do próprio sobre-endividamento”

“Sobre-endividamento de má-fé, endógeno ou ativo, é aquele decorrente de dolo ou negligência do devedor, que contribuiu ativamente para se colocar numa situação de impossibilidade de pagamento não planeando antecipadamente os compromissos assumidos e procedendo a uma acumulação exagerada de créditos em relação aos rendimentos efetivos esperados”

“O plano de pagamentos, enquanto mecanismo de tratamento da insolvência dos consumidores, tem obtido, apesar das vantagens designadas, escassa repercussão na prática jurídica insolvencial, optando os insolventes esmagadoramente pela exoneração do passivo restante”

I. INTRODUÇÃO

São distintas as circunstâncias económicas que presidem ao enquadramento temporal deste breve estudo. Ao passo que, na Europa, os consumidores são confrontados com uma crise económica prolongada, que se traduz nas medidas de austeridade implantadas nos países da zona euro, com a conseqüente diminuição dos rendimentos e dos apoios sociais às famílias, aumento do desemprego, de taxas de juro, da carga fiscal e de dificuldades de acesso ao crédito por parte de consumidores e empresas, no Brasil tem-se verificado nos últimos anos, um cenário de crescimento económico. No entanto, embora em escalas distintas, a proteção e tratamento dos consumidores endividados é imperativa numa sociedade aberta ao crédito, tal como se verifica em Portugal e no Brasil, não só juridicamente, por previsão constitucional, como veremos, mas económica e socialmente.

O sobre-endividamento ou insolvência dos consumidores, como resultado da relação entre um conjunto de obrigações previamente assumidas por aqueles e determinados fatos que potenciam ou criam uma incapacidade de cumprimento das mesmas, não é, portanto, exclusivo de uma conjuntura de crise económica. É bem verdade que o aumento do número de sobre-endividados/insolventes se verificará em tais circunstâncias, mas nenhum consumidor, especialmente o que habitualmente recorre ao crédito, estará imune à possibilidade de incumprimento prolongado que, como veremos, configura precisamente a figura ora em análise. Além disso, a necessidade de previsão de mecanismos específicos deriva também do fato de, nas sociedades abertas ao crédito, este não ser considerado como um mal em si mesmo, uma vez que permite ao consumidor, de forma regrada e com uma gestão consciente, o acesso a bens e serviços de consumo que, de outro modo, lhe estariam vedados. Assim sendo, é legítimo que os consumidores possam esperar que, para além da proteção legalmente concedida no momento da contratação, seja ela extensível aos casos em que a sua incapacidade de cumprimento fica seriamente comprometida, pelos motivos que veremos de seguida.

Neste contexto, cumpre ao legislador a criação de mecanismos de prevenção e tratamento do sobre-endividamento, de modo a que o consumidor compreenda totalmente os riscos da contratação que efetua e possa enfrentar, de forma rápida e com custos relativamente reduzidos, as dificuldades económicas que contribuam para o agravamento da sua situação creditícia e que, ficando por tratar, potenciarão a exclusão económica e

social, para além de impedirem a normal satisfação das suas necessidades essenciais. É, precisamente, na repartição equilibrada dos riscos do mercado por consumidor e credores que assentará a legislação destinada a cumprir os objetivos referidos.

Exporemos então, uma vez que a abordagem legislativa foi distinta em Portugal e no Brasil, a definição tanto de sobre-endividamento como de insolvência, de modo a compreendermos quais as concretas circunstâncias económicas, financeiras e jurídicas que permitem ao devedor aceder a estes modos de tratamento, o que servirá para enquadrarmos a nossa exposição. Seguidamente, analisaremos de forma sintetizada os mecanismos disponibilizados por ambos os legisladores no sentido de atacar o estado patrimonial negativo do consumidor que, como veremos, obedecem a distintas inspirações e modelos legislativos. Por um lado, no direito português, centrar-nos-emos no plano de pagamentos e na exoneração do passivo restante, presentes no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, datado de 2004. Por outro, no que concerne ao direito brasileiro, analisaremos um anteprojeto de lei, datado de 2010, onde se inclui a conciliação e a reestruturação judicial.

II. DO SOBRE-ENDIVIDAMENTO E DA INSOLVÊNCIA – DUAS DESIGNAÇÕES PARA O MESMO ESTADO PATRIMONIAL NEGATIVO?

A designação jurídica do objeto que pretendemos estudar não é, em primeiro lugar, uniforme. No direito brasileiro, o termo utilizado será sobre-endividamento, ou superendividamento. Já em Portugal, apesar de esta nomenclatura não ser desconhecida ou apartada da lei positiva, é o termo insolvência o comumente utilizado na circunscrição e aplicação dos tratamentos que indicaremos. A esta discrepância de terminologia não será alheia a abordagem jurídico-legislativa à temática: ao passo que no direito brasileiro é o Direito do Consumo que pontua na criação dos mecanismos de prevenção e ataque ao sobre-endividamento, em Portugal assiste-se a uma dicotomia, colocando-se a prevenção do lado do Direito do Consumo e o tratamento, primordialmente, no âmbito do Direito da Insolvência¹.

A diferença apresentada também deriva da distinta fonte de inspiração dos legisladores brasileiro e português – o primeiro encontra-se enquadrado com a formulação francesa do tratamento do sobre-endividamento, derivado

do *Code de la Consommation*; o segundo bebe inspiração na *Insolvenzordnung* alemã. Todavia, apesar da existência do Código do Consumidor brasileiro, atualmente em revisão, o legislador optou por formular a regulamentação do sobre-endividamento numa lei extravagante, de modo a dar coerência ao binómio prevenção/tratamento que pretende introduzir no direito

Para os efeitos jurídicos que pretendemos, insolvência e sobre-endividamento serão equiparáveis

brasileiro. Em Portugal, o legislador parece alheado do tratamento sistematizado do sobre-endividamento, coexistindo diversa legislação que visa a sua prevenção e tratamento mas faltando-lhe a coesão necessária para que se possa afirmar a existência de um regime consumerista a respeito do sobre-endividamento. Por esse motivo, foi dado lugar ao direito insolvential

que, tal como afirmado, permite tratar, mas não prevenir, a insolvência dos consumidores.

Relativamente à definição de sobre-endividamento, podemos desde logo afirmar, na senda da definição fornecida pelo *Code de la Consommation*, que se trata de um estado patrimonial que consiste na impossibilidade manifesta, por parte do devedor de boa-fé, de cumprir as suas obrigações não profissionais, vencidas ou a vencer. Referem Frade e Abreu Lopes que o sobre-endividamento consiste “em termos gerais (...) em situações nas quais as famílias são incapazes de pagar uma ou mais dívidas com base no seu rendimento disponível, na altura do seu vencimento”². Por sua parte, Lima Marques indica que o sobre-endividamento consiste “na impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com a sua capacidade atual de rendas e de património”³.

Temos assim que o conceito de sobre-endividamento se divide em dois elementos fundamentais: elemento subjetivo e objetivo. No primeiro, enquadraremos o consumidor, uma vez que o tratamento do sobre-endividamento se destina apenas a quem possua um endividamento de origem não profissional. Por outro lado, identificar o consumidor enquanto sujeito singular não é suficiente, uma vez que o sobre-endividamento é, recorrentemente, uma situação patrimonial com impacto familiar, pelo que deveremos considerar o agregado familiar. Assim, o elemento subjetivo é extenso, podendo ir desde indivíduos isolados a agregados familiares constituídos das mais diversas formas (agregados monoparentais, biparentais,

incluindo dependentes)⁴.

Relativamente ao elemento objetivo, como dissemos já, o sobre-endividamento implica dívidas de origem não profissional, sejam derivadas de despesas correntes, crédito ao consumo, crédito de origem particular, crédito hipotecário para aquisição de habitação permanente, ou, de forma mais gravosa, quando os devedores contraem créditos pessoais para satisfação de pagamento de outras dívidas, que se contrapõem ao rendimento normal e ao património daqueles. Podemos, assim afirmar que sobre-endividamento se define como uma situação de impossibilidade duradoura ou estrutural do devedor cumprir o conjunto de dívidas vencidas ou a vencer. Esta noção implica que o devedor se confronta com a impossibilidade atual ou considera, com forte possibilidade, vir a não poder cumprir o conjunto das suas dívidas, quer por inexistência de rendimentos ou património disponível, quer por não poder recorrer mais ao crédito, na data do seu vencimento. Esta é a situação limite do sobre-endividamento, podendo existir graus intermédios, que se aferem com base em duas situações distintas, isto é, ou o devedor tem um excesso de dívidas, mas consegue cumpri-las com normalidade e na data do seu vencimento, ou não contraiu quaisquer créditos mas tem os seus rendimentos comprometidos quase na totalidade com os seus gastos correntes⁵.

Não importa assim quantas dívidas tem o conjunto a que aludimos, mas a relação que se estabelece entre, por um lado, a liquidez e o património do devedor e, por outro, os pagamentos que são devidos numa determinada data (o que torna comum, por exemplo, o chamado sobre-endividamento hipotecário, quando o devedor se vê a braços com a impossibilidade de cumprimento da prestação relativa ao crédito contraído para aquisição de habitação própria). Para tal poderá utilizar-se o cálculo da taxa de esforço, correspondente a estabelecer um rácio entre o rendimento disponível e aquele que se encontra ao serviço da dívida, isto é, a soma de amortizações e juros.⁶ Por outro lado, a diminuição do *standard* normal de vida dos indivíduos é também um indicativo de uma situação de sobre-endividamento⁷.

Existem dois tipos de sobre-endividamento, com base na classificação relativa à sua origem, sendo que apenas o sobre-endividamento a que se alie a boa-fé do devedor⁸ tem lugar em eventuais procedimentos legais de tratamento do próprio sobre-endividamento:

- sobre-endividamento de boa-fé, exógeno ou passivo, ou seja, aquele que deriva de fatores externos e alheios à vontade do devedor, que se dividem em fatores imprevisíveis, como sejam o desemprego, o emprego precário, o

divórcio, a viuvez, doença, morte de um familiar da rede de suporte, entre outros, e fatores que, mesmo sendo previsíveis, ultrapassam a previsão razoável e cuidada do devedor, como sejam as subidas das taxas de juro, por exemplo. A situação conjuntural de crise económica que atravessamos trouxe, por isso, o agravamento das condições de pagamento de muitos devedores que não suportaram estes fatores de origem financeira.

- sobre-endividamento de má-fé, endógeno ou ativo, decorrente de dolo ou negligência do devedor, que contribuiu ativamente para se colocar numa situação de impossibilidade de pagamento não planeando antecipadamente os compromissos assumidos e procedendo a uma acumulação exagerada de créditos em relação aos rendimentos efetivos e esperados. Esta má-fé avalia-se por via do critério de consumidor médio, razoavelmente informado dos seus direitos e deveres que, dispondo à partida de um rendimento insuficiente, se endivida sem possibilidade, prevista por ele, de cumprir as suas obrigações, ou considerando existir forte probabilidade de tal vir a suceder.

A distinção entre ambas as situações permite, portanto, o acesso a eventuais formas de tratamento da situação de sobre-endividamento, tuteladas por poderes públicos, sejam administrativos ou judiciais (quando criadas), e coloca também o devedor de boa-fé em boa perspectiva de conseguir obter um acordo extrajudicial com os seus credores, tanto através de negociação individual com cada um deles como através de meios de resolução alternativa de litígios que permitam uma renegociação coletiva do seu passivo.

Como sabemos, o legislador português não conceptualiza ou define o sobre-endividamento em nenhum instrumento legal. Fá-lo, contudo, em relação à insolvência. No art. 3º, nº1, do CIRE, indica o legislador, no que concerne às pessoas singulares (admitidas ao processo de insolvência pelo art. 2º, nº 1, a, CIRE), um critério geral que define insolvência como a impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas⁹, que se designará como insolvência atual. Indica-se ainda, no nº 4 do referido artigo, que se equipara à noção de insolvência atual a que seja meramente iminente, ou seja, quando o devedor preveja, de forma séria, uma incapacidade futura de cumprimento regular e pontual das dívidas a vencer¹⁰. Assim sendo, cruzando a noção de insolvência, tanto atual, como iminente, com as noções de sobre-endividamento que vimos acima, chegamos à conclusão que, para os efeitos jurídicos que pretendemos, ou seja, analisar quais os mecanismos legais passíveis de acudir ao devedor no caso de incapacidade de cumprimento das suas obrigações não profissionais, insolvência e sobre-endividamento serão equiparáveis. De notar, todavia, que o legislador português não introduz o

conceito de boa-fé na noção de insolvência mas, como veremos, utilizá-la-á como medida de comportamento do consumidor no acesso à exoneração do passivo restante.

Significa assim que, dependendo das opções tomadas pelo legislador, quer tratando o sobre-endividamento de *per si*, quer submetendo o devedor ao crivo de um processo de tipo concursal, faticamente a realidade económico-financeira que subjaz ao tratamento jurídico pode ser tida como idêntica.

III. O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA DO CONSUMIDOR NO DIREITO PORTUGUÊS

Malgrado as normas constitucionais, nomeadamente o art. 60º, nº 1, da CRP, que impõe ao Estado o dever de proteger os interesses económicos dos consumidores, entre outros, não têm sido frutíferas as tentativas, em Portugal, de criação de um regime específico para o tratamento do sobre-endividamento/insolvência dos consumidores. Em primeiro lugar, o Anteprojecto do Código do Consumidor¹¹, datado de 2006, que previa um processo específico para a insolvência dos consumidores, alternativo ao CIRE (com intervenção judicial e administrativa, de gabinetes públicos de apoio ao sobre-endividado criados para o efeito) não chegou a aprovar-se. Em segundo lugar, o mecanismo de interação entre o processo executivo e o tratamento do sobre-endividamento, gerado pela Portaria nº 312/2009, de 30 de março, revelou-se um fracasso. Estabelece-se que, num processo executivo que termine com inexistência de bens penhoráveis, o devedor poderá evitar a inclusão do seu nome na lista pública de execuções quando, estando sobre-endividado, negocie um plano de pagamentos com alguma das entidades reconhecidas para o efeito¹². Caso se trate de um processo executivo do tipo arbitral, idênticas medidas poderão ser tomadas, suspendendo-se o processo por acordo das partes.

No entanto, como afirmamos, os resultados destas medidas tardam em chegar, não existindo suficiente informação veiculada aos consumidores executados, nos próprios tribunais, para que possam procurar o apoio especializado das referidas entidades. Por outro lado, encontrando-se já o consumidor em incumprimento, a negociação de um acordo com os credores poderá ficar comprometida, tornando estas medidas ineficazes desde a sua gênese¹³. Assim sendo, o grosso do tratamento extrajudicial do sobre-

endividamento estará a cargo dos próprios consumidores e de entidades privadas, sem qualquer tipo de intervenção ou supervisão pública.

Encontramos, todavia, um remédio judicial para a insolvência dos consumidores. A universalidade da lei insolvencial portuguesa permite-lhe abarcar todos os tipos de devedores, desde pessoas singulares a pessoas coletivas, passando pela herança e por outros patrimónios autónomos, que

O grosso do tratamento extrajudicial do sobre-endividamento estará a cargo dos próprios consumidores e de entidades privadas

a lei descreve assaz pormenorizadamente, no seu artigo 2º. É precisamente na alínea *a* que se localiza o consumidor, por detrás da locução “pessoas singulares”, como afirmamos. Todavia, ao contrário do que acontece em outros ordenamentos, o legislador português foi sensível às especificidades do processo de insolvência dirigido a pessoas singulares, criando dois mecanismos de exclusiva aplicação

a estes: o plano de pagamentos e a exoneração do passivo restante, precedida de liquidação dos bens do devedor. É no preâmbulo do CIRE que encontramos a justificação para a diferenciação, sendo que se pode ler no considerando 44 que “a sujeição ao processo de insolvência de pessoas singulares e coletivas, tanto titulares de empresas como alheias a qualquer atividade empresarial, não é feita sem a previsão de regimes e institutos diferenciados para cada categoria de entidades, que permitam o melhor tratamento normativo das respectivas situações de insolvência”.

Apesar das dificuldades de acesso ao processo insolvencial, como sejam a falta de informação sobre o processo, o seu elevado custo, a falta de preparação dos advogados e a negação do apoio judiciário aos insolventes mais carenciados, o constante aumento do número de processos de pessoas singulares¹⁴ vem demonstrar que se trata de um meio válido para acolher este tipo de devedores, incluindo consumidores. Por esse motivo, iremos analisar as duas soluções expostas pelo legislador como adequadas a este tipo de insolvência: o plano de pagamentos e a exoneração do passivo restante.

1. O PLANO DE PAGAMENTOS

O plano de pagamentos consiste na primeira das soluções estritamente pensadas para o tratamento da insolvência das pessoas singulares, tal como se depreende do âmbito subjetivo definido pelo art. 249, nº 1, CIRE. Não se trata, na realidade, de uma solução *pro* consumidor, uma vez que o âmbito objetivo definido pelo referido artigo permite incluir não apenas pessoas

singulares consumidoras, mas também pequenos empresários e profissionais liberais ou autônomos¹⁵.

Trata-se de uma fórmula de tratamento alternativa à liquidação dos bens do devedor, consistindo numa negociação entre este e os seus credores, com vista à aprovação de um negócio jurídico que preveja, designadamente, nas palavras da lei, *moratórias, perdões, constituição de garantias, extinções, totais ou parciais, de garantias reais ou privilégios creditórios existentes, um programa calendarizado de pagamentos ou o pagamento numa só prestação e a adoção, pelo devedor de medidas concretas de qualquer natureza suscetíveis de melhorar a sua situação patrimonial* (art. 252º, nº 2, CIRE).

As vantagens da aprovação de um plano de pagamentos, no âmbito do processo de insolvência, são inegáveis:

a) a tramitação do processo de insolvência é bastante mais curta do que a verificada no processo de insolvência que contenha uma solução do tipo liquidatório;

b) os custos do processo serão mais reduzidos, uma vez que não há necessidade de nomeação de um administrador de insolvência;

c) a possibilidade de obtenção de pagamento, pelo menos parcial, por parte dos credores, é maior do que a observada em processos com insuficiência de massa insolvente, ou seja, quando o devedor apresenta um acervo de bens e rendimentos impenhoráveis suscetíveis de encerramento do processo, o que lhe permitirá obter a exoneração do passivo restante;

d) o devedor não enfrenta as consequências negativas da declaração de insolvência, como seja a suspensão das suas faculdades de administração e disposição de bens, a qualificação da insolvência, que poderá, em caso de insolvência culposa, originar a inabilitação do devedor posterior ao encerramento do processo, e ainda o estigma social da declaração de insolvência, uma vez que não é dada publicidade à declaração de insolvência verificada.

O plano de pagamentos pode ser solicitado pelo devedor, individual ou conjuntamente com o seu cônjuge, nos termos dos artigos 249, nº 2, e 264, nº 4, b, CIRE, desde que o regime de bens do casamento inclua alguma das formas de comunhão admitidas por lei. O CIRE é ainda claro, indicando que, caso ambos os cônjuges se apresentem à insolvência, o plano de pagamentos eventualmente oferecido deverá, obrigatoriamente, ser elaborado em conjunto.

A lei indica diferentes fases na tramitação do plano de pagamentos: *apresentação; apreciação liminar pelo juiz; suspensão do processo; notificação aos*

credores; aprovação do plano pelos credores; homologação judicial.

A primeira das fases vem prevista nos artigos 251º, 253º e 264º, CIRE. O devedor deverá apresentar uma proposta de plano de pagamentos com a petição inicial, caso se trate de uma apresentação à insolvência ou, no caso de um pedido de declaração de insolvência desencadeado por um credor, em alternativa à oposição à declaração de insolvência, até dez dias após a citação. O momento da apresentação do plano é estabelecido com alguma rigidez, devido a dois fatores. Por um lado, os prazos processuais, na fase inicial do processo, são bastante curtos; por outro, a apresentação de um plano de pagamentos implica a confissão, por parte do devedor, da sua situação de insolvência, tal como previsto no art. 252º, nº 4, CIRE¹⁶. Verificamos, deste modo, que a apresentação de uma proposta de plano de pagamentos se encontra vedada aos credores, fazendo do devedor o único legitimado para tal.

O plano de pagamentos, tal como afirmado, poderá conter quaisquer dos conteúdos previstos na lei, ou outros, incluindo a cessão total ou parcial de bens aos credores (art. 252, 4, CIRE). A amplitude e a flexibilidade da lei permitem, deste modo, que o devedor possa manter os seus bens, podendo dispor deles em favor dos credores se assim o considerar mais favorável. Estas características permitem que o plano de pagamentos possa ser distinto de devedor para devedor, adaptando-se às cambiantes dos casos concretos, tal como se prevê no artigo 252., nº 1, CIRE.

O devedor deverá avançar com uma proposta concreta de plano de pagamentos, acautelando os interesses dos diferentes tipos de credores, com respeito pelo princípio do *par conditio creditorum*, ou seja, a igualdade entre os credores. Segundo Menezes Leitão, “o plano de pagamentos reveste a natureza de uma proposta contratual escrita, devendo ser formulada pelo devedor em termos que permitam obter o consenso dos credores”¹⁷. Avança ainda a lei que a proposta deverá ser formulada de modo a que possa ser aprovada pelos credores. Isto significa, de acordo com Carvalho Fernandes e Labareda, que “as medidas do plano devem ser tais que assegurem aos credores a satisfação dos seus interesses em medida que os leve a aceitá-lo, por ser, pelo menos, correspondente à satisfação que o prosseguimento do processo de insolvência, nas suas várias fases, razoavelmente acarretaria”¹⁸. O devedor não deverá, desta forma, propor um plano materialmente irrealizável, ou desproporcionado à sua capacidade patrimonial, não só porque tal não acautela os interesses dos credores mas, essencialmente, porque potencia a rejeição do plano por parte destes.

De acordo com o art. 252, CIRE, solicita-se ainda ao devedor que junte diversos anexos, definidos nas diferentes alíneas do nº 5 do artigo 252º do CIRE. Estes incluem uma declaração de honra na qual o devedor afirma preencher os requisitos do art. 249º do CIRE, uma relação de bens e rendimentos disponíveis, um resumo do ativo, que consiste no sumário

O legislador português foi sensível às especificidades do processo de insolvência dirigido a pessoas singulares

da relação anterior, uma relação de credores, com indicação das respetivas moradas, montantes dos créditos, natureza dos mesmos e eventuais garantias existentes e, por fim, uma declaração na qual o devedor afirma que todas as declarações se têm por completas e verdadeiras. De modo a facilitar a entrega dos anexos, definiu o legislador um formulário, que deverá ser utilizado por todos os devedores, salvo manifesta inadequação (artigo 252º, nº 6)¹⁹. Por último, sob pena de preclusão de tal possibilidade, o devedor deverá indicar se pretende a exoneração do passivo restante em caso de não aprovação ou homologação do plano de pagamentos, de acordo com o art. 254º, o que faz com que ambas as fórmulas de conclusão do processo sejam alternativas e não cumulativas.

Entregue o plano de pagamentos, seguem-se as fases da apreciação liminar e da suspensão do processo de insolvência, que se encontram interconectadas, de acordo com o art. 255º do CIRE, iniciando-se o incidente processual do plano de pagamentos. Deste modo, compete ao juiz a análise formal e material do plano apresentado pelo devedor, podendo tomar duas decisões – recusar o plano, originando o regresso do processo à sua tramitação normal, com a imediata declaração da insolvência, ou remetê-lo aos credores, notificando-os, o que comporta a suspensão do processo, que tramitará em incidente processual.

A análise formal do juiz deverá incidir essencialmente sobre as informações anteriormente referidas, a serem fornecidas obrigatoriamente pelo devedor, quer no plano quer nos respetivos anexos. A falta ou a incorreção de algum dos elementos essenciais poderá ser sanada pelo devedor, fixando o juiz um prazo razoável, de acordo com o art. 252º, n.º 8, CIRE. Caso o devedor não realize as devidas operações até ao final do prazo, considera-se que desistiu do plano de pagamentos, de acordo com o mesmo artigo.

Materialmente, o juiz poderá pronunciar-se sobre o conteúdo do plano de pagamentos, aferindo, de forma objetiva, se aquele protege de forma coerente e necessária os interesses dos credores, rejeitando o plano se considerar, nas

palavras da lei, que a sua aprovação será altamente improvável.

A recusa do plano, por parte do juiz, determina a retoma da tramitação do processo de insolvência, sendo esta imediatamente declarada, nos termos do art. 255º, nº 2, CIRE. Por outro lado, caso o juiz decida submeter o plano à apreciação dos credores, ordena a suspensão do processo e a notificação daqueles, nos termos dos art 255º, nº 1, e 256º, nº 1, do CIRE.

São notificados por carta registada todos os credores indicados pelo devedor no anexo ao plano de pagamentos, de modo a que se pronunciem sobre o conteúdo do plano e sobre a natureza, montante e características do seu crédito, no prazo de dez dias, tal como estabelecido no art 256º, nº 2, a. É extremamente importante que o devedor analise o seu passivo corretamente, de modo a indicar todos os credores, uma vez que todos os que sejam excluídos não serão consequentemente abarcados pelo plano de pagamentos, gorando a universalidade pretendida pelo processo de insolvência.

A reação dos credores poderá ser díspar, provocando diferentes consequências a nível processual. Em primeiro lugar, caso os credores não se pronunciem no prazo indicado, o seu silêncio equivalerá à aprovação do plano, nos termos do artigo referido. Caso sugiram modificações ao plano proposto, poderá o juiz dar oportunidade ao devedor para modificar o plano apresentado, de modo a permitir a obtenção do acordo necessário à aprovação daquele, nos termos do art. 256º, nº 4, do CIRE. Os credores poderão ainda rejeitar expressamente o plano, o que desencadeia idêntico procedimento por parte do juiz. Por último, caso os credores se pronunciem única e exclusivamente sobre o seu crédito, ou aleguem a existência de outros créditos, o juiz determina obrigatoriamente, nos termos do nº 3 do art. 256º do CIRE, um prazo até 10 dias, para que o devedor indique se mantém ou não a relação de créditos inicialmente indicada, ou se a modifica em conformidade com as observações dos credores. Caso existam quaisquer tipos de modificação, um novo prazo de dez dias é concedido aos credores que, não respondendo, manterão a sua posição inicial (art. 256º, nº 5, do CIRE).

Caso o plano seja rejeitado²⁰, o processo de insolvência retoma os seus trâmites normais, com a imediata declaração de insolvência do devedor, podendo este ainda obter a exoneração do passivo restante, caso a tenha solicitado. Os credores, nos termos do art. 257º, nº 2, do CIRE, poderão rejeitar o plano de duas formas – ou opondo-se expressamente a este, ou contestando as características do seu crédito, não tendo o devedor reconhecido as alegações dos credores reclamantes.

A aprovação do plano de pagamentos, por parte dos credores, pode ser

feita de forma tácita ou expressa, e deverá ser unânime uma vez que, como referimos, o plano de pagamentos é um negócio jurídico que vincula ambas as partes na estrita medida do pactado. Todavia, de modo a desbloquear a aprovação do plano de pagamentos pelos credores recalcitrantes e com um crédito mais reduzido, criou o legislador uma solução no art. 258º do CIRE, que consiste na *substituição da anuência destes credores por parte do juiz*, desde que tal lhe seja solicitado pelo devedor ou por algum credor.

Deste modo, tendo o plano obtido a aprovação de credores que representem pelo menos 2/3 do valor total dos créditos relacionados pelo devedor, poderá o juiz suprir a aprovação dos restantes, desde que, de acordo como o nº 1 do art. 258º, se verifiquem várias condições:

a) para nenhum dos credores que tenham recusado a aprovação do plano resulte uma desvantagem económica superior àquela que, mantendo-se as circunstâncias patrimoniais do devedor, resultaria do prosseguimento do processo de insolvência, com liquidação do património e exoneração do passivo restante, caso o devedor a tenha solicitado e esteja em condições de a receber – alínea a;

b) para nenhum dos credores que tenham recusado a aprovação do plano resulte um tratamento discriminatório injustificado – alínea b;

c) os credores que tenham reclamado não hajam invocado objeções legítimas à veracidade ou completude da lista de credores elaborada pelo devedor, com reflexo no tratamento que lhes é dispensado no próprio plano – alínea c²¹.

Assim sendo, o juiz poderá proceder à substituição da vontade dos credores quando se afigure provável a manutenção das circunstâncias patrimoniais do devedor, nomeadamente quanto ao conjunto de bens e rendimentos indicado no plano de pagamentos e respetivos anexos, o que faz com que o plano de pagamentos transpareça uma maior vantagem económica para os credores do que as habituais vias de resolução do processo de insolvência ou, pelo menos, que os resultados daquele sejam equivalentes aos da liquidação. Neste último caso, o juiz optará por manter a solução que produz menores consequências negativas, especialmente para o devedor, tal como apontámos acima.

O segundo critério diz respeito ao conteúdo concreto do plano, não podendo o juiz substituir-se à vontade dos credores quando tenha sido violado o princípio da igualdade entre eles, no que concerne às condições, forma e prazo do pagamento, ou outros aspectos relativos à ordenação dos credores prevista no art. 47º, nº 4, CIRE. Por último, o juiz poderá substituir-se à vontade dos credores caso estes se limitem a impugnar a identificação do seu

crédito ou quando não levantem objeções legítimas que possam perigar a convicção do juiz sobre a veracidade da relação de créditos.

Conclui-se, deste modo, não existindo prejuízos patrimoniais sérios para os credores, este mecanismo de desbloqueio permite que o processo siga uma via mais rápida, mais barata e mais favorável para ambas as partes.

Sendo aprovado o plano de pagamentos, ou por unanimidade ou por substituição da vontade dos credores, compete ao juiz a respectiva homologação judicial, nos termos do art 259º, nº 1, do CIRE, declarando-se imediatamente a insolvência do devedor, à qual, como referimos, não é dada qualquer publicidade. Devedor e credores ficarão assim vinculados pelo conteúdo do plano, que deverá ser estritamente cumprido, sob pena de, segundo o disposto no art. 260º do CIRE, a moratória ou os perdões eventualmente previstos ficarem sem efeito.

O plano de pagamentos, enquanto mecanismo de tratamento da insolvência dos consumidores, tem obtido, apesar das vantagens designadas, escassa repercussão na prática jurídica insolvencial, optando os insolventes esmagadoramente pela exoneração do passivo restante.

Algumas razões poderão ser apontadas para o fracasso da solução normativa. Em primeiro lugar, a falta de informação sobre o processo de insolvência, em geral, bem como as costumadas dificuldades de acesso à justiça, através do apoio judiciário, fazem com que o consumidor não se apresente à insolvência atempadamente, prolongando o incumprimento, aumentando o passivo e, conseqüentemente, diminuindo a confiança dos seus credores, dificultando a possibilidade de obtenção de um acordo quanto ao plano de pagamentos.

Em segundo lugar, o adiamento da apresentação à insolvência poderá também verificar-se em virtude de o devedor recorrer à mediação extrajudicial com a totalidade ou parte dos seus credores, com ou sem intervenção de entidades autorizadas. O fato de no CIRE não se prever o transporte dos acordos previamente elaborados, nem qualquer tipo de fase de mediação, à semelhança do que ocorre no direito alemão, poderá fazer com que, nos casos em que se gorem tais acordos, ou em que sejam incumpridos ou não alcançados, o devedor fique fragilizado no processo de insolvência, dificultando-se a aprovação do plano de pagamentos.

Outro dos pontos fracos deste procedimento, relacionado intimamente com a construção e negociação do acordo ínsito no plano de pagamentos é a inexistência de apoio especializado, à semelhança do que acontece no projeto brasileiro²². Significa isto que os advogados, que normalmente representam o

insolvente no processo, não estão particularmente habilitados para lidar com as questões financeiras e técnicas que brotam do plano de pagamentos, assim como não possuem as adequadas características de mediação necessárias a uma negociação deste tipo. Por outro lado, as negociações tendentes à aprovação do plano de pagamentos são realizadas de uma forma não presencial, ou seja, por escrito. No campo da insolvência dos consumidores, é defensável a realização e aprovação das negociações num só momento no tempo, de modo a diminuir os prazos processuais e a permitir negociações com maiores hipóteses de sucesso.

Pensamos, pelos motivos acima expostos, que a lei portuguesa beneficiaria de modificações neste campo, no sentido indicado, de modo a tornar eficaz a solução nela prevista, pelas vantagens, para o consumidor e para os credores, que atrás expusemos.

2. A EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE

A segunda forma de resolução própria da insolvência dos consumidores que surge no CIRE é a liquidação acompanhada pela exoneração do passivo restante, tal como se encontra prevista no artigo 235º e ss. Também neste caso a lei prevê a aplicação a pessoas singulares, o que significa que, sem os constrangimentos objetivos anteriormente apontados, consumidores e empresários poderão, após a venda dos bens afetos à massa insolvente, entrar no período de cessão conducente à exoneração do passivo restante. Este mecanismo permite o chamado *fresh start*, ou seja, decorrido o período de cessão de bens aos credores, o devedor liberta-se das dívidas anteriormente contraídas, podendo voltar como agente económico ao mercado, desprovido de quaisquer constrangimentos na contração de dívidas e na obtenção de créditos. Todavia, tal como se observa, a exoneração do passivo restante não é concedida imediatamente após a declaração de insolvência, mas sim após um período condicional de cinco anos, como prescrito pelo art. 239º, nº 2, do CIRE²³.

Assinala Huls que, na maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus, disseminou-se a ideia do estigma social da declaração de insolvência, atribuindo-se a totalidade da culpa ao devedor e obrigando-se este a pagar a totalidade das suas dívidas²⁴. No entanto, esta ideia não será aceitável em sociedades que promovem o consumo, como vimos, e que consideram o crédito como um risco positivo e benéfico para os mercados. Deste modo, circunscrevendo a aplicação da exoneração do passivo restante aos devedores de boa-fé, consegue-se repor a justiça social e económica entre um risco

assumido, ponderado e calculado pelo devedor, e o incumprimento por via de fatores que escapam ao seu controlo, socializando-se o risco da insolvência. A exoneração do passivo restante é, por este motivo, uma medida de proteção do devedor²⁵, tornando-se, nas palavras de Serra, uma verdadeira tentação para aquele²⁶.

Mecanismos de exclusiva aplicação: o plano de pagamentos e a exoneração do passivo restante, precedida de liquidação dos bens do devedor

A exoneração do passivo restante, tal como desenhada no direito português, implica a liquidação dos bens que eventualmente existam e, tendo o devedor solicitado a aplicação deste mecanismo, caberá ao juiz a apreciação liminar do pedido, de modo a verificar a boa-fé do devedor (trata-se, nas palavras do direito americano, do *means test*, ou seja, da comprovação de que o devedor não recorre fraudulentamente ao processo de insolvência de modo a evitar o pagamento aos seus credores), a que se seguirá o período de cessão de bens e rendimentos aos credores, durante cinco anos, concedendo-se a exoneração definitiva caso o devedor cumpra todos os deveres impostos por lei, com exclusão das dívidas relativas a alimentos, a indenizações devidas pela prática de atos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, a multas, coimas e outras sanções pecuniárias relativas a crimes e contraordenações e ainda dívidas tributárias (art. 245º, nº 2, CIRE).

O CIRE, ao contrário do que acontece no direito norte-americano, não concede a exoneração imediata, mesmo quando se afirma, nos termos do artigo 39º do CIRE, a inexistência de bens e rendimentos do devedor imediatamente após a declaração de insolvência. Considera-se que, de modo a obter um equilíbrio entre a proteção do devedor e dos seus credores, o insolvente estará adstrito a um conjunto de regras rigorosas, com implicações pessoais e patrimoniais, de modo a que os credores possam ver ressarcidos pelo menos parte dos seus créditos. Pretende-se, também, através da fiscalização operada pelos fiduciários durante o período de cessão, a reeducação do consumidor, de forma a que este altere os seus comportamentos, padrões de consumo e, acima de tudo, de maneira a evitar a repetição do endividamento conducente a nova insolvência, superado o período de cessão.

A exoneração do passivo restante não será oficiosamente aplicada ao devedor. Este deverá requerê-la, individual ou juntamente com o seu cônjuge, com a apresentação à insolvência (art. 236º, nº 1, do CIRE) ou nos dez dias posteriores à citação, caso a iniciativa de abertura do processo proceda de

outro legitimado (nº 2 do referido artigo). De notar-se ainda que o devedor, nos termos do art. 254º do CIRE, quando apresente uma proposta de plano de pagamentos, deverá indicar se pretende, na eventualidade de aquele não ser aprovado, a exoneração do passivo restante, sob pena de preclusão da possibilidade da sua solicitação. Em qualquer dos casos referidos, o juiz avaliará obrigatoriamente o pedido de exoneração. Tal não acontecerá se o devedor solicitar posteriormente a exoneração, podendo fazê-lo até à realização da assembleia de apreciação do relatório do administrador de insolvência (que se realiza, de acordo com o art. 36º, n, entre 45 e 75 dias depois da declaração de insolvência). Neste caso particular, o juiz decidirá livremente sobre a admissão, ou não, a trâmite, do pedido de exoneração. Torna-se, pois, importante, que o devedor manifeste de imediato a sua intenção de submissão a este mecanismo.

A segunda fase da exoneração do passivo restante é a apreciação liminar por parte do juiz, sendo que cabe ao devedor superar um conjunto de requisitos de distinta natureza, indicados no art. 238º do CIRE, sob pena de indeferimento imediato do pedido. A indicação da superação de tais requisitos deverá constar expressamente do requerimento feito pelo devedor, de acordo com o art. 236º, nº 3, CIRE.

O artigo 238º do CIRE impõe requisitos processuais, nas alíneas *a* e *c*, e materiais nas restantes. Estes últimos, segundo Cristas, implicam, como se revela nas alíneas *b*, *d*, *f* e *g*, que o devedor tenha um comportamento lícito, transparente, honesto e pautado pela boa-fé no que respeita à sua situação económica e aos deveres impostos pelo processo de insolvência e, por último, de acordo com a alínea *e*, que o devedor não tenha contribuído para a criação ou agravamento da situação de insolvência²⁷.

Os requisitos exigidos ao devedor, segundo a lei, serão os seguintes:

a) o devedor não poderá apresentar o pedido fora de prazo (alínea *a* do art. 238º, nº 1, CIRE);

b) o devedor não poderá ter fornecido por escrito, nos três anos anteriores ao início do processo, com dolo ou culpa grave, quaisquer informações falsas ou incompletas sobre a sua situação económica de modo a obter crédito ou subsídios de instituições públicas ou, ainda, para evitar o pagamento aos seus credores (alínea *b* do art. 238º, nº 1, do CIRE);

c) o devedor não deverá ter beneficiado, nos dez anos anteriores, da exoneração do passivo restante (alínea *c* do art. 238º, nº 1, do CIRE);

d) que a apresentação à insolvência, por parte do devedor consumidor, tenha ocorrido dentro dos seis meses posteriores à verificação da insolvência

atual ou, não se tendo respeitado o referido intervalo temporal, que o adiamento da apresentação não tenha provocado prejuízos aos credores e, simultaneamente, que este não se deva a dolo ou culpa grave do devedor, que reconheceria a inexistência de perspectivas sérias de melhoria da sua situação económica, optando pela inação face à insolvência verificada (alínea d do art. 238º, nº 1, CIRE);

e) não poderão constar no processo ou ser trazidos até à decisão do juiz quaisquer indícios que evidenciem com toda a probabilidade a existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da sua insolvência (alínea e do art. 238º, nº 1, do CIRE);

f) o devedor não poderá ter sido condenado pelos crimes insolvenciais descritos nos artigos 227º a 229º do Código Penal (insolvência culposa, insolvência negligente ou favorecimento de credores) nos dez anos anteriores ao início do processo de insolvência (alínea f do art. 238º, nº 1, CIRE);

g) que o devedor não tenha violado os deveres de informação, apresentação e colaboração previstos no artigo 83º do CIRE, com dolo ou culpa grave (alínea g do art. 238º, nº 1, CIRE).

Observados os requisitos, podemos apontar que a boa-fé, apesar de não exigida de forma direta e genérica ao devedor, perpassa as distintas exigências feitas pela lei. O insolvente nada terá a temer caso se enquadre, como afirmámos anteriormente, numa situação de sobre-endividamento ou insolvência do tipo passivo ou exógeno, uma vez que a socialização do risco pretendida com a exoneração do passivo restante é justificável nestes casos.

Não havendo qualquer motivo para indeferimento, tendo sido previamente auscultados os credores e o administrador de insolvência, profere o juiz despacho inicial, nos termos do art. 239º, nº 1, do CIRE, iniciando-se o período de cessão de rendimentos aos credores após o término da liquidação, ou seja, do encerramento do processo. Significa isto que, caso a liquidação seja demorada, o consumidor insolvente terá de aguardar ainda mais pelo início do procedimento tendente à obtenção da exoneração.

Este período de cessão terá a duração de cinco anos, sendo necessária a nomeação de um fiduciário, nos termos dos artigos 239º, nº 2, 240º e 241º do CIRE, a quem compete essencialmente a recolha dos montantes designados pelo juiz, a entregar pelo devedor, de forma a pagar aos credores, que se designa como *rendimento disponível*. Trata-se assim de um intermediário entre o devedor e os seus credores, podendo ainda fiscalizar, caso seja de tal função encarregado pelos credores, o cumprimento dos deveres a que o insolvente se encontra vinculado. Tal como afirma Martins, “o fiduciário tem

de ser uma figura próxima do insolvente²⁸, pelo que a sua nomeação deverá essencialmente obedecer a critérios de proximidade do domicílio daquele com a residência do insolvente. Todavia, o fiduciário, sendo nomeado de entre a lista oficial de administradores de insolvência, não desempenhará quaisquer funções de aconselhamento técnico-financeiro ao devedor, não promovendo a reeducação financeira que poderia ser esperada num mecanismo de tratamento deste género.

O período de cessão de rendimentos aos credores implica pois um condicionamento no comportamento do insolvente, que se desdobra em dois níveis distintos. Por um lado, existem regras relativas ao património daquele. Por outro, são impostos deveres bastante severos no que respeita à sua vivência pessoal e profissional.

O primeiro dos aspectos vem plasmado no artigo 239º, nº 3, do CIRE, indicando a lei que se considera rendimento disponível todo aquele que advier ao devedor nos cinco anos de duração do período de cessão. Ficam excluídos do rendimento disponível as quantias que sejam razoavelmente necessárias para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar (até três vezes o salário mínimo nacional, salvo decisão do juiz), assim como as essenciais para o exercício da sua atividade profissional. Competirá, por esta via, ao juiz, analisando o caso concreto, indicar, caso existam, até ao limite máximo fixado por lei, os rendimentos disponíveis após a satisfação das necessidades essenciais do devedor, como sejam as relacionadas com habitação, alimentação, vestuário e educação dos filhos menores, por exemplo.

Duas são as ideias que ressaltam desta norma. De um lado, verificamos que, de modo a evitar ou agravar a exclusão social já provocada pela situação de insolvência, o devedor poderá, durante o período de cessão, contar com as quantias estritamente necessárias para a sua sobrevivência, não sendo ideia fundamental da lei a manutenção do estilo de vida idêntico ao existente anteriormente à declaração de insolvência. Por outro, não existe a obrigatoriedade de pagamento de qualquer quantia mínima aos credores durante o período de cessão, caso se considere que o devedor não tem rendimentos que excedam o necessário para a manutenção do *standard* mínimo de vida definido pelo juiz²⁹.

No que concerne às restantes regras, estabelece o artigo 239º, nº 4, do

CIRE um conjunto de deveres que irão moldar o comportamento do devedor nos cinco anos do período de cessão, demonstrando a necessidade de uma conduta regrada no que concerne à obtenção e gestão de rendimentos, assim como à colaboração com o juiz e com o fiduciário³⁰. Visa-se, com tais deveres, permitir, em primeira linha, a satisfação dos credores e, em segundo lugar, “reeducar” o insolvente, com vista a prevenir a repetição das circunstâncias que conduziram à declaração de insolvência.

Assim, exige-se ao devedor, em primeiro lugar, que não oculte ou dissimule quaisquer rendimentos que lhe advenham a qualquer título, durante o período de cessão. O devedor, caso careça, por modificação das circunstâncias, de alterar os montantes que lhe são atribuídos, deverá solicitar tal alteração ao juiz, não lesando os direitos dos seus credores, uma vez que o acréscimo de rendimentos deverá ser ponderado no que concerne aos montantes cedidos (alínea a do n.º 4 do art. 239.º).

Em segundo lugar, o devedor ficará obrigado a informar o tribunal e o fiduciário sobre os seus rendimentos e património na forma e no prazo que lhe sejam requisitados (art. 239.º, n.º 4, a, 2.ª parte, do CIRE).

Em terceiro lugar, o devedor ficará obrigado a exercer uma profissão remunerada, não a abandonando sem motivo legítimo, ou, encontrando-se desempregado, a procurar diligentemente um emprego, não recusando desrazoavelmente algum emprego para o qual esteja apto (art. 239.º, n.º 4, b, CIRE)³¹.

Em quarto, o devedor é obrigado a entregar imediatamente ao fiduciário, quando recebida, a parte dos seus rendimentos que é objeto de cessão aos credores (art. 239.º, n.º 4, c, CIRE).

Por último, cabe ao devedor informar o tribunal e o fiduciário de qualquer mudança de domicílio ou de condições de emprego, no prazo de dez dias após a respectiva alteração, bem como das diligências realizadas para a obtenção de emprego (art. 239.º, n.º 4, d, do CIRE), comprometendo-se, ainda, a não realizar quaisquer pagamentos aos credores sem ser por intermédio do fiduciário (art. 239.º, n.º 4, e, CIRE).

Em resumo, e segundo Cristas, estas regras terão três finalidades comuns: “obrigações destinadas a garantir a transparência da situação patrimonial e pessoal do insolvente – als. *a* e *d*; obrigações destinadas a garantir que o devedor seja diligente na procura da manutenção de um rendimento que possa vir a satisfazer os credores – als. *b* e *d*; obrigações que se destinam a atestar a probidade e lisura de comportamento do próprio devedor – als. *a*, *c* e *e*”³².

O aspecto mais importante a destacar sobre o período de cessão é a sua duração. Ao contrário do que acontece noutros ordenamentos, como o americano, a lei portuguesa não concede imediatamente o *fresh start* ao devedor mas antes aquilo que se designa por *earned start*, ou seja, o devedor só respirará livre das dívidas acumuladas depois de cumprir um período de condicionamento financeiro que, espera-se, permita o cumprimento parcial daquelas³³. O período de cessão cria um maior equilíbrio entre os interesses do devedor e aqueles dos credores, mas poderá ser criticável no sentido em que, sendo a exoneração do passivo restante concedida a devedores de boa-fé, o tempo definido por lei, demasiado rígido, pode conduzir a uma deterioração das condições socioeconómicas do devedor, que ficará impedido de recuperar a sua plena posição de agente do mercado. Por outro lado, como vimos, o período de cessão não implica o pagamento mínimo aos credores pelo que, em determinados casos concretos, o devedor estará sujeito a cinco anos de condicionamentos sem qualquer interesse prático para os credores, que não receberão qualquer pagamento.

Poderia defender-se a eliminação total do período de cessão, particularmente nos casos em que as entidades concedentes de crédito tenham contribuído ativamente, através da negligência no cumprimento dos seus deveres de informação e apreciação da solvabilidade do devedor, para a criação da insolvência e ainda quando se observe a inexistência de bens penhoráveis no processo de insolvência, considerando-se que dificilmente o devedor conseguirá, nos anos seguintes, gerar rendimentos disponíveis. No primeiro caso será ainda defensável, caso se mantenha o período de cessão, que tais dívidas sejam de imediato perdoadas. Em alternativa, poderá defender-se a fixação do período de cessão casuisticamente, mas, de qualquer modo, a tendência da justiça portuguesa é a de alargamento do período de cessão³⁴.

O incumprimento de algum destes deveres, dolosa ou negligentemente, pode conduzir, como prescrito no art. 243º, nº 1, a, do CIRE, à cessação antecipada do procedimento de exoneração do passivo restante, caso se provoquem prejuízos aos credores. Como motivos adicionais, estabelecem as alíneas *b* e *c* do referido artigo que o procedimento de exoneração poderá cessar em virtude de se apurarem algumas das circunstâncias previstas nas alíneas *b*, *e* e *f* do art. 238º, nº 1, do CIRE ou caso a insolvência seja qualificada como culposa.

Verificados alguns destes fatos, emitirá o juiz decisão de recusa da exoneração, a requerimento fundamentado de algum credor, do administrador de insolvência ou do fiduciário encarregado de fiscalizar o período de cessão

(art. 243º, nº 1, do CIRE). Assim se demonstra a importância da boa-fé do devedor, não só anterior como contemporânea ao próprio procedimento de exoneração. Caso as dívidas sejam integralmente pagas antes do término do período de cinco anos, também se dará por encerrado o procedimento de exoneração, nos termos do art. 243º, nº 4, do CIRE.

Ultrapassado o período de cessão, estabelece o CIRE, no seu art. 244º, a decisão final sobre a concessão da exoneração, ouvidos os credores e o fiduciário, podendo o juiz emitir o despacho final ou recusar a concessão da exoneração. Sendo concedida a exoneração, ela poderá ainda ser revogada nos termos do art. 246º do CIRE, no prazo de um ano após o trânsito em julgado da referida decisão final, na hipótese de se verificar a violação das alíneas b e seguintes do art. 238º ou de qualquer um dos deveres do art. 239º, em qualquer caso demonstrando-se prejuízo relevante para a satisfação dos direitos dos credores.

Entregue o plano de pagamentos, seguem-se as fases da apreciação liminar e da suspensão do processo de insolvência

Verificamos, por este motivo, que a exoneração prevista no direito português é um processo complexo e moroso, particularmente para o devedor, a quem se impõe o estrito cumprimento das normas legais, sob pena de não lhe ser concedida ou revogada a exoneração do passivo.

A duração do procedimento de exoneração, aliada à relativa juventude da lei e da descoberta tardia, por parte dos consumidores, das soluções nela contidas, não permite ainda apurar o sucesso ou insucesso do mecanismo no que tange à reeducação do consumidor ou ao impacto económico nos setores económicos relacionados com este tipo de insolvência. É possível observar, contudo, que a opção dos consumidores pela exoneração, especialmente em detrimento do plano de pagamentos, tem sido significativa³⁵, mesmo atentando às desvantagens daquele procedimento em relação a este. A exoneração do passivo restante implica a suspensão das faculdades de administração e disposição de bens, nos termos do art. 81º do CIRE, um processo mais demorado e conseqüentemente mais custoso (uma vez que caberá à massa insolvente suportar os gastos com as remunerações do administrador de insolvência e do fiduciário), e a perda dos bens, que serão integralmente liquidados, bem como a sujeição às apertadas regras que acabamos de expor, mas a motivação psicológica do devedor para a obtenção do perdão total de dívidas parece sopesar as desvantagens expostas.

Tratando-se a exoneração de um mecanismo agressivo tanto para devedor

como para os credores, o juiz terá um papel preponderante na avaliação casuística que preside à determinação, em primeiro lugar, do acesso do devedor ao período de cessão e, em segundo lugar, das quantias de que aquele poderá dispor para pagar aos seus credores durante tal período, não devendo impor-se ao devedor um sacrifício excessivo, em detrimento de um *standard* de vida básico. O mandato constitucional de proteção dos consumidores, tal como plasmado no art. 60º da CRP e, acima de tudo, o direito à dignidade humana, como previsto no art. 26, nº 2, da CRP, importam que o legislador ordinário, assim como os tribunais, promovam os meios para evitar a exclusão social e económica do devedor.

Não se tratando o CIRE de uma lei de proteção do consumidor e visando abarcar, com estas regras, consumidores e pequenos empresários em nome individual, consideramos que o conjunto de regras acima indicado respeita de forma equilibrada os diferentes interesses em jogo, tornando o processo de insolvência, na falta de outro mais adaptado, uma via útil para a resolução do sobre-endividamento/insolvência dos consumidores sendo que, como vimos, o devedor de boa-fé nada terá a temer no que concerne a este procedimento.

IV. O TRATAMENTO DO SOBRE-ENDIVIDAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Encontra-se neste momento em análise um anteprojeto de lei relativo ao tratamento do superendividamento no Brasil³⁶, uma vez que, como afirma Citro, “o sistema de proteção da cidadania e dignidade do sobre-endividado no Brasil é desordenado e periférico, não alcançando o núcleo principal que deve assegurar a elaboração extrajudicial de um plano de renegociação e pagamento das dívidas. Tampouco garante acesso à Justiça que permita a exoneração de parte do passivo restante, para o recomeço e alívio da vida financeira do sobre-endividado, livrando-o das dívidas (*fresh start*)”³⁷.

Não existindo nenhuma legislação própria para tratamento do sobre-endividamento no Brasil, este encontra-se disperso por um conjunto de projetos estaduais³⁸, cuja matriz assenta essencialmente no modelo francês do tratamento do sobre-endividamento, caracterizado por duas fases essenciais – *uma fase conciliatória e uma fase judicial*. Estes mesmos elementos são observáveis no anteprojeto ora em análise, que apresenta uma estrutura mista, baseada na intervenção de conciliadores e, caso seja necessário, dos tribunais judiciais. Aliás, pela leitura do seu art. 24, indica-se claramente

que cumpre ao Estado, através do poder judiciário, assegurar as estruturas necessárias para o tratamento do sobre-endividamento, vindo ao encontro dos preceitos constitucionais que impõem a proteção da dignidade humana e o combate à exclusão social, bem como a própria defesa dos consumidores³⁹.

Todavia, este normativo não se limita apenas a prever medidas concretas de ataque e tratamento ao sobre-endividamento já verificado, mas visa sobretudo incorporar, numa mesma lei, todos os aspectos relacionados com a prevenção do sobre-endividamento, impondo regras relativas aos direitos dos consumidores afetos à contratação para consumo, incluindo questões sobre publicidade, direitos de informação e crédito responsável.

O elemento subjetivo do procedimento definido pelo anteprojeto, como indicado acima, centra-se nos consumidores pessoas físicas, quedando os empresários e as sociedades comerciais abarcados pela Lei da Recuperação de Empresas e Falências⁴⁰. O elemento objetivo caracteriza-se pela impossibilidade de cumprimento do conjunto de dívidas de consumo vencidas ou a vencer, encontrando-se consequentemente excluídas todas aquelas originadas pela atividade profissional e ainda, de acordo com o art. 25, §1º, as derivadas de decisões judiciais, obrigações de alimentos e fiscais ou parafiscais. O fato da lei se referir a *conjunto de dívidas* não impede que o consumidor possa recorrer ao processo no caso de uma única obrigação (por exemplo, hipotecária), desde que se determine a incapacidade de seu cumprimento.

No parágrafo 2º do referido artigo indica ainda o legislador a forma de determinar a impossibilidade de cumprimento, sendo que esta existirá quando o património do consumidor, composto pelos seus bens e rendimentos (atuais e esperados), seja insuficiente para fazer frente ao conjunto de obrigações vencidas, ou a vencer, contraídas pelo consumidor. Isto significa que é possível ao consumidor recorrer preventivamente ao procedimento, antecipando-se a um incumprimento previsível, o que equivalerá ao conceito de insolvência iminente previsto no direito português.

O procedimento ora em análise irá aplicar-se exclusivamente aos devedores de boa-fé, ou seja, às situações de sobre-endividamento passivo ou exógeno, tal como se define nos artigos 26 e 27 do anteprojeto. Tal solução é consentânea com o fato de as normas em discussão se situarem no âmbito de atuação do Direito do Consumo, deixando desprotegidos os sobre-endividados de má-fé, ou seja, todos aqueles que tenham contribuído ativamente para se colocar numa situação de incapacidade de cumprimento. Como indicámos, dito requisito não é geralmente exigido numa lei de tratamento do sobre-endividamento/insolvência do tipo concursal, sendo

universal o acesso de todo o tipo de devedores ao processo – no entanto, como vimos no caso português, o acesso a certas soluções depende da percepção da boa-fé do devedor.

O procedimento então desenhado pelo legislador brasileiro vem ao encontro, como referido, do modelo francês⁴¹, tal como se encontra definido pelo art. 35 e seguintes do anteprojeto, dividindo-se numa fase conciliatória extrajudicial obrigatória que, revelando-se infrutífera, dará lugar à fixação de um plano de reestruturação por parte do juiz, intervindo, respetivamente, um mediador/conciliador ou, em ambos os casos, um juiz. Aliás, a referência à intervenção do poder judicial é muito clara, tal como se observa no art. 29, referindo-se que a competência para aplicação do procedimento é dos tribunais judiciais.

O devedor, ao contrário do que sucede no direito português, no qual se exige uma petição inicial, começa o processo com a entrega de um formulário-petição, ou seja, de um documento normalizado, a disponibilizar, de acordo

A aprovação do plano de pagamentos, por parte dos credores, pode ser feita de forma tácita ou expressa, e deverá ser unânime

com o referido art. 29, nas instituições do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma solução simplificada, que permite ao consumidor aceder com relativa facilidade e clareza ao procedimento, sendo apoiado no seu preenchimento e informado sobre os seus direitos e deveres perante a situação de sobre-endividamento⁴².

O documento indicado permite a exposição dos aspectos mais relevantes relativos ao estado de sobre-endividamento que aflija o devedor, possibilitando aos intervenientes, nomeadamente juiz e credores, compreender verdadeiramente as dificuldades daquele e os propósitos que visa alcançar com o recurso ao procedimento. Assim, caberá ao devedor a descrição completa e verdadeira dos seus dados socioeconómicos, do seu rendimento mensal e despesas correntes, da composição do seu núcleo familiar, bem como do seu ativo e respectivo valor, de maneira a caracterizar suficientemente o ativo e as despesas essenciais. Por outro lado, cabe-lhe a indicação fidedigna do conjunto dos seus credores e das características dos créditos, incluindo a informação sobre as circunstâncias da sua contratação, destinada a verificar se o consumidor contraiu créditos conhecendo-se ou verificando-se a sua incapacidade de os suportar, bem como a existência de ações declarativas ou executivas pendentes. A informação relativa aos credores é extremamente importante não só para permitir a negociação total com todos

eles, o que potencia a eficácia e o sucesso do procedimento, mas também para apurar da diligência e da boa-fé do consumidor na contração dos referidos (veja-se o art. 29, §3º). Neste sentido, a lei também exige que o consumidor descreva os fatos que determinaram o surgimento da incapacidade de cumprimento das obrigações assumidas. Esta espécie de memória descritiva permite ao consumidor expor com acuidade os motivos que potenciaram o sobre-endividamento, o que contribui para a apreciação das suas dificuldades e para a escolha das melhores soluções a aplicar-lhe.

Exige-se às partes, de modo a promover a eficácia do procedimento, um dever de cooperação (art. 30) que, sendo incumprido, poderá acarretar a perda do direito à reestruturação do passivo (do lado do devedor) ou o agravamento das medidas ínsitas no plano aprovado (do lado dos credores). Tratando-se este de um procedimento no qual se privilegia a negociação, a rapidez e a colaboração das partes são fundamentais para o sucesso das suas pretensões, de modo a equilibrar-se os interesses em jogo. A rigidez da postura do devedor ou dos credores, bem como a ocultação de informação, apenas prejudica a obtenção do tratamento necessário à recuperação económica e financeira do devedor, assim como obsta à recuperação parcial ou total dos créditos.

Entregue o formulário, terá início, como patente no art. 35 e seguintes, a *fase conciliatória*, da qual não se pode prescindir. Estabelece o art. 38. que, até 60 dias depois do preenchimento e assinatura do formulário, todos os credores serão chamados a uma audiência de conciliação presencial com o devedor (o que difere do regime do plano de pagamentos português exposto acima), preferencialmente por via eletrónica, presidida por juiz ou por conciliador (arts. 37 e 38, quanto às funções daqueles) cujo propósito é alcançar um acordo quanto à reestruturação do passivo, consubstanciando-se na aprovação de um plano de pagamentos moldado ao caso concreto (art. 40).

De notar-se a simplificação trazida pela introdução preferencial dos meios eletrónicos na comunicação com as partes, a que se opõe, contudo, o prazo demasiado alargado para a marcação da audiência, que poderia efetivamente ser reduzido. A dilação temporal entre a entrega do pedido e o início do procedimento apenas contribui para o agravamento das condições económico-financeiras do devedor, para além de provocar um desgaste psicológico que poderá minar a própria negociação.

Um aspecto extremamente positivo deste projeto são as sanções previstas no art. 39, relativas à ausência injustificada das partes na audiência

conciliatória. Caso seja o devedor o ausente, o processo é imediatamente arquivado, podendo ser reaberto contra o pagamento de custas, o que irá agravar a sua situação; mais relevante é a sanção pela ausência dos credores, que origina a suspensão da contagem dos juros/encargos de mora e, caso se trate de um crédito consignado, a suspensão do pagamento. Este aspecto potencia, pelo menos, a presença dos credores nas referidas audiências, impondo-lhes uma responsabilização pela perda dos referidos montantes e, em última análise, obrigando ao encontro das partes, que serão compelidas a obter um acordo equilibrado e adaptado ao próprio caso concreto. Este combate ao tradicional desprezo dos credores pela negociação parece estar bem enquadrado nos propósitos do legislador em criar um sistema que penalize os concedentes de crédito pela sua concessão imprópria ou pelas tradicionais dificuldades apresentadas aos consumidores quando existe necessidade de uma reformulação do crédito concedido.

Reunidas todas as condições anteriores, tal como se afirmou, a audiência conciliatória visa a discussão e aprovação de um plano que terá como finalidade última o cumprimento das obrigações por parte do devedor, mas em condições adaptadas às suas atuais condições económicas. Estabelece o projeto vários elementos que deverão ser tidos em conta na reestruturação do passivo:

a) dependendo do interesse dos credores em aderir ao plano, deverá estabelecer-se uma solução equitativa para todos, de modo a determinar quais os rendimentos que ficarão afetos ao cumprimento das obrigações (art. 41);

b) para a determinação dos rendimentos disponíveis, há que estabelecer o chamado mínimo existencial, ou seja, as quantias que ficarão indisponíveis para pagamento das dívidas aos credores, por corresponderem à satisfação das necessidades básicas do consumidor e da sua família, como sejam alimentação, vestuário, educação, saúde e habitação (art. 43)⁴³;

c) o conteúdo do plano não é rigidamente estabelecido por lei, podendo incluir medidas de temporização ou reescalonamento das dívidas, remissão, redução ou supressão das taxas de juro, consolidação, criação ou substituição de garantias, bem como quaisquer outras medidas tidas como necessárias ao cumprimento das obrigações pelo consumidor (art. 42). Poderão ainda suspender-se ou extinguir-se ações pendentes contra o devedor (art. 45);

d) todas as medidas poderão estar subordinadas à fixação de medidas comportamentais a serem observadas pelo devedor, quer positiva, quer negativamente, ou seja, este deverá praticar ou abster-se de atos que visem, respectivamente, facilitar ou não comprometer o cumprimento do plano

acordado (art. 43).

Os propósitos do modelo estabelecido pelo anteprojeto brasileiro não diferem daquele que apresentámos proveniente do direito português, observando-se aqui as vantagens que referimos acima. Permite-se ao devedor um alívio no que concerne ao cumprimento de obrigações, admitindo-se ainda, em regra, a conservação dos bens e responsabilizando-se ambas as partes de igual modo. Para finalizar, de acordo com o art. 47, o plano deverá ser *homologado pelo juiz*, sob a forma de sentença que configure título executivo⁴⁴.

O sucesso da fase conciliatória não depende da aprovação unânime dos credores ou de parte deles, tal como acontece no direito português. Tratando-se o acordo homologado de um negócio jurídico, determinado pela autonomia

O plano de pagamentos é um negócio jurídico que vincula ambas as partes na estrita medida do pactado

privada, incluirá a totalidade ou apenas parte dos credores do consumidor, dependendo do decorrer das negociações. Por esse motivo, não é lícito ao juiz ou ao conciliador a imposição dos efeitos prescritos pelo acordo aos credores não aceitantes. Para que tal ocorra, cumpre ao devedor solicitar, no prazo de 15 dias desde a não aprovação do plano pela totalidade dos

credores, quer tenham ou não estado presentes, a passagem à fase judicial do procedimento, com vista à obtenção da total reestruturação do passivo, sem prejuízo de uma nova tentativa de conciliação, tal como previsto no art. 48.

Esta segunda fase do procedimento tem como objetivo principal a obtenção do tratamento global do sobre-endividamento que afete dado consumidor, superando a inexistência ou a obtenção parcial de um acordo entre devedor e credores na fase conciliatória. O alívio proporcionado pelo plano de reestruturação do passivo será apenas completo se todos os credores anuírem relativamente às condições nele propostas, mas, como vimos, dependerá do consumidor a vontade de prosseguir para uma fase judicial, competindo-lhe aliás, sempre que possível, a inclusão de uma proposta de plano de pagamentos relativamente aos credores com os quais não haja chegado a acordo (art. 48, parágrafo único *in fine*). Todavia, cumpre destacar que quaisquer devedores que tenham beneficiado da reestruturação legal do passivo, nos dois anos anteriores, ficarão impedidos de aceder novamente ao procedimento (art. 59). Visa-se contribuir para a responsabilização do consumidor através da sua reeducação financeira.

