

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. II | N. 1 | MARÇO 2012

#5

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 II, número 1, março 2012

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

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
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najarian
Igor Rodrigues Britto, James Alberto Siano, José Augusto Peres Filho
Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini, Newton de Lucca
Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo 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 Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Angeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

09 Editorial

DOCTRINA

- 13 **Da garantia de produtos defeituosos ou não conformes no Brasil e em Portugal**
FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO
- 55 **Consumidor endividado, vítima do sistema cultural**
DIÓGENES FARIA DE CARVALHO
- 75 **Tendências internacionais e nacionais da política de proteção dos consumidores**
JORGE PEGADO LIZ
- 127 **Cláusulas abusivas e ação inibitória: Aspectos processuais mais marcantes**
SUSANA FERREIRA DOS SANTOS
- 143 **Proposta de regulamento do Parlamento e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda**
Comentário
JOÃO ALVES
- 161 **Da legitimidade nas ações coletivas de consumo**
ÂNGELA FROTA
- 173 **As listas negras e cinzentas das condições gerais dos contratos**
RUTE COUTO

LEGISLAÇÃO

- 193 **Comissão Europeia**
Proposta de regulamento do direito europeu comum da compra e venda

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 275 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**
Relator: Marcelo Cezar Müller
- 277 **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**
Relator: Maria Isabel Gallotti
- 283 **Ementário**
Julgados do TJ/RS e TJ/MS

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 287 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)**
Relator: K. Schiemann
- 295 **Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção)**
Relator: D. Gratsias

EM DESTAQUE

- 315 **I Conferência Regional de Ponte de Lima:**
“Das condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas”
Signatário: Mário Frota

EDITORIAL

O direito do consumo regista, em todos os quadrantes, consideráveis mudanças.

Assinalámo-lo na edição pretérita.

E o projeto por que ansiaríamos seria o de tornar quer aos trabalhos de atualização do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, quer ao regime plasmado na Directiva dos Direitos dos Consumidores que a 25 de outubro de 2011, em processo de codecisão Parlamento Europeu/Conselho da União Europeia, foi adotada e ulteriormente publicada no Jornal Oficial da União Europeia.

Circunstâncias que não pudemos dominar relegam para o próximo número os artigos que contemplam as propostas de atualização do Código de Defesa do Consumidor e a atual Directiva dos Direitos dos Consumidores, reduzida, como noutro ensejo se assinalou, à sua ínfima espécie.

No número que ora se apresenta, há, porém, uma novidade de tomo: a do regime comum europeu do contrato de compra e venda, na análise a que o Procurador da República, Dr. **João Alves**, nosso colaborador, procede.

O Conselheiro **Jorge Pegado Liz**, do Comité Económico e Social Europeu, que integra de análogo modo o Conselho de Direção da Revista, brinda-nos com um artigo acerca das Tendências Internacionais do Direito do Consumo.

O Dr. **Flávio Citro Vieira de Mello**, ilustre magistrado do Rio de Janeiro, investigador principal do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, ocupa-se de um tema pertinentíssimo, a saber, o das Garantias das Coisas Móveis Duradouras, em uma perspectiva de direito comparado que enriquece particularmente esta edição.

A Dr.^a **Ângela Frota**, subdiretora do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, oferece à reflexão dos habituais leitores da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* um texto acerca da Legitimidade nas Ações Coletivas de Consumo, na óptica do ordenamento jurídico-processual luso.

O Prof. **Diógenes Faria de Carvalho**, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, de Goiânia, reflete em torno de um tema, a todos os títulos na ordem do dia: “Consumidor endividado, vítima do sistema cultural?”

A Prof.^a **Rute Couto**, docente do ensino superior e presidente da apDC/Delegação de Trás-os-Montes, em Mirandela, analisa com profundidade o tema

das Listas Negras e Cinzentas das Cláusulas Abusivas, à luz do direito português, em exercício susceptível de influenciar, já que meramente exemplificativo, o enunciado de hipóteses ofertadas no artigo 51 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

A Prof.^a **Susana Ferreira dos Santos**, docente do Politécnico de Bragança e da apDC/Delegação de Trás-os-Montes, aprecia o regime processual das condições dos contratos, em artigo intitulado Cláusulas Abusivas e Ação Inibitória: Aspectos Processuais mais Marcantes.

A mais que isso as habituais rubricas de Legislação e Jurisprudência, que enriquecem sobremodo a publicação, com particular realce para os trabalhos preparatórios do Regulamento Europeu do Regime Comum do Contrato de Compra e Venda, e das Propostas de Directivas da Resolução Alternativa de Litígios e dos Litígios em Linha Decorrentes do Comércio Electrónico.

Materiais que não caibam, pelas naturais limitações de espaço, nas páginas da Revista Luso-Brasileira, inseri-los-emos no portal DIREITO DO CONSUMO (www.direitodoconsumo.com), como vem ocorrendo sistematicamente, fonte nada desprezível de recursos com que os cultores destas matérias poderão obviamente contar, no progressivo aperfeiçoamento que constitui marcante norte do labor que percuientemente vimos desenvolvendo.

O papel que a *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* desempenha, no concerto das publicações do jaez destas, é já reconhecido internacionalmente, pelo que há que endereçar a todos e a cada um as CONGRATULAÇÕES pelo sucesso alcançado, importando se aprimorem as vias para a consecução dos propósitos que desde a primeira hora veementemente se expressaram.

A *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* propõe-se criar, ainda, num dos próximos números, uma secção destinada às RECENSÕES BIBLIOGRÁFICAS.

De entre as publicações recebidas neste interim, assinale-se uma obra relevante – Segurança Alimentar: da Produção Agrária à Protecção do Consumidor –, da autoria de Roberto Grassi Neto, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e que corresponde ao texto da tese apresentada para concurso público de livre-docência (Departamento de Direito Civil) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O Brasil e os seus mais proeminentes juristas abrem-se ao tratamento de um tema do mais vasto alcance, que se tem vindo a disseminar nas palestras que ministramos periodicamente nas terras de Vera Cruz com geral agrado dos seus destinatários.

Congratulamo-nos pelo fato.

Também Ana Carolina Moraes, de Macapá, carreou uma tese própria sobre análogo tema, apresentado na Universidade Católica de Londrina e com a classificação máxima, que aproveitaremos para publicar proximamente.

E ainda o *Liber Amicorum* MÁRIO FROTA, das Edições Almedina, com um notável conjunto de colaborações, centradas na temática do direito do consumo, como noutro passo se enumerará.

A comissão organizadora da obra, integraram-na personalidades de destaque do universo jurídico global:

Ada Pellegrini Grinover, Guillermo Orozco Pardo, Jean Calais-Auloy, José Luís Perez Serrabona González, Manuel Januário da Costa Gomes e Vinício Augusto Pereira Ribeiro.

E de entre os artigos na obra enxertados figuram:

Direitos Individuais Homogêneos: os Requisitos da Prevalência e Superioridade e Dano Moral Coletivo – *Ada Pellegrini Grinover*

Comércio Electrónico e Direito do Consumo – *Adelaide Menezes Leitão*

Da Legitimidade nas Ações Coletivas de Consumo – *Ângela Frota*

A Tutela do Consumidor de Produtos Financeiros – *António Menezes Cordeiro*

Informação e Publicidade.

Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros – *Cláudia Madaleno*

O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância – *Fernanda Neves Rebelo*

A Alternatividade dos Meios de Defesa do Consumidor no Caso de Desconformidade da Coisa com o Contrato de Compra e Venda – *Fernando de Gravato Morais*

Da Garantia de Produtos Defeituosos ou Não Conformes no Brasil e em Portugal – *Flávio Citro*

The Common Frame of Reference and the Europeanization of the Private Law – *Guido Alpa*

Problemática de la Ejecución Hipotecaria en el Contexto de la Crisis Financiera – *Guillermo Orozco Pardo/José Luis Perez Serrabona González*

Les Recours Collectifs: vue d'ensemble, Modes d'action, résultats, perspectives – *Henri Temple*

Nótula sobre a Venda à Distância e a Limitação Contratual da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede – *Hugo Ramos Alves*

Notas Breves Sobre os Mecanismos de Garantia do Cumprimento no Crédito ao Consumo – *Isabel Menéres Campos*

Regard Critique sur L'harmonisation Européenne du Droit de la Consommation – *Jean Calais-Auloy*

A Intervenção Cível do Ministério Público na Defesa dos Consumidores – a Necessidade de Mudança – *João Alves*

Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação – *Jorge Pegado Liz*

Os Paradigmas da Ação Executiva na Europa – *José Lebre de Freitas*

As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo – *Luís Manuel Teles de Menezes Leitão*

Sobre Viagens Organizadas e “Férias Estragadas”. Breves Notas – *Manuel Januário da Costa Gomes*

O Direito do Consumidor ao Cumprimento Antecipado nos Contratos de Concessão de Crédito – *Paulo Duarte*

O Consumidor-Viajante e as Regras do Consumo Turístico: Uma Clara Visão do Mundo ou um Mero Olhar no Espelho de Casa? – *Rafael Augusto de Moura Paiva*

Os Direitos dos Consumidores à Luz da Constituição e da Lei – *Vinício A. P. Ribeiro*

A Previdência Privada e a Causa dos Consumidores – *Wagner Balera*

Trata-se de uma obra singular que cumpre registar *hic et nunc*. Pelo valor que representa e pelos intuitos que presidiram à sua elaboração sob a firme batuta desse universitário de eleição que é o Prof. Doutor *M. Januário da Costa Gomes*, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e com a persistente colaboração de um magistrado interregimo, o Procurador-Geral Adjunto, Dr. *Vinício Augusto Pereira Ribeiro*, Procurador-Geral Distrital do Tribunal da Relação de Guimarães.

A relevância dos temas é manifesta. A qualidade dos autores insuperável. A oportunidade inquestionável. Já que o direito do consumo permanece na ordem do dia. Ponto é que o não ignorem os que, a vários títulos e sob distintos estatutos, se têm como responsáveis: dos agentes políticos aos magistrados judiciais, dos agentes administrativos aos docentes universitários.

A *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* erguerá o pendão que é o seu, como veículo preferencial da doutrina de ponta no Brasil, como nas mais partidas do mundo.

Coimbra e Villa Cortez, janeiro de 2012

Mário Frota

Presidente do Conselho Diretor

DA GARANTIA DE PRODUTOS DEFEITUOSOS OU NÃO CONFORMES NO BRASIL E EM PORTUGAL

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO
Juiz de Direito/RJ

EXCERTOS

“O trabalho se concentrará na proteção dos consumidores brasileiros e portugueses e nas legítimas expectativas que têm em relação à qualidade e adequação dos produtos, enfrentando, para tanto, os diversos argumentos mercadológicos de venda, os regimes e prazos de garantias legais e comerciais de produtos e serviços e os respectivos alcances e dimensões, os prazos de caducidade e exercício desses direitos, a conceituação dos vícios e não conformidades e os remédios postos à disposição dos consumidores”

“O número de defeitos varia de acordo com a complexidade do produto”

“A engenharia de produção calcula a probabilidade de ocorrência de ‘defeitos por milhão de oportunidades’ ou DPMO: A medida DPO pode ser traduzida para defeitos em um milhão de oportunidades”

“A garantia contratual completa a legal e é oferecida pelo próprio fornecedor, mediante termo escrito, padronizado, esclarecendo a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor e todas as condições devem constar do termo ou certificado de garantia”

“A responsabilidade dos fornecedores quanto aos vícios de qualidade ou quantidade do produto é objetiva e solidária, tendo o consumidor direito de exigir de todos os fornecedores, de alguns, ou somente de um dos que, efetivamente, participaram da cadeia de fornecimento do produto”

“Muito embora Portugal possua um elevadíssimo nível de proteção legal dos consumidores, não há sensibilidade dos operadores do direito na aplicação das normas especiais de defesa do consumidor e a perspectiva futura deste quadro normativo não é favorável, em razão da pressão exercida pelos agentes econômicos no sentido de se buscar uma harmonização total dos direitos dos consumidores na União Europeia”

“O sistema brasileiro de garantia legal se subordina à liberalidade do agente econômico e às circunstâncias e políticas mercadológicas que orientam as garantias comerciais, razão pela qual, na comparação de regimes, pode-se dizer que, na prática, não existe um sistema legal eficiente de garantia de produtos no Brasil”

I. Introdução

O trabalho tem o propósito de estabelecer uma análise comparativa entre as garantias nos contratos de consumo e as obrigações a cargo dos agentes econômicos ante a ocorrência dos “males” que inquinam o produto ou serviço, bem como da tutela reconhecida pelas normas de proteção dos consumidores no Brasil e em Portugal.

A teoria da qualidade dos produtos e serviços encontra no Código do Consumidor do Brasil (CDC) uma distinção que caracteriza o modelo protetivo brasileiro. O vício é menos grave e ocorre em razão do mau funcionamento ou do não funcionamento do produto ou serviço, previsto no art. 18 do CDC na sua relação com a qualidade esperada, com a adequação do produto ou serviço à finalidade a que se destina e oferece tutela jurídica do patrimônio do consumidor (art. 6º, inciso VI, do CDC). Este sistema estabelece uma relação aproximada com o conceito de não conformidade da coisa, previsto na legislação portuguesa, no art. 4º, n. 1, do Decreto-Lei 67/03, de 8 de Abril, com as alterações emergentes do Decreto-Lei 84/08, de 21 de Maio, que o republica. O conceito de vício, por outro lado, é adotado na legislação portuguesa para as relações que se entretêm fora da órbita das relações jurídicas de consumo, nos contratos civis, no art. 911º do Código Civil português, como nos contratos mercantis, no art. 471º do Código Comercial.

Já o conceito de defeito no Brasil pressupõe lesão mais grave, diz respeito a problema no produto ou serviço susceptível de comprometer a sua segurança. É tratado no art. 12 do CDC e cuida do fato do produto ou do serviço (acidente de consumo) atraindo a responsabilidade objetiva do fornecedor. O defeito está relacionado com a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor (art. 6º, inciso I, do CDC) e se afasta do âmbito intrínseco da garantia. No quadro comparativo com Portugal, se distancia do conceito de não conformidade, se aproxima da noção de risco que impende sobre o produtor, a que alude a Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, transposta para o ordenamento jurídico interno pelo DL 383/89, de 6 de Novembro.

Portanto, o trabalho se concentrará na proteção dos consumidores brasileiros e portugueses e nas legítimas expectativas que têm em relação à qualidade e adequação dos produtos, enfrentando, para tanto, os diversos argumentos mercadológicos de venda, os regimes e prazos de garantias legais

e comerciais de produtos e serviços e os respectivos alcances e dimensões, os prazos de caducidade e exercício desses direitos, a conceituação dos vícios e não conformidades e os remédios postos à disposição dos consumidores.

II. O defeito é inerente ao risco do empreendimento na produção em massa

A produção de bens em larga escala busca atender à demanda de consumo e satisfazer às necessidades dos homens.

Produzir serviços de consumo e bens econômicos para satisfação das nossas necessidades “significa criar coisas ofélimas (coisas desejadas). A palavra ‘ofelimidade’ (*ophélimité*) foi criada pelo economista francês Vilfredo Pareto (1848-1923) para designar o caráter de uma coisa qualquer que corresponde ao nosso desejo”¹.

Produzir cada vez mais, com maior qualidade e com a menor incidência de erros, para satisfazer os desejos de muitos consumidores, exige criatividade e superação no processo de transformação, pelo aproveitamento da matéria ou insumos para criação de bens desejáveis. A indústria automobilística é um parâmetro perfeito para retratar a evolução desse modelo produtivo de massa.

O Taylorismo (1911) propôs a divisão e especialização de tarefas para produzir mais, em menor tempo.

O Fordismo (1914) partiu dessa proposição e mecanizou o processo, implantando a especialização de tarefas na linha de montagem para produzir ainda mais, em menos tempo, criando a noção de produção e consumo em massa.

O Toyotismo (1960) de Enji Toyoda e Taichi Ohno, inspirado nas ideias de Henry Ford que nunca foram colocadas em prática, modernizou e flexibilizou o trabalho, com adoção do processo *just-in-time*, caracterizado pela polivalência da mão de obra, inovação, produção em lotes, gestão participativa, círculos de qualidade, uso de nova tecnologia e automação.

O Volvismo de Emti Chavanmco (1970), engenheiro da Volvo, nascido na Índia, cunhou o modelo sueco baseado no altíssimo grau de informatização e automação, mão de obra altamente qualificada, com alto grau de experimentalismo, em que o operário dita o ritmo das máquinas, conhece todas as etapas da produção, é constantemente reciclado e participa, através dos sindicatos, de decisões no processo de montagem da planta da

fábrica, o que o compromete no sucesso dos projetos, com aumento de produção, redução de perdas e defeitos e, por conseguinte, de eliminação dos custos de não conformidade².

Depois do Toyotismo, se cogita do Tatatismo (2008), porque Ratan Tata, presidente da montadora indiana TATA, surpreendeu o mercado automobilístico com o lançamento do carro popular mais barato do mundo, o Nano, com preço de US\$ 2.500, que pode revolucionar os mercados massificados emergentes com um modelo econômico, acessível e ecologicamente correto.

Nesta evolução histórica da produção em massa, são inevitáveis as oportunidades para que os produtos apresentem defeito. O número de defeitos varia de acordo com a complexidade do produto. Exemplo: o número de oportunidades em um equipamento eletrônico pode ser superior a 3 000. Os defeitos são praticamente inevitáveis na cadeia produtiva: um bloco de óleo do motor com vazamento, ar-condicionado que não refrigera, tecido com manchas etc.

A engenharia de produção calcula a probabilidade de ocorrência de “defeitos por milhão de oportunidades ou DPMO: A medida DPO pode ser traduzida para defeitos em um milhão de oportunidades (ou ‘partes por milhão’: ppm)”³.

Diante da inevitabilidade dos defeitos na produção, a engenharia classifica as suas intensidades como: defeito crítico, aquele que cria condição perigosa ou insegura; defeito maior, com redução da qualidade; defeito menor, um desvio das especificações, sem reduzir o uso do produto⁴.

Os defeitos podem ainda ser classificados geograficamente em três espécies: *de criação*, que ocorrem na concepção do produto, afetando as características gerais do bem, com riscos à saúde e segurança do consumidor; *de produção*, que decorrem de falha inserida em determinada etapa do processo produtivo, por defeito de alguma máquina ou falta de um trabalhador, exemplo: a trava do cinto de segurança do veículo (no momento de impacto) não é colocada adequadamente, apenas um lote específico e determinado é atingido pelos defeitos de produção; *de comercialização*, em razão de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e seus riscos, ex: um brinquedo elétrico, por exemplo, ainda que estética e funcionalmente perfeito, pode ser defeituoso se não trouxer informações adequadas quanto ao uso correto e seguro, de modo a evitar lesões⁵.

A opção pelo
consumidor deve ser
exercida de boa-fé,
sob pena de
configurar abuso do
direito

A ocorrência do defeito traduz risco do empreendimento que deve ser suportado exclusivamente pelo empreendedor e em hipótese alguma pode ser transferido para o consumidor. A álea da produção defeituosa não pode acarretar, para a compra de bens de consumo pelo consumidor, uma equação de sorte ou azar.

A insatisfação do consumidor numa experiência de compra ou contratação deve ser tutelada pelo Estado, em razão da hipossuficiência e debilidade do primeiro como a parte mais fraca da relação de consumo e sua incapacidade de reagir perante o agente econômico. Ademais, a satisfação do consumidor é determinante para motivá-lo a consumir mais, com óbvios reflexos positivos na economia, e especialmente para sua eventual fidelidade à marca do fornecedor.

III. Das garantias e das políticas de pós-venda

O consumidor, quando adquire um produto ou contrata um serviço, tem a natural expectativa de qualidade e segurança e a sua satisfação dependerá da verificação de o produto ou serviço corresponder, nos mínimos detalhes, às suas expectativas e se adequar ao contrato e à finalidade a que se destina.

Os agentes econômicos têm desenvolvido estratégias comerciais que buscam atender a este desejo do consumidor, anunciando políticas voluntárias de pós-venda, ora com campanhas de satisfação ou reembolso imediato e imotivado, ora assegurando prazos cada vez maiores de garantia comercial voluntária de qualidade dos produtos, em que asseguram ao consumidor que, em caso de eventual falha do produto, se obrigam a consertar, substituir ou pôr termo ao contrato com a restituição da coisa e a devolução do preço.

O objetivo destas políticas de satisfação do cliente se presta exatamente à conquista da confiança do consumidor em relação àquela marca ou produto. As garantias voluntárias traduzem uma necessidade mercadológica⁶ que pode, muitas vezes, ser decisiva no momento em que o consumidor realiza uma pesquisa de compra e decide consumir. Quanto maiores as garantias voluntárias, mais fácil e mais rápida a decisão de consumir tomada pelo consumidor. O ato de consumo não pode ser presidido pela eventual circunstância de que o risco da produção defeituosa traduz sorte ou azar na compra de um produto ou na contratação de um serviço, em prejuízo do consumidor.

E não se esgotam aí as preocupações mercadológicas dos fornecedores com a conquista dos consumidores, já que, além das garantias voluntárias, existem práticas que, por liberalidade, buscam a satisfação integral do cliente: “*satisfeito ou reembolsado*” – que aos fornecedores é lícito praticar, com as limitações que, no caso, se definem em documento separado ou por qualquer outro meio, franqueando uma política de devolução de produtos sem qualquer vício ou defeito (“*RMA – Return Material Authorization*”) ou troca de mercadorias por mera insatisfação do consumidor.

Essa política mercadológica de desfazimento do negócio quando não há defeito, com devolução do preço ou a troca do produto, condicionada à subjetiva e imotivada decisão do cliente, sem qualquer justificativa, dentro de prazos cada vez mais alargados, consagra, na realidade, um período de reflexão assegurado voluntariamente pelo fornecedor, durante o qual o consumidor, dentro de 10, 20, 30 ou até mesmo de 60 dias, poderá decidir se mantém ou devolve a mercadoria.

Se a lógica de mercado exige que o enfoque incida no consumidor, é evidente que, diante da garantia de troca ou devolução do dinheiro, o cliente se sente seguro ao consumir nestas circunstâncias e pode ainda se dar ao luxo de tomar uma decisão de consumo por impulso, de forma irrefletida, já que no período franqueado poderá desfazer o negócio, sem manifestar qualquer justificativa. Essa prática, portanto, não se confunde com a garantia voluntária de qualidade e adequação do produto, nem com a garantia legal e muito menos com a responsabilidade do agente econômico por vícios ou não conformidades, que exigem remédios próprios de reparação do legítimo direito do consumidor de receber exatamente aquilo que foi comprado ou contratado, com todas as características asseguradas.

No direito da União Europeia e no direito português, há previsão de um prazo legal de reflexão que parte da premissa de proteção do consumidor e de confiança nas vendas fora do estabelecimento e à distância, disciplinadas nas Diretivas 85/577/CEE e 97/7/CE, transpostas e reguladas pelo DL 143/01, alterado pelo DL 82/08, de 21 de Maio, que consagra o arrependimento dos consumidores que podem exercer a faculdade de devolução imotivada do produto dentro do prazo de 14 dias, tendo o legislador luso fixado o

A insatisfação do consumidor numa experiência de compra ou contratação deve ser tutelada pelo Estado, em razão da hipossuficiência e debilidade do consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo

prazo de 30 dias para o agente econômico devolver o dinheiro, sob pena de reembolso em dobro. Já no CDC brasileiro o arrependimento nas compras não presenciais pode ser exercido em sete dias, na forma do art. 49 do CDC.

Tanto o prazo de 15, 30 ou 60 dias, fixado pelo fornecedor na política de mercado que faculta a devolução imotivada da mercadoria, como os prazos de reflexão ou arrependimento na compra não presencial, não podem ser confundidos com os prazos de garantia legal ou voluntária para vícios e falta de conformidade, que acionam direitos e remédios para reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato.

Há ainda à disposição dos consumidores o serviço, a cada dia mais difundido, de “garantia estendida”, que, na verdade, consiste na contratação de um seguro, materializado no certificado de apólice, contra vícios ou não conformidades que ocorram após o término dos prazos de garantia legal e de garantia voluntária. O seguro de cobertura ‘Troca Garantida’ oferece ao consumidor a troca do bem, uma única vez, durante o período de vigência ou o indeniza dos custos de mão de obra e de reposição de peças ou componentes para o conserto do produto afetado pela ocorrência de um defeito. Este serviço nenhuma semelhança guarda com a garantia voluntária ou contratual e tem lugar exatamente quando ambas se encerram.

O serviço de pós-venda se projeta para além do prazo de garantia legal e voluntária. Deve ser mantido especialmente para prover as peças de reposição para substituição de componentes avariados, bem como de um serviço de assistência para realização da manutenção dos produtos durante o prazo expectado de vida útil do produto. No Código do Consumidor brasileiro há previsão no art. 32⁷ de que o fornecedor deve manter peças de reposição durante um prazo razoável, que a jurisprudência tem entendido como sendo de cinco anos, que é motivo de preocupação na União Europeia, mas ainda sem tradução no direito comunitário, segundo Vivienne Kendall:

“Serviços pós-venda não têm sido regulados na legislação comunitária. No entanto, a necessidade de oferecer aos consumidores um serviço de pós-venda de alta qualidade é uma das razões que justificam a isenção de sistemas de distribuição seletiva das regras de concorrência nos termos do art. 85 (3) do Tratado de Roma. A decisão da Comissão que incide sobre o serviço pós-venda é

a de Vlleroy e Boch de Dezembro de 1985 (JO 1985, l376), que remete para o fabricante o compromisso de garantir a disponibilidade de peças de reposição por 15 anos, que em parte justifica a operação de um sistema de distribuição seletiva para garantir a continuidade dos fornecimentos.”⁸

Os fornecedores, em sua maioria, não denotam ainda preocupação quanto à política mercadológica de pós-venda de longo prazo, após expirarem os limites da garantia, como instrumento para o asseguramento da confiabilidade do produto ou serviço. Se o interesse comercial é inibido, quando confrontado com os custos para se manter um sistema de distribuição seletiva para garantir a continuidade dos fornecimentos por períodos razoáveis, compatíveis com a expectativa de vida útil dos produtos, então se justifica a necessidade de que tais serviços pós-venda venham a ser regulados na legislação comunitária.

IV. Da garantia de produtos e serviços no Brasil

O Código de Defesa do Consumidor disciplina, desde 1990, a garantia contra vícios nos produtos e serviços. O CDC é uma lei especial que prevalece sobre o Código Civil⁹ e o Código Comercial no segmento da relação jurídica de consumo. É uma lei caracterizada por princípios intervencionistas que tutelam a parte mais vulnerável da relação e, portanto, traça a Política Nacional das Relações de Consumo.

Trata-se de norma de sobredireito¹⁰ que se aplica a diversos ramos do direito, desde que se destine à disciplina da relação de consumo. O CDC se espalha sobre toda a dimensão das relações de consumo, regulando produtos e serviços e todas as leis especiais, não podendo elas jamais derogá-lo para prejudicar o consumidor. O CDC institui um microssistema especial com assento nos arts. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição da República, cuja premissa é a intervenção do Estado para reequilibrar o regime de forças, diante da hipossuficiência do consumidor.

O Código do Consumidor, à luz da norma de interface prevista no seu art. 7º, não esgota nem exaure as fontes normativas para solução e regulação das lides consumeristas e autoriza a aplicação de outras normas decorrentes de tratados ou convenções internacionais, de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. É que,

para a persecução do seu fim, manifesta-se absolutamente imprescindível essa conexão do CDC com outras leis, evitando, por conseguinte, o seu engessamento e promovendo, por outro lado, a sua constante atualização. Sabe-se que o mercado de consumo é extremamente dinâmico, o que exige que o diploma de proteção possa reagir em tempo hábil aos abusos dos agentes econômicos.

Ao tratar da Política Nacional de Relações de Consumo, no art. 4º, II, alínea 'd', o CDC estabelece o objetivo de o Estado promover “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor” (...) “pela *garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho*”.

Existem dois tipos de garantia: a legal e a contratual. A garantia legal não depende do contrato, está prevista na lei (arts. 26 e 27, ambos do CDC).

No direito da União Europeia e no direito português, há previsão de um prazo legal de reflexão que parte da premissa de proteção do consumidor e de confiança nas vendas fora do estabelecimento e à distância

A garantia contratual completa a legal e é oferecida pelo próprio fornecedor, mediante termo escrito, padronizado, esclarecendo a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, e todas as condições devem constar do termo ou certificado de garantia, que deve ser entregue devidamente preenchido pelo fornecedor, na forma do art. 50 do CDC.

O art. 24 do CDC dispõe que a garantia legal independe de termo expresso e veda a exoneração contratual do fornecedor.

No que respeita à oferta, o art. 31 prevê que a apresentação de produtos ou serviços deve assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, *garantia*, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que acarretam à saúde e segurança dos consumidores. Na forma dos arts. 30, 31, 35 e 48 do CDC, a garantia oferecida, na publicidade, vincula o fornecedor.

A garantia não pode ser frustrada, sob pena de responsabilidade criminal tipificada nas condutas, de ‘fazer afirmação falsa ou enganosa’ ou ‘omitir informação sobre garantia’ e ‘deixar de entregar o termo de garantia’, que configuram crimes contra as relações de consumo, previstos nos arts. 66 e 74 do CDC.

A garantia dos produtos por vícios aparentes, aqueles visíveis, perceptíveis sem maior dificuldade, pela análise exterior do produto ou serviço, que não requerem teste ou perícia, como no caso dos alimentos, remédios, dedetização e pela análise exterior de um eletrodoméstico, é de 30 dias, se não duráveis, e de 90 dias para os duráveis, computados a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços, na forma do art. 26, I e II, do CDC, e no caso de vício oculto esses prazos têm início no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Esses prazos de garantia legal são extremamente curtos e não guardam qualquer relação com a expectativa de durabilidade ou de vida útil do bem ou serviço, razão pela qual a análise comparativa com o sistema português, que assegura um prazo longo de dois anos de garantia legal para bens móveis, demanda um estudo mais amplo que o do sistema brasileiro de vícios e defeitos, que depende, quase que exclusivamente, das garantias voluntárias ou comerciais, bem como do regime de responsabilidade do fornecedor.

Esses prazos curtos de garantia exigem que o consumidor reclame ou denuncie o vício em 30 dias, no caso de se tratar de bens não duráveis e em 90 dias para os duráveis, sob pena de caducidade ou decadência, com perda do direito de ver o vício reparado pelo fornecedor. A decadência admite interrupção pela reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços, até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca ou da instauração até o encerramento de inquérito civil público, promovido pelo Ministério Público.

A decadência supõe um direito em potência cuja faculdade, não exercida, caduca. Atinge o direito de reclamar, afeta o direito ante o fornecedor, quanto ao defeito do produto ou serviço.

V. Da responsabilidade por vício do produto ou serviço

O direito positivo brasileiro conceitua a anormalidade menos grave, que afeta o produto ou o serviço, como vício. A impropriedade e inadequação da qualidade e quantidade, bem como a divergência do conteúdo, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, são vícios, ao passo que no direito português se adota o conceito de *não conformidade*.

Os vícios dos produtos podem ser de qualidade, disciplinados no art. 18 do CDC, como aqueles que os tornam impróprios à fruição ou lhes diminuem o valor, não correspondendo às normas regulamentares de prestabilidade.

Já os vícios de quantidade do art. 19 do CDC são aqueles que apresentam disparidade entre o conteúdo e as medidas indicadas pelo fornecedor, como por exemplo: a embalagem do produto que indica peso líquido de um quilo, mas contém apenas 900 gramas, são decorrentes da discrepância entre a oferta ou mensagem publicitária e os serviços efetivamente prestados.

Há certa medida de hierarquização dos remédios. Ocorrendo vício, o fornecedor deverá promover a reparação em 30 dias. Somente no caso de não ser sanado o vício, poderá o consumidor exigir alternativamente, quaisquer dos outros três remédios: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a resolução do contrato com restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou o abatimento proporcional do preço, nos termos do art. 18, I, II e III, do CDC.

O § 3º do art. 18 do CDC aproxima a solução adotada pelo CDC da concorrência eletiva, quando alude à possibilidade de o consumidor fazer uso imediato das alternativas do § 1º, de substituição do produto, da resolução do contrato ou redução do preço sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

A responsabilidade dos fornecedores quanto aos vícios de qualidade ou quantidade do produto é objetiva e solidária, tendo o consumidor direito de exigir de todos os fornecedores, de alguns, ou somente de um dos que, efetivamente, participaram da cadeia de fornecimento do produto¹¹.

Muito embora exista previsão no § 2º do art. 18 do CDC de que as partes podem convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto de 30 dias para realização da reparação, desde que não inferior a sete, nem superior a 180 dias, não há registro dessa prática nem mesmo nos contratos de adesão.

O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, na forma do art. 20 do CDC, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.

Quanto aos serviços públicos, os arts. 14 e 22 do CDC exigem dos fornecedores, sob pena de responsabilidade objetiva, que sejam prestados de forma adequada, eficiente, segura e, quanto aos essenciais, de forma contínua, especialmente aqueles prestados por concessionários ou permissionários ou sob qualquer outra forma de empreendimento.

É vedada toda e qualquer fuga da responsabilidade do fornecedor: a ignorância sobre possíveis vícios dos serviços não o exime de responsabilidade¹².

A responsabilidade é objetiva, não sendo aplicáveis excludentes de responsabilidade do fornecedor, pois segundo os incisos I, II e III, § 3º, do art. 12, só na hipótese de fato do produto, caracterizadora de acidente de consumo, pode ser afastada a responsabilização do fornecedor que provar que: não colocou o produto no mercado; que o defeito inexiste ou se se afirmar culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O CDC (Lei 8.078/90) não elencou como causas excludentes de responsabilidade do fornecedor o caso fortuito ou a força maior, prevendo tão somente as excludentes relativas a fato do produto do art. 12, § 3º, quando se tratar de produtos, e também do art. 14, § 3º, quando se tratar de prestação de serviços.

A força maior e o caso fortuito não são causas de exclusão da responsabilidade objetiva prevista no CDC, mas podem eventualmente elidir, quando muito, o nexo de causalidade entre o produto defeituoso e o dano.

Na substituição de componentes não genuínos há obrigatoriedade de utilização de componentes de reposição originais adequados e novos, sob pena de sujeitar o fornecedor às sanções previstas nos incisos do art. 20 do CDC e, segundo o art. 70 do CDC, configura crime quando o fornecedor emprega peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor.

O CDC se espraia sobre toda a dimensão das relações de consumo regulando produtos e serviços e todas as leis especiais, não podendo elas jamais derogá-lo para prejudicar o consumidor

VI. Dos defeitos no produto e no serviço

A responsabilidade pelos produtos defeituosos que causem risco à segurança do consumidor ou de terceiro ou danos pelo fato do produto ou do serviço caracteriza o acidente de consumo gerador do dever de reparação por parte do fabricante, produtor, importador ou equivalente.

A *responsabilidade* é objetiva por defeitos de criação, de produção ou de informação que comprometam a segurança do consumidor e de outros destinatários equiparados na forma do art. 17 do CDC, que protege todas as vítimas de um acidente de consumo, ainda que não tenham contratado e mesmo que não sejam consumidores.

O fato do produto ou do serviço, tratado no art. 12 do CDC, não diz respeito ao âmbito intrínseco da garantia. Mas, sim, da responsabilidade objetiva do fornecedor. O defeito está relacionado com a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor e, no quadro comparativo com Portugal, se afasta do conceito de não conformidade e se aproxima do risco do produtor, a que alude a Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985, transposta pelo DL 383/89, de 6 de Novembro.

O produto defeituoso ameaça a integridade física do consumidor por não oferecer a segurança esperada e pelos riscos que acarretam, nos termos do art. 12, I, II e III, do CDC. É de ressaltar que o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade se achar ou haver sido colocado no mercado.

Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, nos termos do art. 27 do CDC. A prescrição atinge a pretensão de deduzir em juízo o direito de ressarcir-se dos prejuízos à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço. A prescrição não fere o direito em si mesmo, mas sim a pretensão à reparação. O que se perde com a prescrição é o direito subjetivo de deduzir a pretensão em juízo, uma vez que a prescrição atinge a ação e não o direito.

VII. Da garantia de conformidade da coisa na compra e venda em Portugal

VII. 1. Da partilha de competências entre a União e os Estados-membros

A base jurídica da Diretiva, na proposta originária da Comissão, tem assento no art. 95 do Tratado, que se reporta ao funcionamento do ‘mercado interno’:

“Art. 95. Em derrogação do art. 94 e salvo disposição em contrário do presente Tratado, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no art. 14. O Conselho, deliberando nos termos do art. 251, e após consulta ao Comitê Econômico e Social, adota as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos

Estados-membros que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.”

O Parlamento Europeu reforçou a base jurídica com a adoção da referência do art. 153º (art. 169º na versão consolidada após o Tratado de Lisboa), que trata especificamente do direito dos consumidores, o que descortina, já na eleição da base jurídica, a filosofia que lhe subjaz, colocando em planos equivalentes o fomento da ótica econômica do ‘mercado interno’¹³ e a proteção do consumidor, que não pode ser tratado como um mero “agente racional do mercado”¹⁴.

O Tratado de Lisboa estabelece o princípio de delimitação e partilha da competência entre a União e os Estados-membros para disciplinar o direito do consumo.

À luz dos arts. 169º e 114º do Tratado de Roma, a União pode legislar sobre matéria atinente aos direitos dos consumidores, devendo observar os princípios da subsidiariedade¹⁵ e da proporcionalidade:

“Da União Europeia (Versão consolidada após Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de Dezembro de 2009)

Art. 4º

1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-membros quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos arts. 3º e 6º

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

a) ...

f) Defesa dos consumidores;

Art. 12 (antigo n. 2 do art. 153 do TCE)

As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e ações da União.

Título XV – A defesa dos Consumidores

Art. 169 (antigo art. 153 do TCE)

1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

2. A União contribuirá para a realização dos objetivos a que se refere o n. 1 através de:

a) Medidas adotadas em aplicação do artigo 114 no âmbito da realização do mercado interno;

b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-membros.

3. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Econômico e Social, adoptarão as medidas previstas na alínea b) do n. 2.

4. As medidas adotadas nos termos do n. 3 não obstam a que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de proteção mais estritas.”

Este mercado interno de compra e venda transfronteiras, dentro da União Europeia, tem como elementos o livre trânsito do cidadão europeu, ampliação do mercado de trabalho e livre comércio intracomunitário de mercadorias e serviços, nos 27 Estados-membros, como se não existissem fronteiras, como se tratasse de um só Estado.

O consumidor pode usufruir de uma vasta gama de produtos e beneficiar do diferencial de preços e de qualidade em toda a Europa, adquirindo produtos em qualquer outro país da União Europeia, sem pagar tarifas aduaneiras no retorno ao país de domicílio ou nas compras pela internet, pelo telefone ou correio.

O fornecedor pode, pois, vender para todos os Estados-membros, explorando um mercado de 500 milhões de consumidores.