Entregue o referido pedido, caberá ao juiz a citação pessoal dos credores

que não tenham participado ou chegado a acordo na fase conciliatória e a citação edital dos demais interessados (art. 49). A estes é-lhes dada a oportunidade de contestação, no prazo de 15 dias, expondo-se razões de direito, especificidades do contrato estabelecido e características da dívida que possam influenciar o conteúdo do plano de reestruturação (art. 50). Não se fala, nesta fase, em propostas de alteração do plano eventualmente proposto, ou de medidas a conter num plano a aprovar pelo juiz, caso nenhum tenha sido apresentado, mas nada obsta a que essas propostas se aditem, de modo a que o juiz possa apreciar convenientemente as razões de ambas as partes e facultar os dados disponíveis na audiência de conciliação que se realizará. Por outro lado, à semelhança do que acontece no direito português, o silêncio dos credores produz efeitos. Nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil brasileiro, origina-se a revelia, significando que a falta de contestação implicará a sujeição ao plano a aplicar, nos termos definidos pelo próprio consumidor, nomeadamente quanto aos montantes e circunstâncias da contratação. Relembramos que, no direito português, o silêncio dos credores importa a adesão ao plano proposto pelo devedor.

Compete ao juiz, seguidamente, *admitir ou recusar a tramitação do pedido de reestruturação do passivo*, tal como determina o art. 51. Caso seja admitido, tendo em conta os dados disponíveis sobre o ativo e passivo do devedor de que disponha ou possa recolher, bem como analisando os resultados da fase conciliatória, determina-se a suspensão das ações executivas, da contagem dos juros e a exclusão dos dados do consumidor dos bancos de dados públicos, e marca-se audiência conciliatória, de instrução e julgamento.

Chegados a este momento, há que indicar a grande diferença entre o plano de pagamentos português e o plano de reestruturação judicial ora analisado, que consiste no fato do plano final de pagamentos ser efetivamente definido pelo juiz, e não derivado de negociação das partes. Esta solução, que inexistente em Portugal, consistirá numa alternativa à aplicação da exoneração do passivo restante que, por sua vez, não é prevista no direito brasileiro. Uma vez que a exoneração, tal como patente no direito português, não é imediata, permitindo que o devedor vá cumprindo, conforme as suas possibilidades, o pagamento de dívidas aos credores, ambos os regimes possibilitam um equilíbrio entre os interesses do devedor e dos seus credores e, nestes dois casos, apesar dos diferentes meios, serão ambos os mecanismos decididos pelo juiz.

Assim sendo, o juiz decidirá sobre o concreto plano a aplicar ao devedor, nos termos dos arts. 54, 55 e 56, sendo que o conteúdo do plano não diferirá

daquele outro que expusemos para a fase conciliatória, com a marcada diferença, contudo, de que o plano fixado pelo juiz não poderá exceder os quatro anos de duração. Além disso, na elaboração do plano, compete ao juiz apreciar, nos termos do referido art. 56, as circunstâncias pessoais do devedor quanto ao surgimento do seu endividamento e, particularmente, nos termos do parágrafo 2º do referido artigo, quanto ao comportamento dos concedentes de crédito previamente à contratação. Assim sendo, estabelece o projeto que caberá ao juiz verificar se os deveres de informação foram cumpridos, bem como o ónus de verificação da situação económica do consumidor prévia à contratação, sendo que se imporá como sanção a perda dos juros remuneratórios quando tal não se tenha verificado. É aqui que se observa, de forma evidente, a responsabilização do concedente de crédito pela potenciação do endividamento do consumidor. Não podemos, no entanto, esquecer, que ao consumidor se exige o sobre-endividamento de boa-fé para aceder a este procedimento, pelo que caso o seu endividamento tenha sido precipitado, leviano ou intencional, sabendo-se *a priori* da inevitabilidade do incumprimento, não será aceite a tramitação referida.

A homologação do acordo conciliatório e a sentença que estabeleça o plano judicial implicam o estrito cumprimento das condições de pagamento nele previstas, o que permitirá, no término do prazo, que o consumidor fique desonerado de cumprir quaisquer obrigações relacionadas com os contratos incluídos na negociação ou fixação judicial.

Todavia, à semelhança do que acontece no direito português, o consumidor estará condicionado, durante a vigência do plano a determinadas regras comportamentais, que poderão conduzir, em caso de infração, ao vencimento antecipado das dívidas previstas no acordo ou plano aprovados. Por outro lado, caso se comprove a má-fé do devedor prévia ou contemporaneamente à tramitação do procedimento, será produzido idêntico resultado. Deste modo, de acordo com o art. 60:

a) o devedor não deverá prestar falsas declarações ou apresentar documentos falsos ou inexatos com o objetivo de recorrer ao procedimento ora em análise;

b) o devedor não deverá dissimular ou desviar quaisquer bens de modo a simular a falta de capacidade de pagamento, ou mesmo tentar, com a finalidade acima descrita;

c) o devedor não deverá agravar o seu endividamento mediante a obtenção de novos empréstimos ou praticar atos de disposição do seu património no período de pendência do acordo ou do plano judicial aprovado.

Manifesta-se assim a necessidade de manutenção e comprovação da boa-fé do devedor, que é pressuposto de acesso ao processo. Compreende-se assim que apenas o endividado de boa-fé, cujo incumprimento e impossibilidade de pagamento surge por causas exógenas, tal como patentes no art. 27, poderá ser acolhido pela lei brasileira.

V. CONCLUSÃO

Chegados a este ponto, analisado o direito positivo português e o anteprojeto brasileiro, há que apontar, primariamente, as diferentes abordagens legislativas levadas a cabo. Como vimos, apesar de materialmente ambos os ordenamentos terem a preocupação de afrontar e conceder tratamento ao mesmo estado patrimonial negativo, ou seja, a impossibilidade estrutural de cumprimento de obrigações vencidas, as soluções normativas são distintas.

Em Portugal, em virtude da universalidade da lei insolvencial, procurou o Estado concretizar o tratamento da insolvência dos consumidores na mesma lei em que trata as insolvências empresariais, embora especializando os mecanismos aplicáveis às pessoas singulares. Observa-se, por esta via, que o legislador português se inspira no modelo alemão, propondo duas soluções judiciais que contemplam o modelo reeducativo, expresso através de um plano de pagamentos, e o modelo do *fresh start*, através da exoneração do passivo restante. Apesar da disponibilidade de ambas as vias, os consumidores portugueses têm recorrido esmagadoramente à exoneração do passivo restante, condenando o plano de pagamentos a utilizações residuais. Todavia, como indicamos, o fato da exoneração do passivo restante não ser concedida de imediato permite ao devedor o cumprimento de parte ou da totalidade das suas obrigações ao longo dos cinco anos, em caso de melhoria da sua capacidade económica, pelo que se poderá concluir que a lei portuguesa estabelece um misto entre os dois modelos referidos.

No que concerne à proteção dos consumidores, poderia valorar-se o fato da lei não proporcionar um alívio imediato ao consumidor, extinguindo instantaneamente todas as obrigações abarcadas pela exoneração, mas compreende-se que o legislador buscou um equilíbrio entre os interesses dos devedores e dos próprios credores. Assim, apesar de não ter nascido do Direito do Consumo, a estrutura portuguesa parece proteger de forma suficiente o próprio consumidor. No entanto, não há que esquecer que, tratando-se de um processo judicial, estarão inerentes as dificuldades de acesso aos tribunais

que geralmente se verificam, nomeadamente os custos associados e a lentidão da marcha processual. Por outro lado, o estímulo ao recurso de métodos de negociação, que permitiria tornar verdadeiramente estas normas eficazes, é travado pela inexistência de técnicos especializados.

Por seu turno, o legislador brasileiro, impulsionado pelas experiências levadas a cabo por vários magistrados, decidiu criar um anteprojeto de lei destinado a tratar o sobre-endividamento enquanto tal, apoiado no modelo francês que se baseia na reeducação do consumidor. Como referimos, o

O devedor, caso careça de alterar os montantes que lhe são atribuídos, deverá solicitar tal alteração ao juiz

anteprojeto brasileiro visa criar uma lei destinada a tratar globalmente o sobre-endividamento, cobrindo desde a prevenção ao seu tratamento.

No que concerne a este último aspecto, o legislador brasileiro aposta forte na negociação entre o consumidor de boa-fé sobre-endividado, implementando uma fase de conciliação obrigatória, que pretende, com intervenção de um conciliador ou de um juiz, estabelecer um acordo entre as partes para estabelecimento das condições de cumprimento das obrigações existentes. Além disso, tratando-se de uma lei materialmente derivada do Direito do Consumo, o acesso ao processo é simplificado, o que reduz os custos e aumenta o conhecimento do consumidor sobre os seus direitos, permitindo ainda a intervenção de técnicos de assistência social, extrapolando-se os elementos estritamente jurídicos do sobre-endividamento e acudindo-se a questões psicológicas e sociais.

Deste modo, apesar da intervenção dos tribunais, o juiz será chamado a participar ativamente enquanto decisor apenas em caso de se gorarem as negociações iniciais. Neste caso, cumpre ao juiz analisar todas as circunstâncias económicas, financeiras e comportamentais (de ambas as partes) para fixação das condições de cumprimento de obrigações, num plano que não exceda os quatro anos. Esta fase, da reestruturação judicial, deverá ser vista como um elemento de recurso, uma vez que se pretende forçar os acordos extrajudiciais.

Na pretendida lei brasileira, apesar de não se prever especificamente a exoneração do passivo restante, poderá obter-se idêntico resultado com o estrito cumprimento do acordo ou plano, se tal assim ficar estipulado. Por último, observamos uma preocupação, mais vincada, é certo, com a proteção do consumidor, no anteprojeto brasileiro, permitindo repartir as responsabilidades pelas partes, no que respeita ao endividamento do consumidor.

Tratando-se de mecanismos distintos, provenientes de diferentes ramos do direito, nomeando de forma diversa o estado patrimonial em causa, podemos concluir que, apesar das diferentes abordagens, os consumidores, particularmente os de boa-fé, quedarão protegidos, de forma relativamente satisfatória, pela lei portuguesa e pela futura lei brasileira.

NOTAS

¹O Direito da Insolvência enquadra-se, a par do Direito do Consumo, no âmbito do Direito Privado mas, tal como afirma Menezes Cordeiro versa sobre “os esquemas de preservação e de agressão patrimoniais, o reconhecimento e graduação das dívidas, a execução patrimonial e o pagamento aos credores, eventuais esquemas de manutenção da capacidade produtiva do devedor, a própria situação do devedor insolvente”. Por outro lado, o Direito da Insolvência, apesar da universalidade de aplicação a todos os devedores, apresenta um forte componente empresarial, no que concerne ao direito português. Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, «Introdução ao Direito da Insolvência», *O Direito*, num. 137, Almedina, Coimbra, 2005, p. 467. Afirma ainda Menezes Leitão que “o Direito da Insolvência é essencialmente Direito substantivo, de natureza privada, constituindo um ramo próprio do Direito da responsabilidade patrimonial, que, conforme se sabe, constitui um importante princípio do Direito das Obrigações”. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 17.

²FRADE, Catarina e ABREU LOPES, Cláudia, «Overindebtedness and Financial Stress: a comparative study in Europe», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009, p. 249. Tradução nossa.

³LIMA MARQUES, Cláudia, «Fundamentos Científicos da Prevenção e Tratamento do Superendividamento», *Prevenção e Tratamento do Superendividamento* - elaboração de Cláudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Karen Bertoncello, Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor, Secretaria de Direito Econômico, Brasília, 2010, p. 21.

⁴Relativamente a esta questão, estudos demonstram que a existência de um agregado familiar com dois elementos que obtenham rendimentos terá maiores possibilidades de ocorrência de uma situação de sobre-endividamento, naquilo que se designa por *two income trap*. Veja-se, neste ponto, WARREN, Elizabeth e WARREN TYAGI, Amelia, *The Two Income Trap: Why Middle-Class Mothers and Fathers Are Going Broke*, Basic Books, Cambridge, 2003.

⁵Veja-se TRUJILLO DÍEZ, Ivan Jesus, *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Comares, Granada, 2003.

⁶LEITÃO MARQUES, Maria Manuel [et al], *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 109.

⁷Veja-se, a propósito, o estudo *Towards a Common Operational European definition of Overindebtedness*, elaborado pela Direção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades da Comissão Europeia, em fevereiro de 2008, disponível em <http://www.pfrc.bris>.

ac.uk/completed_research/Reports/2008_EC_Over-indebtedness_Summ.pdf.

⁸Sobre o conceito de boa-fé no tratamento do sobre-endividamento em França veja-se FERRIÈRE, Frédéric y CHATAIN, Pierre-Laurent, *Surrendetement des Particuliers*, Dalloz, Paris, 2006, p. 35 e ss.

⁹A lei portuguesa apresenta dois critérios: um critério geral, aplicável a todos os devedores, que diz respeito à inexistência de liquidez num determinado período (*cash flow*) e um critério especial, aplicável a certas pessoas coletivas e patrimónios autónomos, nos quais se verifique responsabilidade limitada, que corresponde ao passivo do devedor ser manifestamente superior ao ativo, tendo em conta regras contabilísticas (*asset*). Para mais desenvolvimento, veja-se MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito...*, *op. cit.* p. 77 e ss. e SERRA, Catarina, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 235 e ss.

¹⁰Veja-se CARVALHO FERNANDES, Luís A. e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 71 e ss. e EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 24, entre outros.

¹¹Poderá consultar-se o referido anteprojeto em http://www.acra.pt/_pdf/ApCC2006.pdf.

¹²São entidades reconhecidas pelo Estado, aptas a intervir no tratamento do sobre-endividamento, a Associação Portuguesa de Defesa do Consumidor, o Gabinete de Orientação ao Endividamento do Consumidor e a Associação de Instituições de Crédito Especializado.

¹³Na página da Direção-Geral do Consumidor, estabelece-se claramente que as dívidas em litígio judicial ficam excluídas de qualquer negociação, no que concerne à intervenção das entidades autorizadas a negociar com os credores. Veja-se www.consumidor.pt.

¹⁴Em 2010 foram declaradas 905 insolvências de pessoas singulares, sendo que a maior parte delas correspondia a consumidores e não a pequenos empresários. Até maio de 2011, foram já declaradas 2190 insolvências de pessoas singulares, o que demonstra uma subida histórica dos valores, especialmente no que concerne aos consumidores. Fonte: www.ine.pt e Instituto Informador Comercial.

¹⁵O âmbito objetivo definido pelas diversas alíneas do art. 249º, nº 1, indica que estarão abarcados por este procedimento todos aqueles que não tenham detido, nos últimos três anos, a exploração de qualquer tipo de empresa, tal como definida nos termos do art.º5º, CIRE. Em alternativa, de acordo com a alínea b, poderão submeter-se à negociação do plano de pagamentos os empresários que não tiverem dívidas laborais (i), um número de credores superior a 20 (ii) e um passivo global que não exceda € 300 000 (iii).

¹⁶Não se diferencia este efeito dos que se verificam em caso de não apresentação do plano de pagamentos. Em caso de apresentação à insolvência, o juiz, nos termos do art. 28º, declara de imediato a insolvência do devedor, até ao terceiro dia posterior à distribuição da petição inicial. Em caso de pedido de declaração de insolvência iniciado por um credor, a falta de oposição implica a confissão dos factos alegados por aquele, nos termos do art.º30º, nº 5, e, consequentemente, da insolvência.

¹⁷MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito...*, *op. cit.*, p. 323.

¹⁸CARVALHO FERNANDES, Luís A. e LABAREDA, João, *Código...*, *op. cit.*, p. 812.

¹⁹Formulário definido pela Portaria n.º 1039/2004, de 13 de agosto.

²⁰O número de votos dos credores é determinado pelo montante do seu crédito, nos termos do art. 72º, CIRE.

²¹De acordo com o art. 258º, nº 3, do CIRE, caso o credor se limite a impugnar a identificação do crédito, sem adiantar quaisquer elementos respeitantes à sua configuração, poderá haver lugar à substituição de aprovação por parte do juiz.

²²O anteprojeto do Código do Consumidor português, datado de 2006, previa que, no processo de insolvência adaptado aos consumidores nele integrado, a elaboração do plano contaria com a intervenção de um Gabinete de Apoio ao Sobre-endividado.

²³O período de cessão está presente na *Insolvenzordnung* alemã, que constituiu a principal fonte de inspiração do CIRE, mas não no *Chapter 7* do *Bankruptcy Code* americano, que introduziu pela primeira vez este mecanismo.

²⁴HULS, Nick, «Overindebtedness and overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution», *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1997, p. 144.

²⁵Veja-se, por exemplo, CRISTAS, Assunção, «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis – Novo Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 167.

²⁶SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 133.

²⁷CRISTAS, Assunção, «Exoneração...», *Themis...*, *op. cit.*, p. 170.

28 MARTINS, Luís M., *Recuperação de Pessoas Singulares*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2011, p. 58.

²⁹Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação do Porto nº 0754986, de 5 de novembro de 2007, no qual se indica que o fato de devedor revelar insuficiência de bens e rendimentos para assegurar o cumprimento de quaisquer obrigações não é critério para rejeição do pedido de exoneração do passivo restante. Disponível em www.dgsi.pt.

³⁰Trata-se do chamado período experimental, assim designado pela jurisprudência. Vejam-se por exemplo, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto nº 0835760, de 20 de novembro de 2008, e nº 0754986, de 5 de novembro de 2007, disponíveis em www.dgsi.pt.

³¹A doutrina indica que deverá atender-se materialmente às condições pessoais de cada devedor. Menezes Leitão aponta vários exemplos sobre o tipo de situações que poderão ilustrar a regra: o insolvente com filhos menores a seu cargo que apenas poderá desempenhar funções a tempo parcial, por exemplo ou, relativamente ao abandono da profissão que detenha, quando o devedor a abandona por motivos de saúde ou tendo um emprego com melhores condições de trabalho. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito...*, *op. cit.*, p. 314.

³²CRISTAS, Assunção, «Exoneração...», *Themis...*, *op. cit.*, p. 173.

³³REIFNER, Udo *et al*, *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, IFF, Hamburgo, 2003, p. 166.

³⁴Assim se conclui pela leitura do Relatório de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da

Insolvência e Recuperação de Empresas, realizado pela Direção Geral de Política Legislativa do Ministério da Justiça português, em 2010, e disponível em www.dgpj.mj.pt. Também aqui se defende a fixação caso a caso, em alternativa, mas tal solução poderá ser criticada pela incerteza e desigualdade jurídicas geradas. Por outro lado, um estudo norte-americano, de 2006, concluiu que um terço dos insolventes a quem se concedera a exoneração do passivo restante continuava com uma situação económica idêntica ou pior do que aquela verificada na data de declaração de insolvência, o que poderá colocar questões sobre a eficácia da exoneração imediata. PORTER, K.M. y THORNE, D., «The Failure of Bankruptcy's Fresh Start», *Cornell Law Review*, nº 92, 2006, pp. 69-70, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894453.

³⁵Poderão consultar-se os despachos relativos à exoneração do passivo restante na página www.citius.mj.pt.

³⁶Observe-se a discussão sobre a proposta numa notícia do Jornal do Senado brasileiro, disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/noticia.asp?codEditoria=521&dataEdicaoVer=20100420&dataEdicaoAtual=20100420&nomeEditoria=Especial+Cidadania>, de 20 de abril de 2010.

³⁷CITRO, Flávio, «A proteção do sobre-endividado no Brasil à luz do direito comparado», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, nº 2, Bonijuris, 2011, p. 14.

³⁸De relevar o projeto *Conciliar É Legal*, no estado de Rio Grande do Sul, levado a cabo pelas autoras do anteprojeto ora em análise, Cláudia Lima Marques, Karen Bertoncello e Clarissa Costa de Lima.

³⁹Veja-se a exposição de motivos do projeto de lei, que aponta a seguinte fundamentação: “a necessidade de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal)”; (...) o objetivo da República em erradicar a marginalização (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal) e que o superendividamento é um fenómeno de exclusão social dos consumidores pessoas físicas e suas famílias, pois o benefício da falência é reservado aos comerciantes”; a necessidade da preservação de quantia mínima capaz de assegurar a vida digna do indivíduo e seu núcleo familiar destinada à manutenção das despesas de sobrevivência, tais como água, luz, alimentação, saúde, educação, entre outros; (...) a luta contra a pobreza visa a incluir grande parte da população brasileira na sociedade de consumo e de crédito, sempre com respeito ao princípio da igualdade (art.º 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal), assegurando uma proteção dos mais fracos e vulneráveis, em especial em casos de quebra ou ruína dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal); (...) o Estado deve promover a defesa do consumidor (art.º 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal), e que esta é princípio da ordem económica constitucional (artigo 170, V, da Constituição Federal), como limitador à livre iniciativa, inclusive nos contratos e nos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária frente a consumidores”.

⁴⁰Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

⁴¹Para maior desenvolvimento sobre o modelo francês, previsto no artigo L-330 e seguintes do

Code de la Consommation, veja-se PICOD, Yves *Code de la Consommation Commenté*, 12ª Edição, Dalloz, Paris, 2007.

⁴²Dispõe ainda o projeto, no seu art. 34, que o consumidor poderá ser atendido por um técnico especializado, tais como assistentes sociais, psicólogos ou técnicos de apoio ao consumidor, sem prejuízo da assistência jurídica por advogado, tal como prevista no art. 33, que, ultrapassando o valor da causa a quantia de 20 salários mínimos é, aliás, obrigatória.

⁴³Ficariam já garantidos os bens e rendimentos impenhoráveis pela lei processual civil, tal como consta do art. 649 do Código de Processo Civil, por remissão do art. 25, §3º, do anteprojeto.

⁴⁴Sobre a importância da intervenção judicial, veja-se SOARES GOMES, Manuel Tomé, «Do sobreendividamento das pessoas singulares – em busca de quadro legal», *Sub Judice* núm. 24, Almedina, Coimbra, 2003, p. 37. Segundo o autor, o fato de se tratar de um procedimento judicial de tratamento do sobre-endividamento permite vincular as partes ao cumprimento do acordo de uma forma mais rigorosa.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FERNANDES, Luís A. e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009.

CITRO, Flávio, «A proteção do sobre-endividado no Brasil à luz do direito comparado», *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n.º 2, Bonijuris, 2011.

CRISTAS, Assunção, «Exoneração do devedor pelo passivo restante», *Themis – Novo Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009.

FERRIÈRE, Frédéric. y CHATAIN, Pierre-Laurent, *Surrendetement des Particuliers*, Dalloz, Paris, 2006.

FRADE, Catarina e ABREU LOPES, Cláudia, «Overindebtedness and Financial Stress: a comparative study in Europe», Niemi-Kiesiläinen, J, Ramsay, I. e Whitford, W. (dir), *Consumer Credit, Debt & Bankruptcy*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009.

HULS, Nick, «Overindebtedness and overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution», *Journal of Consumer Policy*, núm. 20, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1997.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel [et al], *O Endividamento dos Consumidores*, Almedina, Coimbra, 2004.

LIMA MARQUES, Cláudia, «Fundamentos Científicos da Prevenção e Tratamento do Superendividamento», *Prevenção e Tratamento do Superendividamento*/elaboração de Cláudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Karen Bertoncetto, Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor, Secretaria de Direito Econômico, Brasília, 2010.

MARTINS, Luís M., *Recuperação de Pessoas Singulares*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2011.

MENEZES CORDEIRO, António, «Introdução ao Direito da Insolvência», *O Direito*, num.

137, Almedina, Coimbra, 2005.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2011.

PICOD, Yves *Code de la Consommation Commenté*, 12.^a Edición, Dalloz, Paris, 2007.

PORTER, K.M. y THORNE, D., «The Failure of Bankruptcy's Fresh Start», *Cornell Law Review*, n.º 92, 2006.

REIFNER, Udo *et al*, *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union*, IFF, Hamburgo, 2003.

SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, Almedina, Coimbra, 2010.

SERRA, Catarina, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SOARES GOMES, Manuel Tomé, «Do sobre-endividamento das pessoas singulares – em busca de quadro legal», *Sub Judice* núm. 24, Almedina, Coimbra, 2003.

TRUJILLO DÍEZ, Ivan Jesus, *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Comares, Granada, 2003.

WARREN, Elizabeth e WARREN TYAGI, Amelia, *The Two Income Trap: Why Middle-Class Mothers and Fathers Are Going Broke*, Basic Books, Cambridge, 2003.



A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS

NO CONTROLO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS
GERAIS ABUSIVAS

JOÃO ALVES
Procurador-adjunto
Mestre em Direito

EXCERTOS

“Os contratos individualizados são aqueles que contêm cláusulas concretas estabelecidas pelo predisponente para a aplicação num contrato específico”

“As CCG são estipulações negociais, a sua vigência pressupõe um acordo das partes contratantes. A sua inclusão no contrato processa-se por coordenação com o(s) enunciado(s) de que constem os restantes elementos de uma declaração negocial para a formação de um contrato”

“O demandado, vencido na ação inibitória que viole a obrigação de se abster de utilizar ou recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória, com o limite de € 60.000,00”

“A ação inibitória implica um novo paradigma para o processo civil, hoje excessivamente apegado à reparação do dano, para concentrar-se na prevenção e cessação do ilícito, situação ainda não totalmente interiorizada pelos operadores judiciários”

“As ações inibitórias não têm por fim reintegrar ou reparar o direito violado. Logo, não se exige a ocorrência de prejuízos; visam somente evitar que o ato ilícito venha a ocorrer, continue ou se repita”

I. AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

As cláusulas contratuais gerais (CCG)^{1/2} são um fenómeno relativamente recente, ligado aos modernos processos de produção e distribuição de bens e serviços. Consequência da Revolução Industrial do século XIX, este modo de contratar está genericamente conexionado com o movimento geral de racionalização de toda a atividade empresarial³.

O uso de CCG, para além de responder ao problema da impossibilidade prática de negociação individual por parte de uma empresa com milhares de clientes, implica várias vantagens, tais como racionalização e especialização, eficácia, rapidez e diminuição de custos e a adequação contratual à crescente especialização da atividade económica⁴.

No entanto, para além do efeito óbvio de potenciar que empresas em situação de força no mercado possam valer-se da posição dominante para inserir cláusulas abusivas ou injustas, não são desprezíveis outras desvantagens do seu uso: a liberdade da contraparte fica limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder interferir, de forma significativa no conteúdo negocial que lhe é proposto, havendo ainda o anonimato e despersonalização e a dispersão dos enunciados contratuais.

Em Portugal, em 22 de fevereiro de 1986, entrou em vigor o DL 446/1985, de 25 de Outubro, relativo à regulamentação das CCG, posteriormente alterado pelo DL 220/1995, de 31 de Agosto (por força da Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril), Declaração de Rectificação nº 114-B/1995, de 31 de Agosto e DL 249/1999, de 7 de Julho.

A principal fonte inspiradora do DL 446/1985 foi a lei alemã (AGB-Gesetz, de 1976). Esta lei surge como consolidação legislativa das soluções encontradas pela jurisprudência alemã ao longo de décadas com questões relativas a CCG, razão de um certo casuísmo avulso e uma previsão muito detalhada.

Entretanto, há muito que a doutrina⁵ portuguesa estava atenta ao fenómeno⁶ e, embora sem proteção específica, alguns institutos ofereciam certo apoio legal:

- as normas gerais relativas à boa-fé (art. 227º e 762º, nº 2, C. Civil);
- a ordem pública (art. 280º, C. Civil);
- o abuso de direito (art. 334º, C. Civil);
- o art. 253º (dolo), art. 259º (falta ou vícios da vontade) e o art. 282º (negócios usurários), todos do C. Civil.

O legislador português não definiu um conceito de CCG, mas sim uma descrição da matéria no art. 1º, nº 1, do DL 446/1985: “As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma”.

Cláusulas absolutamente proibidas são aquelas que não podem, em qualquer circunstância, constar de contratos realizados por adesão

Na doutrina, a título de exemplo, cito duas definições: CCG são “proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adoptou”⁷, “são proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar”⁸.

Almeida Costa e Menezes Cordeiro anotam

as seguintes características^{9/10}:

a) Pré-elaboração

São preparadas antes da conclusão do contrato. É indiferente a sua forma externa, letra impressa, exposição no estabelecimento do utilizador, sendo difícil a sua compatibilidade com a forma oral. Quanto ao conteúdo, poderão conter todos os elementos do contrato ou apenas uma parte.

Esta característica revela-se com particular incidência nos formulários existentes em vários domínios da contratação em massa – banca, seguros, telecomunicações.

b) A rigidez

São independentes de obterem ou não a adesão das partes, sem possibilidade de alterações. Este requisito não é absoluto, a aceitação ou recusa em bloco é uma consequência do poder de fato de um dos contraentes.

Não existe descaracterização se uma cláusula ou uma pequena parte delas for modificada por acordo. É o que resulta do art. 7º do DL 446/1985, ao determinar a prevalência das cláusulas especificamente acordadas sobre quaisquer outras cláusulas¹¹.

c) A indeterminação

Relativamente aos sujeitos que as podem utilizar, propondo-as ou a elas aderindo. Pré-elaboração para uma generalidade de contratos ou de pessoas, utilização múltipla.

Estas características¹², embora parcelares, são importantes para sabermos se estamos confrontados ou não com CCG^{13/14} e, consequentemente, no

âmbito de aplicação do DL 446/1985¹⁵ (*a priori* existe a delimitação negativa do art. 3º do DL 446/1985, cuja al. e foi derogada parcialmente¹⁶), sendo a sua alegação usualmente parte integrante da causa de pedir¹⁷ nas ações inibitórias.

O DL 249/1999, de 7 de julho, aditou um nº 2 ao art. 1º do DL 446/1985, de 25 de outubro, com o seguinte teor: “O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”.

Os contratos individualizados são aqueles que contêm cláusulas concretas estabelecidas pelo predisponente para a aplicação num contrato específico. Neste âmbito, a pré-elaboração “tem de significar elaboração inicial, única e completa das cláusulas contratuais por uma das partes”.^{18/19}

O predisponente no início do processo negocial comunica ao destinatário o teor do esboço das cláusulas contratuais, impondo a sua vontade e interesses, de forma a que este entenda não ter outra alternativa que a aceitação ou recusa em bloco, sem prejuízo de eventuais alterações de pormenor que não alterem o essencial do clausulado.

A análise do conteúdo de um contrato, no sentido de apurar se foi objeto de elaboração prévia sem possibilidade de influência do destinatário é mais difícil, pelo fato de ser individualizado. Neste caso, nada obsta a que se aplique o regime²⁰ do art. 1º, nº 3, do DL 446/1985 – o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo.

Na análise da Directiva 93/13/CEE é possível encontrar duas partes: uma dispositiva, de carácter vinculativo, formada pelos arts. 3º, nº 1, 2, 4 e 5, que concretizam a norma geral e que indicam as circunstâncias em que uma cláusula de um contrato deve ser qualificada como abusiva, com a consequência de não vincular o consumidor, e uma parte indicativa, que é exemplificativa, consistente no anexo da Directiva que contém uma lista de cláusulas que podem ser consideradas abusivas.

Do art. 8º da Directiva deduz-se que esta tem um carácter mínimo²¹, segundo esta disposição: “Os Estados-Membros podem adoptar ou manter, no domínio regido pela presente directiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de protecção mais elevado para o consumidor”.

Trata-se, pois, de uma Directiva de carácter mínimo²² e não de harmonização total; esta Directiva não corta a liberdade do legislador nacional alterar a sua ordem jurídica fora do domínio da harmonização mínima que impõe, em

concreto, abrangendo todas as cláusulas abusivas.

No plano subjectivo, a Directiva tutela (art. 1º, nº 1) apenas as relações contratuais entre profissionais e consumidores, ao contrário do DL 446/1985, que visa proteger todos²³ os que celebram contratos com quem utiliza condições gerais dos contratos, abrangendo relações entre empresários, profissionais liberais, pessoas singulares, coletivas e consumidores e entre uns e outros (art. 17º e 20º do DL 446/1985), isto é, contratos de consumo como quaisquer outros contratos.

A Directiva 93/13/CEE está englobada numa proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de outubro de 2008 relativa aos direitos dos consumidores²⁴, que prevê a substituição das directivas relativas a contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, cláusulas abusivas, contratos à distância e venda e garantias dos bens de consumo. De realçar o objetivo de harmonização total das disposições em matéria de defesa dos consumidores nos contratos do consumidor, a fim de fomentar a oferta concorrencial no mercado interno, assegurando um nível elevado de defesa dos consumidores, o que no caso português conduzirá à perda de direitos já consagrados em legislação nacional mais favorável.

O DL 446/1985 submete as CCG a um apertado sistema de controlo, a vários níveis:

a) Ao nível da inclusão das cláusulas no contrato singular

As CCG são estipulações negociais, a sua vigência pressupõe um acordo das partes contratantes. A sua inclusão no contrato processa-se por coordenação com o(s) enunciado(s) de que constem os restantes elementos de uma declaração negocial para a formação de um contrato. As formalidades a observar pretendem prevenir o aderente para os termos do contrato que irá celebrar, procura-se assegurar o esclarecimento e fomentar a reflexão para evitar decisões precipitadas.

A sua inclusão está dependente da observância por parte do utilizador de certos requisitos:

- têm que ser integralmente comunicadas à contraparte de modo adequado (art. 5º e 6º do DL 446/1985);

- as CCG não podem ser incompatíveis com cláusulas especificamente acordadas pelos contraentes, uma vez que estas prevalecem sobre aquelas (art. 7º do DL 446/1985).

A consequência da inobservância das regras respeitantes à inclusão das condições gerais no contrato é a exclusão destas do contrato celebrado (art. 8º do DL 446/1985), permanecendo o contrato válido e eficaz no restante²⁵.

b) Ao nível da interpretação

Consagrou-se uma orientação que atende à diversidade de circunstâncias e momentos do caso específico, à sua configuração concreta e às representações individuais dos contraentes (art. 10º do DL 446/1985), em detrimento de uma interpretação obediente a critérios típicos, uniformes ou generalistas.

Em caso de dúvida funciona a regra da interpretação mais favorável à contraparte do utilizador de CCG – *in dubio contra stipulatorem* (art. 11º, nº 2, do DL 446/1985), já que quem introduz unilateralmente CCG tem que suportar o risco de uma certa ambiguidade²⁶.

c) Ao nível do conteúdo (fiscalização)

A fiscalização do conteúdo consagra o recurso a uma cláusula geral de controlo – o princípio da boa-fé²⁷ (art. 15º do DL 446/1985), eixo fulcral do sistema, surgindo a enumeração das CCG proibidas como simples concretização, exemplificativas da valoração desse princípio.

A ação inibitória, de acordo com o critério dos interesses protegidos, é uma ação coletiva em que é concedido a um grupo um direito de ação próprio

Se assim não fosse, e existisse um *numerus clausus* nessa enumeração do DL 446/1985, a arte, o engenho e as rápidas transformações nos processos de fabrico, distribuição e venda iam contornar com relativa facilidade as proibições legais.

A consequência jurídica da inobservância é a nulidade (art. 12º do DL 446/1985)²⁸.

No que respeita ao âmbito das proibições, o DL 446/1985 consagra um regime geral aplicável nas relações com consumidores finais (art. 20º):

- situações que violem o princípio da boa-fé (art. 15º);
- situações específicas previstas na Secção III (arts. 21º e 22º);
- situações contidas na Secção II, que dizem respeito às relações entre empresários ou entidades equiparadas (arts. 18º e 19º).

E um regime especial nas relações entre empresários e entidades equiparadas (art. 17º):

- situações que violem o princípio da boa-fé (art. 15º);
- situações específicas previstas na Secção II (arts. 18º e 19º).

Na estruturação do regime das CCG proibidas o DL 446/1985 apresenta uma distinção entre cláusulas absolutamente proibidas e cláusulas relativamente proibidas. As cláusulas absolutamente proibidas são aquelas que não podem, em qualquer circunstância, constar de contratos realizados por

adesão. Estas proibições atuam, independentemente dos esquemas negociais em que se incluem (arts. 18º e 21º).

As cláusulas relativamente proibidas são aquelas que são susceptíveis de serem válidas para certos contratos e não para outros. A sua validade ou não depende de um juízo valorativo face ao tipo negocial concreto (arts. 19º e 22º).

O controlo das CCG pode operar de três formas:

a) Controlo incidental

Processa-se no âmbito de um litígio referente a CCG de um contrato celebrado entre determinado utilizador e o aderente. Pode ser por via de ação interposta pelo aderente de CCG, por exemplo para pedir a declaração de nulidade de certa cláusula (art. 4º, nº 2, al. b, do Código de Processo Civil) ou por via de exceção peremptória em contestação a ação interposta pelo utilizador de CCG (arts. 487º e 493º do Código de Processo Civil).

b) Controlo abstrato (ou preventivo)

É levado a cabo independentemente da sua inclusão em contratos singulares. Trata-se do recurso à ação inibitória em que se pretende que os utilizadores de CCG sejam condenados a abster-se do seu uso.

Neste caso, o controlo das CCG deve efetuar-se abstratamente e não em concreto; deve fazer-se tendo em conta as cláusulas em si próprias, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo, e não isoladamente ou em função do caso concreto.

c) Controlo administrativo²⁹

É exercido preventivamente por órgão(s) incumbido(s) de fiscalizar as minutas das CCG que o predisponente pretende impor nos contratos que vier a celebrar no futuro. Pouco comum em Portugal, um exemplo encontra-se no DL 486/1999 (Código dos Valores Mobiliários), de 13/1, no art. 366º, com a epígrafe “Supervisão relativa a publicidade e cláusulas contratuais gerais”, onde se prevê a competência da Comissão Mercado de Valores Mobiliários para “fiscalizar a aplicação da legislação sobre publicidade e cláusulas contratuais gerais relativamente às matérias reguladas no presente Código, instruindo os processos de contraordenação e aplicando as respectivas sanções”.

No caso de ocorrer continuação da utilização de cláusulas julgadas abusivas pelo Tribunal, rege o art. 33º do DL 446/1985. O demandado, vencido na ação inibitória que viole a obrigação de se abster de utilizar ou recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória, com o limite de € 60.000,00³⁰.

A sanção pecuniária compulsória “é a ameaça de uma sanção pecuniária, ordenada pelo juiz, para a hipótese de o devedor não obedecer à condenação principal, visando o cumprimento das obrigações e a eficácia da decisão do tribunal”³¹.

Face ao teor deste art. 33º, só depois da violação da obrigação de abstenção de utilizar ou recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva, por decisão transitada em julgado, é que a sanção pecuniária pode ser requerida e decretada, mediante requerimento dirigido ao processo onde ocorreu a condenação^{32/33}.

Perante uma situação em que se pretende averiguar uma eventual violação da sentença transitada em julgado, importa averiguar:

a) as cláusulas constantes do novo contrato são iguais às constantes do contrato objeto da sentença transitada em julgado? Se a resposta for afirmativa, não existem dúvidas que foi violada a proibição constante da sentença, incorrendo a ré numa sanção pecuniária compulsória.

b) As cláusulas constantes do novo contrato são diferentes das constantes do contrato objeto da sentença transitada em julgado? Neste caso, uma vez que foram introduzidas alterações, importa averiguar previamente “se a cláusula atualmente utilizada é ou não substancialmente idêntica àquela que o Tribunal proibiu utilizar”³⁴. Se a cláusula for substancialmente idêntica, a ré incorre numa sanção pecuniária compulsória.

II. AÇÃO INIBITÓRIA DE PROIBIÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

A perspectiva clássica do processo civil baseia-se no pressuposto de que só os direitos e interesses individuais são objeto de tutela jurisdicional. Em complemento às ações clássicas, surgiram como forma jurisdicional de tutela dos interesses difusos³⁵ as ações coletivas, justificando-se esta tutela por motivos de economia de meios, tempo, bem como pela possibilidade de obter uma decisão uniforme para todos os interessados³⁶.

A ação inibitória, de acordo com o critério dos interesses protegidos é uma ação coletiva em que é concedido a um grupo um direito de ação próprio.

No sistema jurídico português encontramos dois tipos de ações coletivas: a ação inibitória, originalmente no domínio das cláusulas contratuais gerais (art. 25º do DL 446/1985, de 25 de outubro) e posteriormente admitida em

termos gerais (art. 10º, da Lei 24/1996, de 31 de Julho), e a ação popular (prevista na Lei 83/1985, de 31 de Agosto)³⁷.

A ação inibitória possibilita uma tutela específica. Destina-se a assegurar, não um sucedâneo para um direito ou interesse violado, mas o gozo do próprio direito. Pode ter duas finalidades: na ação inibitória repressiva, pretende-se fazer cessar a violação de um interesse difuso e o seu objeto é a abstenção da continuação dessa violação. Na ação inibitória preventiva, procura-se prevenir a violação de um interesse difuso; o seu objeto é a abstenção dessa violação.

Em qualquer ação inibitória pretende-se obter a omissão de uma conduta. Na ação repressiva essa conduta já é efectiva. Na ação preventiva³⁸ ela é apenas eventual; a cláusula abusiva pode ainda não ter sido utilizada³⁹.

A ação inibitória caracteriza-se por estar voltada para o futuro. Destina-se, no caso de cláusulas abusivas, “a obter a condenação a abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais” (art. 26º, nº 1, do DL 446/1985). Distingue-se da providência cautelar por esta estar dependente de uma ação principal e da ação declarativa de condenação por esta pressupor a existência e violação de um direito (art. 4º, nº 2, al. b, do Código de Processo Civil) e não possuir mecanismos que impeçam a prática do ato ilícito.

Assim, a ação inibitória implica um novo paradigma para o processo civil, hoje excessivamente apegado à reparação do dano, para concentrar-se na prevenção e cessação do ilícito, situação ainda não totalmente interiorizada pelos operadores judiciais⁴⁰. As ações inibitórias não têm por fim reintegrar ou reparar o direito violado. Logo, não se exige a ocorrência de prejuízos; visam somente evitar que o ato ilícito venha a ocorrer, continue ou se repita.

A recolha de elementos com vista à eventual instauração de ação inibitória por existirem cláusulas nulas em contratos pode ter origem na atuação oficiosa do Ministério Público (MP), indicação do Provedor de Justiça ou quando o MP entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

Na área cível, com exceção das averiguações oficiosas para investigação da paternidade/maternidade e impugnação da paternidade presumida, as diligências de instrução de quaisquer matérias que possam conduzir à propositura de ações, contestações e acompanhamento de processos judiciais pelo MP são efetuadas num designado processo administrativo (PA)⁴¹. Não se trata de verdadeiros “processos administrativos”, na acepção do art. 1º, nº 2, do Código de Procedimento Administrativo, nem de processos judiciais, mas apenas simples dossiês. No fundo, algo equivalente aos dossiês que os srs. advogados têm no seu escritório para preparação e acompanhamento dos casos dos seus clientes.

O tribunal competente para instaurar a ação inibitória é determinado pelo art. 28º do DL 446/1985⁴².

No âmbito do PA, em regra, são as seguintes as diligências instrutórias a efetuar:

a) Obtenção do original do contrato.

O pedido pode ser efetuado diretamente pelo MP ao predisponente, com o risco de que, face ausência de resposta, o MP não possui quaisquer poderes cominatórios⁴³. Em alternativa, o pedido deve ser efetuado à Direção-Geral do Consumidor, que possui poderes cominatórios: “Exigir, mediante pedido fundamentado, a entidades públicas e privadas, as informações, os elementos e as diligências que entender necessários à salvaguarda dos direitos e interesses do consumidor” (art. 2º, nº 2, al. e, do Decreto Regulamentar nº 57/2007, de 27/4).

b) Obtenção de certidão de todos os registos relativos à sociedade.

Pode ser obtido na Conservatória do Registo Comercial ou na base de dados online no site <http://www.portaldaempresa.pt/CVE/pt/EOL>. O objetivo de tal diligência consiste em identificar a pessoa coletiva e o seu objeto social.

c) Inquirição do legal representante.

Pretende-se com esta diligência esclarecer eventuais dúvidas quanto ao teor do clausulado e também apurar a eventual existência de alguma ação inibitória já intentada relativamente ao clausulado em análise⁴⁴, evitando-se uma possível litispendência.

A minha experiência pessoal leva-me a concluir que a melhor forma de iniciar a abordagem a este contencioso passa pelo cumprimento de quatro passos:

1º- leitura atenta do contrato;

2º- leitura do DL 446/1985;

3º- leitura de doutrina e jurisprudência sobre o DL 446/1985;

4º- consulta das cláusulas já declaradas nulas⁴⁵.

Efetuada estas diligências, estamos em condições de proferir despacho final, elaborando a petição inicial da ação inibitória ou despacho de arquivamento do PA, o que implica analisar detalhadamente o clausulado, independentemente da sua inclusão em contratos singulares, isto é, um controlo das cláusulas contratuais em abstrato e não em concreto, tendo em conta as cláusulas em si próprias, no seu conjunto e segundo os padrões em jogo, e não isoladamente ou em função do caso concreto⁴⁶. Aliás, a existência de um registo de cláusulas declaradas proibidas por decisão judicial apenas faz

sentido quando o objetivo é a aplicação geral da proibição.

No que respeita à estrutura da petição inicial, a exposição dos fatos e razões de direito que servem de fundamento à ação inibitória (narração), relativamente a petições iniciais intentadas pelo Ministério Público, em regra, tem a seguinte estrutura:

a) Identificação da ré e seu objeto comercial

1º

A Ré é uma sociedade anónima, encontrando-se matriculada sob o nº..... e com a sua constituição inscrita na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa – 4ª Secção desde 19 de Agosto de 1994 - Doc. nº1.

2º

A Ré tem, além do mais, por objecto a actividade de “ Construção, sob licença, de veículos automóveis da marca, bem como a compra e venda, aluguer, garagem e manutenção de veículos automóveis de outras marcas....” - Doc. nº1.

3º

No exercício de tal actividade, a Ré procedia ao aluguer de veículos automóveis sem condutor.

b) A alegação à adesão a cláusulas pré-formuladas por outrem⁴⁷

4º

Assim, a Ré entregava aos clientes que com ela pretendiam contratar, um impresso análogo ao que se junta como documento nº 2, cujo teor se dá por integralmente reproduzido.

5º

Na posse do mencionado impresso onde constam já os dados do aderente (locatário), este limita-se a assinar.

6º

No verso do original encontram-se impressas as cláusulas relativas àquele contrato - Doc. 2.

7º

As cláusulas insertas no impresso que titula o contrato comercializado pela Ré foram por esta previamente elaboradas e apresentadas, já impressas, aos interessados na celebração do contrato.

c) Identificação da(s) cláusula(s) nula(s)

8º

Na cláusula 6.6 do contrato estabelece-se que:

“As revisões ou reparações deverão ser efectuadas nas oficinas da entidade indicada na cláusula 5ª das Condições Particulares ou, se não for possível, em quaisquer oficinas da rede oficial;”

d) Fundamentação de direito

9º

Tal cláusula é proibida, nos termos do art. 22º, nº 1, al. j) do DL 446/1985, de 25 de Outubro,

10º

Porque impede, sem justificação a reparação do veículo por terceiros.

Como é natural, estas ações são contestadas pelos réus e, face ao seu poder económico, percorrem todas as instâncias judiciais possíveis até transitarem em julgado.

Como exemplos, enumero duas argumentações utilizadas habitualmente pelos réus em sede de contestação e recurso:

a) “A ré entende ser inconstitucional o pedido efetuado pelo MP ao abrigo do art. 30º, nº 2, do DL 446/85 de publicação da sentença em anúncio a publicar em dois dos jornais diários de maior tiragem editados em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos”.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou⁴⁸ sobre o teor do art. 30º, nº 2, do DL 446/1985, que dispõe que “a pedido do autor, pode ainda o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine”, concluindo pela sua constitucionalidade, com o fundamento, entre outros, de que tal disposição não afeta ilegitimamente o bom nome da sociedade ou a sua reputação (consagrados no art. 26º, nº 1, da Constituição), não tendo carácter sancionatório, configurando apenas uma concretização da publicidade do processo civil. O fato dos contratos já não serem utilizados não constitui impedimento à condenação da ré a dar publicidade à sentença condenatória⁴⁹.

No que respeita à publicação do anúncio, temos que ter o cuidado de verificar se foi publicado em tamanho legível (atualmente, o Ministério Público requer a publicação em anúncio não inferior a ¼ de página) e, caso a ré não junte aos autos a cópia, requerer a sua notificação para o efeito.

b) “O Réu na contratação apresenta uma minuta de proposta como ponto de partida para uma negociação, tal como ocorre com a celebração de qualquer contrato individualizado. A referida minuta não se destina a ser subscrita enquanto tal. Nas negociações, pode o interessado propor e obter a eliminação de cláusulas que não lhe interessem e, assim, conseguir que o teor das cláusulas da minuta seja modificado, o que ocorre na prática”.

Esta estratégia é complementada em sede de produção de prova com testemunhas (trabalhadores do réu) a afirmar em audiência tal argumentação. Com especial insistência em que a minuta é um ponto de partida, o interessado

pode propor e obter a eliminação de cláusulas que não lhe interessem, tudo é negociável etc.

Em termos de alegações de direito a conclusão que retiram é simples: trata-se de um contrato individualizado e, como tal, excluído do controlo preventivo através da ação inibitória. Este tipo de argumentação tem obtido alguma receptividade junto de alguns juízes, que acabam por considerar na sentença que o contrato não é de adesão, não sujeito ao regime do DL 446/1985, por lhe faltar um dos requisitos - a imodificabilidade.

Ora, na contratação através de cláusulas contratuais gerais importa distinguir dois momentos distintos: “a da elaboração das cláusulas, que antecede e abstrai dos contratos que venham futuramente a celebrar-se, a qual é uma fase estática; e a da celebração de cada contrato singular, isto é, a fase em que se celebra efetivamente o contrato com alguém”⁵⁰, o que não impede “eventuais negociações entre as partes quanto a alguns aspectos do contrato”^{51/52}. Na verdade, a rigidez não é um requisito essencial, mas uma característica tendencial. “Conforme resulta do art. 7º, o aderente pode provocar a eliminação ou a modificação de alguma ou algumas cláusulas, prevalecendo aquelas que tenham sido especialmente negociadas, sem afastar, quanto às restantes, a natureza e o regime legal próprios das cláusulas contratuais gerais”⁵³.

A forma de comunicação das cláusulas aos interessados não é uniforme, indo desde formulários pré-impresos a cartazes afixados no local onde são recebidos os clientes⁵⁴, anúncios, “impresos tipografados ou em suporte informático”⁵⁵. No presente, significativo número dos predisponentes de CCG não recorrem (como era usual até pouco tempo) ao uso de um formulário escrito, com espaços em branco para preencher, mas sim a um suporte digital existente no computador. Isto é, ocorreu uma mera mudança do suporte da informação – o que antes existia em papel passou a existir no disco do computador, mas continua a ter sido redigida previamente, o que indicia que não foi objeto de negociação individual⁵⁶.

No fundo, é esta prática que Almeno de Sá⁵⁷ designa como “a técnica da “falsa individualização” e que descreve da seguinte forma: “algumas daquelas instituições, com base na tecnologia dos computadores, passaram a substituir os antigos formulários, previamente impresos, por documentos pretensamente individualizados ou personalizados, entregues no momento ao cliente concreto”⁵⁸.

III. A EFICÁCIA DO SISTEMA DE CONTROLO

A melhor forma de aferir se o sistema funciona é olhar para o quotidiano do comércio jurídico e verificar se estão ou não a ser utilizadas cláusulas contratuais abusivas. Nesta questão, parece-me que se conseguiram obter bons resultados nalguns setores clássicos (bancos, seguradoras) mas, na generalidade, é frequente encontrar cláusulas abusivas nos contratos.

Esta matéria não tem suscitado a atenção do legislador, apesar das propostas de melhoria apresentadas, de que realço as recentemente apresentadas pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo⁵⁹.

No que respeita ao MP, o exercício desta competência levanta problemas similares aos existentes na defesa de outros interesses difusos:

a) insuficiente formação das magistraturas no âmbito dos direitos difusos;

b) necessidade de aceder a boas bibliotecas – a maioria da bibliografia disponível centra-se em artigos de publicações periódicas, o que implica a sempre difícil ausência do tribunal;

c) alguma ausência de uniformidade na atuação do Ministério Público em nível nacional, o que não é de estranhar dada a inexistência de qualquer coordenação específica na área dos interesses difusos;

d) na carreira profissional, o acesso a jurisdições ou funções especializadas não tem por base a experiência, formação e habilitações académicas adquiridas, mas predominantemente a classificação e antiguidade;

e) inexistência de bases de dados de apoio – o Boletim de Interesses Difusos encontra-se inativo e o *site*⁶⁰ de interesses difusos deixou de ser atualizado há anos;

f) a existência de alguma morosidade durante a fase de instrução prévia à instauração da ação inibitória – o MP não tem poderes que lhe permitam instruir, em caso de falta de colaboração de particulares, eventuais providências cautelares ou ações para defesa dos consumidores;

g) a morosidade na fase judicial das ações inibitórias, especialmente na primeira instância; por norma, são necessários quatro/cinco anos (primeira instância, Relação e Supremo) até ao trânsito em julgado da sentença;

h) o registo das cláusulas declaradas nulas, no nível da percepção e facilidade de consulta da página da internet do Gabinete para as Relações Internacionais, Europeias e de Cooperação, é muito deficiente.

Perante este quadro, é facilmente perceptível que a intervenção do MP está aquém do desejável e é uma gota no oceano de abusos por parte

dos predisponentes de CCG. Também as associações de consumidores se debatem com problemas, sobretudo resultantes da falta de recursos humanos e materiais para sustentar um contencioso exigente e que demora anos em tribunal.

No entanto, apesar das dificuldades do MP, desde a década de 1990 tem sido regular a instauração de ações inibitórias (quase exclusivamente de cláusulas contratuais gerais), na sua quase totalidade pelo núcleo da Procuradoria do Palácio da Justiça de Lisboa⁶¹, com especial ênfase a partir de 2008, e obtendo uma elevada taxa de procedência dos pedidos.

Na minha opinião, é notório que o recurso às ações inibitórias (via judicial) para resolução de interesses coletivos dos consumidores se tem revelado moroso⁶², dispendioso⁶³ e ineficaz.

Na minha opinião, é notório que o recurso às ações inibitórias (via judicial) se tem revelado moroso, dispendioso e ineficaz

Julgo serem urgentes alterações a nível legislativo, com a criação de um regime legal para defesa de interesses difusos, na minha opinião, à semelhança da ação civil pública brasileira⁶⁴, que tem por objetivo responsabilizar por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a interesse difuso ou coletivo.

Este regime legal para defesa de interesses difusos (e não apenas para a defesa dos consumidores) tem necessariamente que adotar três inovações no ordenamento jurídico:

1ª- A concessão de poderes que permitam ao MP instruir, em caso de falta de colaboração de particulares, providências cautelares ou ações para defesa de interesses difusos⁶⁵.

2ª- A criação do “compromisso de ajustamento de conduta”⁶⁶, com cominação para o caso de incumprimento, como diligência prévia obrigatória do MP à instauração de qualquer ação em defesa dos interesses difusos.

A sua regulamentação tem necessariamente que conter um forte desincentivo à litigância, através de um regime dissuasor de custas^{67/68} na ação coletiva que venha a ser intentada, com condenação em indenização da ré que rejeitou o “compromisso” e decaiu na ação inibitória, a reverter para o fundo de defesa dos interesses difusos.

3ª- A criação⁶⁹ do fundo de defesa dos interesses difusos, enquanto instrumento potenciador dos interesses e defesa dos direitos difusos⁷⁰.

O fundo será provido através de indenizações arbitradas ou prescritas e multas em ações coletivas e destinado, por exemplo, a financiar estudos, ações de formação/educação e reparar danos.

A adoção destas alterações legislativas permite, também, dar cumprimento ao “memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica” (acordo da *troika*), ao enquadrarem-se no âmbito da melhoria da eficiência e resolução extrajudicial de conflitos⁷¹.

NOTAS

¹Razões da opção pela denominação “cláusulas contratuais gerais”, vide Costa, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1991, p. 203 e ss.

²«Falamos de contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais porque entendemos, para este efeito, que o regime será o mesmo ... o regime instituído, em Portugal, pelo Decreto-Lei nº 446/85, sobre cláusulas contratuais gerais ... aplica-se, neste caso, a todos os contratos de adesão, isto é, mesmo àqueles que não sejam formados através de cláusulas contratuais gerais», Monteiro, António Pinto, *Cláusulas Limitativas do Conteúdo Contratual*, Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa, Universidade Católica, 2002, pág. 293.

³Para um maior desenvolvimento sobre a matéria: Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Contratos de Adesão* (uma manifestação jurídica da moderna vida económica), RDES, ano XX, 2-3-4, Coimbra, 1973; e Monteiro, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985, p. 342 e ss.

⁴Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações I*, Coimbra, 1986, p. 253.

⁵Tavares, José, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, v. I, Coimbra, 1922, Serra, Vaz, Fontes das Obrigações, O contrato e o negócio jurídico unilateral como fontes de obrigações, BMJ 77, p. 162 a 170, Telles, Galvão, Aspectos Comuns aos Vários Contratos, separata. da *Revista Faculdade Direito Universidade Lisboa*, Vol. III, 1950, p. 14 e 25 e ss., e *Dos Contratos em Geral*, 1962, p. 405 a 407.

⁶Vide Machado, Miguel Nuno Pedrosa, *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco*, Separata da Revista Faculdade Direito, Lisboa, 1988, p. 27 a 49.

⁷Ferreira de Almeida, Carlos, *Contratos I*, Coimbra, 2000, p. 118.

⁸Menezes Cordeiro, António, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Coimbra, 2000, p. 415.

⁹*Cláusulas Contratuais Gerais*, Anotação ao DL 446/85, Coimbra, 1986, p. 17 e ss.

¹⁰Também neste sentido, Frota, Mário, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, nº 2 (Abril 1995), p. 22.

¹¹Ferreira de Almeida, Carlos, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, II, Coimbra, 1992, p. 877.

¹²Ferreira de Almeida, Carlos, *Contratos I*, Coimbra, 2000, p. 117 e ss., entende ser mais rigoroso atribuir apenas duas características: predisposição unilateral e generalidade.

¹³Nas CCG e contratos pré-formulados não existe liberdade de estipulação, resultando de um

clausulado rígido imposto pelo predisponente. Ambos gozam de rigidez mas, distinguem-se porque os contratos pré-formulados não gozam de generalidade.

¹⁴«Pois, se as cláusulas, apesar da sua pré-elaboração e rigidez, se destinam a um só contrato ou a uma única utilização, deixa de poder funcionar o controlo preventivo que a ação inibitória visa» – Monteiro, Pinto, *Estudos de Direito do Consumo*, nº 3, 2001, p. 158.

¹⁵Sobre o domínio de aplicação do DL 446/1985, vide Frota, Mário, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, nº 2 (Abril 1995), p. 25-27.

¹⁶Dispõe o art. 105º do Código do Trabalho, sob a epígrafe «Cláusulas contratuais gerais»:

«O regime das cláusulas contratuais gerais aplica-se aos aspectos essenciais do contrato de trabalho que não resultem de prévia negociação específica, mesmo na parte em que o seu conteúdo se determine por remissão para instrumento de regulamentação colectiva de trabalho». Não existem, pois, dúvidas acerca da aplicação do DL 446/1985, em particular, à formação do contrato de trabalho. Como resulta da parte final do artigo, o regime do DL 446/1985 vigora em relação a regras aplicáveis por remissão para instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho, implicando uma derrogação parcial do art. 3, al. e, do DL 446/1985.

¹⁷Fato jurídico concreto de que emerge o direito que o autor se propõe fazer declarar (Reis, José Alberto, *Comentário ao CPC*, II, Coimbra, 1945, p. 375).

¹⁸Ferreira de Almeida, Carlos, *Contratos*, I, Coimbra, 2000, p. 133.

¹⁹«Falha, neste caso, a possibilidade de o aderente defender os seus interesses, de contribuir autonomamente para a conformação do contrato: o acordo de vontades, alma do contrato, mais não traduz, de fato, do que a imposição da vontade e dos interesses de uma das partes» - Monteiro, Pinto, *Estudos de Direito do Consumo*, nº 3, 2001, p. 159.

²⁰Ascensão, José de Oliveira, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, 2000, p. 592.

²¹«A natureza programaticamente redutora da directiva é manifesta, traçando-se apenas uma *Mindestschutz*, que deixa em aberto aos Estados-membros a possibilidade de manterem ou de instituírem ex novo um nível de tutela mais elevado», Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva Sobre Cláusulas Abusivas*, Almedina, 1999, p. 18.

²²«... uma Directiva restrita às relações entre profissionais e consumidores não impede a extensão de boa parte das suas exigências para fora dos seus limites, a todos os contratos de compra e venda, também a contratos entre empresários e a contratos entre particulares ou consumidores. Assim o queiram, na sua soberania, os Estados-membros». - Silva, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, Almedina, 2003, pág. 32, a propósito da Directiva 1999/44/CE relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

²³É de referir a diferença em relação ao âmbito do art. 2º, nº 1, da Lei 24/1996: «Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios». Assim, está afastada qualquer interpretação lata que inclua comerciantes em situação jurídica diversa da que corresponde à sua situação profissional,

sendo esta definição importante para definir o âmbito do art. 60º da Constituição e outros diplomas legais que se referem ao consumidor sem o definirem. Importa também referir que este conceito se encontra estabilizado na doutrina e jurisprudência, vide o recente acórdão do STJ de 11/3/2003, CJ, STJ, 2003, I, p. 122 – «Não é consumidor sendo-lhe assim inaplicável a lei de defesa do consumidor (Lei 24/96) aquele que obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou da sua empresa».

²⁴O seu texto pode ser acedido em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:PT:NOT>

²⁵Um exemplo retirado da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: «O banco X utiliza no clausulado dos cartões (de crédito e de débito) uma letra de dimensão reduzida, com um espaço entre as linhas também muito reduzido, formando um texto muito compacto que torna a sua leitura difícil e cansativa mesmo para quem possua uma visão média, dificultando, conseqüentemente, a compreensão e apreensão do sentido do texto; daí que tal clausulado tenha de ser excluído dos contratos singulares, devendo o banco X abster-se da sua utilização em futuros contratos», Ac. do STJ de 15/5/2008, proc. 08B357, www.dgsi.pt/jstj.

²⁶Cfr., o Ac. da Relação de Lisboa de 18/3/1999, proc. 0001702, www.dgsi.pt/jtrl: «As condições gerais (elaboradas sem prévia negociação particular) devem ser interpretadas à luz das regras do artigo 236 e seguintes do CCIV, por remissão, implícita no artigo 10 do DL nº446/85 de 25/10, com a redacção do DL nº220/95 de 31/08, em conjugação com o contexto de cada contrato singular em que se incluem.

O artigo 8 do DL nº 176/95 de 26/07 estabelece que as condições gerais e especiais devem ser redigidas de modo claro e perfeitamente inteligível.

Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente».

²⁷O que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor: é ele que leva à qualificação da cláusula como abusiva - Ascensão, José de Oliveira, *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II, 2000, p. 585).

²⁸Ac. da Relação do Porto de 29/11/1994, proc. 9341054, www.dgsi.pt/jtrp: «Não existe na nossa lei uma noção legal aplicável à generalidade dos casos sobre o conceito de boa-fé, embora a lei se lhe refira em numerosos preceitos legais, nomeadamente, nos artigos 762, n. 2, e 227 do Código Civil. A boa-fé é, em primeiro lugar, a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e execução dos negócios jurídicos. É neste sentido que a expressão boa-fé é usada no artigo 16 do Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro».

²⁹*Prós e contras de um controlo administrativo prévio*, Pinto, Carlos Alberto da Mota, ob. cit., p. 145 e 146.

³⁰Uma vez que a atual alçada da Relação é de € 30.000,00.

³¹Silva, João Calvão da, BMJ 359-64.

³²De acordo com esta posição, a sanção pecuniária compulsória não passaria de uma verdadeira

multa, punindo um comportamento ilícito passado – cfr., Silva, Calvão da, RLJ, nº 3923, p. 61.

³³Atento o teor do art. 10º, nº 2, da Lei 24/1996, de 31/7, a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada pelo tribunal na própria sentença que iniba o uso ou a recomendação de cláusulas proibidas por lei, assim, « o art. 33º do Decreto-Lei nº 446/85 deve ter-se por revogado pelos arts. 10º, nº 2, e 11º, nº 4, da Lei nº 24/96», Silva, Calvão da, RLJ, nº 3923, p. 62.

³⁴Cfr., o Ac. da Relação de Lisboa de 26/9/06, proc. 2767/2006-7, www.dgsi.pt/jtrl, onde é analisado um caso de coincidência substancial de uma cláusula que permite cancelar o cartão de crédito/débito, dentro do período de respectiva validade, sem que, para isso, tenha que haver qualquer justificação.