VII. 2. Da Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999

A Diretiva 99/44/CE representa, na verdade, a norma de regência do cotidiano do consumidor no que tange à expectativa de qualidade e conformidade dos produtos e, portanto, é certamente o mais importante instrumento legislativo comunitário que regula a desigual e difícil relação do protagonista mais fraco da relação de consumo – o consumidor – frente ao poderio do agente econômico, em um contexto dualista, em que se pretende assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores na União Europeia, mas, ao mesmo tempo, harmonizar horizontalmente os diferentes níveis de proteção do consumidor, nos 27 Estados que integram o ‘mercado interno’ da UE. Acerca da importância da Diretiva ninguém terá dito melhor que Paulo Mota Pinto:

“Acresce que a própria natureza da matéria versada na directiva relativa ao negócio mais importante para a vida quotidiana do cidadão europeu¹⁶ e atinente a pontos verdadeiramente nucleares do regime da compra e venda, já de proveniência romanística – mostra a importância, teórica e prática, do diploma.

Na verdade, não se trata agora apenas de pontos de elaboração relativamente recentes: a Directiva 1999/44/CE versa sobre as relações de compra e venda entre consumidores e profissionais, que constituem a maioria das relações integrantes da ‘vida quotidiana do cidadão comum’ no domínio patrimonial, tocando, quanto a elas, o cerne mesmo de um regime civilístico central no direito dos contratos em especial: o regime da venda de coisas defeituosas. É, pois, o resultado que séculos de evolução da ‘tradição jurídica’ europeia e nacional decantaram no regime da garantia edilícia ou dos vícios redibitórios – o regime das acções concedidas no direito romano pelos edis curiis romanos (designadamente, a actio redhibitoria e da actio quanti minoris) – que é agora tocado pela harmonização legislativa comunitária, naquela que, como se disse, se afigura constituir a maior incursão do legislador comunitário, até hoje, em matérias civilísticas tradicionais.”¹⁷

A Diretiva Comunitária tutela, no art. 3º, a conformidade dos produtos (bens móveis corpóreos) e, excepcionalmente, a instalação de um bem quando esta fizer parte da compra.

A Diretiva Comunitária não abrange os serviços, o que representa uma desvantagem para a tutela dos consumidores quanto à garantia de adequação e qualidade dos serviços, que tem tratamento fragmentado por diversas diretivas: das viagens e férias organizadas, na Diretiva 90/314/CEE, de 13 de Junho; de serviços financeiros e de crédito, na Diretiva 2008/48/CE, de 23 de Abril de 2008; de serviços de pagamentos, na Directiva 2007/64/CE, além de várias outras diretivas que tratam de serviços prestados ao consumidor e ao utente.

Conquanto nela se abranjam os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir e aos contratos de empreitada, pois, em geral.

O bem móvel corpóreo deve corresponder às exigências do contrato de compra e venda. Qualquer falta de conformidade (vício) que se manifeste, presume-se que existia à data da entrega.

A garantia legal dos bens, prevista no art. 3º, n. 2, assegura que, em caso de não conformidade do bem com o contrato, os consumidores têm direito a que os bens sejam tornados conformes, sem encargos, podendo escolher entre a reparação ou a substituição, ou, se isso não for possível, a redução do preço ou a resolução do contrato. A Diretiva Comunitária

A garantia não
pode ser frustrada,
sob pena de
responsabilidade
criminal tipificada nas
condutas, de “fazer
afirmação falsa ou
enganosa” ou “omitir
informação sobre
garantia”

consagrou uma hierarquização dos remédios¹⁸ no n. 3 que, como se verá, na regra de transposição do DL 67/03 (alterado e republicado pelo 84/08), não foi adotada na legislação nacional portuguesa, já que, em se tratando de harmonização mínima, podem os Estados-membros assegurar ou manter níveis mais elevados de tutela dos consumidores.

A Diretiva estabeleceu que a reparação ou substituição deve ser realizada dentro de um prazo razoável e sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza do bem e o fim a que o consumidor o destina. Todavia, na regra de transposição o DL 84/08 fixou, em 21 de maio de 2008, o prazo de 30 dias no ordenamento jurídico português.

O bem defeituoso é considerado como não conforme se não corresponder à descrição dada pelo vendedor e não possuir as qualidades da amostra ou do modelo – exemplo: o veículo não tem o *airbag* conforme descrito nos catálogos ou manuais de marca.

A coisa também é não conforme quando inadequada ao uso especial – *v. g.*: a máquina fotográfica subaquática que não pode tirar fotografias debaixo de água.

Há não conformidade quando o bem não atende à finalidade a que se destina – a saber, o congelador que refresca, mas não congela.

A falta de conformidade se caracteriza também quando a coisa não tem as qualidades e desempenho habituais nos bens do mesmo tipo ou frustra a expectativa do consumidor à luz do que razoavelmente se poderia esperar, tendo em conta a natureza do produto e as declarações públicas do vendedor, incluindo a publicidade e a rotulagem – por exemplo: o automóvel consome muito mais combustível do que o anunciado na publicidade.

A não conformidade ocorre ainda quando o defeito resultar da má instalação do bem e esta fizer parte do contrato de compra, e tiver sido efetuada pelo vendedor ou sob a sua responsabilidade, ou quando o produto seja instalado pelo consumidor e a má instalação se ficar a dever a incorreções postadas nas instruções de montagem.

No caso de defeito, o vendedor é responsável durante o prazo legal de garantia, que principia da data de entrega do bem: dois anos para bens móveis.

Nos bens móveis usados, o prazo pode ser reduzido a um ano, desde que haja convenção com o consumidor. Se não houver acordo ou no silêncio do contrato, o prazo de dois anos de garantia legal subsiste¹⁹.

Uma não conformidade que se manifesta nos dois anos seguintes à entrega presume-se existir desde a venda.

O consumidor não pode invocar a não conformidade do bem se for informado ou tiver conhecimento do defeito; se não puder razoavelmente ignorá-la ou se o defeito resultar de materiais fornecidos pelo consumidor.

A norma comunitária, no seu n. 6, dispõe que o consumidor não tem direito à [resolução] (*no original vem grafado impropriamente rescisão*) do contrato se a falta de conformidade for insignificante, mas a regra de transposição do DL 67/03, republicado pelo DL 84/08, adotou como limite o conceito do abuso de direito.

A Diretiva franqueou aos Estados-membros a faculdade da garantia assacada diretamente ao produtor.

Como refere Paulo Mota Pinto²⁰ a Diretiva 99/44/CE não tratou de tema preocupante, já enfrentado no capítulo III do trabalho, tal seja, do serviço de pós-venda de longo prazo, como instrumento para garantia da confiabilidade do produto ou serviço, após a expiração dos prazos de garantia, que garanta ao consumidor a continuidade do fornecimento de peças e componentes sobressalentes por períodos razoáveis compatíveis com a expectativa de vida útil dos produtos.

VII. 3. Da transposição operada pelo DL 84/08

Na transposição da Diretiva, o DL 67/03 (republicado pelo DL 84/08) adotou a margem de manobra conferida aos Estados-membros na transposição da legislação comunitária sobre proteção dos consumidores, decorrente do princípio da harmonização mínima, mantendo e aprimorando o acervo normativo de defesa dos consumidores, com um nível mais elevado que o da Diretiva.

A Diretiva, que assenta na harmonização mínima, permite que os Estados-membros adotem níveis mais elevados de proteção, franqueando ao Estado-membro a edição de regras mais valiosas do que as que nela se consagram. Essa equação permite que Portugal possua um acervo de normas de proteção de alto nível, em relação à maioria dos Estados da União Europeia. O nível de proteção do consumidor português é dos mais elevados, de par com o dos países nórdicos.

A Diretiva 99/44/CE que trata dos contratos de consumo e das garantias a eles conexas, transposta pelo DL 67/03, com as alterações do DL 84/08, regula a compra e venda de consumo de bens móveis, tendo o legislador português estendido garantias análogas aos imóveis, não regulados obviamente na Diretiva Comunitária por se tratar de matéria pertinente à

propriedade e a outros modos de aquisição da titularidade de imóveis com as inerentes garantias.

A especialidade do DL 67/03 (republicado pelo DL 84/08) (doravante DL 84/08) tem por escopo regular os contratos de consumo e garantias a eles conexas. Se as relações se enquadrarem no domínio mercantil ou empresarial, o regime aplicável é o dos arts. 463º e seguintes do Código Comercial e, se tratar de relação entre particulares, a disciplina é a que decorre do Código Civil – arts. 913º e ss.

O DL 84/08 tutela a qualidade e adequação da coisa ao contrato de compra e venda de bens de consumo, móveis ou imóveis, novas ou usadas, para uso não profissional.

O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor

A Diretiva Comunitária não abrange os serviços, assim como o DL 84/08 não trata da garantia de adequação e qualidade dos serviços em geral, conquanto o contrato de empreitada se traduza em um serviço, o que representa desvantagem manifesta para a tutela dos consumidores.

O serviço defeituoso prestado, por exemplo, por uma empresa concessionária de uma autoestrada, com cobrança das portagens (pedágio), na hipótese de um sinistro por falta de uma placa de sinalização, de separadores de sentido de trânsito ou de sinalização de emergência, exige a responsabilização da concessionária desde que demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta da concessionária da autoestrada e o dano, para se concluir pela ilicitude por violação do dever de agir para evitar danos a terceiros, por aplicação do n. 2 do art. 2º, nºs 1 e 8 do art. 9º e n. 1 do 12º, todos da Lei 24/96, de 31 de Julho (LDC – Lei de Defesa do Consumidor), especialmente em vista da inversão do *ônus* da prova do cumprimento das obrigações de segurança nas autoestradas em desfavor da concessionária. Entendimento contrário foi manifestado pelo STJ (Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal) em 1º de outubro de 2009, em acórdão de lavra do conselheiro Santos Bernardino²¹.

Já os serviços públicos de água, energia, gás, comunicações eletrônicas, serviços postais, captação e tratamento de águas residuais, resíduos sólidos e telefonia, por outro lado, são regidos pela Lei 23/96, de 26 de Julho, retratando uma fragmentada regulamentação da proteção do consumidor, inclusive no que se refere à telefonia fixa e móvel:

“I – A Lei n. 23/96, de 26-07, aplica-se ao serviço de telefone móvel.

II – O n. 1 do art. 10º da Lei n. 23/96 e o n. 4 do art. 9º do DL n. 381-A/97, de 30-12, afastaram para a prestação de serviços de telefone móvel o prazo de cinco anos previsto na al. g) do art. 310º do CC, passando a ser de seis meses o prazo de prescrição dos créditos correspondentes.

III – Do n. 5 do art. 9º do DL. n. 381-A/97 não resulta o sentido de que a lei dissocia o prazo de apresentação das faturas (os seis meses) do prazo de prescrição do direito ao pagamento dos serviços prestados (cinco anos). 1088/05.3TVLSB. L1.S1 n. Convencional: 7a. Secção Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. n. do Documento: SJ Data do Acórdão: 20/01/2010 Votação: unanimidade. Texto Integral: N Meio Processual: revista decisão: concedida parcialmente.”

A fragmentação do direito do consumidor por inúmeros diplomas normativos dificulta não só a construção de um sistema protetivo harmónico, mas principalmente a familiarização dos operadores do direito com estas diversas disciplinas tratadas em dezenas de leis, decretos-leis, decretos, decretos regulamentares, portarias e despachos, para além dos diplomas legislativos das Regiões Autónomas, que regulam a defesa do consumidor, além de se tornar praticamente impossível exigir do consumidor leigo que se informe e exerça seus direitos para que eles se tornem efetivos²².

O princípio constitucional de acesso à Justiça não deve ser uma quimera, mas sim uma garantia efetiva de concretização dos direitos que lhes são assegurados. No particular, parece ser unânime a convicção dos doutrinadores lusos acerca da necessidade de reunião de toda a legislação esparsa de defesa do consumidor num Código de Defesa do Consumidor²³.

VII. 4. Dos remédios contra as não conformidades

Na desconformidade da coisa garantida na relação de consumo, o direito português consagra quatro remédios sem a observância de qualquer hierarquia: reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato, por opção do consumidor. A opção pelo consumidor deve ser exercida de boa-fé, sob pena de configurar abuso do direito.

Aplica-se, na hipótese, concorrência eletiva. A lei não impõe a obediência a qualquer hierarquia no quadro dos direitos. Há, na realidade, concurso eletivo dos vários remédios de que o comprador pode lançar mão, sendo-lhe dada “a possibilidade de escolher, indistintamente, entre um ou outro direito previsto na lei”²⁴. 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 o modelo, passar à redução do preço e, só

em último recurso, a resolução com devolução da coisa e a restituição do preço. O consumidor pode ante a gravidade da não conformidade e a perda de confiança na marca e no fornecedor, reivindicar o direito de pôr termo ao contrato, especialmente quando convencido de que produto não se presta à finalidade a que se destina.

Conquanto a doutrina e a jurisprudência em Portugal tenham divergido sobre a hierarquização dos remédios^{25 26} conferidos pela diretiva, vale o registro de que Calvão da Silva²⁷, ao posicionar-se a este propósito, refere de forma menos perceptível que na *electio*, na tutela do consumidor-comprador, cabe tanto a posição de Fonseca Ramos²⁸ (afirmação absoluta de hierarquização dos remédios) como a de Gaito das Neves²⁹ (ausência absoluta de hierarquização dos remédios). Uma coisa não pode ser igual a si mesma e ao seu contrário, sob pena de uma enorme confusão, de todo indecifrável. Ao aludir, quicá erroneamente a estes dois arestos, como se sufragassem a mesma posição, quando não é esse o entendimento, o autor confunde os planos e perturba a compreensão do leitor.

O DL 67/03, a Lei das Garantias, em vigor em Portugal a partir de 8 de abril de 2003, confere a faculdade ao consumidor de poder lançar mão de qualquer das soluções, contanto que não exceda os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos critérios definidos pela função econômica e social dos direitos de que se trata. A jurisprudência consagra essa solução:

“Como decorre do artigo 4º n. 1, desse DL, ‘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 a reparação deve ser efectuada em prazo razoável (n. 2), sem graves inconvenientes para o comprador. Acrescentando o n. 5 desse artigo que ‘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’. Esta norma parece conceder ao credor/comprador a escolha alternativa (‘qualquer dos direitos’) do exercício de algum desses direitos sem necessidade de obedecer a qualquer ordem ou prevalência, contanto que a exigência não seja abusiva. Escolhe o que melhor realizar os seus interesses, de forma a ser plenamente ressarcido. À liberdade do credor, a norma apenas traça o limite da boa-fé, podendo ser-lhe recusada concreta pretensão no caso de abuso do direito. Assim, se pretende a substituição do bem quando, e perante pequena anomalia ou defeito facilmente reparável, o vendedor se dispõe a repará-la prontamente; ou resolve o contrato por defeito insignificante. Nesta situação, em apelo às regras da boa-fé, a pretensão, por abusiva, teria de ser recusada.

Como escreve João Calvão da Silva [2], a ‘concorrência electiva das pretensões reconhecidas por lei ao comprador não é um absoluto: sofre em certos casos atenuações e a escolha deve ser conforme ao princípio da boa-fé, e não cair no puro arbítrio do comprador, sem olhar aos legítimos interesses do vendedor... A etização da escolha do comprador através do princípio da boa-fé é irrecusável’. E do mesmo autor ‘se a escolha entre as pretensões cabe ao comprador, essa deve obedecer ao princípio da boa-fé e não cair no puro arbítrio. Pelo que, se num caso concreto a opção exercida exceder indubitavelmente os limites impostos pela boa-fé ..., poderão intervir as regras do abuso do direito’ [3]. Tribunal da Relação do Porto. Apelação n. 1362/05.9TBGDM.P1 – 3a. sec. Data - 04/02/2010. Coisa defeituosa – Avaria – Indemnização. Porto, 04 de Fevereiro de 2010. José Manuel Carvalho Ferraz, António do Amaral Ferreira e Ana Paula Fonseca Lobo.

No estado actual da legislação, portanto, e em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que seja reposto, sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato [Art. 4/1 DL 67/2003]. E o consumidor pode exercer qualquer destes direitos, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito nos termos gerais [Art. 4/5 DL 67/2003]. Nos termos da Directiva (contrariamente à nova solução portuguesa), a reparação encontrava-se condicionada tanto pela sua própria possibilidade, como pela não desproporção em relação à substituição. Parece, assim, que o direito nacional é, neste particular, mais favorável do que a solução prevista na Directiva. Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, Processo: 0456404 n. Convencional: JTRP00037860 Relator: Santos Carvalho. Data do acórdão: 07/03/2005. Votação: unanimidade. Meio processual: apelação. Decisão: revogada.”

Entendimento diverso foi manifestado, em dezembro de 2007, pelo STJ, que concluiu pela existência de hierarquia dos ‘remédios’, em acórdão da lavra do conselheiro Fonseca Ramos:

“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. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 07A4160. Relator: Fonseca Ramos n. do documento: Sj200712130041606. Data do acórdão: 13/12/2007. Votação: Unanimidade.”

No mesmo sentido, o conselheiro Ferreira da Silva em janeiro de 2008:

“Na hipótese de compra e venda de coisa defeituosa, os direitos à reparação ou à substituição, contemplados nos arts. 914º do CC e 12º n. 1 da Lei n. 24/96,

de 31 de Julho (redacção anterior), não constituem paradigma de concorrência electiva de pretensões, não absoluta, embora, por acontecer eticização da escolha do comprador através do princípio da boa-fé, antes tais díspares meios jurídicos facultados a quem compra, no caso predito, não podendo ser exercidos em alternativa, por subordinados, antes, estarem sujeitos a uma espécie de sequência lógica: o vendedor, em primeiro lugar, está adstrito a eliminar o defeito, tão só ficando obrigado à substituição, a antolhar-se como não possível, ou demasiado onerosa, a reparação. Processo: 07B4302. Relator: Pereira da Silva. Nº do Documento: Sj200801240043022. Data do acórdão: 24/01/2008. Votação: Unanimidade. Meio Processual: Revista. Decisão: Negada a Revista.”

A equação retrata a diminuta eficácia do direito legislado em Portugal. Para além da *law in books*, que diz respeito ao acatamento ou cumprimento voluntário do direito por aqueles a quem as normas se dirigem, há a *law in action*, ou seja, o modo como as normas legais são interpretadas e aplicadas pelos destinatários, nomeadamente a administração pública, em particular as empresas e os cidadãos em geral e, especialmente, a imposição ou aplicação coerciva do direito, em princípio pelos tribunais, como órgãos do Poder Judicial³⁰, mas também por outras instâncias administrativas com poder para forçar ao cumprimento ou sancionar o incumprimento de normas jurídicas³¹.

A jurisprudência portuguesa releva para um plano secundário a norma especializada de regência da relação jurídica que cumpre apreciar, o que fragiliza e traz insegurança à comunidade jurídica. Se está diante de uma típica relação jurídico-privada de consumo, já que de um lado se encontram os agentes económicos – profissionais – que com as suas actividades económicas visam a obtenção de benefícios decorrentes da atividade e, por outro lado, o consumidor – não profissional –, esta deve reger-se exclusivamente por normas e princípios fundamentais que regulam as relações jurídicas deste jaez e que se encontram em legislação específica de consumo, nomeadamente na LDC e no DL 84/08.

Para exemplificar o uso atécnico do Código Civil para reger a relação especial de consumo, basta a análise do acórdão de lavra do desembargador Custódio M. da Costa, de 9 de novembro de 2006, do Tribunal de Relação de Coimbra:

“O prazo de garantia da empresa vendedora de automóveis usados é o de seis meses definido no n. 2 do art. 921 do CC, sendo desnecessário no caso de avaria verificada dentro desse prazo, o recurso ao definido na Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96 de 31 de Julho, alterado pelo DL 67/2003, de 8 de Abril).”³²

No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça da relatoria do conselheiro Alberto Sobrinho:

“... Ao comer uma ‘sandesh’ de frango desfiada, anunciada como desossada, ingeriu um osso que continha no seu interior, o que lhe ocasionou uma perfuração de esófago.... a autora, mediante a retribuição exigida, adquiriu uma sandesh de frango no estabelecimento de café-pastelaria do chamado, que consumiu. E foi ao ingeri-la que um osso, que era suposto aí não existir, lhe ocasionou determinados danos. Nesta perspectiva, terá havido negligência na preparação da sandesh por omissão do diligente cuidado exigível na sua confecção, tendo a autora recebido uma coisa cujas características não correspondiam às legitimamente esperadas. A autora, compradora, não estava alertada para eventuais riscos e perigos para a sua saúde que poderiam advir da ingestão desta sandesh. Esta sandesh não se apresentava intrinsecamente defeituosa, mas concretamente revestia-se de manifesta perigosidade. Por isso, a responsabilidade do vendedor não emerge do regime de venda de coisa defeituosa previsto nos arts. 913 e ss do Código Civil, mas da inadequação de informação, ou mesmo, de uma informação errónea (1). Há aqui claramente uma responsabilidade contratual subjectiva do vendedor. A venda de coisas defeituosas permite ao comprador a reparação ou substituição da coisa e ainda o ressarcimento dos danos na hipótese de anulação do contrato, por dolo ou erro (arts. 913 n. 1, 914, 915 e 909 do Código Civil), mas já não permite a satisfação do prejuízo directamente ocasionado pela entrega da coisa viciada. O comprador pode não ter interesse na anulação do contrato ou esta anulação não ser já sequer viável e a entrega e uso da coisa viciada terem-lhe ocasionado prejuízos que, por esta via, ficariam sem satisfação. Este direito de indemnização, baseado no cumprimento defeituoso, há-de encontrar acolhimento nos princípios gerais de responsabilidade civil, designadamente do art. 798 do Código Civil. Só que esta responsabilidade contratual por violação culposa dos deveres do vendedor, não abrangida pelo art. 913 do Código Civil, está sujeita ao prazo ordinário de prescrição, ou seja, ao prazo de vinte anos previsto no art. 309 do mesmo diploma (2). De igual modo, a Lei-Quadro de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de Julho), visando dar cumprimento aos imperativos constitucionais nesta matéria, salvaguarda o direito à indemnização do consumidor em termos gerais, ao ressarcimento pelo dano patrimonial ou não patrimonial causado ao consumidor pela coisa, em consequência do vício desta. ... o tribunal, ao classificar juridicamente a causa de pedir de modo diferente daquela que o fizeram as partes e ao extrair daí consequências diversas, concluindo pela não prescrição do direito, moveu-se apenas dentro daquela liberdade de indagação, interpretação e aplicação das regras de direito que legalmente lhe é

permitida, repondo, em suma, a relação material controvertida na sua correcta figuração jurídica. Este Tribunal podia, por isso, conhecer da invocada excepção nos precisos termos em que o fez. Processo: 07B111. Nº Convencional: JSTJ000. Relator: Alberto Sobrinho. Nº do Documento: SJ200702220001117. Data do Acórdão: 22/02/2007. Votação: Unanimidade. Meio Processual: Revista. Decisão: Concedida a Revista.”

Não se cogita nem sequer da aplicação *in casu* da doutrina do ‘diálogo das fontes’ idealizada pelo alemão Erik Jayme e importada para o Brasil pela professora Cláudia Lima Marques, segundo a qual as normas gerais mais benéficas supervenientes à norma especial, a qual foi concebida para dar um tratamento mais privilegiado a certa categoria, a esta deve preferir, em homenagem à coerência do sistema³³.

Ora, na compra e venda de veículos usados entre uma empresa e um consumidor, desde 8 de abril de 2003, em plena vigência do DL 67/03, o prazo de garantia já era de dois anos na venda de bens móveis não consumíveis, com possibilidade de redução para um ano, mediante acordo entre comprador e vendedor. Portanto, se é consumidor (adquiriu de uma empresa um veículo usado para seu uso privado) e não fez nenhum acordo em contrário, o veículo tem dois anos de garantia e a legislação comum do Código Civil prejudica o destinatário da norma. Aplica-se, por óbvio, a lei especial mais benéfica, que prevalece sobre a geral, no caso o Código Civil português.

Ademais, existe clara distinção entre o direito do consumo e o direito civil ou o direito comercial, dada as suas peculiaridades e a multidisciplinariedade de seu conteúdo. O direito do consumo se caracteriza por aspectos técnicos específicos, típicos da relação de desigualdade entre os protagonistas da relação de consumo. Para cada tipo de relação jurídica deve se aplicar uma norma ou regime, sob pena de gerar insegurança no meio jurídico. Existe todo um sistema para atuar em defesa dos direitos da parte mais fraca com regras próprias destinadas a proteger esse vulnerável partícipe do processo econômico.

Todavia, a jurisprudência portuguesa nos fornece inúmeros exemplos da correta aplicação da norma especial de proteção do consumidor, tal como nos demonstra a decisão plasmada no acórdão da Relação de Lisboa, de 8 de outubro de 2009, que, por se tratar de relação de consumo havida em junho de 2007, versando sobre o regime de compra e venda de consumo, afastou a aplicação do art. 921º do CC, para fundamentar a solução jurisdicional na Lei 24/96 – Lei de Defesa do Consumidor, pela redação introduzida pela Lei de

Garantias, o Dec.-Lei 67/03, de 8 de Abril, o que retrata, o enquadramento da norma de regência especializada:

“I – Mediante a garantia do bom funcionamento, o vendedor assegura, durante certo período de tempo, o bom funcionamento e as boas condições de utilização da coisa, em termos de uso normal, assumindo a responsabilidade pela sanção das eventuais deficiências de materiais ou componentes, avarias e deficiências de funcionamento. II – Cumulável com o direito à reparação ou substituição da coisa defeituosa, seja nos termos gerais, seja por via da obrigação da garantia a que alude o indicado art. 921º, e paralelamente com ele, pode existir o direito a indemnização pelos danos decorrentes do mau funcionamento. III – Na situação dos presentes autos estamos perante uma compra e venda abrangida pelo âmbito e pelo regime de aplicação da Lei n. 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor) – art. 2º, n. 1. IV – A privação do uso do veículo, é reparável, se aquele provar, como é ónus do lesado, quais os danos em concreto que derivaram daquela privação. V – Se o montante de uma indemnização for determinado através da equidade, tem de se entender que esse quantitativo está actualizado. Acórdãos TRL Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo: 3359/07.5TBVD.L1-8 Relator: Catarina Arêlo Manso. Nº do documento: RL data do acórdão: 08/10/2009. Votação: unanimidade. Apelação.”

O apego à estrutura formal dos atos jurídicos permite que o agente económico se valha da burla para se furtar à observância da lei das garantias. É o que ocorre, por exemplo, na garantia mínima de um ano assegurada aos veículos usados, que, em muitos casos, ao invés de serem oferecidos nos *stands* de veículos usados, são anunciados por vendedores autônomos nas ruas, exatamente para que a compra e venda de consumo não seja enquadrada na LG – Lei de Garantias, já que os negócios entre particulares são regidos pelo direito privado comum – Código Civil – e o comprador tem que provar que o vendedor conhecia o problema do carro antes de vendê-lo e, portanto, mais difícil exigir as soluções decorrentes dos artigos 913 e seguintes do CC.

Há ainda dificuldade da jurisprudência portuguesa de descortinar o véu do negócio jurídico formalmente entabulado, para encarar a realidade do objetivo das partes na celebração do negócio, à luz das regras de experiência comum, para adoção do princípio da primazia da realidade³⁴.

A estratégia destes vendedores de rua deveria ser levada em consideração, especialmente pelo Poder Judicial, para estender a obrigação de garantia àqueles que habitualmente realizam a venda de carros usados nas ruas, nos estacionamento e na beira das estradas, a exemplo do que ocorre nos EUA,

onde qualquer pessoa que venda quatro veículos ou mais no período de um ano é considerada um revendedor pela Lei de Garantia de Veículos Usados³⁵.

Portanto, muito embora Portugal possua um elevadíssimo nível de proteção legal dos consumidores, não há sensibilidade dos operadores do direito na aplicação das normas especiais de defesa do consumidor e a perspectiva futura deste quadro normativo não é favorável, em razão da pressão exercida pelos agentes econômicos no sentido de se buscar uma harmonização total dos direitos dos consumidores na União Europeia.

A proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho para os Direitos dos Consumidores – Com (2008) 614 Final 2008/0196, de 8 de Outubro de 2008, é exemplo dessa harmonização total horizontal pretendida, que pode vir a reduzir direitos adquiridos dos consumidores como, por exemplo, o de submeter os remédios à disposição do consumidor, na compra e venda de consumo decorrente da não conformidade de um bem, a uma hierarquia: primeiro, a reparação e, depois, a substituição; o comerciante escolhe e se tal se traduzir em excessivo esforço para ele, haverá opção pela redução do preço ou resolução do contrato. Prejuízo óbvio no contraste de regimes, a vingar a proposta de Diretiva, cujos termos se discutem no seio das instâncias europeias.

VII. 5. Da forma e dos prazos de exercício e gozo dos direitos dos consumidores em razão da não conformidade

No que respeita ao prazo de exercício, a não conformidade que se detecta ao longo de dois anos, tratando-se de coisa móvel duradoura, é susceptível de reposição ou de remédios outros, contanto que a denúncia ocorra no lapso de dois meses após a sua detecção.

A devolução do dinheiro, no direito constituído, deve ocorrer em 30 dias, nos termos do artigo 4º, 2, do DL 84/08, que alterou o DL 67/03, que transpôs a Diretiva 1999/44/CE e introduziu novas regras para ajustar a solução à realidade do mercado, fazendo uso da prerrogativa conferida pelo artigo 8º da Diretiva 1999/44/CE, estabelecendo o prazo limite de 30 dias para a realização das operações de reparação ou de substituição de um bem móvel, dado que a ausência da regulamentação anterior tinha como consequência o prolongamento, por um tempo excessivo, das operações de substituição e de reparação pouco complexas.

O termo *a quo* da garantia adota o marco da entrega do bem.

A garantia do bem móvel que é de dois anos, com ônus da prova invertido para que o fornecedor comprove que a não conformidade não decorre da produção.

A lei nacional atual consagra a “responsabilização” do vendedor ou do produtor. A garantia é susceptível de ser exigida ao produtor, por meio de ação direta, como admite a lei portuguesa no DL 383/89, de 6 de Novembro. Com efeito, no preâmbulo do DL 67/03, de 8 de Abril, se sublinha exatamente:

“Inovação bastante significativa consiste na consagração da responsabilidade directa do produtor perante o consumidor, pela reparação ou substituição de coisa defeituosa. Trata-se, nesta solução, tão-só de estender ao domínio da qualidade a responsabilidade do produtor pelos defeitos de segurança, já hoje prevista no Decreto-Lei n. 383/89, de 6 de Novembro, com um regime de protecção do comprador que já existe em vários países europeus e para que a directiva que ora se transpõe também já aponta.”

Os consumidores podem exigir do vendedor a reparação ou a substituição do bem móvel no prazo de 30 dias, a menos que isso se revele impossível ou desproporcionado; se impuser custos excessivos em relação à outra solução; custos significativamente mais elevados que os da outra forma de reparação do prejuízo. A expressão “sem encargos” reporta-se às despesas necessárias para repor a coisa em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão de obra e material.

A garantia legal envolve 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, os sobressalentes, os acessórios ou componentes que precisam ser substituídos para a reposição da coisa na íntegra e na sua individualidade. Se um telemóvel tem a garantia de dois anos – a garantia terá que ser integral, de todo o produto, a bateria não pode ter, por exemplo, uma simples garantia de seis meses.

Em Portugal, segundo a orientação da jurisprudência do STJ, que aplicava o artigo 916º do Código Civil³⁶, a garantia do imóvel era de apenas seis meses, quadro alterado desde 1994, quando a garantia de bens imóveis passou a ser de cinco anos, por força do DL 267/94, de 25 de Outubro, que alterou o art. 916º do CC. Na fase de elaboração da Lei 24/96, de 31 de Julho – Lei de Defesa do Consumidor, o anteprojeto consagrava a garantia de 10 anos, prevalecendo, todavia, os cinco anos já consagrados no Código

Existe clara distinção entre o direito do consumo e o direito civil ou o direito comercial, dada as suas peculiaridades e a multidisciplinariedade de seu conteúdo

Civil. A Lei das Garantias de Bens de Consumo, DL 67/03, englobou bens móveis e imóveis, quando – na sua origem – se aplicaria tão só às coisas móveis e repetiu a garantia dos cinco anos, em lugar de aproveitar o ensejo para elevá-la para dez anos.

A denúncia da desconformidade do bem por parte do consumidor deve observar os prazos que se mantêm inalterados, de dois meses ou um ano, caso se trate, respectivamente, de bem móvel ou imóvel. Já o prazo geral de caducidade dos direitos atribuídos ao consumidor, de seis meses, foi alargado para dois ou três anos, consoante esteja em causa, respectivamente, um bem móvel ou imóvel, sob pena de caducidade.

O bem móvel sucedâneo ou substituto, em caso de substituição, na lei nacional, rende ensejo a novo prazo de garantia, de dois ou de cinco anos de garantia para imóvel.

O DL 84/08, de 21 de Maio, estabeleceu no art. 5º-A, n. 3, um novo prazo – a contar da denúncia – de dois anos (em substituição do de seis meses)³⁷ para a caducidade (decadência) do exercício do direito, no caso dos móveis, e de três anos, no dos imóveis.

Tratando-se de imóvel, a reparação ou a substituição deve ser realizada dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, na forma do art. 4º, n. 2, do DL 84/08.

Há transmissão dos direitos conferidos pela garantia aos terceiros adquirentes do bem.

As informações sobre garantias voluntárias ou comerciais podem ter assento nas condições gerais apostas no documento de compra e venda, na embalagem, em documento autónomo de que conste a declaração ou qualquer outro meio ou suporte, ínsito na comunicação social – televisão, rádio, imprensa, prospectos, brochuras. Em todas as formas há vinculação do fornecedor.

O DL 84/08 instituiu um regime sancionatório de mera ordenação social para a hipótese de denegação dos direitos dos consumidores. Cabe à Direção-Geral do Consumidor, organismo da Administração Pública Central do Estado, vinculado ao Ministério da Economia, Inovação e Desenvolvimento, a aplicação das infrações, passíveis de coimas de 250 a 30 000 euros, consoante as circunstâncias e a titularidade do estabelecimento em causa.

VIII. Do quadro comparativo

	BRASIL – Art. 5º, XXXII, CF/88	PORTUGAL – Art. 60º CRP
Prazo – Garantia Bem Móvel Não Durável	30 dias – art. 26, I, CDC	2 anos – inciso I do art. 5º do DL n. 84/2008, de 21 de Maio
Prazo – Garantia Bem Móvel Durável	90 dias – art. 26, II, CDC	2 anos – inciso I do art. 5º do DL n. 84/2008, de 21 de Maio
Prazo – Reparação Bem Móvel	30 dias – art. 18, <i>caput</i> , CDC	30 dias – art. 4º, 2 do DL n. 84/2008, de 21 de Maio
Garantia Bem Imóvel	5 anos – art. 618, CC Empreitada – REsp 411535-SP Construtor – Resp 215832-PR 1 ano – art. 441, CC Vício redibitório – Resp 488867-SP	Art. 5º do DL n. 84/2008, de 21 de Maio
Garantia Serviço	Arts. 20 e 22, CDC Reexecução Restituição Abatimento do preço	Não há qualquer referência às garantias Lei 23/96, de 26 de Julho – serviços públicos DL 96/06 de 29 de Maio – serviços financeiros DL 12/99 de 11 de Janeiro – viagens organizadas DL 317/09 de 30 de Outubro – meios de pagamento
Bem Móvel Enquadramento	Vício – art. 18, CDC.	Não conformidade – art. 4º, I do DL 84/2008
Remédios	Primeiro, a reparação em 30 dias – art. 18, §§ 1º a 3º, CDC Segundo, a resolução com restituição, redução do preço, substituição do produto – opção do consumidor	Art. 4º, I do DL 84/2008 Reparação Substituição Redução do preço Resolução do contrato
Prazo – Caducidade Bem Móvel	Não-durável 30 dias – art. 26, I, CDC Durável 90 dias – art. 26, II, CDC	Móvel – 2 meses Imóvel – 1 ano
Prescrição – Bem Móvel	5 anos – art. 27, C (contados da denúncia)	Móvel – 2 anos (idem) – art. 5º-A, n. 3 do DL 84/2008 Imóvel – 3 anos (idem)
Acidente de Consumo Fato do Produto Responsabilidade do Produtor	art. 12, CDC	Diretiva 85/374/CEE, de 25 de Julho de 1985 Responsabilidade do produtor DL 383/89, de 6 de Novembro
Excludentes	Só para responsabilidade do produtor – fato do produto – art. 12, § 3º, CDC	Art. 5º do DL 383/89, de 6 de Novembro

XI. Da conclusão

A análise do regime de garantias na compra e venda de consumo de Portugal revela uma multiplicidade de normas que regulam a proteção do consumidor em um nível extremamente elevado, com grande amplitude de variados segmentos, o que é invejável, todavia, não sistematizado e fragmentado em normas avulsas, que nem os próprios protagonistas do cenário judicial são familiarizados, afeiçoados e muito menos sensibilizados para a especialidade característica da legislação do consumidor, razão pela qual esse direito autônomo não possui efetividade e é desconhecido da população.

A codificação dessa imensa legislação portuguesa avulsa de proteção do consumidor é urgente, instantânea, para que se possa colher os frutos que o Brasil colheu com a implantação do Código de Defesa do Consumidor, responsável pela popularização e efetividade do direito do consumidor no Brasil.

A proteção do consumidor brasileiro, no que toca à qualidade dos produtos e serviços, encontra no CDC um modelo de reparação ou ressarcimento dos vícios por mau funcionamento ou não funcionamento do produto ou serviço, previsto no art. 18 do CDC, que perde significância na medida em que assenta a sua base quase que exclusivamente nas garantias voluntárias.

Os prazos de garantia legal no Brasil são de 30 e 90 dias para bens não duráveis e duráveis, respectivamente, obviamente insuficientes para a construção de um verdadeiro sistema de garantias, porque não guardam qualquer relação com a expectativa de durabilidade do produto, mormente diante do prazo de garantia de dois anos para coisas móveis, adotado em Portugal e harmonizado na União Europeia pela Diretiva 99/44/CE.

Portanto, o sistema brasileiro de garantia legal se subordina à liberalidade do agente econômico e às circunstâncias e políticas mercadológicas que orientam as garantias comerciais, razão pela qual, na comparação de regimes, pode-se dizer que, na prática, não existe um sistema legal eficiente de garantia de produtos no Brasil.

Em Portugal, o sistema legal de garantia de bens de consumo é exemplo do elevado nível de proteção legal dos consumidores. Construído a partir do conceito de não conformidade do bem e previsto no art. 4º, n. 1, do DL 84/08, o sistema de garantias português tem nível protetivo infinitamente superior ao sistema de vícios do CDC brasileiro e ostenta prazos largos de

garantia de dois anos para bens móveis e de cinco anos para imóveis, que se iniciam da data de entrega do bem.

No CDC brasileiro a hierarquização dos remédios contra os vícios é flexibilizada. Na hipótese de o vício não ser sanado no prazo de 30 dias, poderá o consumidor exigir alternativamente, quaisquer dos outros três remédios: na substituição do produto por outro da mesma espécie, todavia, há previsão de uma concorrência eletiva se, na forma do art. 18, § 3º, do CDC, o vício comprometer a finalidade a que se destina o bem. Portanto, neste particular, há quase equivalência com o sistema português, que consagra quatro remédios sem a observância de qualquer hierarquia: reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato, por opção do consumidor. A opção pelo consumidor deve ser exercida de boa-fé, sob pena de configurar abuso do direito.

Todavia, é flagrante a baixa efetividade dessas regras de proteção dos consumidores, porquanto a *law in books* nem sequer se aproxima da *law in action*.

A implantação de um sofisticado e variado modelo protetivo, em países com avançados sistemas judiciais, pode garantir um elevado nível de proteção e defesa dos consumidores, mas em nações sem um sistema judicial bem desenvolvido ou sem um bom funcionamento do sistema judicial, exigiria a criação de um eficiente sistema extrajudicial de solução de conflitos de consumo para dotá-lo de efetividade, garantindo real proteção aos consumidores.

O sistema de defesa do consumidor necessita de se amoldar na sociedade em que está sendo desenvolvido, e deve partir de uma perspectiva prática que precisa levar em consideração a disponibilidade ou não de uma estrutura extrajudicial de solução dos abusos e excessos praticados contra consumidores, o que exige que o Estado capacite e treine conciliadores e mediadores imparciais e estimule, através de treinamento e sensibilização, o Poder Judicial por forma a absorver essa nova onda de processos de consumidores que perante os seus órgãos se suscitem.

Notas

¹ <http://www.sociedadedigital.com.br/artigo.php?artigo=102&item=4>

² <http://notassocialistas.vilabol.uol.com.br/mundotrab.html>

³ <http://engenhariadeproducaoindustrial.blogspot.com/2009/09/visualisando-defeito-defeituoso.html>

⁴www.boaspraticasfarmaceuticas.com.br/.../Características%20Gerais%20de%20uma%20Inspeção

⁵ http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/Defeito_do_Produto

⁶ A garantia comercial também representa uma forma de concorrência: o consumidor tende a vê-lo como um selo de qualidade. O fabricante está oferecendo um serviço de apoio, bem como o próprio produto. KENDALL, Vivienne. *EC Consumer Law (European Practice Library)*, 1994, p. 149. (*tradução livre*)

⁷ Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

⁸ KENDALL, Vivienne. *EC Consumer Law (European Practice Library)*, 1994, p. 150. (*tradução livre*)

⁹ Lei de Introdução ao Código Civil, prevalece a lei especial sobre a geral... Tribunal de Justiça STJ RESP 407667... Embargos do devedor. Lei n. 5.741/71. Princípio da Especialidade. Petição inicial Recurso Especial REsp 421508 PR 2002/0033084-5 (STJ)

Lei especial, que prevalece sobre a lei geral (o CPC). 2. Agravo... de Instrumento. Recurso de Apelação. Deserção. Lei 9.289/96. Art. 14, II. 1. Para STJ – 09 de Maio de 2006. Agravo de Instrumento AG 101337 DF 1999.01.00.101337-9 (TRF1)

Lei de Introdução ao Código Civil, prevalece a lei especial sobre a geral... TRF1 – 12 de Dezembro de 2000. Apelação Cível AC 448221 PE 2008.83.00.003947-0 (TRF5)

¹⁰ O Código do Consumidor veio a lume para cumprir uma missão constitucional – promover a defesa do consumidor –, conforme expressamente estabelecido no art. 5º, inciso XXXII, da Lei Maior. Aliás, pela primeira vez em nossa história constitucional a defesa do consumidor foi incluída entre os direitos e garantias individuais e os princípios da ordem econômica – art. 170, V, da CF –, no mesmo *status* dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada e da livre concorrência, para cumprir essa vocação constitucional, o Código do Consumidor implantou uma política nacional de consumo e uma disciplina jurídica única e uniforme para tutelar todos os direitos materiais e morais dos consumidores em geral. ... Tendo sustentado que o Código do Consumidor realmente fez foi criar uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do direito – público ou privado, contratual ou extracontratual, material ou processual – onde ocorrem relações de consumo. Em outra palavra sem retirar as relações de consumo das áreas de direito onde, normalmente ocorrem, sem afastá-las do seu *habitat* natural, o CDC estendeu sobre todos a sua disciplina. CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Médica-Hospitalar à luz do Código do Consumidor, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 37, 1998, p. 18.

¹¹ Pesquisa do Idec mostra que as lojas confundem o consumidor com prazos inferiores para troca. Uma prática irregular é o carimbo na nota fiscal estipulando o prazo de dois a sete dias para reclamar de um produto com vício, quando o CDC prevê trinta dias. Outro abuso do fornecedor é avisar que não se responsabiliza por defeitos aparentes. Muitos consumidores ficam confusos e aceitam as regras das lojas. Resultado: quando o defeito aparece após o prazo, acham que não têm mais direito

de reclamar ou vão parar nas mãos da assistência técnica. Para evitar cair na armadilha é importante conhecer os prazos e as condições em que os produtos com defeito ou vício podem ser trocados. Máira Feltrin, advogada do Idec, diz que o primeiro passo é saber que o comerciante e o fabricante são solidários na relação de consumo. “O consumidor pode reclamar para um ou outro ou para ambos. Qualquer cláusula contratual que isenta o fornecedor da responsabilidade é considerada abusiva e nula”, alerta. Rosa Falcão http://www.diariodepernambuco.com.br/2010/05/02/economia10_0.asp

¹² “Os fornecedores de produtos de consumo, duráveis ou não, respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo que se destinam ou lhes diminuam o valor”. E o consumidor tem um mês para reclamar de produtos não duráveis e três para o caso de duráveis, diz a lei. Para as redes varejistas, no entanto, a responsabilidade costuma durar de três a sete dias após a compra. Passado esse prazo, as lojas tiram seu time de campo, e passa a ser missão exclusiva do consumidor buscar seus direitos junto ao fabricante. É o que mostra levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), com dez redes varejistas, em que nenhuma delas cumpre o prazo estabelecido pelo CDC. O Idec já havia realizado pesquisa semelhante, em outubro de 2008, e as 13 empresas pesquisadas cometiam o mesmo erro. Na pesquisa atual foram avaliadas as lojas de Americanas, Carrefour, Casas Bahia, Extra, Fast Shop, Kalunga, Magazine Luiza, Ponto Frio, Sam’s Club e Walmart, e as virtuais das redes Americanas, Extra, Magazine Luiza, Fast Shop e Ponto Frio. – A escolha por comprar em uma e não em outra loja não é uma questão apenas de preço, mas também da confiança que o consumidor deposita no comerciante. É essa confiança a que ele recorre quando tem algum problema com o produto – diz Máira Feltrin Alves, advogada do Idec. – O vendedor não pode se eximir dessa responsabilidade, até porque ele tem muito mais poder de barganha junto ao fornecedor do que o cliente. Jornal: *O Globo*, Luciana Casemiro e Emanuel Alencar, 14 de abril de 2010.

¹³ O mercado único é o alvo do esforço da Europa. Para os cidadãos, ele representa o direito a viver e trabalhar noutro país da EU e aceder a uma vasta escolha de produtos de qualidade e serviços a baixo preço. Para as empresas, significa operar num mercado doméstico de 500 milhões de pessoas, baseado na lei e no respeito e confiança mútuas. O mercado único é mais importante do que nunca. Quero vê-lo fortalecido e adaptado ao mundo globalizado do século XXI.” Presidente José Manuel Barroso, no início de 2007, o presidente da Comissão Europeia, José Manuel Durão Barroso, apresentou a sua visão do mercado interno da UE no futuro. <http://www.eu4journalists.eu/index.php/dossiers/portuguese/C44>

¹⁴ BATALLER, Bernardo Hernández. *RPDC* – Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, n. 58, junho de 2009, p. 221.

¹⁵ http://europa.eu/scadplus/european_convention/subsidiarity_pt.htm

¹⁶ Norbert REICH, “*Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, in Das Deutsche Recht*”, *NJW*, 33, 1999, pp. 2397-2403 (2398).

¹⁷ Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Diretiva 1999/44/CE e o direito português. In *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, 2000, do Centro de Direito do Consumo adstrito à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 204.

¹⁸ MENEZES LEITÃO (2002, 288): esta hierarquização ... parece ... lógica, já que o princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos deve impor a prevalência das soluções que conduzem à integral execução do negócio sobre soluções que implicam uma sua ineficácia total ou parcial. A anterior redacção do art. 12/1 LDC, não previa expressamente qualquer hierarquia entre os quatro direitos conferidos, contrariamente ao previsto na lei para o regime da empreitada, onde a hierarquização dos direitos é feita expressamente, arts. 1221 e 1222 CC: esses direitos eram conferidos ao consumidor em concorrência electiva, ou seja, o consumidor podia escolher indistintamente qualquer um deles (o consumidor pode exigir...). Mas, nos termos da Directiva 99/44, o consumidor não poderia escolher livremente entre os direitos. Pelo contrário, existia uma clara hierarquia entre os quatro direitos atribuídos ao consumidor/comprador. Primeiro que tudo, o consumidor deveria solicitar a reparação ou a substituição do bem. E apenas preenchidas determinadas condições, lançava mão dos instrumentos da redução do preço ou rescisão contratual. Com efeito, o art. 3/3 da Directiva referia que o consumidor tinha, em primeiro lugar, direito à reparação ou substituição do bem. Depois, o art. 3/5 do mesmo diploma estipulava que o consumidor poderia exigir a redução adequada do preço ou a rescisão do contrato, no caso de não ter direito à reparação ou à substituição do bem. A Directiva acabava, assim, por conferir uma maior importância à manutenção do contrato, ao favor negotii. Todavia, nos termos da Directiva, a hierarquia existente entre os quatro direitos poderia sofrer alguma moderação: era permitido às partes convencionar, por exemplo, que no caso de falta de conformidade do bem com o contrato, fosse reduzido o seu preço. Por outro lado, o vendedor podia propor ao comprador qualquer outro tipo de reparação, por exemplo, a oferta de outro bem, nos termos do considerando (12) da Directiva 99/44. De outro ponto de vista, na doutrina nacional, e até à entrada em vigor do DL 67/2003, entendeu-se que a concorrência electiva das pretensões reconhecidas ao comprador pela LDC não era um absoluto, podendo e devendo sofrer atenuações. A escolha devia ser, antes de mais, conforme ao princípio da boa fé, e não cair no puro arbítrio do comprador, sem de algum modo ter em conta os legítimos interesses do vendedor (Calvão da Silva, 2001, 80/1 e 120). Aliás, entendia-se que o comportamento do consumidor se devia pautar, sempre, pela boa fé, princípio incontornável, acolhido naturalmente na LDC, art. 9/1. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. 2002, *Caveat venditor?* A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda. Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. I, Direito Privado e Vária, Separata, Almedina.

¹⁹ Cfr. o acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Maio de 2002 (Ana Maria BOULAROUT) que 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 actividade 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.”

²⁰ No *Livro verde* enunciavam-se, partindo da responsabilização directa do fabricante, três soluções possíveis: uma primeira, consistente numa obrigação uniforme de manutenção de peças sobressalentes à disposição do consumidor durante um determinado prazo; uma segunda, de base voluntária, baseada em códigos de conduta, normalização ou negociações directas entre autoridades públicas, empresas e consumidores; e uma terceira, centrada no aspecto informativo do prazo durante o qual o fabricante se compromete a manter existências de peças sobressalentes, dando à concorrência a possibilidade de desempenhar o seu papel. O *anteproyecto de directiva* a que tivemos acesso, para além de uma obrigação de informação a cargo do vendedor quanto à impossibilidade de assegurar ele próprio o serviço pós-venda e quanto à disponibilidade e acesso a um serviço pós-venda (sancionada com uma obrigação de ressarcir o comprador pela correspondente redução do valor do bem), previa obrigações para o caso de o vendedor oferecer um serviço pós-venda (assegurar a manutenção e a rápida reparação dos bens em caso de avaria ou de mau funcionamento, praticar preços justos e transparentes e comunicá-los antecipadamente ao consumidor, nomeadamente através da entrega de um orçamento pormenorizado dos trabalhos necessários, e o consumidor assim o solicitasse, e fornecer toda a informação técnica aos consumidores). Para além disso, os membros de redes de distribuição deveriam poder fornecer eles mesmo o serviço pós-venda ou assegurar ‘O acesso a esse serviço. Por último, previa-se que o produtor devia “zelar no sentido de as peças sobressalentes e a informação técnica necessárias para assegurar a manutenção e a reparação dos bens se encontrarem disponíveis no mercado durante o período normal de vida dos bens” (ou, pelo menos, durante um período razoável do qual o consumidor devia ser informado). A *proposta de directiva* optou por não tratar dos serviços pós-venda “por razões relacionadas com a aplicação do princípio da subsidiariedade”. *Op. cit.*, pp. 212 e 213.

²¹ A responsabilidade da BRISA por danos sofridos pelos utentes das autoestradas de que esta é concessionária situa-se no campo da responsabilidade extracontratual... A BRISA responde por culpa presumida, nos termos do n. 1 do art. 493º do Cód. Civil... Ao lesado caberá provar, num plano puramente objectivo, a existência do vício e o nexo de causalidade entre este e o dano... A formação de um lençol de água no pavimento da autoestrada, em condições de fazer com que os veículos entrem em hidroplanagem por falta de aderência dos pneumáticos, constitui um evento que obriga a concessionária a tomar as medidas necessárias para evitar a causação de danos aos condutores, designadamente pela sinalização adequada do local... O ónus da prova da formação de um lençol de

água, em condições de provocar a entrada em hidroplanagem do veículo sinistrado e o consequente despiste para fora da via – matéria cuja objectiva demonstração era, no caso concreto, necessária para que pudesse presumir-se quer a violação, pela BRISA, do dever de assegurar a circulação em condições de segurança, quer a culpa na violação desse dever – impendia sobre os lesados, os autores. Não provada, por estes, a anomalia, nem, consequentemente, o nexo de causalidade entre esta e o dano, não chega a colocar-se a questão da ilicitude da conduta da ré nem a sua culpa na produção dos danos verificados. Para haver obrigação de indemnizar, nos termos do art. 483 do CC, exige-se, além do mais, a prática de um acto ilícito ou antijurídico, que se revela ou através da violação de um direito de outrem ou através da violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios... Não pode, assim, haver-se por verificado, na conduta da BRISA, o requisito da ilicitude, inexistindo, por isso, obrigação de indemnizar o referido dano não patrimonial. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1º de Outubro de 2009, conselheiro Santos Bernardino.

²² Qualidade dos serviços. ... Se são muitas vezes deficientes as normas jurídicas (e as suas aplicações jurisprudenciais) de garantia dos consumidores, quanto à qualidade dos produtos e sua adaptação real às necessidades, se são inúmeras as violações dessas normas e difícil a reparação dos consumidores, pior um pouco é a situação em relação aos contratos de prestação dos serviços aos consumidores. ALMEIDA, Carlos Ferreira. In *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, Livraria Almedina, p. 112.

²³ A legislação ... publicada na área do consumo – em decorrência do postulado constitucional, da lei-quadro e das várias diretivas da Comunidade Europeia em prol do consumidor – tem sido intensa. Infelizmente, porém, nem sempre a *Law in the books* tem correspondido a *Law in the action!* E isto, muitas vezes, por deficiências do próprio sistema legal, a começar pela proliferação legislativa a que se tem assistido, a qual apresenta inconvenientes vários, desde logo pela dispersão e falta de unidade de que dá mostra. Essa é uma das razões por que decorrem em Portugal os trabalhos de elaboração de um Código do Consumidor. PINTO MONTEIRO, António. A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, 2000, do Centro de Direito do Consumo adstrito à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁴ Dispõe o n. 1 do artigo 4º do supracitado DL que “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 substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato”, clarificando o n. 5 do mesmo artigo que “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”. Verifica-se, assim, um concurso electivo dos vários remédios de que o comprador pode lançar mão, sendo-lhe dada “a possibilidade de escolher, indistintamente, entre um ou outro direito previsto na lei”. Acórdão da Relação do Porto de 07.03.2005 (Processo 0456404), in www.dgsi.pt.. Sentença de Julgado de Paz. Processo: 11/2006-JP Relator: Ângela Cerdeira. Descritores: resolução do contrato de compra e venda por defeito do produto. Data da sentença: 10/12/2006 Julgado de Paz de TROFA.

²⁵ Na hipótese de compra e venda de coisa defeituosa, os direitos à reparação ou à substituição, contemplados nos arts. 914º do CC e 12º n. 1 da Lei 24/96, de 31 de Julho (redação anterior), não constituem paradigma de concorrência electiva de pretensões, não absoluta, embora, por acontecer eticização da escolha do comprador através do princípio da boa fé, antes tais díspares meios jurídicos facultados a quem compra, no caso predito, não podendo ser exercidos em alternativa, por subordinados, antes, estarem a uma espécie de sequência lógica: o vendedor, em primeiro lugar, está adstrito a eliminar o defeito, tão só ficando obrigado à substituição, a antolhar-se como não possível, ou demasiado onerosa, a reparação. Supremo Tribunal de Justiça n. Recurso JSTJ000, conselheiro Pereira da Silva n. Sentença ou Acórdão 07B4302, 24 de Janeiro de 2008.

²⁶ Resulta do artigo 12º, n.1, da Lei 24/96, de 31 de Julho que perante a venda de uma coisa defeituosa, o consumidor pode escolher, a reparação que mais lhe convém, sem qualquer ordem sucessória: a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço, a resolução do contrato. Processo: 2805/06-2 Relator: GAITO DAS NEVES Data do Acórdão: 03/15/2007 Votação: UNANIMIDADE Meio Processual: APELAÇÃO CÍVEL Decisão: REVOGADA A SENTENÇA Decisão Texto Integral: PROCESSO n. 2805/06 ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

²⁷ Os quatro direitos assinalados são reconhecidos ao consumidor adquirente em concorrência eletiva: “Pode exigir...”. Valem, pois, aqui, na *electio*, as considerações já expendidas para a compra e venda em geral (supra n. 43) – neste sentido, entretanto, o acórdão do STJ, de 13/12/2007 (Proc. n. 07A4160); o acórdão da Relação de Évora, de 15/03/2007 (Proc. n.º 2805/06-2); diferente do que sucede na empreitada em que a ordenação ou hierarquização dos direitos conferidos ao dono da obra é feita pela Lei de modo expresse (supra n. 48.2). In *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*. 5. ed. Edições Almedina, 2008, p.130.

²⁸ Acórdão do STJ de 13/12/2007 (Proc. n. 07A4160)

²⁹ Acórdão da Relação de Évora de 15/03/2007 (Proc. n. 2805/06-2)

³⁰ O conselheiro Neves Ribeiro, à época vice-presidente do Supremo Tribunal de Justiça, afirmou em voto vencido, num acórdão de 2003, que as instâncias – e o que é pior – o STJ, não despertaram ainda, nem se deixaram sensibilizar, para o Direito do Consumo: “...Firme convicção é a nossa de que as Instâncias, e agora o Supremo Tribunal de Justiça, não tiveram minimamente em conta a protecção do consumidor lesado, valor em que fundamentalmente assenta o direito de consumo, de raiz comunitária, como é o caso. ... Aliás, por fim, permita-se a liberdade de expressão: O direito de consumo ainda não sensibilizou, de vez, os operadores judiciários. *Infelizmente, nem os recorrentes (tanto pior, o autor!) invocaram este valor a benefício da sua protecção.” A denegação de justiça que a ignorância revelada – tantas vezes! – arrosta exigirá decerto profunda reflexão: dos direitos plasmados nos diplomas legais ao direito em acção dista, com efeito, um abismo.” Voto de vencido no Ac. do STJ de 3/3/03, CJ, STJ, Tomo III, 2003, pág. 21, proferido pelo Sr. Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro.

³¹ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho COM (2009) 330 final Relator: Jorge Pegado Liz INT/503 Bruxelas, 29 de Abril de 2010.

³² Recurso n. 2451/04, de 9 de Novembro de 2004, da Comarca de Coimbra. Relator do acórdão Custódio M. Costa, in *Coletânea de Jurisprudência* – tomo V – Ano 2004 –, pp. 16 a 18.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, Aracaju, 2004, n. 7, pp. 15-54.

³⁴ Américo Plá Rodriguez – Princípio da primazia da realidade. “O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências. Isto significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle” (Américo Plá Rodriguez, *princípios de direito do trabalho*, 1a. ed. São Paulo: LTR, 1994, p. 227, 3a. tiragem). (TRT 1a. R. – RO 20661-96 – 6a. T. – Rel. Juíza Doris Luise de Castro Neves – DORJ 25.03.1999)... “Importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle.” Ou seja, “o princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos” (Américo Plá Rodrigues). (TRT 10a. R. – RO 3991/99 – 1a. T. – Rel. Juiz Fernando Américo Veiga Damasceno – J. 29.03.2000).

³⁵ Qualquer pessoa que venda quatro veículos ou mais no período de um ano é considerada um revendedor pela Lei de Garantia de Veículos Usados (Used Vehicle Warranty Law) que protege os consumidores que comprem veículos usados de revendedores de automóveis ou de particulares no Estado de Massachusetts. Guia do Consumidor do Estado de Massachusetts. Chapter 90: Section 7N1/4. Express warranty by dealer of used motor vehicle; issuance; consumer’s rights and remedies. http://www.mass.gov/?pageID=ocaterminal&L=3&L0=Home&L1=Consumer&L2=Informacao+p ara+consumidores+em+portugues&sid=Eoca&b=terminalcontent&f=used_vehicle_warranty_law_pt&csid=Eoca

³⁶ O Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão 2/97, veio dar prevalência a uma tese conservadora de que a garantia dos imóveis se limitava ao período de seis meses. O Acórdão gerou alguma controvérsia no seio dos juízes-conselheiros, salientando-se os votos de vencido de Cardona Ferreira e Agostinho Manuel Fontes Sousa Inês. Cardona Ferreira começa mesmo, na sua declaração de voto de vencido, por lembrar que “já Cabral Moncada ensinava que o direito tem de estar ao serviço da vida e que o pensamento deve acompanhar a evolução social”, defendendo que deveria ter prevalecido a tese do prazo de cinco anos para reclamação. Francisco Teixeira da Mota, no “Público” de 1º de Fevereiro de 1997, <http://www.netconsumo.com/2009/04/apdc-exige-de-novo-do-poder-que-fixe.html>

³⁷ Os prazos de caducidade previstos no art. 917º 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... n. 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 DL 67/03, 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 24/96, de 31/7 – quer do art. 917º do Código. Civil. III. As Directivas Comunitárias têm aplicação directa 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 adopção de ulteriores medidas complementares por parte dos Estados-membros. Acórdãos STJ. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 2212/06.4TBMAL.P1.S1. Nº Convencional: 6a. Secção. Relator: João Camilo. Nº do Documento: SJ Data do Acórdão: 12/01/2010. Votação: Unanimidade Meio Processual: Revista. Decisão: Concedida

Referências

- CALVÃO DA SILVA, João. *Compra e venda de coisas defeituosas*. 5. ed. Edições Almedina, 2008.
- Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho COM (2009) 330 final Relator: Jorge Pegado Liz, INT/503, Bruxelas, 29 de Abril de 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. A Responsabilidade Médica-Hospitalar à luz do Código do Consumidor. *Revista do Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 37, 1998.
- _____. *Programa de responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- KENDALL, Vivienne. *EC Consumer Law (European Practice Library)*, 1994.
- PINTO, Paulo Mota. Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, 2000, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- BATALLER, Bernardo Hernández. RPDC – *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 58, Coimbra, junho de 2009.
- PINTO MONTEIRO, Antônio. A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos Essenciais, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, 2000, do Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os Direitos dos Consumidores*, Livraria Almedina, 1982.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. 2002. *Caveat venditor?* A Directiva 1999/44/CE do Conselho e do Parlamento Europeu sobre a venda de bens de consumo e garantias associadas e suas implicações no regime jurídico da compra e venda. Estudos em homenagem ao professor doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. I, Direito Privado e Vária, Separata, Almedina.

CONSUMIDOR ENDIVIDADO, VÍTIMA DO SISTEMA CULTURAL*

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG)
Coordenador do curso de pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil
Diretor para o Centro-Oeste do Instituto Brasileiro de Política e
Defesa do Consumidor (Brasilcon)

EXCEROTOS

“A sociedade contemporânea tem como principal propriedade a cultura de consumo, a partir da qual as pessoas associam felicidade e status com a aquisição de bens ou serviços. O novo modelo de vida suscita uma condição humana na qual sobressaem o desapego, a versatilidade em meio à incerteza gerando um ‘eterno recomeço’”

“O endividamento, como possível reflexo da pressão exercida pela sociedade de consumo e viabilizado pelo fácil acesso ao crédito, caracteriza-se como um problema de ordem social e não individual, afetando grande parte da população, que tem sua renda comprometida em prol de um pequeno grupo de fornecedores”

“Pode-se dizer que consumismo é um tipo de arranjo social resultante da congregação de vontades, desejos ou anseios humanos que de maneira permanente, permitam-me repetir, se transformou na principal força propulsora e operativa da sociedade”

“Talvez a sociedade de consumo tenha como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos momentâneos em grau que nenhuma outra sociedade anterior tenha conseguido. Todavia não pode gerar a felicidade propriamente dita, até mesmo porque ao satisfazer tais desejos ela já institui outros tantos, de maneira que ninguém consegue se manter plenamente realizado”

“As estratégias de marketing, conhecendo e estudando os anseios dos consumidores e a situação econômica, apostam no poder de sedução, que, no processo de escolha efetuada pelos consumidores tem o maior peso”

“Com o advento da era líquido-moderna em substituição à sólido-moderna, percebemos uma revolução em nossa sociedade. Passamos a viver em um contexto sociocultural marcado fortemente pelo consumismo, mantido pelo mercado globalizado e incitado pela propaganda que se revela cada vez mais enérgica e eficiente”

Resumo

O sobre-endividamento dos consumidores como um problema grave e crescente na sociedade contemporânea requer, para sua compreensão, o estudo das características da sociedade de uma maneira geral, bem como o papel da mídia e da publicidade no seu desenvolvimento. No presente artigo científico, discute-se a constituição da cultura do consumo e do endividamento da sociedade, além de se analisar o serviço do *marketing* no processo de construção do cidadão como sujeito consumidor. Avalia-se, ainda, a essência do endividamento individual, atingindo também o ponto de vista sociocultural de práticas discursivas tomadas como verdade em determinado tempo e espaço social

Abstract

The overindebtedness of consumers as a serious and growing problem in contemporary society requires for its understanding, the study of the characteristics of society in general as well as the role of media and advertising in its development. In this scientific paper, we discuss the formation of the consumer culture and the society of debt, to analyze the marketing service in the construction of citizen as a consumer subject. Besides analyzing the essence of individual debt, there is also the view of socio-cultural discursive practices taken as true at a given time and social space

1. Considerações iniciais

Diante do crescente endividamento do consumidor, alto apelo do *marketing* e efeitos que a atual estrutura social e econômica provoca na vida das pessoas, surge a formatação pós-moderna vinculada ao consumismo.

Mas é de se perguntar: O que induz ao excesso de consumo? O que leva a consumir além das possibilidades, conduzindo ao endividamento?

A sociedade contemporânea tem como principal propriedade a cultura de consumo, a partir da qual as pessoas associam felicidade e *status* com a aquisição de bens ou serviços.

O novo modelo de vida suscita uma condição humana na qual sobressaem o desapego, a versatilidade em meio à incerteza gerando um 'eterno recomeço'.

No ambiente existencial que se tornou conhecido como ‘sociedade de consumidores’ há a reconstrução do convívio humana a partir do protótipo e similaridade das relações entre os consumidores e os objetos de consumo. Existe uma mistura e abolição das divisões entre aquilo que é considerado uma coisa a ser escolhida e aquilo, ou aquele, que a escolhe.

Em tal sociedade nenhuma pessoa pode se tornar sujeito sem primeiramente virar mercadoria. Por essa razão, a característica mais protuberante da sociedade de consumidores é a transformação destes em mercadoria.

Bauman (2008, p. 113) explana que, totalmente levadas pela cultura consumista, em conjunto com a pressão exercidas pela sociedade em desfavor da própria sociedade, as pessoas são pré-condicionadas biologicamente e condicionadas psicologicamente a viver em consonância com as leis e regras padronizadas, dentro de uma sociedade centralizada na produção de sujeitos ajustados e acomodados, na qual as dúvidas e a insegurança dos cidadãos são dissipadas com a satisfação de seus prazeres, consubstanciado na compra de bens supérfluos e com duração ‘determinada’.

O que permite o consumo de bens é o acesso ao crédito, especialmente, nas modalidades de crédito consignado e financiamento para aquisição de bens, concedido a todas as classes de forma ilimitada – atraindo as pessoas através de ‘chamarizes’ como “não fazemos consultas ao SPC ou Serasa”, “não há limite de renda” ou “não olhamos se sua conta está negativada” –, que tem se alastrado no Brasil de maneira crescente nos últimos anos.

Se, por um lado, o acesso ao crédito viabiliza o consumo, por outro, compromete a renda de quem o toma, podendo conduzi-lo a uma situação de endividamento.

O endividamento, como possível reflexo da pressão exercida pela sociedade de consumo e viabilizado pelo fácil acesso ao crédito, caracteriza-se como um problema de ordem social e não individual, afetando grande parte da população, que tem sua renda comprometida em prol de um pequeno grupo de fornecedores.

Nesse sentido, o presente estudo tem o escopo de analisar o comportamento do indivíduo frente à cultura consumista, assim como o fenômeno jurídico do endividamento quando advindo de atos de consumo, buscando delimitar seu contexto, suas principais causas e analisando o comportamento social que leva a tal situação.

2. A sociedade do consumo

Desde o clássico *La Société de consommation*, de Jean Baudrillard (1970), que estudiosos das mais variadas disciplinas usam o conceito sociedade de consumo¹ para refletir sobre as instabilidades das condições sociais, econômicas, políticas e subjetivas no mundo em que vivemos.

Por toda a história da humanidade as atividades de consumo, produção, distribuição e armazenamento têm oferecido um suprimento constante de ‘matéria-prima’ a partir da qual a variedade de formas de vida e padrões de relações inter-humanas pôde ser moldada, e de fato foi, pela cultura de cada povo.

Historicamente falando, seguindo-se à revolução paleolítica que finalizou o modo de existência mais precário do homem e deu início à era da estocagem, ocorreu, milênios mais tarde, a “revolução consumista”, com a passagem do consumo ao consumismo. Nos dizeres de Colin Campbell (2004, p. 27), tornou-se *especialmente importante, se não central* para a vida das pessoas, a aquisição de bens ou serviços, o verdadeiro propósito da existência, traçando a inteligência de que a nossa capacidade de desejar, querer ou ‘ansiar por’ passou a sustentar a economia.

Isso porque, desde então, cada vez mais as mercadorias não começaram a ser vistas como elementos que possibilitam a satisfação de necessidades e desejos, e sim como rótulos que geram uma nova identidade, pertencimento e reconhecimento social, fazendo com que o consumo, além de máquina propulsora da economia, torne-se também motor e matriz das relações sociais.

Na obra *Vida Para Consumo* (2008, p. 39), de Zygmunt Bauman, ele sugere três “tipos ideais”, quais sejam: o do consumo, o da sociedade de consumidores e o da cultura consumista, ressaltando que eles não são instantâneos ou imagens da realidade, e sim possibilidades de construir modelos e analisar os elementos essenciais de uma sociedade. Segundo ele, os tipos ideais, inicialmente citados por Max Weber, não são descrições da realidade social, mas instrumentos de sua análise e tentativa de compreensão, com o propósito de fazer com que o retrato da sociedade que habitamos faça sentido.

Pode-se dizer que consumismo é um tipo de arranjo social resultante da congregação de vontades, desejos ou anseios humanos que de maneira permanente,

Se por um lado
o acesso ao
crédito viabiliza
o consumo, por
outro, compromete
a renda de quem
o toma, podendo
conduzi-lo a
uma situação de
endividamento

permitam-me repetir, se transformou na principal força propulsora e operativa da sociedade. Distintamente do consumo, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos, o consumismo é um atributo social.

Para que a sociedade adquira tal atributo, imperioso se faz que a capacidade individual de almejar alguma coisa seja destacada dos indivíduos e retirada com uma força externa que aliena os consumidores. A referida força advinda da mídia e da sociedade como um todo impõe aos consumidores parâmetros que induzem no traçado das estratégias individuais de vida, visando manipular as probabilidades de escolha e conduta individual.

Além de ser um excesso e um desperdício econômico, o consumismo também é, por essa razão, uma economia do engano. Ele aposta na irracionalidade dos consumidores, e não na sua capacidade de discernimento, aguça emoções consumistas e não estimula o uso da razão.

Assim, quando ocorre o excesso e o desperdício na economia do gasto, não é um sinal de problema, muito pelo contrário, é o equivalente a sua boa saúde e de que os negócios estão indo de vento em popa.

Ainda citando Bauman (2008, p. 43), na era sólido-moderna de produtores havia incentivo ao acúmulo de bens duráveis, resistentes e imunes ao tempo, a satisfação residia na promessa de segurança a longo prazo e o consumo excessivo era sinal de imprevidência. Noutra giro, na sociedade líquido-moderna, fundamentada na existência de consumidores, há uma transformação dos desejos humanos de estabilidade e saciedade². A prosperidade desvincula-se da ideia de satisfação das necessidades e passa a ser atrelada a um volume e intensidade de desejos crescentes, o que gera o uso imediato e a rápida necessidade de substituição dos objetos utilizados.

Passou-se a ‘viver com’, e não mais ‘viver para’. Como assinala Frank Monrt (2006, p. 255), de acordo com os relatórios trimestrais do Henley Centre for Forecasting³, nos primeiros lugares da lista encontram-se os prazeres preferidos, que foram ocupados por passatempos disponibilizados “principalmente por meio de formas de abastecimento baseadas no mercado: fazer compras pessoais, comer fora etc. Bem, no fim da lista vinha a política – ir a uma reunião política e fazer uma visita ao circo aparece como uma das coisas que o público britânico tinha menor probabilidade de fazer”.

In casu, a felicidade desvincula-se da ideia de satisfação das necessidades e passa a ser atrelada a um volume e intensidade de aspirações sempre crescentes, o que provoca o uso imediato e a célere permuta dos objetos destinados a satisfazê-la. Novas necessidades exigem novos produtos, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos, tornando-se um ciclo repetitivo.

Como observado na recente releitura que Michael Lowy fez da reinterpretação de Walter Benjamin (2005, p. 102) sobre a visão moderna do processo histórico, a ideia de ‘tempo da necessidade’ foi substituída por ‘tempo de possibilidades, tempo aleatório’, ou seja, inúmeras oportunidades imprevistas aparecem a todo instante e que se tornam golpes inesperados.

Esse tempo na sociedade de consumidores não é recorrente nem unidimensional (linear), como costumava ser para os membros de outras sociedades, segundo Michel Maffesoli (2000, p. 56): ele é pontilhista ou pontilhado⁴.

O tempo pontilhista é marcado pela abundância de rupturas e descontinuidades, por espaços que separam pontos sucessivos e irrompem os vínculos entre eles. Um tempo incongruente e pouco coeso, com muitas possibilidades, fragmentado ou mesmo pulverizado numa diversidade de “momentos perenes”.

Insta salientar que a sociedade de consumo aprofundou as desigualdades sociais, tendo em vista que a capacidade ou não de consumir é um dos critérios para a inclusão ou exclusão social; consequência também de uma forte influência capitalista. Fazemos parte de uma sociedade de consumidores que julga e avalia seus integrantes principalmente por sua capacidade e conduta relativa ao consumo.

Assim, para a lógica deste modelo social, temos os “bons” consumidores, que cada dia mais rápido desfrutam e posteriormente descartam objetos, e que estão sempre prontos para mobilizar a economia. Por outro lado, nos deparamos com os consumidores “falhos” ou “fracassados”, aqueles sem condições de movimentar os círculos da economia de consumo.

A sociedade de consumidores promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida totalmente voltado para o modo de ser “agorista”. As empresas rejeitam qualquer opção alternativa, empregando o treinamento e as pressões cada vez mais precoces, com refinadas técnicas que incentivam o consumo desenfreado desde a infância.

Bauman (2008, p.132) transcreve um exemplo em que fica claro o objetivo das empresas em educar seus clientes potenciais desde a infância e ao longo de sua vida de consumo:

Quando ocorre o excesso e o desperdício na economia do gasto, não é um sinal de problema, muito pelo contrário, é o equivalente a sua boa saúde e de que os negócios estão indo de vento em popa

“A Mattel, por exemplo, empresa que inundou o mercado de brinquedos com a boneca Bárbie, alcançando 1,7 bilhão de dólares em vendas apenas no ano de 1996, prometia às jovens consumidoras que lhes venderia a próxima Bárbie com desconto se levassem de volta para a loja a boneca em uso, quando ela estivesse ‘gasta’.”

Para fazer parte desta sociedade é preciso ser consumidor por vocação, consumidor de fato e de direito, ocasião em que o consumo passa a ser um guia das escolhas enganosamente livres, impregnadas de conteúdos pré-determinados. Não existe diferença de classes, gênero ou idade, todos precisam gastar para manterem-se em posições socialmente aceitas.

Aqui, os menos favorecidos economicamente são forçados a uma situação na qual têm de gastar os poucos recursos de que dispõem com objetos de consumo sem sentido, e não com suas necessidades básicas, para evitar a total humilhação social e evitar a perspectiva de serem provocados e ridicularizados.

A vocação consumista se baseia, em última instância, nos desempenhos individuais. Bombardeados por todos os lados de sugestões que precisam se equiparar com algum produto fornecido pelas lojas, os consumidores, se quiserem ter a capacidade de alcançar e manter posição social desejada, devem desempenhar suas obrigações sociais e proteger a autoestima, bem como serem vistos e reconhecidos por fazerem tudo isso.

Os sofrimentos humanos mais comuns nos dias de hoje tendem a se desenvolver a partir de um excesso de possibilidades, e não de uma profusão de proibições, como ocorreria no passado

Conforme já explicitado, consumidores de ambos os sexos, todas as idades e posições sociais irão sentir-se inadequados, deficientes e abaixo do padrão a não ser que respondam com prontidão aos apelos do *marketing*. Os membros da sociedade de consumidores são também mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos de tal sociedade.

Para as pessoas que não seguirem todos os ditames, a exclusão social de fato advém. Este contexto separatista exerce grande influência para o superendividamento dos consumidores, que somado a outros três aspectos – a crescente produção de mercadorias industrializadas, a extensão do sistema de crédito e a constituição da cultura do consumo – pode ser considerado como causa da atual situação de cidadãos que têm a subsistência própria e de sua família comprometida por prestações ou gastos desnecessários.