³⁵«correspondem a um interesse jurídico reconhecido e tutelado, cuja titularidade pertence a todos e a cada um dos membros de uma comunidade ou grupo, mas não são susceptíveis de apropriação individual por qualquer um desses membros», Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 2/7/1998, proc. 0027892, www.dgsi.pt/jtrl.

³⁶Sousa, Miguel Teixeira de, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, 2003, p. 70.

³⁷No que respeita a ações coletivas, aguarda-se a finalização de um estudo pela Comissão Europeia em matéria de mecanismos coletivos de recurso para os consumidores – Comissão Europeia, Estratégia Comunitária em Matéria de Política dos Consumidores para 2007-2013, p. 14, Bruxelas, 13/3/2007, COM (2007) 99 final (acedido em www.ec.europa.eu/consumers).

³⁸Cfr., a análise no âmbito da Directiva 93/13/CEE nas Conclusões do advogado-geral Alber apresentadas em 20 de setembro de 2001. Comissão das Comunidades Europeias contra República Italiana. Incumprimento de Estado - Directiva 93/13/CEE - Cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores - Meios para pôr termo à utilização destas cláusulas. Processo C-372/99, Nº Celex: 61999C0372.

³⁹Sousa, Miguel Teixeira de, *ob. cit.*, p. 150.

⁴⁰Um exemplo: «A acção inibitória visa proibir cláusulas contratuais gerais elaboradas para utilização, e não impedir, antes da verificação da situação concreta nelas prevista, que alguém as possa imaginar ou perspectivar» - Ac. do STJ de 2/4/2002, proc. 01A3417, www.dgsi.pt/jstj.

⁴¹Sobre a regulamentação dos PA, vide a Circular 12/79, de 11/5/1979, da PGR. Quanto à sua natureza, e (não) direito à informação procedimental ou ao respectivo acesso, cfr., Durão, Carolina, *Revista do MP*, nº 118, 2009, p. 197-224.

⁴²Deve entender-se como centro da atividade principal o lugar onde se situa a administração, dado aí serem tomadas as decisões de toda a atividade mercantil, é aí que são dirigidos os negócios e a atividade coordenadora sem a qual a empresa não funciona – corresponde à Comarca da sede da empresa.

⁴³«o Ministério Público se encontra desprovido de meios, no foro cível, para a realização de diligências de averiguação, pois os particulares não estão obrigados a cooperar...», Rodrigues, José Narciso da Cunha, *Em Nome do Povo*, Coimbra Editora, 1999, p. 174.

⁴⁴Isto porque a legitimidade ativa do MP não é exclusiva, outras entidades (Ex: associações de consumidores) podem intentar ações inibitórias (art. 26º, nº 1, al. a e b do DL 446/1985).

⁴⁵O registo pode ser acedido em: http://www.dgsi.pt/gdep.nsf/f_clausulas?OpenForm

⁴⁶«só um entendimento generalizador das cláusulas é compatível com a disciplina das cláusulas contratuais gerais proibidas», Ascensão, José de Oliveira, *ob. cit.*, p. 583.

⁴⁷O DL 446/1985 aplica-se a todos os contratos de adesão, abrangendo os contratos padronizados através de cláusulas contratuais gerais e os contratos individualizados, independentemente de serem contratos de consumo, incluindo contratos entre profissionais – cfr., Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, Coimbra, 2000, p. 132-135.

⁴⁸Acórdão nº 249/2000/T publicado no DR, II Série de 6/11/2000, Ac. nº 360/2001, de 12/7/2001, publicado no DR, II Série de 14/11/2001 e, entre outros, o Ac. da Relação de Lisboa de 24/6/2004, CJ, III, pág. 126.

⁴⁹«Ainda que os cartões a que as cláusulas respeitam já não tenham circulação no mercado, nem por isso deixa de se justificar a condenação do banco a dar publicidade à condenação», Ac. da Relação de Lisboa de 24/6/2004, CJ, III, 2004, p. 122.

⁵⁰Monteiro, António Pinto, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 3, Coimbra, 2001, p. 136.

⁵¹Monteiro, António Pinto, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 3, Coimbra, 2001, p. 135.

⁵²Não existe descaracterização se uma cláusula ou uma pequena parte delas for modificada por acordo. É o que resulta do art. 7º do DL 446/1985 ao determinar a prevalência das cláusulas especificamente acordadas sobre quaisquer outras cláusulas - Almeida, Carlos Ferreira, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, II, Coimbra, Almedina, 1992, p. 877.

⁵³Defendendo ser mais rigoroso atribuir apenas duas características, a predisposição unilateral e generalidade - Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 117-118.

⁵⁴Bricks, Hélène, Les Clauses Abusives, *Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence*, 1982, p. 5.

⁵⁵Almeida, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 119.

⁵⁶Cfr., Monteiro, António Pinto, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*, Estudos de Direito do Consumidor, nº 3, Coimbra, 2001, p. 153.

⁵⁷Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, p. 37-38.

⁵⁸Sá, Almeno de, Relação Bancária, Cláusulas Contratuais Gerais e o Novo Código Civil, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVIII, 2002, p. 315.

⁵⁹«1. Que, de molde a combater eficazmente o fenómeno, se constitua um Comissão Nacional das Cláusulas Abusivas, de composição quadripartida (Conselho Superior da Magistratura, Conselho Superior do Ministério Público, Ordem dos Advogados e Associações de Empresários e Consumidores) 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 actual, é

imprestável e meramente anedótico, não prestigiando nem o Estado nem a administração central, nem servindo os objectivos 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 efectivo 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 acções inibitórias cujo objecto seja a da supressão e da não recomendação das cláusulas abusivas, a legitimidade processual activa 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 acção 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 acções 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 afectam.

7. Que se permita indiscriminadamente, no domínio das acções colectivas, a “quota litis”, a fim de se estimular a propositura de acções pelos advogados em exercício contra o arbítrio, a iniquidade e a prepotência perpetrados pelos monopólios e oligopólios que dominam o mercado de consumo ou, nele, determinados segmentos.

8. Que se constitua um Fundo de Direitos Colectivos para onde se carrearão as indemnizações não reclamadas ou as que se destinarem directamente a provê-lo, a fim de se poder proporcionar aos legitimados, pessoas colectivas, os meios indispensáveis para estimular o exercício de direitos com a dimensão aqui implicada».

(acedido em: <http://www.netconsumo.com/2011/06/os-contratos-de-consumo-como-contratos.html>)

⁶⁰<http://www.interessesdifusos.com.pt/>

⁶¹Por força do art. 28º do DL 446/1985, de 25/10, importa para determinar o tribunal competente, saber o que se entende por «centro de actividade principal». Assim, entende-se como tal o lugar onde se situa a administração, dado aí serem tomadas as decisões de toda a actividade mercantil, é aí que são dirigidos os negócios e a actividade coordenadora sem a qual a empresa não funcionaria, por outras palavras, é a sede da empresa. Como a grande maioria das empresas que utilizam contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais têm sede em Lisboa, naturalmente esta Procuradoria tornou-se líder neste contencioso.

⁶²Veja-se o caso relatado no Ac. do STJ de 11/10/2005 (Proc. 04B1685, www.dgsi.pt), em que a

ação inibitória foi intentada em 19/6/1997 e o Ac. do STJ foi proferido em 11/10/05 – 8 anos depois.

⁶³Embora não existam dados a tratar de ações que seguem a forma de processo sumário, é fácil concluir que, com contestações extensas e recursos até ao STJ, as custas de uma ação sumária não suportam uma ínfima parte sequer do tempo de trabalho despendido pelos magistrados e funcionários envolvidos.

⁶⁴Prevista na Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985.

⁶⁵Sem preocupações de legística e apenas a título exemplificativo, sugere-se a seguinte redação:

«1º- O Ministério Público pode requisitar, mediante pedido fundamentado, de quaisquer entidades públicas ou privadas, as informações, os elementos e as diligências que entender necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores.

2º- O pedido referido no número anterior deve conter:

- a) As indicações indispensáveis à sua completa execução;
- b) A fixação de um prazo razoável para a prestação da informação, remessa de elementos ou prática da diligência;
- c) A comunicação da comissão do crime de desobediência para o caso de incumprimento, nos termos do Código Penal».

⁶⁶«ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais», Filho, José dos Santos Carvalho. Ação Civil Pública: Comentários por Artigo, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 4.

⁶⁷Um recente exemplo de criação de um regime de custas que teve em conta a repartição mais justa e adequada dos custos da justiça e a moralização e racionalização do recurso aos tribunais encontra-se no Regulamento de Custas Processuais (art. 13º, nº 3, do DL 34/2008, de 26/2 e Portaria 200/2011, de 20/5), através da fixação de uma taxa de justiça especial para as pessoas coletivas comerciais que tenham um volume anual de entradas, em tribunal, no ano anterior, superior a 200 ações, procedimentos ou execuções.

⁶⁸O regime processual experimental, embora de forma tímida, consagra no art. 9º, nº 3, do DL 108/2006, de 8/6, consequências para a parte vencida em relação a custas de parte e de procuradoria, quando esta recusou ou não respondeu ao pedido do autor de apresentação conjunta da ação.

⁶⁹Seria também, uma forma de regulamentar, pelo menos em parte, o disposto no art. 6º, nº 3, da Lei 34/2004, de 29/7, lei de acesso ao direito e aos tribunais: «Lei própria regulará os sistemas destinados à tutela dos interesses colectivos ou difusos e dos direitos só indirecta ou reflexamente lesados ou ameaçados de lesão».

⁷⁰A criação de fundos não constitui novidade no ordenamento jurídico português. Veja-se o recém-criado Fundo para a Modernização da Justiça (DL 14/2011, de 25/1), «um fundo com receitas próprias garantidas que visa a modernização judiciária, em particular a realização de acções de formação e de divulgação, a investigação científica, o apetrechamento dos tribunais, a introdução de novos processos e tecnologias, com o objectivo de aumentar a eficiência e a eficácia dos serviços e, em

geral, a actualização e modernização das demais infraestruturas do sistema de Justiça».

⁷¹O ponto 7 do memorando respeita ao sistema judicial, e um dos objetivos consiste em facilitar «mecanismos de resolução extrajudicial». O teor integral do memorando pode ser acedido em:
http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorando_troika_23-05-2011.pdf

COISAS MÓVEIS DURADOURAS:

O REGIME DAS GARANTIAS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

MÁRIO FROTA

Fundador e primeiro presidente da AIDC –
Associação Internacional de Direito do Consumo
Presidente da apDC – associação portuguesa de
Direito do Consumo, Coimbra
Diretor do CEDC – Centro de Estudos de Direito do
Consumo de Coimbra

EXCERTOS

“Há um equívoco que importa desvanecer liminarmente: se um consumidor final adquirir um equipamento, em princípio “reservado” a profissionais, e o destinar, como é curial, a uso prevalentemente privado, a garantia aplicável é a que se dá aos consumidores que não aos profissionais”

“A garantia legal das coisas móveis objeto de contrato de compra e venda, de locação, de empreitada ou qualquer outra prestação de serviços assenta na conformidade da coisa com o contrato”

“A não conformidade, uma vez suscitada por quem se mostre por tal afetado, obriga à reposição da coisa no estado em que, por direitas contas, se deveria achar não fora o empeno”

“Os remédios, a despeito da forma como se apresentam, não obedecem a qualquer hierarquização, a saber, primeiro a reparação, depois, se tal não for viável ou se se revelar oneroso, a substituição e assim por diante”

“A caducidade do exercício do direito de ação ocorrerá se o consumidor-beneficiário, por inércia própria, não propuser ação no lapso de dois anos contados da denúncia da não conformidade”

“Se no momento em que for celebrado o contrato o consumidor tiver conhecimento da não conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la, não será lícito que invoque o vício”

“Se o fornecedor se revelar relapso, contumaz, manda a lei que o consumidor seja diligente sob pena de se escoarem os seus direitos, perdendo-os irremediavelmente”

“Nem sempre a redução do preço se tem como remédio adequado, em particular se a coisa ante a não conformidade com o contrato padecer de vício que a impeça de todo de cumprir o fim a que se destina”

“O prazo para denúncia da não conformidade da coisa com o contrato é de dois meses após a sua deteção”

“Em caso de substituição, à coisa substituenda se abre novo prazo de garantia legal contado da data em que a substituição se tiver operado”

I GENERALIDADES

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Os direitos do consumidor, em Portugal, desfrutam de cobertura constitucional: têm, com efeito, assento no Texto Fundamental no título dos direitos económicos, sociais e culturais – com maior precisão, no artigo 60. O valor reforçado de tais direitos exprime-se em múltiplos domínios do ordenamento.

A disciplina das garantias das coisas móveis objeto de contratos de consumo, na caracterização que do fenómeno se fará, releva, porém, de uma iniciativa legislativa europeia. Na submissão aos Tratados da União a que os estados-membros, como é o caso de Portugal, se adscvem.

Com a chancela do Parlamento Europeu e do, ao tempo, Conselho de Ministros, editou-se uma directiva minimalista – a Directiva 99/44/CE, de 25 de Maio – que estabelece um patamar de direitos no que tange à garantia das coisas móveis objeto de contratos de consumo, o que permitira, aliás, que os estados-membros oferecessem aos seus nacionais um regime mais protetivo, como sucedeu, de resto, em Portugal, em determinados segmentos, na esteira do que se consagrara na sua LDC – Lei de Defesa do Consumidor –, a Lei nº 24/96, de 31 de Julho de 1996.

A *LG – Lei das Garantias* (DL 67/2003, de 8 de Abril, republicada pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, que introduz alterações de tomo) –, que provê a transposição da directiva para o ordenamento jurídico nacional, restringe-se às relações jurídicas de consumo.

Por relações jurídicas de consumo se entende “o ato (em geral, um contrato) pelo qual o consumidor obtém de um profissional um produto ou serviço que visa a satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar”.

Profissional é o vendedor, fornecedor de produtos, é o prestador de serviços, é a entidade financeira que desenvolve atividades no domínio das instituições de crédito e das sociedades financeiras¹.

Consumidor é “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Das relações jurídicas de consumo se excluem as relações jurídico-civis que se entrecem entre particulares destituídos de qualquer estatuto peculiar. Delas se excluem ainda as relações jurídico-empresariais ou jurídico-mercantis que se constituem entre empresas e/ou empresários e/ou profissionais liberais².

Há um equívoco que importa desvanecer liminarmente: se um consumidor final adquirir um equipamento, em princípio “reservado” a profissionais, e o destinar, como é curial, a uso prevalentemente privado, a garantia aplicável é a que se dá aos consumidores que não aos profissionais³.

Mas, no quadro dos contratos de consumo, o regime das garantias não se restringe à compra e venda: estende-se à locação e à empreitada e, bem assim, a outras prestações de serviço, de harmonia com o que prescreve o n.º 2 do artigo 1.º-A da LG.

2. REGIMES JURÍDICOS APLICÁVEIS

Se as relações forem, na sua essência, estabelecidas entre particulares, sem mais, as regras aplicáveis são as que decorrem, entre outras, dos artigos 913 e ss. do Código Civil.

Se as relações se enquadrarem no domínio mercantil ou empresarial, o regime aplicável é o dos artigos 463 e ss. do Código Comercial⁴ e, subsidiariamente, o do Código Civil – artigos 913 e ss.

Se se tratar de relações jurídicas de consumo, aplicável é o DL 67/2003, de 8 de Abril (repblicado, após modificações pontuais, pelo DL 84/2008, de 21 de Maio).

3. CONTEÚDO DA GARANTIA LEGAL NO QUADRO DO DIREITO DO CONSUMO

A garantia legal das coisas móveis objeto de contrato de compra e venda, de locação, de empreitada ou qualquer outra prestação de serviços assenta na conformidade da coisa com o contrato.

Presume-se a *não conformidade* se se verificar uma qualquer das circunstâncias:

- não coincidência da coisa com a descrição dela efetuada pelo fornecedor;
- inexistência de qualidades que o fornecedor haja apresentado como amostra ou modelo;
- inadequação ao uso específico a que a coisa se destine e a que corresponda a adesão do fornecedor;
- inadequação aos usos habituais de coisas do estilo;
- inexistência de qualidades e de desempenhos habituais de coisas de análogo género, espécie e tipo.

A *não conformidade*, uma vez suscitada por quem se mostre por tal afetado, obriga à reposição da coisa no estado em que, por direitas contas, se deveria achar não fora o empeno.

A *não conformidade* que se registre ao longo de dois anos, tratando-se de coisa móvel duradoura, é suscetível de reposição ou de remédios outros, contanto que a denúncia ocorra no lapso de dois meses após a sua detecção.

Os remédios que a lei aparelha para a reposição da coisa no *statu quo ante* (no estado em que se encontraria não fora a *não conformidade*) são de duas ordens:

- reparação;
- substituição, se a coisa for obviamente fungível.

Mas há dois remédios mais, num outro plano, obviamente:

- a redução do preço;
- a extinção do contrato por meio de *resolução* (com a devolução da coisa e a restituição do preço).

Das relações jurídicas de consumo se excluem as relações jurídico-civil que se entrecruzam entre particulares destituídos de qualquer estatuto peculiar

Os remédios são suscetíveis de operar, independentemente de culpa do fornecedor (vendedor) ou prestador do serviço⁵. A despeito da forma como se apresentam, eles não obedecem a qualquer *hierarquização*, a saber, primeiro a reparação, depois, se tal não for viável ou se se revelar oneroso, a substituição e assim por diante. A tal propósito, atente-se nas divergências suscitadas na jurisprudência e que constam, exemplificativamente, da nota 19, *infra*.

O consumidor, contanto que não exerça o seu direito em posição de manifesto abuso⁶, pode desde logo pôr termo ao contrato, não tendo obviamente que perseguir a *via crucis* que, nos termos da directiva, é suscetível de se impor noutros países⁷.

A garantia pressupõe (e a lei é expressa em assegurá-lo)⁸ que as partes componentes ou integrantes sejam de análogo modo cobertas⁹, ainda que possa tratar-se de algo dissociável ou aparentemente destacável.

A *garantia legal* envolve, designadamente:

- as despesas inerentes à remoção da coisa e sua recolocação no lugar original ou a indicar pelo consumidor, observadas as regras da transparência, da lealdade;
- os encargos impostos pela mão de obra especializada ou não que a reposição determinar;
- os sobressalentes, os acessórios ou componentes que hajam de ser recompletados para a reposição da coisa na íntegra e na sua individualidade.

Tais encargos jamais o assumirá o consumidor, independentemente

da responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais que no caso couberem, de harmonia com o nº 1 do art. 12 da LDC.

A *caducidade* do exercício do direito de ação ocorrerá se o consumidor-beneficiário, por inércia própria, não propuser ação no lapso de dois anos contados da denúncia da não conformidade ou se, uma vez detectada, deixar escoar o prazo de dois meses sem a denunciar conseqüentemente.

A *caducidade* não é de conhecimento oficioso. Antes provocado, de harmonia com o que define o nº 2 do artigo 333 do Código Civil, que remete para o artigo 303, em que se consagra o regime da prescrição. O fornecedor terá de a arguir na contestação da ação proposta pelo consumidor e destinada a fazer valer o seu direito, sob pena de a causa lograr o seu efeito.

No que toca às coisas móveis de ocasião, em segunda mão ou usadas, no quadro das relações jurídicas de consumo, valem as considerações expendidas nos passos precedentes, salvo no que toca ao prazo, em que é possível reduzi-lo até a um ano (*garantia anual*) mediante acordo de ambos os contraentes¹⁰. Se não houver acordo ou no silêncio do contrato, o prazo de dois anos¹¹ de garantia legal subsiste.

Para as coisas novas a garantia legal de dois anos é inderrogável, ou seja, é insusceptível de baixar, de ser inferior, ainda que por acordo dos contraentes.

II. GARANTIAS VOLUNTÁRIAS

1. EM QUE CONSISTEM

O diploma que rege em um tal domínio define a garantia voluntária como segue¹²: “qualquer compromisso ou declaração, de caráter gratuito ou oneroso, assumido por um vendedor, por um produtor ou por qualquer intermediário perante o consumidor, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade”¹³.

S. Stinjs¹⁴ conceitua a “garantia contratual ou comercial” como algo que “contém uma proteção específica de que goza o comprador, nascida da vontade das partes ou, ao menos, da vontade do vendedor ou do fabricante. É, pois, facultativa e o vendedor ou o fabricante não é obrigado a oferecê-la, apesar de a Directiva conter uma regulamentação a propósito. Pode, em princípio, determinar a extensão da responsabilidade do vendedor ou do fabricante, as condições e/ou os prazos dentro dos quais opera a garantia”.

As garantias contratuais apresentam-se sob *diversas formas*: ou se plasmam nas *condições gerais dos contratos de compra e venda* (que, em geral, se descortinam no reverso da fatura) ou surgem nas *condições particulares* ou ainda em uma espécie de “*declaração de garantia*” em documento autónomo, se não se acharem, aliás, integradas na própria embalagem do produto.

A garantia voluntária pode emanar tanto do fabricante, como de qualquer dos segmentos intermédios da cadeia da produção ao consumo, como ainda do próprio fornecedor final.

A directiva europeia num dos seus *consideranda* anteviu a hipótese de a *garantia voluntária* se estabelecer com vantagens recíprocas¹⁵. As vantagens que se perspectivam revelam-se susceptíveis de se traduzir para:

- o *fornecedor* – a garantia constitui um instrumento legítimo no quadro das operações mercantis que promove: pode representar um *argumento de venda*, de par com a qualidade e o preço;

- o *consumidor* – mercê do partido que pode tirar de garantias suplementares tanto mais que uma tal prática pode estimular a concorrência: os direitos que se lhe outorgam avantajá-lo-ão ante o quadro, de todo mais estreito, da garantia legal, justamente porque a garantia voluntária não pode afetar, no seu conteúdo, a que decorre da lei.

De harmonia com a directiva¹⁶ e a lei nacional, “a declaração pela qual o vendedor, o fabricante ou qualquer intermediário promete reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de coisa defeituosa vincula o seu autor nas condições constantes dela e da correspondente publicidade”.

2. FORMA

A garantia voluntária obedece a forma: terá de constar de documento particular, ou de qualquer outro suporte duradouro a que o consumidor haja acesso, se acaso se tratar de compra e venda à distância, por meio de contrato digital, telemático ou electrónico.

Em lugar, porém, de se considerar ferida de nulidade a garantia que não revista a forma legal prescrita, o que só favoreceria o fornecedor relapso, a lei dispõe imperativamente que:

- a preterição da forma legal prescrita não afeta a validade da garantia, podendo o consumidor continuar a invocá-la e a exigir a sua aplicação;

- as mensagens de publicidade que se lhe refiram vinculam imperativamente o anunciante-fornecedor, tanto pelo que decorre do nº 1 do artigo 9º da LG - *Lei das Garantias* como pelo que consonantemente se define no nº 5 do

artigo 7º da LC – *Lei do Consumidor*;

- considera-se preenchida a forma qualquer que seja o suporte utilizado, a saber, condições gerais apostas no documento de compra e venda, fraseado na embalagem, documento autónomo de que conste a declaração ou qualquer outro meio ou suporte, ínsito na comunicação social – radiotelevisão, radiodifusão, imprensa escrita ou suporte avulso (prospectos, brochuras...) em que figure eventual referência.

Para as coisas novas a garantia legal de dois anos é inderrogável, ou seja, é insusceptível de baixar, de ser inferior, ainda que por acordo dos contraentes

No que tange às condições gerais dos contratos pré-elaboradas (*maxime*, pré-redigidas), realce para o fato de se aplicar o regime que em geral se lhes quadra, definindo expressamente a LG, no seu artigo 10º, que é nulo o acordo ou cláusula contratual (aposta em contrato singular) pelo qual antes da denúncia da não conformidade ao fornecedor se excluam ou limitem os direitos do consumidor que a própria lei consigna ou confere.

A nulidade apenas pode ser invocada pelo consumidor ou por quem o represente, como se tem por elementar. Ao consumidor reserva a lei a faculdade de optar pela manutenção do contrato quando algumas das suas cláusulas se acharem feridas de nulidade, sem prejuízo da completude dos direitos que se lhe outorgam. De registar que os direitos de que se trata se transmitem ao adquirente da coisa, a menos que o fornecedor emita declaração em contrário.

No que em particular se refere à compra e venda de viaturas automóveis e veículos motorizados usados, realce para o DL 74/93, de 10 de Março, que deve ser tido em devida conta sempre que se trate de garantias legais ou voluntárias¹⁷. A forma neste particular decorre tanto da declaração de compra e venda para o contrato, como da declaração de garantia, haja ou não garantia voluntária, conforme dispositivos que se revelam em nota.

3. CONTEÚDO

Do instrumento em que se plasma a garantia voluntária, deverão constar imperativamente um sem número de menções, a saber:

- declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no diploma de que se trata, e na demais legislação aplicável, e de que tais direitos não são afetados pela garantia;
- a informação sobre o carácter gratuito ou oneroso da garantia e, neste último caso, a indicação dos encargos a suportar pelo consumidor;

- os benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição destes benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente os relativos às despesas de transporte, de mão de obra e de material, e ainda os seus prazos e forma de exercício;

- duração e âmbito espacial da garantia;
- firma ou nome e endereço postal ou, se for o caso, electrónico, do autor da garantia que pode ser entregue para o exercício de uma tal prerrogativa outorgada ao consumidor, para além obviamente dos estreitos limites em que a responsabilidade emergente da lei se estrutura (vulgo, garantia legal).

A garantia voluntária (ou contratual ou comercial) só vincula quem na cadeia da produção ao consumo a haja oferecido. A LG é expressa em considerar que “a declaração pela qual o vendedor, o fabricante ou qualquer intermediário promete(...) vincula o seu autor”. Se for oferecida pelo produtor vincula obviamente o fornecedor (final)¹⁸. Se, porém, o fornecedor final a oferecer sem o suporte do fabricante ou produtor, não é suscetível de ser invocada perante estes, vinculando só – e tão só – o seu autor, que não os mais, obrigados subsidiariamente aos termos da garantia legal. É relevante que se retenha uma tal perspectiva para se não defraudar os direitos do consumidor.

E a inversa também é verdadeira. Se o fabricante ou produtor oferecer uma garantia voluntária (ou legal) que reflita ou retire direitos ao consumidor, o fornecedor (final) terá de assegurar as garantias que emergem da lei, ainda que se não espelhem no documento. Conforme a concreta espécie de fato que nos fora suscitada recentemente por um consulente e que revela um sem número de curiosidades, como segue:

“A garantia dos electrodomésticos Braun, ao menos os comercializados pela Worten, que foi onde comprei um ‘secador de cabelo’, consta de um prospecto em que figura a data da aquisição, o carimbo da empresa e a firma do responsável.

A garantia é dada ao consumidor após a efetivação da compra e nada é esclarecido previamente.

Só que quando quis acionar a garantia, seis meses após a compra, por se ter queimado o aparelho, exigiram-me porque, afirmam, é de lei, a apresentação da fatura ou do documento de compra correspondente.

Ripostei que não sabia onde tinha o documento de compra e que ‘aquela’ era a ‘garantia’, devidamente autenticada por eles.

Disseram-me que não a podiam aceitar porque a data nela aposta poderia ser facilmente falsificada e, por isso e por ser de lei, exigiam o comprovativo da

compra.

O teor da 'garantia' em português é o que segue:

'Braun concede a este produto 2 anos de garantia a partir da data de compra.

Dentro do período de garantia qualquer defeito do aparelho, devido aos materiais ou ao seu fabrico, será reparado, substituindo peças ou trocando por um aparelho novo, segundo o nosso critério, sem qualquer custo.

Caso a reparação não satisfaça, o utilizador tem o direito de solicitar a substituição do produto por outro igual novo ou ao reembolso do valor que pagou.

A garantia não cobre avarias por utilização indevida, funcionamento a voltagem diferente da indicada, ligação a uma tomada de corrente eléctrica incorrecta, ruptura, desgaste normal por utilização que causem defeitos ou diminuição da qualidade de funcionamento do produto.

A garantia perderá o seu efeito no caso de serem efetuadas reparações por pessoas não autorizadas ou se não forem utilizados acessórios originais Braun.

A garantia só é válida se a data de compra for confirmada pela apresentação da fatura ou documento de compra correspondente.

Esta garantia é válida para todos os países onde este produto seja distribuído por Braun ou por um distribuidor Braun autorizado.

No caso da reclamação ao abrigo de garantia, dirija-se ao Serviços de Assistência Técnica Oficial Braun mais próximo.

Só para Portugal

Serviço e reparação – para localizar o seu Serviço Braun mais próximo, ligue para: 217243130

Apoio ao consumidor – No caso de surgir alguma dúvida relativamente ao funcionamento deste produto, contate por favor este serviço pelo telefone: 808 20 00 33.'

Pretendo que me prestem, por favor, esclarecimentos acerca dos meus direitos."

1. *A garantia voluntária – convencional ou contratual e unilateral* (no caso, em rigor, não se trata de uma efetiva convenção, antes de uma imposição unilateral do fornecedor ou seu representante) – não pode ser, quaisquer que sejam as circunstâncias, menos favorável ao consumidor do que a *garantia legal*, tal como emerge do diploma que rege em tal domínio – o DL 67/2003, de 8 de Abril: art. 9º.

2. *A disposição* a que se alude no passo precedente estabelece o seguinte:

"1 - (Revogado) 2 - A declaração de garantia deve ser entregue ao consumidor por escrito ou em qualquer outro suporte duradouro a que aquele tenha acesso.

3 - A garantia, que deve ser redigida de forma clara e concisa na língua portuguesa, contém obrigatoriamente as seguintes menções: a) Declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no presente decreto-lei e na demais legislação aplicável, e de que tais direitos não são afetados pela garantia; b) A informação sobre o caráter gratuito ou oneroso da garantia e, neste último caso, a indicação dos encargos a suportar pelo consumidor; c) Os benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição destes benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente aqueles relativos às despesas de transporte, de mão de obra e de material, e ainda os prazos e a forma de exercício da mesma; d) Duração e âmbito espacial da garantia; e) Firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, electrónico, do autor da garantia que pode ser utilizado para o exercício desta.

4 - Salvo declaração em contrário, os direitos resultantes da garantia transmitem-se para o adquirente da coisa.

5 - A violação do disposto nos n.ºs 2 e 3 do presente artigo não afeta a validade da garantia, podendo o consumidor continuar a invocá-la e a exigir a sua aplicação.”

A garantia voluntária pode emanar tanto do fabricante como de qualquer dos segmentos intermédios da cadeia da produção ao consumo

3. Ora, a *garantia* que se oferece, na circunstância, ao consumidor não é mais favorável do que a que a lei prevê.

4. Em primeiro lugar, exige – por forma a que se atue a garantia – que o consumidor anexe o talão de venda ou documento correspondente ao título de garantia.

4.1 *Tal exigência*, achando-se preenchida a garantia, firmada pelo responsável, autenticada pelo balcão em que a compra e venda se processou, é *supérflua*.

4.2 Aplica-se, *in casu*, a Lei das Condições Gerais dos Contratos, de 25 de Outubro de 1985 (DL 446/85, com as modificações entretanto introduzidas), já que o formulário reveste a forma de um típico contrato pré-redigido sujeito a condições gerais.

4.3 Não foram *comunicadas* tais condições, nem sequer foram objeto de *informação prévia*, tão pouco se colheu uma assinatura do consumidor – e, nessa medida, as cláusulas apostas nesse contrato singular acessório do de compra e venda serão excluídas por força do artigo 8º alíneas *a*, *b* e *d* da invocada lei.

4.4 Ainda que excluídas, a *garantia* – *supletivamente* – reconduzir-se-ia aos termos legais, mais a mais por serem mais gravosas as cláusulas nela

apostas que as diretamente emergentes da lei.

4.5 Ainda que no *plano formal* não fossem excluídas as cláusulas em cada uma das situações singulares ocorrentes (e são-no de todo), sempre se afirmaria, numa perspectiva *material* (da *análise substancial*), à luz das listas negras e cinzentas da Lei das Condições Gerais dos Contratos, que tal cláusula estaria ferida de *nulidade* por violar a alínea o do nº 1 do artigo 22, a saber: são *nulas*, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas que “exijam, para a prática de atos na vigência do contrato, formalidades que a lei não revê ou vinculem as partes a comportamentos supérfluos, para o exercício dos seus direitos contratuais”.

A garantia voluntária (ou contratual ou comercial) só vincula quem na cadeia da produção ao consumo a haja oferecido

5. Ademais, os remédios em caso de *não conformidade da coisa* (defeito denunciado, como se dizia outrora) não são os que o fornecedor estabelece a seu *bel talante*, antes os que servem o interesse direto e imediato do consumidor, que não pode ser cerceado nos seus direitos. Ponto é que o consumidor não use de conduta susceptível de se enquadrar no conceito de *abuso de direito*.

5.1 Nem sequer o consumidor se obriga a obedecer a qualquer *hierarquia* no quadro *dos direitos*. Não tem, pois, em primeiro lugar, de ensaiar a reparação, se não for possível, buscar a substituição, se a substituição se tornar inviável, por já não haver, *v.g.*, o modelo, passar à redução do preço e, só em último recurso, tender a invocar fundamento para a *extinção do contrato* (por meio da denominada figura da “resolução” com a *devolução da coisa* e a *restituição do preço*)¹⁹.

5.2 O consumidor pode, ante a gravidade do defeito e a perda de confiança na marca e no fornecedor, reivindicar ou arrogar-se o direito de pôr termo ao contrato (com a devolução da coisa e a restituição do preço ou equivalente), sem mais.

6. O artigo 4º da Lei das Garantias (com as alterações, entretanto, introduzidas) diz expressamente:

“1 - Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato.

2 - Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do

defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor.

3 - A expressão «sem encargos», utilizada no nº 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão de obra e material.

4 - Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador.

5 - O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.”

6.1 Mas o artigo tem de ser lido à luz do que estabelece o preâmbulo do normativo, no passo seguinte:

“Preocupação central que se procurou ter sempre em vista foi a de evitar que a transposição da directiva pudesse ter como consequência a diminuição do nível de proteção já hoje reconhecido entre nós ao consumidor. Assim, as soluções atualmente previstas na Lei nº 24/96, de 31 de Julho, mantêm-se, designadamente o conjunto de direitos reconhecidos ao comprador em caso de existência de defeitos na coisa.”

6.2 E no âmbito da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho, não estava o consumidor sujeito à observância em “escadinha” dos remédios nela facultados: o consumidor poderia, por escolha sua, exigir o que mais lhe conviesse.

7. Há, pois, preterição dos direitos do consumidor consubstanciados na Garantia Braun, que não atende à imperatividade da lei portuguesa, limitando ou excluindo direitos injuntivos outorgados aos consumidores.

7.1 O que se lamenta é que o diploma legal não haja sido assistido originalmente de coimas sempre que a violação dos preceitos por parte dos fornecedores ocorresse, tanto mais que os remédios de natureza consumerística aparelhados (da disciplina que releva do direito do consumo) se têm por insuficientes para que os direitos do consumidor não padeçam de qualquer défice de observância²⁰.

7.2 Já que em caso de persistência do conflito há que lançar mão das vias jurisdicionais com o que tal postula de delongas e onerosidade, por vezes excessivas, a despeito das isenções de preparos e custas que se mantêm dubitativamente de pé para litígios cuja utilidade económica (dada pelo valor da compra) caibam na alçada dos tribunais de primeira instância (± 3.750 euros, com maior rigor: € 3.740,98). Ou, se for o caso, e onde os houver

porque não recobrem todo o território nacional, o recurso aos julgados de paz (órgãos de administração extrajudicial da justiça) ou aos tribunais arbitrais de conflitos de consumo, se bem que no quadro da arbitragem voluntária institucionalizada, o que pressupõe a adesão do agente económico ao pleito e à sua submissão à tal estrutura de resolução alternativa de litígios.

EM CONCLUSÃO

1 – A garantia voluntária (convencional ou contratual e unilateral) não pode conferir ao consumidor menos direitos do que os que se consignam na garantia legal.

2 – Viola a Lei das Condições Gerais dos Contratos a exigência segundo a qual a garantia só vigora se ao documento em que a própria garantia se plasma se anexar o comprovativo da compra ou documento correspondente – Lei das Condições Gerais dos Contratos (DL 446/85, de 25 de Setembro): alínea o do nº 1 do artigo 22, que comina com nulidade, por força do artigo 12, uma tal cláusula aposta em contrato singular.

3 – Não é o fornecedor que, a seu bel talante, escolhe os remédios: tal direito é do consumidor. E tal não pode ser precluído ou vedado por disposição unilateral do fornecedor.

4 – A Lei das Garantias não estabelece uma progressão hierárquica nos remédios para a não conformidade da coisa com o contrato: ao consumidor cabe escolher a que melhor serve os seus interesses negociais, sem prejuízo da invocação pelo fornecedor do *abuso de direito*, se o titular do direito – o consumidor – exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito de que se trata – Lei das Garantias nos Contratos de Consumo (DL 67/2003, de 8 de Abril): artigo 4º, nº 5; Código Civil – artigo 334.”

A garantia legal é imperativa e os direitos do consumidor não poderão ser defraudados. Daí que se reconduza a oferta aos termos definidos na lei, como se tem por curial, podendo invocar-se perante o fornecedor (final).

A garantia deve ser redigida de forma clara e concisa em língua portuguesa, no que nos toca²¹.

De resto, o DL 238/86, de 19 de Agosto, com a redação decorrente do DL 42/88, de 6 de Fevereiro, estabelece imperativamente o emprego da língua portuguesa neste particular²².

III. EXERCÍCIO EFETIVO DOS DIREITOS

1. A DENÚNCIA DA NÃO CONFORMIDADE: MEIOS

A denúncia da *não conformidade* da coisa com o contrato é susceptível de se efetuar mediante notificação por carta registada com aviso de recepção ou por outra forma que de modo inequívoco reflita a sua recepção por parte do fornecedor (final), a saber, por meio de telecópia ou por correio eletrónico, na exata medida em que haja efetiva confirmação de que a denúncia tenha sido realizada. A denúncia pode ainda ser efetivada por meio de notificação judicial avulsa.

A denúncia deve ser promovida no lapso de dois meses, tratando-se de coisa móvel duradoura, após a detecção da *não conformidade* da coisa com o contrato, na aceção que do conceito se retém. Se a denúncia se não efetivar no lapso a que se alude, o direito (qualquer dos direitos enunciados no nº 3 do capítulo I) *caduca*. Pode ela ser ainda efetivada na ação declarativa de condenação que se instaurar.

O consumidor pode, ante a gravidade do defeito e a perda de confiança na marca e no fornecedor, reivindicar ou arrogar-se o direito de pôr termo ao contrato

de desempenhos habituais a coisas do género, espécie e tipo;

- inadequação ao uso específico a que se destine e a que corresponda a adesão do fornecedor;

- a inadequação aos usos habituais de coisa do estilo;

- ...

A denúncia deve ser o mais pormenorizada possível, objetiva e rigorosa por forma a não se dar o flanco ao fornecedor, que pode aproveitar eventuais insuficiências para se eximir de modo fundado às obrigações legais e/ou contratuais que pesam sobre si.

A denúncia não deve ser temerária. Ou seja, se no momento em que for

A denúncia deve precisar a faturalidade em que assenta a *não conformidade* de modo absolutamente definido e discriminado, em vista designadamente das suas características e tendo por base as hipóteses em que o fenómeno se consubstancia, a saber:

- ante a desconformidade face à descrição oferecida pelo fornecedor;

- inexistência de qualidades que o fornecedor haja apresentado como amostra ou modelo;

- inexistência de qualidades e de

celebrado o contrato o consumidor tiver conhecimento da não conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la, não será lícito que invoque o vício. Como não será de análogo modo lícito se a *não conformidade* decorrer dos materiais fornecidos pelo próprio consumidor.

A *não conformidade* é ainda imputável ao consumidor se a instalação, assistida de instruções corretas de montagem não for convenientemente efetuada.

Já a denúncia de *não conformidade* procederá se a instalação integrar o contrato de compra e venda e houver sido efetuada pelo fornecedor ou sob sua responsabilidade. Ou, sendo o produto instalado pelo consumidor, a *não conformidade* resultar de incorreções existentes nas instruções de montagens.

2. A AÇÃO SINGULAR DE DECLARAÇÃO: A AÇÃO DIRETA – A LEGITIMATIO AD CAUSAM PASSIVA

Notificada a *não conformidade* da coisa com o contrato, e manifestado o remédio por que opta o consumidor, uma de duas:

- ou o fornecedor convém na solução e age em conformidade com a manifestação expressa pelo consumidor,

Não é o fornecedor
que, a seu bel talante,
escolhe os remédios:
tal direito é do
consumidor

- ou remete-se ao silêncio não dando provimento a qualquer das pretensões deduzidas pelo consumidor.

Se a atitude do fornecedor se conformar à primeira das hipóteses, o consumidor respirará de alívio porque se satisfará a pretensão carreada perante quem tem o poder-dever de o restituir *ao statu quo ante*, expressão que deve ser entendida *cum grano salis*...

Se o fornecedor se revelar relapso, contumaz, manda a lei que o consumidor seja diligente sob pena de se escoarem os seus direitos, perdendo-os irremediavelmente. A lei cominava do antecedente com *caducidade em um baixíssimo lapso de tempo* (seis meses) – a eventual inércia do consumidor, em oposição manifesta às prescrições da Directiva 99/44, de 25 de Maio, o que obrigou o legislador a emendar a mão ao promover modificações no diploma original em 21 de Maio de 2008²³.

Certo que o decurso dos prazos se suspende durante o período de tempo em que o consumidor se achar privado do uso da coisa em virtude das operações de reparação a que se submeter. Porém, se o consumidor não agir no lapso a que se alude – dois anos – após a denúncia de não conformidade, os remédios de que poderia lançar mão ficam definitivamente comprometidos.

Ponto é saber se poderá, em termos substitutivos, lançar mão da ação de indenização a que se reporta o nº 1 do artigo 12 da LDC – Lei de Defesa do Consumidor – na sua formulação hodierna. E afigura-se-nos obviamente que se tem de pender para a afirmativa. Porém, importa analisar sob a perspectiva de cada um dos remédios o que, afinal, cabe ao consumidor empreender no lapso de dois anos após a denúncia.

2.1. A RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Não se nos afigura que, a tal propósito, haja o consumidor de interpor uma ação declarativa de molde a reverter a situação em seu favor. Tanto mais que a lei não impõe que a *resolução do contrato* seja imperativamente decretada pelos tribunais. Donde, no lapso a que se reporta a LG, pode o consumidor lançar mão dos meios que o nº 1 do artigo 436 do Código Civil lhe confere:

“*A resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte*” – declaração unilateral por meio de carta registada com aviso de recepção ou por qualquer outra via inequívoca.

A resolução tem, como efeitos, *inter partes*, os que decorrem da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico²⁴, ainda que noutros aspectos comporte especificidades que ora não importam²⁵. Por conseguinte, não há a este propósito necessidade de se “recorrer” ao molde da ação de declaração a instaurar contra o fornecedor.

2.2. A SUBSTITUIÇÃO DA COISA

Se, na realidade, o remédio por que optar o consumidor for o da substituição, exatamente porque as coisas móveis (duradouras) têm natureza fungível, e o fornecedor tripudiar, resistindo, ao lesado, não restará alternativa senão a interposição de uma ação declarativa de condenação, podendo demandar a seu bel talante o fornecedor ou o produtor, como adiante se verá.

Acresce agora o fato de se a recusa de substituição se protrair por mais de 30 dias, a conduta do fornecedor constitui ilícito de mera ordenação social, o que, a tratar-se de uma empresa, a sujeitará, no limite, a uma coima susceptível de atingir 5.000€, para tanto devendo tal recusa ser objeto de reclamação no livro disponível, presente na empresa, para ulterior remessa do exemplar respectivo à autoridade de supervisão do mercado para instrução dos autos e efeitos subseqüentes ou, então, de participação autónoma a apresentar à entidade competente para os efeitos neste passo evidenciados.

E o lapso em que ação tiver de ser proposta ou intentada não pode ser ultrapassado sob pena de caducidade, com as delongas que os procedimentos

judiciais poderão determinar, como oportunamente se assinalou.

2.3. A REPARAÇÃO DA COISA

Análogas considerações se poderão expender a tal propósito, se a via por que se optar for, num quadro de regularidade e ante o exercício normal do direito, a *reparação*.

Também neste particular as regras válidas para a substituição se aplicarão por força do nº 1 do artigo 12–A da LG: ilícito de mera ordenação social passível de coima e sanções acessórias, se o fornecedor incumprir, como que a apelar a que observe espontaneamente os deveres a seu cargo, repondo, por meio da reparação, a coisa em conformidade com o contrato.

2.4. A REDUÇÃO DO PREÇO

Nem sempre a *redução do preço* se tem como remédio adequado, em particular se a coisa ante a não conformidade com o contrato padecer de vício que a impeça de todo de cumprir o fim a que se destina. A redução do preço só relevará se o vício de que a coisa padece a desvalorizar, por lhe retirar, *v. g.*, funções que o consumidor entendeu poder delas prescindir sem detrimento da coisa em si mesma considerada. Mas a via jurisdicional impor-se-á se o fornecedor primar pela inércia, incúria, descaso ou pela contumácia em atender às reivindicações do consumidor no que tange aos remédios ajustados que reclamar. Donde se afigurarem despiciendas outras considerações.

3. A AÇÃO DIRETA

Situação diversa é a que a LG ora contempla no que se refere à faculdade de poder ser atuada diretamente a responsabilidade do produtor, em lugar da do fornecedor que se acha na ponta terminal da cadeia da *produção* ao *consumo* e que, foi, afinal, quem negociou com o consumidor.

Trata-se da denominada *ação direta*, de resto já permitida no *direito português* no particular da atuação da *responsabilidade do produtor por produtos defeituosos*²⁶, em decorrência do que prescreve, aliás, a Directiva (CEE) 85/374, de 25 de Julho de 1985, do Conselho das Comunidades Económicas Europeias.

A *ação direta* restringe-se, porém, a *dois dos remédios* mais ténues, a saber:

- reparação;
- substituição.

Dela se excluem a resolução do contrato e a redução adequada do preço da coisa.

A *legitimatío ad causam* no polo passivo da relação jurídico-processual é suscetível de recair sobre o *produtor* ou o seu *representante*.

Produtor é:

- o fabricante de uma coisa de consumo;
- o importador na União Europeia;
- qualquer outra pessoa física ou jurídica que se apresente como tal, através do seu nome, marca ou outro sinal de identificação no produto.

Representante do produtor é:

- qualquer pessoa singular ou sociedade mercantil que atue na qualidade de distribuidor comercial do produtor;
- o centro autorizado do serviço pós-venda.

A denúncia deve ser promovida no lapso de dois meses, tratando-se de coisa móvel duradoura, após a detecção da não conformidade da coisa com o contrato

Não é representante o vendedor independente que apenas atue na qualidade de retalhista.

A responsabilidade do produtor e do representante é solidária²⁷. A solidariedade resulta, neste particular, da lei: LG - n° 3 do seu artigo 6°.

O produtor, na acepção que da figura se retém, pode, porém, impugnar a sua legitimidade processual passiva se a *não conformidade*:

- resultar exclusivamente de declaração do fornecedor sobre a coisa e /ou seu uso ou da sua má utilização;
- não se verificar no momento em que colocou a coisa em circulação, tendo em conta as circunstâncias do caso;
- ocorrer após mais de dez anos sobre a colocação da coisa em circulação;
- emergir do fato de não haver fabricado a coisa nem para venda, tão pouco para qualquer outra forma de distribuição com intuítos lucrativos.

Pode ainda suscitar a sua ilegitimidade processual se não tiver:

- colocado a coisa em circulação;
- fabricado a coisa;
- distribuído a coisa no quadro do seu mester (múnus profissional).

Por último, registre-se que parece, isso sim, haver uma *não conformidade* entre o que prescreve a directiva e o diploma legal de transposição, a saber, a LG que ora vigora em Portugal.

Com efeito, no tocante a prazos, o artigo 5° da Directiva 99/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, prescreve no seu n° 1:

“O vendedor é responsável, nos termos do artigo 3º, quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois anos a contar da entrega do bem. Se, por força da legislação nacional, os direitos previstos no nº 2 do artigo 3º estiverem sujeitos a um prazo de caducidade, esse prazo não poderá ser inferior a dois anos a contar da data da entrega.”

Não é representante o vendedor independente que apenas atue na qualidade de retalhista

Ora, os direitos cujo exercício se conclama são os que se acham descritos no nº 2 do artigo 3º, a saber, reparação, substituição, redução do preço e - resolução - do contrato.

Sucedo, porém, que o legislador nacional reduziu, em oposição manifesta à letra e ao espírito da directiva, o *prazo* de caducidade de *dois anos* para o exercício dos invocados direitos a seis meses, no diploma original. Neste enquadramento houve expressa manifestação de afrontamento às normas imperativas da directiva, com reacção dos tribunais, como se pôde apreciar em sucessivas ocasiões²⁸.

O DL 84/2008, de 21 de Maio, veio, no seu artigo 5º-A, e no nº 3, a compaginar os prazos para propositura de ações com os que na directiva se plasmavam, pondo-se de parte a violação subscrita pelo legislador na versão original da LG.

4. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE REGRESSO: SEU REGIME

O fornecedor que haja satisfeito ao consumidor qualquer dos direitos em que se traduz a *superação da não conformidade* da coisa com o contrato (a resolução do contrato, a substituição da coisa, a sua reparação ou a redução do preço, a bel talante do consumidor e no quadro de um exercício normal do direito, sem afecção nem excesso do fim económico a que visa servir) e bem assim o sujeito contra quem houver sido exercida tal faculdade gozam do direito de regresso contra o profissional, qualquer que seja e em qualquer elo da cadeia da produção à distribuição, a quem tenham adquirido a coisa, de molde a ressarcirem-se dos prejuízos causados pelo acionamento dos direitos em causa.

O demandado poderá afastar, como meio de defesa, o invocado direito de regresso se fizer prova de que a não conformidade inexistia no momento em que a coisa fora entregue ou se o defeito, posterior à entrega, não tiver sido causado por si²⁹.

A LG, no nº 4 do seu artigo 7º, estabelece, porém, que o acordo pelo qual se exclua ou limite antecipadamente o exercício do direito de regresso

só produz efeitos se for atribuída ao seu titular adequada compensação, claro que sem prejuízo do regime das condições gerais dos contratos – plasmado na *LCGC – Lei das Condições Gerais dos Contratos* (DL 446/85, de 25 de Outubro com alterações subsequentes).

Na realidade, a LCGC prescreve imperativamente a nulidade de cláusulas apostas em contratos singulares (e predispostas em formulários pré-elaborados) sempre que:

- excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por cumprimento defeituoso;

- excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por atos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou culpa grave;

- excluam a faculdade de compensação, quando admitida na lei, como é o caso;

- imponham ficções de recepção, de aceitação ou outras manifestações de vontade com base em fatos para tal insuficientes;

- façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida, injustificadamente, do não recurso a terceiros;

- consagrem, a favor do pré-disponente, a faculdade de modificar as prestações sem compensação correspondente às alterações de valor verificadas.

E obviamente sempre que se preclua a cláusula geral da boa-fé, nas vertentes objetiva e subjetiva por que se desdobra.

O profissional pode exercer o direito de regresso na ação que o consumidor haja instaurado. O meio processual idóneo, com as necessárias adaptações, é o que decorre do Código de Processo Civil – nº 2 do artigo 329: intervenção de terceiros, na modalidade de intervenção principal e, dentre esta, na da intervenção provocada.

“O chamamento de condevedores ou do principal devedor, suscitado pelo [demandado] que nisso mostre interesse atendível, é deduzido obrigatoriamente na contestação”.

Se o demandado não pretender contestar, o chamamento ocorrerá no prazo em que a contestação deveria ser apresentada. Se se tratar de obrigação solidária, exigindo-se a globalidade da prestação a um só dos condevedores, o chamamento poderá visar à condenação na satisfação do direito de regresso que lhe possa vir a assistir.

O profissional (fornecedor, produtor, distribuidor...) goza do direito de regresso durante cinco anos contados da data da entrega da coisa pelo demandado original, sob pena de caducidade de um tal direito. Ele deve exercer o seu direito no prazo de dois meses a contar da data da satisfação

do direito ao consumidor, prazo que se suspenderá durante o processo em que o fornecedor final seja parte, se o direito de regresso for exercido autonomamente, que não na ação declarativa de condenação instaurada pelo próprio consumidor.

IV. CONCLUSÕES

Do que precede, afigura-se-nos poder concluir de modo breve, de sorte a que se retenha, no essencial, o regime objeto de explanação, como segue:

1. Não há uma disciplina unívoca neste particular ante a diversidade classificatória dos contratos no denominado direito privado:

- contratos civis;
- contratos comerciais;
- contratos de consumo.

O prazo para o exercício do direito de ação, se for o caso, é de dois anos contados da data em que se efetiva a denúncia

2. A cada um dos contratos, o seu regime próprio: os de consumo confortam-se com a disciplina constante do DL 67/2003, de 8 de Abril, republicado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, no quadro da LDC - Lei 24/96, de 31 de Julho.

3. A garantia legal, como a voluntária, se a houver, recobre as modalidades de contratos de consumo, a saber:

- contratos de compra e venda;
- contratos de locação;
- contratos de empreitada;
- outros contratos de prestação de serviço.

4. O prazo legal de garantia é de dois anos contados da data da entrega da coisa móvel.

5. O prazo para denúncia da não conformidade da coisa com o contrato é de dois meses após a sua deteção.

6. O prazo para o exercício do direito de ação, se for o caso, é de dois anos contados da data em que se efetiva a denúncia.

7. Os remédios para a não conformidade, previstos na lei, compendiam-se como segue:

- reparação;
- substituição da coisa;
- redução adequada do preço;

- resolução do contrato (*restituição da coisa, devolução do preço*).

8. Os remédios, ao invés do que sustenta uma certa doutrina e conquanto se sufrague em jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça menos estribada, menos fundada, não obedecem a uma qualquer hierarquia: tal resulta da LDC, na sua formulação original, e do que no preâmbulo da LG se encerra – a salvaguarda do melhor direito reconhecido do antecedente ao consumidor nas leis portuguesas. Não há que começar, pois, pela reparação, seguir-se pela substituição e prosseguir a tábua dos remédios até ao mais grave dos outorgados.

9. A opção, porém, por qualquer dos remédios incumbe ao consumidor, não ao fornecedor.

10. O consumidor está, no entanto, limitado pelo exercício coerente do seu direito, vale dizer, não pode lançar mão de um qualquer remédio em situação manifesta de abuso de direito: não pode exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social de um tal direito.

11. Em caso de reparação ou substituição, o lapso dentro do qual tais operações se têm de consumir não pode exceder os trinta dias sob pena de ilícito de mera ordenação social, passível de coima não superior a 5.000€ e de sanções acessórias.

12. Em caso de substituição, à coisa *substituenda* se abre novo prazo de garantia legal contado da data em que a substituição se tiver operado.

13. O consumidor pode exigir a garantia legal tanto do fornecedor, ou seja, daquele com quem celebrou o contrato de consumo, como – apenas para dois dos remédios noutra passo enunciados: a reparação e a substituição – do produtor ou do importador na União Europeia, neste particular mediante ação direta.

14. O fornecedor que tiver satisfeito a garantia legal ou contratual, se for o caso, ao consumidor, tem direito de regresso contra o distribuidor ou o produtor, consoante as situações, caducando a ação se o não fizer nos dois meses imediatos à satisfação da garantia ou se a coisa móvel tiver sido adquirida há mais de cinco anos.

NOTAS

¹A LG define agora *vendedor*, na alínea c do seu artigo 1º-B, como

“c) ... qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional”.

²*Cfr.* o acórdão da Relação de Lisboa de 31 de março de 2007 (relator Granja da Fonseca) que, ao

contrário de tantos outros arestos em que os planos se confundem, estabelece a boa doutrina:

“1 - O regime previsto no Código Civil não é o único que rege a venda de coisas defeituosas. A venda de bens de consumo conhece variadas especificidades, nomeadamente a Directiva 1994/44/CE, que veio regular determinados aspectos dessa venda e das garantias dos consumidores, vindo a ser transposta para o direito interno pelo DL n.º 67/2003, de 8 de Abril.

2 - A Directiva apenas se reporta à venda de bens de consumo, aplicando-se apenas quando o comprador seja consumidor, ficando excluídos todos os [compradores] que sejam pessoas jurídicas bem como as pessoas singulares que actuem no âmbito da sua actividade profissional.

3 - O vendedor responde pelo “defeito” existente no momento em que entrega o bem ao consumidor, presumindo-se que as faltas de conformidade que se manifestem no período da garantia já existiam no momento da entrega, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade.”

E, com maior propriedade ainda, quando em tantos dos arestos dos consultados, por manifesta ignorância se aplicava o regime do contrato de empreitada do Código Civil, como se fora o único, a desembargadora Maria do Rosário Morgado, esquadrinhando convenientemente as situações fácticas e os regimes legais aplicáveis, vem a decretar no acórdão de 9 de fevereiro de 2010, com manifesta justeza:

“I - Deve ser qualificada como empreitada de consumo o contrato celebrado por quem destina a obra encomendada a um uso não profissional e alguém que exerce, com carácter profissional, uma determinada actividade económica, a qual abrange a realização da obra em causa, mediante remuneração. II - Ao contrato de empreitada de consumo aplica-se, não o regime geral do CC, mas o regime especial da responsabilidade pelos defeitos das obras nos contratos de empreitadas de consumo, cuja disciplina se encontra plasmada no DL n.º 67/2003, de 8 de Abril, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 84/2008, de 21 de Maio.

III - No contrato de empreitada, o dono da obra, muito embora deva indicar inequivocamente, com o grau de precisão possível, os defeitos detectados na obra (já que a denúncia só impede a caducidade dos direitos do dono da obra relativamente aos defeitos denunciados), não está obrigado a precisar a sua causa.

IV - Relativamente a defeitos evolutivos, o prazo de denúncia inicia-se logo que eles assumem uma determinada relevância e deles se tem conhecimento, não sendo de exigir sucessivas denúncias sempre que se altere a sua dimensão.”

³Se um berbequim eléctrico, por exemplo, se destinar a um uso profissional, mas for adquirido por um consumidor para aplicação não profissional, a garantia que se lhe reconhece é a da LG e não a do Código Civil.

⁴Cf. o artigo 471 do Código Comercial, que reza o seguinte:

“As condições referidas nos dois artigos antecedentes haver-se-ão por verificadas e os contratos como perfeitos, se o comprador examinar as coisas compradas no acto da entrega e não reclamar dentro de oito dias.

§Único. O vendedor pode exigir que o comprador proceda ao exame das fazendas no acto da

entregam salvo caso de impossibilidade, sob pena de se haver para todos os efeitos como verificado.”

Cfr. ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Janeiro de 1999 (relator FERREIRA RAMOS) que decreta o que segue:

“I- Aos contratos de compra e venda celebrados entre comerciantes não são aplicáveis as disposições do Código Civil (cfr. artigos 913º e seguintes), mas sim as normas do Código Comercial (cfr. artigos 463º e seguintes, nomeadamente o artigo 471º).

II- A norma do artigo 471º do Código Comercial tem como finalidade submeter a compra e venda comercial a um regime de prazo mais curto, para as reclamações do comprador contra as qualidades da coisa, e como razão de ser a necessidade de segurança das transacções, indispensável à vida mercantil.

III- O disposto no artigo 471º do Código Comercial pressupõe a possibilidade de ser feita a verificação da coisa transaccionada; mas, no caso de reclamação, para além do prazo de oito dias, previsto na parte final do corpo daquele artigo, incumbe ao comprador alegar e provar toda a factualidade respeitante à diligência exigível no tráfico comercial, à impossibilidade de detecção dos vícios ou defeitos, no momento da entrega ou dentro daquele prazo, e à data em que cessou tal impossibilidade.”

E um outro – o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 2008 (relator FONSECA RAMOS):

“I - O art. 471 do Código Comercial estabelece, na sua parte final, um prazo de 8 dias para o comprador denunciar os defeitos da coisa, caso a não examine no ato da compra, não indicando, no entanto, desde quando se conta o início desse prazo, estabelecendo um regime legal diverso do previsto no Código Civil - art.ºs 916 nº 2 e 925 nº 2 –, sendo claramente mais restritivo.

II - A questão do início da contagem de tal prazo tem sido objecto de controvérsia, pois se é possível, em certos casos, ao comprador examinar a coisa vendida no acto da entrega, ou no prazo de oito dias – sempre supondo a sua diligente actuação conforme o paradigma do *bonus pater familias* e os usos do comércio – casos haverá em que o comprador não pode, naquele curto prazo, saber se existe conformidade entre o produto encomendado e o que lhe foi fornecido.

III - Tal dificuldade existe quando se trata de coisas dificilmente examináveis, ou cujos possíveis defeitos apenas podem emergir quando for pericialmente vistoriada ou utilizada.

IV - A noção de defeito da coisa vendida não é definida especificamente no Código Comercial, pelo que se deve apelar ao regime do Código Civil, subsidiariamente aplicável – art. 3º do Código Comercial.

V - Uma vez os bens vendidos ‘os *stand posts*’ em causa seriam montados junto a uma ilha de enchimento de químicos (tóxicos, aromáticos e inflamáveis), e iriam servir não só para suportar o peso de um braço de carga (também fornecido pela Autora), mas também como um dos pontos de circulação dos produtos químicos’, não era exigível ao comprador que verificasse possíveis defeitos no ato de entrega, nem no prazo de oito dias, por não ter sido estipulado prazo para a montagem.

VI - Se no contrato consta uma cláusula que estatui – ‘o fornecimento será garantido contra defeitos de fabrico, por um prazo de 12 meses desde que estes sejam comprovadamente originados por

defeitos de execução’, existe uma garantia dada pela vendedora.

VII - Estando provado que a Autora fabricou com defeito os postes recusados pela Ré, e que foi estabelecida uma garantia ‘contra defeitos de fabrico por um prazo de 12 meses’, deve concluir-se que a Autora-vendedora, tendo dado aquela garantia, concedeu, em derrogação do prazo previsto no art. 471 do Código Comercial, o prazo de um ano para a compradora poder denunciar os defeitos de que a coisa vendida padecesse.

VIII - Tendo a denúncia dos defeitos sido feita dentro do prazo de um ano após a entrega dos ‘stand posts’ não ocorreu caducidade.”

⁵Ao contrário do que sucede no Código Civil, que no seu art. 914 estabelece:

“O comprador tem o direito de exigir do vendedor a reparação da coisa ou, se for necessário e esta tiver natureza fungível, a substituição dela; mas esta obrigação não existe, se o vendedor desconhecia sem culpa o vício ou a falta de qualidade de que a coisa padece.”

⁶Cfr. art. 334 do Código Civil que reza:

“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

⁷Em Portugal, o preâmbulo do DL 67/2003, de 8 de Abril, acautela o ponto, ao asseverar: “Preocupação central que se procurou ter sempre em vista foi a de evitar que a transposição da directiva pudesse ter como consequência a diminuição do nível de protecção já hoje reconhecido entre nós ao consumidor. Assim, as soluções actualmente previstas na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, mantêm-se, designadamente o conjunto de direitos reconhecidos ao comprador em caso de existência de defeitos na coisa.”

⁸O art. 4º, no seu nº 1, diz: “Em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que esta seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato”.

E, no nº 3, prescreve:

“A expressão «sem encargos», utilizada no nº 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão de obra e material.”

⁹Se um telemóvel tem a garantia de 2 anos – a garantia terá de se exprimir integralmente: a bateria não pode ter, por exemplo, uma simples garantia de 6 meses.

¹⁰Cfr. o acórdão da Relação de Lisboa de 23 de maio de 2002 (Ana Maria BOULAROUT) que, no quadro da lei antiga (Lei de Defesa do Consumidor vigente, ao tempo, neste particular), estabelece a doutrina segundo a qual:

“I- O comprador de veículo usado tem sempre direito, imperativamente, à garantia de um ano quanto ao bom estado e bom funcionamento do veículo, sendo que, aquele, conjuntamente com o vendedor, poderão estabelecer um regime mais favorável mas o que não podem é restringir o limite imposto por lei nem afastá-lo.

II- Desta sorte o consumidor a quem tenha sido vendido um veículo automóvel usado defeituoso

poderá exigir a redução do preço ou até a resolução do contrato independentemente de culpa do vendedor salvo se este o houver informado previamente – antes da celebração do contrato – sendo irrelevantes quaisquer declarações do comprador a renunciar à mesma por nulidade de tal renúncia.

III- A ‘idade’ do veículo não poderá constituir sem mais, qualquer óbice à operância das exigências técnicas para a venda a não ser que os eventuais defeitos dela decorrentes tenham sido previamente assinalados.

IV- Mesmo que a reparação do veículo seja eventualmente superior ao seu custo, *sibi imputet*, pois é sobre o vendedor que impende uma especial atenção, atenta a atividade comercial desenvolvida, de verificar a qualidade dos bens vendidos de forma a não lograr as expectativas de quem os adquire nem ficar prejudicado pois tal dever de verificação tem um duplo objectivo.”