À mercê das regras de mercado, os consumidores ficam desarmados diante de um sistema complexo que os envolve no momento da aquisição de algum

produto ou serviço. O endividamento é uma decorrência do consumo de bens e serviços tornando-se crônico quando afeta a renda do devedor ou até a supera, chegando ao ponto de aniquilar as condições de quitar suas dívidas.

Tem-se por endividamento crônico ou superendividamento (MARQUES e CAVALLAZZI, 2002, p. 11):

“A impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos). Este estado é um fenômeno social e jurídico a necessitar [de] algum tipo de saída ou solução pelo direito do consumidor (omissis).”

Nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes (1996, p. 172),

“em geral, a questão, do ponto de vista do direito, é tratada como um problema pessoal (moral, muitas vezes) cuja solução passa apenas pela execução pura e simples do devedor. Esquece-se que o endividamento depende de que o consumidor tenha sido estimulado e incentivado a consumir e a consumir a crédito, que tenha sido vítima, em certos casos, de uma força maior social, qual seja, uma recessão ou uma onda de desemprego.”

Nesse particular, a sociedade de consumidores representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas. Uma sociedade em que se adaptar aos preceitos de cultura de consumos e segui-los estritamente é, para todos os fins e propósitos práticos, a única escolha aprovada de maneira incondicional.

O que tem sobrevivendo, destacam Guttman e Plihon (2008, p. 586), é que, mesmo com a ausência de aumentos salariais, a viabilização dos gastos das famílias “é garantida de modo mais eficaz pelo acesso ao endividamento do consumidor, de forma que os gastos passam serem maiores que os limites da renda”.

Impede destacar que superendividamento, na visão de CAVALLAZZI (2006), trata-se de “uma crise de solvência e liquidez, que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, parecendo uma nova espécie de ‘morte civil’: a ‘morte do *homo economicus*’”.

Noutro giro, uma questão controversa e conflituosa é se a atual maneira desenfreada de consumir tornou as pessoas mais ou menos felizes do que aquelas que passaram suas vidas na sociedade em que buscava os bens duráveis e necessários. A celeuma ainda não foi dirimida; seja qual for a avaliação, apenas parecerá válida no contexto das preferências de quem avalia as situações.

Na opinião de Zygmunt Bauman (2008, p. 62), o consumo não é sinônimo de felicidade, mas o contrário parece válido, haja vista que os relatórios confeccionados pelos pesquisadores deixam implícito que entrar em uma ‘esteira hedonista’ não é uma máquina patenteada para produzir um volume crescente de felicidade.

Destaca o autor que a capacidade de consumo para aumentar a felicidade é bastante limitada, pode ser estendida com facilidade além do nível de satisfação das necessidades básicas de experiência. E ainda acrescenta que não existe qualquer evidência de que com o crescimento do volume de consumo o número de pessoas que afirmam se sentirem felizes vá aumentar.

O “sonho” de ter algo pode se tornar um pesadelo. Um exemplo bastante comum é a ocasião em que o indivíduo chega a um grau de endividamento tão elevado que perde as rédeas de sua vida

Andrew Oswald, do *Financial Times* (in Monbiot, 2006), insinua que a tendência oposta tem mais probabilidade de ser registrada. Conclui que nos países desenvolvidos, onde as pessoas têm maior condição financeira, não ficaram mais felizes por terem se tornado mais ricos.

Por essa razão, o argumento apresentado pelo consumo crescente ao pleitear o *status* da felicidade ainda não foi comprovado, e muito menos encerrado. À medida que os fatos relevantes são estudados, as evidências se tornam mais dúbias e numerosas.

Talvez a sociedade de consumo tenha como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos momentâneos em grau que nenhuma outra sociedade anterior tenha conseguido. Todavia não pode gerar a felicidade propriamente dita, até mesmo porque ao satisfazer tais desejos ela já institui outros tantos, de maneira que ninguém consegue se manter plenamente realizado.

3. A cultura de consumo

A cultura consumista é o modo peculiar pelo qual os membros de uma sociedade de consumidores pensam em seus comportamentos ou pelo qual se comportam de forma irrefletida. Em outras palavras, é a maneira pela qual as pessoas, sem pensar no que consideram ser seu objeto de vida e o que acreditam ser o meio correto para alcançá-los, são influenciadas pelas disposições constantemente ditadas por uma pequena parcela da sociedade.

Vários estudiosos da sociedade-cultura pós-moderna, entre eles Zygmunt Bauman (2008) e Jean Baudrillard (1970), ressaltam que a sua característica é, antes de mais nada, a de ser uma sociedade voltada para a cultura de consumo, que reduz o indivíduo à condição de consumidor como consequência da automatização do sistema de produção.

As novas maneiras referentes ao consumo estão relacionadas com os meios de comunicação, com o desenvolvimento tecnológico, com as indústrias da informação (buscando sempre aumentar a mentalidade consumista, a serviço dos interesses econômicos) e com as formas de “ser” e de “ter” do homem atual.

Geraldo de Faria Martins (2002, p. 258) leciona sobre a atual cultura do endividamento, analisando-a com o crédito nestes termos:

“Na economia de endividamento, tudo se articula com o crédito. O crescimento econômico é condicionado por ele. O endividamento dos lares funciona como ‘meio de financiar a atividade econômica’. Segundo a cultura do endividamento, vive a crédito é um bom hábito de vida e conforto do mundo contemporâneo, o crédito não é um favor, mas um direito fácil. Direito fácil, mas perigoso. O consumidor endividado é uma engrenagem essencial, mas frágil da economia fundada sobre o crédito.”

A atual cultura de consumo se preocupa, em primeiro lugar, em estar e permanecer à frente da tendência de estilo. A concepção de estar a frente sugere uma preocupação com não usar as pertencas que saem de circulação, sendo substituídas por novas. A ideia é que quem não se adequa aos novos estilos fica à margem da sociedade, ou seja, excluídos e abandonados.

Na cultura líquido-moderna, a lentidão indica morte social, desse modo, considerando que todas as pessoas avançam, aqueles que ficam estagnados serão inevitavelmente separados uns dos outros por um espaço cada dia maior. A “síndrome consumista” envolve velocidade, excesso e desperdício.

Zygmunt (2008, p. 107) exemplifica com clareza tal situação:

“Um manual de moda influente, muito lido e respeitado, editado para a temporada outono-inverno por um jornal prestigioso, ofereceu ‘meia dúzia de visuais-chave para os próximos meses, (...) que vão colocar você à frente da tendência de estilo’.”

Com muita propriedade a frase publicada no jornal conseguiu abordar a principal preocupação alimentada pela cultura de consumo, qual seja, estar e permanecer à frente.

Nessa linha, o excesso aumenta cada vez mais as incertezas pelas escolhas que foram feitas, tornando a vida dos consumidores uma sucessão perene de

tentativas e erros, pois sempre julgam que os produtos que acabaram de adquirir são insuficientes ou inúteis.

Assinala Alain Ehrenberg (1998) que os sofrimentos humanos mais comuns nos dias de hoje tendem a se desenvolver a partir de um excesso de possibilidades, e não de uma profusão de proibições, como ocorreria no passado.

Por essa razão, temos uma falsa ideia de livre-arbítrio, uma vez que mesmo em época marcada pela liberdade, para não sermos excluídos, somos forçados a escolher, a comprar e a nos adequar a padrões instáveis e imediatistas.

4. O papel do *marketing* no endividamento

O consumismo é intensamente induzido pelo *marketing* que consegue atingir a vulnerabilidade íntima das pessoas.

Nessa linha, Fontenelle (2008, p. 149), fundamentada em estudos sociológicos e históricos sobre o consumo, aponta a relevância do *marketing*, e sua associação com a psicologia, na formação de uma sociedade e de uma mentalidade de consumo.

A autora sugere que tal fenômeno não aconteceria se não houvesse uma mudança de mentalidade. Somente o crédito não levaria a população a repudiar o consumo de produtos fabricados em casa e comprar produtos industriais.

Neste caso, de grande valia foi o papel da referida associação. Grandes empresas começaram a investir em estudos que tinham o escopo de conhecer a conduta que levava ao ato da compra, passando, então, a utilizar inúmeras técnicas de publicidade e propaganda. Concepções psicanalíticas, como a teoria da insatisfação e da falta permanente, foram empregadas nesse campo, buscava-se dar forma aos desejos humanos por intermédio de sua ligação a objetos de consumo.

Impende destacar que o *marketing* foi adaptando a experiência dos sujeitos para que os objetos de consumo se tornassem suas referências de vida. Um exemplo disso foi a produção do desejo feminino de fumar – algo tido como inimaginável. A estratégia empregada foi trabalhar com a conotação fálica atribuída ao cigarro, apostando que as mulheres passariam a fumar se vissem o cigarro como um meio de se emanciparem simbolicamente da dominação masculina. Assim, destaca Inês Henningsen (2010, p. 9) que em um grande desfile da festa nacional em New York, com divulgação prévia pela imprensa de que um acontecimento de vulto ali iria se produzir, 20

moças elegantes tiraram cigarros e isqueiros das bolsas e os acenderam: eis o cigarro como representante da emancipação feminina.

Passando agora para o âmbito nacional, Roberto DaMatta (1997, p. 232) – em sua obra *Carnavais, malandros e heróis*, para uma sociologia do dilema brasileiro – analisa o comportamento do povo brasileiro. Assim, salienta que o universo pessoal pátrio é segmentado em famílias, grupos compactos de profissionais, bairros e uma “classe superior” dotada de “medalhões”, categoria esta que hierarquiza ou ajuda a hierarquizar a relação entre pessoas. É exatamente aí que encontramos os líderes, que estão em um plano, chamado por ele, de “Nirvana social”⁵.

Nessa área encontram-se indivíduos acima de qualquer suspeita, teoricamente com total idoneidade moral, passando a ser o que chamamos de “nosso patrimônio”. São pessoas que aglutinam em torno de si todas as atenções, que categoricamente ditam as novas tendências. De fato, o papel das “superpessoas” na sua relação com o outro é a hierarquia, em que o superior sempre sabe o que é bom para o inferior.

É com uso da vulnerabilidade os indivíduos que estão totalmente encantados pela prática consumista, que uma das técnicas utilizadas pelo *marketing* é contratar aqueles que são vistos como referência na sociedade, tais como artistas, escritores, ou qualquer tipo de pessoa influente, para participarem das campanhas publicitárias e, de certa forma, ditarem o que cada um deve vestir, gostar, comer ou comprar.

Este é o mundo do faz de conta da publicidade (Mike Featherstone, 1995, p. 141), que envolve toda a sociedade-cultura de consumo pós-moderna e demonstra sua característica principal que é apresentar um grande número de bens, produtos e imagens novos para que o homem pós-moderno deseje e consuma.

David Harvey (1996) acrescenta que a publicidade é a arte oficial do capitalismo, traçando estratégias publicitárias para induzir o que se busca como resultado final, tendo, assim, em conjunto com as imagens da mídia, uma relevante importância na dinâmica de desenvolvimento do capitalismo, por meio da manipulação dos desejos e gostos. Esta dinâmica está totalmente atrelada à capacidade de celeridade do mercado em procurar novas possibilidades e na sua rapidez em exibir novos produtos, criando, por conseguinte, novas necessidades e novos desejos.

As falsas
necessidades
transformam-se em
“sonhos de
consumo”, expressão
comumente usada
para expressar o que
de fato foi “enfiado”
em nossas cabeças

A vulgarização do consumo remete a um questionamento a respeito do papel exercido pela mídia na sociedade moderna. No começo da publicidade, os profissionais da área se preocupavam exclusivamente em explicar o que era e qual a serventia de um determinado produto. Atualmente, isso mudou bastante, conforme explica Rolf Jensen, autor de “*A sociedade do sonho*” (2001): “Os produtos no futuro deverão apelar para os nossos corações e não para nossas cabeças. Quando isso acontecer, o modelo que prevalecerá não será mais o da Sociedade da Informação, mas o da Sociedade dos Sonhos.”

Destarte, foram vários episódios que, em seu conjunto, formaram a sociedade de consumo e “lançaram o consumidor”: no mesmo momento em que o *macromarketing* atuava em assuntos de domínio público que pudessem prover a base para que essa sociedade realmente existisse, como com o crédito ao consumidor, o *micromarketing* agia no nível da psicologia do consumo, usando de anúncios que enfocavam um estilo de vida urbano, moderno, que demandava o alívio que os produtos industrializados poderiam fornecer (Fontenelle, 2008, p. 149).

Podemos mencionar
que temos um
consumidor
sufocado por
publicidades dos
mais diversos tipos,
sempre tentando
convencê-lo a
adquirir algo que na
maioria das vezes
não tem nenhuma
necessidade

O *marketing* intervém na diferenciação do que é necessário ou não comprar, fazendo com que as pessoas fiquem constantemente insatisfeitas, procurando nas compras algo que as conforte. Tal compulsão induz as pessoas a desabonarem seus valores e sua condição econômica, mantendo-as em um alto nível de fascínio. Muitos aniquilam seu casamento ou suas relações e, ainda, se colocam em difíceis situações devido às más condições financeiras geradas por tal compulsão.

Armadilhas muito atraentes como promoções, maior número de parcelas e “compre 1 leve 2” têm fizado muitos consumidores que, mesmo não querendo um determinado produto, acabam comprando apenas pelo fato de imaginarem ser a oferta “imperdível”, acreditando que estão levando uma grande vantagem.

As estratégias de *marketing*, conhecendo e estudando os anseios dos consumidores e a situação econômica, apostam no poder de sedução, que, no processo de escolha efetuada pelos consumidores, tem o maior peso.

É importante notar que nem todos aqueles que consomem muitos supérfluos são necessariamente consumistas. Aqueles com bom poder aquisitivo, que não prejudicam suas vidas para ir às compras, não são sempre consumistas compulsivos.

5. Efeitos colaterais do consumismo

Thomaz Wood (2006) acrescenta que consumir pode ser um passo para a formação da cidadania, mas tem também o seu outro lado. Consumir pode ser um suicídio coletivo, na medida em que o consumo torna-se maior do que os recursos disponíveis.

O consumismo, incentivado cada dia mais pelo capitalismo, tem como principal objetivo o lucro certo. Teoricamente não há nada de errado com este objetivo, todavia, qualquer coisa que é feita com exagero pode gerar algum tipo de desequilíbrio.

Por meio do incentivo desenfreado dos fornecedores para que as pessoas comprem cada dia mais, apareceram alguns efeitos colaterais típicos da política consumista.

À primeira vista, salta aos olhos que as propagandas acabam “bombardeando” pessoas, convencendo-as a comprar objetos que não querem ou não precisam. Para chegar a tal conclusão não é necessário um estudo aprofundado. Basta ligar a televisão para que logo apareça em algum programa ofertas como “compre já um superamassador de uvas e ganhe de presente 20 pentes para gatos!”

Como segunda consequência, uma questão muito preocupante é que o excesso de consumo está devastando o meio ambiente. Sabemos que tudo que é produzido e consumido gera algum tipo de impacto natural.

Como é cediço, hoje o conceito de consumismo é associado à compulsão pela posse e à identidade com alguns bens e serviços. Desperdiçamos muito e a quantidade que reciclamos é insuficiente. Muitas vezes nos separamos das pessoas por linhas étnicas e religiosas, entretanto nos unimos pelo consumo. Oramos todos pela mesma cartilha: consumimos, portanto existimos (Thomaz Wood, 2006).

Declarado pela Resolução da ONU n. 153/95, o denominado consumo sustentável surge como nova pretensão da ciência consumerista.

A publicação do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) e do Ministério do Meio Ambiente “*Consumo Sustentável: Manual de Educação*” é uma das ações que colaboram para que seja levantada uma nova trajetória. No entanto, trata-se de um caminho longo: a formação de cidadãos conscientes, participativos e críticos é um combate à falta de conhecimento, à alienação, ao consumo insensato, ao individualismo excessivo que não tolera que o ser humano possa conviver de forma harmônica com a sociedade e o meio em que vive.

A terceira consequência é que, conforme já explicitado, a sociedade passa a valorizar mais o ‘ter’ do que o ‘ser’. As pessoas passam a ser valorizadas pela aparência, pelas vestes, veículos que andam, lugares onde moram, em vez de serem contempladas por suas qualidades, tais como sinceridade, honestidade, coragem, generosidade etc.

Com o intuito de inserção social, muitos acabam gastando mais do que podem, tendo como resultado um endividamento cada dia maior.

Por derradeiro, a quarta consequência é totalmente atrelada ao endividamento. Trata-se do crescente aumento de transtornos psicológicos e da violência.

Os “sonhos de consumo”, principalmente de alguém afundado num modo de vida consumista, podem acabar em pesadelos

Na esmagadora maioria das vezes as pessoas que seguem pelo caminho do crime, praticando roubos ou furtos, cometem os delitos não por necessidade, e sim pelo fato de querer algum produto e não possuírem condições para adquiri-lo.

Além disso, o consumismo chega a ser uma patologia comportamental. Indivíduos compram compulsivamente produtos que não irão utilizar ou que não têm qualquer utilidade. O fazem somente para atender à vontade de comprar.

Essa compulsão é algo tão sério em nossa sociedade que o constante sentimento de insatisfação, a impossibilidade de adquirir algum produto que almeja, ou até mesmo o endividamento, pode desencadear transtornos psicológicos muitas vezes irreparáveis.

O ‘sonho’ de ter algo pode se tornar um pesadelo. Um exemplo bastante comum é a ocasião em que o indivíduo chega a um grau de endividamento tão elevado que perde as rédeas de sua vida.

Ele já não consegue mais sustentar sua família, perde tudo que tem com os juros, cada dia maiores, que são oferecidos pelo mercado de crédito, entrando em um estado de depressão tão elevado que chega ao cometimento de suicídio. A moléstia do consumismo tem nome e causa preocupação nas autoridades da área de saúde: chama-se oneomania, ou consumo compulsivo.

Nesse aspecto, a psicanalista Márcia Tolotti (2007) acrescenta sobre o endividamento e a psicologia:

“Objetivo e consciente; e de outro, o aspecto afetivo que é subjetivo e, geralmente, inconsciente. Assim, a motivação que leva um endividado a contrair constantemente dívidas é tanto consciente quanto inconsciente; é possível pressupor que não é apenas por falta de educação financeira que isso acontece, mas por algum impedimento psíquico.”

Noutro vértice, ressalte-se que aqueles que gastam compulsivamente são pessoas que usufruem apenas o instante da compra, e não do produto, sendo ele muitas vezes deixado de lado sem qualquer serventia. A falta de autoestima e a sensação de vazio são constantes. Após a compra chega a impressão de culpa.

Acrescente-se ainda que em reportagem sobre o tema publicada no jornal “*O Estado de Minas*” (in Trigueiro, 2011), a psiquiatra e psicoterapeuta Ana Ester Nogueira Pinto esclarece: “Uma pessoa normal tem o impulso, mas é capaz de resistir. O compulsivo gasta sempre mais do que pode, se prejudicando financeiramente. Normalmente as dívidas dos doentes chegam a cinco ou dez vezes mais do que a renda mensal.”

Por todos os motivos acima delineados, percebe-se que o consumismo e suas mazelas não é um problema individual, mas sim social. Necessário se faz, com a máxima urgência, que o Estado crie campanhas para informar os consumidores do perigo que há no alto nível de consumo e alertar a todos sobre as consequências desse mal contemporâneo.

6. Considerações finais

Com o advento da era líquido-moderna em substituição à sólido-moderna, percebemos uma revolução em nossa sociedade. Passamos a viver em um contexto sociocultural marcado fortemente pelo consumismo, mantido pelo mercado globalizado e incitado pela propaganda que se revela cada vez mais enérgica e eficiente.

As pessoas tendem a reproduzir suas vidas sem consciência crítica, muitas vezes em um verdadeiro estado de alienação, deixando que a sua mentalidade e os hábitos sejam voltados para as práticas consumistas.

Em um paralelo dos dias atuais com a era sólido-moderna, concluímos que o que atraía as pessoas eram os bens duráveis, que geravam certa segurança a quem os adquiria. Noutro giro, o que se verifica no atual tempo líquido-moderno é que sobressai na sociedade a valorização dos padrões impostos pelo *marketing* e pelo capitalismo.

As falsas necessidades transformam-se em ‘sonhos de consumo’, expressão comumente usada para expressar o que de fato foi “enfiado” em nossas cabeças. O cotidiano tem demonstrado que a ânsia desenfreada pelas compras é bastante perigosa, podendo trazer consequências danosas para os indivíduos.

Como todo comportamento compulsivo, o de consumir e adquirir mercadorias ou serviços cada vez mais sem critérios e sem qualquer responsabilidade traduz a perda da consciência e da liberdade. Contudo, não é esta a manifestação única ou problemática da cultura consumista.

Dentre elas, podemos mencionar que temos um consumidor sufocado por publicidades dos mais diversos tipos, sempre tentando convencê-lo a adquirir algo que na maioria das vezes não tem nenhuma necessidade. Há ainda o fato de a degradação do meio ambiente estar intimamente ligada com o capitalismo.

Quanto mais consumimos mais degradamos o meio ambiente com a exposição de sacolas plásticas, fábricas e com o descarte de bens que julgamos não serem mais necessários. Outra consequência preocupante é a proliferação de doenças psicológicas, quer porque o consumidor não consegue comprar o que gostaria, quer pelo fato de não conseguir honrar com os seus compromissos em razão do endividamento.

Com o passar dos dias as pessoas vão assimilando hábitos consumistas aparentemente pequenos, que conseqüentemente vão se agravando e se instalando. Os ‘sonhos de consumo’, principalmente de alguém afundado num modo de vida consumista, podem acabar em pesadelos. Essa questão não se deve exclusivamente às conseqüências do uso irresponsável de dinheiro, com dívidas contraídas sem maior necessidade, e sim pela postura fundamental perante a vida.

O antídoto, por se tratar de uma doença social, deve ser cedido pelo Estado, por meio de sua intervenção, cabendo aos órgãos de proteção e defesa do consumidor usar das mesmas técnicas empregadas pelos capitalistas. O *marketing* pode ser o remédio para alertar a sociedade dos perigos do consumismo, com o intuito de contrabalançar as relações de consumo com base nos princípios constitucionais e consumeristas.

Notas

* Artigo científico confeccionado para o XX Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito).

¹ Do latim *consumere*, que significa usar tudo, esgotar, destruir, e do termo inglês *consummation*, que significa somar e adicionar.

² A diferenciação feita por Bauman de era sólido-moderna para era líquido-moderna diz respeito a uma transformação na sociedade que deixou de valorizar o que era sólido e durável, passando a apreciar o que era passageiro, ou “líquido”, como ele mesmo denominou.

³ Organização de *marketing* que atende às indústrias de consumo com informações a respeito de mudanças no padrão de uso do tempo de lazer por seus potenciais clientes britânicos.

⁴ Seria o equivalente a uma fila de formigas, em que elas representam os pontos (são as mudanças de estilo, as novas tendências) e a fila propriamente dita representa a nossa vida.

⁵ De acordo com a concepção budista, nirvana seria uma superação da existência, elevação ao estado de pureza. Estar no plano de nirvana social, equivale a pertencer às classes superiores, mais bem vistas e respeitadas pela sociedade.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CAMPBELL, Collin. *I shop therefore I know what I am: themetaphysical basis of modern consumeris*, in Karin M Ekstrom e Helene Brembeck (org.), *Elusive Consumption*, Berg, 2004, p. 27.

CAMPBELL, Collin; Barbosa, Livia. *Cultura consumismo e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CONSUMIDOR, Instituto Brasileiro de Defesa do; EDUCAÇÃO, Ministério da; AMBIENTE, Ministério do meio. *Consumo sustentável: manual de educação*. Brasília, 2005.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *O direito do consumidor endividado e a técnica do prazo de reflexão*. São Paulo: RT, n. 43, jul./set. 2002.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DA SILVA, Josué Rodrigues. *Os males do consumismo*. 2008. Disponível em: < <http://josue-rodrigues.blogspot.com/2008/07/os-males-do-consumismo.html>> Acesso em: 25 de abril de 2011, às 22 horas e 57 minutos.

DA SILVA, Liana Amin Lima; NETO, Nilson Ferreira. Artigo científico: *Consumo sustentável, emergência nas mudanças comportamentais nas relações consumeristas*. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_40009.pdf> Acesso em: 29 de abril de 2011, às 17 horas e 35 minutos.

EHRENBERG, Alain. *La fatigue d'être soi*. Odile Jacobs, 1998.

FONTANELLE, I. A. *A psicologia e marketing: da parceria à crítica*, 2008.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo* / tradução Júlio Assis Simões. 1a. ed. São Paulo: Estúdio Nobel, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 6. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

HENNINEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. *Revista Mal-estar e subjetividade*. Fortaleza, v. X, n. 4, p. 1171-1199, dez./2010.

JENSEN, Rolf. *The Dream Society. Paperback. Published by McGraw-Hill*, Copenhagen. 2001.

LOWY, Michael. *Fire alarm: Reading Walter Benjamin's "On the concept of History"*, Verso, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

MAFFESOLI, Michael, *L'instant eternal. Le retour du tragique dan les sociétés potsmodernes*. La Table Ronde, 2000, p. 56.

MONBIOT, George. *How the hamless wanderar in the woods became a mortal enemy*. *Gardian*. 23 de janeiro de 2006.

MORT, Frank. *Competing domains: democratic subjectsand cosuming objects in britain and the United states since 1945*, in Frank Trentmenn (org.). *The making os the consumer: knowledge, power and identify in the modern world*, Berg, 2006, p. 255.

OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. *O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da Defensoria Pública: criação da Comissão de Defesa do Consumidor Superendividado*. São Paulo: RT, n. 55, p. 172, jul./ set. 2005, citando trecho de LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral, Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, n. 129/111, jan./ mar. 1996.

SIQUEIRA, H. S. G. *Cultura de consumo pós-moderna*, (Fragmento retirado do 3º Capítulo (“Sociedade-cultura pós-moderna – “shopping spree” – satisfação na permanente insatisfação”) da Tese de Doutorado “Pós-modernidade, Política e Educação”, e publicado, parcialmente, no Jornal “A Razão” em 27.10.2005. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/consumismo2.html> > Acesso em: 29 de abril de 2011, às 13 horas e 12 minutos.

TOLOTTI, Márcia. *As armadilhas do consumo: acabe com o endividamento*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2007, p. 33.

TRIGUEIRO, André. *Quando o consumo é doença*. 2011. Disponível em:
< <http://www.mundosustentavel.com.br/artigo.asp?cd=47>> Acesso em: 02 de maio de 2011, às 12 horas e 54 minutos.

WOOD, Thomaz. *Consumo, logo existo*. Carta Capital, ano XIII, 26 de julho de 2006.

TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

JORGE PEGADO LIZ

Advogado

Conselheiro do Comité Económico e Social Europeu (CESE) em
representação dos consumidores

Presidente da Comissão Consultiva das Mutações Industriais (CCMI),
Bruxelas

EXCERTOS

“Em brevíssima síntese, dir-se-á que (...) a mera ‘informação’ aos consumidores foi elevada a instrumento e critério praticamente único para garantir a sua defesa, com base no argumento, ao gosto liberal, de que o consumidor é um agente económico consciente e inteligente, para o qual basta estar devidamente informado para atuar no mercado de forma racional”

“Finalmente toda a especificidade do direito do consumo, que constituiu o apanágio das primeiras iniciativas legislativas a nível comunitário, com o objetivo de proteger uma parte reconhecidamente mais fraca e restabelecer a igualdade contratual, entrou totalmente em crise, procurando-se subsumir as suas diferenças, no domínio do direito das obrigações, a um direito europeu uniforme dos contratos em geral”

“O que é chocante e inaceitável (...) é a diminuição consciente do nível de proteção geral dos consumidores, por força da adoção do método da harmonização total; é o acréscimo da incerteza e da insegurança jurídica para os consumidores quando um conjunto de matérias importantes são mal definidas ou deixadas à descrição da regulamentação nacional dos estados-membros, criando 27 regimes diferentes para os consumidores de cada estado-membro; é a ideia (...) de que ‘melhor legislar’ é necessariamente ‘legislar menos’”

“Mais importante é o aparecimento, pela primeira vez, de um preceito autónomo sobre a ‘proteção do consumidor’, onde se identificam os seus cinco direitos fundamentais, se prevê a proibição de todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa e se consigna o especial direito das associações de consumidores e das cooperativas de consumo ao apoio do Estado”

“Desde logo o Brasil que, em matéria de definição dos direitos do consumidor e de meios judiciais para a sua defesa, é um dos países mais avançados na cena internacional e bem à frente do que se passa a nível do direito comunitário do consumo na Europa. O seu Código de Defesa do Consumidor, além de ter sido precursor, é ainda hoje um bom exemplo de como se deve realizar a codificação deste ramo do direito pelo equilíbrio conseguido entre os vários aspectos do direito do consumo que chegam a desafiar mesmo a ideia de codificação”

“Significativo é o aparecimento de organizações do tipo ‘mercado comum’ ou ‘zonas de livre troca’ em vários espaços económicos mais ou menos integrados, onde as preocupações com a harmonização legislativa e o elevado nível de proteção e de promoção dos interesses dos consumidores são uma tônica dominante”

1. Introdução: consumidores, uma questão de moda?

1.1. Tem-se, recentemente, vindo a ouvir, cada vez com mais inusitada frequência, nos meios bem pensantes europeus, que a proteção dos consumidores teria passado de moda e que, com as leis já existentes (o chamado “acervo comunitário”), os consumidores europeus até estariam superprotegidos, por comparação com o que se passa no resto do mundo. Esta “moda” de dizer que as questões dos consumidores “passaram de moda” não é inocente nem surge por acaso no momento de crise que vivemos, antes tem raízes ideológicas profundas, alimentadas por uma bem orquestrada orientação política de que a Comissão se tem erigido como epígono e a que a generalidade dos estados-membros se tem invertebradamente submetido. Dela se procura dar uma ideia fundamentada no *ponto 2* deste escrito.

1.2. Portugal, que depois da Revolução de Abril, chegou a estar no primeiro plano da inovação e do progresso nas políticas de defesa e proteção dos consumidores, não escapou à influência das recentes orientações da Comissão, de que tem sido, neste domínio, um dos mais fiéis e subservientes seguidores acéfalos, tendo-se chegado à insólita situação de, no Programa do seu último Governo, não existir uma referência sequer a uma política dos consumidores. Desta situação se dará conta no *ponto 3* deste papel.

1.3. Trata-se, no entanto, de uma visão totalmente errada e errónea, quer nos seus pressupostos de fato, quer nos juízos em que assenta, nomeadamente pelo que se refere à comparação do que é hoje o direito e a política dos consumidores na Europa – e a Europa não é um todo uniforme e ainda menos coerente – e o que se passa fora da Europa, quer em alguns países de tradições bem arraigadas, como os EUA, quer em vários países emergentes um pouco por todo o lado, no resto do mundo. Do que são hoje a defesa e a proteção dos consumidores em certos mercados regionais mundiais se dá conta breve no *ponto 4* deste documento.

1.4. No *ponto 5* procuram esboçar-se alguns dos parâmetros fundamentais para uma nova visão, uma nova aproximação e um novo impulso ao direito e à política dos consumidores para uma Europa em profunda crise no dealbar do século XXI e no horizonte de 2050.

2. As mais recentes tendências europeias na definição de uma política e de um direito dos consumidores

2.1. Foi particularmente num texto produzido como suporte de uma conferência realizada no Canadá¹, que tive a oportunidade de tentar uma definição e uma caracterização das principais etapas da evolução da política e do direito europeus do consumo e onde afirmava que “com o novo ‘Livro Verde sobre a Defesa dos Consumidores na UE’² começou a ‘idade do bronze’, que representa efetivamente um retrocesso na política dos consumidores”.

A proteção dos consumidores, que se vira reconhecida no Tratado da União Europeia como política comunitária de pleno direito, primeiro com o artigo 129º-A, introduzido em Maastricht, e posteriormente com a sua transformação no artigo 153º, com o Tratado de Amesterdão³, e encontrara na comissária Emma Bonino o melhor paladino da sua vocação como política de defesa de fundamentais direitos de cidadania, com carácter transversal⁴, tinha vindo, com efeito, a sofrer, a partir, designadamente do “Livro Verde sobre a defesa dos consumidores na UE”, de 2001⁵, e da Comunicação que lhe deu “seguimento”, de 2002⁶, uma inflexão, se não mesmo um claro retrocesso, deveras preocupantes.

E interrogava-me, à altura, se não estaríamos a entrar numa nova “idade do ferro”, com uma orientação política que enfraqueceria a defesa dos consumidores em função dos interesses do mercado interno, que assentaria numa interpretação restritiva do Tratado, com uma visão simplista do que é “melhor legislar” e do que deve ser a simplificação legislativa, procurando à *outrance* uma harmonização total a baixo nível de proteção, sobrevalorizando os princípios do reconhecimento mútuo e do país de origem para além dos limites do razoável e não tendo na devida conta a subsidiaridade e as especificidades nacionais e estaria assim rendida aos princípios do liberalismo económico mais primário e dominada pelos “lóbis” dos profissionais e das empresas.

As minhas piores perspectivas não só foram confirmadas mas largamente ultrapassadas nestes últimos cinco anos.

2.2. O referido Livro Verde marcou, com efeito, o início da viragem na política dos consumidores com a definição de alguns parâmetros fundamentais que iriam marcar todas as iniciativas comunitárias, legislativas e outras, a partir de então.

Em brevíssima síntese, dir-se-á que, de um lado, a mera “informação” aos consumidores foi elevada a instrumento e critério praticamente único para garantir a sua defesa, com base no argumento, ao gosto liberal, de que o consumidor é um agente económico consciente e inteligente, para o qual basta estar devidamente informado para atuar no mercado de forma racional.

Acresce ainda que, de acordo com esta orientação, cabe ao consumidor, que é tido como “atento e advertido”, colher a informação disponibilizada, mesmo a de carácter eminentemente publicitário e interpretá-la devidamente.

A partir daí nenhum vício na contratação pode ser invocado e imputado ao profissional. A responsabilidade por contratar, desde que se não esteja perante algum dos casos tipificados de práticas desleais, enganosas ou agressivas, passa diretamente para o lado do consumidor. E até em relação àquelas é ónus do consumidor a sua prova e demonstração. Os eventuais danos por falsa representação ou erro são da sua responsabilidade, os prejuízos são de sua conta. É este o resultado da aplicação da nova filosofia do *empowerment* à informação dos consumidores.

2.3. Foi ainda assumido, como pressuposto, indemonstrado, da política dos consumidores, que as práticas dos profissionais no exercício da sua atividade, pré-contratual, contratual e pós-contratual, devem ser interpretadas à luz da noção de “consumidor médio”, medianamente esclarecido e “razoavelmente circunspecto”, decidindo-se por motivações puramente económicas – abstração sem qualquer fundamento psicossociológico sério e presunção jurídica totalmente absurda⁷.

De outro lado, os direitos dos consumidores foram artificialmente reduzidos aos interesses puramente económicos, cabendo-lhes, a eles, demonstrar que as práticas comerciais dos profissionais são enganosas ou agressivas e que tiveram como objetivo levá-los a tomar decisões que, de outro modo, não teriam tomado⁸.

2.4. Neste quadro legal, a finalidade de toda a política dos consumidores passou a ser quase exclusivamente contribuir para a realização do mercado interno e daí a adoção dos princípios do país de origem e do reconhecimento mútuo, de paralelo com o instrumento da harmonização total, como os meios mais adequados de garantir os interesses dos profissionais nas suas atividades transfronteiras⁹.

Finalmente toda a especificidade do direito do consumo, que constituiu o apanágio das primeiras iniciativas legislativas a nível comunitário, com o

objetivo de proteger uma parte reconhecidamente mais fraca e restabelecer a igualdade contratual, entrou totalmente em crise, procurando-se subsumir as suas diferenças, no domínio do direito das obrigações, a um direito europeu uniforme dos contratos em geral, como passo para a realização de um Código Civil europeu, como etapa última da harmonização legislativa.

2.5. Alguns dos principais documentos de natureza política e jurídica da União Europeia, que definem bem esta orientação e tendência, merecem ser destacados.

Referem-se, em particular:

- a Proposta de um Programa relativo à Saúde e à Proteção dos Consumidores para o período 2007/13¹⁰ e a subsequente Estratégia para a Política dos Consumidores 2007/13¹¹;

- a Comunicação da Comissão e o Plano de Ação relativos ao Direito Europeu dos Contratos¹²;

- a Comunicação da Comissão sobre “O direito europeu dos contratos e a revisão do acervo: o caminho a seguir” e o Livro Verde sobre a revisão do acervo comunitário em matéria de proteção dos consumidores¹³;

- os Livros Verde e Branco sobre as ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio do antitrust¹⁴ e o Livro Verde sobre a tutela coletiva dos consumidores¹⁵;

- a decisão de retirar toda uma série de propostas em estudo, entre as quais a relativa a um regulamento sobre a promoção das vendas no mercado interno, com o pretexto da “simplificação legislativa”.

No plano do direito comunitário, esta orientação acha-se refletida em alguns dos mais importantes diplomas legais recentemente publicados ou propostas recentemente anunciadas, de que se destacam:

- a Diretiva 2005/29/CE de 11 de Maio de 2005, relativa às Práticas Comerciais Desleais¹⁶;

- a Diretiva 2008/48/CE de 23 de Abril de 2008, relativa ao crédito ao consumo¹⁷;

- a proposta de Diretiva da Comissão relativa aos direitos dos consumidores de 8 de Outubro de 2008¹⁸.

2.6. É, com efeito, paradigmática desta orientação política, a mais recente iniciativa da Comissão em matéria de direitos dos consumidores, a *Proposta sobre os Direitos dos Consumidores*, precedida e seguida da maior campanha mediática jamais vista a propósito de iniciativas comunitárias neste domínio¹⁹.

Já no *Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor*²⁰ que, de forma clara, se enunciavam as principais razões que alegadamente justificariam uma intervenção comunitária neste domínio – a recente evolução tecnológica nos mercados, a exagerada fragmentação das regras de proteção dos consumidores e a falta de confiança dos consumidores no comércio electrónico. Por outro lado, é aí que se anunciavam as linhas diretrizes para a ação a prosseguir – um instrumento jurídico horizontal (diretiva) comum a oito (das 18 antes identificadas) diretivas²¹, a harmonização total como método e um conteúdo limitado a certas questões horizontais – definições de base, direitos de informação, papel dos intermediários, noções de boa-fé e de lealdade, direito de retratação, bem como uma reformulação das diretivas “cláusulas abusivas” e “venda de bens de consumo”²².

Esta opção foi claramente assumida pela Comissão no seu documento de *Estratégia 2007/13*, constituindo mesmo a única iniciativa prevista no domínio da “melhor regulação da proteção dos consumidores”²³.

Apesar das reações desfavoráveis à orientação preconizada no Livro Verde^{24 25}, a Comissão levou por diante a sua iniciativa²⁶, tendo-se, para tanto, socorrido de vários estudos académicos previamente encomendados, de que se destacam o estudo de direito comparado coordenado pelo professor Hans Schulte-Nolke em cooperação com os doutores Christian Twigg-Flesner e Martin Ebers²⁷ e o estudo prévio de impacto sobre as contribuições recebidas ao Livro Verde²⁸, apresentados e discutidos durante a conferência de *stakeholders*, promovida pela Comissão em Bruxelas a 14 de novembro de 2007²⁹.

Em síntese, esta nova proposta de diretiva entendeu estender a sua atual orientação política a uma das partes mais importantes do acervo comunitário, mais precisamente a quatro diretivas emblemáticas do direito dos consumidores:

- a) contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais;
- b) contratos celebrados à distância;
- c) cláusulas contratuais abusivas em contratos de consumo;
- d) vendas de bens de consumo e suas garantias.

Fê-lo, desde logo, alegando razões falsas e motivos indemonstrados para justificar uma ação que, de um ponto de vista jurídico, nada sustenta nem aconselha, designadamente que a fragmentação do direito europeu do consumidor, devida

Esta “moda” de dizer que as questões dos consumidores “passaram de moda” não é inocente nem surge por acaso

às cláusulas de harmonização mínima nas diretivas, seria geradora de insegurança e incerteza jurídicas tanto do lado dos consumidores como do lado das empresas; que os comerciantes não poderiam transacionar com base num sistema não uniforme de cláusulas contratuais através da EU, o que alegadamente acarretaria elevados custos operacionais no comércio transfronteiras; que a mesma situação prejudicaria o acesso dos consumidores ao mercado interno; e ainda que o direito europeu do consumo estaria “desatualizado” face à evolução tecnológica e seria necessário acomodá-lo ao comércio eletrónico.

Mas o que é verdadeiramente chocante e totalmente inaceitável nesta proposta da Comissão é a diminuição consciente do nível de proteção geral dos consumidores, por força da adoção do método da harmonização total; é o acréscimo da incerteza e da insegurança jurídica para os consumidores quando um conjunto de matérias importantes são mal definidas ou deixadas à descrição da regulamentação nacional dos estados membros, criando 27 regimes diferentes para os consumidores de cada estado-membro³⁰; é a ideia, subjacente e preconceituosa, de que “melhor legislar” é necessariamente “legislar menos”, numa altura em que a atual crise financeira, económica e social é bem reveladora das incapacidades do mercado para, só por si, garantir a estabilidade da economia e o progresso social³¹.

Importa referir que se deve a uma extraordinária mobilização das organizações de consumidores em geral em toda a União Europeia e em particular do BEUC, Bureau Européen des Unions des Consommateurs, – que se mostrou particularmente crítico do teor da Proposta, denunciando publicamente os graves erros de que enferma e os perigos que comporta, em várias ocasiões³², e substanciando a sua posição em extenso e importante documento de março de 2009³³ – o fato de esta proposta ter sido estruturalmente modificada em sede de Parlamento Europeu e consolidada em texto final aprovado em 23 de junho de 2011 e finalmente adotado no Conselho no dia 10 de outubro passado, com um figurino bem mais aceitável.

Para tal também contribuíram decisivamente, no quadro do próprio funcionamento das instituições comunitárias, ao nível dos organismos oficiais consultivos da Comissão, os pareceres do ECCG (European Consumer Consultative Group), adotado a 7 de setembro de 2007, pronunciando-se claramente contra a adoção do princípio da harmonização total³⁴, do CESE³⁵ e do Comité das Regiões³⁶.

2.7. Ainda que pontualmente contrariada com êxito neste caso concreto, após uma luta de mais de três anos e a que não foram alheias circunstâncias

políticas ligadas à alteração da composição e dos pelouros da Comissão, a orientação política atual da Comissão em matéria de consumidores pode sintetizar-se do seguinte modo:

a) A Comissão erige a realização do mercado interno e a liberdade da concorrência como valores absolutos, aos quais os interesses dos consumidores se devem subordinar; os consumidores são meros instrumentos económicos para a realização do mercado interno supostamente livre e concorrencial;

b) Daí, numa visão minimalista da defesa dos consumidores, baseada numa interpretação restritiva quando não mesmo ilegítima do artigo 169º do Tratado, apenas considera os seus interesses económicos enquanto meros compradores ou agentes económicos e não como verdadeiros direitos de cidadania³⁷;

c) Para tanto, toma como pressuposto e ponto de partida, aliás indemonstrado e erróneo, a noção de “consumidor médio” como agente económico racional, “razoavelmente circunspecto”, “atento e advertido”³⁸, decidindo-se por motivações puramente económicas num mercado livre e concorrencial e, consequentemente, que a sua proteção se pode resumir à sua informação e que nisto se traduz o seu “poder” no âmbito da política de consumo³⁹;

d) Para que o mercado funcione em concorrência leal devem ser impostas regras mínimas e uniformes de lealdade no comércio, proibindo-se algumas das práticas comerciais desleais mais grosseiras consideradas abusivas e impedindo-se os estados-membros de alargar o âmbito destas medidas (harmonização total a um baixo nível de proteção);

e) Neste quadro de filosofia política, a finalidade de toda a política dos consumidores passou a ser primordialmente contribuir para a realização do mercado interno, em curiosa inversão de valores, e daí a adoção dos princípios do país de origem e do reconhecimento mútuo, de paralelo com o instrumento da harmonização total, como os meios mais adequados de garantir os interesses dos profissionais nas suas atividades transfronteiras⁴⁰;

f) Assim, toda a especificidade do direito do consumo, que constituiu o apanágio das primeiras iniciativas legislativas a nível comunitário, com o objetivo de proteger uma parte reconhecidamente mais fraca e restabelecer a igualdade e o equilíbrio contratuais, é preterida, procurando antes subsumir

A responsabilidade por contratar, desde que se não esteja perante algum dos casos tipificados de práticas desleais, enganosas ou agressivas, passa diretamente para o lado do consumidor

as suas diferenças no domínio do direito das obrigações a um direito europeu uniforme dos contratos em geral, como passo para a realização de um Código Civil europeu, como etapa última da harmonização legislativa total.

2.8. Em contrapartida, das preocupações da Comissão parecem ter desaparecido aspectos fundamentais dos interesses dos consumidores, de que se destacam:

- o combate ao sobre-endividamento das famílias;
- a imprescindível revisão do regime da responsabilidade do produtor;
- a questão da responsabilidade do prestador de serviços defeituosos;
- a necessidade de prever um reforço no acesso à justiça e, em particular, mecanismos efetivos e expeditos de defesa coletiva dos direitos dos consumidores;
- o reforço das sinergias entre as organizações de consumidores dos estados-membros mais “antigos” e dos “novos”;
- a consideração da situação particular dos estados-membros que mais recentemente aderiram à UE bem como dos que a ela irão certamente aderir proximamente;
- o enquadramento de toda a política para os consumidores na perspectiva do consumo sustentável e do comércio equitativo.

2.9. Bem se compreende que esta nova abordagem da Comissão em matéria de direitos dos consumidores, geradora de um clima de acrescida insegurança e desproteção em face dos profissionais e constituindo um real retrocesso no processo de integração europeia, contribua para o descontentamento dos cidadãos em face do atual modo de fazer a construção europeia, orientado fundamentalmente por princípios de neoliberalismo económico e descurando aspectos sociais e de respeito por direitos fundamentais de cidadania, reconhecidos na Carta Europeia, no Projeto de Constituição, até no Tratado de Lisboa e nos textos constitucionais de vários estados-membros.

Ora, com o fracasso sucessivo da Constituição Europeia e do Tratado Reformador (Tratado de Lisboa) em sucessivos referendos populares em alguns dos estados-membros (França e Holanda para a primeira e Irlanda para o segundo), não é expectável que, no quadro do direito originário, ocorra alguma modificação essencial que permita antever uma alteração substancial nesta orientação em futuro próximo, quer a nível da UE, quer a nível dos estados-membros na sua generalidade.

Por outro lado, os sucessivos alargamentos da UE e uma visão ainda mais liberal na concepção do desenvolvimento económico europeu não deixam lugar a muitas esperanças de uma alteração importante nesta linha de rumo para a política e o direito do consumo na Europa nos anos próximos.

3. A evolução nacional na política de defesa e proteção dos consumidores

3.1. Portugal acordou tarde para as questões do consumerismo e, de todo o modo, com um significativo atraso relativamente aos restantes países europeus. É só no início da década de 70, mais precisamente a 24 de março de 1972, que o Governo, então presidido pelo professor Marcelo Caetano, estabelece a disciplina jurídica da concorrência (Lei 1/72) e, cerca de dois anos depois, submete à apreciação da Câmara Corporativa uma proposta de lei sobre “a promoção e a defesa do consumidor”, que esteve na origem de um interessante parecer daquela Câmara⁴¹.

Claramente influenciada pela Carta de Proteção do Consumidor do Conselho da Europa, de maio de 1973⁴² e pelo relatório da OCDE de 1972 sobre a política dos consumidores⁴³, a referida proposta de lei, a par de princípios gerais extremamente avançados para a época, sobre “a natureza e objetivos gerais da promoção e defesa dos consumidores” (bases I a IV), continha normas relativas à “ação do Estado” na prossecução desses objetivos (bases V a VI) e ainda preceitos especiais sobre a constituição de “associações de consumidores” (bases VIII e XIII) e publicidade (bases XIV e XIX).

No entanto, nenhum dos referidos normativos chegou a entrar em vigor, o primeiro dependente de regulamento que nunca chegou a ser publicado e a segunda em virtude do golpe de Estado que, em 25 de abril de 1974, pôs termo ao regime ditatorial vigente.

É de notar a prática coincidência da apresentação desta proposta de lei com a constituição da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, DECO, em fevereiro de 1974⁴⁴.

Será, assim, apenas com as preocupações de ordem social e económica saídas da instituição do regime democrático em Portugal, que o tema da proteção dos consumidores ganha foros de cidade, desde logo com a sua expressa consagração na Constituição de 1976, atribuindo ao Estado a função de proteção dos consumidores, designadamente através “*do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores*” (artigo 81º).

Sucessivamente várias leis ordinárias, com interesse para os consumidores⁴⁵, foram tratando aspectos candentes e atuais, embora de forma dispersa e não sistemática.

3.2. Foi só em 1981 que a Assembleia da República aprovou a Lei de Defesa do Consumidor – a Lei 29/81 de 22 de Agosto⁴⁶, a qual constitui um marco importante na definição dos direitos dos consumidores e é bem reveladora da óptica da proteção que a inspirou.

Entre esta primeira lei de Defesa do Consumidor e a nova Lei do Consumidor de 31 de Julho, a Lei 24/96, foi muito e variado, por cerca de 20 anos, o direito produzido, a nível interno, no domínio do direito do consumo.

Uma coletânea de legislação relativa a esta matéria, e sem pretensão de ser exaustiva, ocupa dois grossos volumes de cerca de mil páginas cada um⁴⁷.

Este surto legislativo reflete bem o interesse crescente que, ao nível político, mereceu a problemática dos consumidores.

Não será pois de estranhar a referência sistemática à política de proteção e defesa dos consumidores nos programas dos sucessivos governos.

A primeira menção que lhe é feita surge logo no Programa de Política Económica e Social do I Governo Provisório, aprovado em Conselho de Ministros de 7 de Fevereiro de 1975.

Integrado no capítulo reservado à “política da comercialização”, a política de defesa do consumidor preocupava-se fundamentalmente com “a regularidade do abastecimento e a garantia da qualidade dos produtos, o respeito dos preços fixados, a constituição de entidades orientadas para a produção e comercialização, segundo objetivos de carácter social, e a observância de normas disciplinadoras da publicidade”⁴⁸.

Sempre integrada “no setor do Comércio, a manutenção do poder de compra dos consumidores e a garantia quanto ao normal abastecimento e à qualidade dos produtos alimentares e de outros bens de consumo essenciais”, constituía um dos objetivos centrais do V Governo Constitucional⁴⁹.

Também para o VII Governo Constitucional, no seu Programa de 17 de Janeiro de 1981, a defesa do consumidor, ainda integrada na área do comércio, era considerada “preocupação dominante” e o Governo prometia não só “uma atuação pronta e eficaz da fiscalização económica e do apoio a conceder às associações de consumidores”, mas também a “audição [destas] sobre as questões que se prendam com o seu objetivo”.

Interessante é, no entanto, ressaltar que, pela primeira vez, neste mesmo Programa, “a defesa firme dos cidadãos enquanto consumidores, protegendo

e defendendo a sua saúde e a sua bolsa e colocando ao seu dispôr os meios imprescindíveis à sua organização”, aparece referida como uma das formas pela qual se promove a “qualidade de vida dos cidadãos”, e é encarada com uma das “grandes opções da política nacional”⁵⁰.

No Programa do VIII Governo Constitucional patenteia-se esta dupla óptica na consideração da política dos consumidores, com tendência no entanto para se acentuar a sua consideração na perspectiva dos direitos dos cidadãos relativamente à sua inserção como parte da política comercial.

Foi, no entanto, necessário esperar pelo Programa do XI Governo Constitucional (1987) para que, de uma vez, a política de defesa do consumidor não só se autonomizasse da “tutela” da política comercial para ganhar autonomia como política distinta na área social e dos direitos dos cidadãos, mas ainda para que a óptica estrita da “proteção” fosse afastada e substituída pela perspectiva da “promoção dos interesses e direitos dos consumidores, numa óptica de autênticos agentes económicos e não de meros sujeitos passivos”⁵¹.

A Comissão erige
a realização do
mercado interno
e a liberdade da
concorrência como
valores absolutos

É, porém, apenas com o Programa do XIII Governo Constitucional (1995) que se enuncia, de uma forma sistemática e concertada, todo um conjunto de objetivos e de medidas para os alcançar, com credibilidade e preocupação de eficácia, de que se destaca a aprovação de uma nova Lei de Defesa do Consumidor, a criação de um Conselho Nacional do Consumo, o reforço da atividade fiscalizadora das autoridades públicas, a criação de mecanismos obrigatórios de arbitragem para resolução de conflitos de consumo e o estímulo ao aparecimento de novos Tribunais Arbitrais de Conflitos de Consumo e de CIACs, a facilitação do acesso à justiça, o aumento das obrigações de informação em especial por parte dos fornecedores de serviços financeiros, a criação de um Observatório da Publicidade e o apoio a uma maior participação das associações de consumidores em representação dos interesses destes.

3.3. Ao nível do texto fundamental, Portugal terá sido um dos primeiros países a inscrever na sua lei fundamental uma referência à proteção do consumidor como uma das “incumbências prioritárias do Estado”⁵².

Com a revisão de 1982, este preceito sofreu uma alteração significativa ao ser precisado que a intervenção do Estado naquele domínio se destina a “combater a atividade especulativa, evitar práticas comerciais restritivas e

os seus reflexos sobre os preços e adequar a evolução dos preços dos bens essenciais aos objetivos da política económica e social”⁵³.

Mais importante é o aparecimento, pela primeira vez, de um preceito autónomo sobre a “proteção do consumidor”, onde se identificam os seus cinco direitos fundamentais, se prevê a proibição de todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa e se consigna o especial direito das associações de consumidores e das cooperativas de consumo ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa de consumidores⁵⁴.

Conquanto integrado num Título, relativo ao Comércio, da Parte II – Organização Económica, desde logo os constitucionalistas mais esclarecidos vieram reconhecer que se estava na presença de “direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo”⁵⁵.

Mas foi com a revisão de 1985 que os “direitos dos consumidores” assumiram plena dignidade de direitos fundamentais, com a sua integração no Capítulo relativo aos Direitos e Deveres económicos do Título III da Parte I, sobre Direitos e Deveres económicos sociais e culturais⁵⁶.

Também a este propósito é particularmente significativo e esclarecedor o debate que precedeu a adoção do preceito do artigo 60º, uma vez mais por unanimidade⁵⁷, na Assembleia da República⁵⁸.

Finalmente, com a revisão de 1997, o texto do artigo 60º, confirmado no seu lugar entre os direitos e deveres económicos, viu reforçado o direito de participação e representação conferido às associações de consumidores, ao ser-lhes expressamente “reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de direitos coletivos ou difusos”⁵⁹.

3.4. No que respeita à lei ordinária o que importa ressaltar aqui é o sentido geral da legislação que, necessariamente, se foi ocupando de aspectos da realidade económica e social relativa aos consumidores, a partir de Lei da Defesa do Consumidor de 1981, toda ela embuída da óptica da “proteção” do consumidor.

Os anos de 1985/86 viram surgir uma série de iniciativas na regulamentação da atividade comercial, desde o comércio a retalho em geral⁶⁰, ao comércio em feiras⁶¹, às vendas com redução de preços⁶².

Em 1987, e já por influência de orientações comunitárias, é publicado um importante diploma relativo à segurança geral dos produtos⁶³.

Também no final desse ano foi publicado o novo regime jurídico do acesso ao direito e aos tribunais, completado, logo em 1988, pelo diploma do apoio judiciário⁶⁴.

Em 1989 e 1990, os diplomas mais importantes publicados, todos por imposição de Bruxelas, foram os relativos à responsabilidade objetiva do produtor⁶⁵, às imitações perigosas⁶⁶ e o Código da Publicidade⁶⁷. Em 1991, ainda por influência de Bruxelas, é publicado o diploma regulador do crédito ao consumo⁶⁸.

A nível processual é lançada a experiência do “processo civil simplificado”⁶⁹ e publicado o Código do Procedimento Administrativo⁷⁰ que marca um passo importante na senda da “legalidade” das relações entre os cidadãos e a Administração Pública.

Finalmente, em 1992, e no seguimento dos diplomas que haviam regulado a arbitragem voluntária e instituído a arbitragem institucionalizada⁷¹, é criado o primeiro Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, em Lisboa⁷².

Ainda naquele ano, e no seguimento de Diretiva Comunitária, é regulamentada a segurança dos brinquedos⁷³. Igualmente por imposição de Bruxelas, são publicados dois diplomas relativos à rotulagem e manipulação de produtos perigosos⁷⁴ e à rotulagem e apresentação de produtos alimentares⁷⁵.

Para que o mercado
funcione em
concorrência leal
devem ser impostas
regras mínimas
e uniformes
de lealdade no
comércio

3.5. O ano de 1993 marca uma inflexão importante na produção legislativa na área do direito do consumo.

Coincidindo, de certo modo, com a publicação do diploma que estabelece a nova orgânica do Instituto do Consumidor⁷⁶, verifica-se uma assumpção clara dos direitos dos consumidores em várias políticas setoriais e dão-se os primeiros passos no sentido da sua promoção como sujeitos de direitos.

Os anos de 1993 a 1995 vão, assim, ser férteis na adoção de medidas legislativas tendentes a reforçar a efetividade dos direitos dos consumidores, em vários domínios.

Especial destaque merecem, com este objetivo, a reformulação do sistema nacional da qualidade⁷⁷ e do regime da concorrência, acompanhados dos diplomas sobre as práticas individuais restritivas do comércio e sobre acordos ou práticas concertadas de empresas⁷⁸, para além de toda uma série de diplomas sobre rotulagem de géneros alimentícios⁷⁹, publicidade a veículos automóveis⁸⁰, viagens organizadas⁸¹, direito real de habitação periódica⁸², vendas a prestações⁸³, publicidade a medicamentos⁸⁴, prémios de

seguros⁸⁵, informação sobre taxas de juros e custos nas operações de crédito⁸⁶, preços máximos por transação nos pagamentos automáticos multibanco⁸⁷, cartões de crédito⁸⁸ e condições de funcionamento de recintos de espetáculos e divertimentos⁸⁹, tudo a revelar uma especial preocupação com aspectos atuais da vida quotidiana dos consumidores, em face de algumas inovações tecnológicas e do seu aproveitamento pelos profissionais.

Nos aspectos processuais, as tentativas de simplificação e de celeridade processuais foram prosseguidas com a adoção do processo especial de injunção⁹⁰ e pela publicação de um diploma fundamental, sobre o direito de participação procedimental e de ação popular⁹¹, onde, pela primeira vez, se consagra a legitimidade das associações de consumidores ou de consumidores individualmente para representarem interesses difusos ou coletivos de consumidores e onde Portugal foi percursor de um regime *sui generis* de ação coletiva, e a que a própria Europa, até hoje, não soube dar resposta.

Da mesma data, outro diploma fundamental veio reformular o regime das cláusulas contratuais gerais, eliminando algumas exclusões, criando o serviço de registo das referidas cláusulas e adaptando o sistema vigente à diretiva comunitária entretanto publicada sobre a matéria⁹².

Ainda neste período são de salientar os diplomas relativos à prevenção e repressão da criminalidade económica⁹³ e ao branqueamento de capitais⁹⁴, as alterações introduzidas ao Código da Publicidade⁹⁵, a reforma do regime jurídico do contrato de locação financeira⁹⁶, o estabelecimento de regras de transparência na atividade seguradora⁹⁷, a transposição da diretiva comunitária sobre segurança geral dos produtos⁹⁸ e a reorganização da Inspeção Geral das Atividades Económicas⁹⁹.

3.6. Mas é verdadeiramente o ano de 1996 que marca uma importante viragem na concepção dos direitos e interesses dos consumidores na ordem jurídica nacional.

Dois diplomas fundamentais, publicados quase em simultâneo, definem o novo enquadramento jurídico da política e do direito do consumo¹⁰⁰.

Um, a nova Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96 de 3 de Agosto) veio definir, de forma alargada e sistemática, o novo quadro legal de promoção e defesa dos interesses dos consumidores.

O outro veio estabelecer princípios basilares relativos à prestação de alguns serviços públicos considerados essenciais (Lei 23/96 de 26 de Julho), consagrando a sua submissão ao regime do direito do consumo (direito privado).

Relativamente à Lei de Defesa do Consumidor, a melhor “exposição de motivos” encontra-se na apresentação que dela fez a Ministra do Ambiente, na Assembleia da República¹⁰¹.

Se em alguma coisa esta apresentação da Lei do Consumidor pecou foi por modéstia. Com efeito, embora não se tratando de um documento isento de críticas¹⁰², há que reconhecer o elevado esforço de sistematização e de definição de novos direitos dos consumidores e dos novos meios de os aplicar e defender em concreto.

O outro importante diploma, simultâneo na sua discussão na Assembleia da República, e apenas separado por alguns dias na sua publicação no jornal oficial, foi o relativo à proteção do utente de alguns serviços públicos, errada e enganosamente apresentado como a Lei do Serviço Público¹⁰³.

Apesar da injustificada redução do seu âmbito aos serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, gás e telefone, a Lei 23/96 consagra algumas regras basilares a que deve obedecer a prestação daqueles serviços públicos, mas que devem ser consideradas paradigmáticas para qualquer serviço público.

Para além de um elenco de direitos e obrigações de enorme atualidade, a Lei estabeleceu um prazo de prescrição de seis meses para a cobrança dos serviços prestados, caducando, em idêntico prazo de seis meses, o direito ao recebimento de qualquer diferença de preços não cobrada por erro do prestador do serviço.

Finalmente, a lei confirmou, expressamente, o caráter injuntivo dos direitos nela estabelecidos, sendo nula qualquer convenção e disposição que exclua ou limite tais direitos, podendo, no entanto, o consumidor optar sempre pela manutenção do contrato, apesar da nulidade de qualquer cláusula, que será tida como não escrita.

Também neste aspecto Portugal foi pioneiro e estas iniciais disposições sobre serviços públicos essenciais estão bem na frente das reflexões comunitárias sobre os serviços de interesse geral, económicos ou sociais que ainda hoje prosseguem a nível europeu, sem desfecho à vista.

3.7. A partir daí há que confessar que foi o vazio que se instalou. Recorda-se que, a 12 de maio de 1996, a Ministra do Ambiente anunciou

A finalidade de toda a política dos consumidores passou a ser primordialmente contribuir para a realização do mercado interno

a constituição de “uma comissão para a elaboração de um código de direitos do consumidor, necessidade já hoje sentida e reclamada por quem acompanha e intervêm no domínio da definição e da aplicação deste ramo de direito”¹⁰⁴.

Tal comissão¹⁰⁵, presidida pelo professor Pinto Monteiro, e composta de muitos ilustres académicos e magistrados, terá trabalhado com afincos ao longo de mais de 10 anos, mas força é constatar que, após a publicação de volumoso Anteprojeto de Código, com mais de 700 artigos, nada aconteceu. Fruto das numerosas e justificadas críticas que lhe foram feitas ou de falta de vontade política até hoje, mais de 15 anos volvidos, não há notícias do projeto nem da sua eventual publicação.

Mas não só a este nível se verificou o total vazio. Como se a imaginação tivesse esgotado ou as preocupações políticas fossem outras e mais prementes, nos últimos tempos, em Portugal as medidas de proteção e defesa dos consumidores tem-se limitado à transposição, quase sempre tardia e as mais das vezes incompleta e errada, de diretivas comunitárias¹⁰⁶.

4. O direito e a política dos consumidores fora da Europa

4.1. Circunstâncias várias da minha vida profissional levaram-me a participar em anos recentes em diversas conferências, seminários, colóquios e ações de formação em várias partes do mundo, designadamente em África, na Ásia e na América¹⁰⁷.

Desses eventos relacionados com o direito e a política dos consumidores nessas regiões do universo e dos contatos estabelecidos com as respectivas organizações nacionais e regionais, que deles se ocupam, foi possível aprofundar a consciência do erro generalizado do eurocentrismo.

Experiência particularmente curiosa e significativa é contemplar um mapa-mundo a partir de países como o Vietnã ou a Austrália.

Habitados que estamos a olhar o mundo a partir da Europa, em mapas em que esta ocupa o centro, com o continente americano à esquerda, a Rússia e a Ásia à direita, a África por baixo e a Austrália e a Nova Zelândia a desaparecerem no canto inferior direito, é com verdadeira surpresa que nos damos conta que, no mundo visto por exemplo a partir da Austrália, a Europa aparece como um ínfimo território na parte superior do lado esquerdo, quase imperceptível e a cair para fora do mapa com todos os seus estados-membros

confundidos e inidentificáveis e, em alguns casos, Portugal e parte da Espanha até surgem separados, no canto superior direito do mesmo mapa.

Esta percepção é importante também quando se trata de observar o que se passa em tais regiões no que respeita ao direito e à política dos consumidores e dá-nos um sentido de relativismo que nos obriga a ser menos convencidos e mais modestos quanto à alegada “superioridade” do “acquis comunitário” nesta área, num mundo cada vez mais globalizado¹⁰⁸. Isso sem esquecer que aspectos que só muito recentemente são tema de discurso ainda incipiente pelas bandas da Europa, como o do comércio ético ou o consumo sustentável, já dominam largamente as atenções e merecem o empenho dos governos destes “novos” países¹⁰⁹.

Não podendo ser exaustivo num escrito desta natureza, limitar-me-ei a referir alguns exemplos de conhecimento direto¹¹⁰.

Os sucessivos
alargamentos da
UE e uma visão
ainda mais liberal
na concepção do
desenvolvimento
económico
europeu não
deixam lugar a
muitas esperanças

4.2. Desde logo o *Brasil*, que, em matéria de definição dos direitos do consumidor e de meios judiciais para a sua defesa, é um dos países mais avançados na cena internacional e bem à frente do que se passa a nível do direito comunitário do consumo na Europa¹¹¹.

O seu Código de Defesa do Consumidor, além de ter sido precursor, é ainda hoje um bom exemplo de como se deve realizar a codificação deste ramo do direito pelo equilíbrio conseguido entre os vários aspectos do direito do consumo que chegam a desafiar mesmo a ideia de “codificação”¹¹² e tem servido de inspiração a códigos mais recentes, como em Malta, em Itália¹¹³ e ainda mais recentemente no Luxemburgo¹¹⁴. Na Europa outras experiências fracassaram, como os casos da Bélgica ou de Portugal, por demasiado ambiciosas e irrealistas, ou não passaram de uma mera compilação de leis avulsas, como em França.

Como todas as leis, há que estar atento à evolução da sociedade e das práticas comerciais, de forma a ir adaptando-o à realidade ou mesmo, se possível, prevendo, com avanço, o sentido das mudanças. Por outro lado, um cuidado muito grande e um empenho maior devem ser colocados na efetiva aplicação do direito legislado. De pouco servem boas leis, se depois elas não logram ser respeitadas ou se não existem os meios indispensáveis para as

fazer aplicar¹¹⁵. Por vezes a efetiva implementação das leis é mais importante do que a excelência do seu desenho jurídico-formal e esse cuidado tem-no efetivamente tido o desenvolvimento do direito do consumo no Brasil, ao contrário do que se passa na Europa e de que se dá bem conta numa rica produção doutrinária recolhida não só na já antiga e bem conhecida *Revista do Direito do Consumidor*, coordenada por Claudia Lima Marques¹¹⁶, mas igualmente na novel e recentíssima *Revista Luso-Brasileira do Direito do Consumo*, dirigida pelo professor Mário Frota¹¹⁷.

4.3. Noutros países da *América do Sul*¹¹⁸ também se verificam desenvolvimentos notáveis na área do direito do consumo, como é o caso da *Argentina*¹¹⁹, do *México*¹²⁰ ou da *Costa Rica*¹²¹.

Portugal acordou tarde para as questões do consumerismo e, de todo o modo, com um significativo atraso relativamente aos restantes países europeus

4.4. Outro exemplo notável é o *Canadá* em áreas como a análise económica do direito do consumo¹²², a responsabilidade do produtor¹²³, o crédito ao consumo¹²⁴, os direitos de autor¹²⁵, mas principalmente na definição de um sistema de ação coletiva original¹²⁶ que, não cedendo aos inconvenientes do modelo americano, bem podia ser tomado como paradigma para uma Europa onde as ações de grupo esperam há mais de 25 anos uma decisão a nível comunitário.

4.5. Evidentemente, os *EUA*, pioneiros que foram no domínio da defesa e proteção dos consumidores, continuam a liderar em áreas como o crédito ao consumo¹²⁷, o sobre-endividamento¹²⁸, a concorrência leal¹²⁹, o acesso à justiça¹³⁰, a educação financeira dos consumidores¹³¹ e as novas tecnologias¹³².

4.6. *Israel*, por seu turno, tem prosseguido desenvolvimentos particularmente interessantes no domínio das ações coletivas¹³³.

4.7. O *continente africano* também nos oferece exemplos significativos de sistemas avançados de proteção dos consumidores em países em vias de desenvolvimento, como é o caso da *África do Sul* em geral¹³⁴ e em domínios específicos como o crédito ao consumo¹³⁵ e a literacia financeira¹³⁶, o acesso à informação¹³⁷, as comunicações e o comércio eletrónicos e a proteção de dados¹³⁸, o direito da concorrência¹³⁹; ou da *Nigéria*, nos cuidados de saúde¹⁴⁰.

4.8. Da *Ásia* chegam-nos igualmente notícias de desenvolvimentos notáveis no domínio da proteção e do direito do consumo, como é o caso da *Índia*, em geral¹⁴¹; e em domínios como as cláusulas abusivas¹⁴², o acesso à justiça¹⁴³, a distribuição pública de bens de consumo¹⁴⁴ ou os consumidores rurais¹⁴⁵, a negligência médica¹⁴⁶, das *Filipinas*¹⁴⁷; em *Hong Kong*¹⁴⁸, em *Singapura*¹⁴⁹, na *Malásia*, em aspectos gerais¹⁵⁰; nas cláusulas abusivas¹⁵¹ ou no crédito ao consumo¹⁵², na *Indonésia*¹⁵³ e, principalmente, no *Japão*¹⁵⁴.

4.9. Finalmente, da *Austrália*¹⁵⁵ e da *Nova Zelândia* vêm-nos exemplos de progressos notáveis no direito do consumo em geral¹⁵⁶ e em domínios particularmente sensíveis como as cláusulas abusivas¹⁵⁷, as práticas comerciais desleais¹⁵⁸, a responsabilidade do produtor¹⁵⁹, a concorrência¹⁶⁰, o crédito ao consumo¹⁶¹ e o sobre-endividamento¹⁶², a proteção do consumidor e da privacidade na Net¹⁶³, a proteção dos consumidores nos serviços financeiros na Net¹⁶⁴, os “códigos de conduta”¹⁶⁵ e as ações coletivas¹⁶⁶.

4.10. Significativo é ainda o mais recente aparecimento de organizações do tipo “mercado comum” ou “zonas de livre troca” em vários espaços económicos mais ou menos integrados, onde as preocupações com a harmonização legislativa e o elevado nível de proteção e de promoção dos interesses dos consumidores são uma tônica dominante. É o caso, designadamente, do North American Free Trade Agreement (Nafta), do System of Integration of Central America (Sica), da Andean Community of Nations (Can), da Caribbean Community e do Mercosur¹⁶⁷.

5. Uma nova visão para uma política de defesa e proteção dos consumidores

5.1. Impõe-se, por todas as razões antes alinhadas, definir os principais parâmetros de uma política e de um direito dos consumidores a nível europeu, adequado a um mercado global em profunda e rápida mutação, em tempos de crise.

E dissipar, desde logo, a ideia de que um direito dos consumidores é uma noção ultrapassada e fora de moda.

A este propósito gostaria de recordar o texto precursor de Thierry Bourgoignie que já em 2006 se interrogava “*Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006?*”¹⁶⁸, e que concluía que não só esse direito

era necessário, como “os fundamentos que lhe conferem plena legitimidade devem ser explicitados; as suas disposições atuais devem ser revistas e atualizadas; o arsenal normativo existente consolidado e a sua autonomia garantida”¹⁶⁹, enfim, todo um programa de ação que já então se adivinhava como essencial.

Talvez mesmo que uma fundada esperança seja hoje que, de fora da Europa, cheguem os maiores avanços e progressos no domínio da proteção dos consumidores e que, por via convencional, se alcancem desenvolvimentos que caberia à Europa liderar, mas a que parece ter renunciado nos últimos anos, sem, a curto prazo se perspectivar mudança significativa, enquanto a Comissão Europeia não alterar substancialmente a sua orientação de fundo em matéria de política económica.

São, com efeito, vários os níveis a que esta reflexão se deve desenvolver: o das regras substantivas a criar, o dos métodos e processos da sua elaboração e avaliação, o da sua efetiva aplicação.

Num exercício como o presente não será possível mais do que alinhar algumas ideias fundamentais.

5.2. Uma das primeiras constatações que não pode deixar de ser feita é a de que, de um modo geral e numa perspectiva mundial, o nível legal de proteção e de defesa dos consumidores já alcançado na União Europeia é relativamente elevado, se comparado com certas zonas como a África, a China, a Ásia ou a Rússia.

É, assim, mister que a orientação política presente ou futura não contribua para diminuir ou fazer retroceder este nível alcançado.

E daí a imprescindibilidade de reafirmar a recusa peremptória de todas as recentes orientações da política comunitária que tem como consequência objetiva uma real diminuição dos direitos e da proteção dos consumidores conseguidos nos vários estados europeus e a necessidade de harmonizar sempre pelo nível mais elevado.

Com efeito, e na generalidade, é importante dizer, desde logo, que o objetivo da política dos consumidores não é a realização do mercado interno, mas, ao contrário, quer o mercado único quer a concorrência devem ser instrumentos ao serviço do desenvolvimento e do aprofundamento da proteção dos interesses dos consumidores e dos seus direitos como cidadãos e não como meros “compradores”¹⁷⁰.

Como também é necessário repetir que não é aceitável construir toda uma política e uma legislação de proteção dos consumidores com base numa

ficção jurídica como é a do “consumidor médio”, razoavelmente atento, advertido e circunspecto, decidindo-se no mercado por razões e motivos de racionalidade económica, quando é exatamente o contrário o que resulta de todos os estudos realizados sobre o comportamento real dos consumidores face aos estímulos da publicidade e do *marketing* cada vez mais agressivo por parte dos profissionais¹⁷¹.

5.3. Ao contrário, onde há muito a fazer é precisamente nos métodos, processos e instrumentos de elaboração do direito comunitário do consumo. Não podendo abordar todos, gostaria de ressaltar alguns.

5.3.1. Desde logo, uma forma diferente na abordagem à elaboração do direito comunitário do consumo.

Pelo menos 1990 que uma nova abordagem ao direito, denominada *direito proativo*, nasceu na Finlândia e, respondendo à necessidade de desenvolver ainda mais métodos práticos e teorias jurídicas neste domínio emergente, foi criada, em 2004, a *Nordic School of Proactive Law (NSPL)* (Escola Nórdica do Direito Proativo).

É esta nova aproximação¹⁷² que se pretende incentivar na elaboração do direito comunitário e dos direitos nacionais.

Parte-se da premissa de que o direito, mais do que a norma inventada pelos juristas, é conduta que uma dada sociedade concreta aceita e exige como essencial para a ordem social; mais do que conceitos formais, eternos e imutáveis, deve ser o repositório das regras que compõem os interesses de todos e de cada um, em dado momento histórico, e de que é função do legislador, em cada ordenamento jurídico, interpretar os interesses coletivos a definir, nas normas jurídicas, as condutas lícitas e sancionar as práticas não conformes com aquelas condutas. As normas jurídicas assim promulgadas devem ser, além de justas e equitativas, compreensíveis, acessíveis, aceitáveis e aplicáveis.

Reconhece-se, no entanto, que atualmente isso não é suficiente. Durante demasiado tempo, a ênfase foi colocada no passado. Os legisladores e o poder judiciário apresentaram respostas aos litígios, aos prazos que não foram respeitados e às violações da lei, procurando solucioná-las e apresentando

Apenas com as preocupações de ordem social e económica saídas da instituição do regime democrático em Portugal, que o tema da proteção dos consumidores ganha foros de cidade

soluções reparadoras. Mas os litígios, os processos e os recursos para obrigar as pessoas a cumprir a lei são demasiado dispendiosos. E esses custos não podem apenas ser medidos em termos monetários.

Por isso se insta a uma mudança de paradigma – colocar de lado a secular abordagem reativa do direito e adotar uma *abordagem proativa do direito*; olhar para a *frente* em vez de olhar para trás, colocar a ênfase na forma *como o direito é utilizado e como atua* na vida diária e na forma como é recebido pela comunidade que procura regular.

Embora continue a ser importante a forma como responde e apresenta soluções para os litígios, a prevenção das suas causas é vital, como também o é a satisfação das necessidades e a promoção da interação entre cidadãos e empresas.

Uma abordagem proativa do direito traduz-se em atribuir capacidades e competências – o que é realizado pelos, com, e para os utilizadores do direito, sejam eles indivíduos ou empresas; o que se pretende é uma sociedade em que as pessoas e as empresas estejam conscientes dos seus direitos e das suas responsabilidades, possam beneficiar das vantagens que a lei possa conferir, tenham consciência dos seus deveres jurídicos de forma a evitar litígios sempre que possível e possam resolver as disputas inevitáveis o mais cedo possível utilizando os métodos mais adequados.