¹¹O nº 2 do art. 5º da LG prescreve:

“Tratando-se de coisa móvel usada, o prazo previsto no número anterior pode ser reduzido a um ano, por acordo das partes”.

Ponto é que o acordo conste de documento particular.

Não pode a garantia de usado ser imposta unilateralmente pelo operador económico.

O facto implica acordo, aquiescência, manifestação de vontade nesse sentido.

¹²*Cfr.* alínea g do artigo 1º do DL 67/2003, de 8 de Abril (modificado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, como se assinalou).

¹³A LDC – *Lei de Defesa do Consumidor* – estatui no nº 5 do seu artigo 7º:

“As informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário.”

¹⁴*In* “*Les garanties contractuelles et les actions recursoires dans la Directive sur la vente au consommateur*”, Santiago de Compostela, 2004, p. 1.

¹⁵*Cfr.* o *considerandum* 21 que estabelece:

“Considerando que, quanto a determinadas categorias de bens, é prática corrente os vendedores e os produtores oferecerem garantias contra qualquer defeito que possa manifestar-se durante determinado prazo; que esta prática pode estimular a concorrência; que, constituindo embora práticas comerciais legítimas, essas garantias não devem induzir os consumidores em erro; que, para assegurar este objectivo, as garantias devem conter determinadas informações, incluindo uma declaração de que a garantia não afecta os direitos legais dos consumidores.”

¹⁶*Cfr.* art. 6º.

¹⁷*Cfr.* o diploma em epígrafe que reza o que segue: “1- Na venda de automóveis ligeiros de passageiros e motociclos usados é obrigatória a prestação das seguintes informações:

- a) Matrícula;
- b) Preço;
- c) Ano de construção, conforme o respectivo livrete;
- d) Data de matrícula, conforme o respectivo livrete;

e) Registos anteriores de propriedade e seu número, conforme o respectivo título;
f) Garantia de fábrica: prazo de garantia e quilómetros, ou qualquer outra garantia dada pelo fabricante, cuja validade ainda não tenha expirado;

g) Garantia de usado: prazo ou quilómetros, ou outra garantia que o vendedor conceda.

2 - Na venda de ciclomotores usados é obrigatória a prestação das informações previstas nas alíneas a) a d) e f) e g) do número anterior.

3 - Exceptua-se do disposto nos números anteriores a venda feita directamente pelo proprietário indicado no título de registo de propriedade ou, no caso dos ciclomotores, no certificado de matrícula, quando actue fora do exercício do comércio.

4 - As informações previstas nos n.ºs 1 e 2 constarão obrigatoriamente de documento escrito, assinado pelo vendedor ou intermediário, que será afixado no veículo, de modo visível, de forma a permitir uma fácil leitura pelo interessado, sendo o respectivo duplicado entregue ao comprador no momento da compra e venda.”

¹⁸Contra, *cf.* S. STINJS, *op. cit.*, p. 5.

¹⁹*Cfr.* a boa doutrina, tal como emerge do acórdão da Relação de Évora de 15 de março de 2007 (relator Gaito das Neves), cujo sumário reza assim: “Resulta do artigo 12 n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que perante a venda de uma coisa defeituosa, o consumidor pode escolher a reposição que mais lhe convém, *sem qualquer ordem sucessória*: a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço, a resolução do contrato.”

Ao invés do que pretende o Supremo Tribunal de Justiça que, por acórdão de 13 de dezembro de 2007 (relator Fonseca Ramos), sustenta, infundadamente, quanto a nós, o que segue:

“VII - O comprador de coisa defeituosa pode, por esta ordem, exigir do fornecedor/vendedor:

1º - a reparação da coisa;

2º - a sua substituição;

3º - a redução do preço ou a resolução do contrato, conquanto exerça esse direito, respeitando o prazo de caducidade - art. 12º da LDC.

VIII - Ante a manifesta impossibilidade por razões a que os AA. são alheios, da Ré fabricante/importador por si e pelas suas concessionárias, eliminarem os defeitos que originariamente afectavam o veículo – não proporcionando segurança, confiança e fiabilidade – têm os AA. para protecção dos seus interesse económicos – art. 9º, n.º 1, da LDC – direito a ver substituído o bem, nos termos da segunda alternativa conferida pelo n.º 1 do art. 12º da LDC.”

²⁰Conquanto ainda falho, o art. 12º-A veio a colmatar parcialmente a lacuna detectada ao estabelecer a moldura contraordenacional para determinadas práticas que passou a considerar ilícitas, a saber:

“1 - Constituem contraordenações puníveis com a aplicação das seguintes coimas:

a) De € 250 a € 2500 e de € 500 a € 5000, consoante o infractor seja pessoa singular ou pessoa colectiva, a violação do disposto no n.º 2 do artigo 4º;

b) De € 250 a € 3500 e de € 3500 a € 30000, consoante o infractor seja pessoa singular ou pessoa

colectiva, a violação do disposto no nº 3 do artigo 9º.

2 - A negligência e a tentativa são puníveis sendo os limites mínimo e máximo das coimas aplicáveis reduzidos a metade.”

²¹*Cfr.* LG – *Lei das Garantias* – nº 3 *proémio* do artigo 9º.

Cfr. ainda a LDC – alínea *a* do nº 2 do artigo 9º, a saber:

“A redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares”.

²²*Cfr.* artigo 1º que define sem margem para dúvidas que “as informações sobre a natureza, características e garantias de bens ou serviços oferecidos ao público no mercado nacional, quer as constantes de rótulos, embalagens, prospectos, catálogos, livros de instruções para utilização ou outros meios informativos, quer as facultadas nos locais de venda ou divulgadas por qualquer meio publicitário, deverão ser prestadas em língua portuguesa.”

²³*Cfr.* o art. 5º-A que, no seu 3, prescreve:

“Caso o consumidor tenha efectuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data.”

²⁴*Cfr.* art. 289 do Código Civil, como segue:

“1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.

2. Tendo alguma das partes alienado gratuitamente coisa que devesse restituir, e não podendo tornar-se efectiva contra o alienante a restituição do valor dela, fica o adquirente obrigado em lugar daquele, mas só na medida do seu enriquecimento.”

²⁵*Cfr.* art.ºs 434 e *seguinte*.

²⁶*Cfr.* o DL 383/89, de 6 de Novembro – art. 1º.

²⁷*Cfr.* Código Civil – art. 512:

“1. A obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles.

2. A obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores estarem obrigados em termos diversos ou com diversas garantias, ou de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles; igual diversidade se pode verificar quanto à obrigação do devedor relativamente a cada um dos credores solidários.”

²⁸Confira, por todos, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2010 (relator João Camilo), que define o que segue:

“I. Os prazos de caducidade previstos no art. 917 do Código Civil para a acção de anulação de venda de coisa defeituosa aplicam-se aos demais meios de reacção do comprador contra aquela venda: reparação/substituição da coisa, redução do preço, resolução do contrato ou indemnização.

II. Prevendo a Directiva Comunitária nº 1999/44/CE, de 25-05-1999, que os meios de defesa do *comprador-consumidor* de coisa defeituosa ali previstos: reparação/substituição da coisa, redução do preço e [resolução], não possam caducar antes de decorridos dois anos da entrega da coisa em causa, não respeitou tal norma o Decreto-Lei nº 67/2003, de 8/4, que declarando proceder à transposição da Directiva, manteve o prazo de seis meses para a caducidade daqueles direitos que já constava quer da Lei de Defesa do Consumidor – Lei nº 24/96 de 31/7 - quer do art. 917 do Código Civil.

III. As Directivas Comunitárias têm aplicação direta na ordem jurídica interna – mesmo entre particulares, ou seja, têm efeito horizontal -, mesmo que não transpostas ou transpostas em termos que as violem, desde que haja decorrido o prazo para a sua transposição e sejam suficientemente claras e precisas, se mostrem incondicionais e não estejam dependentes da adoção de ulteriores medidas complementares por parte dos Estados-membros.”

²⁹Não se olvide que o nº 1 do art. 796 do Código Civil prescreve, no tocante ao risco, que “nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente”.

LA AUTORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA

JOSÉ DOMINGO GÓMEZ CASTALLO

Director General de Autocontrol,
Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial
(AUTOCONTROL)

EXCERTOS

“Casi todas las facetas de la actividad de una empresa son susceptibles de ser sometidas a un sistema de autorregulación. Basta recordar, a estos efectos, el relativo éxito del que gozan los departamentos de control de calidad de los productos en el seno de las más modernas empresas; departamentos cuya actividad consiste, precisamente, en velar por el cumplimiento de aquellos niveles mínimos de calidad que la propia empresa se ha fijado como objetivo en la fabricación de los correspondientes productos”

“Por su parte, el sistema de resolución extrajudicial de controversias de AUTOCONTROL es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a la Red EJE (Red Extrajudicial Europea) de la Comisión, por cumplir los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación, establecidos en la Recomendación 98/257/CE”

“Cabe señalar que pese a que el sistema extrajudicial de resolución de controversias publicitarias que ofrece AUTOCONTROL es relativamente joven, sus características lo han convertido ya, a fecha de hoy, en el mecanismo preferente de resolución de controversias en materia publicitaria en España por delante de los tribunales de justicia”

“Las empresas adheridas al sistema de autorregulación comunican a los consumidores, a través del Sello de Confianza Online, su compromiso de respetar unas determinadas reglas en sus actividades de publicidad y contratación online, transmitiéndoles así una imagen de credibilidad y fiabilidad”

“La autorregulación publicitaria es un elemento más de los programas de RSC; en la medida que se incentiva la ética y la lealtad publicitaria, en beneficio de los consumidores, se contribuye a fomentar la responsabilidad social”

1. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA

La actividad publicitaria es uno de los motores de crecimiento de la economía si entendemos ésta como una herramienta empresarial que pretende aumentar las ventas y concurrir en un mercado cada vez más competitivo. Así, la publicidad facilita información a los consumidores y genera concurrencia, creando empleo y actividad económica. Además, no debemos olvidar el papel fundamental que ocupa la publicidad como principal fuente de financiación de los medios de comunicación y de algunas actividades culturales y deportivas mediante el patrocinio.

Es indudable, pues, que la publicidad desempeña un papel vital en nuestra economía; sin embargo, no podemos olvidar que la información facilitada por las empresas tiene una finalidad persuasiva; por ello, y aunque en reducidas ocasiones, se pueden producir prácticas desleales que, además de dañar a consumidores y competidores concretos, perjudican la credibilidad y reputación del conjunto de la actividad publicitaria. Por ello, anunciantes, agencias y medios asumen compromisos de responsabilidad mediante la autorregulación publicitaria.

De forma general, y siguiendo al profesor Gómez Segade, podemos afirmar que la autorregulación o la autodisciplina supone la observancia de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objetivo. Así pues, se puede definir la autorregulación como un sistema voluntariamente establecido por las empresas mediante el cual se establece unas reglas éticas.

Casi todas las facetas de la actividad de una empresa son susceptibles de ser sometidas a un sistema de autorregulación. Basta recordar, a estos efectos, el relativo éxito del que gozan los departamentos de control de calidad de los productos en el seno de las más modernas empresas; departamentos cuya actividad consiste, precisamente, en velar por el cumplimiento de aquellos niveles mínimos de calidad que la propia empresa se ha fijado como objetivo en la fabricación de los correspondientes productos. La publicidad, como actividad típica de la empresa contemporánea, no ha escapado de esta tendencia.

En el ámbito publicitario, a través de esta clase de sistemas, se procura que el ejercicio de la actividad publicitaria se realice de forma legal, honesta y responsable en beneficio de los consumidores, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general convirtiéndose la autorregulación

publicitaria en la expresión del compromiso de responsabilidad social de la industria publicitaria.

La utilización de las herramientas del organismo de autorregulación publicitaria por parte de los consumidores, o los competidores o la propia Administración no es incompatible con el acceso a otros mecanismos públicos. La autorregulación no impide ni merma el acceso a la tutela judicial efectiva ni imposibilita la actuación ante o desde los organismos de control público (administrativo o judicial) con competencia en la materia. En consecuencia, los sistemas de autorregulación vienen gozando de un considerable y creciente reconocimiento tanto por parte de los consumidores como por parte los legisladores europeos y nacionales, que ha contribuido activamente durante la última década a su desarrollo.

Existen en todos los países de la Unión Europea organismos de autorregulación publicitaria; organismos que por su rapidez, flexibilidad y bajos costes se han configurado como una eficiente y beneficiosa herramienta complementaria de la labor de los poderes públicos. Dichos organismos permiten resolver, de forma ágil y eficaz, eventuales controversias, pudiendo evitar así el recurso a una acción administrativa o judicial, generalmente más onerosa para las partes; y asimismo pueden proporcionar instrumentos de prevención que facilitan y refuerzan el efectivo cumplimiento de las exigencias legales y éticas aplicables en cada caso.

Con el objetivo de gestionar el sistema español de autorregulación publicitaria, se creó la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL). Constituida en 1995, es una asociación sin ánimo de lucro, compuesta por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria en España. Su actuación alcanza a más de sus 400 miembros directos y 3000 indirectos, que están vinculados aproximadamente con el 70% de la inversión publicitaria española.

1.1. RECONOCIMIENTO LEGAL NACIONAL

Dentro del sistema jurídico español, son varias las normas que desde hace años vienen reconociendo y fomentado el papel complementario de la autorregulación publicitaria.

Este respaldo a la autorregulación se ha visto significativamente fortalecido tras la aprobación, a finales del año 2009, de la reforma de la Ley de Competencia Desleal de 1991, cuyo artículo 37 reconoce y fomenta expresamente: los códigos de conducta; los sistemas de autocontrol previo,

y los sistemas extrajudiciales de resolución de controversias. Tras establecer los requisitos que han de cumplir los sistemas de autorregulación (para ser homologables), esta ley establece la obligación de recurrir a los sistemas de autorregulación con carácter previo a la acción judicial en determinados supuestos en el caso de acciones frente a empresarios adheridos a tales códigos de conducta; todo ello, siempre que ese sistema cumpla los requisitos de la ley.

Asimismo suponen un abierto reconocimiento de los sistemas de autorregulación o autodisciplina publicitarias, entre otras, la Ley General

Los sistemas de autorregulación vienen gozando de un considerable y creciente reconocimiento

de Publicidad (la cual establece las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que pueda existir, realizado por organismos de autodisciplina) y la Ley General de la Comunicación Audiovisual que prevé, entre otros, el derecho a la autorregulación del prestador del

servicio de comunicación audiovisual. La más reciente normativa, posterior a la modificación de la ley de competencia desleal antes mencionada, como la Circular 6/2010 del Banco de España o la Ley del Juego claramente incentivan la autorregulación, de las empresas a las que se aplican, al presumir que “actuaron de buena fe” si consultaron su publicidad, previamente a su emisión, a organismos de autorregulación “homologados” por el Banco de España o la Comisión Nacional del Juego, respectivamente, por cumplir los requisitos de la Ley de Competencia Desleal. Esa consideración “actuación de buena fe” tiene un indudable valor ante eventuales procedimientos administrativos de carácter sancionador. En España, la única entidad “homologable”, en estos momentos, es AUTOCONTROL que ya está operativa en ambos sectores, de acuerdo con los correspondientes Organismos Reguladores. Obviamente, esa apuesta de los reguladores se deriva del creciente reconocimiento y confianza en la eficacia de AUTOCONTROL como organismo autorregulador.

Además, en nuestro país este reconocimiento legislativo se ha visto acompañado por un claro respaldo jurisprudencial ya que numerosas sentencias han tenido ocasión de pronunciarse sobre casos previamente examinados por AUTOCONTROL; en la mayoría de ellos, ratifican el criterio de AUTOCONTROL. Por otra parte, la Comisión Nacional de la Competencia, tras una exhaustiva investigación, se pronunció sobre la licitud del sistema de autorregulación gestionado por AUTOCONTROL.

1.2. RECONOCIMIENTO LEGAL EUROPEO

Diversas resoluciones, recomendaciones, y directivas europeas recomiendan y apoyan la autorregulación como sistema complementario de regulación. A título de ejemplo destacamos la Resolución del Consejo de Europa de 18 de febrero de 1972, sobre protección de los consumidores, en la que se recomienda a los Estados miembros la creación de organismos de auto-disciplina publicitaria y la cooperación de éstos con los organismos públicos y las asociaciones de consumidores. Y, posteriormente, podemos encontrar claros reconocimientos a la autorregulación en diversos textos como Directiva 84/450/CE sobre publicidad engañosa, la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre el comercio electrónico, la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales y la Directiva 2007/65/CE de servicios de comunicación audiovisual, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, entre otros.

2. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN ESPAÑA

En España, el organismo que ha asumido la gestión de la autorregulación publicitaria es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL) que forma parte, desde sus inicios, de la “*European Advertising Standards Alliance*” (EASA). Con su pertenencia a este organismo europeo, AUTOCONTROL participa de su sistema de resolución de controversias transfronterizas, que permite a cualquier consumidor de la Unión Europea someter un asunto al organismo de autorregulación publicitaria competente en el extranjero a través del órgano homólogo existente en su propio país.

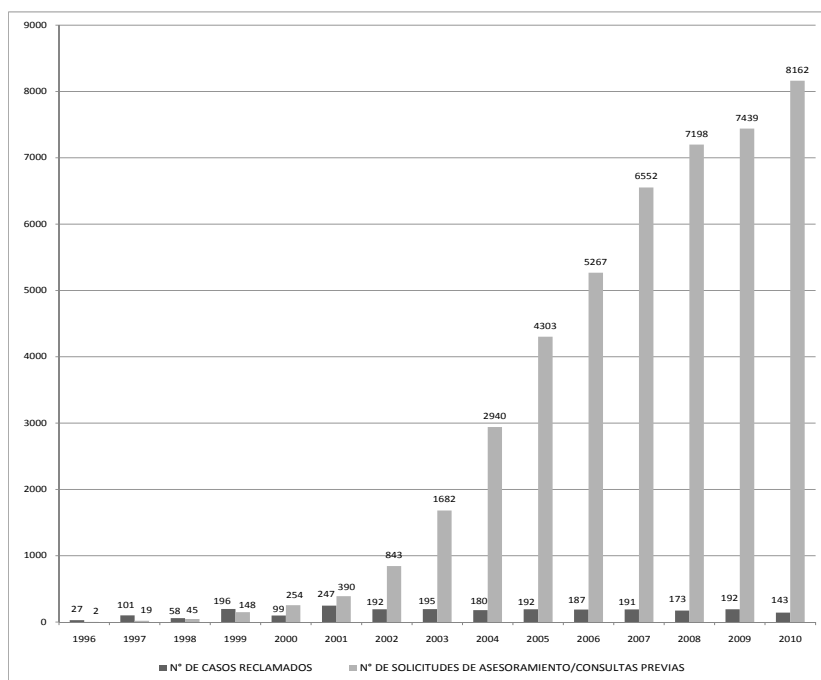
Desde sus inicios, AUTOCONTROL gestiona el sistema de autorregulación de la comunicación comercial sobre la base de tres instrumentos principales: un código de Conducta, un órgano independiente (el Jurado de AUTOCONTROL de la Publicidad) que se encarga de resolver las controversias y reclamaciones y un Gabinete Técnico que presta asesoramiento previo a la difusión del anuncio a través del servicio de Consulta Previa (Copy Advice).

El código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL, basado en el código de la Internacional Chamber of Commerce, es de obligado

cumplimientos para las empresas adheridas a la Asociación.

Por su parte, el sistema de resolución extrajudicial de controversias de AUTOCONTROL es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a la Red EJE (Red Extrajudicial Europea) de la Comisión, por cumplir los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación, establecidos en la Recomendación 98/257/CE. Se trata de un servicio gratuito para consumidores, asociaciones de consumidores y Administración. Asimismo, el servicio de consulta previa (Copy Advice) creado en el 2001, se ha convertido en una herramienta esencial que ha contribuido a reducir el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la publicidad. Desde su puesta en marcha, se han solicitado a AUTOCONTROL más de 45.000 consultas previas, fruto del compromiso ético adquirido por la industria del sector de ejercer responsablemente la comunicación comercial.

Se muestra a continuación el gráfico que refleja el número total de consultas previas (o Copy Avices) solicitadas, así como el de las reclamaciones presentadas desde el comienzo de actividad de AUTOCONTROL hasta el 31 de diciembre de 2010:



Podemos afirmar que el sistema de autorregulación publicitaria creado por AUTOCONTROL se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias publicitarias en nuestro país, por encima de los tribunales de justicia. Así, desde su creación, hasta 1 de enero de 2011, AUTOCONTROL ha tramitado 2.373 casos.

Cabe destacar, igualmente, que los más de 15 años de existencia de esta Asociación han estado marcados por un elevado grado de entendimiento y la colaboración constante con la Administración Pública. Así, en la actualidad, AUTOCONTROL tiene suscritos convenios con diferentes organismos de la Administración, entre los que se encuentran:

- Convenio con el Instituto Nacional de Consumo (INC) (enero 1999): 25% de los miembros del Jurado son nombrados de común acuerdo con el INC.

- Acuerdo con la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), autoridad de lo audiovisual según Ley 25/1994, para el fomento de la autorregulación televisiva (diciembre 2003).

Para asegurar su imparcialidad, el Jurado y sus miembros son independientes de los órganos asociativos

- Adenda a dicho convenio, para que AUTOCONTROL asuma la resolución de reclamaciones que se puedan presentar en relación con el “Acuerdo para el fomento de la autorregulación de los contenidos televisivos e infancia”, y en relación a las comunicaciones publicitarias emitidas por los operadores de TV adheridos (julio 2006).

- Acuerdo Marco de Colaboración con el Instituto Nacional de Consumo (INC) para la autorregulación en Internet: Confianza Online (marzo 2004).

- Convenio con la Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid para el fomento de la autorregulación de la publicidad de Bebidas Alcohólicas (abril 2005).

- Convenio con el Ministerio de Sanidad y Consumo y FIAB para la gestión del código PAOS sobre publicidad de alimentos dirigida a menores (junio 2005).

- Acuerdo con Red.es por el que AUTOCONTROL ha sido designado “entidad de resolución extrajudicial de controversias” en la asignación de dominios “.es” (febrero 2006).

- Convenio con el Consejo Audiovisual de Andalucía (noviembre 2006).

- Convenio con el Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC) (diciembre 2006).
- Convenio para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria entre Autocontrol y el Instituto Nacional de Consumo (enero 2007).
- Convenio de Colaboración para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria con la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid (febrero 2007).
- Convenio con el Consejo Audiovisual de Navarra (marzo 2007).
- Acuerdo para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría General de Políticas de Igualdad) (octubre 2007).
- Acuerdo de colaboración para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria con la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) (enero 2008).
- Convenio con el Ministerio de Medio Ambiente autorregulación de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en las comunicaciones comerciales (julio 2009).
- Convenio con el Ministerio de Sanidad, FIAB y Televisión para la aplicación del código PAOS por las televisiones (septiembre 2009).
- Convenio con la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes y el Ministerio de Sanidad sobre autorregulación de la publicidad de juguetes (diciembre 2010).
- Convenio con la Federación de Bebidas Espirituosas y la Comunidad de Castilla La Mancha sobre autorregulación publicitaria de bebidas alcohólicas (enero 2011).

3. FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA: INSTRUMENTOS DE AUTOCONTROL

3.1. CÓDIGOS DE CONDUCTA

Las reglas de conducta constituyen la concreción de aquello que es éticamente correcto o incorrecto. Agrupadas en códigos de conducta, esas reglas determinan los límites de la actividad publicitaria para la protección de los intereses y derechos de consumidores y concurrentes.

AUTOCONTROL tiene establecido, desde diciembre de 1996, un

código de Conducta Publicitaria, basado en el código de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio (ICC), según el cual la publicidad debe reunir los siguientes requisitos: (i) ser legal, decente, honesta y veraz; (ii) estar realizada con sentido de responsabilidad social; (iii) respetar las reglas de la lealtad concurrencial.

Todas las empresas asociadas a AUTOCONTROL se comprometen al cumplimiento de su código de Conducta y a aceptar las resoluciones del Jurado de la Publicidad, con el objeto de ofrecer a la sociedad una publicidad responsable. Aún careciendo de carácter vinculante para los no adheridos al sistema de autodisciplina publicitaria, las normas éticas sobre publicidad recogidas tanto en el código de Conducta Publicitaria como en los distintos códigos sectoriales, están dotadas de una fuerza moral de indudable trascendencia al contener la calificación y valoración ética que la propia industria otorga a los distintos supuestos de la actividad publicitaria.

Desde su creación AUTOCONTROL ha trabajado activamente, en colaboración con otras asociaciones y organizaciones, en la elaboración de códigos de conducta sectoriales que fortalezcan la autodisciplina publicitaria en diversos sectores empresariales.

Además, AUTOCONTROL se ha convertido en un organismo de referencia para la aplicación y control de los códigos sectoriales de todos los ámbitos publicitarios.

Actualmente AUTOCONTROL tiene firmado convenios de autorregulación sectorial en diferentes campos. Esos convenios encomiendan a AUTOCONTROL la aplicación y control de los correspondientes códigos sectoriales:

- Publicidad cervezas: Convenio con Cerveceros de España (junio 2003)
- Publicidad bebidas espirituosas: Convenio con FEBE (junio 2003)
- Publicidad televisiva: Convenio AUTOCONTROL- AEA - operadores de TV (junio 2002). Convenio SETSI (Ministerio Industria) - Autocontrol (diciembre 2003)
- Publicidad Interactiva y comercio electrónico: Convenio AUTOCONTROL – AECEM para cogestionar CONFIANZA ONLINE (noviembre 2002)
- Promoción de medicamentos: Convenio con Farmaindustria (abril 2002) y ANEFP (marzo 2007)
- Defensa de la marca: Convenio con ANDEMA (febrero 2004)
- Publicidad de alimentos y bebidas dirigida a niños, CÓDIGO PAOS:

Convenio con FIAB (junio 2005) - Ministerio Sanidad – Autocontrol

- Publicidad de videojuegos: Convenio con ADESE (junio 2005)
- Publicidad de tecnología sanitaria: Convenio FENIN (febrero 2006)
- Autorregulación de investigación de mercados y opinión pública:

Convenio con ANEIMO (junio 2006)

- Publicidad de productos de nutrición enteral: Convenio con AENE (octubre 2006)

- Resolución de controversias en la asignación de dominios “.es”: Convenio con Red.es (febrero 2006)

- Publicidad de preparados alimenticios especiales, dietéticos y plantas medicinales: Convenio con AFEPADI (enero 2007)

- Publicidad del vino: Convenio con FEV (enero 2009)

- Publicidad ecológica: código de autorregulación de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en las comunicaciones comerciales (Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y empresas del sector energético y automovilístico) (julio 2009)

- Publicidad de juguetes: Convenio con AEFJ e INC (nuevo Convenio de diciembre de 2010)

- Publicidad de agencias de búsqueda de amistad: código de Autorregulación de la Publicidad de Empresas de Servicios de búsqueda de pareja, amistad, encuentros, contactos e intermediación de parejas según afinidad y compatibilidad a través de Internet. (código firmado con las principales empresas de servicios de búsqueda de pareja y amistad, en marzo de 2011)

Un magnífico ejemplo del buen funcionamiento de la autorregulación en esquemas de “cooperación con la Administración”, o co-regulación, lo encontramos en el Acuerdo sobre la Autorregulación de la Publicidad de Alimentos y Bebidas dirigida a menores (código PAOS de FIAB), firmado por el Ministerio de Sanidad y Consumo (actual Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad), la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB), y AUTOCONTROL. En dicho convenio se encarga a AUTOCONTROL el control del cumplimiento de dicho código.

El código PAOS de FIAB, que entró en vigor en septiembre de 2005, es uno de los ejes principales de la estrategia PAOS liderada por la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN), en materia de publicidad de alimentos. Se trata de un código pionero en Europa, cuyo objetivo es establecer un conjunto de reglas que guíen a las compañías adheridas en el desarrollo, ejecución y difusión de sus mensajes publicitarios dirigidos a menores. Hasta el momento, el código PAOS ha sido suscrito

por 36 empresas, entre las que se encuentran los principales inversores en publicidad de alimentos para menores.

En el marco de este convenio y desde su entrada en vigor, el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL ha resuelto más de 2.000 consultas previas sobre proyectos de anuncios de alimentos y bebidas dirigidos a niños, antes de su emisión, por parte de empresas adheridas a PAOS; de ellas, 429 en 2010.

El Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL se ocupa de resolver las eventuales reclamaciones que se puedan presentar.

El código PAOS cuenta, además, con una Comisión de Seguimiento, presidida por la AESAN y compuesta por representantes de FIAB, AEA y el Consejo de Consumidores y Usuarios para garantizar el buen funcionamiento del mismo. En esta comisión, AUTOCONTROL ejerce la Secretaría.

El Ministerio de Sanidad español ha valorado positivamente, en diferentes ocasiones, el funcionamiento de este sistema de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a niños (código PAOS).

3.2. EL CONTROL A POSTERIORI: EL JURADO DE LA PUBLICIDAD

Desde 1996, AUTOCONTROL tiene constituido un órgano de control deontológico, denominado Jurado de la Publicidad para la aplicación de los códigos de Conducta.

Se trata de un órgano extrajudicial de resolución de controversias y reclamaciones en materia publicitaria, que está compuesto por profesionales de gran prestigio y reconocida cualificación en los sectores del derecho, la comunicación comercial y la economía. Para asegurar su imparcialidad, el Jurado y sus miembros son independientes de los órganos asociativos, no pudiendo tener vinculación con las entidades adheridas a AUTOCONTROL. Por otro lado, el Instituto Nacional de Consumo del Gobierno participa en la selección del 25% de sus componentes.

El Jurado resuelve, aplicando el correspondiente código de Conducta, todas las reclamaciones y controversias que, contra anuncios concretos, puedan ser presentadas por cualquier persona con un interés legítimo ya pertenezca o no a la Asociación; esta gestión es gratuita para los consumidores, sus asociaciones, la Administración y las empresas adheridas al sistema. Las decisiones del Jurado son de obligado cumplimiento para los socios y voluntaria para el resto. Pese al carácter voluntario de esas resoluciones, en algunos casos, lo cierto es que el porcentaje de cumplimiento supera el 95%. También son vinculantes para las empresas que, aun no siendo socias de AUTOCONTROL, se sometan al Jurado o están adheridas a los códigos de

conducta sectoriales (de otras organizaciones) cuya aplicación y resolución de controversias ha sido encomendada al Jurado de AUTOCONTROL.

El Jurado está compuesto por seis secciones que resuelven en primera instancia; frente a esas decisiones cabría recurso de alzada; en tal caso, el encargado de resolver y emitir la resolución definitiva sería el Pleno del Jurado (compuesto por el presidente del Jurado más dos secciones distintas de las que resolvieron en primera instancia).

El procedimiento ante el Jurado viene contenido en su Reglamento. Tras la recepción de la reclamación se da traslado al reclamado para que, o bien (i) acepte la reclamación y se comprometa a cesar la publicidad, o (ii) solicite mediación (que la procuraría técnicos de AUTOCONTROL), o (iii) conteste

Las partes pueden aportar cuantas pruebas consideren adecuadas y cabe la posibilidad de que se nombren peritos

a la reclamación para su evaluación por el Jurado, e incluso, (iv) rechace someterse al Jurado y participar en el procedimiento. Las partes pueden aportar cuantas pruebas consideren adecuadas y cabe la posibilidad de que se nombren peritos (a petición de las partes o del propio Jurado) para auxiliar al Jurado. Asimismo, también a solicitud de las partes, el Jurado puede convocar vista oral. Las resoluciones son siempre motivadas argumentando la decisión y se publican (obligaciones derivadas de la Recomendación 98/257/CE de la Comisión Europea).

Cabe señalar que pese a que el sistema extrajudicial de resolución de controversias publicitarias que ofrece AUTOCONTROL es relativamente joven, sus características lo han convertido ya, a fecha de hoy, en el mecanismo preferente de resolución de controversias en materia publicitaria en España por delante de los tribunales de justicia. De hecho, de entre los 2.000 casos ya resueltos por AUTOCONTROL sólo en 22 ocasiones la controversia alcanzó después los tribunales de justicia; de esos 22 pleitos sólo en 2 asuntos los tribunales, tras evaluar las resoluciones previas de AUTOCONTROL, sentenciaron un criterio diferente al del sistema de autorregulación.

Concretamente, desde su creación, el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL ha resuelto 2.373 casos, en un tiempo medio de 14 días; en torno un 30% se resolvieron por “mediación” o “aceptación” de la reclamación por el anunciante en un plazo medio de 5 días, con el consiguiente cese de la publicidad. La mayor parte de las reclamaciones presentadas ante AUTOCONTROL procedían de consumidores u otras organizaciones ciudadanas (en torno al 54%), siendo las presentadas

por empresas o asociaciones empresariales el 40% aproximadamente. La Administración también utiliza esta vía extrajudicial en muchas ocasiones; el 1% de los casos tramitados en 2010 eran consecuencia de requerimientos de diferentes organismos de la Administración.

Desde hace unos años el número de reclamaciones recibidas anualmente por AUTOCONTROL se ha estabilizado, gracias a la labor preventiva desarrollada por la Asociación, con un aumento considerable del uso de los servicios de consulta previa puestos en marcha por AUTOCONTROL para todos sus socios.

3.3. EL ASESORAMIENTO PREVIO: COPY ADVICE

Tal y como hemos adelantado en el apartado anterior, además de la labor del Jurado como órgano extrajudicial de resolución de controversias, AUTOCONTROL desarrolla servicios de asesoramiento y consulta previa (copy advice) en cumplimiento de lo establecido en los “Common Principles of Best Practice” de EASA.

Este servicio de consulta previa fue puesto en marcha por la industria publicitaria, a través de AUTOCONTROL, como complemento del sistema de control post-emisión del anuncio y con el objetivo de reducir el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la publicidad.

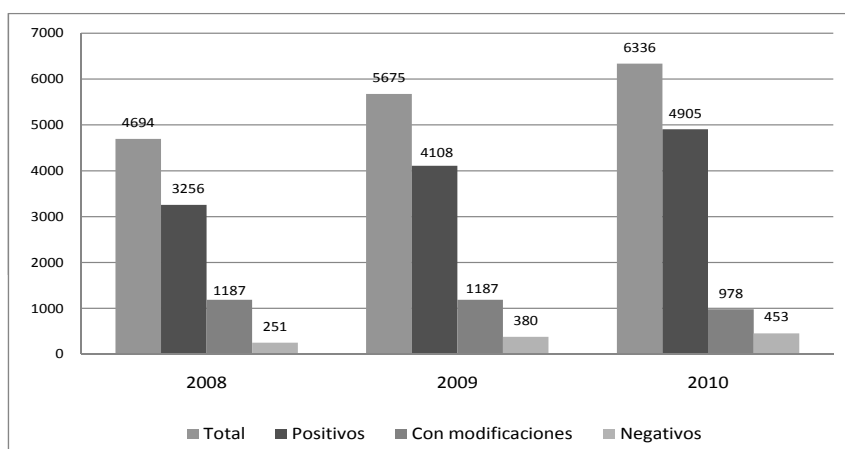
Se trata de un servicio de asesoramiento no vinculante sobre la corrección legal y ética de un proyecto de campaña o anuncio, antes de su difusión al público. Puede ser solicitado por el propio anunciante, su agencia o el medio donde se vaya a emitir. La atención de las Consultas Previas es realizada por el Gabinete Jurídico de AUTOCONTROL de forma absolutamente confidencial.

El sistema de consulta previa, Copy advice, permite al anunciante o la agencia que lo desee – o a los medios de difusión – consultar al Gabinete Técnico de AUTOCONTROL acerca de la corrección legal y ética de un determinado proyecto de campaña antes de su difusión, con los beneficiosos efectos preventivos que del uso voluntario de tal instrumento se derivan. Efectos preventivos que pueden tener consecuencias legales beneficiosas en la medida en que el reconocimiento del sistema de autorregulación crece desde el sector público y se formaliza por medio de convenios suscritos entre organizaciones de la Administración y AUTOCONTROL. La emisión de un anuncio, con el informe previo (copy advice) positivo de AUTOCONTROL, se puede considerar que se hizo con “buena fe” teniendo valor posterior en caso de expediente administrativo.

La rapidez de este servicio (el tiempo medio de emisión del Copy durante el pasado año fue de 24 horas para televisiones y 72 horas para anunciantes y agencias), unido a la amplia experiencia en materia de regulación publicitaria adquirida por el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL, confieren una gran eficacia a este servicio de Copy Advice (Consulta Previa). La consulta previa voluntaria, unida al asesoramiento legal que AUTOCONTROL realiza, se ha convertido en una herramienta eficaz para reducir el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la publicidad. Tal es el grado de aceptación de este servicio que, actualmente, es más solicitado que las propias intervenciones del Jurado. Anunciantes, agencias y medios remitieron durante el 2010 a AUTOCONTROL, 6.336 proyectos de anuncios para su revisión, antes de que fueran emitidos. Además, las peticiones de asesoramiento e informes ascendieron a 1.826 durante 2010. En total, 8.162 consultas atendidas en 2010, lo que hace un total de más de 45.000 consultas previas atendidas desde la puesta en marcha de este servicio. Considerando los nuevos ámbitos de actuación (publicidad bancaria y juego), AUTOCONTROL habrá atendido, en 2011, mas de 15.000 copy advices.

Además, el uso progresivo del Copy Advice ha mejorado el conocimiento de los límites legales de la publicidad por parte de la industria publicitaria, lo que se ha traducido en un crecimiento significativo del número de anuncios que obtienen un informe positivo.

Se muestra a continuación el gráfico que refleja el número total de consultas previas (o Copy Advice) solicitadas, así como su resultado (positivo, negativo o con modificaciones) durante todo el ejercicio 2010, comparándolo con los dos años anteriores:



4. AUTORREGULACIÓN EN TELEVISIÓN

La labor preventiva llevada a cabo por AUTOCONTROL es especialmente patente en el marco de la publicidad televisiva.

AUTOCONTROL, conjuntamente con la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), autoridad audiovisual del Estado español, realizan un intenso trabajo para el fomento de la autorregulación de la actividad publicitaria en el medio televisivo, en el marco del acuerdo firmado entre ambas entidades en diciembre de 2003.

La consulta previa voluntaria se ha convertido en una herramienta eficaz para reducir el riesgo de incumplimiento de las normas que regulan la publicidad

En virtud de este acuerdo, la SETSI reconoce la utilidad del procedimiento de autorregulación para la publicidad televisiva, en cuanto mecanismo complementario de los procedimientos administrativos y judiciales, creado por el convenio suscrito en 2002 por los operadores españoles de televisión: Telecinco, RTVE, Antena3, Sogecable (La CUATRO), FORTA; AUTOCONTROL y la Asociación Española de Anunciantes (AEA). Posteriormente se han adherido otros operadores como la SEXTA, Disney Channel, MTV Channel España y los canales autonómicos: Canal Sur Televisión; Televisió de Catalunya; Telemadrid; Televisión Autonómica Valenciana; Televisión de Galicia; Euskal Telebista-Televisión Vasca; Televisión Pública de Canarias; Televisión Autonómica de Castilla-la Mancha; Televisión Autonómica de Murcia; Televisión Autonómica de Aragón, Televisión del Principado de Asturias y Televisió de les Illes Balears.

A través de la firma de este convenio, los operadores de televisión adheridos, cuando tienen dudas acerca de la licitud de un anuncio que le sea remitido para su emisión, pueden solicitar a AUTOCONTROL la elaboración de un Dictamen previo sobre dicho anuncio.

Ambos convenios, aunque firmados en diferentes momentos, son complementarios entre sí. Por un lado, los operadores de televisión deciden crear un sistema de autorregulación de la publicidad televisiva, confiando su gestión a AUTOCONTROL y, por otro lado, la Autoridad Audiovisual reconoce ese sistema y acepta la cooperación de AUTOCONTROL a través de los Copy Advice. Ambos convenios establecen sus respectivas comisiones de seguimiento, que se reúnen mensualmente, siendo AUTOCONTROL el enlace entre ambas, de forma similar al rol que juegan los sistemas de autorregulación francés e inglés (desde hace años) con sus respectivas

autoridades audiovisuales, por un lado, y sus operadores nacionales de TV, por otro.

Los positivos resultados de este sistema son indiscutibles y así lo refleja el elevado número de solicitudes de consulta previa recibidas. Concretamente, en 2010, y en el contexto de los citados convenios, el Gabinete Técnico de AUTOCONTROL ha revisado, antes de su emisión, 5.220 anuncios televisivos. De los anuncios revisados, 4.067 han obtenido Copy Advice positivo, 1.013 con observaciones y 319 negativos.

También en el ámbito de la publicidad televisiva se realiza un especial esfuerzo en la protección de los menores, de este modo AUTOCONTROL revisó en 2010, a solicitud de anunciantes, agencias o medios, alrededor del 90% de la publicidad televisiva dirigida a la infancia. Especial compromiso en este ámbito, tienen los sectores de juguetes, videojuegos y alimentación.

Reflejo de este compromiso, en septiembre de 2009, se firmó un acuerdo en presencia de la Ministra de Sanidad y Política Social, entre las cadenas de televisión agrupadas en FORTA (Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos) y en UTECA (Unión de Televisiones Comerciales Asociadas) con la AESAN (Agencia Española de Seguridad Alimentaria), en representación del Ministerio de Sanidad y Política Social (hoy denominado Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad), la FIAB y AUTOCONTROL. A través de este acuerdo, las cadenas de televisión asumen el compromiso de colaborar en la aplicación del “código de Autorregulación de la Publicidad de Alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud” (código PAOS de FIAB). Para asegurar que todos los anuncios dirigidos a menores de hasta 12 años cumplan el código, si el anunciante no hubiera pedido consulta previa a AUTOCONTROL, será el operador de televisión quien lo haga. AUTOCONTROL revisará el anuncio y verificará su compatibilidad con las reglas del código. Asimismo, y en virtud del convenio, el operador de televisión se compromete a cumplir con las resoluciones que emita el Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL.

También en el ámbito televisivo, AUTOCONTROL ha ampliado su colaboración con las autoridades audiovisuales con la firma de convenios con el Consejo Audiovisual de Andalucía, con el Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC) y con el Consejo Audiovisual de Navarra.

5. AUTORREGULACIÓN EN INTERNET

5.1. CONFIANZA ONLINE: PUBLICIDAD INTERACTIVA

En 2002, por iniciativa de AUTOCONTROL y AECEM (Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional) se creó el sistema de Confianza Online. El objetivo de tal iniciativa, en línea con lo previsto en los artículos 18 y 32 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información, fue aumentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico y la publicidad interactiva estableciendo un sistema de autorregulación integral que se beneficiara de las especializaciones y recursos respectivos. Este sistema de autorregulación se basa en el código de conducta, dos mecanismos de resolución de reclamaciones (según se trate de asuntos relacionados con comunicaciones comerciales o comercio electrónico) y un sello de confianza (el Sello de Confianza Online) que acreditan las empresas adheridas.

El Jurado de la Publicidad de AUTOCONTROL se encarga de la resolución extrajudicial de controversias sobre publicidad interactiva de dicho sistema. Si las reclamaciones versan sobre comercio electrónico y no hubieran podido resolverse por la mediación de Adigital, se encomiendan al Sistema Arbitral de Consumo (según convenio con el Instituto Nacional de Consumo).

Si el anunciante no hubiera pedido consulta previa a AUTOCONTROL, será el operador de televisión quien lo haga

Las empresas adheridas al sistema de autorregulación comunican a los consumidores, a través del Sello de Confianza Online, su compromiso de respetar unas determinadas reglas en sus actividades de publicidad y contratación online, transmitiéndoles así una imagen de credibilidad y fiabilidad. En la actualidad alrededor de 1.200 webs de empresas adheridas exhiben el sello de Confianza Online mostrando con ello su compromiso de autorregulación y de respeto unas determinadas reglas en sus actividades de publicidad y contratación online, transmitiéndoles así una imagen de credibilidad y fiabilidad.

Confianza Online obtuvo el “Distintivo Público de Confianza” otorgado por el Gobierno español por cumplir los requisitos establecidos en el Real Decreto 292/294 de 20 de febrero que desarrolla la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información (real decreto derogado por el vigente Real

Decreto 1163/2005). (BOE de 25 de octubre de 2005).

Actualmente, componen CONFIANZA ON LINE, además de AUTOCONTROL, ADIGITAL (sucesora de AECEM), y la entidad pública gubernamental encargada del desarrollo de la Sociedad de la Información RED.es.

5.2. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS EN LA ASIGNACIÓN DE DOMINIOS “.ES”

Además de su actividad de autorregulación publicitaria, AUTOCONTROL es una de las entidades acreditadas por Red.es (organismo designado por el Gobierno Español para la administración de dominios “.es”) para la resolución extrajudicial de conflictos sobre nombres de dominio “.es”. Para ello AUTOCONTROL cuenta con un listado de acreditados y prestigiosos expertos jurídicos a quienes corresponde resolver las concretas controversias relativas a nombres de dominio “.es”.

6. AUTOCONTROL CON LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA (RSC)

En los últimos tiempos se ha acuñado, en el amplio marco de la responsabilidad empresarial, un concepto novedoso y avanzado, el de la “Responsabilidad Social Corporativa” (RSC). Ésta es entendida como un conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, adoptados por las empresas en los ámbitos económico, social, medioambiental y de los derechos humanos, con el fin de garantizar que sus actividades y operaciones se orienten no sólo hacia el crecimiento económico y el incremento de la competitividad, sino también a fomentar la responsabilidad social, incluidos los intereses de los consumidores.

La autorregulación publicitaria es un elemento más de los programas de RSC; en la medida que se incentiva la ética y la lealtad publicitaria, en beneficio de los consumidores, se contribuye a fomentar la responsabilidad social.

Hoy en día, los índices medidores de responsabilidad social en las empresas valoran aquellas actividades que asuman compromisos éticos con la actividad comercial, y también con la comunicación y la publicidad. Son varios los informes y documentos que así lo acreditan, entre los que se encuentran, la Guía para la Elaboración de Memorias de Sostenibilidad de la Global Re-

porting Initiative, la cual contiene previsiones específicas en relación con la participación en sistemas de autorregulación publicitaria y con la adhesión a códigos de conducta en este ámbito.

Siguiendo esta Guía, algunas de las más importantes empresas de nuestro país ya han integrado en su informe anual de RSC los datos relativos a su participación en el sistema de autorregulación publicitaria de AUTOCONTROL.

Por todos estos motivos, AUTOCONTROL decidió en 2007 poner a disposición de todos sus asociados un nuevo servicio, que consiste en extender un certificado de RSC para todos aquellos socios que deseen acreditar en su memoria o informe anual de responsabilidad corporativa, que su empresa ha asumido el compromiso ético de ejercer responsablemente la libertad de comunicación comercial y participa en el sistema de autorregulación publicitaria.

El objetivo de servicio es que las empresas, miembros de AUTOCONTROL, puedan acreditar su apuesta por la autorregulación, y por ende, por la responsabilidad social.

IMPACTOS DA PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA A CRIANÇAS: QUESTÕES ÉTICAS E LEGAIS¹

TAMARA AMOROSO GONÇALVES

Advogada do Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana
Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo

EXCERTOS

“Nunca houve tanta disponibilidade de alimentos como atualmente, mas também nunca houve tantos problemas relacionados ao seu consumo. Hoje as sociedades complexas têm de lidar com sérios problemas de saúde pública, que englobam desde as doenças crônicas não transmissíveis – obesidade, hipertensão, diabetes etc. – até graves transtornos de ordem psiquiátrica que impactam negativamente o comportamento alimentar: anorexia e bulimia nervosas, transtorno de compulsão alimentar periódica etc.”

“Cultivando uma média diária de cerca de cinco horas de exposição a conteúdos televisivos – em contrapartida ao tempo médio de permanência nas escolas, que é de três horas e 15 minutos –, as crianças brasileiras são marcadamente influenciadas pela publicidade que permeia o assunto”

“Na esteira do que ensina Vidal Serrano, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil fere o ordenamento em vigor”

“O artigo 227 da Constituição Federal inaugura a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, assegurando-lhes absoluta prioridade na garantia de seus direitos fundamentais, como direito à vida, à saúde, à liberdade, à educação, à convivência familiar e comunitária, dentre outros”

“As campanhas publicitárias de alimentos ultraprocessados baseadas em falsos claims nutricionais e desenvolvidas a partir do uso abusivo de ferramentas lúdicas – como animações, crianças-modelos, personagens licenciados caros ao universo infantil etc. –, disponibilizadas em diversos suportes de mídia (TV, internet, revistas em quadrinhos, spots de rádio...), consubstanciam-se em verdadeira ameaça ao direito fundamental de crianças a uma alimentação saudável, equilibrada e conseqüentemente à saúde e segurança”

“Enquanto caberá aos pais o cuidado imediato com seus filhos, garantindo subsistência, carinho, moradia, convivência familiar e comunitária, acesso à educação, espaço para brincadeiras, dentre outros, caberá ao poder público a imediata repressão da difusão de apelos materialistas e consumistas aos pequenos – seja por meio da imposição de multas pelos órgãos de defesa do consumidor ou judiciário; seja por meio de uma mais precisa e completa regulamentação da matéria pelo legislativo e, por fim, uma verdadeira mudança de postura por parte do setor empresarial”

I. INTRODUÇÃO

A atual sociedade de consumo tem forjado complexos desafios para os cidadãos e as futuras gerações, sendo que novas formas de se produzir e de consumir passam a ocupar, paulatinamente, a agenda central de debates. Neste contexto é que importa pensar nas questões negativas ligadas ao consumismo na infância, uma vez que a incorporação de hábitos de consumo inconsequentes e irresponsáveis pelas crianças hoje trará graves impactos para esta e para as futuras gerações.

Dentre os diversos temas que circundam as discussões relativas ao consumismo infantil, destaca-se o da regulação da publicidade de alimentos hipercalóricos e ricos em sal, gordura e açúcar, mas pobres nutricionalmente, na medida em que o consumo habitual e excessivo destes alimentos, bastante incentivado pelas mais diversas formas de comunicação mercadológica², desencadeia graves impactos à saúde das pessoas, bem como aos cofres públicos. Isso porque estas estratégias de marketing, particularmente aquelas dirigidas aos pequenos, contribuem notadamente para o incremento dos altos índices de obesidade, sobrepeso e outras doenças crônicas associadas, que vem se alastrando na população brasileira, atingindo a magnitude de um problema de saúde pública. Daí a necessidade de se discutir ampla e profundamente a regulação da publicidade destes produtos, em particular quando direcionada à infância.

II. SOCIEDADE DE CONSUMO E PUBLICIDADE DE ALIMENTOS: IMPACTOS E TRANSFORMAÇÕES

Nada contribuiu tanto para modificar hábitos alimentares quanto a intensa comunicação mercadológica de produtos ultraprocessados. Desde a conformação e início do desenvolvimento da sociedade de consumo, os modos de se produzir e consumir se transformaram drasticamente. Nesse contexto, o crescente e constante aprimoramento dos métodos de processamento e industrialização³ de produtos alimentícios, permitindo que alimentos sejam armazenados por mais tempo, vem influenciando profundamente na forma como as populações se alimentam e na própria relação dos indivíduos com a alimentação.

A partir do século XX, as sociedades passaram por um profundo processo de transformação, que modificou radicalmente os modos de produção,

distribuição e consumo. Como consequência, houve também intensas alterações nos padrões e na cultura alimentar. O ritmo acelerado da vida moderna instigou a necessidade de se criar produtos prontos para o consumo, cuja ingestão pode ser feita rapidamente e, com frequência, em qualquer lugar. Este cenário impactou significativamente os hábitos alimentares, particularmente com a substituição de refeições preparadas em casa a partir de produtos *in natura* por alimentos ultraprocessados ou vendidos por redes de *fast-food*.

Os assim chamados alimentos ultraprocessados são caracterizados pela facilidade de consumi-los e pela sua alta densidade energética, associada, frequentemente, a altos índices de sal, gordura e açúcares, embora contenham baixo valor nutricional:

Os assim chamados alimentos ultraprocessados são caracterizados pela facilidade de consumi-los e pela sua alta densidade energética

“A essa categoria de alimentos, produzidos majoritariamente por empresas transnacionais, pertencem produtos panificados, biscoitos, bolos, sorvetes, gelatinas, ‘barras de cereal’, doces em geral, embutidos, molhos, ‘macarrão instantâneo’, sopas desidratadas, batata chips e similares, refrigerantes e bebidas adoçadas em geral, entre tantos outros. A matéria-prima típica desses alimentos, aqui denominados ultraprocessados, são ingredientes já processados e de baixo valor nutricional – como óleos, gorduras, farinhas, amido, açúcar e sal –, acrescidos de conservantes, estabilizantes, flavorizantes e corantes. Em face de sua condição de alimentos prontos, é comum que sejam consumidos isoladamente ou acompanhados de outros alimentos do mesmo grupo: por exemplo, pães e embutidos, biscoitos e refrigerantes.”⁴

Conforme já indicado, a crescente produção desta categoria de alimentos, aliada ao seu constante anúncio na mídia vem impactando profundamente os hábitos alimentares e a saúde da população:

“O crescimento mundial da produção e consumo de alimentos ultraprocessados tem gerado impactos desfavoráveis em dois outros âmbitos cruciais para as sociedades humanas: o ambiente físico e a cultura. No primeiro caso, em função de que os métodos envolvidos na produção, embalagem, armazenamento e transporte desses produtos implicam consumo de energia e de água, geração de poluentes e impacto sobre o aquecimento do planeta muito maiores do que os observados com os alimentos tradicionais. No segundo caso, devido à homogeneização dos repertórios alimentares, ao

abandono de rituais no preparo e partilha de refeições e à desvalorização do comer e do cozinhar como práticas sociais carregadas de simbolismo, significado, história e identidade coletiva.”⁵

Pode-se então notar que o desenvolvimento destes alimentos e a sua ampla comercialização, potencializada por precisas estratégias de marketing, têm desencadeado uma série de alterações significativas no comportamento alimentar das sociedades. Nunca houve tanta disponibilidade de alimentos como atualmente, mas também nunca houve tantos problemas relacionados ao seu consumo. Hoje as sociedades complexas têm de lidar com sérios problemas de saúde pública, que englobam desde as doenças crônicas não transmissíveis – obesidade, hipertensão, diabetes etc. – até graves transtornos de ordem psiquiátrica que impactam negativamente o comportamento alimentar: anorexia e bulimia nervosas, transtorno de compulsão alimentar periódica etc.

Os problemas relacionados a uma má-nutrição espalham-se por todo o planeta. Dados da organização não governamental *Consumers International* apontam que uma a cada dez crianças no mundo inteiro está acima do peso ou é obesa – isso contabilizaria um total de 155 milhões de crianças. No mesmo sentido, a organização informa que há, atualmente, 22 milhões de crianças com menos de cinco anos de idade com sobrepeso⁶.

O Brasil tradicionalmente teve problemas sérios no que se refere à desnutrição e à impossibilidade de certos extratos sociais adquirirem a quantidade mínima necessária de nutrientes, particularmente em razão das acentuadas desigualdades sociais encontradas em todo o país. Mas este cenário vem mudando. Por aqui os índices de sobrepeso e obesidade estão preocupando cada vez mais os especialistas e toda a sociedade: entre 1974/1975 e 1996/1997, verificou-se um aumento de 4,1% para 13,9% na incidência de sobrepeso ou obesidade entre crianças e adolescentes de seis a dezoito anos somente nas regiões Sudeste e Nordeste. As causas apontadas seriam o aumento do consumo de produtos ricos em açúcares simples e gordura e a presença de TV e computador nas residências⁷, não apenas por estimularem uma vida sedentária, mas também por anunciarem com frequência e intensidade produtos alimentícios hipercalóricos e pobres nutricionalmente. Estudo realizado sobre os hábitos alimentares de crianças e adolescentes em escolas públicas e particulares de Belo Horizonte traz informações preocupantes:

“A maioria dos escolares (88.4%) apresentou hábitos alimentares em que predominava dieta rica em gordura saturada (agrupamento de escores de

Block: dieta típica norte-americana + dieta rica em gorduras + dieta muito rica em gorduras), apenas 11,6% tinham alimentação pobre em gorduras. Em relação ao consumo de frutas, vegetais e fibras, 64,1% consumiam de forma muito inadequada (pobre) esses alimentos (dieta muito inadequada pelo escore de Block); 35,9% tinham consumo inadequado (dieta inadequada); e nenhum aluno apresentou dieta adequada de frutas, vegetais e fibras.”⁸

A última Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009, consolidada pelo IBGE e lançada oficialmente em 2010 confirma as informações referentes à transição nutricional pela qual vem passando a população brasileira. Segundo o relatório da pesquisa, os índices de déficit de peso na população brasileira estão abaixo dos níveis de excesso de peso e obesidade, para crianças com idade entre cinco e nove anos: enquanto o percentual de crianças nessa faixa etária com problemas de déficit de peso é de 4,1%, os de sobrepeso já alcançam 33,5% e os de obesidade 14,3%. Os índices são maiores entre os meninos, que contam com 34,8% de sobrepeso e 16,6% de obesidade, em contraposição às meninas, que apresentam 32% de sobrepeso e 11,8% de obesidade⁹.

Estes dados sinalizam que a questão da desnutrição se complexificou no país, devendo ser agora combatida também levando-se em conta estes problemas. Assim, tem-se que no Brasil, além dos índices de desnutrição e fome, agregaram-se às preocupações públicas com saúde infantil índices graves de obesidade e doenças relacionadas, como as cardiovasculares e outras, tal qual a Diabetes Mellitus Tipo II¹⁰. Ou seja, não se trata mais apenas de combater a fome, mas de também enfrentar a má-nutrição, sinalizando a transição alimentar pela qual vem passando o país.

Mas qual a relação destes dados com publicidade de alimentos dirigida a crianças?

Ora, cultivando uma média diária de cerca de cinco horas de exposição a conteúdos televisivos¹¹ – em contrapartida ao tempo médio de permanência nas escolas, que é de três horas e 15 minutos¹² –, as crianças brasileiras são marcadamente influenciadas pela publicidade que permeia o assunto. Segundo levantamento realizado pelo Projeto Criança e Consumo, em dez horas de programação televisiva foram constatadas cerca de mil inserções publicitárias, anunciando mais de 300 produtos diferentes. Paralelamente, as crianças não estão apenas expostas à publicidade veiculada em mídia televisiva. Antes, a comunicação mercadológica se espalha por todas as formas de mídia e invade cada vez mais os espaços privados, impulsionando a excessiva mercantilização das relações pessoais.

Sabe-se que a publicidade e o desenvolvimento de promoções de alimentos ultraprocessados ou de *fast-food* aliadas à distribuição de supostos “brindes” aos pequenos é fator que interfere sobremaneira no consumo alimentar e na formação de hábitos alimentares. De acordo com a pesquisa realizada pelo Datafolha em janeiro de 2010¹³, guloseimas sem valor nutricional são os produtos mais desejados pelos pequenos, sendo que bolachas, refrigerantes e salgadinhos são os alimentos mais consumidos pelas crianças. Além disso, 85% dos pais afirmam que as peças publicitárias influenciam na escolha dos filhos.

Pesquisa realizada com crianças pelo canal de televisão especializado em programação infantil Cartoon Network¹⁴, dentre várias outras constatações, concluiu que “o mais fácil de pedir... e conseguir” (pelas crianças) é

Hábitos alimentares
formados na infância
são reiterados
por toda a vida,
sendo muito difícil
modificá-los

justamente o produto alimentício. De fato, com 56% de respostas, comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem ‘conseguidos’ pelas crianças quando pedem aos adultos. No mesmo sentido, estudo realizado pelo canal de televisão especializado em programação infantil Nickelodeon⁵ apresenta semelhante resultado, colocando os alimentos infantis, balas e doces, alimentos em geral e *fast-foods* como alguns dos

produtos a respeito dos quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo inclusive as respectivas marcas.

Considerando-se que 96,7% da publicidade de alimentos veiculada na TV brasileira são de alimentos não saudáveis⁶, há uma clara ligação entre o que é anunciado, os alimentos que são desejados pelas crianças e os novos desafios que se colocam no plano da segurança alimentar e nutricional de crianças e adolescentes.

Hábitos alimentares formados na infância são reiterados por toda a vida, sendo muito difícil modificá-los. Daí porque não surpreende que diversas empresas venham buscando cada vez mais cedo conquistar consumidores, não apenas de alimentos⁷. Anunciar para a criança é atrativo na medida em que com uma única ação de marketing atingem-se ao menos três mercados: o infantil, porque as crianças adquirem produtos com o que recebem a título de mesada; o dos pais ou cuidadores, na medida em que os pequenos insistem para que eles comprem certos produtos, de determinadas marcas; e o mercado futuro, constituído pelos indivíduos que as crianças serão quando adultas.

Neste cenário, é imprescindível e urgente viabilizar a efetiva regulação

da publicidade de alimentos ultraprocessados dirigida a crianças, como uma das ações-chave para a reversão da atual epidemia de obesidade, sobrepeso e outros transtornos alimentares que assolam o país.

III. A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL E DE ALIMENTOS NO BRASIL

O debate acerca da regulação da publicidade infantil e da regulamentação da publicidade de alimentos tem ganhado corpo e lastro no cenário brasileiro. Há atualmente diversos projetos de lei que debatem a questão, sendo que alguns tratam especificamente da questão da publicidade de alimentos e da promoção de uma alimentação saudável, o que demonstra grande preocupação com o atual cenário brasileiro¹⁸.

Embora não haja consenso sobre a matéria – seja sobre a necessidade de se regular publicidade de alimentos ou publicidade infantil, seja sobre a interpretação da legislação em vigor a respeito –, diversos juristas já vêm se pronunciando no sentido de explicitar que direcionar publicidade ao público infantil não é apenas antiético como também ilegal.

Na esteira do que ensina Vidal Serrano, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil fere o ordenamento em vigor:

“Assim, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil parece inelutavelmente maculada de ilegalidade, quando menos por violação de tal ditame legal.

(...)

Posto o caráter persuasivo da publicidade, a depender do estágio de desenvolvimento da criança, a impossibilidade de captar eventuais conteúdos informativos, quer nos parecer que a publicidade comercial dirigida ao público infantil esteja, ainda uma vez, fadada ao juízo de ilegalidade.

Com efeito, se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal.”¹⁹ (grifos inseridos)

A Constituição Federal prevê que o Brasil deve buscar a plena realização dos direitos humanos de todos, aí incluso o direito a uma alimentação saudável

e suficiente (artigo 6º). A Magna Carta (artigo 227), o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º e outros) e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança determinam que a proteção da infância – e a garantia de seus direitos fundamentais – é prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado, assegurando que as crianças fiquem a salvo de todas as formas de violência e exploração – inclusive econômica.

O artigo 227 da Constituição Federal inaugura a proteção integral a todas as crianças e adolescentes, assegurando-lhes absoluta prioridade na garantia de seus direitos fundamentais, como direito à vida, à saúde, à liberdade, à educação, à convivência familiar e comunitária, dentre outros. Dando contornos e viabilizando a implementação deste dispositivo constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 17 a determinação da obrigatoriedade de respeito à integridade física, psíquica e moral das crianças e adolescentes. No mesmo sentido, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente impõe que a criança e o adolescente: “têm direito à proteção à vida e à *saúde*, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, por sua vez:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à *saúde*, à *alimentação*, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à *liberdade* e à convivência familiar e comunitária.” (grifos inseridos)

No mesmo sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças¹⁰, que tem força de lei no Brasil, estatui os direitos fundamentais de todas as crianças a um desenvolvimento saudável e equilibrado, longe de opressões e violências:

“Art. 3º

1. *Todas as ações relativas às crianças*, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.*

2. *Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem estar*, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela

perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. *Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos* pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.” (itálico inserido)

Note-se, portanto, que as campanhas publicitárias de alimentos ultraprocessados baseadas em falsos *claims* nutricionais e desenvolvidas a partir do uso abusivo de ferramentas lúdicas – como animações, crianças-modelos, personagens licenciados caros ao universo infantil etc. –, disponibilizadas em diversos suportes de mídia (TV, internet, revistas em quadrinhos, spots de rádio...), consubstanciam-se em verdadeira ameaça ao direito fundamental de crianças a uma alimentação saudável, equilibrada e conseqüentemente à saúde e segurança. Ao induzirem os pequenos a desejarem e a consumirem de forma habitual e desmedida altas quantidades de alimentos ricos em sal, gordura e açúcar e pouco nutritivos – seja por meio de campanhas publicitárias ou promoções, que aliam alimentos e brinquedos –, o marketing infantil contribui para engordar a lista de transtornos alimentares que acomete a população infantil brasileira, colocando em risco seu saudável desenvolvimento e ferindo a garantia de proteção integral.

Vale lembrar que as crianças estão em processo de desenvolvimento biopsicológico e têm maiores dificuldades cognitivas em compreender a complexidade das mensagens mercadológicas. É importante explicitar que muitas vezes as estratégias de comunicação mercadológica não são sequer percebidas pelas crianças. Elas não se dão conta de que ao serem expostas a conteúdos publicitários estão também consumindo ideias e valores, incorporando-os e reproduzindo-os como padrões sociais. Além disso, diversas pesquisas e estudos (realizados não apenas no Brasil) apontam que as crianças, assim consideradas as pessoas de até doze anos de idade de acordo com a legislação vigente²¹, não têm condição de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas, nem, tampouco, compreender seu caráter persuasivo²².