A abordagem proativa do direito procura métodos mistos para atingir os objetivos desejados e o seu centro de interesse não consiste apenas nas normas jurídicas e no seu cumprimento formal. Estabelecer os objetivos almejados e conseguir o conjunto mais apropriado de meios para os atingir implica a participação desde o início das partes interessadas, o alinhamento de objetivos, a criação de uma visão partilhada e de apoio e orientação para uma implementação de sucesso desde o início.

Pela sua natureza, o sistema jurídico comunitário é precisamente o tipo de domínio em que a abordagem proativa deve ser adotada quando do planeamento, redação e aplicação das leis; nesta perspectiva as normas e os regulamentos não são a única forma e nem sempre a melhor forma de atingir os objetivos estabelecidos; por vezes, o regulador poderá apoiar melhor objetivos válidos não regulando e, caso seja apropriado, promovendo a autorregulação ou a corregulação. Nesse caso, os princípios fundamentais da subsidiariedade, proporcionalidade, precaução e sustentabilidade alcançarão nova importância e dimensão.

Embora a transposição e a aplicação das leis sejam passos importantes para uma melhor regulação a nível da UE, o sucesso da regulamentação

deve ser medido através da forma como os objetivos são atingidos a nível dos utilizadores da lei, os cidadãos e as empresas da UE. As leis devem ser transmitidas de forma a que façam sentido para o público a que se destinam, que são antes de mais aqueles cujo comportamento é afetado, e não apenas para as instituições e os administradores pertinentes.

5.3.2. Por outro lado, ousar uma nova forma, melhor e mais consistente, de regulamentar questões importantes a nível da UE, sem ser o método tradicional e esgotado da harmonização, em qualquer das suas modalidades.

Nos últimos anos, juristas, representantes do mundo académico e de várias partes interessadas da sociedade civil sugeriram, em diferentes eventos, que a utilização de “instrumentos opcionais” poderia ser uma alternativa útil ao método tradicional de harmonização em domínios específicos, tais como o regime de pensões ou os serviços financeiros¹⁷³.

Num recente parecer, o CESE levou a cabo uma análise aprofundada da natureza, do objeto, do quadro jurídico, do âmbito de aplicação, das vantagens e dos problemas desse instrumento e sua eventual contribuição para a conclusão do mercado único. Aí se ressaltaram igualmente as formas como a sua adoção poderá ser favorável para os consumidores, oferecendo-lhes um dos níveis mais elevados de proteção, em base opcional, em domínios onde, de outro modo, a harmonização tenderia a baixar o seu nível de proteção.

Entre as muitas vantagens do recurso a este instrumento destacam-se, nomeadamente:

a) Permitir às partes contratantes realizar transações comerciais em toda a União Europeia com base num único regime de direito dos contratos, eliminando assim automaticamente os entraves que os riscos e os custos jurídicos decorrentes das diferenças entre regimes jurídicos representam para o mercado único¹⁷⁴;

b) Deixar a decisão quanto à sua aplicação ao mercado, pelo que só seria utilizado quando as partes o considerassem vantajoso¹⁷⁵;

c) A cultura jurídica de cada estado-membro não ser afetada, o que tornaria o regime opcional mais aceitável para os responsáveis políticos;

O nível legal de defesa dos consumidores já alcançado na União Europeia é relativamente elevado se comparado com certas zonas como a África, a China, a Ásia ou a Rússia

d) Se for adequadamente concebido e aplicado através de regulamentos da UE, permitir que as partes o usem mesmo para contratos puramente internos a um só país;

e) Os tribunais não poderão tratar o instrumento opcional como uma lei “estrangeira” escolhida. Por conseguinte, aplicar-se-lhe-ão princípios como o *iura novit curia* e o acesso aos supremos tribunais nacionais será ilimitado, o que frequentemente não é o caso quando se aplicam princípios gerais ou uma lei estrangeira. Do mesmo modo, as instituições que preveem a resolução extrajudicial de conflitos e mecanismos de reparação extrajudiciais não poderão recusar-se a dirimir uma questão invocando o argumento de ele se reger por uma lei estrangeira.

Um “2º regime” desta natureza poderá ser usado pelas partes contratantes para transações comerciais em toda a União Europeia. Desta forma, as partes não terão que lidar com 27 regimes jurídicos nacionais em matéria de contratos e poderiam basear as suas transações num regime europeu comum de direito privado. Nenhuma das partes contratantes será obrigada a aceitar a aplicação de legislação que considere estrangeira.

Um “2º regime” desta natureza revelar-se-á ainda particularmente vantajoso nos domínios em que o direito privado internacional (Roma I) proíbe ou restringe a seleção do direito a aplicar pelas partes contratantes, como é o caso dos contratos de transporte (art. 5º, Roma I), dos contratos celebrados por consumidores (art. 6º, Roma I), dos contratos de seguro (art. 7º, Roma I) e dos contratos individuais de trabalho (art. 8º, Roma I)¹⁷⁶.

O instrumento opcional poderá inclusivamente ser aplicado às regras internacionalmente obrigatórias (art. 9º, Roma I), contanto que sejam tidos em conta os interesses gerais protegidos que essas regras visam proteger¹⁷⁷.

É, por isso, com satisfação que se verificou que na recente discussão sobre o Quadro Comum de Referência para o direito dos contratos a nível europeu, primeiro a comissária Viviane Reding, e ainda mais recentemente o Parlamento Europeu¹⁷⁸, veio definir a adoção de um regime deste tipo para a harmonização do direito dos contratos a nível europeu, a qual acaba de ser concretizada pela apresentação de proposta da Comissão nesse sentido¹⁷⁹.

5.3.3. Outro aspecto fundamental a trabalhar é o de uma adequada informação dos consumidores.

Desde o célebre discurso de Kennedy, todos os textos programáticos, do Conselho da Europa à Comissão, ao Parlamento e ao Conselho Europeu da

década de 70 e todas as legislações de consumo posteriores incluem no seu rol de “direitos dos consumidores”, o “direito à informação”.

Alguns até lhe dão relevo constitucional como entre nós, onde o artigo 60º da Constituição lhe reconhece dignidade de “direito fundamental”, embora sem definir o seu âmbito e conteúdo.

A nível comunitário, já em vários programas da Comissão sobre a Política dos Consumidores lhe eram consagradas importantes referências.

Importa, no entanto, salientar que o direito dos cidadãos à informação constante da generalidade das Declarações Universais e das Cartas de Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão, só com a integração da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais no Tratado de Lisboa, passou a fazer parte integrante da ordem jurídica comunitária em toda a sua amplitude, abrangendo a liberdade de informação, o direito a informar/direito de se informar e a obrigação de informar/o direito a ser informado (cf. nomeadamente o § 5º do Preâmbulo e os artigos 11º, 27º, 38º, 42º e 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da EU e art. 2º do TUE e art. 169º do TFUE).

A abordagem
proativa do direito
procura métodos
mistos para atingir
os objetivos
desejados

Tudo, ou quase, está, porém, por fazer no direito derivado, onde esta nova configuração da norma fundamental ainda não foi devidamente transcrita nem plasmada. Com efeito, o conteúdo dos direitos dos consumidores à informação, o acesso, o momento, os contornos e o modo não são tratados consistentemente no direito comunitário e revelam omissões e duplicações que se repercutem e ampliam nos direitos nacionais dos estados-membros, em prejuízo dos consumidores e agentes económicos e, consequentemente, da realização do mercado interno.

Estes aspectos assumem hoje particular relevância no que se refere, em especial, aos direitos dos consumidores, a partir do momento em que passaram a ser considerados como direitos fundamentais e a ser obrigatoriamente tomados em consideração na definição e execução das diferentes políticas e ações comunitárias.

Com efeito, é hoje pressuposto fundamental do correto funcionamento de um modelo de livre concorrência, próprio do sistema de economia de mercado em que a UE assenta, a obrigação de garantir aos consumidores, enquanto agentes económicos, o perfeito conhecimento dos elementos determinantes das suas decisões racionais nesse mercado.

Mas é, por isso, necessário combater a tese segundo a qual cabe ao consumidor, que é tido como “atento e advertido”, colher a informação disponibilizada, mesmo a de carácter eminentemente publicitário, e interpretá-la devidamente.

Esta orientação, generalizadamente contestada por organizações de consumidores em todos os estados-membros, traduz-se numa efetiva diminuição dos níveis de proteção dos consumidores, num retrocesso inadmissível na política comunitária para a sua defesa.

Mas é, precisamente, à luz desta nova orientação que ganha acrescida importância a questão do direito dos consumidores à informação, já que se exige destes que estejam cada vez mais bem informados para tomar decisões racionais num mercado global. Com efeito, o modelo neoliberal que lhe está subjacente assenta em conhecidas premissas, de que se destacam:

A aplicação do direito ou a conduta conforme com o direito é, antes de mais, uma questão sociológica, antes de ser uma questão jurídica

a) a consciência crítica das suas necessidades e ordenação de preferências;

b) a possibilidade de comparação entre os diversos produtos e serviços oferecidos no mercado;

c) o conhecimento, em termos técnicos e económicos, da qualidade e preço de cada produto e serviço¹⁸⁰.

Mas é também a esta luz que tem maior acuidade a questão da natureza e da qualidade da informação a que os consumidores devem ter acesso e que assume relevo a noção de informação “adequada”.

Continua a entender-se que, na definição dos direitos dos consumidores que à UE compete, é a noção de parte mais fraca ou vulnerável que deve predominar e não a de consumidor esclarecido, atento, advertido e decidindo-se por razões puramente económicas.

É neste quadro que avulta a noção de “informação adequada” onde a qualidade e não a quantidade deve ser privilegiada de forma a corresponder às reais necessidades e expectativas dos consumidores, aferida em função da sua finalidade, conteúdo, apresentação e contexto.

Contrariamente ao que recentes textos da Comissão apregoam, não é a quantidade da informação que conta; a informação deve corresponder às reais necessidades e às expectativas dos consumidores e a sua adequação deve ser aferida em função da finalidade, do conteúdo, da apresentação e do contexto.

Deve ainda ser permanentemente submetida ao teste da “adequabilidade” (*suitability*) para se aferir da sua qualidade para o fim a que se destina e o público consumidor a que se dirige e cujos parâmetros fundamentais são fiabilidade, atualidade, imparcialidade, exatidão, relevância, dimensão sucinta, compreensibilidade, clareza, legibilidade e fácil acesso.

É ainda necessário que a informação prestada (teor e formato) e o respectivo quadro regulamentar se mantenham estáveis por longos períodos. Alterar frequentemente os parâmetros da informação pode dificultar ao consumidor a compreensão da mesma.

Ao nível do direito à informação em geral é fundamental, assim, consagrar, com caráter de generalidade a nível comunitário, a sua natureza de direito subjetivo, com a correspondente identificação das respectivas obrigações de quem – autoridades públicas ou profissionais – deve responder pela sua disponibilidade.

5.3.4. Finalmente, mais do que produzir mais legislação, o que verdadeiramente importa é uma efetiva aplicação do direito comunitário existente, em particular do acervo relativo à defesa do consumidor. O que significa colocar no cerne das preocupações dos responsáveis comunitários e em especial da Comissão como “guardião dos Tratados”, a questão da eficácia do direito legislado, consagrando um esforço fundamental, para além da *law in books*, à *law in action*, ou seja, ao modo como as normas legais são aceites, interpretadas e aplicadas pelos destinatários, nomeadamente a administração pública, em particular o poder judicial, as empresas e os cidadãos em geral.

Forçoso é constatar uma generalizada deficiente aplicação do acervo comunitário nos estados-membros, e que tem como causas bem conhecidas, designadamente:

a) a forma deficiente como são elaboradas muitas diretivas comunitárias¹⁸¹, não seguindo os padrões do “Melhor Legislar”¹⁸², nomeadamente no que se refere aos estudos de avaliação *ex-ante*;

b) a forma atrabiliária como normas desde o início mal concebidas e pior redigidas são transpostas para os direitos nacionais;

c) a incorreta ou incompleta integração das normas comunitárias no conjunto dos direitos nacionais, onde muitas vezes são consideradas como indesejáveis e contrárias aos usos e costumes e aos interesses nacionais;

d) a falta de vontade política das autoridades nacionais para cumprir e fazer cumprir normas consideradas “estranhas” ao seu corpo jurídico e à sua tradição nacional;

e) ao contrário, a persistente tendência para aditar às normas comunitárias novos dispositivos regulamentares desnecessários ou de escolher umas partes e não outras das normas comunitárias (os conhecidos fenómenos de *gold-plating* e *cherry-picking*);

f) a impreparação de base e a falta de formação específica por parte das autoridades nacionais para entender e fazer aplicar o acervo comunitário, em particular no que se refere à proteção e defesa dos consumidores;

g) o mau funcionamento de alguns tribunais e a impreparação de alguns juízes e outros atores do sistema judicial (advogados, funcionários judiciais etc.), que muitas vezes levam à errada aplicação ou à desaplicação das normas transpostas e tantas vezes à aplicação de normas “paralelas” dos direitos nacionais¹⁸³;

h) a necessidade de alargar as medidas de cooperação administrativa por forma a envolver as organizações da sociedade civil, em particular as associações de defesa dos consumidores;

i) a ausência de previsão e harmonização do direito sancionatório, que tem deixado na disponibilidade dos estados-membros a natureza coerciva dos mecanismos de defesa dos consumidores.

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

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

Com efeito, a aplicação do direito ou a conduta conforme com o direito é, antes de mais, uma questão sociológica, antes de ser uma questão jurídica.

Daí que deva ser no cumprimento voluntário e no acatamento, espontâneo ou induzido, das regras de direito que deve ser posto o acento tónico, quando se fala da (in)aplicação do acervo comunitário. Significa isto que deverá ser, antes de mais, ao nível da melhor informação e formação de consumidores e de profissionais e da sua motivação e incentivo para o cumprimento do direito comunitário transposto, que se deverão centrar os esforços e iniciativas comunitários.

Será, igualmente, ao nível da informação e da formação das autoridades públicas nacionais, em particular daquelas com mais diretas responsabilidades na aplicação do direito comunitário nos estados-membros, que a ação comunitária se deverá prioritariamente dirigir. Neste domínio, haverá que privilegiar a informação e a formação dos juízes e de outros magistrados em geral, aos quais compete, em última análise, a interpretação e a aplicação do direito aos casos concretos, objeto de litígio.

Diversamente da Comissão, como já se referiu abundantemente, não se julga que a mera informação seja suficiente para um efetivo *empowerment* dos consumidores. Ao contrário, entende-se que é essencial dotar os consumidores de meios e instrumentos eficazes para garantir a efetiva aplicação do direito e a realização eficiente dos seus direitos.

Não se julga que a
mera informação
seja suficiente
para um efetivo
empowerment dos
consumidores

É a esta luz que ganha particular relevo o papel da autorregulação e, em especial da correção, desde que garantidos e salvaguardados os parâmetros de credibilidade dos sistemas voluntariamente assumidos ou negociados entre as partes interessadas, para merecerem a confiança de todos.

Também os sistemas de mediação, de conciliação e de arbitragem, complementares do sistema judicial, devem ser igualmente objeto de atenção especial por parte da Comissão no sentido do reforço da sua credibilidade e eficácia¹⁸⁴.

Mas é no domínio do direito processual civil que, pese embora os avanços dados por iniciativas da DG Justiça¹⁸⁵, no que em especial se refere a procedimentos que tenham em conta as especificidades dos direitos e interesses por essência coletivos dos consumidores, se verifica a maior lacuna na iniciativa da Comissão, que, após mais de vinte anos de “estudos” e “consultas”, não foi colmatada pelos Livros Verde e Branco no domínio do incumprimento das medidas *antitrust*¹⁸⁶, nem pelos mais recentes anúncios das intenções comunitárias nesta matéria. Menos ainda se viram abrir reais perspectivas de vontade política de avanço com o Livro Verde sobre a tutela coletiva dos consumidores e com os anúncios mais recentes sobre o seu seguimento, até ao nível do Parlamento Europeu.

Era, por isso, essencial que a Comissão, como guardiã que é da ordem jurídica comunitária, desse especial relevo à forma como encara o cumprimento dos seus poderes discricionários¹⁸⁷, mas não arbitrários, conferidos pelo artigo 211º do Tratado, em matéria de infrações, em

particular “as medidas de organização interna necessárias ao exercício efetivo e imparcial da sua missão em conformidade com o Tratado”¹⁸⁸, designadamente os critérios de prioridade, os mecanismos de avaliação e ponderação das queixas, os instrumentos próprios para a deteção oficiosa da infrações, os meios de melhorar a ação dos tribunais nacionais e de outros instrumentos complementares (SOLVIT, FIN-NET, ECC-NET, meios alternativos e extrajudiciais).

Seria fundamental que a Comissão assumisse como questão crítica para a efetiva aplicação do acervo comunitário do consumo a necessidade de reforçar medidas coercivas, não se podendo ignorar a sua responsabilidade na ausência de harmonização das medidas sancionatórias, como tem sido insistentemente chamado a atenção e reclamado pelos vários interessados representantes da sociedade civil.

Bruxelas, 1º de novembro de 2011

Notas

¹ “EU Consumer Protection Law and Policy: Recent Developments and Perspectives” in “L’intégration économique regional et la protection du consommateur”, promovida pelo GREDICC da Universidade de Quebec à Montreal (UQAM), publicada na obra com o mesmo nome, coordenada por Thierry Bourgoignie, ed. Yvon Blais, Quebec, 2006, págs. 73e sgs e genbtilmente transcrita na *Revista APDC*, n. 59, ano 2009, págs.77 e sgs. Reflexão semelhante foi desenvolvida em artigo sobre a “Política Comunitária dos Consumidores em marcha atrás?” publicado na *Revista JANUS* de 2010.

² COM (2001) 531 final de 02.10. 2001.

³ A nova redação dada ao artigo 129º-A do Tratado, tem o seguinte teor:

“1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses.

2. As exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição das demais políticas e acções da Comunidade.

3. A Comunidade contribuirá para a realização dos objectivos a que se refere o n. 1 através de:

a) Medidas adoptadas em aplicação do artigo 95º no âmbito da realização do mercado interno;

b) Medidas de apoio, complemento e acompanhamento da política seguida pelos Estados-membros.

4. O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251º e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará as medidas previstas na alínea b) do n. 3.”

⁴ O primeiro sinal foi dado, desde logo, na intervenção que a nova Comissária encarregada dos direitos dos consumidores, Sra. Emma Bonino, fez na audição pública que teve lugar no Parlamento Europeu no dia 10 de Janeiro de 1995, e onde anunciou a elaboração de um Programa de Ação Trienal (1996/1998) no domínio do direito do consumo.

Da sua importante comunicação destaca-se a perfeita caracterização da política dos consumidores como “*um elemento de primordial importância na construção de uma Europa dos Cidadãos*” e a identificação do consumidor com o cidadão europeu, “*protagonista da política dos consumidores*”.

É este papel de protagonismo do consumidor que vai definir a nova óptica da Comissão em matéria de política de consumidores, sendo, por isso, a informação dos consumidores a primeira prioridade enunciada na Comunicação da Comissária, por forma a que estes estejam em condições de “*exercer os seus direitos, de intervir junto das entidades competentes a fim de fazer respeitar a regulamentação*”, enfim “*de aproveitar plenamente as potencialidades que lhe são abertas pelo Mercado Único*”.

Foram estes princípios que enformaram a Comunicação da Comissão de 31 de Outubro de 1995 sobre “*As Prioridades da Política dos Consumidores (1996-1998)*”.

⁵ COM (2001) 531 final de 02.10. 2001.

⁶ COM (2002) 289 final de 11.06. 2002.

⁷ Como muito justamente diz um autor “a protecção europeia do consumidor prossegue claramente uma abordagem liberal primordialmente dirigida no sentido de como oferecer aos consumidores um conjunto de armas adequado a que eles se defendam a si mesmos contra a influência indevida dos vendedores e como tomarem decisões racionais (...) Na lei europeia o consumidor é tido como uma pessoa capaz de processar a informação que lhe é fornecida e de tornar efetivos os seus direitos. Os consumidores são olhados como atores responsáveis e seguros do mercado a quem foi confiado um importante mandato: realizar a integração do mercado único” (W. J. CERES, “*The interplay between consumer protection and competition law in the E.C.*”, in *European Consumer Law Journal*, 2/2005, págs. 85 e sgs.)

⁸ Sobre a Diretiva relativa às práticas comerciais desleais ver “*A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma diretiva comunitária (análise crítica da Diretiva 2005/29/CE)*” de J. Pegado Liz, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 44, 2005, pág. 17 e sgs.

⁹ Não é, aliás, por acaso que, não obstante a alteração sofrida no art. 129-A, de que resultou o art. 153 atual, este nunca tenha sido utilizado como base para qualquer iniciativa autónoma da Comissão na área do direito dos consumidores, revelador não só de uma redação menos cuidada do preceito, mas fundamentalmente da total ausência de vontade política de explorar as suas potencialidades.

¹⁰ COM (2005) 115 final de 06.04.2005, em boa hora recusado pelo Parlamento Europeu no seguimento do Parecer do Comité Económico e Social Europeu totalmente adverso a tal Programa conjunto para a saúde e os consumidores (Parecer CESE 230/2006 INT/271 de 14.02.2006, rel. J. Pegado Liz).

¹¹ COM (2007) 99 final de 13.03.2007.

¹² Respectivamente COM (2001) 398 final de 11.07.2001 e COM (2003) 68 final de 12.02.2003.

¹³ Respectivamente COM (2004) 651 final de 11.10.2004 e COM (2006) 744 final de ...

¹⁴ Respectivamente COM (2005) 672 final de 19.12.2005 e COM (2008) 165 final de ...

¹⁵ COM (2008) 794 final de 27.11.2008.

¹⁶ JO.L.149 de 11.06.2005.

¹⁷ JO.L.133 de 22.05.2008.

¹⁸ COM (2008) 614 final de 08.10. 2008.

¹⁹ No entanto, a tentativa de fazer passar esta proposta na legislatura finda, não resultaria, em virtude da grande reação negativa que a mesma suscitou na generalidade das organizações e associações representativas dos consumidores na Europa, das reservas que encontrou junto de alguns dos mais eminentes epígonos da comunidade académica e da oposição manifestada por vários parlamentares europeus, de que se fizeram eco alguns estados-membros em reuniões no Conselho, encontrando-se assim ainda em fase de gestação, embora já muito modificada e ferida nas suas iniciais ambições.

²⁰ COM (2006) 744 final de 08.02.2007 (JO C 61 de 15.03.07).

²¹ Constantes do seu Anexo II as referidas diretivas seriam as Diretivas 85/577/CEE de 20 de Dezembro de 1985 relativa às vendas negociadas fora dos estabelecimentos (JO L 372 de 31.12.1985); 90/314/CEE de 13 de Junho de 1990 relativa às viagens, férias e circuitos organizados (JO L 158 de 23.06.1990); 93/13/CEE de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas contratuais abusivas (JO L 95 de 21.04.93); 94/47/CE de 26 de Outubro de 1994 sobre a proteção dos consumidores relativamente a certos aspectos dos contratos relativos à compra de direitos sobre imóveis em regime de tempo partilhado (JO L 280 de 29.10.1994); 97/77CE de 20 de Maio de 1997 relativa à proteção dos consumidores a respeito de contratos à distância (JO L 144 de 04.06.1997); 98/6/CE de 16 de Fevereiro de 1998 sobre a indicação de preços nos produtos oferecidos aos consumidores (JO L 80 de 18.03.1998); 98/27/CE de 19 de Maio de 1998 relativa às ações em cessação em matéria de proteção dos consumidores (JO L 166 de 11.06.1998); e 99/44/CE de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos das vendas de produtos e garantias a eles associadas (JO L 171 de 07.07.1999).

²² De fora das orientações do Livro Verde ficava a questão fundamental do campo de aplicação do instrumento horizontal, ou seja, se se aplicaria exclusivamente aos contratos transfronteiras ou também às transações domésticas.

²³ Comunicação da Comissão COM (2007) 99 final de 13.03.2007 “Responsabilizar o consumidor, melhorará o seu bem-estar e protegê-lo de forma eficaz” (*Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them*); ver Parecer CESE 259/2008 de 13 de Fevereiro de 2008 (INT/357), relatora Darmanin.

²⁴ Ver, em particular, “Mapping the future of Europe’s consumers... Comments on the Green Paper Review of the Consumer Acquis” do BEUC; lugar de destaque, pela pertinência das suas críticas, merece o parecer da Union Luxembourgeoise des Consommateurs (ULC).

²⁵ Ver Parecer CESE 668/2007 de 12 de Julho de 2007 (INT/336), relator R. Adams.

²⁶ Não se pode escamotear que a esta decisão da Comissão de avançar com a presente proposta de diretiva no momento em que o fez e de certo modo precipitadamente, não terá sido indiferente a posição

assumida pelo Conselho de Ministros dos Assuntos de Justiça de 18 de Abril de 2008 (Posição assumida na 2863a. reunião do Conselho Justiça e Assuntos Internos do Conselho de Ministros de 18 de Abril de 2008 (Comunicado de Imprensa 8397/08 (Presse 96)), onde este órgão pede “explicações” à Comissão quanto a aspectos fundamentais do CFR e questiona as indefinições latentes naquele projeto, denunciadas pelo PE (Resolução do Parlamento Europeu de 3 de Setembro de 2008 sobre o Quadro Comum de Referência em matéria de direito europeu dos contratos). Não respondendo diretamente às questões do Conselho, esta proposta permitiu demonstrar que o projeto CFR tinha uma aplicação prática e imediata Resolução do Parlamento Europeu de 3 de Setembro de 2008 sobre o Quadro Comum de Referência em matéria de direito europeu dos contratos. São, com efeito, motivos de ordem principalmente prática os que a Comissão invoca para a sua iniciativa, deles se destacando, conforme apresentação feita por um seu representante durante a Conferência ocorrida em Paris, em dezembro de 2008, no quadro da Presidência Francesa:

a) a fragmentação do direito europeu do consumidor devida às cláusulas de harmonização mínima nas diretivas e geradoras de alegada insegurança e incerteza jurídicas tanto do lado dos consumidores como do lado das empresas;

b) os comerciantes não poderem transacionar com base num único conjunto de cláusulas contratuais através da EU, o que alegadamente acarretaria elevados custos operacionais no comércio transfronteiras;

c) a mesma situação prejudicaria o acesso dos consumidores ao mercado interno;

d) o direito europeu do consumo estaria “desatualizado” face à evolução tecnológica e, em especial, para acomodar o *e-commerce*.

²⁷ Intitulado “EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis”, no âmbito do contrato realizado com a Comissão n. 17.020100/04/389299, Fevereiro de 2008, “Compendium annoté comprenant une analyse comparative de l’acquis communautaire relatif à la consommation”.

²⁸ Intitulado “Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis” de 6 de novembro de 2007, elaborado por três firmas de consultores, GHK, CIVIC CONSULTING e BUREAU VAN DIJK, disponível no sítio web da Comissão.

²⁹ Onde se destacaram o discurso da Comissária Kuneva, a exposição do professor Hans SCHULTE-NOLKE do chamado “Acquis Group” e as acertadas críticas do então diretor do BEUC, Jim MURRAY e do representante da Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) de Espanha, Don David ORTEGA PECINA.

³⁰ É o caso, designadamente, das normas processuais e sancionadoras, que sendo uma consequência lógica de uma harmonização máxima, continuam a ser remetidas para os estados-membros (ver considerando 58 e art. 42º). Este aspecto é susceptível de gerar incoerências significativas na harmonização. A título de exemplo, referem-se os casos citados no Parecer CESE 386/2009:

(I) requisitos de informação (art. 5º e 6º n. 2), nos termos dos quais os estados-membros devem estabelecer o regime de sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais, mas através de uma fórmula estranha “no âmbito do direito dos contratos”, sem explicitar se a fixação de sanções de carácter administrativo ou penal será considerada ou não como violação da diretiva; (II) as consequências de

classificação de uma cláusula contratual como abusiva, já que apenas se diz que estas não vinculam o consumidor, deixando aos estados-membros a liberdade de utilizar qualquer conceito do direito nacional dos contratos que cumpra os objetivos (ver considerando 54 e art. 37º).

³¹ O ECCG (European Consumer Consultative Group) num recente Parecer elaborado por Bob Schmitz e adotado a 6 de outubro de 2009, tem uma feliz síntese, que se compartilha inteiramente, ao dizer que a presente proposta:

- não oferece um elevado nível de proteção do consumidor, mas antes exige aos estados-membros que reduzam os níveis de proteção dos consumidores estabelecidos, incluindo, em alguns casos, para níveis abaixo dos que são garantidos em diretivas em vigor;

- apenas inclui alguns melhoramentos louváveis como o período comum de retratação de 14 dias e o regime para a transferência dos riscos;

- falha na introdução das clarificações e coerência prometidas nos aquis consumidores, quanto mais não seja porque se limita apenas a quatro diretivas;

- é pouco clara numa série de questões chave tais como a relação com as leis nacionais sobre os contratos em geral e outras regulamentações relevantes da UE;

- falha na resposta adequada aos desafios dos mercados modernos e das novas tecnologias e pode obstar a desenvolvimentos nacionais para responder a estas preocupações – especialmente as relacionadas com o conteúdo digital.”

³² Recordam-se as intervenções da sua Diretora Geral Monique Goyens quer na Conferência durante a Presidência Francesa, em Paris, a 5 de dezembro de 2008, sob o título “*Intégration des marchés et protection des consommateurs: Le jeu en vaut-il la chandelle?*”.

³³ Intitulado «*Futur du Droit Européen de la Consommation: Réaction du BEUC aux questions fondamentales soulevées par la Proposition de directive relative aux droits des consommateurs*» Ref : X/025/2009-24/03/09. Dele se salientam, em especial algumas das razões fundamentais de rejeição da aproximação da Comissão:

- em numerosos estados-membros, a proposta conduziria à supressão ou redução de direitos dos consumidores;

- o campo de aplicação da diretiva é vago e todo o seu teor é demasiado complexo;

- a proposta focaliza-se demais em algumas diretivas existentes – não são tomadas medidas para que a proposta resista à prova do tempo;

- para a grande parte das questões a harmonização mínima a um nível elevado pode atingir os objetivos da Comissão, sem cair nas ratoeiras associadas à harmonização máxima;

- as últimas sondagens do Eurobarómetro mostram que a maior parte dos comerciantes não aumentarão as suas vendas transfronteiras mesmo se as leis de proteção dos consumidores forem harmonizadas;

- outro tipo de obstáculos, que nada têm a ver com a harmonização das leis de proteção dos consumidores, como por exemplo o carácter territorial dos direitos da propriedade intelectual ou as diferenças linguísticas, dificultam mais a realização de compras no estrangeiro;

– a Comissão supõe erradamente que redução dos custos na conformidade da legislação para as empresas será automaticamente repercutida nos consumidores via diminuição de preços e aumento das possibilidades de escolha.

O BEUC conclui por uma aproximação de “harmonização mixta”: aceitar a harmonização máxima unicamente se ela for fixada a um nível de proteção muito elevado e aplicada exclusivamente às questões transversais e técnicas, como a duração do prazo de retratação, as condições para o exercer e a definição de consumidor, mantendo a harmonização mínima para as restantes questões, nomeadamente as cláusulas abusivas e as garantias nas vendas, permitindo aos estados-membros manter as especificidades nacionais e adaptar-se rapidamente às mudanças que sobrevenham no mercado.

³⁴ O referido parecer condensa as suas principais críticas nos seguintes aspectos:

– a proposta não oferece um alto nível de proteção dos consumidores, antes impõe aos estados-membros que reduzam nível de proteção já estabelecidos, em alguns casos para níveis abaixo dos que são garantidos pelas atuais diretivas, privando-os da possibilidade de os elevarem no futuro;

– apenas inclui alguns melhoramentos louváveis como o período comum de retratação de 14 dias e o regime para a transferência dos riscos;

– falha na introdução prometida de clarificação e de coerência do “acquis” e não apenas por se ter limitado somente a quatro diretivas;

– não é clara numa série de questões chave como a da relação com a lei geral dos contratos a nível nacional e outras regulamentações relevante da EU;

– não responde adequadamente aos desafios dos mercados modernos e das novas tecnologias e ao contrário pode conduzir a uma retração dos desenvolvimentos nacionais para fazer face a estas preocupações – especialmente as que se referem ao conteúdo digital.

³⁵ Parecer CESE aprovado na 455a. Sessão Plenária do CESE de 15 e 16 de julho de 2009 e publicado no JO C 317 de 23.12.2009, págs 54 e sgs. onde designadamente se recomendava

– suprimir os parágrafos da proposta de diretiva referentes às cláusulas abusivas e às vendas e garantias de bens por abordarem aspectos que, no estado atual do direito comunitário, não podem ser abrangidos pela harmonização plena; e

– restringir alguns aspectos da harmonização plena às vendas fora de estabelecimentos comerciais e as vendas à distância, porque são as áreas que mais afetam o comércio transfronteiriço;

– por uma questão de segurança jurídica, explicitar o texto da proposta por forma a ficar claro se as definições estão harmonizadas ou se os estados-membros dispõem de margem discricionária para completar estes conceitos.

O Comité considerou ainda que:

– a proposta não apresenta inovações nalguns aspectos relevantes, como sejam a assistência pós-venda e as peças sobresselentes, a responsabilidade direta do produtor e as redes de distribuição;

– a existência de definições “comuns” pode contribuir para dar mais certeza e segurança jurídica aos operadores comerciais e aos consumidores, mas para tal, a Comissão deverá pôr fim às contradições que, a este respeito, subsistem na proposta;

– são as deficiências graves sentidas ao nível da resolução dos conflitos e da reparação dos danos que constituem um fator determinante “se não o mais determinante” para a falta de desenvolvimento do comércio transfronteiriço sendo que a proposta omite totalmente esta preocupação que até o Eurobarómetro reflete.

³⁶ Publicado no JO C 200 de 25.08.2009, págs 76 e sgs. , do qual se ressalta que a proposta de diretiva não é adequada para aumentar a confiança dos consumidores nas transacções transfronteiras, e se manifesta clara oposição ao princípio da harmonização completa e o desejo de que continue a ser dada aos estados-membros a possibilidade de irem além das normas comuns estabelecidas ao nível comunitário.

³⁷ Não deixa, com efeito, de ser surpreendente que a Comissão persista em utilizar como base jurídica, mesmo numa proposta de alegadamente se refere aos direitos dos consumidores, não o artigo 153º mas antes o artigo 95º do TCE, que é uma norma relativa ao mercado interno, por considerar que a proposta de diretiva versa sobre matéria do mercado interno.

³⁸ Alegadamente, mas não correctamente, inspirada em certa jurisprudência do Tribunal de Justiça que, para alguns casos concretos de publicidade enganosa, definiu como padrão de referência “*a presumível expectativa dum consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e advertido*” (Acórdãos Verband Sozialer Wettbewerb e.V c/ Cliniques Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics BmbH (Caso C-315/92) e Gut Springheide GmbH c/ Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt de 16 e Julho de 1998 (Caso C-210/96)).

³⁹ Como muito justamente diz um autor “a proteção europeia do consumidor prossegue claramente uma abordagem liberal primordialmente dirigida no sentido de como oferecer aos consumidores um conjunto de armas adequado a que eles se defendam a si mesmos contra a influência indevida dos vendedores e como tomarem decisões racionais (...). Na lei europeia o consumidor é tido como uma pessoa capaz de processar a informação que lhe é fornecida e de tornar efetivos os seus direitos. Os consumidores são olhados como atores responsáveis e seguros do mercado a quem foi confiado um importante mandato: realizar a integração do mercado único” (W. J. CERES, “The interplay between consumer protection and competition law in the E.C.”, in *European Consumer Law Journal*, 2/2005, págs. 85 e sgs.).

⁴⁰ Não é, aliás, por acaso que, não obstante a alteração sofrida no art. 129º-A, de que resultou o art. 153º atual, este nunca tenha sido utilizado como base para qualquer iniciativa autónoma da Comissão na área do direito dos consumidores, revelador não só de uma redação menos cuidada do preceito, mas fundamentalmente da total ausência de vontade política de explorar as suas potencialidades. Cf. a este propósito, o Parecer de Iniciativa CES 263 de 20 de Abril de 2006 (INT/336) sobre o “Quadro Jurídico para a Política dos Consumidores”, de que o autor foi relator.

⁴¹ Parecer 4/XI publicado no Diário das Sessões de 17.04.74.

⁴² Aprovada pela Resolução n. 543 da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, de 17 de Maio de 1973.

⁴³ O texto integral pode ver-se em E. Von Hippel, *loc. cit.*, 1986, págs. 414/446.

⁴⁴ Mais precisamente a 12 de fevereiro de 1974, data da respectiva escritura que marca o culminar de um lento processo de gestação, iniciado por um grupo de intelectuais de várias tendências, mais ou menos ligados a vários círculos de oposição ao regime. (Cf. *“DECO – 25 anos em defesa dos consumidores”* da autoria do dr. Silva Pereira, ainda no prelo na data em que se escreve).

⁴⁵ Foi o caso, por exemplo do Dec.-Lei 161/77, de 21 de Abril sobre vendas pelo correio, do Dec.-Lei 457/79, de 21 de Novembro, sobre vendas a prestações, do Dec.-Lei 236/80 de 18 de Julho, sobre o regime dos contratos-promessa de imóveis e do Dec.-Lei 421/80, de 30 de Setembro, sobre o regime da publicidade.

⁴⁶ Esta lei surge da fusão de 3 propostas de lei apresentadas pelo PS, pela ASDI e pelo PC, as quais foram fundidas num texto alternativo da Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, de que foi relator o dr. Mário Raposo. As atas da discussão, em plenário da A.R. acham-se nos DAR, I Série de 29 de Maio e 26 de Junho de 1981 a págs. 2795 e 3463 e segts. Respectivamente, e constituem um excelente repositório das várias concepções em confronto e da surpreendente unanimidade conseguida pelo insigne jurista que foi o seu relator.

⁴⁷ Refere-se a Coletânea de Legislação *“Direitos dos Consumidores”*, da autoria de Ataíde Ferreira e Pegado Liz, ed. DECO, 1995/1998, à qual se passará a fazer referência frequente.

⁴⁸ Nesse sentido, o Governo propunha as seguintes medidas:

“a) Será organizada a prestação sistemática de apoio técnico e, eventualmente, de apoio financeiro às cooperativas de consumidores;

b) Será promulgada legislação sobre rotulagem, etiquetagem e afixação de preços;

c) Regulamentação estrita do exercício de qualquer tipo de atividade publicitária, atribuindo a um órgão do setor público a responsabilidade do respectivo controle; esta regulamentação poderá mesmo conduzir à proibição da publicidade de determinados produtos; deverá tributar-se mais pesadamente a difusão da publicidade;

d) Realizar-se-à uma política ativa de informação dos consumidores, conjugando-se esta ação com a de entidades públicas e privadas interessadas na promoção do movimento de autodefesa do consumidor”.

⁴⁹ No respectivo Programa, apresentado a 13 de Agosto de 1979, na Assembleia da República acrescentava-se ainda:

“No sentido de orientar e proteger os consumidores, realizar-se-ão campanhas informativas junto do público, permitindo assim que aqueles, individualmente e através de associações que os representem, exerçam uma ação fiscalizadora subsidiária da que incumbe aos serviços competentes nesta matéria; e efetuar-se-à uma revisão apropriada do conceito do ‘cabaz de compras’ e dos critérios de subsídio aos preços dos produtos essenciais.”

⁵⁰ Anote-se que é com este Governo que é, precisamente, publicada a 1a. Lei da Defesa do Consumidor, Lei 29/81 de 22 de Agosto, que a própria Ministra do Ambiente, ao apresentar a nova Lei 24/96, de 31 de Julho, não pode deixar de reconhecer ter-se tratado de “um marco histórico fundamental na concretização, em Portugal, dos direitos dos consumidores. Até então nunca, na

Europa, se havia delineado um quadro legal de proteção do consumidor com amplitude semelhante”. (D.A.R. n. 56, I Série, pág. 1784).

⁵¹ As promessas do Governo eram sintetizadas, assim, no referido Programa:

“Assim, será regulamentada a Lei de Defesa do Consumidor e fomentado e apoiado o movimento associativo dos consumidores, com respeito pela sua independência e reconhecimento de que na diversidade das suas normas organizativas se encontra um dos principais fatores da sua riqueza.

Em articulação com os interesses de produtores, comerciantes e consumidores, o Governo irá assegurar que os produtos e serviços fornecidos se pautem por normativos rigorosos no referente à proteção da saúde e à segurança.

Os consumidores terão ao seu alcance elementos informativos e conteúdos formativos, pelo que será introduzida a temática da defesa do consumidor no sistema educativo.

O Governo irá, por outro lado, reforçar o apoio técnico e financeiro às associações de defesa do consumidor e garantir as condições de exercício dos direitos que a lei lhes outorga.

Será elaborado um conjunto de medidas legislativas de enquadramento e apoio às associações de defesa do consumidor e será estabelecido um quadro normativo para assegurar a qualidade os produtos que são consumidos.”

⁵² Art. 81º da Constituição de 1976: “Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

(...)

‘m) Proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores’.”

⁵³ Sobre a sua génese é importante consultar a ata da reunião de 15 de Outubro da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, *in* DAR II Série, Suplemento do n. 19, de 25.11.81, e o debate ocorrido principalmente entre os deputados Nunes de Almeida (PS), Luís Beiroco (CDS), Amândio de Azevedo (PSD), Jorge Miranda (ASDI), Vitor Constâncio (PS) e Vital Moreira (PCP) (págs. 432(1) a 432 (12).

⁵⁴ O artigo 110º da Constituição, após a revisão de 1982, tem a seguinte redação:

“1. Os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores.”

⁵⁵ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Direito Constitucional*, pág. 445.

⁵⁶ Os mesmos autores antes citados, Gomes Canotilho e Vital Moreira, em “Constituição da República Portuguesa”, consideraram que a nova localização do texto constitui “evidente promoção” e acrescentaram que “independentemente do seu alcance enquanto direitos fundamentais, eles seguramente que têm, pelo menos, o efeito de legítimar todas as medidas de intervenção pública

necessária para os implementar”. Também José Magalhães, no Dicionário da Revisão Constitucional, recorda que “uma opção tomada pela comissão de redação conduziu mesmo à sua colocação logo após os direitos dos trabalhadores e antes das disposições relativas à iniciativa económica e ao direito de propriedade (art. 62º) . Reescreve-se, assim, harmoniosamente a narrativa constitucional, que começando no homem trabalhador, enuncia seguidamente os direitos do homem enquanto consumidor, aludindo, por último, às três formas de iniciativa económica e à propriedade” (pág. 40).

⁵⁷ Cfr. D.A.R. I Série n. 75, pág. 3621.

⁵⁸ *Loc. cit.*, pág. 3589. A motivação da opção foi apresentada pelo então deputado Vera Jardim (PS), nos seguintes termos:

“Como se sabe, os direitos dos consumidores vinham inseridos no artigo 110º, que está integrado num capítulo destinado a regular as relações de comércio. Entendemos, ao contrário – e esta tese foi subscrita consensualmente na CERC – que a melhor colocação dos direitos dos consumidores não é, obviamente, junto com a regulamentação das atividades económicas mas, sim, precisamente, nos direitos económicos, sendo certo que este é um direito relativamente novo na parte económica da nossa estrutura jurídica, como, aliás, acontece na generalidade dos países da Europa. No entanto, a novidade não lhe altera a grande e crescente importância que hoje assumem todas as problemáticas ligadas ao consumo e aos direitos dos consumidores.”

Na sua intervenção o deputado Vera Jardim acrescentava ainda:

“Portanto, pensamos que esta benfeitoria é importante; mas, mais do que isso, tentamos avançar e conseguimos também criar à volta deste avanço o consenso na CERC, uma melhoria a introduzir no n. 1 do artigo 62º-A, que diz respeito não só ao direito de livre escolha dos bens e serviços – direito esse que é óbvio em qualquer sociedade da nossa matriz económica – mas também à exigência que é hoje um dos pontos fundamentais de todos os movimentos de consumidores em todo o mundo, de qualidade nos bens e serviços consumidos.

Para além daquilo que já constava do n. 1 do artigo 110º, parece-nos ser a tónica do direito à qualidade de bens e dos serviços consumidos uma das principais, senão a principal, benfeitoria nesta matéria, repito, para além da nova sistemática no quadro constitucional já referida”.

⁵⁹ Esta parte final do n. 3 do art. 60º da Constituição deve, aliás, ser compaginada com a nova alínea a) do n. 3 do art. 52º, onde às “associações de defesa dos direitos em causa” é conferido o direito de ação popular, “incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização” para a “prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra (...) os direitos dos consumidores”. Cf. igualmente, o novo artigo 26º-A do Código de Processo Civil.

⁶⁰ Cfr. Dec.-Lei 339/85, de 21 de Agosto, in *Direitos do consumidor*, v. I, pág. 518.

⁶¹ Cfr. Dec.-Lei 252/86 de 25 de Agosto, in *Idem*, v. I, pág. 517.

⁶² Cfr. Dec.-Lei 253/86 de 25 de Agosto, in *loc.cit.*, v. I, pág. 569.

⁶³ Cfr. Dec. Lei 213/87, de 28 de Maio, in *loc. cit.*, v. I, pág. 344.

⁶⁴ Cf. Decretos-Lei 387-B/87 de 29 de Dezembro e 391/88 de 26 de Outubro, in *loc. cit.*, v. I, págs. 748 e 763.

⁶⁵ Dec.-Lei 383/89 de 15 de Setembro, *loc. cit.*, v.II, pág. 630, por imposição da Diretiva 85/374/CE de 25.07.85.

⁶⁶ Dec.-Lei 150/90, de 10 de Maio, *loc. cit.*, v. I pág. 337 por imposição da Diretiva 87/357/CE de 25.06.87.

⁶⁷ Dec.-Lei 330/90, de 15 de Outubro, *loc.cit.*, v. I, pág. 249, por imposição da Diretiva 84/540/CE de 10.09.84.

⁶⁸ Dec.-Lei 359/91, de 21 de Setembro, *in loc. cit.*, v. II, pág. 191, que transpõe a Diretiva 87/102/CE de 22.12..86.

⁶⁹ Dec.-Lei 211/91, de 14 de Junho, *in loc. cit.*, v. I, pág. 494.

⁷⁰ Dec.-Lei 442/91 de 15 de Novembro, *in loc.cit.* v. I, pág. 843.

⁷¹ Lei 31/86 de 29 de Agosto e Dec.-Lei 425/86 de 27 de Dezembro, *in loc. cit.*, v. I, pág. 787 e 800.

⁷² Portaria 942/92 de 28 de Setembro, *in loc.cit.*, v. I, pág. 803.

⁷³ Dec.-Lei 237/92 de 27 de Outubro no seguimento da Diretiva 88/378/CE, de 3.05.88, *in loc. cit.*, v. I, pág. 362.

⁷⁴ Dec.-Lei 129/92, de 30 de Junho, *in loc.cit.*, v. I, pág. 420.

⁷⁵ Dec.-Lei 170/92, de 8 de Agosto, *in loc. cit.*, v. I, pág. 215.

⁷⁶ Dec.-Lei 195/93 de 24 de Maio, *in loc. cit.*, v. II, pág. 853.

⁷⁷ Dec.-Lei 234/93, de 2 de Julho, *loc. cit.*, v. I, pág. 92.

⁷⁸ Dec.-Lei 370/93 e 371/93 de 29 de Outubro e Portaria 1097/93 de 29 de Outubro, *loc.cit.*, v. I, respectivamente, págs. 569, 531 e 565.

⁷⁹ Portaria 119/93, de 2 de Fevereiro, *loc. cit.*, v. I, pág. 225.

⁸⁰ Dec. Reg. 74/93 de 10 de Março, *loc. cit.*, v. I, pág. 288.

⁸¹ Dec.-Lei 198/93, de 27 de Maio, no seguimento da Diretiva 90/314/CE de 13 de Junho de 1990, *loc.cit.*, v. II, pág. 15.

⁸² Dec.-Lei 275/93, de 5 de Agosto, *loc. cit.*, v. II, pág. 15.

⁸³ Dec.-Lei 63/94, de 28 de Fevereiro, *loc. cit.*, v. I, pág. 400.

⁸⁴ Dec.-Lei 100/94, de 19 de Abril, *loc. cit.*, v. I pág. 91.

⁸⁵ Dec.- Lei 105/94 de 23 de Abril, *loc.cit.*, v. II, pág. 435.

⁸⁶ Dec.- Lei 220/94 de 23 de Agosto, *loc. cit.*, v. II, pág. 172.

⁸⁷ Portaria 1150/94 de 23 de Agosto, *loc. cit.*, v. I, pág. 601.

⁸⁸ Dec.-Lei 166/95 de 15 de Julho e Aviso 4/95 de 28 de Julho, *loc. cit.*, v. II, pág. 259 e 261.

⁸⁹ Dec.-Lei 315/95 de 20 de Novembro e Dec.Reg. 34/95 de 16 de Dezembro, *loc. cit.*, v. II, págs. 621 e 645.

⁹⁰ Dec.-Lei 234/93, de 2 de Julho, *loc. cit.*, v. I, pág. 92.

Dec.-Lei 370/93 e 371/93 de 29 de Outubro e Portaria 1097/93 de 29 de Outubro, *loc.cit.*, v. I, respectivamente, págs. 569, 531 e 565.

Portaria 119/93, de 2 de Fevereiro, *loc. cit.*, v. I, pág. 225.

Dec. Reg. 74/93 de 10 de Março, *loc. cit.*, v. I, pág. 288.

Dec.-Lei 198/93, de 27 de Maio, no seguimento da Diretiva 90/314/CE de 13 de Junho de 1990, *loc.cit.*, v. II, pág. 15.

Dec.-Lei 275/93, de 5 de Agosto, *loc. cit.*, v. II, pág. 15.

Dec.-Lei 63/94, de 28 de Fevereiro, *loc. cit.*, v. I, pág. 400.

Dec.-Lei 100/94, de 19 de Abril, *loc. cit.*, v. I, pág. 91.

Dec.-Lei 105/94 de 23 de Abril, *loc.cit.*, v. II, pág. 435.

Dec.-Lei 220/94 de 23 de Agosto, *loc. cit.*, v. II, pág. 172.

Portaria 1150/94 de 23 de Agosto, *loc. cit.*, v. I, pág. 601.

Dec.-Lei 166/95 de 15 de Julho e Aviso 4/95 de 28 de Julho, *loc. cit.*, v. II, pág. 259 e 261.

Dec.-Lei 315/95 de 20 de Novembro e Dec.Reg. 34/95 de 16 de Dezembro, *loc. cit.*, v. II, págs. 621 e 645.

Dec.-Lei 404/93 de 10 de Dezembro, e Portaria 4/94 de 3 de Janeiro, *loc. cit.*, v. II, pág. 992 e 996.

⁹¹ Lei 83/95 de 31 de Agosto, *loc. cit.*, v. II, pág. 982.

⁹² Dec.-Lei 220/95 de 31 de Agosto, no seguimento da Diretiva 93/13/CE de 5 de Abril, *loc. cit.*, v. I, pág. 457.

⁹³ Lei 36/94 de 29 de Setembro, *loc. cit.*, v. II, pág. 160.

⁹⁴ Dec.-Lei 15/93 de 22 de Janeiro e Dec.-Lei 313/93 de 15 de Setembro, *loc.cit.*, v. II, pág. 137 e 139.

⁹⁵ Dec.-Lei 6/95 de 17 de Janeiro, *loc.cit.*, v. I pág. 266.

⁹⁶ Dec.-Lei 149/95 de 24 de Junho, *loc.cit.*, v. II, pág. 387.

⁹⁷ Dec.-Lei 176/95, de 26 de Julho, *loc. cit.*, v. II, pág. 443.

⁹⁸ Dec.-Lei 311/95 de 20 de Novembro, no seguimento da Diretiva 92/59/CE de 29 de Junho de 1992, *loc. cit.*, v. II, pág. 1003.

⁹⁹ Dec.-Lei 269-A/95 de 19 de Outubro, *loc. cit.*, v. II, pág. 883.

¹⁰⁰ Leis 23/96 e 24/96, respectivamente de 26 de Julho e 31 de Agosto, *loc. cit.*, v. II, págs. 975 e 961.

¹⁰¹ DAR I Série, n. 56 de 12 de Abril de 1996, pág. 1785 “A proposta de lei que hoje vos apresentamos, procura, no fundo, conferir maior equilíbrio à relação de consumo, favorecer o reforço da capacidade de ação e intervenção dos consumidores, e criar o Conselho Nacional de Consumo.” “Em primeiro lugar, o alargamento do âmbito material de proteção dos consumidores aos bens e serviços prestados pelos organismos da Administração Pública – esta é talvez a inovação de melhor alcance e profundidade da nova lei, e que cria à Administração a responsabilidade da sua modernização no sentido do respeito e da consideração devidos aos direitos dos consumidores. Por outro lado, consagra-se um direito de retratação, vulgo direito de arrependimento, relativamente aos contratos que resultem da iniciativa dos profissionais de venda fora dos estabelecimentos comerciais; consagra-se também, nesta nova lei, a acção inibitória, destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas

dos direitos do consumidor; isenta-se de preparos e custas os consumidores e suas organizações quando prossigam o exercício dos seus direitos; cria-se direito de antena às associações de consumidores; atribui-se ao Instituto do Consumidor um conjunto de poderes, designadamente o de representar em juízo os interesses coletivos e difusos dos consumidores, o de solicitar e obter informações e diligências destinadas à salvaguarda dos direitos dos consumidores, poderes estes susceptíveis de lhe conferir uma capacidade de atuação que hoje lhe falta; estabelece-se também um prazo de garantia para os bens móveis não consumíveis fixado em um ano; consagra-se um direito de resolução dos contratos celebrados com violação do dever de informar; inverte-se o ónus da prova quando se verifiquem danos originados pelo incumprimento do dever de informar; e, finalmente, realço também a consagração da participação das associações de consumidores na regulação de preços dos bens essenciais.”

¹⁰² Vários autores, aliás já teceram numerosas críticas a esta Lei, incluindo o próprio A. em artigo publicado no Expresso de 7 de Setembro de 1996, sob o título “*Consumidores: a oportunidade perdida*”.

¹⁰³ Lei 23/96 de 26 de Julho, in D.R. n. 172/96 de 26 de Julho de 1996.

¹⁰⁴ *Loc. cit.*, pág. 1786.

¹⁰⁵ A Comissão foi criada pelo Despacho 64/MA/96 publicado no DR II Série n. 272 de 23 de Novembro de 1996.

¹⁰⁶ Chegando-se ao ponto surpreendente de no último Programa do governo não haver uma linha sobre política dos consumidores e de nem a palavra consumidor ser sequer mencionada.

¹⁰⁷ Recordo, nomeadamente a “Asian Seminar on Consumer Law” Kuala Lumpur, Malaysia, (9-12 agosto 1993), cujos contributos foram publicados pela IOCU e a Faculdade de Direito da Universidade da Malaya, sob o título “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994; o “Symposium on Global Harmonization of Consumer Protection”, Kyoto, Japan, (2-4 agosto 1994), cujos contributos foram publicados pela IOCU e o College of Law, Ritsumeikan University, sob o título “Global Trends of Consumer Laws in a Changing World”; a “Global Commerce Conference”, Sydney, Austrália (9-11 novembro 1998), organizada pela Australian Competition and Consumer Commission; a “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 Abril 2001); a “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul, (11-13 abril 2007), a Conferência sobre “Regional Economic Integration and Consumer Protection”, levada a cabo em Montreal, Canada (18-19 outubro 2007) sob a orientação do professor Thierry Bourgoignie, no âmbito do GREDICC, no seio da UQAM; o “Cours d’été en droit de la consommation, Developpements de droit national, comparé et international” na Universidade UQAM, em Montréal, Canada (29 junho-4 julho 2009), dirigido pelo professor Thierry Bourgoignie.

¹⁰⁸ Sobre uma aproximação à aplicação das leis de proteção dos consumidores num mercado global, ver “The Global Enforcement Challenge” do professor Allan Fels, da Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), Canberra, 1997. Cf. igualmente Thierry Bourgoignie, “Integracion regional y la proteccion del consumidor en las Americas y en Europa” in “Intégration Économique

Régionale et la Protection du Consommateur”, Ed. Yves Blais , GREDICC UQAM, Canadá, 2009 e Miriam de Almeida Souza “A política legislativa do consumidor no Direito Comparado” Ed. Ciencia Jurídica, Belo Horizonte, Brasil, 1996; Risaburo Nezu “The work of the OECD for the Global Marketplace: Working for the online consumer” in “Global Commerce Conference”, Sydney, Australia (9-11 novembro 1998); Claudia Lima Marques, “Regional Integration and consumer protection in the Americas and in Europe” e Michael Jenkin “Protection du Consommateur, Considérations intergouvernementales et internationales OCDE et CMC”, in “Cours d’été en droit de la consommation, Developpements de droit national, comparé et international” na Universidade UQAM, em Montréal, Canadá (29 junho-4 julho 2009), dirigido pelo professor Thierry Bourgoignie.

¹⁰⁹ Cf. “Implementing Sustainable Consumption and Production Policies” CI, UNEP 6/7, Maio de 2002.

¹¹⁰ Para uma visão mais completa e sistemática ver o importante estudo do Department of Trade and Industry do Reino Unido intitulado “Comparative Report on Consumer Policy Regimes” (OCT. 2003).

¹¹¹ Cf. por exemplo Ronaldo Porto Macedo Junior, Relational Consumer Contracts: New Challenges for Consumer Law, in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹¹² Cf. Antonio Herman Benjamin, “The Brazilian Consumer Protection Code”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹¹³ Cf. Guido Alpa “Consumer rights and the “Consumers’ Code” in Italian Law”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul, (11-13 abril 2007).

¹¹⁴ Projet de Loi portant introduction d’un Code de la Consommation” de 29.05.2008 (Chambre des Députés, n. 5881).

¹¹⁵ Cf. Afranio Miranda Filho e outros, “Stamp of recommendation for good suppliers” (Natal/Brasil), in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul, (11-13 abril 2007); Claudia Lima Marques, “The Consumer’s Protection in Cases of foreign goods and services, according to Brazilian Law” e Antonio Gidi “Class Actions in Brasil”, in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001); Claudia Lima Marques, wues “OGM et le droit de la consommation” e Roberto Augusto Castellanos Pfeifer “Consumer Protection and Private Health Insurance Choices and Competition” in 9th International Consumer Law Conference, 10-12 abril 2003, Atenas.

¹¹⁶ Do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Brasilicon.

¹¹⁷ Cujo 1º número foi lançado com assinalável êxito em março de 2011 no Brasil.

¹¹⁸ Cf. Gabriel Stiglitz, «La protection juridique du consommateur dans l’Amerique du Sud», in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹¹⁹ Cf. Jose Laquidara e Antonio Cambaceres «Consumer Arbitration in Argentina», Lidia Ester Reynoso, “Consumers Protection in Latin America” e Gabriel STIGLITZ, “L’Acces du Consommateur

à la Justice en Argentine”, in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001); ver o “Código Previncial de implementacion de los Derechos de los Consumidores y Usuarios”, Ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires.

¹²⁰ Cf. Adriana Lopez, «Conciliation as an alternative solution in Consumer Disputes», in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹²¹ Cf. Max Valverde, «Biosafety, Consumer Protection and International Trade», in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹²² Cf. Ejan Mackaay, «L’analyse économique du droit de la consommation» in «Propos autour de l’effectivité du Droit de la Consommation», coordenado por Thierry Bourgoignie, Ed. Yvon Blais, GREDICC UQAM, Quebec, Canadá, 2007.

¹²³ Cf. Nathalie Vezina “Grandeurs et misères de l’unification des régimes de responsabilité du fait des produits en France et au Quebec», in «Le droit de la Consommation sous influences», coordenado por Pierre-Claude Lafond, Ed. Yvon Blais, GREDICC UQAM, Quebec, Canadá, 2007.

¹²⁴ Cf. Ian Ramsay, “Consumer Credit Law in Canada”, in “Global Trends of Consumer Laws in a Changing World”, Kyoto, Japan, 1994; Saul Schwartz, “The Effect of Bankruptcy Counselling on Future Creditworthiness: Evidence from a Natural Experiment” in 9th International Consumer Law Conference, 10-12 abril 2003, Atenas.

¹²⁵ Cf. Georges Azzaria, «L’avare et l’intangible: à propos du téléchargement d’oeuvres» in «Le droit de la Consommation sous influences», coordenado por Pierre-Claude Lafond, Ed. Yvon Blais, GREDICC UQAM, Quebec, Canadá, 2007.

¹²⁶ Cf. Pierre-Claude Lafond, «Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs», Ed. Themis, Montréal, 1995 et «Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la Justice», Ed. Yvon Blais, Québec, 2006; Geneviève Saumier, «Le recours collectif, la globalisation des marchés et l’accès à la justice pour le consommateur», in «Propos autour de l’effectivité du Droit de la Consommation», coordenado por Thierry Bourgoignie, Ed. Yvon Blais, GREDICC UQAM, Quebec, Canadá, 2007; Iain Ramsay, «Consumers’ Access to Justice», Lois Gander, June Ross, Allison McKinnon e Diana Lowe «The Canadian Civil Justice System and the Public», Thomas Telfer, “Access to the Discharge in Canadian Bankruptcy Law and the New Role of Surplus Income: An Historical Perspective” e Anthony Duggan «Consumer Access to Justice in Common Law Countries: A survey of the issues from a Law and Economics Perspective», in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Auckland, Auckland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001); Geneviève Saumier, “Collective Redress Schemes and Group Actions”, in “Cours d’été en droit de la consommation, Developpements de droit national, comparé et international” na Universidade UQAM, em Montréal, Canadá (29 junho-4 julho 2009), dirigido pelo professor Thierry Bourgoignie; Pierre Claude Lafond, «Consumer Class actions in Quebec to the year 2000: New

trends, new incentives» e Michael Trebilcock, “Rethinking Consumer Protection Policy” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹²⁷ Cf. Rashmi Dyal-Chand, “From Status to Contract: Evolving Paradigms for Regulating Consumer Credit”, Kathleen C. Engel e Patricia A. McCoy “From Credit Denial to Predatory Lending: Tha Challenge of Sustainable Minority Homeownership” in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul, (11-13 abril 2007).

¹²⁸ Cf. Charles Jordan Tabb “The Death of Consumer Bankruptcy in the United States?” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelandia (9-11 Abril 2001); Alan White, “Surendettement Proceedings in French Law and Consumer Bankruptct in the United States: The Social Democrat and Free Market Approaches to Excessive Debt in Advanced Capitalist Consumer Economies” in 9th Internrnational Consumer Law Conference, 10-12 abril 2003, Atenas.

¹²⁹ Cf. Nicola Howell e Therese Wilson, “In competitive Markets, is there still a need for consumer protection and fair trade regulation” in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³⁰ Cf. James Nehf, “Marketplace Justice for american Immigrants” e Richard Faulk “Armageddon Through Aggrgation: The use and abuse of class actions in international dispute resolution”, Mary DEE Pridgen “Gateway to injustice: Arbitration imposed on U.S. Consumers by Adhesion Contracts” e Richard Alderman, “Mandatory Arbitration in the United States: The Destruction of Consumer Rights”. In “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³¹ Cf. Lauren Willis “Against Consumer Financial Education” in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³² Cf. Lorna Gillies “How should Rules of International Private Law be Developed to deal with Contractual Disputes Arising out of Electronic Consumer Contracts” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001); Jane Winn, “Global Diffusion of Technology and the End of Markets as Public Goods” in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³³ CF Allen Zysblat “Consumers Class Actions in Israel, a Better Solution?” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹³⁴ Cf. Neil Kirby, “Goods and services like you’ve never seen them before: Consumer Rights in South African Law”; Eric Levenstein, “Overview of Consumer Law in South Africa”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³⁵ Cf. André Boraine, “The Reform of Administration within a new consumer credit framework”; Mary Spector, “Taming the Beast: Payday Loans, Regulatory Efforts and Unattended Consequences”;

Stefan Renke, “There is a new Sheriff in Town: Will the South African Consumer enjoy sufficient protection in future against the necessary but dangerous debt evil?”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³⁶ Gail Pearson, “Financial Literacy and the Creation of the Financial Citizen”, University of Sydney, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³⁷ Cf. Natania Locke, “The Promotion of Access to Information Act 2 of 2000: Its use in Consumer Protection”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³⁸ Cf. Tana Pistorius, “The Legal Effect of Input Errors in Automated Transactions”; Sizwe Lindelo Snail, “An overview of the South African e-Consumer law in the context of the Electronic Communications Act”; Sebo Tladi “Protecting the Personal Data of e-Consumers: a South African Perspective”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹³⁹ Cf. Russell Loubser, “Insider Trading and other market abuses”; Gerhard van Deventer, “Market Abuse in South Africa: Detection Investigation and Enforcement”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹⁴⁰ Felícia Monye “Thr Right to accessible Health Care throuhg the National Health Insurasnce Scheme”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, Africa do Sul, (11-13 abril 2007).

¹⁴¹ Cf. Sathi Nair, “Consumer Protection Law in India”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994; Pradeep Mehta, “Multilateral Competition Policy and Consumer Welfare” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 Abril 2001).

¹⁴² Cf. Aduru Rajendra Prasad “The Regulation of Unfair Contracts – An Indian Perspective”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁴³ Cf. Sriram Panchu, “Consumer Redress under the Indian Consumer Protection Act 1986”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁴⁴ Cf. Tine Elisabeth Abraham e Stella Joseph, “Public Distribution System in Índia: a critical evaluation of recent trends”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹⁴⁵ Cf. Rajendra Prasad, “Rural Consumers: Indian Experience”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹⁴⁶ Cf. Rajendra Prasad, “Medical Negligence and Consumer Law – The Indian Experience” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹⁴⁷ Cf. Lúcia Abella Aquino, “The Consumer Act of the Philipines”; Francis Joseph De La Cruz, “Consumer Redress in the Philippines”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁴⁸ Cf. Li Mai Ming, “Comprehensive Statute for Consumer Protection – A Case Study of Hong Kong”; Jill Cottrell “Mechanisms for Consumer Redress in Hong Kong”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁴⁹ Cf. Assafa Endeshaw, “Generating Consumer Confidence through Trustmarks – The Legal Issues”, in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹⁵⁰ Cf. Mohamed Iqbalk bin Mohamed Shafi, “Consumer Protection and Consumer Laws in Malasya” in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁵¹ Cf. Nik Ramlah Mahmood, “Unfair Terms in Malaysian Consumer Contracts – The neede for increased judicial creativity”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁵² Cf. Grace Xavier, “The Regulation of Consumer Credit Transactions in Malaysia”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁵³ Cf. Yusuf Shofie, “Consumer Access to Justice: A case study of the Housing Industry in Indonesia”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994.

¹⁵⁴ Cf. Junnosuke Bab, Unfair contracts in Japan”, in “Developing Consumer Law in Ásia”, 1994; Kohei Nakabo, “Consumer Protection and Legal Reform in Japan”, Shingo Seryo, “the Strengthening of Anti-Monopoly Policy and its Influence on Private Law Suits in Japan”, Akira Morita, “Solicitation of Investment Contract and Consumer Protection in Japan”, Toshihiko Yamasaki, “Securities Firms Precipitated Investment Losses and Lender Liability in Japan”, Ryoichi Yoshimura, Product Liability Law in Japan”, Toshiko Katayama, “The Present Limits and the Future of Japanese Product Liability Law”, Sumio Okawa, “Legal Control of Consumer Credit Transactions in Japan”, Hiroshi Kashima “Current Situation of Japan’s Consumer Bankruptcy System and it’s Legal Reform”, Toshiya Bando “Small Change on Consumer Credit Debts Collecting System in Japan”, Jisuke Nagao, 2Trends of Policy and Law of Japanese Consumer Protection in 1980’s and Beyond”, in “Global Trends of Consumer Laws in a Changing World”, Kyoto, Japan, 1994; Tsuneo Matsumoto, “Consumers Issues in the Global Market”, in “Global Commerce Conference”, Sydney, Australia (9-11 novembro 1998); Saito Masahiro, “outline of the Consumer Contract Law (Shouhisah Keiyaku Hou) in Japan”, Sakurai Takeo “Consumer Affairs related to Financial Products in Japan” e Tsuneo Matsumoto, “Managing Risks Through Soft Law Techniques: can they work for Consimers”, in 9th International Consumer Law Conference, 10-12 abril 2003, Atenas.

¹⁵⁵ Cf. em especial os documentos preparatórios da “Global Commerce Conference”, Sydney, Austrália (9-11 novembro 1998), organizada pela Australian Competition and Consumer Commission, sobre “enforcement strategies” e “compliance strategies”.

¹⁵⁶ Cf. Goldring, Maher e outros “Consumer Protection Law”, The Federation Press, 5. ed. Sydney, Austrália, 1998; Kate Tokeley, “Consumer Law in New Zeland”, Butterworths, Wellington, Nova Zelândia 2000; Grant Hannis, “The Economics of Consumer Protection Law” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹⁵⁷ Cf. David Harland “The Regulation of Unfair Contracts in Austrália” in “Global Trends of Consumer Laws in a Changing World”, Kyoto, Japan, 1994.

¹⁵⁸ Cf. Allan Asher, “Australia’s Trade Practices Act”, in “Global Trends of Consumer Laws in a Changing World”, Kyoto, Japan, 1994.

¹⁵⁹ Cf. David Harland, “The Legal System on Product and Service Liability – The Australian Experience”, in “Global Trends of Consumer Laws in a Changing World”, Kyoto, Japan, 1994.

¹⁶⁰ Cf. Rob Bowie e Nick McBride “The Goals of Consumer Credit Law: Tha Approach of the Ministry of Consumer Affairs in its Consumer Credit Law Review” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 Abril 2001); C. Hawes, “The Liability of Real Estate Agents under the Fair Trading Act 1986”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul (11-13 abril 2007).

¹⁶¹ Cf. Cynthia Hawes, “Consumer Credit in New Zealand”, in 9th International Consumer Law Conference, 10-12 abril 2003, Atenas.

¹⁶² Cf. Therese Wilson, “Responsible Lending or Restrictive Lending Practices? : Balancing Concerns Regarding Over-Indebtedness with Addressing Financial Exclusion”, Nicola Howell e Therese Wilson “In competitive markets is there still a need for consumer protection and fair trading regulatiuon?”, in “11th International Conference of Consumer Law”, Cape Town, África do Sul, (11-13 abril 2007).

¹⁶³ Cf Helen Coonan, “Consumer Protection onh the Net” e Richard Cousins “Self regulation in the Internet Industry”, in “Global Commerce Conference”, Sydney, Australia (9-11 novembro 1998); Ira Hecht, “2001 – A privacy Odyss-” e, in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001).

¹⁶⁴ Cf. Josph Longo, “Cyber enforcement in the financial services sector”, in “Global Commerce Conference”, Sydney, Austrália (9-11 novembro 1998).

¹⁶⁵ Cf. “Fair Trading Codes of Conduct”, Consumers Affairs Agencies, Australia (Junho 1998), Warren Truss, “Codes of Conduct, Policy Framework”, Department of Industry Science Tourism, Austrália (março 1998) e, Chris Ellison “Benchmarks for industry-Based Customer Dispute Resolution Schemes” Department of Industry Science Tourism, Australia (agosto 1997); Elizabeth Lanyon “Codes of Practice for financial services: An Australian Perspective” e Bronwin Naylor, “Consumer complaints handling in the privatised Victorian energy industry”, in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001) .

¹⁶⁶ Cf. Gregory Thwaite, “Lawyers Hiring Clients: Ethical Aspects of Class Actions” in “Eighth International Consumer Law Conference” organizada pela IACL e pela Universidade de Aukland, Aukland, Nova Zelândia (9-11 abril 2001); John Skinnon, “Accident compensation in New Zealand: review of a unique collective compensation scheme”, in 9th International Consumer Law Conference, 10-12 abril 2003, Atenas.

¹⁶⁷ Cf. “Regional Economic Integration and Consumer Protection”, Thierry Bourgoignie, Ed. Yvon Blais, GREDICC/UQAM, Montreal, 2009.

¹⁶⁸ Cf. «Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation», GREDIC UQAM, Ed. Yvon Blais, 2006, Québec, Canadá.

¹⁶⁹ *Loc. cit.*, pág 34.

¹⁷⁰ Como aliás resulta de forma bem explícita da Comunicação do próprio Presidente da Comissão Barroso no seu “Um Mercado Único para a Europa do Século XXI” (COM (2007) 724 final de 20 de Novembro de 2007). Ver o Parecer CESE 1502/2008 de 25.09.2008, (INT/409), de que foi relator Bryan CASSIDY e correlatores HENKS e CAPPELLINI.

¹⁷¹ Cf. a recente edição 2009 das estatísticas Eurostat “Consumers in Europe” onde, significativamente, as principais razões para a não adesão ao comércio electrónico têm a ver com tudo – designadamente com a falta de confiança dos consumidores nas empresas fornecedoras – menos com a harmonização mínima (págs. 50 a 59).

¹⁷² Parecer de iniciativa sobre “A abordagem proativa do direito: Um passo para legislar melhor a nível da EU” (INT/415) Relator J. Pegado Liz i n JO C 175 de 28/07/2009, p. 26.

¹⁷³ Ao nível do CESE foram vários os pareceres em que se defendeu a aplicação deste regime a vários domínios contratuais do direito comunitário. Cf. JO C 157 de 28.6.2005, p.1, relator: Jorge Pegado Liz; JO C 318 de 23.12.2006, p. 200, relator: Frank Von Fürstenwerth; JO C 65 de 17.3.2006, p. 134, relator: Guido Ravoet; JO C 309 de 16.12.2006, p. 26, relator: Edgardo Maria Iozia; JO C 65 de 17.3.2006, p.13, relator: Umberto Burani; JO C 27 de 3.2.2009, p.18, relator: Angelo Grasso; JO C 151 de 17.6.2008, p.1, relator: Edgardo Maria Iozia; JO C 175 de 28.7.2009, p. 26, relator: Jorge Pegado Liz.

¹⁷⁴ Ver, por exemplo, Basedow, “Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz: Opt-in, opt-out, wozu überhaupt? ” [Um direito europeu dos contratos opcional: *Opt-in* ou *opt-out*, e para quê], ZEuP 2004, 1.

¹⁷⁵ De acordo com o professor M. Hesselink, da Universidade de Amesterdão, no que respeita à justiça social um 28º regime poderia ser a opção carregando num botão azul; se o projeto de quadro comum de referência (PQCR) se tornasse num instrumento opcional nas transacções empresas-consumidores, isso não causaria *dumping* social; a possibilidade de optar pelo regime jurídico previsto no PQCR, caso seja autorizada pelo legislador europeu, traria vantagens para todos nas transacções empresas-consumidores.

¹⁷⁶ A Assembleia Nacional da França adotou recentemente um relatório de informação sobre os direitos dos consumidores (a relatora foi Marietta Karamanli) que recomendou que fosse posto à prova um “28º regime” jurídico europeu no quadro do Regulamento Roma I.

¹⁷⁷ Ver Heiss/Downes, “Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law: Reflections from a Private International Law Perspective” [Elementos não opcionais de um direito europeu dos contratos opcional: Reflexões da perspectiva do direito privado internacional], ERPL 13 (2005), 693 (699).

¹⁷⁸ Em Resolução votada por larguíssima maioria, em 8 de junho de 2011.

¹⁷⁹ COM (2011) 635 final de 11.10.2011.

¹⁸⁰ Cf. K. SIMITIS, “Verbraucherschultz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?”, pág. 109.

¹⁸¹ No Parecer de Iniciativa (JO C 24 de 31/01/2006, p. 52) o CESE “defende que legislar melhor e a execução e o cumprimento da legislação estão intimamente ligados: uma boa lei é uma lei exequível e cumprida”.

¹⁸² É, de fato, pelo menos surpreendente que o Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor”, celebrado entre o PE, o Conselho e a Comissão (JO C 321 de 31.12.2003), não seja sequer mencionado na Comunicação da Comissão.

¹⁸³ Um bem conhecido exemplo é a desaplicação generalizada da Diretiva 85/374/CEE, (JO L 210 de 7.8.85) alterada pela Diretiva 1999/34/CE (JO L 141 de 4.6.1999) sobre a responsabilidade do produtor, preterida pelas normas correspondentes dos direitos nacionais, conforme se deu bem conta na Conferência organizada em Louvain-la-Neuve a 23-24.3.1995 pelo Centre de Droit de la Consommation, “*La Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits: dix ans après*”.

¹⁸⁴ Nessa medida, não pode deixar de se estranhar que a Comissão, ainda não tenha dado acolhimento a pedido insistentemente formulado por todos os organismos representantes dos consumidores no sentido de transformar as Recomendações relativas aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo (Recomendações de 30.03.1998 e de 4.4.2001 *in*, respectivamente, JO L 115 de 17.4.1998 e JO L 109 de 19.4.2001) em diretivas ou regulamentos com força obrigatória geral, situação especialmente aguda quando, na ausência de harmonização, as diferentes tradições jurídicas dos Estados conduzem a uma evolução muito diferenciada na previsão de meios alternativos de resolução de conflitos.

¹⁸⁵ De que cumpre destacar o processo europeu para ações de pequeno montante (Regulamento (CE) 861/2007, *in* JO L 199 de 31.7.2007, p. 1) ou as propostas relativas a uma maior eficácia na execução das decisões judiciais na UE: Penhora de contas bancárias (COM(2006) 618 final) e Transparência do património dos devedores (COM(2008)128 final), mas fundamentalmente destinadas a facilitar as cobranças pelas empresas e não a beneficiar os consumidores (Cf. Pareceres JO C 10 de 15.1.008, p. 2 e JO C 175 de 28.7.09, p. 73).