No plano internacional, tem-se que o 13º artigo da mencionada Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança determina que “a criança terá direito à liberdade de expressão”, incluindo o da liberdade de procurar e receber informações. No entanto, também prevê, visando proteger a criança, que “o exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições”.

Em relação ao exercício do direito de liberdade (artigo 13 da referida convenção), é importante notar que, em consonância com esta disposição, as crianças devem ter a faculdade de escolher de maneira livre e consciente. A escolha inclui compreensão das diversas informações que chegam à criança e opção por um caminho ou outro. Ora, a escolha é bastante difícil – senão inviável – quando a criança se encontra perante uma publicidade e/ou comunicação mercadológica a ela dirigida. No mais das vezes, a criança é intensamente influenciada pela publicidade e sua capacidade de autodeterminação se reduz. Assim, facilmente é induzida a solicitar a seus pais o produto que viu anunciado nos mais diferentes meios de comunicação.

Por isso é que a publicidade em geral, ao se aproveitar da ingenuidade das crianças e da facilidade com que são influenciadas, está, em verdade, impondo-lhes a necessidade de possuir determinados produtos. Nota-se, portanto, clara ofensa à liberdade de escolha das crianças. Vale dizer, as crianças ficam impossibilitadas de exercer seu poder de autodeterminação na medida em que suas escolhas e pedidos aos pais não são originados de necessidades ou desejos próprios, mas de imposições do mercado e da mídia. Com isso, a esfera de liberdade de escolha das crianças é praticamente desconsiderada, ofendendo frontalmente o seu princípio da proteção integral e a sua condição de sujeito de direitos.

Ainda com relação aos meios de comunicação, a convenção garante, em seu artigo 17º, que os Estados devem zelar pelo “bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental” e que, para isso, “promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar”, regra que é claramente violada mediante a inserção de mensagens comerciais abusivas às crianças, como é o caso das mensagens publicitárias.

Inobstante tais normas, é forçoso reconhecer que nem o Estatuto da Criança e do Adolescente nem a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança abordam a temática específica da publicidade dirigida a crianças. Na legislação interna, por competência delegada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, a proteção do consumidor é regulada

pelo Código de Defesa do Consumidor, consolidado na Lei 8.078/90.

O Código de Defesa do Consumidor, no tocante ao público infantil, determina, no seu artigo 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal. Percebe-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor se coaduna e se harmoniza com a legislação (nacional e internacional) de proteção à infância, que garante a proteção da liberdade e da autodeterminação da criança.

Ao tratar do tema e especialmente do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, a edição nº 115, de outubro 2007, da Revista do IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor é contundente:

“O Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) deixa claro que é proibida toda publicidade enganosa que (...) se aproveite da *deficiência de julgamento e experiência da criança*. Antes dos 10 anos, poucas conseguem entender que a publicidade não faz parte do programa televisivo e tem como objetivo convencer o telespectador a consumir. Dessa forma, *comerciais destinados a esse público são naturalmente abusivos e deveriam ser proibidos de fato*.” (itálicos inseridos)

Aliás, o abuso da deficiência de julgamento e de inexperiência da criança, que resulta na limitação de sua liberdade de escolha, é o grande problema da publicidade voltada ao público infantil no país. Vale dizer, é o que a torna intrinsecamente carregada de abusividade e ilegalidade. Nesta esteira, toda e qualquer estratégia de marketing dirigida a crianças é abusiva, nos termos do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, lembrando que assim o será aquela que, nas palavras de Paulo Jorge Scartezini Guimarães¹¹, “ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa”.

Importa também lembrar que um dos princípios fundamentais que regem a publicidade no país é o “princípio da identificação da mensagem publicitária”, por meio do qual, nos termos do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”.

Ora, se a criança – conforme já apontado acima – não é capaz de captar e processar as sutilezas presentes nas estratégias de marketing como forma de indução ao consumo, nem tampouco se posicionar frente à publicidade ou qualquer forma de comunicação mercadológica, resta claro que esse tipo de ação, ao se dirigir ao público infantil, é ilegal e abusivo, ofendendo, por conseguinte, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Normas Internacionais de Proteção à Infância.

Neste cenário, o marketing que se dirige ao público infantil, de uma forma geral, não é ético, pois, por suas inerentes características, vale-se de subterfúgios e técnicas de convencimento perante um ser que é mais vulnerável – e mesmo presumidamente hipossuficiente –, no contexto das relações de consumo.

Adicionalmente, a norma consumerista tem como princípio basilar desta atividade que sua apresentação seja plena e imediatamente reconhecida como tal pelo receptor, sob pena de se configurar como abusiva e, portanto, ilegal. Trata-se do princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Vale lembrar que as mensagens comerciais, em geral, utilizam-se de métodos de convencimento para impulsionar a compra dos produtos bastante desleais: abusam de imperativos de consumo e de instrumentos lúdicos, como animações, presentes nos comerciais televisivos, nos sites na internet e outros; de crianças como modelos e cenário fantasioso; oferta de brinquedos e outros itens extremamente desejados pelas crianças atrelados à compra de produtos (em especial alimentícios) etc.

É fundamental que a escola garanta uma alimentação salutar e estimule a adoção de hábitos alimentares adequados

Ora, se os pequenos não conseguem discernir publicidade de conteúdo televisivo e nem mesmo o seu caráter eminentemente venal, resta claro que a publicidade dirigida às crianças padece de patente ilegalidade, devendo ser prontamente reprimida pelos órgãos competentes. Esta situação se agrava à medida que as mensagens publicitárias em geral transmitem valores distorcidos, estereótipos de gênero e padrões de beleza rigidamente estabelecidos e incentivam a adoção de hábitos alimentares pouco saudáveis, contribuindo para o desencadeamento ou agravamento da erotização precoce, da obesidade infantil e de outros transtornos alimentares e doenças associadas, delinquência juvenil, estresse familiar, consumismo, entre outros²⁴.

No campo da regulação da publicidade de alimentos e promoção de alimentação saudável há pelo menos três marcos importantes. A Lei 11.947/09 aporta ao ordenamento jurídico brasileiro diretrizes para a oferta de alimentação escolar:

“Art. 2º São diretrizes da alimentação escolar:

(...)

II – a *inclusão da educação alimentar_e* nutricional no processo de ensino

e aprendizagem, que perpassa pelo currículo escolar, abordando o tema alimentação e nutrição e o *desenvolvimento de práticas saudáveis de vida*, na perspectiva da segurança alimentar e nutricional;

(...)

V – o *apoio ao desenvolvimento sustentável*, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, *produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar* e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos”.

Embora a preocupação central desta normativa seja estimular e garantir a oferta de uma alimentação escolar equilibrada e saudável, é interessante notar como há menção explícita à preferência para a aquisição de alimentos de forma sustentável, mediante o incentivo ao fortalecimento de economias locais. É fundamental que a escola, como ambiente central da socialização, garanta uma alimentação salutar e, mais que isso, estimule a adoção de hábitos alimentares adequados.

Outro importante parâmetro normativo nesta seara é a resolução 408 do Conselho Nacional de Saúde. Os itens 8 e 9 abordam especificamente a problemática da publicidade de alimentos direcionadas ao público infantil:

“8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada;

9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros”.

Tendo em vista o contexto de saúde pública brasileira e de segurança alimentar e nutricional, bem como em atenção a diretrizes como estas e a outras, inclusive internacionais²⁵ – em maio de 2010 a Organização Mundial da Saúde orientou a todos os países membros que buscassem regulamentar a publicidade de alimentos ultraprocessados dirigidos a crianças²⁶ – é que a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) vem debatendo, desde 2006, uma regulamentação da publicidade de alimentos ricos em sal, gordura e açúcar, mas pobres nutricionalmente.

Fruto deste amplo processo de discussão na sociedade, em 2010 a Anvisa

publicou a resolução RDC nº 24, a qual constitui um importante marco no combate aos graves problemas de saúde pública decorrentes da adoção de hábitos alimentares inadequados.

A normativa publicada pela Anvisa²⁷ estabelece que a publicidade de alimentos com altos índices de sal, gordura e açúcares e as bebidas de baixo valor nutricional deve vir acompanhada de mensagens informativas sobre os riscos implicados no consumo excessivo e habitual desses produtos. Embora seja uma iniciativa fundamental do governo brasileiro, é preciso observar que, inobstante as massivas contribuições da sociedade civil, o documento final publicado não contemplou uma efetiva proteção à infância. Ou seja, determinou apenas que as mensagens publicitárias dirigidas a crianças devem conter as mesmas advertências daquelas direcionadas aos adultos, enquanto que o texto originalmente posto em consulta pública restringia efetivamente o direcionamento dessas publicidades a crianças, bem como regulamentava promoções como aquelas que distribuem brinquedos conjugados com alimentos (em especial lanches de *fast-food*).

Espera-se, no momento, que a Agência aprofunde a discussão sobre o tema e prepare nova resolução, ampliando a proteção à infância e assegurando, de fato, a observância dos dispositivos constitucionais e legais respectivos. No entanto, embora a RDC 24 esteja já em vigor (a norma foi publicada no Diário Oficial e o prazo de *vacatio legis* já foi cumprido), não se pode aplicá-la aos associados da ABIA (Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias) que representam mais da metade das empresas do setor alimentício, em razão de uma decisão liminar proferida pela justiça federal. Na ação proposta pela ABIA, que deu ensejo à liminar, contestou-se a competência da Anvisa para regulamentar a publicidade de alimentos, ainda que com altos índices de sal, gordura e açúcares. Com isso, na prática, a resolução possui atualmente eficácia muito reduzida.

Enquanto não há ainda um posicionamento definitivo do judiciário brasileiro sobre a questão, há que se utilizar da normativa mais genérica já atualmente em vigor e contar com o cumprimento de iniciativas de autorregulamentação propostas pelo setor regulado.

Embora a autorregulamentação possa eventualmente ser interessante na proteção de crianças face à publicidade, é fundamental observar que, sem que haja uma efetiva fiscalização do poder público acerca do cumprimento destas iniciativas – a exemplo do que ocorre em outros países como na Inglaterra –, elas tendem a restar insuficientes.

Em 25 de agosto de 2009, a título do que já vinham realizando em

outras regiões do mundo – Europa, Estados Unidos da América e Austrália –, 24 grandes empresas multinacionais do setor alimentício firmaram, perante a ABA (Associação Brasileira de Anunciantes) e a ABIA (Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias), um compromisso público pelo qual iriam limitar o direcionamento da publicidade dirigida a crianças. Estas empresas deveriam, até o final de 2009, detalhar a forma pela qual iriam implementar estes compromissos, inclusive descrevendo critérios nutricionais a balizar as suas respectivas políticas de marketing infantil.

Caberá ao poder público a imediata repressão da difusão de apelos materialistas e consumistas aos pequenos

De acordo com levantamento feito pelo Projeto Criança e Consumo em dezembro de 2010, das 24 empresas signatárias deste Compromisso Público, apenas 12 disponibilizaram seus compromissos individuais (ou *pledges*) em seus sites na internet e somente oito delas apresentavam a descrição dos critérios nutricionais para orientar as políticas de comunicação mercadológica dirigida às crianças. Ressalte-se que inexistente um órgão capaz de forçar a observância desses compromissos pelas empresas, tampouco de exigir-lhes que cumpram o anunciado, além do próprio controle empresarial²⁸. Por isto e outros fatores é que essas iniciativas mostram-se frágeis enquanto compromissos voluntários do setor. Ademais, há um grave problema de homogeneização das práticas de mercado, já que somente aquelas empresas que aderirem ao compromisso têm a obrigação de respeitá-lo e porque cada empresa adota um critério nutricional próprio e diferenciado.

Nesse sentido, é preciso contar com a ampliação do debate público e uma efetiva postura crítica da sociedade em relação a essas empresas e seus produtos, ao menos enquanto uma normativa estatal não vier, de fato, a regulamentar a matéria consistentemente.

Por fim, ainda no âmbito da autorregulamentação há o Código de Ética do Conar, que, ainda que não seja uma regulamentação legal, possui força enquanto iniciativa do próprio setor regulado, e reprime o direcionamento de mensagens publicitárias às crianças. Segundo o seu artigo 37:

“Artigo 37. 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 à criança.

1. Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança

e às boas-maneiras e, ainda, *abster-se de*:

(...)

f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar *apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo*, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

2. *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;

b) *respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência* e o sentimento de lealdade do público-alvo;

c) dar *atenção especial* às características psicológicas do público-alvo, presumida *sua menor capacidade de discernimento*;

d) obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo”. (grifos inseridos)

Também o item 2 do anexo H do referido código, no tocante a alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas, não deixa dúvidas sobre a não aceitação dessa prática para a venda de alimentos:

“2. *Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo*, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.” (grifos inseridos)

Interessante é notar como inclusive integrantes do Conar já se manifestaram diversas vezes em concordância com a necessidade de se proteger os pequenos dos abusos publicitários²⁹, ainda que na prática a atuação do órgão se mostre ineficiente na proteção das crianças face à publicidade – exemplo claro disso é a publicidade relativa aos lanches de fast-food da rede McDonald’s que vinham acompanhados de brinquedos com motivos da animação infantil “Rio” que foi amplamente divulgada, inclusive antes da exibição do filme, em diversas salas de cinema. O Projeto Criança e Consumo denunciou esta ação de marketing ao Conar, mas a promoção se encerrou antes mesmo que o órgão pudesse julgar em sede definitiva o caso. Importa lembrar que a empresa é uma das signatárias dos compromissos de autorregulamentação do setor empresário que buscam limitar o direcionamento de publicidade a crianças¹².

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante este cenário, de crescente aumento de obesidade e sobrepeso em crianças e adolescentes, disseminação de hábitos alimentares pouco saudáveis, difusão do materialismo excessivo e de padrões de consumo insustentáveis do ponto de vista ético e ambiental, é que se mostra fundamental que cada ator social cumpra de fato com os mandamentos constitucionais relativos à plena observância da proteção integral.

É dizer: a cumprir com a dicção do artigo 227 da Magna Carta, é preciso que todos os atores sociais – família, sociedade e Estado – atuem conjuntamente, em uma verdadeira rede de proteção, de maneira a impedir a inserção antecipada das crianças no universo adulto (por meio do estímulo ao consumo excessivo), sob pena de se promover a extinção desta importante fase da vida que é a infância.

Enquanto caberá aos pais o cuidado imediato com seus filhos, garantindo subsistência, carinho, moradia, convivência familiar e comunitária, acesso à educação, espaço para brincadeiras, dentre outros, caberá ao poder público a imediata repressão da difusão de apelos materialistas e consumistas aos pequenos – seja por meio da imposição de multas pelos órgãos de defesa do consumidor ou judiciário; seja por meio de uma mais precisa e completa regulamentação da matéria pelo legislativo e, por fim, uma verdadeira mudança de postura por parte do setor empresarial. Enquanto integrantes da sociedade, as empresas são igualmente responsáveis pela garantia dos direitos de crianças e adolescentes. Ou seja, devem abster-se de certas condutas de maneira a não violar direitos infanto-juvenis e, neste contexto, é que deverão não mais dirigir publicidade aos pequenos, respeitando seu processo de desenvolvimento biopsicológico.

A sociedade já vem demonstrando claros sinais no sentido de que não aceita mais certos abusos publicitários em relação às crianças. Enquanto 56% dos pais brasileiros se mostram contrários à possibilidade de as empresas realizarem ações de marketing nas escolas, 79% entendem que os comerciais de *fast-food* e de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças prejudicam o hábito alimentar de seus filhos e 76% acreditam que esses comerciais dificultam seus esforços para educar os filhos a se alimentarem de forma saudável. Em atenção a esta insatisfação, já há manifestações organizadas da sociedade civil. O manifesto *Publicidade Infantil Não* já conta, atualmente, com a adesão de mais de 14 mil pessoas físicas e 151 instituições da sociedade

civil³¹. No campo da alimentação, a Frente pela Regulação da Publicidade de Alimentos³², lançada em dezembro de 2007, tem o apoio de mais de 40 entidades da sociedade civil, em particular de defesa do consumidor e de garantia da segurança alimentar e nutricional. Uma de suas bandeiras centrais é justamente a da regulação da publicidade de alimentos ultraprocessados para crianças.

Assim sendo, não basta apenas uma mudança no conteúdo de mensagens publicitárias veiculadas pelo setor empresarial, mas é necessário que não seja mais dirigida à infância nenhuma forma de comunicação mercadológica.

NOTAS

¹Tamara Amoroso Gonçalves – advogada do Projeto Criança e Consumo, do Instituto Alana. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo.

²O termo ‘comunicação mercadológica’ compreende toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou do meio utilizado. Além de anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio e *banners* na internet, podem ser citados, como exemplos: embalagens, promoções, *merchandising*, disposição de produtos nos pontos de vendas, etc.

³“Produto obtido de processamento de um ou mais tipos de alimentos, adicionado ou não de outras substâncias permitidas, por meio de processos tecnológicos adequados” (AQUINO e PHILIPP apud DOMENE, 2007, p. 89).

⁴MONTEIRO, Carlos Augusto; CASTRO, Inês Rugani Ribeiro. Porque é necessário regulamentar a publicidade de alimentos. In: *Revista Ciência e Cultura*. vol. 61, nº 4, 2009. p. 56-59; p. 57. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v61n4/20.pdf>. Acesso em: 3.9.2010

⁵MONTEIRO, Carlos Augusto; CASTRO, Inês Rugani Ribeiro. Porque é necessário regulamentar a publicidade de alimentos. In: *Revista Ciência e Cultura*. vol. 61, nº 4, 2009. p. 56-59; p. 58. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v61n4/20.pdf>. Acesso em: 3.9.2010.

⁶CONSUMERS INTERNATIONAL. Recommendations for an International Code on Marketing of Foods and Non-Alcoholic Beverages to Children. Londres: Consumers International, IASO/IATEF, março de 2008. Disponível em http://junkfoodgenetarian.org/documents/marketing_code.pdf. Acesso em: 3.9.2010.

⁷ OLIVEIRA, C. L.; FISBERG, M. Obesidade na infância e adolescência: uma verdadeira epidemia. In: Arq. Bras. Endocrinol Metab. Vol. 47, nº 2, abril 2003. pp. 107-108. Disponível em: http://www.alana.org.br/banco_arquivos/docs/biblioteca/artigos/Ob%20infancia%20%20e%20adolescencia%20epidem.pdf. Acesso em: 3.9.2010.

⁸FERNANDES, Ana Elisa Ribeiro. Avaliação da imagem corporal, hábitos de vida e alimentares em crianças e adolescentes de escolas públicas e particulares de Belo Horizonte. Dissertação de

mestrado. Orientador: Joel Alves Lamounier. Belo Horizonte: Universidades de Minas Gerais, 2007, p. 80.

⁹ “Excesso de peso foi diagnosticado em cerca de um terço dos meninos e meninas, excedendo, assim, em mais de oito vezes a frequência de déficit de peso. Quadros de obesidade corresponderam a cerca de um terço do total de casos de excesso de peso no sexo feminino e a quase metade no sexo masculino.” Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF/2008-2009. Antropometria e Estado Nutricional de Crianças, Adolescentes e Adultos no Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro, 2010, p. 49.

¹⁰ VALENTE, Flávio Luiz Schiecki. Direito à Alimentação. In: Extrema pobreza no Brasil: a situação do direito à alimentação e moradia adequada. São Paulo: Loyola, 2002. Disponível em: http://gajop.org.br/portugues/alim_p.htm. Acesso em 8.9.2008.

¹¹ 5h04m43s. É o tempo médio diário que a criança brasileira assiste TV. Fonte: Painel Nacional de Televisores (IBOPE/2010), para crianças entre 4 e 11 anos, classe ABC.

¹² 0 a 17 anos. Fonte: FGV – Centro de Políticas Sociais, TEP – Tempo de Permanência na Escola / População brasileira em 2006. <http://www3.fgv.br/ibrecps/rede/tpc>. Acesso em 23.5.2011.

¹³ Consumismo na Infância. Pesquisa Data Folha, janeiro de 2010. Disponível para consulta em: http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf. Acesso em 20.2.2011.

¹⁴ Kids Experts – Pesquisa Cartoon Network – Turner do Brasil. Disponível para consulta em: <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca.aspx?v=6&pes=17> Acesso em 20.2.2011.

¹⁵ Nickelodeon Business Solution Research. Ano: 2007. Disponível para consulta em: http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Nickelodeon.ppt Acesso em 20.2.2011.

¹⁶ Monteiro, Recine e Coutinho, 2008. Disponível para consulta em: <http://regulacaoalimentos.blogspot.com/search?updated-max=2011-03-03T16%3A35%3A00-03%3A00&max-results=5>. Acesso em 23.05.2011.

¹⁷ “Mas espere um minuto. Esses produtos não são, na verdade, vendidos aos pais? Bem, sim – e não. Os bebês certamente não podem pedir marcas. Lembre-se, contudo, de que, de acordo com a indústria de pesquisa, os bebês pedem marcas assim que aprendem a falar. Isso sugere que as crianças podem desenvolver sentimentos positivos a respeito de logos e personagens licenciados antes de terem palavras para os produtos associados a elas. Como qualquer pai pode confirmar, mesmo antes de a criança possuir linguagem, um dedinho apontado, acompanhado de barulhos animados, é o suficiente para mostrar ‘quero isso’. Ao anunciarem roupas de cama, móveis e brinquedos de berço decorados com logos de marcas ou imagens de personagens licenciados, os profissionais de marketing fazem o que podem para assegurar que os bebês reconhecerão e pedirão produtos decorados de maneira semelhante, que vão desde cereais até bichinhos de pelúcia, à medida que suas habilidades verbais evoluírem.” LINN, Susan. Crianças do Consumo: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 69.

¹⁸ Para um acompanhamento dos Projetos de Lei atualmente em debate no Congresso sobre a

matéria, consultar: <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Legislacao.aspx?v=1&cid=2> Acesso em 20.5.2011.

¹⁹NUNES JR., V. S., *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Coordenação IVES GANDRA MARTINS, FRANCISCO REZEK. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEU-Centro de Extensão Universitária, 2008. p. 845.

²⁰ Disponível em: <http://www.unicef.org.br/>.

²¹De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

²²BJURSTROM, Erling. Children and television advertising., Report 1994/95:8. Swedish Consumer Agency. Suécia: 1994, p. 27-8.

²³In A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, volume 6, p. 136.

²⁴Para um estudo aprofundado sobre o tema, consultar: LINN, Susan, 2006.

²⁵Há também, no âmbito da ONU, um Comitê Permanente de Nutrição (Standing Committee on Nutrition), cuja finalidade primordial é “promover a cooperação entre as Agências da ONU e organizações parceiras com objetivo de oferecer suporte às comunidades nacional, regional e internacional em seus esforços para erradicar a má nutrição em todas as suas formas²⁵”. Este Comitê posicionou-se no sentido de que as indústrias do setor alimentício e de bebidas, assim como as do setor midiático e publicitário têm responsabilidades para com a infância, devendo promover o adequado acesso a alimentos e uma vida livre de obesidade e doenças relacionadas. Em declaração (SCN, Geneva, 2006) feita pelo Comitê, admitiu-se que a questão da obesidade na infância é complexa e resultado de múltiplos fatores, sendo que foi recomendado às Agências da ONU que elaborassem um código de ética relativo à publicidade dirigida a crianças. Dentre outros argumentos, foi apresentado o quanto segue: “*As agressivas práticas de marketing desenvolvidas por muitas empresas, particularmente aquelas que se dirigem a programas escolares para crianças e aquelas que atuam na distribuição de produtos, estão trabalhando diretamente contra o direito dos jovens a uma alimentação adequada, que contemple a saúde nutricional e o bem estar. É importante que estes atores corporativos reconheçam a sua responsabilidade conjunta, partilhada com atores governamentais e não estatais, para a realização do direito à alimentação adequada e o atendimento ao mais alto padrão de saúde de todos os indivíduos e particularmente dos mais jovens. As práticas corporativas não devem contribuir para estabelecer hábitos alimentares não saudáveis, de maneira a não aumentar os riscos de desenvolvimento de doenças e de uma reduzida qualidade de vida.*”

Um diálogo deve ser iniciado com as empresas do setor alimentício, bem como com as mídias relacionadas e as indústrias de marketing, com o objetivo de progressivamente diminuir a demanda e erradicar a promoção de alimentos e bebidas que contribuem para a formação de hábitos alimentares que podem levar a doenças na infância e na adolescência, bem como acenar com perspectivas de morte prematura e problemas de saúde que levem à incapacidade na fase adulta (...). (grifos inseridos)”.

²⁶Para acessar o documento da Organização Mundial de Saúde com diretrizes específicas sobre

a regulamentação da publicidade de alimentos ultraprocessados para crianças, consultar: <http://www.who.int/dietphysicalactivity/marketing-food-to-children/en/>. Acesso em 20.05.2011.

²⁷Para um histórico, com documentos relacionados à aprovação da RDC 24 da ANVISA, consultar: <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&cid=55>. Acesso em 28.8.2010.

²⁸Para mais informações sobre estes compromissos públicos, consultar: <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&cid=131> e <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&cid=74>. Acesso em 28.8.2010.

²⁹O presidente do CONAR, Sr. GILBERTO LEIFERT, também na audiência pública havida em 30.8.2007, pronunciou-se no sentido de que toda e qualquer publicidade que seja diretamente dirigida às crianças é abusiva, ilegal e deve ser coibida: “Assim, em 2006, o CONAR adotou uma nova auto-regulamentação em relação à publicidade infantil. *A novidade que veio a mudar a face da publicidade no Brasil, a partir de 2006, é que a publicidade não é mais dirigida, endereçada, a mensagem não é dirigida ao menor, à criança ou ao adolescente. Os produtos são destinados à criança e ao adolescente, mas a mensagem não pode ser a eles destinada. As mensagens dos anunciantes, fabricantes de produtos e serviços destinados à criança, deverão ser sempre endereçadas aos adultos e estarão submetidas às penas previstas no Código de Defesa do Consumidor*, que já impõe detenção e multa ao anunciante que cometer abusividade, e às regras éticas dispostas no Código de Autorregulamentação que eu mais minuciosamente me permitirei ler mais adiante.” Audiência Pública nº 1388/07, em 30/8/2007, ‘Debate sobre publicidade infantil’.

³⁰Para informações completas sobre o caso, acessar: <http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica.aspx?v=1&cid=209>. Acesso em 6.6.2011.

³¹Mais informações em: <http://www.publicidadeinfantilnao.org.br/>. Acesso em 6.6.2011.

³²Mais informações em <http://www.regulacaoalimentos.blogspot.com/>. Acesso em 6.6.2011.

PRODUCTOS MILAGRO: LAS PULSERAS DEL EQUILIBRIO Y SU PRETENDIDA FINALIDAD SANITARIA

M^A NIEVES PACHECO JIMÉNEZ¹
Doctora en Derecho Civil por la Universidad de
Castilla-La Mancha (UCLM)
Doctora en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca
Miembro del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)

RESUMEN

Entre la ingente cantidad de “productos milagro” que proliferan en nuestra sociedad de consumo, invocando una pretendida finalidad sanitaria sobre el organismo no demostrada por medios científicamente admitidos, se hallan las actualmente de moda “pulseras del equilibrio” – pulseras de caucho con un holograma incrustado –, que prometen efectos beneficiosos sobre nuestra resistencia, fuerza, elasticidad, equilibrio, energía y estado de ánimo. Si a ello le sumamos los testimonios de conocidos deportistas y famosos presentadores o colaboradores televisivos, obtenemos, más que una pulsera de moda, un fenómeno social. Pero un fenómeno social repleto de incumplimientos normativos: configuración de supuestos de *publicidad ilícita* (arts. 3 y 5 de la Ley General de Publicidad, redactados de conformidad a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios) y *publicidad desleal* (art. 23.3 de la Ley de Competencia Desleal, según la nueva redacción dada por la citada Ley 29/2009, de 30 de diciembre); *infracción de los requisitos de publicidad para todos aquellos productos, sustancias, energías, métodos, etc. con pretendida finalidad sanitaria* (apartados 6, 7, 12 y 16 del artículo 4 del RD 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria); e *incumplimiento de la preceptiva información en el etiquetado y presentación* induciendo a error al consumidor (arts. 18 y 49 TRLGDCU – RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias –).

ABSTRACT

Among the huge number of so-called “miracle products” that thrive in our consumer society, invoking and alleging health purpose on one’s body but not proved by means of scientific support, are those currently fashionable “balance bracelets” – rubber bracelets with a hologram embedded –, which promise beneficial effects on our endurance, strength, elasticity, energy and mood. If we add famous athletes and TV presenters’ testimonies, we get more than a fashion bracelet, that is, a social phenomenon. But a social phenomenon full of normative infringements: suspect of setting *illegal advertising* (Articles 3 and 5 of the Advertising Law, drafted in accordance with Law 29/2009, 30th December, which amends the Law of Unfair Competition and Advertising to improve consumers and users protection) and *misleading advertising* (Article 23.3 of the Unfair Competition Law, under the new wording provided by Law 29/2009, 30th December); *violation of advertising requirements for all those products, chemicals, methods, etc. with purported health purposes* (paragraphs 6, 7, 12 and 16 of Article 4 of Decree 1907/1996, on Advertising and Trade Promotion products, activities or services with claimed sanitary purpose) and *infringement of the mandatory information in the labelling and presentation*, misleading the consumer (Articles 18 and 49 TRLGDCU – Decree Legislative 1/2007, which approved the revised text of the General Law for Consumers and Users Protection and other complementary laws –).

1. INTRODUCCIÓN

La práctica del denominado “culto al cuerpo”, propia de la sociedad de consumo en la que vivimos, atraviesa todos los sectores y estratos sociales, fundamentada en discursos estéticos y de preocupación por la salud. Se trata de una manifestación exacerbada de lo aparente, de la belleza, de la imagen, vinculada estrechamente con la búsqueda personal de la autoestima.

La elección de la modalidad de “culto al cuerpo” es variada: cirugía estética, medicamentos, gimnasia, danza, consumo de productos con pretendida finalidad sanitaria, etc. Si bien, aquéllas que tienen serias implicaciones en nuestro propio organismo, poniendo en peligro nuestra salud, deben ser analizadas y puestas en práctica con exquisita precaución.

Pieza clave de esta particular moda es el papel que desempeñan los medios de comunicación (v. gr., anuncios televisivos mostrando cuerpos

esculturales, publicidad de sustancias adelgazantes sin esfuerzo, promoción de determinados productos por parte de presentadores y deportistas famosos, facilidades de venta vía Internet, etc.). A ello hay que añadir la importante influencia que el poder de sugestión de la mente y el efecto placebo que determinados productos, en una concreta situación personal, pueden tener sobre nosotros.

Estos “productos milagro”, además de conformar un fraude a los consumidores, en ocasiones pueden causar graves perjuicios para la salud

Todo lo dicho hasta ahora configura el adecuado “caldo de cultivo” de los llamados “productos milagro”, entendidos como todos aquellos objetos, sustancias, energías o métodos que invocan una pretendida finalidad sanitaria sobre el organismo (v. gr., propiedades adelgazantes, magnéticas, para el diagnóstico, prevención y tratamiento de enfermedades), no demostradas por medios científicamente admitidos, incumpliendo las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos, y evitando el control sanitario que se les debería aplicar por las propiedades atribuidas. Y entre estos “productos milagro” se hallan las actualmente de moda “pulseras del equilibrio” – pulseras de caucho con un holograma incrustado –, que prometen efectos beneficiosos sobre nuestra resistencia, fuerza, elasticidad, equilibrio, energía y estado de ánimo. Si a ello le sumamos los testimonios de conocidos deportistas y famosos presentadores o colaboradores televisivos, obtenemos, más que una pulsera de moda, un fenómeno social. Pero un fenómeno social repleto de incumplimientos normativos: configuración de supuestos de *publicidad ilícita* (arts. 3 y 5 de la Ley General de Publicidad, redactados de conformidad a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios) y *publicidad desleal* (art. 23.3 de la Ley de Competencia Desleal, según la nueva redacción dada por la citada Ley 29/2009, de 30 de diciembre); *infracción de los requisitos de publicidad para todos aquellos productos, sustancias, energías, métodos, etc. con pretendida finalidad sanitaria* (apartados 6, 7, 12 y 16 del artículo 4 del RD 1907/1996, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria); e *incumplimiento de la preceptiva información en el etiquetado y presentación* induciendo a error al consumidor (arts. 18 y 49 TRLGDCU –RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias—).

Llegados a este punto, es más que evidente la trascendencia de la información en este ámbito; información que los consumidores, en el efectivo ejercicio de sus derechos, deberían conocer y manejar, pudiendo así reclamar con garantías las citadas infracciones normativas.

2. LOS DENOMINADOS “PRODUCTOS MILAGRO”

2.1. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y CLASIFICACIÓN

Los “productos milagro” son todos aquellos objetos, sustancias, energías o métodos que alegan disponer de una pretendida finalidad sanitaria sobre el organismo (v. gr., propiedades adelgazantes, saciantes, magnéticas, para el diagnóstico, prevención, tratamiento de enfermedades²), no demostradas por medios científicamente válidos, incumpliendo las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos, y evitando el control sanitario que se les debería aplicar por las propiedades atribuidas.

Normalmente, cuando se va a comercializar alguno de estos “productos milagro”, la empresa suele buscar una vía legal sencilla para conseguir algún tipo de autorización, creando posteriormente una publicidad agresiva atribuyéndoles propiedades que nada tienen que ver con lo que originariamente presentó o comunicó a las autoridades sanitarias³.

Se caracterizan por:

1) Tratarse de productos, materiales, sustancias, energías o métodos que alegan disponer de una pretendida finalidad sanitaria y de utilidad para: a) el diagnóstico, la prevención o el tratamiento de enfermedades (sobre todo las de carácter crónico); b) modificar el estado físico y/o fisiológico; c) restaurar, corregir o modificar las funciones orgánicas.

2) Obedecer a modas de temporada.

3) Estar directamente relacionados con la sugestión de su usuario, que cree poder conseguir el efecto deseado sin esfuerzo alguno.

4) Ser su precio elevado, pues sin ello no serían tan creíbles sus capacidades, y su calidad muy baja, garantizando a sus distribuidores altos márgenes de beneficio.

5) Ser anunciados en canales populares, como la radio o Internet, donde pueden pasar más o menos desapercibidos a las autoridades sanitarias una larga temporada.

6) Gozar de promoción por parte de presentadores o deportistas famosos.

7) Recurrir al testimonio de pretendidos consumidores “sanados” gracias al producto en cuestión, con fotos del antes y el después.

8) Recurrir a técnicas promocionales que fomentan la inmediatez de su compra y consumo (v. gr., “si las pides es este momento, tendrás X descuento”).

9) No estar identificados correctamente sus fabricantes y promotores, dificultando el derecho a reclamar del consumidor.

10) En muchas ocasiones intentan introducirse en el mercado a través de las oficinas de farmacia, intentando ampararse en el prestigio de estos establecimientos sanitarios⁴.

Ante la dificultad de elaborar una clasificación exhaustiva de “productos milagro”, sobre todo por la ingente cantidad de propiedades atribuidas y la continua puesta en el mercado de métodos diversos, se propone la siguiente⁵:

a) Productos cuya composición no justifica las propiedades atribuidas.

b) Productos que en su composición incluyen algún compuesto que podría justificar sus propiedades, pero que no se ha presentado correctamente a la Administración o ésta no lo ha autorizado.

c) Productos de supuestas terapias de utilidad no demostrada.

En definitiva, estos “productos milagro”, además de conformar un fraude a los consumidores, en ocasiones pueden causar graves perjuicios para la salud de aquellos que, por atravesar un proceso crónico y confíen en las cualidades sanadoras de los citados productos, demoren su visita a los profesionales sanitarios.

2.2. NORMATIVA APLICABLE

Para fomentar en los “productos milagro” una correcta información, un adecuado etiquetado y una clara identificación del responsable, así como para evitar los potenciales perjuicios en la salud derivados de la confianza por el consumidor sobre los productos con pretendida finalidad sanitaria, nuestro ordenamiento jurídico contiene varias normas que regulan su publicidad y promoción comercial para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud.

2.2.1. ARTÍCULO 43 CE Y LEY GENERAL DE SANIDAD

El artículo 43 CE, configurado como un principio rector de la política social y económica, reconoce el derecho a la protección de la salud y dirige un mandato a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios.

La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril⁶) da respuesta al re-

querimiento constitucional aludido, reconociendo el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España (*vid.* art. 1). La meritada norma, en lo atinente a la publicidad, preceptúa que “*las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de*

El Real Decreto
1907/1996, de 2 de
agosto, establece prohi-
biciones y limitaciones
concretas de publicidad
o promoción con
finalidades presunta-
mente sanitarias

veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma” (*vid.* art. 27), así como que “*todos los centros y establecimientos sanitarios, así como las actividades de promoción y publicidad, estarán sometidos a la inspección y control por las Administraciones sanitarias competentes”* (*vid.* art. 30.1). Por último, en su art. 102.1 señala que “*la información y promoción de los medicamentos y los productos sanitarios dirigida a los profesionales se ajustará a las condiciones técnicas y científicas autorizadas del producto y cumplirá con las exigencias y controles previstos en el artículo 76 de la Ley 29/2006, de 26 de julio,*

de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios”.

2.2.2. Ley 24/1988, General de Publicidad (modificada por Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios)

La Ley 24/1988, de 11 de noviembre⁷, General de Publicidad, en sus artículos 3 y 5⁸, alude a la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas, calificándola como ilícita si infringe la normativa aplicable (art. 3.d.: Será publicidad ilícita “*la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”*).

Atendiendo a su artículo 2, se entiende por “publicidad” “*toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”* .

En el específico ámbito de la publicidad sobre materiales o productos sanitarios, aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, el apartado 1 del artículo 5 determina su regulación por normas especiales

o sometimiento a un régimen de autorización administrativa previa. El apartado 2 del referido artículo alude a los aspectos que deben especificar dichas normas especiales, a saber: a) *“La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos”*. b) *“La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios”*.

Su artículo 5º también establece prohibiciones, pero esta vez a los profesionales sanitarios y sus asociaciones o corporaciones

c) *“Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa”*. Por su parte, el apartado 4 preceptúa que *“los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen”*. Y, por último,

el apartado 6 establece que *“el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁹ y en la Ley General de Sanidad”*.

2.2.3. LEY 3/1991, DE COMPETENCIA DESLEAL (MODIFICADA POR LEY 29/2009, POR LA QUE SE MODIFICA EL RÉGIMEN LEGAL DE COMPETENCIA DESLEAL Y DE LA PUBLICIDAD PARA LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS)

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre¹⁰, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modifica los Capítulos III y IV de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero¹¹), dando nueva redacción, entre otros, a los artículos 23 y 32.

El artículo 23, que atiende a las prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, concretamente en su apartado 3, reputa desleal, por engañoso *“proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones”*. De ahí que la publicidad de los “productos milagro” que propugnan una finalidad sanadora sin esfuerzos, conforme un supuesto de publicidad ilícita.

El artículo 32, sobre acciones derivadas de la competencia desleal,

estima el ejercicio de las siguientes acciones contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita: a) declarativa de deslealtad; b) de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; c) de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica; d) de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; e) de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; f) de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; g) de enriquecimiento injusto, cuando la conducta desleal lesiones una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2.2.4. LEY 29/2006, DE GARANTÍAS Y USO RACIONAL DE LOS MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

La originaria Ley 25/1990, de 20 de diciembre¹², del Medicamento, según su propia Exposición de Motivos, “*pretendía dotar a la sociedad española de un instrumento institucional que le permitiera esperar confiadamente que los problemas relativos a los medicamentos fueran abordados por cuantos agentes sociales se vieran involucrados en su manejo (v. gr., industria farmacéutica, profesionales sanitarios, poderes públicos y los propios ciudadanos), en la perspectiva del perfeccionamiento de la atención a la salud*”.

La Ley 29/2006, de 26 de julio¹³, atendiendo a las necesidades actuales, persigue “*asegurar la calidad de la prestación en todo el Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado capaz de impulsar el uso racional de los medicamentos y en el que el objetivo central sea que todos los ciudadanos sigan teniendo acceso al medicamento que necesiten, cuando y donde lo necesiten, en condiciones de efectividad y seguridad*”. De ahí que sus dos pilares básicos, o “ideas-fuerza” como ella misma denomina, sean: “*la ampliación y reforzamiento de un sistema de garantías que gire en relación a la autorización del medicamento y la promoción del uso racional del mismo*”.

Esta última ley ha sido alterada por la ley 25/2009, de 22 de diciembre¹⁴, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En virtud de dicha modificación, el artículo 78, sobre garantías en la publicidad de medicamentos¹⁵, de la Ley 29/2006 pasa a tener una nueva redacción, señalando los requisitos que deben cumplirse para que la publicidad de un medicamento sea autorizada: a) Que resulte evidente el carácter publicitario del mensaje y quede claramente especificado que el producto es un medicamento. b) Que se incluya la denominación del medicamento en cuestión, así como la denominación

común cuando el medicamento contenga una única sustancia activa. c) Que se incluyan todas las informaciones indispensables para la utilización correcta del medicamento, así como una invitación expresa y claramente visible a leer detenidamente las instrucciones que figuren en el prospecto o en el embalaje externo, según el caso, y la recomendación de consultar al farmacéutico sobre su correcta utilización. d) No incluir expresiones que proporcionen seguridad de curación, ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo. e) No utilizar como argumento publicitario el hecho de haber obtenido autorización sanitaria en cualquier país o cualquier otra autorización, número de registro sanitario o certificación que corresponda expedir, ni los controles o análisis que compete ejecutar a las autoridades sanitarias con arreglo a lo dispuesto en esta Ley. f) Los mensajes publicitarios de los medicamentos que se emitan en soporte audiovisual deberán cumplir las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad establecidas en el Ordenamiento jurídico para la publicidad institucional.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley 29/2006 preceptúa que *“la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias o métodos a los que se atribuyan efectos beneficiosos sobre la salud se regulará reglamentariamente”*.

En síntesis, los denominados “productos milagro” no constituyen medicamentos. Es más, su filosofía entra en contradicción con lo dispuesto para aquéllos, en tanto en cuanto una de las prohibiciones del antedicho artículo 78 versa sobre la utilización de expresiones que suministren seguridad de curación, de evidencias acerca de sus virtudes y de testimonios de personas famosas; práctica habitual en la publicidad de los “productos milagro”. Atendiendo al citado artículo 79, su publicidad y promoción vendrá regulada reglamentariamente, concretamente por el RD 1907/1996, de 2 de agosto¹⁶.

2.2.5. RD 1907/1996, SOBRE PUBLICIDAD Y PROMOCIÓN COMERCIAL DE PRODUCTOS, ACTIVIDADES O SERVICIOS CON PRETENDIDA FINALIDAD SANITARIA

El Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto¹⁷, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, adopta medidas sanitarias básicas y generales para la protección y defensa de la salud, establece prohibiciones y limitaciones concretas de publicidad o promoción con finalidades presuntamente sanitarias y posibilita la intervención de las autoridades sanitarias para restablecer una correcta información, impedir actividades publicitarias que constituyan riesgo para la salud y promover acciones de cesación o rectificación.

Los productos, materiales, sustancias, energías, métodos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, esto es, aquéllos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, modificación del estado físico y psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas, etc., sin que se ajusten a las normas especiales sanitarias (v. gr., normas sobre ensayos clínicos, productos en fase de investigación clínica, medicamentos, especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, preparados oficinales, cosméticos, productos sanitarios, productos para regímenes dietéticos, etc.), ni tampoco cumplan las exigencias de veracidad, claridad e información sobre su contenido, composición, naturaleza o efectos, supondrán, en algunos casos, un presunto fraude para los consumidores y usuarios. A

En los denominados “productos milagro” es patente esta atribución de propiedades benéficas o curativas, científicamente indemostrables

ello hay que añadir la utilización de mensajes, imágenes o referencias con apariencia sanitaria, médica, farmacéutica, terapéutica o preventiva, que no se corresponden con la realidad ni con una previa comprobación técnica o científica de carácter sanitario, constituyendo un supuesto de información defectuosa y/o de publicidad ilícita, e incluso ocasionando daños efectivos a las personas en su salud.

Pues bien, para evitar estos potenciales prejuicios, el RD 1907/1996 adopta medidas sanitarias básicas y generales para la protección y defensa de la salud, estableciendo, además, una serie de prohibiciones y limitaciones concretas de publicidad o promoción con finalidades presuntamente sanitarias. Por último, posibilita que las autoridades sanitarias intervengan para restablecer la correcta información sanitaria con el objeto de impedir actividades de publicidad o promoción que constituyan riesgo para la salud y de fomentar las acciones de cesación o rectificación que resulten procedentes.

Su artículo 1º preceptúa que “*las Autoridades sanitarias y demás órganos competentes en cada caso, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley General de Sanidad, las disposiciones especiales aplicables en cada caso y lo establecido en este Real Decreto, controlarán la publicidad y promoción comercial de los productos, materiales, sustancias, energías o métodos que se anuncian o presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del Estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas*

finalidades sanitarias, para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma". Con ello se instaura un control sanitario de publicidad para todos aquellos productos, sustancias, métodos, etc. con pretendida finalidad sanitaria.

En relación con el citado control sanitario de la publicidad, su artículo 4º establece una serie de prohibiciones y limitaciones de ésta cuando tenga por objeto promocionar una pretendida finalidad sanitaria. Así, *"queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada, de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria en los siguientes casos:*

1. *Que se destinen a la prevención, tratamiento o curación de enfermedades transmisibles, cáncer y otras enfermedades tumorales, insomnio, diabetes y otras enfermedades del metabolismo.*

2. *Que sugieran propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad.*

3. *Que pretendan una utilidad terapéutica para una o más enfermedades, sin ajustarse a los requisitos y exigencias previstos en la Ley del Medicamento y disposiciones que la desarrollan.*

4. *Que proporcionen seguridades de alivio o curación cierta.*

5. *Que utilicen como respaldo cualquier clase de autorizaciones, homologaciones o controles de autoridades sanitarias de cualquier país.*

6. *Que hagan referencia a su uso en centros sanitarios o a su distribución a través de oficinas de farmacia.*

7. *Que pretendan aportar testimonios de profesionales sanitarios, de personas famosas o conocidas por el público o de pacientes reales o supuestos, como medio de inducción al consumo.*

8. *Que pretendan sustituir el régimen de alimentación o nutrición comunes, especialmente en los casos de maternidad, lactancia, infancia o tercera edad.*

9. *Que atribuyan a determinadas formas, presentaciones o marcas de productos alimenticios de consumo ordinario, concretas y específicas propiedades preventivas, terapéuticas o curativas.*

10. *Que atribuyan a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial.*

11. *Que atribuyan a los productos cosméticos propiedades distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial.*

12. *Que sugieran o indiquen que su uso o consumo potencian el rendimiento físico, psíquico, deportivo o sexual.*

13. *Que utilicen el término natural como característica vinculada a*

pretendidos efectos preventivos o terapéuticos.

14. *Que atribuyan carácter superfluo o pretenda sustituir la utilidad de los medicamentos o productos sanitarios legalmente reconocidos.*

15. *Que atribuyan carácter superfluo o pretendan sustituir la consulta o la intervención de los profesionales sanitarios.*

16. *Y, en general, que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado¹⁸.*

Su artículo 5º también establece prohibiciones, pero esta vez a los profesionales sanitarios y sus asociaciones o corporaciones (y a cualquier persona o entidad que aparente un carácter sanitario, sin serlo), que no podrán “*amparar ningún tipo de promoción comercial o publicidad dirigida al público en que, con su nombre, profesión, especialidad, cargo o empleo, respalden utilidades preventivas, terapéuticas, de rehabilitación o cualquier otra pretendida finalidad sanitaria en los supuestos contemplados en los artículos 2 y 4 de este Real Decreto*”. Tampoco se podrá amparar dicha promoción o publicidad “*mediante actividades reales o supuestas de diagnóstico, pronóstico o prescripción a través de la televisión, la radio o cualesquiera otros medios de difusión o comunicación o por correspondencia*”.

Su artículo 7º ordena la necesidad de que toda información, publicidad o promoción comercial relativa a los productos, sustancias, servicios, métodos, etc. con pretendida finalidad sanitaria se ajuste a “*criterios de transparencia, exactitud y veracidad*”, evitando “*cualquier sesgo que pueda causar perjuicio a la salud o seguridad de las personas o las legítimas expectativas de una información correcta y precisa en materia de salud y asistencia sanitaria*”. Este mandato se hace extensivo a las agencias de publicidad, periódicos, revistas, emisoras de radio y televisión y cualquier otro medio de comunicación, que no admitirán publicidad que contravenga lo dispuesto en este Real Decreto.

Su artículo 8º, en materia de infracciones, sanciones y suspensión sanitaria de actividades, califica de infracción grave el incumplimiento de las prohibiciones contenidas en los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto.

2.2.6. TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (RD LEGISLATIVO 1/2007¹⁹)

En el Capítulo IV del Título I, relativo al derecho a la información,

formación y educación de los consumidores y usuarios, su artículo 18, apartado 1.b), señala la atribución al bien o servicio efectos o propiedades que no posea como supuesto de inducción a error del consumidor o usuario en el etiquetado y presentación de aquéllos²⁰.

El apartado 2 del referido artículo realiza una enumeración de las características esenciales que deben estar incorporadas de forma clara y comprensible en la presentación de los bienes y servicios²¹: a) nombre y dirección completa del productor; b) naturaleza, composición y finalidad; c) calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial; d) fecha de producción o suministro y lote –cuando sea exigible reglamentariamente–, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad; e) instrucciones e indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

Por último, su apartado 4 establece que “*la oferta, promoción y publicidad falta o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude*”, quedando legitimadas las asociaciones de consumidores para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar.

En los denominados “productos milagro” es patente esta atribución de propiedades beneficiosas o curativas, científicamente indemostrables, sobre la salud de las personas. De ahí que se fomente una correcta y adecuada información en el etiquetado de los productos y servicios, pues lo contrario constituirá la base para la potencial reclamación del consumidor.

En el Capítulo II del Título IV, sobre infracciones y sanciones, el artículo 49.1 consigna una serie de infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, entre ellas: a) El incumplimiento de los requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones de naturaleza sanitaria. b) Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate. c) El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios. d) El incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad en cuanto afecten o puedan suponer un riesgo para los consumidores y usuarios.

3. LAS “PULSERAS DEL EQUILIBRIO” O “PULSERAS HOLOGRÁFICAS”: CONTEXTO, CONCEPTO E INFRACCIONES NORMATIVAS

La publicidad de las actualmente de moda “pulseras del equilibrio” o “pulseras del bienestar”²², que prometen efectos beneficiosos sobre nuestro organismo (v. gr., fuerza, resistencia, elasticidad, equilibrio, energía, vigor o estado de ánimo), se basa en enunciados tales como: “el cuerpo humano está formado por células que mantienen una actividad físico-mecánica y química, pero también eléctrica”; “la pulsera restaura el equilibrio electromagnético de tu cuerpo aislando a cada célula viva de los factores externos que le impiden funcionar al 100% de sus capacidades”, “los hologramas integrados en la pulsera con frecuencias que reaccionan positivamente con el campo de energía del cuerpo”; “los hologramas incrustan frecuencias naturales halladas en la naturaleza”. Mientras que el primero es indiscutible, los siguientes, teniendo en

Si a ello le añadimos los testimonios de conocidos deportistas obtenemos, más que una pulsera de moda, un fenómeno social

cuenta que la holografía es una técnica fotográfica que permite recrear imágenes tridimensionales, no pudiendo generar ni almacenar “frecuencias” (concepto físico-matemático que mide el número de repeticiones de un fenómeno en una unidad de tiempo dada), son totalmente indemostrables, fruto de palabrería y charlatanería barata destinada a captar consumidores incautos y mal informados.

Si a ello le añadimos los testimonios de conocidos deportistas y famosos presentadores o colaboradores televisivos, un precio elevado que justifique la “panacea curativa”, su posible venta en oficinas de farmacia y el poder de la sugestión humana, obtenemos, más que una pulsera de moda, un fenómeno social. Pero un fenómeno social teñido de incumplimientos normativos:

1) Infracción de los artículos 3 y 5 de la Ley General de Publicidad, redactados de conformidad a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por tratarse de una publicidad ilícita que puede generar riesgos para la salud o seguridad de las personas, toda vez que la “confianza ciega” en su propiedades curativas pueden demorar la pertinente visita al profesional médico.

2) Infracción del artículo 23.3 de la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991), redactado de conformidad a la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que reputa desleal, por engañoso “*proclamar, falsamente, que un bien o servicio puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones*”. En el supuesto

tratado, las pulseras revelan unas propiedades, si no estrictamente curativas, sí de carácter beneficioso para cierto tipo de carencias anímicas o para potenciar determinadas habilidades (v. gr., fuerza, resistencia, flexibilidad, equilibrio, energía).

La información se configura como el instrumento más efectivo para acabar con la ingenuidad del consumidor

3) Infracción de los requisitos de publicidad para todos aquellos productos, sustancias, energías, métodos, etc. con pretendida finalidad sanitaria. Las “pulseras del equilibrio” o “pulseras del bienestar”, contravendrían los apartados 6, 7, 12 y 16 del artículo 4 del RD 1907/1996, en la medida en que se distribuyan a través de oficinas

de farmacia; se publiciten por personas famosas o conocidas por el público; sugieran que su uso o consumo potencian el rendimiento físico, psíquico, deportivo o sexual; y, en general, atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado.

4) Incumplimiento de la preceptiva información en el etiquetado y presentación (*vid.* arts. 18 y 49 TRLGDCU), induciendo a error al consumidor, en tanto en cuanto en los envases de las pulseras se deja constancia de sus propiedades beneficiosas sobre las salud del consumidor –propiedades no demostrables científicamente–, y en numerosas ocasiones dichos envases no contienen todas las características esenciales del producto (v. gr., composición, identificación y domicilio del responsable).

4. CONCLUSIONES

Después de lo expuesto hasta ahora, es más que evidente la necesidad de una adecuada información en el ámbito del consumo de los denominados “productos milagro”. Así pues, la información se configura como el instrumento más efectivo para acabar con la ingenuidad del consumidor ante la proliferación de elementos, sustancias o métodos con pretendida finalidad sanitaria, si bien no demostrada por medios científicamente válidos. Tal idoneidad responde al constatado hecho de que los consumidores, en el práctico ejercicio de sus derechos, han de conocer y manejar la información pertinente para reclamar fundamentadamente las infracciones normativas correspondientes.

NOTAS

¹Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Profesora Ayudante Doctora en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Miembro del Centro de Estudios de Consumo (CESCO). (marianieves.pacheco@uclm.es).

²Algunos ejemplos de “productos milagro”: pulseras magnéticas contra la artrosis y la hipertensión; agua imantada para la disolución de los cálculos del riñón; pinzas en las orejas para dejar de fumar; productos para adelgazar sin esfuerzo; alimentos que aumentan el rendimiento físico, etc.

³ESTEBAN FERNÁNDEZ, J. M^a: “Productos milagro”, en Instituto de Salud Carlos III: www.isciii.es.

⁴Según la vocal del Colegio Oficial de Farmacéuticos de León, en una entrevista publicada en el Diario de León.es el 16 de septiembre de 2010, “... la realidad es que la farmacia es un establecimiento sanitario de interés público, aunque sea de propiedad privada y como tal se encuentra en condiciones óptimas para detectar la presencia de productos milagro que pretendan comercializarse aprovechando el prestigio que aporta la asociación con la farmacia o con los profesionales que en ella trabajan para hacer creer que determinados productos tienen una fiabilidad que no existe, o al menos no demostrada, por el hecho de que se pretenda distribuir en la farmacia”.

En el año 2005 se creó el Centro de Detección de Productos Milagro del Consejo General de Farmacéuticos con el objeto de articular una secuencia de pasos que protocolizasen las denuncias y las alertas de presuntos “productos milagro” en el mercado. El sistema canaliza las denuncias formuladas desde la oficina de farmacia, hasta el Colegio provincial correspondiente, y desde éste hasta el Consejo General, que estudiará la información recibida y, en el caso de existir sospecha fundada y razonada, denunciará ante las autoridades sanitarias para que dictaminen al respecto, concretamente a la Agencia Española del Medicamento.

⁵ESTEBAN FERNÁNDEZ, J. M^a: “Productos milagro”, *op. cit.*

“Productos milagro”, Informe General del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

“Productos milagro”, en <http://www.portalfarma.com/pfarma/taxonomia/general/taxonomia.nsf/vwDocumentos/2D11F4D5A131362CC12576B8003793F1?OpenDocument>

⁶BOE núm. 102, de 29 de abril.

⁷BOE núm. 274, de 15 de noviembre.

⁸Redactados de conformidad con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (BOE núm. 315, de 31 de diciembre), por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

⁹Derogada por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes (BOE núm. 287, de 20 de noviembre).

¹⁰BOE núm. 315, de 31 de diciembre.

¹¹BOE núm. 10, de 11 de enero.

¹²BOE núm. 306, de 22 de diciembre.

¹³BOE núm. 178, de 27 de julio.

¹⁴BOE núm. 308, de 23 de diciembre.

¹⁵Definición de medicamento de uso humano (art. 8 Ley 29/2006): “*toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico*”.

Definición de producto sanitario (art. 8 Ley 29/2006): “cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1. Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad. 2. Diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia. 3. Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico. 4. Regulación de la concepción; y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios.

¹⁶*Vid. infra.*, pp. 14 y ss.

¹⁷BOE núm. 189, de 6 de agosto.

¹⁸La STS 15 feb. 1999 (RJ 1999, 1812) resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Nacional de Empresas de Publicidad contra el apartado 16 del artículo 4 del RD 1907/1996, interesando su nulidad por falta de legalidad. El citado precepto, después de una enumeración previa, incluye la siguiente previsión: “*Y, en general, que atribuyan efectos preventivos o terapéuticos específicos que no estén respaldados por suficientes pruebas técnicas o científicas acreditadas y expresamente reconocidas por la Administración sanitaria del Estado*”. La Sala acaba afirmando que “las prohibiciones y limitaciones contempladas en el artículo 4 y, en especial, en su apartado 16, están suficientemente tipificadas y debidamente garantizados los principios de seguridad y de legalidad”. Y todo ello porque, “como han precisado el Tribunal Constitucional y este Alto Tribunal, las exigencias dimanantes de dichos principios de tipicidad y seguridad jurídica son compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial”; “... es doctrina consolidada de ambos Tribunales que los referidos principios no vedan, ni siquiera en el ámbito prohibitivo o sancionador, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera que permitan prever, con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas prohibidas”.

¹⁹Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

²⁰Sobre etiquetado y presentación de productos industriales: Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los

productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios (BOE de 8 de diciembre). Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria (BOE de 15 de julio).

²¹Todo ello “*sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente*”: Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios. (BOE de 8 de diciembre). Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria. (BOE de 15 de julio).

²²Entre otras marcas: “Power Balance”, “EFX”, “Ion Balance”, “Perfect Balance”, “Ion Power”, “Energy Balance”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J.: “La protección jurídica del paciente frente a la publicidad sanitaria”, en TOMILLO URBINA, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *et al: La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, 2010, pp. 172-174.

Campaña Autonómica de Inspección y Control de Pulseras del Equilibrio AC3110, Sector 52122, Producto/Servicio DH251360.

ESTEBAN FERNÁNDEZ, J. M^a: “Productos milagro”, en Instituto de Salud Carlos III: www.isciii.es.

“Perfil del consumidor de Castilla-La Mancha. Aspectos generales de hábitos, comportamientos y actitudes”, Informe de la Asociación de Estudios Psicológicos y Sociales de Castilla-La Mancha, Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha e Instituto de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 2009.

“Productos milagro”, Informe General del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.



DIRECTIVA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

APROVADA PELO PARLAMENTO EUROPEU E
CONSELHO, AGUARDANDO PUBLICAÇÃO

EXCERTOS

“Consumidor: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”

“Profissional: qualquer pessoa singular ou qualquer pessoal colectiva, quer pública quer privada, que actue, incluindo através de qualquer outra pessoa que actue em seu nome ou por sua conta, com os fins que se incluem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional em relação a contratos abrangidos pela presente directiva”

“Contrato de prestação de serviços: qualquer contrato, com excepção de um contrato de venda, ao abrigo do qual o profissional presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o preço”

“Âmbito de aplicação da Directiva: A presente directiva aplica-se, nas condições e na medida prevista nas suas disposições, aos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor. Aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, gás, electricidade e aquecimento urbano por fornecedores públicos, na medida em estes produtos de base sejam fornecidos numa base contratual”

“Os Estados-Membros podem decidir não aplicar a presente directiva nem manter ou introduzir disposições nacionais correspondentes para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial quando o pagamento a efectuar pelo consumidor não exceder EUR 50. Os Estados-Membros podem definir um valor inferior na legislação nacional”

“Os Estados-Membros não podem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos rigorosas, que tenham por objectivo garantir um nível de defesa dos consumidores diferente, salvo disposição em contrário na presente directiva”

“Os sítios Internet dedicados ao comércio devem indicar, de forma clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, se se aplicam restrições à entrega e que meios de pagamento são aceites”

“O consumidor deve comunicar ao profissional a sua decisão de retractação antes do termo do prazo de retractação”

16.6.2011

A7-0038/265

Alteração 265

Malcolm Harbour, Andreas Schwab, Evelyne Gebhardt, Robert Rochefort, Emilie Turunen, Ashley Fox, Kyriacos Triantaphyllides
em nome da Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores

Relatório

A7-0038/2011

Andreas Schwab

Direitos dos consumidores (votação final)

COM(2008)0614 – C6-0349/2008 – 2008/0196(COD)

Proposta de directiva

–

ALTERAÇÕES DO PARLAMENTO* À PROPOSTA DA COMISSÃO

* Alterações: o texto novo ou alterado é assinalado em itálico e a negrito; as supressões são indicadas pelo símbolo **■**.

DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

relativa aos direitos dos consumidores, *que altera a Directiva 93/13/CEE do Conselho e a Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Directiva 85/577/CEE do Conselho e a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*

(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado *sobre o Funcionamento da União* Europeia, nomeadamente o *artigo 114.º*,

Tendo em conta a proposta da Comissão,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu¹,

*Tendo em conta o parecer do Comité das Regiões*²,

Deliberando *de acordo com o processo legislativo ordinário*³,

Considerando o seguinte:

(1) A Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais⁴, e a Directiva

97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância⁵, **■** consagram um determinado número de direitos contratuais dos consumidores.

(2) Essas directivas foram revistas à luz da experiência adquirida, com vista a simplificar e actualizar as regras aplicáveis, eliminar incoerências e colmatar as lacunas indesejáveis dessas regras. Essa revisão mostrou ser conveniente substituir as *duas* directivas em questão por um único instrumento, a presente directiva. Assim, a presente directiva deverá estabelecer normas-padrão para os aspectos comuns *dos contratos à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, afastando-se* do princípio de harmonização mínima subjacente às directivas anteriores *e permitindo* aos Estados-Membros manter ou adoptar regras nacionais **■**.

(3) O *artigo 169.º, n.º 1 e o artigo 169.º, n.º 2, alínea a)*, do Tratado *sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)* prevê que a *União* deve contribuir para assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores, através das medidas que adoptar em aplicação do *artigo 114.º* do Tratado.

(4) Nos termos do *artigo 26.º, n.º 2*, do *TFUE*, o mercado interno *deve compreender* um espaço sem fronteiras internas no qual são asseguradas a livre circulação das mercadorias e dos serviços e a liberdade de estabelecimento. A harmonização de certos aspectos do direito dos contratos *à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial* é necessária para a promoção de um verdadeiro mercado interno dos consumidores, que, além de estabelecer o justo equilíbrio entre um elevado nível de defesa dos consumidores e a competitividade das empresas, assegure, ao mesmo tempo, o respeito pelo princípio da subsidiariedade.

(5) O potencial das vendas à distância transfronteiras, que deve ser um dos principais resultados tangíveis do mercado interno, não é inteiramente explorado **■**. Em relação ao crescimento significativo das vendas à distância nacionais verificado nos últimos anos, o das vendas à distância transfronteiras foi limitado. Esta discrepância é particularmente significativa no âmbito das vendas através da Internet, cujo potencial de crescimento continua a ser elevado. O potencial transfronteiras dos contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (venda directa) é restringido por diversos factores, nomeadamente as diferentes regras nacionais de defesa do consumidor impostas às empresas. Em relação ao crescimento das vendas nacionais directas nos últimos anos, designadamente no sector dos serviços, *como*, por exemplo, os serviços públicos **■**, o número de consumidores que utilizam este meio para efectuar compras transfronteiras manteve-se estável. Tendo em conta o facto de existirem cada vez mais oportunidades comerciais em muitos Estados-Membros, as pequenas e médias empresas (incluindo os *profissionais* individuais) ou os agentes das empresas de venda directa deveriam estar mais dispostos a procurar oportunidades comerciais noutros Estados-Membros, em particular em regiões fronteiriças. Nesse sentido, a harmonização total da informação aos consumidores e o direito de retractação relativo aos contratos à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial contribuirão para *um nível elevado de protecção dos consumidores e para* um melhor funcionamento do mercado interno entre empresas e consumidores.

■

(7) *Certas* disparidades criam importantes entraves ao mercado interno, afectando *profissionais* e consumidores. Aumentam os custos de conformidade para *os consumidores* que pretendem vender bens ou prestar serviços transfronteiras. A fragmentação *desproporcionada* também afecta a confiança dos consumidores no mercado interno. ■

(8) A harmonização total de alguns aspectos regulamentares fundamentais aumentará consideravelmente a segurança jurídica, tanto para os consumidores como para *os profissionais*, que passarão a poder contar com um quadro regulamentar único, baseado em noções jurídicas claramente definidas destinadas a reger certos aspectos dos contratos celebrados na *União* entre empresas e consumidores. Isso terá por efeito eliminar os entraves resultantes da fragmentação das normas e concluir o mercado interno nesta área. *Esses* entraves só podem ser eliminados através do estabelecimento de regras uniformes a nível *da União*. Além disso, os consumidores gozarão de um elevado nível comum de defesa em toda a *União*.

(8-A) Os aspectos regulamentares harmonizados referem-se apenas a contratos celebrados entre profissionais e consumidores. Por conseguinte, a presente directiva não deverá prejudicar o direito nacional na área dos contratos relativos ao emprego, dos contratos relativos aos direitos sucessórios, dos contratos relativos ao direito da família e dos contratos relativos à constituição e organização de empresas ou a acordos de parceria.

(9) *No que toca aos* contratos celebrados entre empresas e consumidores, *a directiva estabelece* regras relativas à informação a facultar *para os contratos celebrados à distância, os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e os contratos diferentes dos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. A presente directiva cobre igualmente o direito de retractação dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial e harmoniza certas disposições relativas à execução e a certos outros aspectos dos* contratos celebrados com os consumidores.

(10) As disposições da presente directiva não devem prejudicar o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, *de 17 de Junho de 2008*, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)⁶.

(10-A) A presente directiva não deve prejudicar as disposições da União relativas a sectores específicos, como os medicamentos para uso humano, os dispositivos médicos, a privacidade e as comunicações electrónicas, os direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, a rotulagem dos géneros alimentícios e o mercado interno da electricidade e do gás natural.

(10-B) Os requisitos em matéria de informação previstos na presente directiva completam os requisitos de informação da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno⁷ e a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre o comércio electrónico”)⁸. Mantém-se a possibilidade de os Estados-Membros

imporem requisitos de informação suplementares aos prestadores de serviços estabelecidos no seu território.

(10-C) Em conformidade com o direito da União, os Estados-Membros deverão continuar a ter competência para aplicar as disposições da presente directiva em domínios não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, os Estados-Membros poderão manter ou introduzir legislação nacional correspondente às disposições da presente directiva ou a algumas das suas disposições em relação a transacções que não se enquadram no âmbito da presente directiva. Por exemplo, os Estados-Membros podem decidir alargar a aplicação das regras da presente directiva a pessoas singulares ou colectivas que não são “consumidores” na acepção da presente directiva, como, por exemplo, as organizações não governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas. Os Estados-Membros podem igualmente aplicar as regras da presente directiva aos contratos que não são “contratos à distância” na acepção da presente directiva, por exemplo, por não serem celebrados no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância. Além disso, os Estados-Membros podem também manter ou introduzir disposições nacionais em relação a questões que não são especificamente abordadas na directiva, como, por exemplo, regras adicionais em matéria de contratos de venda, incluindo em relação à entrega de bens, ou requisitos em matéria de prestação de informações durante a vigência do contrato.

(10-D) A presente directiva não deverá prejudicar o direito nacional no domínio dos contratos, na medida em que certos aspectos do direito dos contratos não sejam por ela regulados. Por conseguinte, a presente directiva não deve obstar a que o direito nacional regule, por exemplo, a celebração ou a validade de um contrato (por exemplo, a falta de consentimento). Do mesmo modo, a presente directiva não prejudica as vias de recurso contratuais gerais, as regras em matéria de ordem económica pública, como, por exemplo, as regras em matéria de preços excessivos ou exorbitantes, e as regras em matéria de negócios jurídicos não éticos.

(10-E) A presente directiva não harmoniza requisitos linguísticos aplicáveis a contratos celebrados com consumidores. Por conseguinte, os Estados-Membros podem manter ou introduzir no seu direito nacional requisitos linguísticos em matéria de informação contratual e de cláusulas contratuais.

(10-F) A presente directiva não deve prejudicar o direito nacional em matéria de representação legal, como, por exemplo, as regras respeitantes à pessoa que actua em nome do profissional ou por sua conta (como, por exemplo, um agente ou um depositário). Os Estados-Membros continuam a ter competência neste domínio. A presente directiva deverá ser aplicável a todos os profissionais, sejam eles públicos ou privados.

(10-G) A definição de consumidor deve abranger as pessoas singulares que actuem fora do âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. No entanto, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a actividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa actividade (contratos com dupla finalidade) e se o objectivo da actividade

for tão limitado que não seja predominante no contexto global do fornecimento, essa pessoa deve ser igualmente considerada consumidor.

(10-H) A presente directiva não prejudica a liberdade dos Estados-Membros de definir, em conformidade com o direito da União, o que consideram ser serviços de interesse económico geral, o modo como esses serviços devem ser organizados e financiados, no respeito das regras relativas aos auxílios estatais, e as obrigações específicas a que devem estar sujeitos.

(10-I) Os conteúdos digitais são dados produzidos e fornecidos em formato digital, como programas e aplicações de computador, jogos, música, vídeos ou textos, independentemente de o acesso aos mesmos se fazer por descarregamento, streaming, a partir de um suporte material ou por qualquer outro meio. Os contratos de fornecimento de conteúdos digitais devem enquadrar-se no âmbito de aplicação da presente directiva. Os conteúdos digitais fornecidos num suporte material, como um CD ou DVD, são considerados bens na acepção da presente directiva. Os contratos de fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, aquecimento urbano ou conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material não devem ser considerados contratos de venda nem contratos de prestação de serviços na acepção da presente directiva. No caso destes contratos, o consumidor deve beneficiar de um direito de retractação, a menos que o consumidor aceite que a execução do contrato tenha início durante o período de retractação e reconheça que, por essa razão, perde o direito de retractação do contrato. Para além de respeitar os requisitos gerais de informação, os profissionais devem informar os consumidores sobre a funcionalidade e a interoperabilidade pertinente dos conteúdos digitais. O conceito de funcionalidade diz respeito ao modo como os conteúdos digitais podem ser usados, como, por exemplo, o seguimento do comportamento dos consumidores, bem como a ausência ou presença de restrições técnicas, como a protecção através da gestão dos direitos digitais e a codificação regional. O conceito de interoperabilidade pertinente é usado para descrever as informações relativas aos equipamentos e programas informáticos normalizados com os quais os conteúdos digitais são compatíveis, como, por exemplo, o sistema operativo, a versão necessária e certas características do equipamento. A Comissão deverá analisar a necessidade de prever disposições harmonizadas adicionais a respeito dos conteúdos digitais e de apresentar, se necessário, uma proposta para regulamentar esta questão.

(12) A definição de contrato à distância deverá abranger todos os casos em que os contratos são celebrados *entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância, mediante utilização exclusiva* de um ou mais meios de comunicação à distância (por correspondência, Internet, telefone ou fax) *, até ao momento da celebração do contrato inclusive. Deverá igualmente abranger as situações em que o consumidor visita o estabelecimento comercial apenas para recolher informações sobre os bens ou serviços, enquanto a subsequente negociação e celebração do contrato tem lugar à distância. Por outro lado, um contrato que tenha sido negociado no estabelecimento comercial do profissional e tenha*

sido celebrado por um meio de comunicação à distância não deverá ser considerado um contrato à distância. Também não deverá ser considerado um contrato à distância um contrato que tenha sido iniciado através de um meio de comunicação à distância, mas que tenha sido celebrado no estabelecimento comercial do profissional. Do mesmo modo, o conceito de contrato à distância não deverá incluir a reserva efectuada por um consumidor através de um meio de comunicação à distância para solicitar a prestação de um serviço a um profissional, como, por exemplo, no caso em que um consumidor telefona para solicitar uma marcação no cabeleireiro. O conceito de sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância inclui os sistemas oferecidos por terceiros que não sejam o profissional, mas que são usados pelo profissional, como uma plataforma em linha. São, contudo, excluídos os casos em que os sítios Internet só disponibilizam informações sobre o profissional, os seus bens e/ou serviços e sobre o modo como este pode ser contactado.

■

(14) Um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial deverá ser definido como um contrato celebrado na presença física simultânea do profissional e do consumidor, *num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, por exemplo, no domicílio ou no local de trabalho do consumidor.* Fora do estabelecimento comercial, os consumidores *podem estar* sujeitos a uma *eventual* pressão psicológica *ou ser confrontados com um elemento de surpresa*, independentemente de terem ou não solicitado a visita do profissional. *A definição de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial deverá também incluir as situações em que o consumidor é pessoal e individualmente contactado nessas circunstâncias, mas em que o contrato é celebrado imediatamente a seguir, no estabelecimento comercial do profissional ou através de um meio de comunicação à distância. A definição de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial não abrange as situações em que o profissional se desloca inicialmente ao domicílio do consumidor para efectuar medições ou apresentar um orçamento sem qualquer compromisso por parte do consumidor e em que o contrato só é celebrado posteriormente no estabelecimento comercial do profissional ou através de um meio de comunicação à distância com base no orçamento do profissional. Nestes casos, o contrato não é celebrado imediatamente após o profissional ter contactado o consumidor, se o consumidor tiver tido tempo para reflectir sobre o orçamento do profissional antes da celebração do contrato. As aquisições efectuadas durante uma visita do profissional em que este procede à promoção e venda dos produtos adquiridos deverão ser consideradas contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.*

(15) A noção de estabelecimento comercial deverá incluir as instalações de qualquer tipo (lojas, *bancas* ou camiões, por exemplo) que sirvam de local de negócios permanente *ou habitual* para o profissional. As bancas dos mercados e os “stands” das feiras deverão ser tratados como estabelecimentos comerciais *no caso de preencherem este requisito. As instalações de retalho em que o profissional exerça a sua actividade numa base sazonal, por exemplo, num complexo de esqui ou numa estação balnear durante a época turística, deverão ser equiparadas a estabelecimentos comerciais,*

atendendo a que o profissional exerce a sua actividade de forma habitual. Os espaços acessíveis ao público, como, por exemplo, as ruas, os centros comerciais, as praias, as instalações desportivas e os transportes públicos, que o profissional utilize de forma excepcional para as suas actividades comerciais, bem como a residência privada ou o local de trabalho, não deverão ser considerados estabelecimentos comerciais. O estabelecimento comercial de uma pessoa que actue em nome do profissional ou por sua conta, tal como definido na presente directiva, deverá ser considerado um estabelecimento comercial na acepção da presente directiva.

(16) *Os suportes duradouros deverão permitir ao consumidor guardar as informações durante o tempo necessário para proteger os seus interesses decorrentes da sua relação com o profissional. Entre estes suportes incluem-se, em especial, I papel, chaves USB, CD-ROM, DVD, cartões de memória ou discos duros de computadores, bem como mensagens de correio electrónico.*

(16-A) *A hasta pública implica que os profissionais e os consumidores compareçam ou tenham a possibilidade de comparecer pessoalmente no local. O profissional oferece bens ou serviços aos consumidores através de um procedimento de licitação, o denominado leiloeiro, legalmente autorizado em certos Estados-Membros a vender bens numa hasta pública. O adjudicatário é obrigado a comprar os bens ou serviços. A utilização, para efeitos de leilão, de plataformas em linha à disposição dos consumidores e dos profissionais não é considerada uma hasta pública na acepção da presente directiva.*

I

(20-A) *Os contratos relacionados com o aquecimento urbano deverão ser abrangidos pela presente directiva, tal como os contratos de fornecimento de água, gás e electricidade. Por aquecimento urbano entende-se o fornecimento de calor, nomeadamente sob a forma de vapor ou de água quente, a partir de uma fonte de produção central e através de um sistema de transmissão e distribuição a múltiplos edifícios, para efeitos de aquecimento.*

(20-B) *Os contratos relacionados com a transferência de direitos sobre bens imóveis ou a criação de tais direitos, bem como os contratos para a construção de novos edifícios, para a reconversão substancial dos edifícios existentes e para o arrendamento de alojamentos para fins residenciais estão já sujeitos a uma série de requisitos específicos nas legislações nacionais. Estes incluem, por exemplo, a venda de bens imóveis ainda não construídos e o arrendamento com opção de compra. As disposições da presente directiva não são adequadas a tais contratos. Por esse motivo, esta não deverá ser aplicável a esses contratos. Deve entender-se por reconversão substancial uma transformação comparável à construção de um novo edifício, por exemplo, quando só a fachada do antigo edifício é mantida. Os contratos de prestação de serviços, em especial os relacionados com a construção de anexos a edifícios (por exemplo, uma garagem ou uma marquise), e os contratos relacionados com a reparação e a renovação de edifícios que não constituam uma reconversão substancial encontram-se incluídos no âmbito de aplicação da presente directiva, bem como os contratos relacionados com os serviços de um agente imobiliário e os contratos relacionados com o arrendamento de alojamentos para fins não residenciais.*

(20-C) *Os serviços de transporte incluem o transporte de passageiros e o transporte de bens. O transporte de passageiros encontra-se excluído do âmbito de aplicação da presente directiva, atendendo a que já está sujeito a outras disposições legislativas da União, ou, no caso dos transportes públicos e táxis, a uma regulamentação a nível nacional. No entanto, as disposições destinadas a proteger os consumidores em caso de aplicação de taxas excessivas pela utilização de meios de pagamento ou em caso de custos ocultos deverão ser igualmente aplicadas aos contratos de transporte de passageiros. No que se refere ao transporte de bens e ao aluguer de automóveis, que são serviços, os consumidores deverão beneficiar da protecção proporcionada pela presente directiva, excepto no que diz respeito ao direito de retractação.*

(20-D) *A fim de evitar encargos administrativos, os Estados-Membros podem decidir não aplicar as disposições da presente directiva quando forem vendidos fora do estabelecimento comercial bens ou serviços de reduzido valor. O limiar financeiro deverá ser estabelecido a um nível suficientemente baixo para apenas incluir aquisições de importância reduzida. Os Estados-Membros podem definir esse valor na legislação nacional desde que não exceda EUR 50. Quando o consumidor celebrar numa mesma altura outros contratos com um objecto conexo, o custo total não deverá exceder esse limiar.*

(20-E) *Os serviços sociais têm características fundamentalmente distintas, que se reflectem na regulamentação específica do sector, parte dela a nível da União e parte a nível nacional. Os serviços sociais incluem, por um lado, os serviços destinados às pessoas especialmente desfavorecidas ou que auferem um rendimento reduzido, bem como os serviços às pessoas e famílias que carecem de assistência no desempenho de tarefas de rotina do dia-a-dia e, por outro lado, os serviços destinados às pessoas que têm uma necessidade especial de assistência, de apoio, de protecção ou de incentivo numa fase particular da vida. Entre esses serviços contam-se, nomeadamente, os serviços destinados às crianças e aos jovens, os serviços de assistência às famílias, às famílias monoparentais e às pessoas idosas e os serviços aos migrantes. Incluem os serviços de cuidados de curta duração e os cuidados continuados, por exemplo os cuidados prestados por serviços de cuidados domiciliários, em residências assistidas ou em lares (casas de saúde). Os serviços sociais não são apenas os prestados pelo Estado a nível nacional, regional ou local pelos prestadores mandatados pelo Estado ou por organismos de solidariedade social reconhecidos pelo Estado, mas também os prestados por operadores privados. As disposições da presente directiva não são adequadas aos serviços sociais, que, por conseguinte, se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação.*

(20-F) *Os cuidados de saúde requerem uma regulamentação especial devido à sua complexidade técnica, à sua importância para os serviços de interesse geral e ao seu amplo financiamento público. Os cuidados de saúde são definidos na Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços⁹, como “os serviços de saúde prestados por profissionais de saúde aos doentes com o objectivo de avaliar, manter ou reabilitar o seu estado de saúde, incluindo a prescrição, a dispensa e o fornecimento de medicamentos e*

dispositivos médicos”. Por “profissional de saúde” entende-se um médico, um enfermeiro responsável por cuidados gerais, um dentista, uma parteira ou um farmacêutico na acepção da Directiva 2005/36/CE, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, ou outro profissional cuja actividade no sector dos cuidados de saúde constitua uma profissão regulamentada na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 2005/36/CE. As disposições da presente directiva não são adequadas aos cuidados de saúde, que, por conseguinte, se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação.

(20-G) Os jogos a dinheiro são excluídos do âmbito de aplicação da presente directiva. As actividades de jogo a dinheiro são as que implicam uma aposta com valor monetário em jogos de fortuna ou azar, incluindo lotarias, actividades de jogo em casinos e apostas. Os Estados-Membros deverão poder adoptar, em relação a essas actividades, medidas de protecção dos consumidores diferentes ou mais rigorosas.

(20-H) A legislação da União em vigor relativa, inter alia, aos serviços financeiros, às viagens organizadas e à utilização a tempo parcial de bens imóveis (timeshare) inclui inúmeras regras em matéria de defesa do consumidor. Por esse motivo, a presente directiva não deverá ser aplicável a contratos nestes domínios. Em relação aos serviços financeiros, os Estados-Membros deverão ser encorajados a inspirar-se na legislação da União em vigor neste domínio quando adoptarem legislação relativa a domínios não regulamentados a nível da União, de modo a assegurarem condições equitativas para todos os consumidores e todos os contratos relativos a serviços financeiros.

(20-I) Os profissionais deverão ser obrigados a informar antecipadamente os consumidores de qualquer disposição que imponha o pagamento de uma caução ao profissional pelo consumidor, nomeadamente se estiver em causa uma disposição que determine o bloqueio de um montante a partir do cartão de crédito ou de débito do consumidor.

(20-J) Os consumidores deverão receber informações claras e completas antes de ficarem vinculados por um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, por um contrato diferente de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial ou à distância ou por uma oferta contratual correspondente. Ao fornecer essa informação, o profissional deverá ter em conta as necessidades específicas dos consumidores que sejam particularmente vulneráveis, devido a uma enfermidade mental, física ou psicológica, idade ou credulidade, de uma forma que se poderá razoavelmente esperar que seja prevista pelo profissional. No entanto, o facto de se ter em conta essas necessidades específicas não deve dar origem a níveis diferentes de protecção dos consumidores.

(20-K) As informações a prestar ao consumidor são obrigatórias e não podem ser alteradas. No entanto, as partes contratantes deverão poder concordar expressamente em alterar o conteúdo do contrato subsequentemente celebrado, como, por exemplo, as modalidades de entrega.

(21) No caso dos contratos à distância, os requisitos de informação deverão ser adaptados de forma a ter em conta os condicionalismos técnicos de certos meios, como as restrições do número

de caracteres em alguns ecrãs de telefones móveis ou as limitações de tempo em anúncios de vendas televisivos. *Nesses casos*, o profissional deverá respeitar um conjunto mínimo de requisitos de informação e remeter o consumidor para outra fonte de informação, por exemplo, fornecendo um número de telefone gratuito ou uma interligação a uma página Internet do profissional onde a informação pertinente esteja directamente disponível e facilmente acessível. *No que diz respeito à obrigação de informação do consumidor sobre o custo da devolução de bens que, pela sua natureza, não podem ser devolvidos pelo correio, o profissional cumpre essa obrigação, por exemplo, se indicar um transportador (por exemplo, o transportador que encarregou da entrega do bem) e um preço para a devolução dos bens. Nos casos em que o profissional não possa razoavelmente calcular com antecedência o custo da devolução dos bens, por exemplo por não ser ele a ocupar-se da sua devolução, deve fornecer uma declaração em que indique que esse custo será debitado ao consumidor e poderá ser elevado, juntamente com uma estimativa do custo máximo, que se poderá basear no custo da entrega ao consumidor.*

(22) Uma vez que, no caso das vendas à distância, antes da celebração do contrato *os bens não podem ser vistos* pelo consumidor, este deverá dispor de um direito de retractação. *Pela mesma razão, o consumidor deverá ter o direito de testar e inspeccionar os bens que pretende comprar na medida do necessário para avaliar a natureza e funcionamento dos bens. Em relação aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, o consumidor deverá ter um direito de retractação, devido ao eventual elemento de surpresa e/ou pressão psicológica. A retractação do contrato deverá pôr termo à obrigação de as partes contratantes executarem o contrato.*

(22-A) *No caso dos contratos em linha, os sítios Internet dedicados ao comércio devem indicar, de forma clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, se se aplicam restrições à entrega e que meios de pagamento são aceites.*

(22-B) *É importante garantir que, nos contratos à distância celebrados através de sítios Internet, o consumidor possa ler e compreender integralmente os principais elementos do contrato antes de efectuar a encomenda. Para o efeito, é necessário tomar medidas para que esses elementos sejam visíveis na proximidade da confirmação exigida para a realização da encomenda. É igualmente importante garantir que, nessas situações, o consumidor possa determinar o momento em que assume a obrigação de efectuar um pagamento ao profissional. É, por isso, necessário chamar a atenção do consumidor, mediante uma formulação inequívoca, para o facto de a realização de uma encomenda implicar a obrigação de efectuar um pagamento ao profissional.*

(23) As diferenças relativas aos prazos de retractação que actualmente existem, quer em função dos Estados-Membros quer no que respeita aos contratos à distância e aos celebrados fora do estabelecimento comercial, criam incertezas jurídicas e custos de conformidade. Deverá aplicar-se o mesmo prazo de retractação para todos os contratos, tanto os celebrados à distância como os celebrados fora dos estabelecimentos comerciais. *No caso dos contratos de serviços, o prazo de retractação deverá expirar 14 dias a contar da celebração do contrato. No caso dos contratos de vendas, o prazo de retractação deverá expirar 14 dias a contar da data em que o consumidor ou um terceiro*

diferente do transportador e indicado pelo consumidor adquirir a posse física dos bens, devendo o consumidor poder exercer o seu direito de retractação antes da recepção dos bens. Se o consumidor encomendar vários bens numa única encomenda, mas estes forem entregues separadamente, o período de retractação deverá ter início quando o consumidor adquirir a posse física do último bem. Quando um bem for entregue em diferentes lotes ou partes, o período de retractação deverá ter início no dia em que o consumidor adquirir a posse material do último lote ou da última parte.

(24) Para garantir a segurança jurídica, é conveniente que o Regulamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 do Conselho, de 3 de Junho de 1971, relativo à determinação das regras aplicáveis aos prazos, às datas e aos termos¹⁰, se aplique ao cálculo dos prazos previstos pela presente directiva. Por conseguinte, deverá entender-se que todos os prazos previstos pela presente directiva se expressam em dias de calendário. *Quando um prazo expresso em dias começa a correr a partir do momento em que ocorre um evento ou uma acção, na sua contagem não deve ser incluído o dia em que esse evento ou acção ocorreu.*

(24-A) As disposições relativas ao direito de retractação não prejudicam as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros que regulamentam a rescisão ou a não aplicabilidade de um contrato, nem a possibilidade de um consumidor preencher as suas obrigações contratuais antes do prazo estabelecido no contrato.

(27) Se o profissional não informar *adequadamente* o consumidor antes da celebração de um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial, o prazo de retractação deve ser alargado. Contudo, a fim de garantir a segurança jurídica ao longo do tempo, deverá ser introduzido um prazo de prescrição de *doze* meses .

(28) As divergências relativas ao direito de retractação nos Estados-Membros implicam custos para *os profissionais* que realizam vendas transfronteiras. A introdução de um *modelo de* formulário de retractação harmonizado *que o consumidor possa utilizar* deverá simplificar o processo de retractação e proporcionar segurança jurídica. Por estas razões, os Estados-Membros deverão abster-se de acrescentar quaisquer requisitos relativos à apresentação do modelo de formulário *da União*, nomeadamente no que respeita ao tamanho dos caracteres. *Todavia, o consumidor deverá permanecer livre de se retractar do contrato utilizando as suas próprias palavras, desde que a declaração que apresentar ao profissional seja inequívoca. Este requisito pode ser satisfeito através de uma carta, de uma chamada telefónica ou da devolução dos bens com uma declaração inequívoca; no entanto, o ónus da prova de se ter retractado no prazo fixado na directiva incumbirá ao consumidor. Por este motivo, é do interesse do consumidor utilizar um suporte duradouro para a comunicação da retractação ao profissional.*

(29) A experiência mostra que muitos consumidores e profissionais preferem comunicar através dos sítios Internet dos profissionais, pelo que o profissional deverá poder oferecer ao consumidor a possibilidade de preencher um formulário de retractação em linha. Neste caso, o profissional deverá enviar sem demora um aviso de recepção, por exemplo, por correio electrónico.

(30) *Em caso de* retractação do contrato, o profissional deve reembolsar todos os pagamentos recebidos do consumidor, nomeadamente os relativos às despesas suportadas pelo profissional para entregar os bens ao consumidor. *O reembolso não deverá ser feito sob a forma de uma nota de crédito, salvo acordo expresso em contrário do consumidor. Se o consumidor escolher expressamente um determinado tipo de entrega (por exemplo, entrega urgente em 24 horas), apesar de o profissional ter oferecido um tipo de entrega comum e geralmente aceite e com custos de entrega inferiores, a diferença de custo entre os dois tipos de entrega deverá ser suportada pelo consumidor.*

(31) Alguns consumidores exercem o seu direito de retractação após terem utilizado os bens numa medida que excede o necessário para verificar a sua natureza, *as suas características* e o seu funcionamento. Neste caso, o consumidor *não deverá perder o direito de retractação do contrato, mas* deverá ser responsabilizado pela eventual depreciação dos bens. Para verificar a natureza, *as características* e o funcionamento *dos bens*, o consumidor apenas deve proceder às mesmas manipulações *e à mesma inspecção que as admitidas* numa loja. Por exemplo, o consumidor deverá poder provar uma peça de vestuário, mas não vesti-la. *Por conseguinte, durante o prazo de retractação, o consumidor deverá manipular e inspecionar os bens com o devido cuidado. As disposições do artigo 17.º não deverão desencorajar o consumidor de beneficiar do seu direito de retractação.*

(32) O consumidor deverá ser obrigado a devolver os bens no prazo de 14 dias após ter informado o profissional da sua decisão de retractação. *Nos casos em que o profissional ou o consumidor não cumpra as obrigações que lhe incumbem no âmbito do exercício do direito de retractação, deverão ser aplicáveis as sanções previstas na legislação nacional em conformidade com o artigo 42.º, bem como as disposições em matéria de direito dos contratos.*

(33) O direito de retractação deverá admitir certas excepções, *no que diz respeito tanto aos contratos à distância como aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. O direito de retractação poderá não ser adequado*, atendendo, *por exemplo*, à natureza *dos bens ou serviços*. Tal acontece, por exemplo, com o vinho cujo fornecimento só seja efectuado muito depois da celebração de um contrato de natureza especulativa, em que o valor depende de flutuações no mercado (“vin en primeur”). *O direito de retractação deverá ser inadequado em relação aos bens realizados segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados, como por exemplo cortinas feitas à medida. O direito de retractação também deverá ser inadequado em relação, por exemplo, ao fornecimento de combustível, por se tratar de um bem que, por natureza, após entrega, é inseparável de outros elementos.* A aplicação do direito de retractação *podrá também* ser inadequada em relação a certos serviços *em que* a celebração *do contrato* implica a reserva de recursos que, em caso de exercício do direito de retractação, o profissional poderá ter dificuldade em conseguir. *É o que aconteceria, por exemplo, no caso de serem feitas reservas de hotel ou de casas de férias e para acontecimentos culturais ou desportivos.*

(33-A) *Por um lado, o consumidor deverá beneficiar do seu direito de retractação mesmo no caso de ter solicitado a prestação do serviço antes do termo do prazo de retractação. Por outro*

lado, se o consumidor exercer efectivamente o seu direito de retractação, o profissional deverá ter a garantia de que será adequadamente remunerado pelo serviço que prestou. O cálculo do montante proporcional deverá basear-se no preço acordado no contrato, excepto se o consumidor demonstrar que o preço total é desproporcionado, caso em que o montante a pagar deverá ser calculado com base no valor de mercado do que foi fornecido. O valor de mercado é definido mediante comparação do preço de um serviço equivalente executado por outros profissionais no momento da celebração do contrato. Por conseguinte, o consumidor que solicite a prestação de serviços antes do termo do prazo de retractação deverá apresentar um pedido específico nesse sentido de forma expressa, no caso dos contratos à distância, ou num suporte duradouro, no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Analogamente, o profissional deverá informar o consumidor, num suporte duradouro, de qualquer obrigação de pagamento dos custos proporcionais correspondentes ao serviço já prestado. No caso dos contratos que tenham por objecto tanto bens como serviços, as disposições da presente directiva relativas à devolução dos bens deverão ser aplicadas aos aspectos relacionados com os bens e o regime de compensação para serviços deverá ser aplicado aos aspectos relacionados com os serviços.

(37) As principais dificuldades sentidas pelos consumidores e uma das principais fontes de litígios com os profissionais dizem respeito à entrega dos bens, nomeadamente quando estes são perdidos ou danificados durante o transporte ou quando as entregas são tardias ou parciais. Por conseguinte, é conveniente clarificar e harmonizar as normas nacionais que dizem respeito ao momento em que a entrega deverá ocorrer. O local e as modalidades de entrega e as normas respeitantes à determinação das condições e do momento em que se verifica a transferência de propriedade dos bens continuam sujeitos à legislação nacional e, por conseguinte, não são afectados pela presente directiva. Essas normas incluem a possibilidade de o consumidor autorizar terceiros a adquirirem, por sua conta, a posse física ou o controlo dos bens. Considera-se que o consumidor dispõe do controlo dos bens sempre que ele ou um terceiro por ele indicado a eles tiver acesso para os usar enquanto proprietário, ou quando tiver a possibilidade de os revender (por exemplo, quando recebe as chaves ou adquire a posse dos títulos de propriedade).

(38) No contexto dos contratos de venda, a entrega de bens pode ter lugar de várias maneiras, imediatamente ou numa data posterior. Se as partes não tiverem acordado uma data de entrega específica, o profissional deverá proceder à entrega dos bens o mais rapidamente possível, mas, em qualquer caso, o mais tardar trinta dias a contar da data de celebração do contrato. A regra respeitante à entrega tardia deve também ter em conta os bens a fabricar ou a adquirir especialmente para o consumidor e que não podem ser reutilizados pelo profissional sem perda considerável. Por conseguinte, deve ser prevista na presente directiva uma norma que conceda ao profissional um prazo adicional razoável em certas circunstâncias. Sempre que o profissional não puder entregar os bens dentro do prazo acordado com o consumidor, e antes da rescisão do contrato, o consumidor deverá solicitar ao profissional que proceda à entrega dentro de um prazo adicional razoável

e ter o direito de rescindir o contrato. Todavia, esta norma não deverá ser aplicável quando o profissional tiver recusado proceder à entrega dos bens numa declaração inequívoca. Também não deverá ser aplicável se, em certas circunstâncias, o prazo de entrega constituir um elemento essencial como, por exemplo, um vestido de noiva, que deverá ser entregue antes do casamento. Também não deverá ser aplicável se o consumidor tiver informado o profissional que é essencial que a entrega seja efectuada numa data específica. Para o efeito, os consumidores poderão usar os elementos de contacto comunicados em conformidade com o artigo 5.º, n.º 1, alínea b) ou o artigo 9.º, n.º 1, alínea b). Nestes casos específicos, se o profissional não proceder atempadamente à entrega dos bens, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato imediatamente após a expiração do prazo de entrega inicialmente acordado. A presente directiva não deverá prejudicar as disposições nacionais relativas à forma como o consumidor deve notificar o profissional da sua intenção de rescindir o contrato.

(38-A) Além do direito do consumidor de rescindir o contrato no caso de o profissional não cumprir as suas obrigações no que se refere à entrega em conformidade com a presente directiva, o consumidor pode, nos termos da legislação nacional aplicável, recorrer a outras soluções, como conceder um prazo adicional para a entrega, impor a execução do contrato, reter o pagamento e pedir indemnização.

(38-B) Os Estados-Membros deverão poder, em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da Directiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno¹¹, proibir ou limitar o direito dos profissionais de cobrar encargos, tendo em conta a necessidade de incentivar a concorrência e de promover a utilização de instrumentos de pagamento eficazes. Em qualquer caso, os profissionais devem ser proibidos de cobrar aos consumidores, em relação à utilização de certos meios de pagamento, encargos que ultrapassem o custo por si suportado para a utilização de tais meios de pagamento.

(38-C) Quando os bens são expedidos ao consumidor pelo profissional, o momento da transferência do risco pode ser, em caso de perda ou dano, uma fonte de litígio. Por conseguinte, foi inserida na presente directiva uma norma que prevê que o consumidor deve ser protegido contra qualquer risco de perda ou dano dos bens que ocorra antes de ter adquirido a posse física dos mesmos. O consumidor deverá ser protegido durante um transporte organizado ou realizado pelo profissional, mesmo que o consumidor tenha escolhido um determinado método de entrega a partir de um leque de opções oferecidas pelo profissional. Por outro lado, a presente directiva não deverá aplicar-se aos contratos em que cabe ao consumidor proceder ele próprio à recepção dos bens ou pedir a um transportador para receber a entrega. Quanto ao momento da transferência do risco, o consumidor deve ser considerado como tendo adquirido a posse física dos bens quando os recebeu.

(57) As pessoas ou organizações que, nos termos da legislação nacional, possuam um interesse legítimo em matéria de defesa dos direitos contratuais do consumidor deverão dispor de meios legais que lhes permitam dar início a acções que poderão ser intentadas em tribunal ou apresentadas a uma

autoridade administrativa competente para decidir das queixas ou para desencadear as acções judiciais apropriadas.

(58) É necessário que os Estados-Membros determinem as sanções aplicáveis à violação das disposições da presente directiva e **garantam** a sua aplicação. Essas sanções deverão ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.

(59) Quando a legislação que rege o contrato for a de um país terceiro, o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, **de 17 de Junho de 2008**, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹² deve aplicar-se, a fim de determinar se o consumidor continua a beneficiar da protecção concedida pela presente directiva.

(60) A Comissão **, após ter consultado os Estados-Membros e as partes interessadas**, determinará o meio mais adequado para garantir que, nos pontos de venda, os consumidores sejam informados dos respectivos direitos.

(61) Uma vez que o fornecimento não solicitado de bens ou de serviços a consumidores é proibido pela Directiva 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 Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho (“Directiva relativa às práticas comerciais desleais”)¹³, mas que essa directiva não prevê nenhum recurso contratual, deve ser introduzida na presente directiva um meio de natureza contratual que permita isentar o consumidor de qualquer cláusula que, de alguma forma, admita fornecimentos não solicitados.

(62) A Directiva 2002/58/CE já abrange as comunicações não solicitadas, garantindo um elevado nível de defesa dos consumidores. As correspondentes disposições sobre o mesmo assunto **da** Directiva 97/7/CE deverão ser suprimidas.

(63) É pois conveniente rever a presente directiva caso sejam constatados entraves ao mercado interno. **No âmbito dessa revisão, a Comissão deverá prestar especial atenção às possibilidades previstas no sentido de os Estados-Membros manterem ou introduzirem disposições nacionais específicas, incluindo em certos domínios das Directivas 93/13/CEE e 1999/44/CE.** A revisão poderá dar origem a uma proposta da Comissão para alterar a presente directiva, que poderá incluir alterações da demais legislação relativa à defesa dos consumidores, reflectindo assim o compromisso assumido pela Comissão no âmbito da sua estratégia de política dos consumidores para rever o acervo, a fim de alcançar um elevado nível comum de defesa dos consumidores.

(63-A) As Directivas 93/13/CEE e 1999/44/CE deverão ser alteradas de forma a exigir que os Estados-Membros informem a Comissão da adopção de disposições nacionais específicas em determinados domínios.

(64) As Directivas 85/577/CEE **e** 97/7/CEE **deverão ser revogadas.**

(65) Atendendo a que **o objectivo** da presente directiva, **nomeadamente contribuir para o bom funcionamento do mercado interno através da consecução de um elevado nível de defesa dos consumidores**, não **pode** ser suficientemente **realizado** pelos Estados-Membros e **pode**, pois, ser

melhor *alcançado* ao nível *da União*, *esta* pode tomar medidas, em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.º do Tratado *da União Europeia*. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, a presente directiva não excede o necessário para **■** para atingir *esse objectivo*.

(66) A presente directiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, em especial, pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

(66-A) Nos termos do ponto 34 do Acordo Interinstitucional “Legislar melhor”¹⁴, os Estados-Membros são encorajados a elaborar, para si próprios e no interesse da União, os seus próprios quadros, que ilustrem, na medida do possível, a concordância entre a presente directiva e as medidas de transposição, e a publicá-los,

ADOPTARAM A PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I

OBJECTO, DEFINIÇÕES E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Artigo 1.º

Objecto

A presente directiva tem por finalidade contribuir, *graças à consecução de um elevado nível de defesa dos consumidores*, para o bom funcionamento do mercado interno **■** através da aproximação de certos aspectos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas aos contratos celebrados entre consumidores e profissionais.

Artigo 2.º

Definições

Para efeitos da presente directiva, entende-se por:

(1) «Consumidor»: qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;

(2) “Profissional”: qualquer pessoa singular ou *qualquer pessoal colectiva, quer pública quer privada*, que **■** actue, *incluindo através de qualquer outra pessoa que actue em seu nome ou por sua conta*, com os fins que se *incluem* no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional *em relação a contratos abrangidos pela presente directiva*;

■

(4) “Bem”: qualquer objecto móvel corpóreo, com excepção dos bens vendidos através de penhora ou qualquer outra forma de execução judicial. *A água, o gás e a electricidade são considerados “bens” na aceção da presente directiva* quando **■** forem postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada;

(4-A) “Bem produzido segundo as especificações do consumidor”: qualquer bem que não seja pré-fabricado e para o qual seja indispensável uma escolha ou decisão individual por parte do consumidor;

(4-B) “Contrato de venda”: qualquer contrato ao abrigo do qual o profissional transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para o consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o preço, incluindo qualquer contrato que tenha por objecto simultaneamente bens e serviços;

(5) “Contrato de prestação de serviços”: qualquer contrato, com excepção de um contrato de venda, ao abrigo do qual o profissional presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o preço;

(6) “Contrato à distância”: qualquer contrato celebrado entre um profissional e um consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância, sem a presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive;

■

(8) “Contrato celebrado fora do estabelecimento comercial”, qualquer contrato entre um profissional e um consumidor:

a) ■ celebrado na presença física simultânea do profissional e do consumidor, num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional; ou

a-A) para o qual o consumidor fez uma oferta nas mesmas circunstâncias, como referido na alínea a); ou

b) ■ celebrado no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido pessoal e individualmente contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, na presença física simultânea do profissional e do consumidor; ou

b-A) celebrado durante uma excursão organizada pelo profissional com o fim ou o efeito de promover ou vender bens ou serviços ao consumidor.

(9) “Estabelecimento comercial”:

a) quaisquer instalações imóveis ■ de venda a retalho ■, onde o profissional exerça a sua actividade de forma permanente; ou

b) quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o profissional exerça a sua actividade de forma habitual;

(10) “Suporte duradouro”: qualquer instrumento que possibilite ao consumidor ou ao profissional armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de uma forma que, no futuro, lhe permita aceder às mesmas durante um período de tempo adaptado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução inalterada das informações armazenadas;

■

(12-A) “Conteúdo digital”: dados produzidos e fornecidos em formato digital;

(13) “Serviço financeiro”: qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento;

■

(16) “Hasta pública”: método de venda em que os bens **ou serviços** são oferecidos pelo profissional ao consumidor, que comparece ou pode comparecer pessoalmente no local, através de um procedimento de licitação **transparente** dirigido por um leiloeiro, e em que o **adjudicatário** é obrigado a comprar os bens **ou serviços**;

■

(18) “Garantia comercial”: qualquer compromisso assumido por um profissional ou produtor (o “garante”) perante o consumidor, **para além das suas obrigações legais no tocante à garantia de conformidade**, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem, no caso de este não ser conforme com as especificações **ou qualquer outro elemento não relacionado com a conformidade estabelecidos** na declaração de garantia ou na respectiva publicidade divulgada aquando ou antes da celebração do contrato;

■

(20) “Contrato acessório”: contrato ao abrigo do qual o consumidor compra bens ou serviços no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial e estes bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional.

Artigo 3.º

Âmbito de aplicação

1. A presente directiva aplica-se, nas condições e na medida prevista nas suas disposições, aos contratos celebrados ■ entre **um** profissional e **um** consumidor. **Aplica-se também aos contratos de fornecimento de água, gás, electricidade e aquecimento urbano por fornecedores públicos, na medida em estes produtos de base sejam fornecidos numa base contratual.**

2. **Sempre que as disposições da presente directiva forem incompatíveis com as de outro instrumento da União que regule sectores específicos, as disposições deste outro instrumento da União prevalecem e aplicam-se a esses sectores específicos.**

3. **A presente directiva não se aplica aos contratos:**

a) **relativos a serviços sociais, nomeadamente no sector da habitação, da assistência à infância e do apoio às famílias e pessoas permanente ou temporariamente necessitadas, incluindo cuidados continuados;**

b) **relativos a cuidados de saúde definidos na Directiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços¹⁵, prestados ou não no âmbito de uma estrutura de saúde;**

c) **relativos a jogos a dinheiro que impliquem apostas pecuniárias em jogos de fortuna ou azar, incluindo lotarias, jogos de casino e apostas;**

d) **relativos a serviços financeiros;**

e) **relativos à criação, à aquisição ou à transferência de direitos a ou sobre bens imóveis;**

f) relativos à construção de novos edifícios, à reconversão substancial dos edifícios existentes e ao arrendamento de alojamentos para fins residenciais;

g) abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados¹⁶;

h) abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a 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 troca¹⁷;

i) que, em conformidade com as disposições dos Estados-Membros, são certificados por um titular de cargo público obrigado por lei à autonomia e imparcialidade, bem como a garantir, fornecendo informações jurídicas pormenorizadas, que o consumidor apenas celebre o contrato após uma ponderação jurídica cuidada e com pleno conhecimento do seu alcance jurídico;

j) relativos ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo profissional em turnos frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor;

k) relativos a serviços de transporte de passageiros, com excepção dos referidos no artigo 11.º, n.º 1-A e nos artigos 22.º-A e 28.º-B;

l) celebrados através de distribuidores automáticos ou de estabelecimentos comerciais automatizados;

m) celebrados com operadores de telecomunicações através de postos públicos de telefone para a sua utilização ou celebrados para utilização de uma única ligação telefónica, de Internet ou de fax efectuada por um consumidor.

4. Os Estados-Membros podem decidir não aplicar a presente directiva nem manter ou introduzir disposições nacionais correspondentes para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial quando o pagamento a efectuar pelo consumidor não exceder EUR 50. Os Estados-Membros podem definir um valor inferior na legislação nacional.

4-A.A presente directiva não prejudica o direito nacional no domínio dos contratos em geral, nomeadamente as regras relativas à validade, à formação ou aos efeitos dos contratos, na medida em que estes aspectos do direito nacional geral dos contratos não estejam regulados na presente directiva.

4-B.A presente directiva não impede os profissionais de proporem aos consumidores disposições contratuais que vão para além da protecção nela prevista.

Artigo 4.º

Nível de harmonização

Os Estados-Membros não podem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos rigorosas,

que tenham por objectivo garantir um nível de defesa dos consumidores diferente, *salvo disposição em contrário na presente directiva*.

CAPÍTULO II

INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL OU CONTRATOS À DISTÂNCIA

Artigo 5.º

Requisitos de informação aplicáveis a contratos diferentes dos celebrados fora do estabelecimento comercial ou dos contratos à distância

1. *Antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato que não seja um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial ou um contrato à distância, ou por uma proposta correspondente*, o profissional deve fornecer ao consumidor, *de forma clara e compreensível*, a seguinte informação, se esta não decorrer do contexto:

a) Características principais *dos bens ou serviços*, na medida adequada ao suporte utilizado e *aos bens e serviços em causa*;

b) **█** Identidade do profissional, nomeadamente a sua razão social **█**, endereço geográfico *em que está estabelecido e número de telefone*;

c) Preço *total*, incluindo impostos e taxas ou, quando devido à natureza *dos bens ou serviços* o preço não puder ser calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os encargos suplementares de transporte, de entrega e postais ou, quando *tais* custos e encargos não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, indicação de que podem ser exigíveis;

d) *Se for caso disso*, as modalidades de pagamento, de entrega ou de execução, *a data-limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço*, bem como o sistema de tratamento de reclamações do *profissional* **█** ;

█
f) *Para além de um aviso da existência de uma garantia legal de conformidade dos bens*, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, assim como as suas condições, se aplicável;

g) Duração do contrato, se aplicável, ou, se o contrato for *de duração indeterminada ou de renovação automática*, as condições para a sua resolução;

█
i-A) Funcionalidade, nomeadamente medidas de protecção técnica para conteúdos digitais, se aplicável;

i-B) Interoperabilidade pertinente dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, se aplicável.

2. *O n.º 1 aplica-se igualmente aos contratos de fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, bem como ao aquecimento*

urbano e aos conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material;

3. Os Estados-Membros não são obrigados a aplicar o n.º 1 a contratos que envolvam transacções quotidianas e que sejam executados imediatamente no momento em que são celebrados.

3-A. Os Estados-Membros podem aprovar ou manter requisitos adicionais em matéria de informação pré-contratual para contratos diferentes dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial ou à distância.

CAPÍTULO III

INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR E DIREITO DE RETRACTAÇÃO PARA OS CONTRATOS À DISTÂNCIA E OS CONTRATOS CELEBRADOS FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Artigo 9.º

Requisitos de informação dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

1. Antes de o consumidor ficar vinculado por um contrato à distância ou celebrado fora do estabelecimento comercial ou por uma proposta correspondente, o profissional faculta ao consumidor, de forma clara e compreensível, as seguintes informações:

a) Características principais dos bens ou serviços, na medida adequada ao suporte utilizado e aos bens e serviços em causa;

b) Identidade do profissional, como a sua razão social;

b-A) Endereço geográfico em que o profissional está estabelecido, o seu número de telefone e de fax, bem como o seu endereço de correio electrónico, se existirem, para permitir ao consumidor contactá-lo rapidamente e comunicar com ele de modo eficaz e, se for o caso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua;

c) No caso de ser diferente do endereço comunicado no termos da alínea b-A), o endereço geográfico do estabelecimento comercial do profissional (e, se aplicável, do profissional por conta de quem actua) onde o consumidor possa apresentar uma reclamação;

c-A) Preço total, incluindo impostos e taxas ou, quando devido à natureza dos bens ou serviços o preço não puder ser calculado de forma antecipada, a maneira como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos ou, quando tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, indicação de que podem ser exigíveis. No caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura, o preço total inclui os custos totais por período de facturação. No caso de se tratar de contratos com uma tarifa fixa, o preço total equivale igualmente aos custos mensais totais. Sempre que os custos totais não puderem ser razoavelmente calculados de

forma antecipada, deve ser apresentada a forma de calcular o preço;

c-B) Custo da utilização do meio de comunicação à distância para a celebração do contrato, sempre que esse custo for calculado numa base diferente da tarifa de base;

d) Modalidades de pagamento, de entrega ou de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar os bens ou a prestar os serviços, bem como, se for caso disso, o sistema de tratamento de reclamações do profissional;

e) Sempre que exista um direito de retractação, condições, prazo e procedimento de exercício desse direito nos termos do artigo 14.º, n.º 1, bem como modelo de formulário de retractação apresentado no Anexo I, parte B;

e-A) Se aplicável, indicação de que o consumidor tem de suportar os custos da devolução dos bens em caso de retractação e, no caso dos contratos à distância, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio, os custos da devolução dos bens;

e-B) Sempre que o consumidor possa exercer o direito de retractação após ter apresentado um pedido nos termos do artigo 10.º, n.º 2-A ou 11.º, n.º 4-A, indicação de que o consumidor terá a responsabilidade de pagar ao profissional custos razoáveis nos termos do artigo 17.º, n.º 3;

e-C) Sempre que, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, não se aplique o direito de retractação, informação de que o consumidor não beneficia de um direito de retractação ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de retractação;

f) Aviso da existência de uma garantia legal de conformidade dos bens;

f-A) Existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais, sempre que aplicável;

f-B) Duração do contrato, se aplicável, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua rescisão;

f-C) Duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, se aplicável;

f-D) Existência e cauções ou outras garantias financeiras, e respectivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional, se aplicável;

f-E) Funcionalidade, nomeadamente medidas de protecção técnica para conteúdos digitais, se aplicável;

f-F) Interoperabilidade pertinente dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, se aplicável;

f-G) Possibilidade de acesso a um mecanismo extra-judicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja submetido e o modo de acesso ao mesmo, se aplicável.

2. O n.º 1 aplica-se igualmente aos contratos de fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, bem como ao aquecimento urbano e aos conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material.

3. No caso das hastas públicas, a informação referida no n.º 1, alíneas b), b-A) e c), pode ser substituída pelos elementos equivalentes relativos ao leiloeiro.

4. As informações referidas no n.º 1, alíneas e), e-A) e e-B), podem ser prestadas mediante

o modelo de instruções de retractação apresentado no Anexo I (A). Considera-se que o profissional cumpriu os requisitos de informação previstos no n.º 1, alíneas e), e-A) e e-B), se tiver entregue essas instruções, correctamente preenchidas.

5. As informações referidas no n.º 1 são parte integrante do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial e não podem ser alteradas, salvo acordo expresso das partes em contrário.

6. No caso de o profissional não cumprir os requisitos de informação relativos aos encargos suplementares ou outros custos referidos no n.º 1, alínea c-A), ou aos custos de devolução dos bens referidos no n.º 1, alínea e-A), o consumidor não tem de suportar os referidos custos ou encargos.

7. Os Estados-Membros podem manter ou introduzir no seu direito nacional requisitos linguísticos em matéria de informação contratual, de forma a assegurar que essa informação seja facilmente compreendida pelos consumidores.

8. Os requisitos de informação estabelecidos na presente directiva completam os requisitos de informação contidos na Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Janeiro de 2006, e na Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, e não impedem os Estados-Membros de prever requisitos de informação suplementares nos termos das Directivas 2006/123/CE e 2000/31/CE.

Sem prejuízo do primeiro parágrafo, sempre que alguma disposição da Directiva 2006/123/CE ou da Directiva 2000/31/CE relativa ao conteúdo das informações e à forma como devem ser fornecidas for incompatível com uma disposição da presente directiva, prevalece a disposição da presente directiva.

9. Incumbe ao profissional o ónus da prova relativamente ao cumprimento dos requisitos em matéria de informação mencionados no presente capítulo.

Artigo 10.º

Requisitos formais aplicáveis aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

*1. No que diz respeito aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, as informações previstas no artigo 9.º devem ser prestadas **ao consumidor em papel**, ou, se o consumidor aceitar, noutro suporte duradouro. **Essas informações devem ser legíveis e redigidas em termos claros e compreensíveis.***

2. O profissional deve fornecer ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, num suporte duradouro diferente, incluindo, se for caso disso, a confirmação do acordo e da aceitação do consumidor, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, alínea j).

2-A. Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano comece durante o prazo de retractação previsto no artigo 12.º, n.º 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso num suporte duradouro.

2-B. No que diz respeito aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, em que

o consumidor tenha solicitado expressamente os serviços do profissional para efectuar operações de reparação ou manutenção e ao abrigo dos quais o profissional e o consumidor executam imediatamente as suas obrigações contratuais e o montante a pagar pelo consumidor não seja superior a EUR 200:

a) O profissional deve fornecer ao consumidor as informações referidas no artigo 9.º, n.º 1, alíneas b) e b-A), bem como informações sobre o preço ou a forma como o preço é calculado, juntamente com uma estimativa do preço total, em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro. O profissional deve fornecer as informações referidas no artigo 9.º, n.º 1, alíneas a), e) e e-C), mas pode abster-se de as fornecer em papel ou noutro suporte duradouro, se o consumidor der o seu acordo expresso;

b) A confirmação do contrato fornecida nos termos do n.º 2 deve conter as informações previstas no artigo 9.º, n.º 1.

Os Estados-Membros podem decidir não aplicar o presente número.

3. Para o cumprimento das obrigações de informação previstas na presente directiva, os Estados-Membros não devem impor requisitos formais adicionais em matéria de informação pré-contratual.

Artigo 11.º

Requisitos formais aplicáveis aos contratos à distância

1. No que diz respeito aos contratos celebrados à distância, as informações previstas no artigo 9.º devem ser fornecidas ou disponibilizadas ao consumidor de uma forma adequada aos meios de comunicação à distância utilizados, em linguagem simples e inteligível e, na medida em que sejam fornecidas em suporte duradouro, devem ser legíveis.

1-A. Se um contrato celebrado à distância por via electrónica colocar o consumidor na obrigação de fazer um pagamento, o profissional deve informar o consumidor do facto de forma clara e bem visível, e imediatamente antes de o consumidor efectuar a encomenda, das informações previstas no artigo 9.º, n.º 1, alíneas a), c-A), f-B) e f-C).

O profissional deve velar por que, ao efectuar a encomenda, o consumidor confirme explicitamente que a encomenda implica uma obrigação de pagamento. Se a realização de uma encomenda implicar a activação de um botão ou uma função semelhante, o botão ou a função semelhante deve estar identificado de forma facilmente legível, apenas com a expressão “encomenda com obrigação de pagamento” ou uma formulação correspondente inequívoca, que indique que a realização de uma encomenda implica a obrigação de efectuar um pagamento ao profissional. Se o presente número não for respeitado, o consumidor não fica vinculado pelo contrato nem pela encomenda.

2-A. Os sítios Internet dedicados ao comércio devem indicar, de forma clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, se se aplicam restrições à entrega e que meios de pagamento são aceites.

3. Se o contrato for celebrado através de um suporte em que o espaço ou o período para divulgar a informação são limitados, o profissional deve facultar **■**, *nesse suporte específico antes da celebração do referido contrato, pelo menos, as informações pré-contratuais relativas às características principais dos bens ou serviços, à identidade do profissional, ao preço total, ao direito de retractação, ao período de vigência do contrato e, se este for de duração indeterminada, às condições para a sua rescisão, referidas no artigo 9.º, n.º1, alíneas a), b), c-A) e f-B)*. As restantes informações previstas no **artigo 9.º** devem ser fornecidas pelo profissional ao consumidor de forma adequada nos termos do n.º 1 *do presente artigo*.

3-A. Sem prejuízo do n.º 3, se o profissional telefonar ao consumidor para celebrar um contrato à distância, deve, no início da conversa com o consumidor, identificar-se e, se necessário, indicar a identidade da pessoa por conta de quem faz o telefonema, bem como o objectivo comercial do telefonema.

3-B. Se um contrato à distância for celebrado por telefone, os Estados-Membros podem exigir que o profissional confirme a oferta ao consumidor que só fica vinculado depois de ter assinado a oferta ou de ter enviado o seu consentimento por escrito. Os Estados-Membros podem igualmente exigir que essa confirmação seja efectuada num suporte duradouro.

4. *O profissional deve fornecer ao consumidor uma confirmação do contrato celebrado, incluindo, se for caso disso, do acordo e da aceitação do consumidor, nos termos do artigo 19.º, n.º 1, alínea j), e de todas as informações referidas no artigo 9.º, n.º1, em suporte duradouro, num prazo razoável após a celebração do contrato à distância, e o mais tardar aquando da entrega dos bens ou antes do início da execução do serviço, salvo se a informação já tiver sido dada ao consumidor em suporte duradouro antes da celebração do contrato à distância.*

4-A. Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços ou o fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano comece durante o prazo de retractação previsto no artigo 12.º, n.º 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso.

4-B. O presente artigo não prejudica as disposições relativas à celebração de contratos electrónicos e de ordens de encomenda electrónicas constantes dos artigos 9.º e 11.º da Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

5. *Para o cumprimento das obrigações de informação previstas na presente directiva, os Estados-Membros não devem impor requisitos formais adicionais em matéria de informação pré-contratual.*

Artigo 12.º

■ Direito de retractação

1. *Sob reserva das excepções referidas no artigo 19.º, o consumidor deve dispor de um prazo de 14 dias para exercer o direito de retractação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, sem necessidade de indicar qualquer motivo, e sem incorrer em quaisquer custos para além dos previstos no artigo 16.º, n.º 2, e no artigo 17.º.*

2. *Sem prejuízo do disposto no artigo 13.º, o prazo de retractação referido no n.º 1 expira 14 dias a contar do:*

a) *dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de serviços;*

b) *dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física* ■ *dos bens, no caso dos contratos de venda, ou:*

(i) *dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente;*

(ii) *dia em que o consumidor ou um terceiro, com excepção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos;*

(iii) *dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período:*

c) *dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, bem como de aquecimento urbano e conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material.*

■

4. Os Estados-Membros não devem proibir as partes de cumprir as respectivas obrigações *contratuais* durante o prazo de retractação. *Contudo, no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, os Estados-Membros podem manter a legislação nacional em vigor que proíba o profissional de exigir o pagamento durante um determinado período após a celebração do contrato.*

Artigo 13.º

Omissão de informação sobre o direito de retractação

1. Se o profissional não tiver fornecido a informação ao consumidor, em violação do artigo 9.º, n.º 1, *alínea e)*, o prazo de retractação expira 12 meses a contar *do termo do prazo de retractação inicial, determinado em conformidade com o artigo 12.º, n.º 2.*

2. *Se o profissional tiver fornecido ao consumidor a informação prevista no n.º 1 no prazo de 12 meses a contar da data referida no artigo 12.º, n.º 2, o prazo de retractação expira 14 dias a contar do dia em que o consumidor recebeu a informação.*

Artigo 14.º

Exercício do direito de resolução

1. O consumidor deve comunicar ao profissional a sua decisão de retractação *antes do termo do prazo de retractação. Para o efeito, o consumidor pode:*

a) *utilizar* o modelo de resolução previsto no anexo I (B); *ou*

b) *efectuar qualquer outra declaração inequívoca em que comunique a sua decisão de retractação.*

Os Estados-Membros não devem impor quaisquer requisitos formais aplicáveis ao modelo de formulário de retractação *para além dos indicados no anexo I (B)*.

1-A. Considera-se que o prazo de retractação referido nos artigos 12.º, n.º 2, e 13.º é respeitado se a comunicação referente ao exercício do direito de retractação for enviada pelo consumidor antes do termo desse prazo.

2. O profissional pode, para além das possibilidades referidas no n.º 1, dar ao consumidor a possibilidade de preencher e apresentar por via electrónica o modelo de formulário de retractação *previsto no anexo I (B) ou qualquer outra declaração inequívoca* através do sítio Internet do profissional. *Nesses casos*, o profissional deve enviar sem demora ao consumidor, *num suporte duradouro*, um aviso de recepção do pedido de retractação.

2-A. Cabe ao consumidor o ónus da prova do exercício do direito de retractação nos termos do presente artigo.

Artigo 15.º

Efeitos da retractação

O exercício do direito de retractação determina a extinção das obrigações das partes de:

- a) executar o contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial; ou
- b) celebrar o contrato *à distância ou* fora do estabelecimento comercial, nos casos em que tenha sido apresentada uma oferta pelo consumidor.

Artigo 16.º

Obrigações do profissional em caso de retractação

1. O profissional deve reembolsar *todos os pagamentos recebidos* do consumidor, *incluindo os eventuais custos de entrega, sem demora injustificada e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias* a contar da data em que *é informado da decisão de retractação do consumidor, em conformidade com o artigo 14.º*.

O profissional deve efectuar o reembolso referido no primeiro parágrafo, usando o mesmo meio de pagamento que o consumidor usou na transacção inicial, salvo acordo expresse em contrário do consumidor e na condição de o consumidor não incorrer em quaisquer custos como consequência do reembolso.

2-A. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o profissional não é obrigado a reembolsar os custos adicionais de envio, se o consumidor tiver solicitado expressamente uma modalidade de envio diferente da modalidade menos onerosa de envio normal proposta pelo profissional.

3. *Salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens*, para os contratos de vendas, o profissional pode reter o reembolso até ter recebido os bens de volta, ou até o consumidor ter apresentado prova do envio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro.

Artigo 17.º

Obrigações do consumidor em caso de retractação

1. Nos contratos *celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial*, o consumidor deve reenviar os bens ou entregá-los ao profissional, ou a uma pessoa autorizada pelo

profissional a recebê-los, *sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias* a contar do dia em que informar o profissional da *sua decisão* de retractação, *em conformidade com o artigo 14.º*, salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens. *Considera-se que o prazo é respeitado se os bens forem reenviados pelo consumidor antes do termo do prazo de 14 dias.*

O consumidor apenas deve suportar o custo directo da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar o referido custo *ou se o profissional não tiver informado o consumidor de que este último tem de suportar o custo.*

No caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial em que os bens foram entregues ao domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato, o profissional deve, a expensas suas, recolher os bens se, pela sua natureza, estes não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio.

2. O consumidor só é responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma manipulação que exceda o necessário para verificar a natureza, *as características* e o funcionamento dos bens. *O consumidor* não é, *em caso algum*, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retractação, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, *alínea e*).

2-A. Sempre que exercer o seu direito de retractação após ter apresentado um pedido nos termos do artigo 10.º, n.º 2-A, ou do artigo 11.º, n.º 4-B, o consumidor deve pagar ao profissional um montante proporcional ao que foi fornecido até ao momento em que o consumidor comunicou ao profissional o exercício do direito de retractação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato. O montante proporcional a pagar pelo consumidor ao profissional deve ser calculado com base no preço total acordado no contrato. Se o preço total for excessivo, o montante proporcional deve ser calculado com base no valor de mercado do que foi fornecido.

2-B. O consumidor não deve suportar quaisquer custos:

a) relativos aos serviços executados, *como o fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou aquecimento urbano*, total ou parcialmente durante o prazo de retractação, *se:*

i) *o profissional não tiver prestado informações, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea e-B); ou*

ii) *o consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de retractação, nos termos dos artigos 10.º, n.º 2-A e 11.º, n.º 4-A; ou*

b) *relativos ao fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se:*

i) *o consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias referido no artigo 12.º, ou*

ii) *o consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de retractação ao dar o seu consentimento, ou*

iii) *o profissional não tiver fornecido a confirmação, em conformidade com o artigo 11.º, n.º 4-2-C. À excepção do previsto no artigo 16.º, n.º 2, o consumidor não incorre em qualquer*

responsabilidade decorrente do exercício do direito de retractação.

Artigo 18.º

Efeitos do exercício do direito de retractação em contratos acessórios

1. Sem prejuízo do artigo 15.º da Directiva 2008/48/CE, se o consumidor exercer o seu direito de retractação no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, nos termos dos artigos 12.º a 17.º, os contratos acessórios são automaticamente rescindidos, sem quaisquer custos para o consumidor **que não estejam previsto no artigo 16.º, n.º 2 e no artigo 17.º da presente directiva.**

2. Os Estados-Membros determinam as modalidades de rescisão deste tipo de contratos.

Artigo 19.º

Excepções ao direito de retractação

1. **Os Estados-Membros não conferem** o direito de retractação **previsto nos artigos 12.º a 18.º relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial no tocante:**

a) aos **contratos de serviços depois de os serviços terem sido totalmente executados caso a execução já tenha sido iniciada com o prévio consentimento expresso dos consumidores, e com a aceitação de que perdem o direito de retractação quando o contrato for plenamente executado pelo profissional;**

b) ao fornecimento de bens ou à prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar **e que possam ocorrer durante o prazo de retractação;**

c) ao fornecimento de bens realizados segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados;

c-A) ao fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo;

c-B) ao fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de protecção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega;

c-C) ao fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos;

d) ao fornecimento de **bebidas alcoólicas** cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de venda, cuja entrega apenas possa ser feita **após um período de 30 dias**, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional;

d-A) aos contratos para os quais o consumidor tenha solicitado especificamente ao profissional **que se desloque ao seu domicílio para efectuar reparações ou operações de manutenção. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional fornecer serviços para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efectuar a manutenção ou reparação, o direito de retractação deve aplicar-se a esses serviços ou bens adicionais.**

- e) *ao fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega;*
- f) *ao fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com excepção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações;*
- g) *aos contratos celebrados em hasta pública;*
- h) *ao fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com actividades de lazer se o contrato previr uma data ou período de execução específicos;*
- i) *ao fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio do consumidor e a sua aceitação de que deste modo perde o direito de retractação.*

CAPÍTULO IV

OUTROS DIREITOS DOS CONSUMIDORES I

Artigo 21.º

Âmbito de aplicação

1. *Os artigos 22.º e 23.º aplicam-se aos contratos de vendas. Esses artigos não se aplicam aos contratos de fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano e de conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material.*
2. *Os artigos 22.º-B, 28.º-A e 28.º-B aplicam-se aos contratos de venda e prestação de serviços e aos contratos de fornecimento de água, gás, electricidade, aquecimento urbano e conteúdos digitais.*

Artigo 22.º

Entrega

1. Salvo acordo em contrário das partes *no momento da entrega*, o profissional deve entregar os bens mediante transferência da sua posse *física ou controlo* ao consumidor, *sem demora injustificada, mas o mais tardar* 30 dias após a celebração do contrato.
2. Sempre que o profissional não tiver cumprido a sua obrigação de entrega *dos bens na data acordada com o consumidor ou a tempo nos termos do n.º 1*, o consumidor *deve solicitar-lhe que efectue a entrega num prazo adequado às circunstâncias. Se o profissional não proceder à entrega dos bens dentro do prazo adequado, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato.*

O primeiro parágrafo não é aplicável aos contratos de vendas em que o profissional tenha recusado entregar os bens, ou em que o prazo de entrega seja essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, ou em que o consumidor tenha informado o profissional, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo

ou em determinada data é essencial. Nesses casos, se o profissional não entregar os bens na data acordada com o consumidor ou em conformidade com o n.º 1, o consumidor tem o direito de rescindir o contrato imediatamente.

2-A. Após a rescisão do contrato, o profissional deve, sem demora injustificada, restituir todos os montantes pagos no âmbito do contrato.

3. Para além da rescisão do contrato nos termos do n.º 2, o consumidor pode recorrer a outras soluções previstas na legislação nacional.

Artigo 22.º-A

Taxas pela utilização de meios de pagamento

Os Estados-Membros devem proibir os profissionais de cobrar aos consumidores, em relação à utilização de certos meios de pagamento, taxas que ultrapassem o custo por si suportado para a utilização de tais meios de pagamento.

Artigo 23.º

Transferência do risco

Nos contratos em que o profissional expede os bens ao consumidor, o risco de perda ou dano dos bens é transferido para o consumidor sempre que este ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, tiver adquirido a posse física dos bens. Após a entrega ao transportador, o risco é transferido para o consumidor, se o transportador tiver sido encarregado pelo consumidor de transportar os bens e se essa possibilidade não tiver sido oferecida pelo profissional, sem prejuízo dos direitos do consumidor em relação ao transportador.

■

Artigo 28.º-A

Comunicação por telefone

Os Estados-Membros velam por que, no caso de o profissional utilizar uma linha telefónica para ser contactado em relação ao contrato celebrado, o consumidor – ao contactar o profissional – não fique vinculado a pagar mais do que a tarifa de base. Esta disposição é aplicável sem prejuízo do direito dos fornecedores de serviços de telecomunicações facturarem essas chamadas.

Artigo 28.º-B

Pagamentos adicionais

Antes de o consumidor ficar vinculado pelo contrato ou oferta, o profissional deve obter o consentimento expresso do consumidor para qualquer pagamento adicional à remuneração prevista relativamente à obrigação contratual principal do profissional. Se o profissional não tiver obtido o consentimento expresso do consumidor mas o tiver deduzido a partir de opções estabelecidas por defeito que o consumidor deva recusar para evitar o pagamento adicional, o consumidor tem direito ao reembolso do referido pagamento.

■

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES GERAIS

I

Artigo 41.º

Execução

1. Os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para garantir o cumprimento do disposto na presente directiva.

2. Os meios referidos no n.º 1 devem incluir disposições que, nos termos da legislação nacional, permitam a um ou mais dos organismos a seguir indicados, tal como determinados por essa legislação, solicitar que os tribunais ou os organismos administrativos competentes se pronunciem para garantir a aplicação das disposições nacionais de execução da presente directiva:

- a) Organismos públicos ou seus representantes;
- b) Organizações de consumidores com um interesse legítimo na defesa dos consumidores;
- c) Organizações profissionais com um interesse legítimo em agir.

Artigo 42.º

Sanções

1. Os Estados-Membros devem estabelecer o regime de sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais adoptadas em execução da presente directiva e tomar todas as medidas necessárias para garantir a sua aplicação. As sanções assim estabelecidas devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.

2. Os Estados-Membros devem notificar essas disposições à Comissão até à data fixada no artigo 46.º, **n.º 1, primeiro parágrafo**, devendo também comunicar de imediato qualquer modificação de que sejam objecto.

Artigo 43.º

Carácter imperativo da directiva

Se a lei aplicável ao contrato for a lei de um Estado-Membro, os consumidores não podem renunciar aos direitos que lhes são conferidos pela **transposição da presente directiva para a legislação nacional**.

As cláusulas contratuais que, directa ou indirectamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente directiva não vinculam o consumidor.

Artigo 44.º

Informação

Os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para informar os consumidores **e os profissionais** das disposições nacionais de transposição da presente directiva e, sempre que adequado, incentivar os profissionais e titulares de códigos a informar os consumidores dos seus códigos de conduta.

Artigo 45.º

Fornecimento não solicitado

O consumidor está isento de qualquer contraprestação nos casos de fornecimento não solicitado de *bens, água, gás, electricidade, aquecimento urbano ou conteúdos digitais ou de prestação não solicitada de um serviço, proibidos* nos termos do artigo 5.º, n.º 5 e do ponto 29 do Anexo I da Directiva 2005/29/CE. A ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento não solicitado não vale como consentimento.

Artigo 46.º

Transposição

1. Os Estados-Membros adoptam e publicam, até *, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto *destas medidas sob a forma de documentos. A Comissão usa esses documentos para a elaboração do relatório referido no artigo 46.º-B.*

Os Estados-Membros aplicam essas *medidas* a partir de*.

Quando os Estados-Membros adoptarem essas *medidas*, estas incluem uma referência à presente directiva ou são acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência são estabelecidas pelos Estados-Membros.

2-A. *As disposições da presente directiva aplicam-se aos contratos celebrados após a data referida no n.º 1, segundo parágrafo.*

Artigo 46.º-A

Dever de informação

1. *Sempre que um Estado-Membro faça uso de uma das escolhas regulamentares referidas no artigo 3.º, n.º 4, no artigo 9.º, n.º 7, no artigo 9.º, n.º 8, no artigo 10.º, n.º 2-B, no artigo 11.º, n.º 3-B e no artigo 12.º, n.º 4, deve informar a Comissão desse facto até ...*, bem como de alterações que efectue posteriormente.*

2. *A Comissão vela por que os consumidores e profissionais tenham facilmente acesso às informações referidas no n.º 1, nomeadamente num sítio Internet criado para o efeito.*

3. *A Comissão envia as informações referidas no n.º 1 aos restantes Estados-Membros e ao Parlamento Europeu. A Comissão consulta as partes interessadas sobre as informações transmitidas pelos Estados-Membros.*

Artigo 46.º-B

Relatórios pela Comissão e revisão

A Comissão apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho, até ..., um relatório sobre a aplicação da presente directiva. Esse relatório deve incluir, em particular, uma avaliação das disposições da presente directiva relativas ao conteúdo digital, nomeadamente o direito de retractação. Deve ser acompanhado, se necessário, de propostas legislativas para a adaptação da presente directiva às evoluções no domínio dos direitos dos consumidores.*

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 47.º

Revogações

As Directivas 85/577/CEE **I** e 97/7/CE **I**, com as alterações introduzidas pelas directivas que integram a lista do Anexo IV, são revogadas *com efeitos a partir de ...*.

As remissões para as directivas revogadas devem entender-se como sendo feitas para a presente directiva e devem ser lidas de acordo com o quadro de correspondência constante do Anexo V.

Artigo 47.º-A

Alteração da Directiva 93/13/CEE

Na Directiva 93/13/CEE, é inserido o seguinte artigo:

“Artigo 8.º-A

1. *Se um Estado-Membro adoptar disposições em conformidade com o artigo 8.º, em particular em caso:*

- *de cláusulas contratuais negociadas individualmente ou de adequação, o preço ou a remuneração são cobertos pela avaliação do carácter abusivo;*
- *de listas que contenham cláusulas contratuais consideradas abusivas, deve informar a Comissão desse facto, bem como de modificações posteriores.*

2. *A Comissão vela por que os consumidores e os profissionais tenham facilmente acesso às informações referidas no n.º 1, nomeadamente num sítio Internet criado para o efeito.*

3. *A Comissão envia as informações referidas no n.º 1 aos restantes Estados-Membros e ao Parlamento Europeu. A Comissão consulta as partes interessadas sobre as informações transmitidas pelos Estados-Membros.”*

Artigo 47.º-B

Alteração da Directiva 1999/44/CE

Na Directiva 1999/44/CEE, é inserido o seguinte artigo:

“Artigo 8.º-A

1. *Se um Estado-Membro adoptar disposições mais rigorosas em matéria de defesa dos consumidores do que as que constam do artigo 5.º, n.ºs 1 a 3, e do artigo 7.º, n.º 1, deve informar a Comissão desse facto, bem como de modificações posteriores.*

2. *A Comissão vela por que os consumidores e profissionais tenham facilmente acesso às informações referidas no n.º 1, nomeadamente num sítio Internet criado para o efeito.*

3. *A Comissão envia as informações referidas no n.º 1 aos restantes Estados-Membros e ao Parlamento Europeu. A Comissão consulta as partes interessadas sobre as informações transmitidas pelos Estados-Membros.”*

Artigo 49.º

Entrada em vigor

A presente directiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Artigo 50.º

Destinatários

Os destinatários da presente directiva são os Estados-Membros.

Feito em

Pelo Parlamento Europeu

O Presidente

Pelo Conselho

O Presidente

NOTAS

* Alterações: o texto novo ou alterado é assinalado em itálico e a negrito; as supressões são indicadas pelo símbolo **■**.

¹JO C 317 de 23.12.2009, p. 54.

²JO C 200 de 25.8.2009, p. 76.

³Posição do Parlamento Europeu de 2011.

⁴JO L 372 de 31.12.1985, p. 31.

⁵JO L 144 de 4.6.1997, p. 19.■

⁶JO L 177 de 4.7.2008, p. 6.

⁷JO L 376 de 27.12.2006, p. 36.

⁸JO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

⁹JO L 88 de 4.4.2011, p. 45.

¹⁰JO L 124 de 8.6.1971, p. 1.

¹¹JO L 319 de 5.12.2007, p. 1.

¹²JO L 177 de 4.7.2008, p. 6.

¹³JO L 149 de 11.6.2005, p. 22.

¹⁴JO C 321 de 31.12.2003, p. 1.

¹⁵JO L 88 de 4.4.2011, p. 45.

¹⁶JO L 158 de 23.6.1990, p. 59.

¹⁷JO L 33 de 3.2.2009, p. 10.

* JO: inserir a data correspondente a dois anos após a entrada em vigor da directiva.

* JO: inserir a data correspondente a trinta meses após a entrada em vigor da directiva.

* JO: inserir a data correspondente a dois anos após a entrada em vigor da directiva.

* JO: inserir a data correspondente a três anos após o prazo de transposição.

* JO: inserir a data correspondente a trinta meses após a entrada em vigor da presente directiva.

ANEXO I

Informações referentes ao exercício do direito de retractação



A. Modelo de instruções de retractação

Direito de retractação

Tem direito à retractação do presente contrato no prazo de 14 dias de calendário, sem necessidade de indicar qualquer motivo.

O prazo de retractação expira 14 dias a contar do dia seguinte ao dia ¹

A fim de exercer o seu direito de retractação, deve comunicar-nos ² *a sua decisão de retractação por meio de uma declaração inequívoca (por exemplo, carta enviada pelo correio, fax ou correio electrónico). Pode utilizar o modelo de formulário de retractação, mas tal não é obrigatório.* ³

Para que o prazo seja respeitado, basta que a sua comunicação referente ao exercício do direito de retractação seja enviada antes do termo do prazo de retractação.

Consequências da retractação

Em caso de retractação, reembolsamos todos os pagamentos efectuados, incluindo os custos de entrega (com excepção de custos suplementares resultantes da sua escolha de uma modalidade de envio diferente da modalidade menos onerosa de envio normal por nós oferecida), sem demora injustificada e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias a contar da data em que fomos informados da sua decisão de retractação. Efectuamos esses reembolsos usando o mesmo meio de pagamento que usou na transacção inicial, salvo acordo expresso em contrário da sua parte; em qualquer caso, não incorrerá em quaisquer custos como consequência do reembolso. ⁴

⁵

⁶

Instruções de preenchimento:

⁷ *Inserir aqui o seguinte:*

- a) No caso de um contrato de prestação de serviços ou de um contrato de fornecimento de água, gás e electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano e de conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material: “da celebração do contrato.”;*
- b) No caso de um contrato de venda: “em que adquire ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquire a posse física dos bens.”;*
- c) No caso de um contrato em que o consumidor encomendou vários bens numa única encomenda e os bens são entregues separadamente: “em que adquire ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquire a posse física do último bem.”;*
- d) No caso de um contrato relativo à entrega de um bem constituído por vários lotes ou partes: “em que adquire ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquire a posse física do último lote ou da última parte.”;*
- e) No caso de um contrato de entrega periódica de bens durante um determinado período: “em que adquire ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquire a posse física do primeiro bem.”;*

2 Inserir aqui o seu nome, endereço geográfico e, eventualmente, número de telefone, número de fax e endereço de correio electrónico.

3 Inserir aqui o seguinte, se der ao consumidor a possibilidade de preencher e apresentar por via electrónica informação sobre a retractação através do seu sítio Internet: “Dispõe também da possibilidade de preencher e apresentar por via electrónica o modelo de formulário de retractação ou qualquer outra declaração inequívoca de retractação através do nosso sítio Internet [inserir endereço Internet]. Se fizer uso dessa possibilidade, enviar-lhe-emos sem demora, num suporte duradouro (por exemplo, por correio electrónico), um aviso de recepção do pedido de retractação.”

4 Inserir aqui o seguinte, no caso de um contrato de venda em que não se tenha oferecido para recolher os bens em caso de retractação: “Podemos reter o reembolso até termos recebido os bens devolvidos, ou até que apresente prova do envio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro.”

5 Inserir aqui o seguinte, no caso de o consumidor ter recebido bens no âmbito do contrato:

a Inserir:

– “Recolhemos os bens.”; ou

– “Deve devolver os bens ou entregá-los-nos ou a _____ [insira o nome da pessoa e o endereço geográfico, se for caso disso, da pessoa que autoriza a recebê-los], sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que nos informar da retractação. Considera-se que o prazo é respeitado se devolver os bens antes do termo do prazo de 14 dias.”

b Inserir:

– “Suportaremos os custos da devolução dos bens.”; ou

– “Terá de suportar os custos directos da devolução dos bens.”; ou

– Se, num contrato à distância, não se oferecer para suportar os custos da devolução dos bens e se estes, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio: “Terá de suportar os custos directos da devolução dos bens, ____ EUR [inserir].”; ou se o custo da devolução dos bens não puder ser razoavelmente calculado antecipadamente: “Terá de suportar os custos directos da devolução dos bens. Estes custos são estimados em aproximadamente ____ EUR no máximo; ou

– Se, num contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio e tiverem sido entregues no domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato: “Recolheremos os bens a expensas nossas.”]

c “Só é responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma manipulação que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens.”

6 No caso de um contrato de prestação de serviços ou de um contrato de fornecimento de água, gás ou electricidade, quando não forem postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, inserir o seguinte: “Se tiver solicitado que a prestação de serviços ou o fornecimento de água/gás/electricidade/aquecimento urbano [riscar o que não interessa] comece durante o prazo de retractação, pagar-nos-á um montante razoável proporcional ao que lhe foi fornecido até ao momento em que nos comunicou a sua retractação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato.”

B. Modelo de formulário de resolução

(só deve preencher e devolver o presente formulário se quiser retractar-se do contrato)

– Para [inserir aqui o nome, o endereço geográfico e, eventualmente, o número de fax e o endereço de correio electrónico do profissional]:

– Pela presente comunico/comunicamos* que me retracto/nos retractamos* do meu/nosso* contrato de venda relativo ao seguinte bem/ de prestação do seguinte serviço*

– Solicitado em*/recebido em *

– Nome do(s) consumidor(es)

– Endereço do(s) consumidor(es)

– Assinatura do(s) consumidor(es) (só no caso de o presente formulário ser notificado por escrito)

– Data

*Riscar o que não interessa.

ANEXO IV

Directivas revogadas com a lista das sucessivas alterações

(nos termos do artigo 47.º)

Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais JO L 372 de 31.12.85, p. 31.

Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho JO L 144 de 4.6.1997, p. 19.

Directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho JO L 271 de 09.10.02, p. 16.

Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho JO L 149 de 11.06.05, p. 29.

Directiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Novembro de 2007 JO L 319 de 05.12.07, p. 1.

Anexo V
 Quadro de correspondência*

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
Artigo 1. ^{o1}				
	█			
	█			█
		Artigo 1. ^{o2}		
			█	
			█	█
			█	█
				Nº 21 do artigo 3.º
			█	█

* O quadro de correspondência será completado durante a revisão jurídico-linguística do texto.

¹Substituído, em substância, pelo artigo 3.º e pelo artigo 8.º em articulação com o n.º 8 do artigo 2.º.

²Substituído, em substância, pelo artigo 1.º.

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
			█	█
			█	█
			█	█
			█	█
			█	█
Artigo 2.º (substituído)				N.º 1 do artigo 2.º
				N.º 2 do artigo 2.º
	█			█
	█			█
	█			█
		N.º 2 do artigo 1.º (substituído)		N.º 6 do artigo 2.º
		N.º 2 do artigo 2.º (substituído)		N.º 1 do artigo 2.º

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
		N.º 2 do artigo 3.º (substituído)		N.º 2 do artigo 2.º
		Primeiro período do n.º 4 do artigo 2.º (substituído)		N.º 7 do artigo 2.º
		Segundo período do n.º 4 do artigo 2.º		Revogado
		Nº 2 do artigo 5.º		Revogado
			■	■
				Artigo 22.º
			■	■
			■	■
			■	■
			■	■
N.º 3 do artigo 1.º				Revogado

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
Alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º (substituída)				Alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º
Alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º (substituída)				Alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º
Alínea c) do n.º 2 do artigo 3.º (substituída)				N.º 12 do artigo 2.º
Alínea d) do n.º 2 do artigo 3.º				Alínea a) do n.º 2 do artigo 20.º
Alínea e) do n.º 2 do artigo 3.º				Alínea b) do n.º 2 do artigo 20.º
N.º 3 do artigo 3.º ¹				
	■			■
	■			■

¹ Substituído, em substância, pelo artigo 3.º e pelo artigo 8.º em articulação com o n.º 8 do artigo 2.º.

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
	I			I
	I			I
	I			I
				Artigo 35.º
		Primeiro travessão do n.º 1 do artigo 3.º (substituído)		N.º 3 do artigo 2.º
		Segundo travessão do n.º 1 do Artigo 3.º		Alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º
		Terceiro travessão do n.º 1 do artigo 3.º (substituído)		Alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º
		Quarto travessão do n.º 1 do artigo 3.º (substituído)		Alínea a) do n.º 1 do artigo 20.º

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
		Quinto travessão do n.º 1 do artigo 3.º ¹ (substituído)		
		Primeiro travessão do n.º 2 do artigo 3.º (substituído)		Alínea d) do n.º 1 do artigo 20.º
		Segundo travessão do n.º 2 do artigo 3.º (substituído)		N.º 3 do artigo 20.º
			█	█
				Artigo 23.º
			█	█
Primeiro período do artigo 4.º (substituído)				Artigo 9.º
Segundo período do artigo 4.º (substituído)				Artigo 10.º
	█			█

¹Substituído parcialmente pela alínea h) do n.º 1 do artigo 19.º.

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
	I			I
		Alínea a) do n.º 1 do artigo 4.º (substituída)		Alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º
		Alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º (substituída)		Alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º
		Alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º (substituída)		Alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º
		Alínea d) do n.º 1 do artigo 4.º (substituído)		Alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º
		Alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º (substituído)		Alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º
N.º 1 do artigo 5.º (substituído)				Artigo 12.º
				Artigo 14.º
N.º 2 do artigo 5.º (substituído)				Artigo 15.º
				Artigo 16.º

Antiga numeração da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à defesa dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais.		Antiga numeração da Directiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à defesa dos consumidores em matéria de contratos à distância,		Nova numeração na presente directiva
				Artigo 17.º
	█			█
	█			█
Artigo 6.º (substituído)				Artigo 43.º
	█			█
	█			█
Artigo 7.º ¹				
	█			█
	█			█

Antiga numeração no anexo do Regulamento (CE) n.º 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor	Deve ser interpretado como uma referência à
N.ºs 2, 6, 8 e 11	Presente directiva

Or. en

¹Substituído, em substância, pelo artigo 16.º e pelo artigo 17.º.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
Relator: Vladimir Abreu da Silva

Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
Relator: João Maria Lós

Ementário
Julgados do TJ/RS e TJ/MG

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Acórdão 1 (22.09.2011):

“É ilegítima a inscrição ou manutenção do nome do avalista junto aos órgãos de proteção ao crédito, quando consumada a prescrição do direito de ação.

“A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”

“A notificação prévia visa dar conhecimento ao consumidor de que a empresa mantenedora do banco de dados está recebendo informações sobre sua pessoa”

“É evidente que a negativação em órgão de proteção ao crédito causa prejuízo na vida de qualquer pessoa, impedindo-a de tomar empréstimos, bem como realizar compras com pagamento a prazo”

Do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Acórdão 2 (14.09.2011):

“A seguradora está obrigada a pagar indenização no caso de não ter submetido o segurado a exame prévio de saúde”

“Ao concretizar o seguro sem exigir exames prévios, passando a receber o pagamento do prêmio, age de má-fé a seguradora, fora dos princípios morais condizentes com a boa-fé objetiva, que é princípio basilar do sistema de proteção ao consumidor, quando, após o óbito do segurado, quer se eximir da obrigação de pagar o valor correspondente ao seguro”

“Embora existam fatos que evidenciam ter o segurado prestado informações inverídicas, há de prevalecer o entendimento de que a seguradora apelante, por não ter exigido nenhum tipo de exame preliminar, nem tampouco cuidado de averiguar se o aderente era portador de algum mal, deve assumir os riscos de ter contratado sem as devidas cautelas”

“Omissa a prestadora de serviços no tocante à exigência de exame médico para aferir o estado de saúde do consumidor, não pode se escusar da responsabilidade contratual assumida, com base no argumento de doença preexistente”

ACÓRDÃO 1

ILEGITIMIDADE de INSCRIÇÃO ou MANUTENÇÃO do NOME do AVALISTA junto aos ÓRGÃOS de PROTEÇÃO AO CRÉDITO quando consumada a PRESCRIÇÃO do DIREITO de AÇÃO

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **110447**

Período de divulgação: **4º Trimestre de 2011**

Tribunal: **TJ/MS**

Órgão Julgador: **5a. T.Cível**

Relator: **Vladimir Abreu da Silva**

ACÓRDÃO: 2011.026625-5 ANO:

2011 DECISÃO: 22 09 2011

TURMA: 05

ÓRGÃO JULGADOR: 5ª TURMA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 22 09 2011

JUIZ RELATOR: DR VLADIMIR ABREU

DA SILVA

APELANTE: HSBC BANK BRASIL S/A.

APELADO: MAURO RENOSTO.

E M E N T A: Apelação cível - ação cautelar inominada - negativação em órgão de proteção ao crédito - avalista - título prescrito - inscrição **ilegítima** - artigo 43, § 5º, do código de defesa do consumidor - recurso improvido. É ilegítima a inscrição ou manutenção do nome do avalista junto aos órgãos de proteção ao crédito, quando consumada a prescrição do direito de ação.

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da

Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

HSBC Bank Brasil S.A. interpõe recurso de apelação, irrisignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou procedente o pedido formulado na ação cautelar inominada, autos n. 005.10.000103-8, proposta por Mauro Renosto.

Alega que a pretensão formulada na presente demanda não traz em seu bojo os requisitos necessário à concessão da medida, consistente no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, pois encontra-se a exercer direito que lhe é inerente, decorrente inadimplemento do débito.

Esclarece que a cautela, como o próprio nome informa, tem como escopo proteger, provisoriamente, situação de risco para que, quando da discussão da questão litigiosa em processo principal já não tenha havido danos irreversíveis, tornando inócua a tutela jurisdicional.

Frisa que na qualidade de interveniente garantidor do contrato de financiamento, o apelado responde solidariamente pelo adimplemento do contrato celebrado com João Garcia, tornando legítima a inclusão de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Salienta que competia ao órgão mantenedor do cadastro de inadimplentes proceder a notificação do devedor antes de efetuar a inscrição de seu nome, não podendo ser-lhe imputada a responsabilidade pela inobservância daquele a legislação vigente.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Intimado, o apelado deixou transcorrer in albis o prazo para apresentação das contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por HSBC Bank Brasil S.A., irredignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou procedente o pedido formulado na ação cautelar inominada, autos n. 005.10.000103-8, proposta por Mauro Renosto.

Estabelece o art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, verbis:

“Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

(...)

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”

Da leitura do preceito acima transcrito,

observa-se que os credores possuem o direito de inscrever os nomes dos inadimplentes nos serviços de proteção ao crédito, desde que estes sejam cientificados previamente e por escrito acerca da negativação, obrigação que compete a empresa mantenedora do banco de dados.

A notificação prévia visa dar conhecimento ao consumidor de que a empresa mantenedora do banco de dados está recebendo informações sobre sua pessoa, comunicando a existência de débito em aberto ou obrigação não cumprida perante uma das empresas filiadas ao sistema, possibilitando a oposição de causa impeditiva e, até mesmo, a negociação do débito perante o credor.

No caso dos autos, a negativação do nome do apelado é proveniente do inadimplemento de nota promissória no valor de R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) (f. 21), onde figurou como avalista, emitida em garantia ao débito representado por “Contrato de Mútuo na Forma Operacional de Empréstimo Rotativo” (f. 17-20).

O contrato de mútuo foi celebrado em 07 de fevereiro de 2003, vencendo-se em 08 de maio de 2003, a partir de quando passou a fluir a prescrição trienal, por força do que prescreve o artigo 206, § 3º, inciso VIII, do Código Civil, a qual consumou-se em 08 de maio de 2006.

Ocorre que somente em 25 de agosto de 2006, depois de consumada a prescrição trienal, a instituição financeira apelante propôs ação de cobrança, autos n. 005.06.003102-0, em face de João Garcia Ferreira, devedor principal.

Portanto, uma vez consumada a prescrição relativa à cobrança do débito, é veda-

do ao credor promover a inscrição ou manutenção da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, a teor do que dispõe o artigo 43, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, “in verbis”:

“Art. 43. (...)

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

Em face da prescrição do título, em que o apelado figurava como avalista, bem como por não ter sido demandado em juízo, quando da propositura da ação de cobrança, autos n. 005.06.003102-0, configura-se como ilegítima a inscrição de seu nome junto ao cadastro de maus pagadores.

Destaque-se que o nome do apelado permaneceu no serviço de proteção ao crédito até 08 de janeiro de 2010, conforme demonstra o extrato de pendência financeira juntado à f. 23.

Assim sendo, o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação ao direito do apelado - *periculum in mora* - também restou caracterizado, pois é evidente que a negativação em órgão de proteção ao crédito causa prejuízo na vida de qualquer pessoa, impedindo-a de tomar empréstimos, bem como realizar compras com pagamento a prazo.

Por essas razões, impõe-se o cancelamento da negativação, com a consequente exclusão do nome do recorrido dos órgãos de proteção ao crédito.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de setembro de 2011.

ACÓRDÃO 2

SEGURADORA de SEGURO DE VIDA está OBRIGADA a pagar INDENIZAÇÃO no caso de não ter submetido o SEGURADO a EXAME PRÉVIO DE SAÚDE não podendo prevalecer a ALEGAÇÃO de CONHECIMENTO PRÉVIO de DOENÇA PREEXISTENTE e de OMISSÃO de INFORMAÇÃO na CONTRATAÇÃO

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **110252**

Período de divulgação: **4º Trimestre de 2011**

Tribunal: **TJ/MS**

Órgão Julgador: **1a. T.Cível**

Relator: **João Maria Lós**

ACÓRDÃO: 2011.023710-6 ANO: 2011

DECISÃO: 14 09 2011

TURMA: 01

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 14 09 2011

JUIZ RELATOR: DR JOÃO MARIA LÓS

APELANTE: HSBC BANK BRASIL S.A.-
BANCO MÚLTIPLO.

APELADOS: MÁRCIO IRALA DE LIMA
E OUTRO.

E M E N T A: Apelação cível - ação de cobrança de indenização securitária - seguro de vida - alegação de doença preexistente à contratação - ausência de exame prévio quando da contratação - risco assumido - seguradora que concretiza o seguro sem exame prévio, passando a receber os valores do prêmio, e vem, após o óbito do segurado, investigar sua vida progressa e se negar à cobertura se-

curitaria - indício de má-fé - código de defesa do consumidor - princípio basilar da boa-fé objetiva - sentença parcialmente mantida por seus próprios fundamentos - reforma da apenas para determinar que os juros de mora incidam a partir da citação - conhecido e parcialmente provido. A seguradora está obrigada a pagar indenização no caso de não ter submetido o segurado a exame prévio de saúde, não podendo prevalecer a alegação de conhecimento prévio de doença preexistente e de omissão de informação na contratação, por parte do segurado. Ao concretizar o seguro sem exigir exames prévios, passando a receber o pagamento do prêmio, age de má-fé a seguradora, fora dos princípios morais condizentes com a boa-fé objetiva, que é princípio basilar do sistema de proteção ao consumidor, quando, após o óbito do segurado, quer se eximir da obrigação de pagar o valor correspondente ao seguro, sob a alegação de doença preexistente que ela própria não investigou quando da celebração do contrato. Os juros de mora incidem a partir da citação válida.

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Hsbc Bank Brasil S.a.- Banco Múltiplo interpõe recurso de Apelação Cível - Ordi-

nário em face da sentença que, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária que promove em face de Márcio Irala de Lima, julgou procedente o pedido formulado na inicial para o fim de condenar a ré ao pagamento da indenização securitária no valor de R\$ 324.852,00 (trezentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinquenta e dois reais), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de moratórios de 1% (um por cento) ao mês, tudo desde o óbito (09/06/2003).

Sustenta que a boa-fé não é obrigatória apenas em relação a seguradora, mas também ao segurado que ao firmar o contrato precisa obrigatoriamente responder todos os questionamentos da forma mais verdadeira possível, sob pena de inviabilizar o pagamento do sinistro, caso seja constatado a ausência de veracidade das informações.

Aduz que a realização de diversos exames médicos tornaria inviável a contratação/operacionalização do seguro, visto que o custo recairia sobre o segurado, além do que, a realização de alguns exames não abrange todas as patologias existentes.

Aduz ainda que o segurado ao formalizar o contrato de seguro informou que não omitiu circunstâncias que poderia influenciar na aceitação da proposta, bem como que nada omitiu quanto ao seu real estado de saúde.

Cita que o segurado em 14/05/2002, realizou exame de ultra-sonografia de abdômen total sendo que o resultado constatou Nefropatia Paraneumática Difusa Crônica Bilateral, sendo que o cartão de proposta do do seguro foi preenchido em 12/09/2002, demonstrando que o segurado já tinha conhecimento do seu estado de saúde.

Alega que conforme certidão de óbito

do segurado um dos motivos da causa morte foi a insuficiência renal crônica.

Relata que o segurado não foi fiel ao preencher o questionário ao qual foi submetido quando da contratação do seguro, sendo certo que deveria ter informado os tratamentos realizados, mesmo que as patologias já se encontrassem sob controle.

Cita ainda que o valor descrito na sentença, não condiz com o valor da importância segurada na data do fato gerador de pretensão (09/06/2003), sendo que o valor que deve ser levado em consideração é a importância segurada na data do óbito do segurado, isto é, a importância de R\$ 321.000,00

Aduz que os juros de mora devem incidir a partir da data da citação e não da data do evento danoso como sedimentado na sentença.

Quanto a correção monetária, o apelante cita que deve se fazer valer o disposto no art. 1.º, parágrafo 2.º, da Lei n.º 6.899/1981, pelo que a correção monetária terá início na data da propositura da ação.

Requer que o presente recurso seja provido em todos os seus termos, reformando-se totalmente a r. Sentença.

Em contrarrazões o apelado alega que na data da contratação do seguro, a apelante não exigiu do falecido exames médicos prévios para apurar a situação de sua saúde.

Sustenta que o de cujos apresentava quadro de diabetes, desde 1.993, todavia, a morte não decorreu de tais doenças, como consta da certidão de óbito, mas sim de infecção geral (septicemia), choque hipovolêmico e hemorragia.

Cita que o médico Fernando Chicoski, que atendeu o genitor dos Apelados, esclareceu que “a história pregressa de diabetes não teve relação direta com o óbito do paciente”

(fl. 268).

Aduz que não pode a seguradora aceitar a contratação do seguro e, depois de verificado o sinistro, negar-se ao pagamento, sendo que não apurou as condições do segurado no momento da contratação. Tal conduta revela a má fé ab initio da seguradora: primeiro contrata, sem tomar as precauções inerentes à sua atividade, recebe normalmente a contraprestação do segurado e, ocorrido o sinistro, nega o pagamento da indenização, porque não se precaveu no momento da contratação.

Alega que como não realizou os exames médicos necessários, atuando de maneira negligente, a seguradora deve responder pela própria culpa e assumir os riscos de sua omissão.

Aduz ainda que não pode a empresa seguradora atribuir ao segurado o encargo de afirmar se está ou não em perfeitas condições de saúde, posto que não é médico, não possui conhecimentos que possibilitem fazer tal afirmação com segurança.

Cita que se pretendia a seguradora ter certeza absoluta da existência ou não da moléstia, deveria condicionar a aceitação do contrato à realização de exame médico, o que não fez.

Relata que a má fé não se presume, se prova, quando mais no caso concreto, onde incide o art. 6º, VIII, CDC. Nessa senda, imperioso ressaltar que não existe nos autos nenhuma prova da má fé do segurado.

Alega ainda que o próprio apelante juntou aos autos (fl. 194), declaração do Sr. Reinaldo Paes Sandim, gerente da agência do banco HSBC da Avenida Bandeirantes em Campo Grande-MS, onde o segurado era correntista, declarando que a venda do seguro de vida “sub judice” foi ofertada ao

cliente, ou seja, o segurado não procurou a seguradora para contratar seguro de vida agindo de má-fé como aduz o apelante.

Quanto ao valor da pretensão condenatória, o apelado aduz que o mesmo não foi impugnado na contestação e, por isso, não pode ser apreciado em sede de recurso de apelação, por óbice do art. 300, CPC.

O valor da condenação corresponde ao valor da indenização securitária pela morte do segurado (R\$ 321.000,00) somado à “assistência-funeral” (R\$ 3.852,00).

Cita ainda que deve ser mantida a sentença, para incidência de correção monetária com termo inicial na data do sinistro, e juros moratórios, esses devem incidir a partir do óbito, posta a ausência de impugnação específica e ainda ante a recusa ilícita da seguradora ao pagamento da indenização.

Requer que seja negado provimento ao recurso do apelante, a fim de manter intacta a sentença de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto(a) por Hsbc Bank Brasil S.a.- Banco Múltiplo em face da sentença que, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária que promove em face de Márcio Irala de Lima, julgou procedente o pedido formulado na inicial para o fim de condenar a ré ao pagamento da indenização securitária no valor de R\$ 324.852,00 (trezentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinquenta e dois reais), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de moratórios de 1% (um por cento) ao mês,

tudo desde o óbito (09.06.2003).

Extrai-se dos autos que em 13.09.2002 o Sr. Alcides Kurita de Lima, firmou com o Banco HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, ora apelante, o contrato de seguro de vida denominado Vida Premium, certificado 18324-004972-00-0, do qual os apelados são beneficiários da apólice de seguros, com término previsto para o dia 12.11.2003, vindo a falecer no dia 09.06.2003. Assim, na condição de beneficiários, os apelados ingressaram com a presente demanda a fim de receberem a apólice de referido seguro, já que a seguradora se recusou a fazê-lo.

O douto magistrado de primeiro grau, julgou procedente o pedido formulado na inicial para o fim de condenar a ré ao pagamento da indenização securitária no valor de R\$ 324.852,00 (trezentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinquenta e dois reais), corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de moratórios de 1% (um por cento) ao mês, tudo desde o óbito (09.06.2003).

A seguradora apelante sustentou que o pagamento do seguro é indevido porque, à época da contratação, o segurado tinha plena ciência de que era portador de doenças.

Compulsando os autos, realmente, é de se notar que o Sr. Alcides Kurita de Lima e, por ocasião da celebração do contrato, já se encontrava doente, os documentos de f. 187 e 189 indicam que de fato, o genitor dos apelados apresentava quadro de diabetes e insuficiência renal, sendo a primeira doença originada em 1993 e a segunda em 1999.

Todavia, embora existam fatos que evidenciam ter o segurado prestado informações inverídicas, há de prevalecer o entendimento de que a seguradora apelante, por não ter exigido nenhum tipo de exame

preliminar, nem tampouco cuidado de averiguar se o aderente era portador de algum mal, deve assumir os riscos de ter contratado sem as devidas cautelas e pagar aos apelados a indenização pleiteada.

Melhor esclareço.

Se, de um lado, o segurado omitiu informação sobre o real estado de sua saúde, buscando garantir à sua família um certo respaldo financeiro após a sua morte, a seguradora, preocupada unicamente com a arrecadação de prêmios, aceitou contratá-lo sem, contudo, submetê-lo a qualquer exame de admissão, ou mesmo sem exigir a apresentação de exames médicos recentes.

Nesta extensão, a meu ver, esperar a morte do segurado para então investigar sua vida pregressa, com o intuito de, após se beneficiar com o pagamento dos prêmios, negar-se ao adimplemento da cobertura contratada, revela uma conduta maliciosa, pautada na má-fé, e que deve ser coibida.

Insta salientar, nesse turno, que o contrato objeto da avença encontra-se amparado pelo diploma Consumerista (Lei n. 8.078), que tem por finalidade maior atenuar a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Por tal razão, o CDC vem regido por diversas normas principiológicas e munido de específicos instrumentos de proteção, tudo em busca de uma harmonização dos interesses dos participantes, com especial atenção às necessidades do consumidor, que é parte hipossuficiente.

Ao concretizar o seguro sem exigir exames prévios, passando a receber o pagamento do prêmio, e vindo em momento posterior querer eximir-se de pagar a indenização, sob a alegação de doença preexistente, a seguradora demonstra

sua má conduta, fora dos princípios morais condizentes com a boa-fé objetiva, que é princípio basilar do sistema de proteção ao consumidor.

A propósito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem se debruçando sobre o tema ora versado, majoritariamente, inclinando seu entendimento no sentido de que “a seguradora não pode eximir-se do dever de indenizar, alegando simples omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos prévios. Precedentes.” (AgRg no Ag 804965/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJ: 28/08/2008).

Precedentes também desta Corte de Justiça apontam reiteradamente no sentido de que a seguradora que se omite no tocante à exigência de exame médico para aferir o estado de saúde do segurado não pode se escusar da responsabilidade contratual assumida, com base no argumento de doença preexistente.

Vejam, assim, as seguintes decisões:

“E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE - NECESSIDADE DE CIRURGIA - DOENÇA PRÉ EXISTENTE - PRAZO DE CARÊNCIA - EMERGÊNCIA/URGÊNCIA - DANO MORAL - FALECIMENTO DA AUTORA - SUBSTITUTOS PROCESSUAIS - LEGITIMIDADE - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Conforme precedentes desta Corte e do STJ, omissa a prestadora de

serviços no tocante à exigência de exame médico para aferir o estado de saúde do consumidor, não pode se escusar da responsabilidade contratual assumida, com base no argumento de doença preexistente, notadamente quando não comprovada a má-fé do contratante, e quando houver o recebimento durante todo o período do contrato do prêmio previamente avençado sem qualquer oposição. (...)”, grifei. (TJMS. AC n. 2009.018381-3. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Julgamento: 09/09/2009).

“E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - SEGURO DE VIDA - DOENÇA PRÉ-EXISTENTE - PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE COBERTURA - DOENÇA NÃO DECLARADA - EXAME PRÉVIO NÃO REALIZADO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA - ARTIGO 475-J DO CPC - RECURSO IMPROVIDO.

Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, sob o argumento de que o segurado não informou ser portador de doença preexistente, se dele não exigiu exames de saúde prévio e, ainda, não comprovou que agia de má-fé. (...)” (TJMS. AC n. 2008.020290-7. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgamento: 29/10/2008).

Veja-se, pois, que é assente o entendimento jurisprudencial de que as seguradoras, ao não exigirem exame médico dos contratantes, assumem os riscos do negócio passando a receber o valor do prêmio, formando no espírito do contratante o entendimento de que tanto ele quanto, principalmente, sua família, encontrar-se-ão amparados em caso de infortúnio que o venha a vitimar.

Dessa forma, não pode a seguradora, vindo à óbito o contratante, como no caso, negar-se à cobertura securitária porque em meio à investigação após a contratação e o pagamento do prêmio “descobre” que o segurado era portador de doença preexistente.

Verifica-se que foram declaradas na certidão de óbito do segurado as seguintes causas da morte: septicemia (infecção geral); choque hipovolêmico (perda de grande quantidade de sangue e líquido); hemorragia pós operatória (perda de sangue do sistema circulatório); insuficiência renal crônica (síndrome metabólica decorrente da perda progressiva, irreversível e geralmente lenta da função dos rins); e diabetes mellitus (doença metabólica caracterizada por um aumento anormal do açúcar ou glicose no sangue).

Como se observa, o óbito foi consequência de diversas causas (concausas), sendo prevalente a infecção geral (septicemia), assim como o choque hipovolêmico e a hemorragia (perda de sangue), de modo que não se pode afirmar, que o óbito do segurado foi causado exclusivamente pelas doenças que lhe acometiam (diabetes e infecção renal).

O médico Fernando Chicoski, o qual atendeu o genitor dos apelados na época de seu falecimento, esclareceu por meio de uma declaração (fl. 268) que a história pregressa de diabetes não teve relação direta com o óbito do paciente.

Da Correção Monetária e dos Juros de Mora

Com relação ao termo inicial para a correção monetária, na esteira do entendimento desta E. 1ª Turma Cível,

tenho que ela é devida da data do óbito do segurado, e os juros moratórios desde a citação.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE PECÚLIO - SEGURO DE VIDA - CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR - CARÊNCIA DE DOIS ANOS PARA O CASO DE MORTE NATURAL - CLÁUSULA DESCRITA NORMALMENTE, SEM QUALQUER DESTAQUE - ARTS. 6º, INC. III, 46, E 54, § 4º, DO CDC - DEVER DE INFORMAÇÃO DA SEGURADORA - INDENIZAÇÃO DEVIDA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - MORTE DO SEGURADO - JUROS DE MORA - 1% AO MÊS A PARTIR DA CITAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As informações prestadas ao consumidor e as cláusulas constantes do contrato de seguro devem ser claras e precisas, sobretudo as que restringem e/ou limitam direito do consumidor, que devem ser destacadas nos contratos de adesão, sendo dever do contratado e direito do consumidor (contratante) obter todas as informações inequivocamente, nos termos do art. 54, § 4º, do CDC. A correção monetária, em caso de recebimento de seguro de vida, deve incidir desde a data do falecimento do segurado e os juros, a partir da citação, no percentual de 1% ao mês.

Recurso conhecido e improvido.”
(Apelação Cível - Sumário - N. 2007.023277-0/0000-00 - Cassilândia - Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves - j. 7.4.2009)

Portanto, quanto ao termo inicial da correção monetária, tenho que ela é devida da data do óbito do segurado, e quanto ao termo inicial dos juros moratórios é a data da citação válida.

Quanto ao valor da condenação, corresponde ao valor da indenização securitária pela morte do segurado (R\$ 321.000,00) somado à “assistência-funeral” (R\$ 3.852,00), totalizando R\$ 324.852,00 (trezentos e vinte e quatro mil, oitocentos e cinquenta e dois reais).

Por tais razões, conheço do recurso interposto pela seguradora apelante e dou-lhe parcial provimento apenas para determinar que os juros de mora incidam a partir da citação válida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOSTERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 14 de setembro de 2011.

EMENTÁRIO:

1) Ao CONTRATO de CRÉDITO EDUCATIVO aplica-se o CDC

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **109942**

Período de divulgação: **4º Trimestre de 2011**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **5a. Câm. Cív.**

Relator: **Isabel Dias Almeida**

Apelações cíveis. Ensino particular. Crédito educativo. Ação monitória. Código de defesa do consumidor. Aplicável o CDC aos contratos de crédito educativo. Precedentes. Prescrição. Para fins de cobrança das prestações relativas ao mútuo educacional, que engloba os encargos decorrentes da mora, quando a sua exigibilidade operou-se na vigência do artigo 2.028 do novo Código Civil, o prazo prescricional é o da novel legislação. Desta forma, o lapso prescricional aplicável é o quinquenal, de acordo com o artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil. Prescrição trienal, prevista no art. 206, §3º, III, Código Civil, afastada. Juros de mora. Legalidade dos juros moratórios fixados em 1% ao mês. Precedentes. Multa contratual. Esta Câmara firmou posicionamento no sentido de que, nos contratos celebrados antes da Lei n.º 9.298/96, cabível a multa de 10%. No caso, sendo o pacto posterior ao advento desta Lei, a multa deve ser limitada em 2% sobre o valor devido, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC. Taxa de administração. Embora este encargo seja destinado à manutenção do sistema operacional de crédito educativo,

sendo legal a sua exigência, a cobrança no patamar de 6% ao ano deve ser considerada abusiva para os contratos celebrados após o advento da Lei Estadual nº. 11.296/1998, que entrou em vigor em 30-12-1998, alterando o artigo 12, III da Lei Complementar Estadual nº. 10.713/1996. Honorários advocatícios. Admitida a compensação, com base no art. 21, “caput”, do CPC e na Súmula 306 do STJ. Recursos parcialmente providos. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70041275306 - 5a. Câm. Cív. - Rel.: Des. Isabel Dias Almeida - j. em 20.04.2011 - Fonte: DJ, 28.04.2011).

2) EMPRESA responde pela REPARAÇÃO DE DANO ou FURTO DE VEÍCULO ocorridos em seu ESTACIONAMENTO

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **110328**

Período de divulgação: **4º Trimestre de 2011**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **1a. T. Rec. Cív.**

Relator: **Ricardo Torres Hermann**

Relação de consumo. Furto de bens do interior do veículo em estacionamento de feira de calçados. Circunstâncias que conduzem à conclusão de veracidade da versão da autora. Sopesamento da prova em prol do consumidor. Aplicação da súmula 130, do STJ. Dano moral excepcionalmente ocorrente. Quantum indenizatório reduzido. 1. O furto de objetos no interior de veículos em estabelecimento comercial acarreta o dever de reparar os danos materiais, em conformidade com o disposto no enunciado nº 130 da súmula STJ, segundo o qual, “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. 2. Na espécie, tendo

em vista a teoria da redução do módulo da prova, desnecessário é que a autora disponha de prova presencial do furto ocorrido no interior do estacionamento, bastando que sua alegação se revista de verossimilhança. A ré não nega que a autora tenha estado nas dependências do estabelecimento e a autora, através da juntada de Boletim de Ocorrência Policial, ticket de estacionamento e reclamações escritas à demandada, desincumbiu-se da prova que estava ao seu alcance produzir. Dessa forma, há de ser feito o sopesamento do ônus probatório a seu favor. 3. Sua alegação de que possuía um notebook e um MP4 no interior do carro, além de verossímil, é confortada pela prova documental, pouco importando que a nota fiscal do computador não esteja em seu nome, mas em nome de seu pai. Ademais, há que se levar em conta os princípios de informalidade e simplicidade que regem os Juizados Especiais. 4. Considerando-se que a autora é estudante de doutorado, é plausível sua afirmação de que houvesse material de estudo no computador e no MP4, daí decorrendo o abalo moral sofrido. Contudo, o valor da indenização deve ser reduzido de R\$ 3.000,00 para R\$ 1.000,00. Sentença parcialmente mantida por seus próprios fundamentos. Recurso parcialmente provido. (TJ/RS - Rec. Cível n. 71003002326 - 1a. T. Rec. Cív. - Rel.: Des. Ricardo Torres Hermann - j. em 07.06.2011 - Fonte: DJ, 08.06.2011).

3) Possível a negativa de COBERTURA efetuada pelo PLANO DE SAÚDE relativa a DOENÇA PRÉ-EXISTENTE

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **110351**

Período de divulgação: **4º Trimestre de 2011**

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **9a. Câm. Cív**

Relator: **José Antônio Braga**

Plano de saúde - Diabetes grave e em estágio avançado - Declaração expressa da usuária das conseqüências - Transplante de pâncreas - Negativa de cobertura - Expressa exclusão contratual - Pagamento parcial da intervenção cirúrgica.- A pessoa que, no ato de contratação de plano de saúde, declara ser portadora de diabetes mellitus I na forma grave, sendo cientificada das excludentes e, ainda assim, aceita as condições da operadora, não tem direito a cobertura plena para transplante de pâncreas. - “O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde.” (Min. Nancy Andrichi- REsp 1053810/SP)- A usuária do plano de saúde assume o risco de se submeter a intervenção cirúrgica, em hospital particular, escudada apenas em liminar da justiça de primeiro grau, ainda mais quando ciente da restrição expressa em razão de patologia que confessa ser portadora. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0390.09.024982-7/004(1) - Comarca de Machado - 9a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. José Antônio Braga - j. em 31.05.2011 - Fonte: DJ, 20.06.2011).

4) DEFEITO em PRODUTO que dá descarga ELÉTRICA em seu USUÁRIO enseja DANOS MORAIS

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: 110327

Período de divulgação: 4º Trimestre de 2011

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: 1a. T. Rec. Cív.

Relator: Leandro Raul Klippel

Consumidor. Ação de reparação de danos. Vício no produto - Choques elétricos. Direito do consumidor à restituição do valor pago. Danos morais configurados. Valor que não comporta majoração ou redução. Sentença mantida. Restando incontroverso que o defeito do equipamento não foi solucionado em um prazo inferior a 30 dias, apesar do encaminhamento do produto à assistência técnica, assiste direito ao autor à restituição da quantia desembolsada na aquisição do produto, conforme o § 1, inciso II, do art. 18 do CDC. No caso concreto, evidente a ocorrência de danos morais, diante do defeito do produto que dava descargas elétricas em seus usuários. A situação presente nos autos demonstra a gravidade do defeito no equipamento adquirido pelo autor o que torna o transtorno vivenciado passível de indenização pecuniária. Portanto, sentença mantida no sentido de condenar as rés solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais, visto o perigo ao qual foi exposto a autor e sua família, devido ao defeito do produto. Valor da indenização que deve ser mantido, uma vez que apto ao atendimento da finalidade a que se destina. Recursos improvidos. (TJ/RS - Rec. Cível n. 71003102902 - 1a. T. Rec. Cív. - Rel.: Des. Leandro Raul Klippel - j. em 07.06.2011 - Fonte: DJ, 08.06.2011).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)

Relator: J. Malenovský

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: Gabriel Catarino

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (13.10.2011):

“No transporte de passageiros, bagagens e mercadorias, as acções por danos, qualquer que seja o seu fundamento, quer este resida na presente Convenção, em contrato, em acto ilícito ou em qualquer outra causa, só podem ser intentadas sob reserva das condições e limites de responsabilidade previstos na presente Convenção”

“A transportadora é responsável pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias. Não obstante, a transportadora não será responsável pelo dano resultante de atraso se provar que ela ou os seus trabalhadores ou agentes adoptaram todas as medidas que poderiam razoavelmente ser exigidas para evitar o dano ou que lhes era impossível adoptar tais medidas”

“O conceito de ‘indenização suplementar’ [...] deve ser interpretado no sentido de que permite ao órgão jurisdicional nacional, em caso de cancelamento, conceder uma indemnização por danos e prejuízos, incluindo danos morais”

Do Supremo Tribunal de Justiça (11.10.2011):

“Pelo que é de três anos a contar da denúncia, o prazo para a caducidade dos direitos dos consumidores, no confronto com profissionais, quando se trate da compra e venda de um imóvel defeituoso”

“As regras da experiência comum impõem a conclusão de que quem, antes da compra sabe que há uma desconformidade, verifica a conformidade antes de formalizar a compra; e, se não estiver satisfeito, não compra ou renegoceia o preço, como aliás lhe é imposto pela boa fé na contratação.”

“Age de má fé, e sem merecer a tutela do direito, quem opta por comprar nessas condições e só depois vem pedir a redução do preço, por isso representar uma actuação do lesado decisiva para a produção do dano”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA (Terceira Secção)
13 de Outubro de 2011 (*)

«Reenvio prejudicial – Transporte aéreo –
Regulamento (CE) n.º 261/2004 – Artigo
2.º, alínea l) – Indemnização dos passageiros
em caso de cancelamento de um voo –
Conceito de ‘cancelamento’ – Artigo 12.º
– Conceito de ‘indemnização suplementar’
– Indemnização nos termos do direito
nacional»

No processo C83/10, que tem por objecto
um pedido de decisão prejudicial nos termos
do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo
Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra
(Espanha), por decisão de 1 de Fevereiro de
2010, entrado no Tribunal de Justiça em 11
de Fevereiro de 2010, no processo

Aurora Sousa Rodríguez,
Yago López Sousa,
Rodrigo Manuel Puga Lueiro,
Luis Ángel Rodríguez González,
María del Mar Pato Barreiro,
Manuel López Alonso,
Yaiza Pato Rodríguez
contra

Air France SA,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira
Secção), composto por: K. Lenaerts,
presidente de secção, J. Malenovský (relator),
R. Silva de Lapuerta, E. Juhász e D. Šváby,
juízes,

advogado-geral: E. Sharpston, secretário:
A. Calot Escobar, vistos os autos, vistas as
observações apresentadas:
– em representação de A. Sousa Rodríguez,

Y. López Sousa, R. M. Puga Lueiro, L. A.
Rodríguez González, M. M. Pato Barreiro,
M. López Alonso e Y. Pato Rodríguez, por J.
Portela Leiros, Procurador de los Tribunales,
assistido por J. González Pérez, abogado,

– em representação do Governo francês, por
G. de Bergues e M. Perrot, na qualidade de
agentes,

– em representação do Governo italiano,
por G. Palmieri, na qualidade de agente,
assistida por M. Russo, avvocato dello Stato,

– em representação do Governo polaco, por
M. Szpunar, na qualidade de agente,

– em representação do Governo do Reino
Unido, por S. Hathaway, na qualidade de
agente, assistido por D. Beard, barrister,

– em representação da Comissão Europeia,
por L. Lozano Palacios e K. Simonsson, na
qualidade de agentes, ouvidas as conclusões
da advogadageral na audiência de 28 de
Junho de 2011, profere o presente

Acórdão

O pedido de decisão prejudicial tem por
objecto a interpretação dos artigos 2.º, alínea
l), e 12.º do Regulamento (CE) n.º 261/2004
do Parlamento Europeu e do Conselho,
de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece
regras comuns para a indemnização e a
assistência aos passageiros dos transportes
aéreos em caso de recusa de embarque e de
cancelamento ou atraso considerável dos
voos e que revoga o Regulamento (CEE)
n.º 295/91 (JO L 46, p. 1).

Este pedido foi apresentado no âmbito
de um litígio que opõe sete passageiros
à Air France SA (a seguir «Air France»), a
propósito da indemnização pelos danos que
consideram ter sofrido como consequência

de atrasos importantes e pelos inconvenientes causados pelos problemas técnicos verificados no avião dessa companhia aérea durante um voo entre Paris (França) e Vigo (Espanha).

Quadro jurídico

Direito internacional

A Comunidade Europeia participou na Conferência Diplomática Internacional sobre Direito Aéreo, realizada em Montreal, de 10 a 28 de Maio de 1999, onde foi adoptada a Convenção para a unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional (a seguir «Convenção de Montreal»), tendo assinado esta Convenção em 9 de Dezembro de 1999.

Por decisão de 5 de Abril de 2001, o Conselho da União Europeia adoptou a Decisão 2001/539/CE, relativa à celebração pela Comunidade Europeia da Convenção para a unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) (JO L 194, p. 38). Esta Convenção entrou em vigor, para a União Europeia, em 28 de Junho de 2004.

O artigo 19.º da Convenção de Montreal, sob a epígrafe «Atrasos», que figura no capítulo III da mesma, sob a epígrafe «Responsabilidade da transportadora e limites da indemnização por danos», dispõe: «A transportadora é responsável pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias. Não obstante, a transportadora não será responsável pelo dano resultante de atraso se provar que ela ou os seus trabalhadores ou agentes adoptaram todas as medidas que poderiam razoavelmente ser exigidas para evitar o dano ou que lhes era impossível adoptar tais medidas.»

O artigo 22.º, n.º 1, desta Convenção, sob a epígrafe «Limites da responsabilidade por atrasos, bagagens e mercadorias», que se insere no mesmo capítulo III, enuncia:

«No transporte de pessoas, em caso de dano causado por atraso, conforme especificado no artigo 19.º, a responsabilidade da transportadora está limitada a 4150 direitos de saque especiais por passageiro.»

O artigo 29.º da Convenção de Montreal, sob a epígrafe «Fundamento dos pedidos», dispõe:

«No transporte de passageiros, bagagens e mercadorias, as acções por danos, qualquer que seja o seu fundamento, quer este resida na presente Convenção, em contrato, em acto ilícito ou em qualquer outra causa, só podem ser intentadas sob reserva das condições e limites de responsabilidade previstos na presente Convenção, [...]»

Direito da União

Regulamento (CE) n.º 2027/97

O artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 2027/97 do Conselho, de 9 de Outubro de 1997, relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas no transporte de passageiros e respectiva bagagem (JO L 285, p. 1), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 889/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Maio de 2002 (JO L 140, p. 2, a seguir «Regulamento n.º 2027/97»), dispõe:

«O presente regulamento transpõe as disposições pertinentes da Convenção de Montreal [...]»

O artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2027/97 estabelece:

«A responsabilidade das transportadoras

aéreas comunitárias relativamente aos passageiros e à sua bagagem regulase por todas as disposições da Convenção de Montreal aplicáveis a essa responsabilidade.»

Regulamento n.º 261/2004

O décimo e décimo sétimo considerando do Regulamento n.º 261/2004 enunciam:

«(10) Os passageiros a quem seja recusado o embarque contra sua vontade deverão poder cancelar os seus voos, com reembolso dos seus bilhetes, ou prosseguilos em condições satisfatórias e deverão receber assistência adequada enquanto aguardam um voo posterior.

[...]

(17) Os passageiros cujos voos registem um atraso com uma determinada duração deverão receber assistência adequada e poder cancelar os seus voos, com reembolso dos seus bilhetes, ou prosseguilos em condições satisfatórias.»

O artigo 1.º, n.º 1, deste regulamento, sob a epígrafe «Objecto», prevê:

«O presente regulamento estabelece, nas condições a seguir especificadas, os direitos mínimos dos passageiros, em caso de:

- a) Recusa de embarque contra sua vontade;
- b) Cancelamento de voos;
- c) Atraso de voos.»

O artigo 2.º, alínea l), do referido regulamento prevê, sob a epígrafe «Definições»:

«Para efeitos do presente regulamento, entendese por:

[...]

l) 'Cancelamento', a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado.»

O artigo 5.º, n.ºs 1 a 3, do mesmo regulamento, sob a epígrafe «Cancelamento», enuncia:

«1. Em caso de cancelamento de um voo, os passageiros em causa têm direito a:

- a) Receber da transportadora aérea operadora assistência nos termos do artigo 8.º; e
- b) Receber da transportadora aérea operadora assistência nos termos da alínea a) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 9.º, bem como, em caso de reencaminhamento quando a hora de partida razoavelmente prevista do novo voo for, pelo menos, o dia após a partida que estava programada para o voo cancelado, a assistência especificada nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 9.º; e
- c) Receber da transportadora aérea operadora indemnização nos termos do artigo 7.º, salvo se:

i) tiverem sido informados do cancelamento pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida, ou

ii) tiverem sido informados do cancelamento entre duas semanas e sete dias antes da hora programada de partida e se lhes tiver sido oferecido reencaminhamento que lhes permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada, ou

iii) tiverem sido informados do cancelamento menos de sete dias antes da hora programada de partida e se lhes tiver sido oferecido reencaminhamento que lhes permitisse partir até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada.

2. Ao informar os passageiros do cancelamento, devem ser prestados esclarecimentos

sobre eventuais transportes alternativos.

3. A transportadora aérea operadora não é obrigada a pagar uma indemnização nos termos do artigo 7.º, se puder provar que o cancelamento se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis.»

O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 261/2004, sob a epígrafe «Atrasos», dispõe:

«Quando tiver motivos razoáveis para prever que em relação à sua hora programada de partida um voo se vai atrasar:

a) Duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1500 quilómetros; ou

b) Três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1500 quilómetros e no de quaisquer outros voos entre 1500 e 3500 quilómetros; ou

c) Quatro horas ou mais, no caso de quaisquer voos não abrangidos pelas alíneas

a) ou b), a transportadora aérea operadora deve oferecer aos passageiros

i) a assistência especificada na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 9.º, e

ii) quando a hora de partida razoavelmente prevista for, pelo menos, o dia após a hora de partida previamente anunciada, a assistência especificada nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 9.º, e

iii) quando o atraso for de, pelo menos, cinco horas, a assistência especificada na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º»

O artigo 7.º, n.º 1, deste regulamento, sob a epígrafe «Direito a indemnização», dispõe: «Em caso de remissão para o presente artigo, os passageiros devem receber uma indemnização no valor de:

a) 250 euros para todos os voos até 1500 quilómetros;

[...]»

O artigo 8.º do referido regulamento, sob a epígrafe «Direito a reembolso ou reencaminhamento», prevê:

«1. Em caso de remissão para o presente artigo, deve ser oferecida aos passageiros a escolha entre:

a) – O reembolso no prazo de sete dias, de acordo com as modalidades previstas no n.º 3 do artigo 7.º, do preço total de compra do bilhete, para a parte ou partes da viagem não efectuadas, e para a parte ou partes da viagem já efectuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem, cumulativamente, nos casos em que se justifique,

– um voo de regresso para o primeiro ponto de partida;

b) – O reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final, na primeira oportunidade; ou

c) – O reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final numa data posterior, da conveniência do passageiro, sujeito à disponibilidade de lugares.

[...]

3. Sempre que uma cidade ou região for servida por vários aeroportos e uma transportadora aérea operadora oferecer aos passageiros um voo para um aeroporto alternativo em relação àquele para o qual tinha sido feita a reserva, a transportadora aérea operadora deve suportar o custo da transferência do passageiro desse aeroporto alternativo para o aeroporto para o qual a reserva tinha sido feita, ou para outro destino próximo acordado com o passageiro.»

O artigo 9.º, n.os 1 e 2, do Regulamento n.º 261/2004, sob a epígrafe «Direito a assistência», prevê:

«1. Em caso de remissão para o presente artigo, devem ser oferecidos a título gratuito aos passageiros:

a) Refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;

b) Alojamento em hotel:

– caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou

– caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;

c) Transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro).

2. Além disso, devem ser oferecidas aos passageiros, a título gratuito, duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou mensagens por correio electrónico.»

O artigo 12.º, n.º 1, deste regulamento, sob a epígrafe «Indemnização suplementar, estabelece:

«O presente regulamento aplicase sem prejuízo dos direitos dos passageiros a uma indemnização suplementar. A indemnização concedida ao abrigo do presente regulamento pode ser deduzida dessa indemnização.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

Os demandantes no processo principal celebraram com a Air France um contrato de transporte aéreo para serem transportados de Paris (França) para Vigo (Espanha) no voo 5578 da referida companhia. Esse voo estava marcado para dia 25 de Setembro de 2008, com partida do Aeroporto ParisCharles de Gaulle, às 19h40.

Alguns minutos após a descolagem do avião, à hora prevista, o comandante decidiu fazer meiavolta e regressar ao ponto de partida, o Aeroporto ParisCharles de Gaulle,

devido a uma avaria técnica do avião. Após o regresso ao aeroporto de origem, nada consta no processo principal que indique que o avião tenha descolado novamente e chegado, com atraso, ao seu destino.

Três dos passageiros do voo em causa foram convidados a apanhar um voo com partida no dia seguinte, 26 de Setembro de 2008, às 7h05, do Aeroporto de ParisOrly, com destino ao Porto (Portugal), seguindo depois para Vigo, de táxi. A outro passageiro foi proposto ir num voo de Paris para Vigo, no mesmo dia, via Bilbao. Quanto aos restantes passageiros, a Air France colocou no seu voo ParisVigo, com partida também em 26 de Setembro de 2008, à mesma hora que o voo onde ocorreu a avaria (19h40). Com excepção de um, nenhum dos passageiros do voo da véspera foi alojado a expensas da Air France ou recebeu qualquer assistência desta companhia aérea.

Sete dos passageiros do voo 5578, a saber, os demandantes no processo principal, intentaram uma acção contra a Air France pelos danos causados, no Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra (Tribunal de Comércio de Pontevedra), pelo incumprimento do contrato de transporte aéreo.

Os demandantes no processo principal solicitam a indemnização a que se refere o artigo 7.º do Regulamento n.º 261/2004, no montante fixo de 250 euros cada um, como previsto nessa disposição. Um dos demandantes exige, além disso, o reembolso da despesa que suportou com o seu transporte, de táxi, entre o aeroporto do Porto e Vigo. Outro demandante pede o reembolso das despesas de restauração no aeroporto de Paris, bem como as relativas à guarda do seu cão durante um dia a

mais que o inicialmente previsto. Todos os demandantes pedem, por último, a condenação da Air France no pagamento de um montante adicional a título de reparação do dano não patrimonial que consideram ter sofrido.

Foi nestas circunstâncias que o Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O conceito de ‘cancelamento’ definido na alínea l) do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que abrange exclusivamente a não descolagem do voo tal como estava programada ou no sentido de que também abrange qualquer circunstância que faça com que o referido voo reservado tenha descolado mas não chegue ao seu destino, incluindo o regresso forçado ao aeroporto de origem, por razões de ordem técnica?

2) O conceito de ‘indenização suplementar’ utilizado no artigo 12.º do [regulamento deve ser interpretado no sentido de que permite ao órgão jurisdicional nacional, em caso de cancelamento, conceder uma indenização por danos e prejuízos, incluindo danos morais, devido ao incumprimento do contrato de transporte aéreo, em conformidade com os critérios estabelecidos na legislação e na jurisprudência nacionais relativas ao incumprimento contratual, ou, pelo contrário, no sentido de que essa indenização deve cobrir apenas as despesas realizadas pelos passageiros que sejam devidamente comprovadas e não tenham sido suficientemente ressarcidas pela transportadora aérea como exigem os artigos 8.º e 9.º do referido regulamento, mesmo que estas disposições não tenham sido invocadas, ou, por último, no sentido de que estes dois

conceitos de indenização suplementar são compatíveis entre si?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

Para efeitos de indenização dos passageiros com fundamento nas disposições conjugadas dos artigos 5.º e 7.º do Regulamento n.º 261/2004, o órgão jurisdicional de reenvio, chamado a determinar se se pode considerar que o voo em causa foi «cancelado» na aceção do artigo 2.º, alínea l), deste regulamento, pretende, em substância, saber se o conceito de «cancelamento» visa exclusivamente a hipótese da não descolagem do avião em causa, ou se abrange também o caso de esse avião, tendo embora descolado, ter sido obrigado a regressar ao aeroporto de partida, na sequência de uma avaria técnica do aparelho.

Importa desde logo recordar que o artigo 2.º, alínea l), do referido regulamento define «cancelamento» como «a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado». Antes de poder determinar o sentido do conceito de «cancelamento», importa previamente precisar o sentido do conceito de «voo», para efeitos deste artigo.

A este respeito, o Tribunal de Justiça já considerou que um voo consiste, no essencial, numa operação de transporte aéreo, sendo assim, de certa maneira, uma «unidade» desse transporte, realizada por uma transportadora aérea que fixa o seu itinerário (acórdão de 10 de Julho de 2008, Emirates Airlines, C173/07, Colect., p. I5237, n.º 40). Além disso, o Tribunal de Justiça precisou que o itinerário constitui um elemento essencial do voo, uma vez que este

último é efectuado em conformidade com uma programação previamente estabelecida pela transportadora (acórdão de 19 de Novembro de 2009, Sturgeon e o., C402/07 e C432/07, Colect., p. I10923, n.º 30).

O termo «itinerário» designa o percurso a efectuar pelo avião, do aeroporto de partida até ao aeroporto de chegada, segundo uma cronologia estabelecida, pelo que, para que se possa considerar que um voo foi efectuado, não basta que o avião tenha partido em conformidade com o itinerário previsto, mas ainda que chegue ao seu destino como consta do itinerário. Ora, a circunstância de a descolagem ter sido assegurada, mas de o avião ter posteriormente regressado ao aeroporto de partida, sem ter chegado ao destino que figurava no itinerário, leva a que não se possa considerar que o voo foi efectuado conforme previsto inicialmente.

Em seguida, não decorre de modo algum da definição do artigo 2.º, alínea l), do Regulamento n.º 261/2004 que, para além do facto de o voo inicialmente previsto não ter sido efectuado, o «cancelamento» deste voo, na acepção deste artigo, exija a adopção de uma decisão expressa de o cancelar.

A este propósito, o Tribunal de Justiça precisou que, em princípio, é possível concluir pela existência de um cancelamento quando o voo inicialmente previsto e que está atrasado for transferido para outro voo, isto é, quando a programação do voo inicial é abandonada e os passageiros deste se juntam aos passageiros de um voo igualmente programado, independentemente do voo para o qual os passageiros assim transferidos efectuaram as suas reservas (acórdão Sturgeon e o., já referido, n.º 36).

Nessa situação, não é de modo algum necessário que todos os passageiros que

tenham reservado lugar no voo inicialmente previsto sejam transportados noutra voo. O que importa aqui é apenas a situação individual de cada passageiro assim transportado, quer dizer, o facto de, no que diz respeito ao passageiro em causa, a programação inicial do voo ter sido abandonada.

A este respeito, note-se que tanto o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), como o décimo e décimo sétimo considerandos do Regulamento n.º 261/2004, nas diferentes versões linguísticas do regulamento, fazem referência ao cancelamento do «seu» voo.

Assim, é pacífico que todos os demandantes no processo principal foram transferidos para outros voos, programados para o dia seguinte ao da partida inicialmente prevista, permitindo-lhes chegar ao seu destino final, a saber, Vigo, em certos casos, com escala. O «seu» voo inicialmente previsto deve, por conseguinte, ser qualificado de «cancelado».

Por fim, cumpre observar que o motivo pelo qual o avião foi forçado a regressar ao aeroporto de partida e, portanto, não chegou ao seu destino, é irrelevante para a qualificação de «cancelamento» na acepção da definição suprarreferida do artigo 2.º, alínea l), do Regulamento n.º 261/2004. Com efeito, este motivo é apenas pertinente para determinar, no quadro da indemnização do dano sofrido pelos passageiros em razão do cancelamento do seu voo, se, sendo caso disso, o referido cancelamento «se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis», na acepção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, caso em que não é devida nenhuma indemnização.

Face às considerações anteriores, há que

responder à primeira questão que o conceito de «cancelamento», conforme definido no artigo 2.º, alínea l), do Regulamento n.º 261/2004, deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, não visa exclusivamente a hipótese de não descolagem do avião em causa, abrangendo igualmente o caso de esse avião ter descolado, mas de, por qualquer razão, ter sido depois forçado a regressar ao aeroporto de partida no qual os passageiros do referido avião foram transferidos para outros voos.

Quanto à segunda questão

Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se, ao abrigo da indemnização suplementar prevista no artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004, o juiz nacional pode condenar a transportadora aérea a indemnizar qualquer tipo de dano, incluindo moral, que resulte do incumprimento do contrato de transporte aéreo, isto em conformidade com as regras nacionais. Interrogase, em especial, sobre a questão de saber se essa indemnização suplementar pode cobrir as despesas que os passageiros tiveram de efectuar devido ao incumprimento, por parte da transportadora aérea, dos deveres de assistência que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 9.º do Regulamento n.º 261/2004.

Desde logo, importa recordar que o artigo 1.º do Regulamento n.º 261/2004 sublinha o carácter mínimo dos direitos que institui em benefício dos passageiros dos transportes aéreos, em caso de recusa de embarque contra a sua vontade, de cancelamento do seu voo ou de atraso do

mesmo. Além disso, o artigo 12.º deste regulamento, sob a epígrafe «Indemnização suplementar», prevê que o referido regulamento se aplica sem prejuízo do direito dos passageiros a uma indemnização suplementar. É igualmente especificado que a indemnização concedida em virtude do mesmo regulamento pode ser deduzida desta indemnização.

Resulta destas disposições que a indemnização concedida aos passageiros dos transportes aéreos, com base no artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004, se destina a completar a aplicação das medidas previstas pelo referido regulamento, de modo a que os passageiros sejam indemnizados pela totalidade do dano que sofreram devido ao incumprimento dos deveres contratuais pela transportadora aérea. Esta disposição permite assim ao juiz nacional condenar a transportadora aérea a indemnizar o dano resultante, para os passageiros, do incumprimento do contrato de transporte aéreo, com base num fundamento jurídico distinto do Regulamento n.º 261/2004, quer dizer, designadamente, nas condições previstas pela Convenção de Montreal ou pelo direito nacional.

A este respeito, recorde-se que o Tribunal de Justiça já declarou que as medidas de assistência uniformes e imediatas adoptadas ao abrigo do Regulamento n.º 261/2004 não obstam a que os passageiros interessados, no caso de esse incumprimento das obrigações contratuais pela transportadora aérea lhes causar ainda danos que confirmam direito a indemnização, possam, por outro lado, propor acções de indemnização dos referidos danos, nas condições fixadas na Convenção de Montreal (v., neste sentido, acórdão de 10 de Janeiro de 2006, IATA e ELFAA,

C344/04, Colect., p. I403, n.º 47).

Em especial, as disposições dos artigos 19.º, 22.º e 29.º da Convenção de Montreal, aplicáveis, por força do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2027/97, à responsabilidade de uma transportadora área estabelecida no território de um Estado-Membro, precisam as condições em que, posteriormente ao atraso ou ao cancelamento de um voo, os passageiros em causa podem intentar as acções que visem obter, a título de reparação individualizada, indemnização por parte das transportadoras responsáveis por um dano resultante do incumprimento do contrato de transporte aéreo.

A este respeito, cumpre recordar que, no seu acórdão de 6 de Maio de 2010, Walz (C63/09, ainda não publicado na Colectânea, n.º 29), o Tribunal de Justiça declarou que os termos «prejuízo» e «dano», referidos no capítulo III da Convenção de Montreal, devem ser entendidos como incluindo tanto os danos materiais como os morais. Daqui decorre que o dano susceptível de indemnização por aplicação do artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004 pode ser um dano de natureza não só material mas também moral.

Em contrapartida, a título de indemnização suplementar, com base no artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004, o juiz nacional não pode condenar uma transportadora aérea a reembolsar aos passageiros do voo que foi atrasado ou cancelado as despesas que estes tiveram de realizar devido ao incumprimento por esta transportadora aérea dos deveres de assistência (reembolso do bilhete ou reencaminhamento para o destino final, assunção das despesas de transporte entre o aeroporto de chegada e o aeroporto

inicialmente previsto) e de assunção de despesas (de restauração, alojamento e comunicações) que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 9.º deste regulamento.

Com efeito, não se pode considerar que as pretensões dos passageiros dos transportes aéreos, baseadas nos direitos que lhes são conferidos pelo referido regulamento, como os enunciados nos artigos 8.º e 9.º deste último, são abrangidas por uma indemnização «suplementar», no sentido em que esta última foi definida no n.º 38 do presente acórdão.

No entanto, quando uma transportadora aérea não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 8.º e 9.º do Regulamento n.º 261/2004, os passageiros podem invocar o direito a uma indemnização com base nos elementos enunciados nos referidos artigos.

Por último, tendo o tribunal nacional evocado a questão de saber se os direitos dos passageiros dos transportes aéreos previstos nos artigos 8.º e 9.º do Regulamento n.º 261/2004 estão dependentes da invocação das referidas disposições por parte destes últimos, importa sublinhar que, como referiu a advogada geral no n.º 61 das suas conclusões, nada no Regulamento n.º 261/2004 se opõe à concessão de uma indemnização pelo incumprimento das obrigações previstas nos artigos 8.º e 9.º do referido regulamento, se estas disposições não tiverem sido invocadas pelos ditos passageiros.

Face às considerações anteriores, há que responder à segunda questão que o conceito de «indemnização suplementar» mencionado no artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que permite ao juiz nacional indemnizar, nas

condições previstas pela Convenção de Montreal ou pelo direito nacional, o dano, incluindo o dano moral, resultante do incumprimento do contrato de transporte aéreo. Em contrapartida, este conceito de «indenização suplementar» não pode servir de fundamento jurídico ao juiz nacional para condenar a transportadora aérea a reembolsar aos passageiros do voo que foi atrasado ou cancelado as despesas que estes tiveram de efectuar devido ao incumprimento, pela referida transportadora, dos seus deveres de assistência previstos nos artigos 8.º e 9.º deste regulamento.

Quanto às despesas

Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis. Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

1) O conceito de «cancelamento», conforme definido no artigo 2.º, alínea l), do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, não visa exclusivamente a

hipótese de não descolagem do avião em causa, abrangendo igualmente o caso de esse avião ter descolado, mas de, por qualquer razão, ter sido depois forçado a regressar ao aeroporto de partida no qual os passageiros do referido avião foram transferidos para outros voos.

2) O conceito de «indenização suplementar» mencionado no artigo 12.º do Regulamento n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que permite ao juiz nacional indemnizar, nas condições previstas pela Convenção de Montreal para a unificação de certas regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional ou pelo direito nacional, o dano, incluindo o dano moral, resultante do incumprimento do contrato de transporte aéreo. Em contrapartida, este conceito de «indenização suplementar» não pode servir de fundamento jurídico ao juiz nacional para condenar a transportadora aérea a reembolsar aos passageiros do voo que foi atrasado ou cancelado as despesas que estes tiveram de efectuar devido ao incumprimento, pela referida transportadora, dos seus deveres de assistência previstos nos artigos 8.º e 9.º deste regulamento.

Assinaturas

* Língua do processo: espanhol.

Supremo Tribunal de Justiça

409/08.1TBVIS.C1.S1

1.ª SECÇÃO

GABRIEL CATARINO

CONTRATO DE COMPRA E VENDA
BEM IMÓVEL

VENDA DE COISA DEFEITUOSA

DEFESA DO CONSUMIDOR

DIREITOS DO CONSUMIDOR

CADUCIDADE

PRAZO DE CADUCIDADE

DIRECTIVA COMUNITÁRIA

TRANSPOSIÇÃO DE DIRECTIVA

COMUNITÁRIA

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

RETROACTIVIDADE DA LEI

SJ

11-10-2011

UNANIMIDADE

REVISTA

CONCEDIDA A REVISTA

DIREITO CIVIL - RELAÇÕES

JURÍDICAS - DIREITO DAS

OBRIGAÇÕES

DIREITO COMUNITÁRIO

Gomes Canotilho, J. Joaquim e Tavares da Silva, Susana, in “Metódica Multinível: “Spill-over effects” e Interpretação conforme o direito da União Europeia”, RLJ, Ano 138.º, n.º 3955, págs. 182-183.

- Marta Chantal Machado Ribeiro, “Direito Internacional, Direito Comunitário e a nossa Constituição – Que Rumo”, in “Comemorações dos 5 anos da F.D.U.P.

CÓDIGO CIVIL (CC): - ARTIGO 917.º

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

PORTUGUESA (CRP): - ARTIGO 8.º

DECRETO-LEI N.º 67/2003, DE 8-4: -

ARTIGO 5.º

DECRETO-LEI N.º 84/2008, DE 21-5: -

ARTIGOS 1.º, 5.º-A

LEI N.º 24/96, DE 31 DE JULHO: -

ARTIGO 2.º

DIRECTIVA N.º 199/44/CE: - ARTIGO 1.º.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DE 12-01-2010.

I - Na transposição operada pelo DL n.º 67/2003, de 08-04, da Directiva Comunitária n.º 1999/44/CE, de 25-05-1999, o legislador português pretendeu ir mais longe na protecção dos consumidores do que o legislador comunitário, não regulando tão só para as coisas móveis, mas também para as imóveis.

II - No art. 5.º do citado DL n.º 67/2003, tal como já tinha anunciado no preâmbulo, o legislador nacional consagrou um prazo de caducidade, para o exercício dos direitos do consumidor, no caso de consumo de bens imóveis, enquanto a Directiva regulava tão só as situações de coisas móveis corpóreas.

III - Ao não regular tão só para as coisas móveis, mas também para imóveis, qualquer alteração posterior – *maxime* o art. 5.º-A do DL n.º 84/2008, de 21-05 –, não poderá ser considerada como correctiva relativamente ao disposto na Directiva, devendo ser considerada uma inovação, por não poder ser inerida no âmbito de aplicação obrigatória do direito comunitário na ordem jurídica interna.

IV - O art. 5.º-A do DL n.º 84/2008, de 21-05, que procedeu ao alargamento do prazo fixado, não poderá ser convocado como norma integradora ou correctiva do primevo art. 5.º do DL n.º 67/2003, de 08-

04, devendo antes, porque a Directiva não prescrevia para as coisas corpóreas imóveis, ter-se como norma de feição inovadora e de regulação contemporânea, sem possibilidade de retroacção.

Decisão Texto Integral:

Revista nº 409/08.1TBVIS.C1.S1.

Recorrentes: AAe mulher BB.

Recorridos: CC e mulher DD.

I. – Relatório.

1. Desavindo com a decisão proferida no Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de Abril de 2011, em que, na procedência da apelação interposta da decisão proferida no 1.º Juízo Cível do Tribunal da comarca de Viseu, de 12 de Junho de 2010, decidiu: “[R]evogar a decisão recorrida na parte em que condenou os réus a pagarem solidariamente aos autores a quantia de € 15.000,00 – quinze mil euros - a título de redução do preço da fracção; [C]ondenar os réus a pagarem aos autores a quantia que se vier a liquidar em execução de sentença, a título de redução do preço da fracção por venda de coisa defeituosa nos termos do artigo 913º do CC, até ao montante de € 17.500,00; e [m]anter, no mais, a sentença recorrida – *que, de resto, não foi objecto de recurso* - pelo que nessa parte transitou em julgado”, recorrem, de revista, os Réus, AA e mulher, BB, havendo a considerar para a decisão a proferir os seguintes:

I.1. – Antecedentes Processuais.

CCr e mulher DD intentaram contra AA e mulher BB acção com processo ordinário, tendo pedido a sua condenação, no pagamento do montante global de €27.800,00, acrescido de juros desde a

citação até integral pagamento.

Para o pedido que formulam alegaram que são donos e legítimos proprietários de uma fracção autónoma, designada pelas letra ..., correspondente ao ...º andar direito, destinada a habitação do prédio urbano constituído em propriedade horizontal, sito às Pedras Alçadas, designado por lote ..., da freguesia de Coração de Jesus, concelho de Viseu, descrito na 1ª Conservatória do Registo Predial de Viseu sob o nº ..., da referida freguesia.

O prédio em questão veio à sua posse dos Autores, por o haverem adquirido aos réus mediante escritura de compra e venda celebrada no ...º Cartório Notarial de Viseu em 8 de Abril de 2005, pelo preço de 135.000,00 euros.

Do prédio supra referido faz parte uma garagem, na sub-cave, piso -2 com acessos fáceis e normais.

O 1º réu é empresário em nome individual e dedica-se com carácter lucrativo à actividade da construção civil e tendo sido ele quem construiu o prédio onde se encontra inserida a fracção autónoma dos autores.

A fracção autónoma foi adquirida quando as obras, ao nível das garagens ainda não estavam todas concluídas, o que obrigava os autores a parquear a sua viatura no exterior, o que de resto sucedia com os restantes proprietários das fracções vizinhas.

No mês de Agosto de 2006, os Autores, tentaram introduzir o seu veículo na garagem, não o tendo conseguido, dado que o acesso inviabiliza uma circulação isenta de riscos, tornando-a totalmente impérvia. Na verdade, a rampa de acesso segue em linha recta num percurso de 8,30 metros, com um pequeno declive, de seguida encontra

uma curva cujas paredes laterais mediam aproximadamente 5215 mm, curva essa com acentuadíssimo declive. Seguindo o trajecto à garagem, segue-se uma segunda curva de largura não superior a 4240mm, curvas que tornam o acesso à garagem intransitável.

Na denúncia da situação, os autores, remeteram uma carta em 11 de Setembro de 2006.

Para tentarem solucionar a situação denunciada os réus dirigiram-se ao imóvel para tentarem remediar o acesso, tentando suprimir as curvas que acima se identificaram.

Os Réus, de acordo com parecer técnico, procederam a um corte passando a segunda curva a ter a largura de 4220mm.

A realização das obras levou os autores a crer que o problema poderia estar resolvido, no entanto, continuaram sem poder circular e aceder à garagem. No plano técnico, as curvas não poderiam sofrer uma ampliação mais drástica, dado que os pilares onde as mesmas estavam ineridas se constituírem como vigas de suporte do edifício e consequentemente não podiam ser alteradas e/ou modificadas na sua estrutura fundante.

Os autores tentaram, posteriormente, fazer essas curvas mas embatem com o carro na parede lateral os que os obrigou a despende em pintura a quantia de € 300,00.

Não tendo logrado aceder à garagem ocasionou que tenham sido compelidos a estacionar o veículo na rua.

A impossibilidade e/ou dificuldade de acesso à garagem da fracção que adquiriram, provoca a desvalorização da fracção adquirida, sendo que, para além disso, têm sofrido muitos incómodos.

Os incómodos sofridos são computados em 5.000,00 euros, sendo que a desvalorização da fracção sem acesso à

garagem, até porque a correcção dos defeitos tecnicamente impossível, não deve ser fixada em valor inferior a € 17.5000,00 e da quantia paga devem, ainda, os réus restituírem a quantia de € 10.000,00

Concluem que, na procedência da acção, os réus sejam condenados no pagamento do montante global de €27.800,00, acrescido de juros desde a citação até integral pagamento.

Na contestação, incoam os réus por excepcionar o direito à acção, pela caducidade, uma vez que os autores tendo os defeitos sido denunciados em Setembro de 2006 e a acção e a acção sido proposta em janeiro de 2008, terá caducado o respectivo direito.

Por via impugnativa alegaram que contrataram a construção do prédio à Edificadora EE, Lda. que executou o projecto tal como elaborado pelo Eng.º FF.

Foi verificada a conformidade da obra com o projecto, daí que tenha sido emitida a licença de habitabilidade.

A obra terminou em 9 de Outubro de 2004 data a partir da qual podia ser verificada. Em determinada altura e com a supervisão do pai do autor foi colocado um pavimento em granito na garagem da sua fracção, tendo os materiais circulado em viatura pelo único acesso existente.

Sustentam que o acesso às garagens é transitável e as fracções têm-se valorizado.

Concluem pela improcedência da acção e consequente absolvição dos réus do pedido.

Na réplica, refutam os autores a caducidade e concluem como na petição.

Por despacho de folhas 95 foi fixado à acção o valor de € 32.800,00

No despacho saneador julgou-se a instância válida e regular e relegou-se

para final o conhecimento da excepção peremptória da caducidade.

Consignaram-se os factos assentes e elaborou-se a base instrutória que não foram objecto de reclamações.

Foi elaborada sentença que julgou a acção parcialmente procedente por provada e consequentemente condenou os réus solidariamente a pagarem aos autores as seguintes quantias:

A. “€ 15.000,00 relativa à redução do preço da fracção, acrescida de juros de mora calculados à taxa legal desde a citação até integral pagamento.

B. € 300,00 relativa à pintura do veículo acrescida de juros de mora calculados à taxa legal desde a citação até integral pagamento

C. € 3.500,00 relativa a danos morais, acrescida de juros de mora calculados à taxa legal desde a data da presente sentença até integral pagamento.”

Da decisão proferida em 1.^a instância foi interposto recurso para o tribunal da Relação de Coimbra que em duto acórdão datado de 5 de Abril de 2011, viria a:

“1. [R]evogar a decisão recorrida na parte em que condenou os réus a pagarem solidariamente aos autores a quantia de € 15.000,00 – quinze mil euros - a título de redução do preço da fracção.

2. [c]ondenar os réus a pagarem aos autores a quantia que se vier a liquidar em execução de sentença, a título de redução do preço da fracção por venda de coisa defeituosa nos termos do artigo 913º do CC, até ao montante de € 17.500,00.

3. [m]anter a sentença recorrida – que, de resto, não foi objecto de recurso - pelo que nessa parte transitou em julgado.”

Da decisão foi interposta decisão que

decidiu “[R]evogar a decisão recorrida na parte em que condenou os réus a pagarem solidariamente aos autores a quantia de € 15.000,00 – quinze mil euros - a título de redução do preço da fracção; [C]ondenar os réus a pagarem aos autores a quantia que se vier a liquidar em execução de sentença, a título de redução do preço da fracção por venda de coisa defeituosa nos termos do artigo 913º do CC, até ao montante de € 17.500,00; e [m]anter, no mais, a sentença recorrida – que, de resto, não foi objecto de recurso - pelo que nessa parte transitou em julgado.”

I.2. – Quadro conclusivo.

Para o pedido que requestam a este tribunal dessumem os recorrentes o quadro conclusivo que a seguir queda transcrito.

“1.^a - Os prazos de caducidade das acções relativas a defeitos em imóveis não foram definidos pela Directiva Europeia n.º 1999/44/CE de 25-05-99, que apenas respeitava à venda de bens móveis corpóreos e nada impunha aos estados nacionais quanto aos imóveis.

2.^a - Na nossa lei, e até 2008, o prazo de caducidade para a propositura de acções relativas a defeitos em imóveis, era de seis meses após a denúncia; pelo que tendo a acção dos autos sido proposta já depois de decorrido esse prazo, a mesma deve improceder.

3.^a - O art. 5º - A, que DL 84/2008 aditou ao DL 67/2003, é uma disposição inovadora e não correctiva. Nada constando da Directiva a propósito de imóveis nada havia, nessa parte, que corrigir no que tocava à sua transposição.

5.^a - A interpretação, feita na decisão recorrida, de que o legislador quis com a Lei 67/2003 alargar os prazos de denúncia e propositura da acção no caso de defeitos em imóveis, para assim corrigir um erro de

transposição da Directiva, não tem apoio nem no texto da directiva nem no da lei nacional.

6ª – *Tal interpretação redundante em verdadeira actividade legislativa, vedada ao intérprete e colide com o princípio constitucional da separação de poderes e da vinculação dos Tribunais à lei, sendo, portanto inconstitucional por violação dos art. 111.º e 203.º da CRP.*

Do mesmo modo,

7ª – *Não existindo qualquer conflito jurisprudencial quanto à contagem desses prazos no que toca aos imóveis, a consideração de que o DL 28/2008 foi lei interpretativa em relação à Lei 67/2003, violaria o princípio da não retroactividade das leis, o disposto no art. 13.º/1 do C. Civil e redundaria igualmente em actividade legislativa, vedada por aqueles princípios constitucionais que, com ela, saíriam também violados.*

8ª – *Violou o Tribunal recorrido, ao acolher a decisão da 1.ª instância e nesta parte o disposto nos arts. 5.º/4 do DL 67/2003, 298.º/2, 329.º, 331.º, 333.º/2 e 303.º todos do C. Civil.*

9ª – *Os factos demonstram que os AA sabiam da existência da desconformidade que alegavam nos autos antes da compra; ou, pelo menos, que a não podiam razoavelmente ignorar.*

10ª – *Por tal razão deveria ser-lhes negado o direito à reparação nos termos do n.º 3 do art. 2.º do DL 67/2003 que a decisão recorrida, ao acolher a da primeira instância, violou.*

11ª – *As regras da experiência comum impõem a conclusão de que quem, antes da compra sabe que há uma desconformidade, verifica a conformidade antes de formalizar a compra; e, se não estiver satisfeito, não compra ou renegoceia o preço, como aliás lhe é imposto pela boa fé na contratação.*

12ª – *Age de má fé, e sem merecer a tutela*

do direito, quem opta por comprar nessas condições e só depois vem pedir a redução do preço, por isso representar uma actuação do lesado decisiva para a produção do dano.

13ª – *Tendo sido colocada à Relação a questão de que face a esse enquadramento deveriam proceder todos os pedidos dos AA; esta, ao não ter dela conhecido, por ter considerado que a mesma lhe não foi colocada, incorreu na nulidade cominada pelo art. 668.º/1- d) ex vi art. 722.º/1 - c) do CPC.*

Termos em que,

Deve o presente recurso ser julgado procedente, revogando-se o douto Acórdão em recurso que deverá ser substituída por decisão que absolva os RR dos pedidos com todas as consequências legais.”

Nas contra-alegações os recorridos concluem que:

“1- A falta de transposição dos prazos constantes no art. 5.º da Directiva 1999/44/CE para o DL n.º 67/2003 determinou que o legislador fizesse uma interpretação correctiva através do DL n.º 84/08, de 21/05, que veio alterar aquele diploma legal, aditando-lhe norma que estabelece os prazos de caducidade em conformidade com aquela directiva;

2- Pelo que é de três anos a contar da denúncia, o prazo para a caducidade dos direitos dos consumidores, no confronto com profissionais, quando se trate da compra e venda de um imóvel defeituoso;

3- Relativamente ao prazo de caducidade de seis meses do direito de propositura de acção, previsto no revogado n.º 4 do art. 5.º do DL 67/2003, impõe-se uma interpretação correctiva deste diploma, por o mesmo não se achar em conformidade com o prazo de dois anos estabelecido no art. 5.º, n.º1, da Directiva Comunitária n.º 1999/44/CE;

4- Pois que só assim se poderá assegurar

o interesse dos indivíduos na estabilidade e coerência da ordem jurídica e na segurança do comércio jurídico;

5- É sobre os réus que recai o ónus da prova de qualquer facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado pelo autor. Prova esta que os réus não lograram fazer e que, por isso, deve ser valorada contra si e a favor dos autores,

6- A mera informação prestada pelos técnicos de construção civil aos autores sobre a impossibilidade de suavizar ainda mais as curvas de acesso à garagem, não significa *ipsis verbis* que os autores estavam impedidos de aceder à garagem ou que tal acesso implicaria uma manobra de muito difícil execução.

7- Ou seja, a simples transmissão de tal informação não basta só por si para que se considere que, pelo menos, os autores não podiam razoavelmente ignorar tal desconformidade. Pois que,

8- As esquinas de acesso à garagem foram, efectivamente, cortadas, o que só por si bastou para suavizar as curvas e criar nos autores a convicção de que o problema estava resolvido, até porque nada mais poderia ser feito.

9- Os RR. não lograram provar que os autores tinham, de facto, conhecimento sobre a desconformidade do bem, uma vez que é sobre os mesmos que impende um dever específico de informação (clara, objectiva e adequada);

Termos em que deve este Tribunal manter o decidido pelo douto Acórdão em recurso e assim se fará a acostumada JUSTIÇA!

II.3. – Questões a merecer apreciação.

- Nulidade do acórdão (omissão de conhecimento de pedidos formulados na apelação);

- Caducidade; Denúncia de defeitos em imóveis; Prazo estipulado na Directiva n.º

1999/44/CE; artigos 3.º e 5.º, n.º 4 do DL n.º 67/2003 e DL n.º 84/2008;

- Inconstitucionalidade por violação dos artigos 111.º e 203.º da Constituição da República.

II. - FUNDAMENTAÇÃO.

II.A. – DE FACTO.

As instâncias deram por adquirida a matéria de facto que a seguir queda extractada.

1. “Por escritura pública de compra e venda celebrada no...º Cartório Notarial de Viseu, em 8 de Abril de 2005, os autores compraram aos réus, pelo preço de cento e trinta e cinco mil euros, a fracção autónoma, designada pela letra ..., correspondente ao...º andar direito, destinada a habitação do prédio urbano, com tudo a que a compõem^[1], constituído em propriedade horizontal sito as Pedras Alçadas, designado por lote ..., da freguesia de C... de J..., concelho de Viseu, descrito na Conservatória do Registo Predial de Viseu sob o nº ..., da referida freguesia (alínea A) dos factos assentes).

2. Da fracção aludida em A), faz parte uma garagem na sub-cave, no piso -2 (alínea C) dos factos assentes).

3. A compra e venda a que aludem os autores foi precedida de negociações, tendo estes sinalizado o preço em 14/12/2002, por cheque cuja cópia foi junta como documento nº 1 com a contestação (alínea L) dos factos assentes).

4. O réu edificou o prédio onde se encontra inserida a fracção autónoma referida em A), contratando a respectiva construção à Edificadora EE, Ld.ª, com sede na Av. ... de ..., ..., ...º, em Lisboa (resposta ao quesito 1º).

No cômputo geral, esta executou o projecto da obra, tal como havia sido elaborado pelo gabinete técnico do Eng. FF, em Viseu, e tinha

sido aprovado pela Câmara Municipal de Viseu, que licenciou tal construção (resposta ao quesito 42º).

5. A construção terminou por volta de Outubro/Novembro de 2004 e a partir dessa data ficou em condições de poder ser verificada (resposta ao quesito 44º).

6. Solicitado que lhes fosse permitido colocar nesta um pavimento em granito sobre o que estava aplicado, o que foi consentido pelos réus (resposta ao quesito 45º).

7. Antes da celebração da escritura, os autores solicitaram ao encarregado da obra que lhes indicasse um funcionário que, “fora de horas”, pudesse colocar um novo rodapé, rematando aquele pavimento, o que foi feito (resposta ao quesito 47º).

8. Ainda antes do final desse ano, homens a mando dos autores, com a supervisão do pai do autor, procederam à colocação de um pavimento em granito na garagem da sua fracção (resposta ao quesito 46º).

9. Por volta de Janeiro de 2005, o autor queixou-se ao réu que não conseguia aceder com um veículo à garagem (resposta ao quesito 12º).

10. O réu disponibilizou-se então para rectificar tal impedimento (resposta ao quesito 13º).

11. Em meados de Fevereiro de 2005, o réu deu ordens à empresa construtora para executar trabalhos no sentido de melhorar o acesso às garagens (resposta ao quesito 14º).

12. Os réus tentaram suavizar as curvas supra referidas, cortando as respectivas esquinas, o que sucedeu em meados de Março de 2005 (resposta ao quesito 15º).

13. Os autores tiveram a informação pelos técnicos da construção civil que ali se encontraram que as duas curvas de acesso à referida garagem não poderiam ser ampliadas,

porque nas mesmas se encontravam vigas de suporte do edifício (resposta ao quesito 17º).

14. E tais vigas não poderiam ser destruídas, em prol do alargamento do acesso, tendo a 2ª curva ficado com a esquina interior em forma arredondada (resposta aos quesitos 18º e 20º).

15. A Câmara Municipal emitiu a licença de habitabilidade/utilização em Março de 2005, após verificada, no cômputo geral, a conformidade entre o projecto e a construção edificada (resposta ao quesito 43º).

16. Quando os autores adquiriram a referida fracção, ainda se encontravam materiais das obras espalhados por algumas garagens e respectivos acessos do prédio, sem que os autores pudessem entrar, circular e aparcar o seu veículo livremente (resposta aos quesitos 3º e 4).

17. Volvidos cerca de 4 meses, é que essa zona foi limpa e tirados todos os obstáculos para a sua livre circulação (resposta ao quesito 5º).

18. O veículo dos autores permaneceu entretanto no estacionamento exterior (resposta ao quesito 6º).

19. Mais tarde, no final do ano de 2005, os autores tentaram introduzir o seu veículo na dita garagem e verificaram que tal era uma manobra de muito difícil execução (resposta ao quesito 7º).

20. O acesso inicial da garagem segue em linha recta num percurso de aproximadamente 8,30m, tendo sempre um pequeno declive (alínea D) e E) dos factos assentes).

21. De seguida, encontra uma curva, cujas paredes laterais medeiam uma distância de aproximadamente 5215mm (alínea F) dos factos assentes).

22. A curva referida em F) é em declive (resposta ao quesito 8º).

23. Seguindo o trajecto do acesso à dita

garagem, passa-se por uma segunda curva, cuja largura, no seu ponto mais estreito, é aproximadamente de 4240mm (resposta ao quesito 9º).

24. Devido a tais curvas, os autores muito dificilmente conseguem introduzir o seu veículo na dita garagem (resposta ao quesito 10º).

25. Mesmo após as referidas obras, qualquer veículo com dimensões que rondem os 4,50 metros de comprimento apenas consegue aceder à garagem dos autores com muita dificuldade, sendo necessária perícia e destreza acima da média por parte do respectivo condutor (resposta ao quesito 21º).

26. Da impossibilidade de acesso à garagem após as obras, os réus foram informados (resposta ao quesito 22º).

27. Após as obras supra referidas, os autores já tentaram fazer essas curvas e embateram com o seu carro na parede lateral (resposta ao quesito 26º).

28. Na pintura do mesmo gastaram cerca de 300,00€ (resposta ao quesito 27º).

29. O veículo dos autores tem ficado sempre estacionado na rua, o que faz com que a pintura e os órgãos mecânicos, principalmente no Inverno, fiquem mais expostos às adversidades climáticas, deteriorando-se mais rapidamente (resposta aos quesitos 28º a 30º).

30. A aquisição da mencionada fracção por parte dos autores visou não só a sua habitação permanente, como também o estacionamento da sua viatura (resposta ao quesito 32º).

31. Não fosse a existência da garagem, os autores não teriam comprado a dita fracção (resposta ao quesito 31º).

32. O apartamento dos autores com acesso à garagem muito difícil, bem como a sua não funcionalidade, desvaloriza a fracção^[2] (resposta ao quesito 35º).

33. O não uso da garagem deixa os autores

sem entrada directa para o imóvel, tendo de se deslocar pelo exterior para entrarem no prédio (resposta ao quesito 33º).

34. Os autores têm crianças e tal facto traz-lhes incómodos (resposta ao quesito 34º).

35. No edifício onde se encontra a fracção supra referida, foi aberto um bar (alínea J) dos factos assentes).

36. O bar referido em J) traz durante a noite muitos clientes jovens (resposta ao quesito 36º).

37. Por vezes, durante a madrugada, ouvem-se garrafas a partir, motas a circular e algum barulho (resposta aos quesitos 37º e 38º).

38. A factualidade supra referida preocupa os autores pois receiam que algo possa estragar ou danificar o seu veículo (resposta ao quesito 39º).

39. A fracção C - com garagem no mesmo piso da dos autores e a mesma tipologia, mas em piso inferior foi adquirida aos réus por €128.960,00 e foi vendida em 09 de Agosto de 2007 por € 175.000,00. (alínea M) dos factos assentes).

40. A fracção C referida na supra alínea M) e após a aquisição pela inicial proprietária, D. GG, sofreu alterações a nível de um arquitecto, que alterou e enriqueceu o mesmo apartamento e o valorizou (resposta ao quesito 40º).

41. O autor enviou ao réu que recebeu uma carta registada com A/R datada de 11/09/2006 com o seguinte teor: No passado dia 8 de Abril de 2005 celebrei com V. Ex.^a uma escritura pública de compra e venda no 1º Cartório Notarial de Viseu. Através da mesma adquiri a fracção autónoma, designada pela letra "F", correspondente ao segundo andar direito, destinada a habitação, com tudo a que a compõe, do prédio urbano em regime de propriedade horizontal, sito as Pedras Alçadas, designado por lote ..., freguesia de C... de J..., concelho de Viseu, omisso na matriz mas feita a

participação para a sua inscrição no ...º Serviço de Finanças de Viseu em 25/02/2005, ao qual foi dado o artigo provisório P..., com o número de registo ..., descrito na ...ª Conservatória do Registo Predial de Viseu sob o n.º ..., da freguesia de Coração de Jesus. Tal fracção é constituída pela casa de habitação e por uma garagem. Acontece porém que se torna impossível aceder à garagem, não podendo estacionar lá o meu veículo. É que, como alias e do seu conhecimento, o acesso do exterior a minha garagem é constituído por uma curva cuja sua intensidade se forma intransitável. E nesse sentido a minha garagem não pode ser utilizada para o fim a que se destina. Verifico das conversações que têm sido efectuadas com os representantes de V. Exas. que também eles não conseguem estacionar um carro na minha garagem. Denuncio-lhe desta forma tal defeito e agradeço que o Sr. faça diligências no sentido de ter rectificado, no prazo de 10 dias tal defeito. Caso contrario terei que seguir vias judiciais. Atenciosamente (alínea G) dos factos assentes).

42. O 1º réu é empresário em nome individual e dedica-se com carácter lucrativo à actividade de construção civil (alínea B) dos factos assentes).

43. A actividade do réu marido é a actividade de sustento da família e a ré mulher beneficia com a construção e vendas celebradas pelo réu marido (alíneas H) e I) dos factos assentes).”

II.B. – DE DIREITO.

II.B.1. – Nulidade do acórdão.

Tratando-se de uma questão adjectiva a que o tribunal terá de atender e, na eventualidade de poder vir a proceder, ainda assim deva, nos termos do artigo 715.º do CPC, conhecer do recurso, por uma questão de metodologia, tomar-se-á conhecimento da

questão fulcral do recurso, a saber a excepção de caducidade, e só na improcedência desta se tomará conhecimento da nulidade oposta ao aresto revidendo.

II.B.2 – Caducidade; Denúncia de defeitos em imóveis; Prazo estipulado na Directiva n.º 1999/44/CE; artigos 3.º e 5.º, n.º 4 do DL n.º 67/2003 e DL n.º 84/2008.

A discordância trazida pelos recorrentes – repristinada da apelação que levaram até ao Tribunal da Relação – prende-se com a aplicação ao caso do disposto no artigo 5.º-A do Dec. Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio.

Para os recorrentes não é compaginável com a regra da não retroactividade das leis a aplicação dos prazos fixados para o exercício do direito à acção no caso de ter sido operada a denúncia do defeitos de uma coisa imóvel. Em apertadas razões, porque a Directiva 1999/44/CE não é aplicável aos bens imóveis, depois porque se não pode entender que a norma introduzida pelo artigo 5.º-A do Dec. Lei 84/2008 possa ser assumida como uma norma correctiva ou interpretativa do primeiro Dec. Lei que havia procedido à transposição da mencionada directiva para a ordem jurídica interna – Dec. Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril – e com isso o legislador quisesse aumentar ou fixar prazos que não estavam insertos neste diploma.

Na justificação de motivos do Decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de Maio escreveu-se que “O Decreto -Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, transpôs para o ordenamento jurídico interno a Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de

bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Foi, então, estabelecido um conjunto de regras que disciplinam o regime das garantias, legais e voluntárias, que tem contribuído para o reforço dos direitos dos consumidores nesta matéria.

Decorridos cinco anos sobre a entrada em vigor daquele decreto-lei considera-se necessário introduzir novas regras que permitam ajustar o regime à realidade do mercado e colmatar as deficiências que a aplicação daquele diploma revelou. (O sublinhado é nosso)

(...)

Estabelece-se, também, um novo prazo de dois e de três anos a contar da data da denúncia, conforme se trate, respectivamente, de um bem móvel ou imóvel, para a caducidade dos direitos dos consumidores. Esta diferenciação de prazos justifica-se atendendo ao bem em causa e à complexidade de preparação de uma acção judicial consoante se trate de um bem móvel ou imóvel. O decreto-lei estabelece, ainda, um prazo de dois ou de cinco anos de garantia para o bem sucedâneo, substituto, do bem desconforme se se tratar, respectivamente, de um bem móvel ou imóvel e consagra a transmissão dos direitos conferidos pela garantia aos terceiros adquirentes do bem.

No seu artigo 1.º, o Dec. Lei n.º 84/2008, de 21 de maio, incoa por anunciar que “O presente decreto-lei procede à transposição para o direito interno da Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, com vista a assegurar a protecção dos interesses dos consumidores.”

Anunciado o propósito e operadas as modificações/alterações relativa aos prazos fixados para o exercício de direitos por parte dos interessados reparação da coisa, de exigir

a sua substituição, de redução do preço ou de resolução do contrato a questão que importa dilucidar é se efectivamente as normas que não atinam ou se conectam com a regulação de bens de consumo móveis corpóreos, como seria o caso do conclamado artigo 5.º-A do Decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de Maio, se ineriram no primevo diploma legal que transpôs a Directiva para a ordem jurídica interna, por se tratar de norma correctiva ou interpretativa ou se, ao invés, se trata de norma inovadora e reguladora de situações que surgiram ao legislador por virtude de condicionantes e/ou preocupações económico-sociais entretanto decantadas do devir social e da realidade socioeconómica constatada no comércio jurídico de bens imóveis e que por isso impunha regular.

O artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho define consumidor “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.*”

Na transposição operada pelo Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril da Directiva 1999/44/CE o legislador português pretendeu ir mais longe na protecção dos consumidores do que o legislador comunitário.

A asserção contida no parágrafo anterior radica no cotejo interpretativo que deve ser feita dos textos legais em tela de juízo.

Assim, o artigo 1.º da Directiva n.º 199/44/CE estabelecia, entre outros propósitos – cfr. n.º 1 do citado preceito – que “para efeitos da presente directiva, entende-se por: b) bem de consumo: qualquer bem móvel corpóreo, com excepção: - dos bens vendidos por via de penhora, ou qualquer outra forma de execução judicial; - da água e

do gás, quando não forem postos à venda em volume delimitado, ou em quantidade determinada; - da electricidade.” (o sublinhado é, naturalmente, nosso).

Porém, no preâmbulo do Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, o legislador nacional evidenciou um propósito mais abrangente e eficaz, quando refere que: “Para a determinação da falta de conformidade com o contrato releva o momento da entrega da coisa ao consumidor, prevendo-se, porém, que as faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel ou de coisa imóvel, respectivamente, se consideram já existentes nessa data.”

Preocupação central que se procurou ter sempre em vista foi a de evitar que a transposição da directiva pudesse ter como consequência a diminuição do nível de protecção já hoje reconhecido entre nós ao consumidor.

Assim, as soluções actualmente previstas na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, mantêm-se, designadamente o conjunto de direitos reconhecidos ao comprador em caso de existência de defeitos na coisa.

No que diz respeito aos prazos, prevê-se um prazo de garantia, que é o lapso de tempo durante o qual, manifestando-se alguma falta de conformidade, poderá o consumidor exercer os direitos que lhe são reconhecidos.

Tal prazo é fixado em dois e cinco anos a contar da recepção da coisa pelo consumidor, consoante a coisa vendida seja móvel ou imóvel. Mantém-se a obrigação do consumidor de denunciar o defeito ao vendedor, alterando-se o prazo de denúncia para dois meses a contar do conhecimento, no caso de venda de coisa móvel.

Este regime de protecção do consumidor

mantém-se imperativo, permitindo-se, porém, que, em caso de venda de coisa móvel usada ao consumidor, o prazo de dois anos seja reduzido a um ano por acordo das partes.”

O legislador nacional incoa por anunciar que o diploma pretende dar continuidade ou assegurar a protecção já estatuída na Lei n.º 24/96, de 31 de Julho ou seja para os sujeitos definidos no mencionado diploma como consumidores. Para efeitos do diploma matricial são consumidores todos aqueles que realizam contratos com outrem que dediquem a sua actividade comercial ou produtiva com o fim de dela obter benefícios. Nesta acepção qualquer individuo para quem seja transmitido um bem ou prestado um serviço ou um direito, incidente em bem móvel ou imóvel, e que o destine a uso não profissional, desde que o transmitente seja alguém que exerça uma actividade económica donde retira benefícios é, nos termos da definição supra referida, considerado consumidor.

A disponibilidade do legislador nacional em ir mais além do que estava contido no artigo 1.º da directiva 1999/44/CE evidencia-se desde logo no passo em que anuncia que o que servirá de base ao diploma de transposição seria o regime matricial que regula as relações de comércio entre vendedor e consumidor. Sendo o âmbito de aplicação do regime de consumidores indeterminado ou totalizante – “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional*” – o cotejo torna evidente que o legislador português, a nível do legislado, foi além do que estava obrigado pelas forças da Directiva. Por isso é que no seu artigo 5.º, tal como já tinha anunciado no preâmbulo, o legislador nacional consagrou um prazo de

caducidade para o consumo de bens imóveis.

Ainda assim, não deixou o legislador de 2003 de incluir na previsão das situações de denúncia pela venda de coisa defeituosa, o artigo 5.º n.º 1 onde se estatui que: “*O comprador pode exercer os direitos previstos no artigo anterior quando a falta de conformidade se manifestar dentro de um prazo de dois ou cinco anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respectivamente, de coisa móvel ou imóvel*”, tendo, no entanto, deixado intocados os prazos para o direito de reacção para o exercício de direito de acção tendente a pedir em juízo a reparação, substituição, redução do preço ou a resolução do contrato – cfr. n.º 4 do citado artigo “*Os direitos conferidos ao consumidor nos termos do n.º 1 do artigo 4.º caducam findo qualquer dos prazos referidos nos números anteriores sem que o consumidor tenha feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses*”.

O artigo 5.º do Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril prevê, explicitamente, o exercício de direito de denúncia para os casos de imóveis, pelo que ao prescrever um período de seis meses para o direito de reacção “[*findo*] *qualquer dos prazos referidos nos números anteriores sem que o consumidor tenha feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses*” deixou igualável os prazos para as situações em que o defeito atinasse com coisa móvel ou com coisa imóvel.

Ao ter deixado intocado este prazo, não sobrá muita dúvida que a norma de transposição se quedou aquém do que estabelecia a Directiva, pois este diploma de direito secundário³ estabelecia um prazo mínimo de dois anos para o direito reactivo do interessado em pedir em juízo a reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato de compra

e venda. Ocorre, porém, como acima se deixou dito, que a directiva regulava tão só as situações de coisas móveis corpóreas. Ao não regular, como parece terá querido ser a intenção do legislador nacional, tão só para as coisas móveis mas também para imóveis a questão que surge como pertinente é saber se qualquer alteração posterior - maxime o artigo 5.º-

A do decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de maio -, poderá ser considerada como correctiva relativamente ao disposto na Directiva ou deverá ser considerada uma inovação, por não poder ser inerida no âmbito de aplicação obrigatória do direito comunitário na ordem jurídica interna. Vale por dizer, será que o alargamento do prazo fixado no artigo 5.º-A do decreto-lei n.º 84/2008, de 21 não poderá ser convocada como norma integradora ou correctiva do primevo artigo 5.º do Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, ou deverá antes, porque a Directiva que se convoca como norma de aplicação obrigatória pelos tribunais portugueses não prescrevia para as coisas corpóreas imóveis, ter-se como norma de feição inovadora e de regulação contemporânea, sem possibilidade de retroacção.

A solução encontrada no convocado acórdão deste Supremo Tribunal de 12-01-2010 não constitui um *punctum saliens* da hermenêutica jurídica, antes decorre dos princípios basilares da aplicação do direito supranacional, maxime comunitário, imperativo aos tribunais da comunidade perante norma de calado superior na hierarquia normativa. Bastaria ter presentes os ensinamentos da doutrina para nos alcandoramos, sem dificuldade de vigorosa alçaprema, à solução a que aí se chegou.⁴

A questão mantém-se para o caso que

nos ocupa, dado que estamos em presença de um bem imóvel – que não estava incluído na referida Directiva – para o qual não existia normaçaõ comunitária que permitisse a aplicação imediata pela ordem jurídica portuguesa. Como se disse a normaçaõ comunitária regia para as situações em que a compra e venda tivesse por objecto uma coisa móvel corpórea nada dizendo para as coisas imóveis. Porém, num passo de modernidade, o legislador indígena incluiu na normaçaõ de transposiçaõ os prazos de caducidade para o exercício de direitos relativo a defeitos de coisas imóveis, mantendo-os, tal como para os de coisas móveis, no prazo geral de seis meses.

Parece resultar de meridiano entendimento que sendo a normaçaõ comunitária de aplicaçaõ imediata na ordem jurídica portuguesa, por aplicaçaõ da cláusula de recepçaõ plena e imediata contida no artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, essa aplicaçaõ seria incidente às situações em que a ordem jurídica interna fixasse um prazo inferior para o exercício de direito de reacçaõ perante uma denúncia de defeito de coisa móvel adquirida por consumidor, como era o caso versado nos autos (compra e venda de um automóvel). Mas já resulta de dificuldade acrescida impor a aplicaçaõ de uma normaçaõ de âmbito limitado – itera-se que a normaçaõ da directiva abrangia tão só as coisas moveis corpóreas – a um tipo de coisas que se tornou específico e próprio do ordenamento indígena, ou seja não é isonómica ou de paralelismo linear a situação tratada no recurso supra referido com aquele que aqui nos ocupa. Ou ainda se o âmbito da legislaçaõ indígena foi além do direito supranacional, que lhe cumpria inerir na ordem jurídica interna, deverão as normas inovadoras que esta

normaçaõ de transposiçaõ contenha ser objecto de interpretaçaõ correctiva e, ipso jure, aplicarem-se, por via dessa interpretaçaõ as normas que, entretanto, tenham sobrevivido para paragonar o que ficou deficientemente estabelecido na normaçaõ nacional relativo a um prazo? Vale por perguntar se os tribunais tinham obrigaçaõ de no domínio ou vigência do Decreto-lei n.º 67/2003, de 8 de Abril aplicar os prazos fixados na Directiva para as situações que envolvessem bens moveis, poderá ampliar-se essa aplicaçaõ para os bens imóveis, sendo que estes não estavam incluídos na directiva e tinham sido uma inovaçaõ do direito nacional?

A resposta não será linear, mas não pode bastar-se com a argumentaçaõ aduzida no aresto revidendo, dado que, como se pretendeu equacionar supra, a questãõ não atina com a aplicaçaõ imediata das regras de caducidade da directiva, mas sim com a possibilidade de se considerarem imposiçaõs jurídicas contidas no “*diploma de correcçaõ*” como extensíveis às coisas imóveis.

Não sofrerá sobressalto hermenêutico a asserçaõ de que o alongamento dos prazos fixados no artigo 5.º-A do Decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de maio para as coisas móveis se tratou de uma disposiçaõ correctiva ou determinativa de referencial prefixado, dado que o legislador se limitou a adequar a normaçaõ de transposiçaõ, por definiçaõ normaçaõ de feiçaõ “copista” ou adaptativa, à normaçaõ de hierarquia superior, nesta caso de fonte comunitária. Porém, o segmento de normaçaõ que fixe novos prazos para um sector regulaçaõ que não estava abrangida – no caso a caducidade para acções que versassem sobre coisa imóveis – na normaçaõ comunitária, deverá assumir também ela uma feiçaõ correctiva ou, ao invés, deverá ser entendi-

da como legislação privativa e autónoma do Estado Membro e por isso obter o mesmo tratamento das demais alterações que esse Estado dedica à sua legislação interna?

Inclinamo-nos para a solução de considerar que não estando a norma interpretativa ou correctiva contida no âmbito da norma que se pretende interpretar ou corrigir, por a relação jurídica específica desbordar do âmbito em que se movimenta, não deve ser tida como norma de correcção mas sim como norma inovadora. Vale por dizer que a norma comunitária não pode ser corrigida em parte que dela não constava, ou seja que extravase o âmbito nuclear e fundante da sua aplicação. Não pode uma norma corrigir para além do que está contido no núcleo permissivo do acto correctivo, sendo interdito corrigir ou interpretar para além da área de incidência normativa em que a norma corrigenda se manifesta.

Nem será legítimo, em nosso aviso, convocar para suprir lacunas de uma norma, legislação de hierarquia superior, se desta legislação não constavam os pressupostos balizadores da norma correctiva. As normas correctivas devem conter-se nos estritos limites da norma a corrigir, estando-lhe vedado, por intrusão inadmissível, corrigir situações que não se posicionem no âmbito normativo interno e intrínseco que estavam destinadas a regular.

Resulta, pois, difícil a defesa da tese explanada no aresto revidendo de que com “[transposição] da previsão do artigo 5º da Directiva que levou ao aditamento correctivo de uma norma que consagrasse os prazos mínimos vazados neste artigo, através da introdução no nosso ordenamento jurídico do artigo 5ºA cujo nº 3 expressa: caso o consumidor tenha efectu-

ado a denúncia da desconformidade (...) os direitos atribuídos caducam no prazo de 3 anos a contar dessa mesma data. Embora em Janeiro de 2005 os autores tenham denunciado a impossibilidade de acesso à garagem – facto 10 – a verdade é que só 4 meses depois de 8 de Abril de 2005 – facto 18 – é que estiveram reunidas as condições que permitiam aos autores, na sequência das obras realizadas – facto 13 – saber se a intervenção levada a cabo pela construtora permitia ou não o acesso à garagem o que só fizeram em no final do ano de 2005 – facto 20 – com os resultados conhecidos – factos 20, 25 e 28 – impossibilidade que foi dada a conhecer aos réus sem que estes tivessem solucionado a questão, questão que, de resto, era insolúvel em face da informação que lhes foi prestada pelos técnicos – facto 14. Constatada a impossibilidade os autores voltaram a denunciar por escrito a impossibilidade de acesso através de carta datada de 11 de Setembro de 2006 – facto 42.

Enquadrado o DL nº 84/2008 de 21.5 como norma correctiva seguimos o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça vazado no acórdão de 12 de Janeiro de 2010, relatado pelo Exmo. Juiz Conselheiro João Camilo segundo o qual se torna inútil a sua apreciação à luz de norma interpretativa, já que se limitou a dar corpo à redacção que decorria da tal directiva e daí que não vejamos razões para partilharmos com os réus apelantes a violação do artigo 13º da CRP, já que não foi pela via da regra interpretativa mas sim pela via da regra correctiva – vazar n o ordenamento interno o que determinava a directiva – que se considerou aplicável aos contratos firmados antes da sua entrada em vigor.

Neste contexto e existindo um prazo de caducidade de 3 anos a partir da denúncia sem que o defeito tenha sido corrigido e formalizada a denúncia em Setembro de 2006, então, é de

concluir, pela aplicação do nº 3 do artigo 5ºA aditado ao DL nº 67/2003 pelo artigo 2º do DL nº 84/2008, de 21.5 que esta norma é aplicável à situação dos autos e por esta razão a acção deu entrada – 30 de Janeiro de 2008 – antes da preclusão do prazo de caducidade de 2 anos, improcedendo a excepção da caducidade.”

A tese, em nosso juízo, teria cabimento – como teve no caso referido no aresto – se a norma que se corrigia se contivesse no âmbito da que pretendia corrigir. No entanto, como se pretendeu demonstrar supra, a norma corrigenda extravasava não se continha nos estritos limites da Directiva, isto é, não corrigia os prazos de caducidade para os bens móveis, mas pretendeu corrigir os prazos de caducidade para os casos em que o objecto do contrato fosse um bem imóvel. Vale por dizer, que, em face da deficiente transposição, por extensão, da directiva para o ordenamento interno, a norma do artigo 5º-A do Decreto-lei n.º 84/2008 teve dois efeitos, um primeiro, efectivamente corrector, quando alarga o prazo de caducidade de seis meses para dois anos para os contratos em que o objecto é uma coisa móvel, e um outro inovador, porque privativo, por um lado, e extravagante, por outro, quanto ao prazo de caducidade em que o objecto tenha sido uma coisa imóvel. Dito de outro modo, porque a norma do Decreto-lei n.º 67/2003 excedeu o que estava contido na Directiva só se podem considerar correctoras as disposições que se contenham nos limites desta última, ou seja as disposições que respeitem à regulamentação dos prazos para os bens móveis. De fora, em nosso juízo, deverão ficar as disposições que quanto à matéria da caducidade atinem com as situações de contrato de compra e venda que

tenham por objecto coisas imóveis.

A norma correctiva introduzida pelo artigo 5º-A do Decreto-lei n.º 84/2008 só pode abranger os casos ou situações que atinem com bens móveis e já não com os casos em que o contrato de compra e venda tenha por objecto uma coisa móvel.

Pelo que, em nosso juízo, colhe a argumentação do recorrente de que o diploma de correcção, como é apelidado, não pode ser aplicável aos casos em que o contrato de compra e venda tenha por objecto um bem imóvel. Para estes casos, porque a inclusão de bens imóveis no diploma de transposição foi excessiva e transbordante relativamente ao núcleo conformador da Directiva as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 84/2008, não pode ser tido como corrector, mas sim como modificante ou inovador do prazo fixado no diploma de transposição que havia sido de seis meses, aliás em concordância com o artigo 917.º do Código Civil.

Pelo que se deixa exposto, terá que proceder a excepção de caducidade oposta pelos recorrentes à pretensão dos autores.

Com a decisão que se assume quedam prejudicados os demais temas enunciados, nomeadamente a nulidade do acórdão e as questões de inconstitucionalidade suscitadas pela aplicação do regime do Decreto-lei n.º 84/2008, de 21 de Maio.

III. - Decisão.

Na defluência do que fica exposto, acordam os juízes que constituem este colectivo na 1.ª secção do Supremo Tribunal de Justiça, em:

- Conceder a revista, com o que se revoga o aresto revidendo, e se julga extinto,

por caducidade, o direito que os Autores
pretenderam fazer valer contra os Réus.

- Custas pelos recorridos.

Lisboa, 11 de Outubro de 2011.

Gabriel Catarino - Relator

Sebastião Póvoas Moreira Alves

NOTAS

¹Negrito nosso para significar que no preço
integrava uma garagem.

²Alteração por via da impugnação da matéria
de facto.

³Cfr. Gomes Canotilho, J. Joaquim e Tavares
da Silva, Susana, in “Metódica Multinível:
“Spill-over effects” e Interpretação conforme
o direito da União Europeia”, RLJ, Ano
138.º, n.º 3955, págs. 182-183.

⁴Quanto à “*relação*” do direito comunitário
com o direito dos estados membros, maxime
do artigo 8.º da Constituição da República
Portuguesa, vide o estudo de Marta Chantal
Machado Ribeiro, “Direito Internacional,
Direito Comunitário e a nossa Constituição
– Que Rumo”, in “Comemorações dos 5
anos da F.D.U.P.”.

CARTA DE JOÃO PESSOA

Nós, participantes do V Seminário Paraibano de Direito Sanitário e do I Seminário Internacional de Direito Sanitário, através da presente Carta, movidos pelo desejo de construir uma prestação de saúde universal, eficiente e de qualidade, reafirmamos e proclamamos, com fulcro nos princípios contidos na Constituição da República Federativa do Brasil e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o seguinte:

I – Que se realce a importância da educação para a saúde como forma de prevenção da doença e suporte de uma vida saudável, impondo-se se introduzam nos diferentes graus de ensino temas específicos (de modo autónomo ou transversal), que a garantam.

II – Que Poder Público e Ministério Público acompanhem regularmente o Projeto de Educação e Vigilância Sanitária – EDUCANVISA, no Estado da Paraíba.

III – Que os meios de comunicação divulguem as fontes de financiamento, de modo a saber-se com precisão quem patrocina e anuncia, sempre que se veicule temas alusivos a produtos e serviços de saúde.

IV – Que não se promova produto ou serviço de saúde resultante de conteúdo que venha a lume na comunicação social, se o fornecedor o suportar financeiramente, a menos que tal seja claramente indicado (publi-reportagem) pela palavra, imagens ou sons facilmente identificáveis.

V – Que se dê efetividade à promoção da saúde, segmento fundamental da procura da equidade, a título de reforço da capacidade individual e coletiva em vista da melhoria da da saúde e da qualidade de vida.

VI – Que se insira nos programas de concurso para ingresso na Magistratura e no Ministério Público a disciplina de Direito Sanitário para assegurar o integral domínio dos seus termos pelos titulares dos aludidos órgãos.

VII – Que nos programas de graduação e pós-graduação dos cursos professados na área do Direito e da Saúde se insira igualmente o Direito Sanitário.

VIII – Que se celebrem convênios entre a Magistratura, o Ministério Público e o Poder Executivo (secretarias estaduais e municipais da saúde) em ordem à constituição de equipas multidisciplinares enquanto suporte técnico no processo de judicialização da saúde.

IX – Que se controle rigorosamente os alimentos funcionais – que relevam de uma nova disciplina científica, a nutracêutica – de modo a se evitar os embustes em que incorrem

os consumidores com grave risco para a saúde e manifesto prejuízo dos seus interesses econômicos.

X – Que se controle rigorosamente todo e qualquer alimento processado, de modo a reduzir os seus possíveis efeitos nefastos na saúde pública.

XI – Que se pondere os procedimentos adotados na União Europeia em matéria de produtos nutracêuticos (alimentos funcionais), perfilhando-se o modelo ali vigente de controle prévio: dos 2758 produtos submetidos ao controle do Comitê Científico, 80% se revelaram sem efetiva comprovação científica.

XII – Que se reforcem princípios e regras no que toca à publicidade, promoção e patrocínio do medicamento, restringindo a publicidade aos profissionais e promovendo o uso racional de todo e qualquer produto farmacêutico.

XIII – Que as restrições legais à publicidade não sejam concebidas como atos de censura, nem como afronta a uma pretensa liberdade de expressão de pensamento, constitucionalmente tutelada, que o não são.

XIV – Que sejam adotadas providências com o fim de promover visitas do Ministério Público aos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, unidades de saúde e demais serviços de baixa, média e alta complexidade.

XV – Que se reveja com premência as molduras penais dos tipos de ilícitos que envolvam profissionais de saúde, como os previstos nos arts. 280 a 284 do Código Penal.

XVI – Que os riscos de desenvolvimento não constituam causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor por danos causados por medicamentos defeituosos.