¹⁸⁶ COM(2005) 672 final e COM (2008) 165 final; ver respectivamente Pareceres JO C 324 de 30.12.2006, p. 1 e JO C 228 de 22.9.2009, p. 40.

¹⁸⁷ Cf. por todos, o Acórdão de 01/06/1994, Comissão/Alemanha, C-317/92 e o Acórdão de 10/05/1995, Comissão /Alemanha, C-422/92.

¹⁸⁸ COM(2002) 725 final.

CLÁUSULAS ABUSIVAS E AÇÃO INIBITÓRIA:

ASPECTOS PROCESSUAIS MAIS MARCANTES

SUSANA FERREIRA DOS SANTOS

Licenciada e mestre em Direito pela Universidade Católica Portuguesa - Porto

Docente do Instituto Politécnico de Bragança

Membro da Delegação da ApDC de Trás-os-Montes

EXCEROTOS

“A ação inibitória é uma ação declarativa de condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais e ‘atua de modo definitivo, uma vez que tem por objeto a imposição imediata de um comportamento’”

“Sempre que haja ‘receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis’ com a Lei das Condições Gerais dos Contratos, as entidades dotadas de legitimidade ativa para propor uma ação inibitória, poderão, de igual modo, ‘requerer provisoriamente a sua proibição’”

“A Lei de Defesa do Consumidor (LDC), aprovada pela Lei 24/96, de 31 de Julho, consagrou no seu artigo 10º o direito à prevenção e à ação inibitória, destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores”

“Quanto às associações de consumidores e ao Ministério Público, a sua legitimidade está consagrada em ambos os diplomas. A questão reside na legitimidade dos consumidores diretamente lesados ou ainda que não diretamente lesados e do Instituto do Consumidor (IC), leia-se Direção-Geral do Consumidor (DGC)”

“ALMEIDA COSTA entende que a enumeração prevista no artigo 26º LCGC é uma enumeração taxativa, não se conferindo legitimatio ad causam a entidades não previstas na lei. Aliás, o autor afirma mesmo que se preteriram ‘os consumidores individualmente considerados’”

“Em teoria e em jeito de conclusão, não há motivos que fundamentem a falta de coincidência entre a lista de legitimados do artigo 13º LDC e a do artigo 26º LCGC; afirmamos tal, mesmo sabendo da inércia do consumidor individual e, mais ainda, do fato do Instituto do Consumidor, atual Direção-Geral do Consumidor, não ter proposto uma só ação inibitória desde 1996”

“A doutrina sugere uma eficácia erga omnes, em vez da eficácia ultra partes da decisão transitada em julgado, não só por uma questão de economia processual, mas sobretudo para atingir o escopo da lei: a proteção do consumidor”

“A ação inibitória é uma ação declarativa de condenação, no âmbito de uma fiscalização preventiva e abstrata de cláusulas abusivas, a fim de se proibir a sua utilização futura por decisão judicial”

1. Ação inibitória: controlo preventivo e abstrato

Nos contratos com cláusulas contratuais gerais, em que “o aderente está desarmado” e “a sua liberdade é aparente”¹, o legislador consagrou mecanismos processuais para a sua defesa contra as cláusulas abusivas.

Num controlo preventivo, para cláusulas ainda não integradas em contratos singulares ou independentemente da sua inclusão efetiva², determinadas entidades poderão socorrer-se da **ação inibitória**, consagrada no artigo 25º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro (Lei das Condições Gerais dos Contratos – LCGC). Assim sendo, o desígnio desta ação é impossibilitar a utilização futura de cláusulas proibidas por lei.

Num controlo incidental de cláusulas iníquas já introduzidas em contratos singulares, o consumidor poderá lançar mão da **ação de declaração de nulidade**, nos termos do artigo 12º LCGC, a fim de ver declarada a nulidade das cláusulas abusivas. Poderá, ainda, propor uma ação inibitória, contudo terá como único propósito evitar a utilização futura de tais cláusulas. Assim sendo, estas duas formas de defesa não se anulam.

A ação inibitória é uma **ação declarativa de condenação** na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais e “atua de modo definitivo, uma vez que tem por objeto a imposição imediata de um comportamento”³.

A doutrina realça o **caráter preventivo** da ação inibitória: ainda não foi celebrado qualquer contrato, mas determinada cláusula poderá ser proibida, por decisão judicial, numa futura celebração. Galvão Telles invoca o adágio popular: “mais vale prevenir do que remediar”⁴. Trata-se de “manter o tráfego jurídico livre de cláusulas objetivamente desproporcionadas”⁵, como refere Joaquim de Sousa Ribeiro, citando uma decisão do BGH⁶. E estamos perante um **controlo abstrato**, uma vez que não é necessária a utilização concreta das cláusulas; sendo assim, é um controlo judicial desligado “das circunstâncias específicas que o rodeiam”⁷.

A doutrina é ainda unânime em louvar a opção do legislador pela escolha do **sistema judicial** em detrimento de uma fiscalização preventiva de tipo administrativa. Esta solução tem como principal vantagem “as maiores garantias de isenção e de independência, à partida, dos tribunais”, todavia aponta-se como grande inconveniente a “morosidade e menor preparação técnica dos tribunais”⁸.

2. Considerações processuais gerais

Estamos perante um diploma “particularmente inovador nos mecanismos processuais que previu para a defesa contra as cláusulas abusivas”⁹. O capítulo VI da LCGC tem como título “Disposições de natureza processual”, contudo é a ação inibitória a figura primacial das referidas normas jurídicas.

Quanto à forma do processo da ação inibitória, segue os termos do **processo sumário**, visando o legislador “acelerar o seu andamento”¹⁰, sendo uma “manifestação eloquente da trilogia justiça célere, segura e económica”¹¹. Todavia, em Portugal, as ações inibitórias são demoradas, principalmente na

Trata-se de “manter o tráfego jurídico livre de cláusulas objetivamente desproporcionadas”

primeira instância, questionando-se as “poucas decisões no saneador”, já que “se trata de apreciar pura matéria de direito”¹². Na verdade, são necessários quatro a cinco anos até ao trânsito em julgado da decisão.

Neste sentido e não esquecendo a morosidade do processo, o legislador consagrou um meio de tutela provisória. E assim sempre que haja “receio fundado de virem a ser incluídas em contratos singulares cláusulas gerais incompatíveis” com a Lei das Condições Gerais dos Contratos, as entidades dotadas de legitimidade ativa para propor uma ação inibitória, poderão, de igual modo, “**requerer provisoriamente a sua proibição**”¹³. A proibição provisória segue, *mutatis mutandis*, as regras estipuladas para os procedimentos cautelares não especificados.

No que respeita às custas, o artigo 29º LCGC¹⁴ consagra a **isenção total de custas**, tendo em conta “a especial natureza das entidades legitimadas”¹⁵, a fim de incitar a propositura de ações. Está em causa o princípio da “economia no acesso aos tribunais”¹⁶. Discute-se se a isenção favorece apenas o autor da ação inibitória ou ambas as partes. Na esteira de João Alves¹⁷, consideramos que beneficia apenas o autor; todavia existe jurisprudência que vai no sentido oposto e considera que o artigo 29º LCGC estabelece uma isenção objetiva¹⁸.

A lei fixou, ainda, o **valor destas ações** acima da alçada do tribunal da Relação. Desta forma, afastam-se quezílias sobre a sua determinação, bem como possibilita o Supremo Tribunal de Justiça apreciar questões para as quais tem vocação, uma vez que está em causa a apreciação de matéria de direito¹⁹.

A lei estabelece, ainda, como **tribunal competente** o da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado, conforme dita o

seu artigo 28º²⁰. Ora esta solução legal é criticável: se a ACOP – Associação de Consumidores de Portugal, com sede em Coimbra, pretender demandar a DHL, uma das mais conhecidas empresas de transporte, terá que o fazer em Lisboa. Seria de todo proteger o consumidor se a regra da competência territorial fosse alterada e se consagrasse como competente o tribunal do domicílio ou da sede do demandante²¹.

3. Legitimidade processual ativa

3.1. Os legitimados do artigo 26º LCGC

Por força do artigo 26º LCGC, quem tem legitimidade para intentar a ação inibitória são as seguintes entidades:

a) As **associações de defesa dos consumidores**, dotadas de representatividade, nos termos da Lei de Defesa do Consumidor. Por força dos artigos 17º a 19º LDC, têm que ter personalidade jurídica, não podem ter escopo lucrativo e ter como objetivo a proteção dos direitos e dos interesses dos consumidores, sejam seus associados ou não.

b) As **associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas**, atuando no âmbito das suas atribuições²².

c) O **Ministério Público**, em que o legislador entendeu consagrar três formas de intervenção: oficiosamente; por menção do Provedor de Justiça²³ e ainda quando considere fundamentada a pretensão de qualquer interessado²⁴. Mário Frota realça o fato de não se estar perante “um mero ato discricionário, antes se trata de um poder-dever de que se apartará se a pretensão do particular de todo for infundada (...)”²⁵.

3.2. Os legitimados do artigo 13º LDC

A Lei de Defesa do Consumidor (LDC), aprovada pela Lei 24/96, de 31 de Julho²⁶, consagrou no seu artigo 10º o direito à prevenção e à ação inibitória, destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores. Assim sendo, a ação inibitória foi, então, primeiramente consagrada pela Lei das Condições Gerais dos Contratos. O artigo 13º LDC estabelece quais as entidades com legitimidade para intentar a ação inibitória em geral:

a) Os **consumidores diretamente lesados**;

b) Os **consumidores e as associações de consumidores ainda que não diretamente lesados**, nos termos da Lei 83/95, de 31 de Agosto;

c) O **Ministério Público**²⁷ e o **Instituto do Consumidor**²⁸, quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos.

A ação inibitória proposta pelo consumidor não diretamente lesado e pelas associações dos consumidores terá que ser intentada como ação popular²⁹. Daí a importância da Lei 83/95, de 31 de Agosto, que consagrou o direito de participação procedimental e de ação popular. A concepção clássica processual civil baseava-se na tutela dos interesses individuais, modernamente há que ter em consideração a existência de interesses difusos e a sua tutela através das ações coletivas³⁰.

3.3. Legitimatío ad causam

Como facilmente se percebe, existe uma **falta de coincidência** entre o rol de legitimados do artigo 26º LCGC e o do artigo 13º LDC. Quanto às associações de consumidores e ao Ministério Público, a sua legitimidade está consagrada em ambos os diplomas. A questão reside na legitimidade dos consumidores diretamente lesados ou ainda que não diretamente lesados e do Instituto do Consumidor (IC), leia-se Direção-Geral do Consumidor (DGC).

A maioria da doutrina nem equaciona a possibilidade do consumidor individualmente considerado ter legitimidade para intentar uma ação inibitória; de uma forma geral, os autores transcrevem o artigo 26º LCGC e tecem algumas considerações sobre as entidades previstas no artigo referido com legitimidade para a causa. Mesmo no âmbito da Lei de Defesa do Consumidor e no que respeita à legitimidade dos consumidores individuais, há doutrina que considera tratar-se de uma norma de “duvidoso alcance prático, e mesmo questionável, no seu princípio, não só face ao amplo e criterioso círculo de entidades para tanto já legitimadas por aquela primeira lei, como também por não parecer adequado erigir o consumidor singular numa espécie de curador de interesses supra-individuais”³¹. Almeida Costa entende que a enumeração prevista no artigo 26º LCGC é uma enumeração taxativa, não se conferindo *legitimatío ad causam* a entidades não previstas na lei. Aliás, o autor afirma mesmo que se preteriram “os consumidores individualmente considerados”³².

Mário Frota entende que *o consumidor individual, ainda que não lesado, pode ser titular da ação inibitória* nestas circunstâncias, tanto mais que o art. 13º da LDC, que é posterior, comete aos consumidores individuais tal legitimidade, na ação inibitória em geral. Na verdade, “o demandante, exercendo em nome próprio direitos alheios, tem legitimidade para acionar em

nome de todos os visados, pertençam ou não às associações ou às entidades de que se trate”³³. Na sua esteira, Joaquim de Sousa Ribeiro diz-nos claramente que por força da Lei de Defesa do Consumidor, aquela legitimidade “foi estendida aos consumidores individuais, ainda que não diretamente lesados (...), bem como ao Instituto do Consumidor”³⁴. Concordamos em absoluto.

Em teoria e em jeito de conclusão, *não há motivos que fundamentem a falta de coincidência entre a lista de legitimados do artigo 13º LDC e a do artigo 26º LCGC*; afirmamos tal, mesmo sabendo da inércia do consumidor individual e, mais ainda, do fato do Instituto do Consumidor, atual Direção-Geral do Consumidor, não ter proposto uma só ação inibitória desde 1996 até à data de hoje.

4. Legitimidade processual passiva

De acordo com o artigo 27º LCGC, a ação inibitória pode ser intentada contra quem tire partido das cláusulas ou contra quem as recomende a terceiros. Como facilmente se percebe, quer o utilizador, quer o “recomendante” estão sujeitos a esta ação³⁵.

O mesmo artigo acrescenta que a ação pode ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas ou cláusulas substancialmente idênticas, através da figura da coligação, não sendo necessário respeitar a competência territorial, prevista no artigo seguinte. Na verdade, “o legislador foi sensível à vantagem resultante da propositura de ações em conjunto contra várias entidades abrangidas no preceito, a fim de reduzir-se o risco de decisões judiciais contraditórias”³⁶.

5. Efeitos da proibição de utilização de cláusulas

O *demandado condenado fica proibido de utilizar as cláusulas* em questão na celebração de futuros contratos. Daí que se diga que “o objeto da tutela da ação inibitória não é o cliente singular do utilizador, mas antes o tráfico jurídico em si próprio (...)”³⁷. Assim, qualquer cliente concreto do demandado poderá “invocar a todo o tempo, em seu benefício, a declaração incidental de nulidade contida na decisão inibitória”³⁸. Aliás, o demandado, a pedido do autor, poderá ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determine^{39, 40}.

Se o demandado não acatar a proibição de utilização das cláusulas, poderá ser condenado ao pagamento de uma *sanção pecuniária compulsória*, nos termos do artigo 33º LCGC.

O legislador consagrou a ação inibitória, todavia a *extensão do efeito de caso julgado é bastante restrita*. A decisão de proibição de determinadas cláusulas vale apenas para aquele demandado. Se outra entidade pretender utilizar a(s) mesma(s) cláusula(s), poderá fazê-lo, até que seja intentada uma ação inibitória ou uma ação de declaração de nulidade das cláusulas em questão. Por outras palavras, “a **eficácia *ultra partes*** da sentença limita-se a quem pode invocá-la: qualquer pessoa que venha a celebrar um contrato com a empresa condenada – mas só contra esta empresa”⁴¹.

A doutrina sugere uma **eficácia *erga omnes***, em vez da eficácia *ultra partes* da decisão transitada em julgado, não só por uma questão de economia processual, mas sobretudo para atingir o escopo da lei: a proteção do consumidor. Na verdade, a eficácia *erga omnes* “permitiria que quem houvesse celebrado já os contratos pudesse fazer valer sem mais o julgado, de cujos termos beneficiaria em extensão e profundidade”⁴². O alcance limitado do caso julgado e respectiva eficácia *ultra partes* “matam” a ação inibitória...

No que respeita ao **registo das decisões judiciais** transitadas em julgado que proíbam o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais, bem como aquelas que declararam a nulidade de cláusulas já inseridas em contratos singulares, foi o Decreto-Lei 220/95, de 31 de Janeiro, que instituiu tal regime. Como refere Almeida Costa, “pretende-se estabelecer um sistema que assegure o conhecimento fidedigno e acessível de tais decisões”⁴³. Todavia, basta consultar o respectivo serviço e “ficamos com a certeza de que poucos foram os tribunais que deram cumprimento ao dever imposto”⁴⁴ pelo artigo 34º LCGC. Aliás, Mário Frota sugere, inclusive, a reestruturação do Registo Nacional de Cláusulas Abusivas “ante a imprestabilidade e o anedótico do que hoje residualmente existe”⁴⁵.

6. A ação inibitória e o Ministério Público

Há quem caracterize o Ministério Público “como o curador dos interesses coletivos dos consumidores”⁴⁶. Todavia, a sua conduta é amiúde criticada, quando convida o profissional a suprimir as cláusulas que considera abusivas. E desta forma, socorrendo-se da inutilidade superveniente da lide, arquiva o respectivo processo.

Desta forma, o empresário não foi condenado, não sendo possível a aplicação da sanção pecuniária compulsória prevista na lei, e mais facilmente reincidirá na utilização das cláusulas em questão. Por outro lado, não poderão outras entidades invocar a decisão incidental de nulidade. Em ambas as situações, “o Ministério Público corre o risco de enfraquecer os interesses individuais e coletivos dos consumidores”⁴⁷.

A jurisprudência dominante vai no sentido oposto, considerando que *não se verifica a inutilidade superveniente* com a “expurgação voluntária pelo proponente das cláusulas contratuais gerais proibidas, objeto da ação inibitória, porque o interesse social deste tipo de ações transcende o mero interesse do caso litigado para poder ser invocado por terceiros (...)”⁴⁸.

João Alves, Procurador da República, declara, entre muitas outras confissões, uma *deficiente formação das magistraturas e uma falta de constância no desempenho do Ministério Público*⁴⁹. E relata que na contestação e no recurso, os réus poderosos economicamente argumentam que não se trata de cláusulas contratuais gerais, uma vez que apenas estão em causa “cláusulas impressas que são utilizadas nas negociações com os clientes e que podem ser alteradas ou eliminadas pela vontade das partes”. E assim sendo, não estamos perante cláusulas contratuais gerais, mas sim perante contratos individualizados que não podem ser objeto de controlo preventivo, mediante a ação inibitória. De acordo com o magistrado, infelizmente, tal tese tem vingado, algumas vezes, nos tribunais.

A questão primacial centra-se nas características das cláusulas contratuais gerais. Para além da pré-elaboração e da indeterminação, existe a rigidez⁵⁰. E João Alves reconhece que *o próprio Ministério Público poderá ter dado “um realce desnecessário ao requisito da rigidez”*, em virtude de “uma interpretação literal da posição de Almeida Costa e Menezes Cordeiro”⁵¹. Argumenta que “a rigidez não é um requisito essencial, mas uma característica tendencial”, na esteira de Carlos Ferreira de Almeida⁵².

Não obstante as críticas feitas à atuação de alguns magistrados do Ministério Público, erro crucial é a generalização: e muitos destes profissionais fizeram, fazem e, com certeza, continuarão a fazer um excelente trabalho nesta sede.

A maioria da doutrina nem equaciona a possibilidade do consumidor individualmente considerado ter legitimidade para intentar uma ação inibitória

7. Conclusões

A ação inibitória é uma ação declarativa de condenação, no âmbito de uma fiscalização preventiva e abstrata de cláusulas abusivas, a fim de se proibir a sua utilização futura por decisão judicial.

É uma ação que segue a forma de processo sumário, mas a prática diz-nos que a morosidade é uma constante: quatro a cinco anos até ao trânsito em julgado da decisão.

É uma ação com isenção total de custas, todavia consideramos que esta isenção é subjetiva: apenas beneficia o autor.

A regra da competência territorial é alvo das nossas críticas: o tribunal competente deveria ser o da sede ou domicílio do autor e não o tribunal da comarca onde se localiza o centro da atividade principal do demandado.

Não há razões que justifiquem a não coincidência entre a lista dos legitimados do artigo 13º LDC e a do artigo 26º LCGC. Assim sendo, quer o consumidor individual, ainda que não lesado, quer a Direção-Geral do Consumidor poderão ser titulares da ação inibitória no âmbito da Lei das Condições Gerais dos Contratos.

A extensão do efeito de caso julgado é muito restrita; o legislador deveria consagrar uma eficácia *erga omnes*, em vez da eficácia *ultra partes* da decisão transitada em julgado.

Notas

¹ Mota Pinto, *Contratos de adesão*. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Coimbra. 1973, p. 147. Ao que sabemos, trata-se do primeiro texto doutrinário sobre a matéria.

² No caso de a cláusula já ter sido incluída num contrato, o contraente consumidor poderá lançar mão da ação inibitória, mas “nunca com o escopo específico de ser declarada a nulidade da cláusula nesses contratos mas tão só no intuito de evitar a sua futura utilização”. Cfr. José M. de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 373.

³ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 57.

⁴ Inocêncio Galvão Telles, *Das Condições Gerais dos Contratos e da Diretiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 2. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo, junho de 1995, pp. 15 e 16.

⁵ Joaquim Ribeiro de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 494 e 495.

⁶ BGH – *Bundesgerichtshof*, Tribunal Federal de Justiça da Alemanha.

⁷ Joaquim Ribeiro de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 491.

⁸ Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386-h.

⁹ Jorge Pegado Liz, As condições gerais dos contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 13. Associação Portuguesa de Direito do Consumo, p. 27.

¹⁰ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 60.

¹¹ Mário Frota, As Condições Gerais dos Contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Suplemento de 1998, p. 265.

¹² João Alves, Cláusulas contratuais gerais: a pretensa individualização dos contratos com vista a “impedir” o controlo preventivo através da acção inibitória. *Revista do CEJ*, n. 13, 1º Semestre, 2010, p. 19.

¹³ Artigo 31º LCGC.

¹⁴ À semelhança do previsto no artigo 14º LDC e no artigo 20º da Lei 83/95, de 31 de Agosto (Lei de Ação Popular).

¹⁵ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 60.

¹⁶ Mário Frota, As Condições Gerais dos Contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Suplemento de 1998, p. 265.

¹⁷ Cfr. João Alves, *A Isenção de Custas na Ação Inibitória*. Disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/consumidor/inibitoria_custas.html. Acesso em 09.01.2102.

¹⁸ Cfr. Acórdão do STJ de 23-11-2000 (Sousa Inês), Coletânea de Jurisprudência, III, 135.

¹⁹ Cfr Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 61.

²⁰ No caso de o centro da atividade principal se situar fora do território nacional, será competente o tribunal da comarca da residência ou da sede do demandado. Já na hipótese de residir ou ter a sede no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas foram propostas ou recomendadas.

²¹ Cfr. Mário Frota, *Conferência Regional de Ponte de Lima – Conclusões*. Disponível em <http://www.netconsumo.com/2011/12/conferencia-regional-ponte-de-lima.html>. Acesso em 09/01/2012.

²² “Para além deste limite, naturalmente, não se justificaria a atribuição de legitimidade ativa.” Cfr. Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 58.

²³ O Provedor de Justiça tem consagração constitucional e a sua principal função, de acordo com o Estatuto do Provedor de Justiça, é defender e promover os “direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos, assegurando, através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos”. Cfr. Artigo 1º, n. 1 da Lei 9/91, de 9 de Abril, com as alterações introduzidas pela Lei n. 30/96, de 14 de Agosto e pela Lei n. 52-A/2005, de 10 de Outubro.

²⁴ Esta parte final do artigo foi alterada em 1995: passou de “mediante solicitação de qualquer interessado” para “ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

²⁵ Mário Frota, A Lei das Condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 4. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo, dez./de 1995, p. 318.

²⁶ A Lei de Defesa do Consumidor, a Lei 24/96, de 31 de Julho, foi alterada pela Retificação 16/96, de 13 de Novembro; pela Lei 85/98, de 16 de Dezembro; e, finalmente, pelo Decreto-Lei 67/2003, de 8 de Abril.

²⁷ O artigo 20º LDC diz-nos que “incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores”.

²⁸ O Instituto do Consumidor é a atual Direção-Geral do Consumidor. De acordo com o artigo 21º, n. 1, LDC é um “instituto público destinado a promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores, bem como a coordenar e executar as medidas tendentes à sua proteção, informação e educação e de apoio às organizações de consumidores”; gozando, entre muitos outros poderes, de “representar em juízo os direitos e interesses coletivos e difusos dos consumidores”, por força do n. 2 c) do mesmo artigo.

²⁹ Note-se que a Constituição da República Portuguesa consagra desde o seu início, 1976, no artigo 52º, a ação popular como direito fundamental.

³⁰ João Alves, Algumas notas sobre a tramitação da acção inibitória de cláusulas contratuais gerais. *Revista do CEJ*, n. 6, 1º Semestre, 2007, p. 75.

³¹ Almeno de Sá, Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 80. Com a mesma opinião, cfr. Ana Mafalda Barbosa, Os contratos de adesão no cerne da proteção do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra, n. 3, 2001, p. 422.

³² Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 27.

³³ Mário Frota, As Condições Gerais dos Contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, Suplemento de 1998, p. 270.

³⁴ Joaquim Ribeiro de Sousa, *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 493.

³⁵ Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 78.

³⁶ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 59.

³⁷ Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.

³⁸ Artigo 32º, n. 2 LCGC.

³⁹ Artigo 30º, n. 2 LCGC. Conforme realça Almeida Costa e Menezes Cordeiro, “a difusão do conhecimento dessas decisões é um dos suportes de eficácia do sistema criado pelo presente diploma”. Cfr. Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986, p. 61.

⁴⁰ Muito embora tenha sido questionada a constitucionalidade do artigo 30º n. 2 LCGC, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n. 249/2000, concluiu pela conformidade com a Lei Fundamental do Estado Português.

⁴¹ Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386-h.

⁴² Mário Frota, A Lei das Condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 4. Coimbra: Associação Portuguesa de Direito do Consumo, dez./1995, p. 312.

⁴³ Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 28.

⁴⁴ José M. de Araújo Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 396.

⁴⁵ Mário Frota, *Conferência Regional de Ponte de Lima – Conclusões*. Disponível em <http://www.netconsumo.com/2011/12/conferencia-regional-ponte-de-lima.html>. Acesso em 09/01/2012

⁴⁶ Paulo Duarte, As Cláusulas abusivas na experiência quotidiana de uma associação de consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 2, 1995, p. 41.

⁴⁷ *Idem, idem*.

⁴⁸ Acórdão do STJ de 31-05-2011 (FONSECA RAMOS). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/869d7a1e98c0795c802578a2004a8fde?OpenDocument>. Acesso em 10.01.2012. No mesmo sentido, cfr., *inter alia*, o Acórdão do STJ de 19-09-2006 (João Camilo) e o Acórdão do STJ de 25-05-2006 (Fernanda Isabel Pereira).

⁴⁹ Cfr. João Alves, A intervenção do Ministério Público português no controlo das cláusulas contratuais gerais abusivas. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 4, dez./2011, p. 113 a 136.

⁵⁰ A característica da rigidez significa que as cláusulas contratuais gerais “são elaboradas sem prévia negociação individual, de modo a serem aceites em bloco, sem possibilidade de alteração”. Cfr. Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986.

⁵¹ João Alves, Cláusulas contratuais gerais: a pretensa individualização dos contratos com vista a “impedir” o controlo preventivo através da acção inibitória. *Revista do CEJ*, n. 13, 1º Semestre, 2010, p. 13.

⁵² “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.” Cfr. Carlos Ferreira de Almeida *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 180.

Referências

- AFONSO, Isabel. Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-0-8. N. 1 (1999), p. 465-478.
- ALMEIDA, António. Cláusulas Contratuais Gerais e o postulado da liberdade contratual. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773. N. 11 (1997), p. 30 a 63.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3633-5.
- ALVES, João. A intervenção do Ministério Público português no controlo das cláusulas contratuais gerais abusivas. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 4, dez./2011, pp. 113 a 136. ISSN 2237-1168.
- _____. Algumas notas sobre a tramitação da ação inibitória de cláusulas contratuais gerais. *Revista do CEJ*, n. 6, 1º Semestre, 2007, pp. 75 a 92. ISSN 1645-829X.
- _____. Cláusulas contratuais gerais: a pretensa individualização dos contratos com vista a “impedir” o controlo preventivo através da ação inibitória. *Revista do CEJ*, n. 13, 1º Semestre, 2010, pp. 9 a 19. ISSN 1645-829X.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0870-8118, v. II, ano 60, (2000), p. 573-595.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Os contratos de adesão no cerne da proteção do consumidor. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-2-4, n. 3 (2001), p. 389 a 424.
- BARROS, José Manuel de Araújo. *Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1823-7.
- COSTA, Mário Júlio Almeida. *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. ISBN 972-54-0010-X.
- COSTA, Mário Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas Contratuais Gerais*: anotação ao Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. Coimbra: Almedina, 1986.
- DANTAS, Sara Luísa Branco. As Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-3-2, n. 4 (2002), p. 273-315.
- DUARTE, Paulo. As cláusulas abusivas na experiência quotidiana de uma associação de consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 2 (1995), p. 32-41.
- FREITAS, José Lebre de. Os meios processuais à disposição dos pleiteantes em sede de condições gerais dos contratos. *Boletim do Ministério da Justiça* 426, 1993, pp. 5 a 14.
- FROTA, Ângela [et al] – Das Ações Coletivas em Portugal. Associação Portuguesa do Direito do Consumo. Direção-Geral do Consumidor, 2007.
- FROTA, Mário. A Lei das Condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 4 (1995), p. 311-318.
- _____. Âmbito de Aplicação da Lei das Condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 2 (1995), p. 22-31.

_____. As Condições Gerais dos Contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773. Suplemento (1998), p. 259-271.

LIZ, Jorge Pegado. As condições gerais dos contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 13 (1998), p. 20-40.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1919-5.

_____. O Novo Regime dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0870-8118, v. I, ano 62 (2002), p. 111-142.

NASCIMENTO, Luís António Noronha. As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISSN 1646-0375, n. 5 (2003), p. 99-122.

OTERO, Paulo. A Ação Popular: configuração e valor no atual Direito Português. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0870-8118, v. III, ano 59 (1999), p. 871-893.

PINTO, Carlos Mota. Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra. 1973, p. 119-148.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos – Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723214680.

_____. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, ISBN 972-40-1176-3.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, ISBN 972-40-1481-9.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela de interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003. ISBN 972-8634-17-X.

TEIXEIRA, Carlos Adérito; BARROS, José M. Araújo de. *Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, Instituto Nacional de Administração, 2007, ISBN 978-972-9222-97-9.

TELLES, Inocêncio Galvão. Das Condições Gerais dos Contratos e da Diretiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 2 (1995), p. 7-21.

Referências eletrónicas

ALVES, João. *A Isenção de Custas na Ação Inibitória*. Disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/consumidor/inibitoria_custas.html. Acesso em 09.01.2102.

FROTA, Mário. *Conferência Regional de Ponte de Lima – Conclusões*. Disponível em <http://www.netconsumo.com/2011/12/conferencia-regional-ponte-de-lima.html>. Acesso em 09/01/2012.

PROPOSTA DE
REGULAMENTO
DO PARLAMENTO E DO CONSELHO
RELATIVO A UM DIREITO
EUROPEU COMUM DA
COMPRA E VENDA
COMENTÁRIO

JOÃO ALVES

Procurador-Adjunto

Procuradoria da República do Palácio da Justiça de Lisboa

EXCEROTOS

“Não é considerada essencial a existência de uma regulamentação para as vendas entre profissionais, antes considerando prioritária uma regulamentação sobre as vendas na internet, devido às evidências que a diversidade legislativa afeta o mercado único”

“Sempre que o profissional destinar a sua atividade a consumidores de outros Estados-membros, são aplicáveis as disposições de proteção do consumidor do Estado-membro em que este reside habitualmente, se o nível de proteção previsto for maior e essa aplicação não puder ser afastada por acordo, mesmo que as partes tenham escolhido outro direito aplicável”

“O direito europeu comum da compra e venda constitui um segundo regime de direito dos contratos dentro do direito nacional de cada Estado-membro. Se as partes tiverem acordado na aplicação do direito europeu comum da compra e venda, essas disposições serão as únicas normas nacionais aplicáveis”

“Para uma maior proteção é exigido que ‘Nas relações entre profissionais e consumidores, o acordo quanto à aplicação deste direito só é válido se o consentimento do consumidor tiver sido dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato’”

“Em caso de não fornecimento da ficha de informação (art. 9º, n. 1), o consumidor não fica vinculado pelo acordo até receber a confirmação prevista no art. 8º, n. 2. A consequência é igual à constante na Directiva 93/13/CEE, que a legislação portuguesa não consagrou, antes optando no DL 446/85 pelo regime da nulidade”

“Do lado do consumidor (...), face ao teor do art. 76º, qual a língua a utilizar quando pretende exercer um direito perante o profissional? Se bem compreendi a norma, se o contrato foi celebrado em italiano e o consumidor pretende exercer o seu direito de retratação, terá que o exercer em italiano. Ora, se o objetivo do DECCV é manter a confiança dos consumidores para contratar fora do seu país, por esta via tal não acontece”

“A proteção do DECCV apenas a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1), vai ser facilmente contornada através de conhecidas técnicas de vendas, recorde, como exemplo, a prática bancária”

I. Índice

I. Índice.....	145
II. Introdução.....	145
III. O âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda	147
3.1. A obtenção do acordo	148
3.2. A possibilidade de aplicação interna	149
IV. Direito europeu comum da compra e venda (Anexo I).....	150
4.1. Princípios gerais e aplicação	150
4.2. Informações pré-contratuais.....	151
4.3. Celebração do contrato.....	151
4.4. Direito de retratação.....	151
4.5. Vícios da vontade.....	152
4.6. Interpretação	153
4.7. Conteúdo e efeitos	153
4.8. Cláusulas contratuais abusivas.....	153
4.9. Conformidade dos bens.....	155
V. Conclusões.....	156

II. Introdução

A proposta contém um regime jurídico opcional de regulamentação do Direito Europeu Comum da Compra e Venda (DECCV), aplicável aos “contratos transfronteiriços de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços conexos, que se enquadrem no âmbito territorial, material e pessoal fixado nos artigos 4º a 7º” (art. 3º).

A proposta está dividida em duas partes, a primeira, com 16 artigos, estabelece as circunstâncias em que o DECCV pode ser utilizado. A segunda, consta do Anexo I, com 186 artigos, onde encontramos o regime do DECCV.

No Anexo II, encontra-se a ficha informativa.

A base legal para a proposta de Regulamento¹ baseia-se no art. 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, inserido no capítulo 3 respeitante à aproximação das legislações. As matérias abrangidas pelo art. 114º apenas necessitam de aprovação por maioria qualificada, o que implica que a proposta pode ser aprovada mesmo com a oposição de Portugal.

Uma vez adotada, terá efeito direto, passando a vigorar, após a sua entrada em vigor, na ordem jurídica interna de cada Estado-membro.

Em síntese, a Comissão está convencida que os atuais 27 direitos nacionais aplicáveis na UE prejudicam o comércio comunitário, aumentam os custos legais para as empresas caso se envolvam em vendas transfronteiriças e originam insegurança para os consumidores quanto aos seus direitos. No entanto, a uniformidade proposta é meramente apelativa, pois outras dificuldades são criadas:

- a sua efetivação vai depender do direito processual civil nacional, muito variável de Estado para Estado.

- inexistência de doutrina e jurisprudência.

- enquanto instrumento de direito europeu, qualquer questão, em última análise, terá que ser apreciada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, já bastante sobrecarregado de serviço.

- os custos e tempo de formação para magistrados e advogados serão elevados. Aliás, são conhecidas as dificuldades com o direito nacional, “(...) permita-se a liberdade de expressão: O direito de consumo ainda não sensibilizou, de vez, os operadores judiciários...”².

Acredito que existem outras medidas com maior impacto: por exemplo, a criação de uma tarifa plana nos correios da UE para mercadorias até 2/3 quilos

- a incerteza e insegurança inerentes à aplicação de um novo regime jurídico.

Pelo que apurei nos poucos elementos disponíveis na internet, não é considerada essencial a existência de uma regulamentação para as vendas entre profissionais, antes considerando prioritária uma regulamentação sobre as vendas na internet, devido às evidências que a diversidade legislativa afeta o mercado único.

Na realidade, não sofre contestação que é urgente melhorar o mercado interno e dinamizar as transações transfronteiriças mas, apesar dos vários estudos divulgados, há uma sensação no dia a dia de que os obstáculos³ têm pouco a ver com a diversidade de regimes jurídicos. Neste mundo globalizado, é possível encontrar em Portugal qualquer mercadoria, assim, qual a motivação do consumidor para comprar noutro país da UE? Simples, o preço.

Pessoalmente, acredito que existem outras medidas com maior impacto: por exemplo, a criação de uma tarifa plana⁴ nos correios da UE para mercadorias até 2/3 quilos permitiria um enorme incremento do comércio eletrónico.

Trata-se de um regime extenso e complexo, nem sempre de fácil leitura⁵, que pretende abarcar todo o ciclo de vida (da formação à prescrição) de um

contrato (profissionais-profissionais⁶ e profissionais-consumidores) e que necessitava de mais tempo para uma análise mais detalhada. Na minha opinião, a metodologia a seguir para auscultação dos vários intervenientes na defesa dos consumidores teria passado pela realização de um *workshop* sobre o tema, com a participação das universidades, associações de defesa dos consumidores, Ministério Público e Direção-Geral do Consumidor.

Incumbe “ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores” (art. 20º da Lei 24/96, de 31 de Julho).

Em consequência, a presente análise é restrita a questões contidas no DECCV que, na minha opinião, prejudicam ou são menos favoráveis para os interesses dos consumidores, tendo em particular atenção que “Portugal possui um acervo de normas de proteção dos consumidores de alto nível, em relação à maioria dos Estados da União Europeia”⁷.

III. O âmbito de aplicação do DECCV

Dispõe o art. 6º do Regulamento (CE) 593/08 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 (Roma I), sobre a lei aplicável às obrigações contratuais que, sempre que o profissional destinar a sua atividade a consumidores de outros Estados-membros, são aplicáveis as disposições de proteção do consumidor do Estado-membro em que este reside habitualmente, se o nível de proteção previsto for maior e essa aplicação não puder ser afastada por acordo, mesmo que as partes tenham escolhido outro direito aplicável.

Todavia, quando as partes contratantes decidam aplicar ao contrato o regime do DECCV, esta disposição é afastada, logo, deixa de ser aplicável ao contrato a lei nacional nas matérias reguladas no DECCV⁸.

A Comissão fornece a seguinte justificação⁹:

“O direito europeu comum da compra e venda constitui um segundo regime de direito dos contratos dentro do direito nacional de cada Estado-membro. Se as partes tiverem acordado na aplicação do direito europeu comum da compra e venda, essas disposições serão as únicas normas nacionais aplicáveis às questões abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. Se uma questão se inserir no âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda, não existe, pois, qualquer motivo para que sejam aplicadas outras normas nacionais. O

acordo quanto à aplicação do direito europeu comum da compra e venda é uma escolha entre dois conjuntos diferentes de normas de direito contratual dentro do mesmo direito nacional, pelo que não constitui uma escolha da lei aplicável na aceção das normas de direito internacional privado nem deve ser confundido com esta.”

Importa salientar que a mudança de regime legal aplicável ao contrato só se justifica para o consumidor, se obtiver uma maior protecção em relação ao regime de que beneficia na sua lei nacional – o que não é o caso português (como veremos).

O regime do DECCV é aplicável a contratos entre profissionais e profissionais e consumidores, quando se verificarem as seguintes condições:

- acordo voluntário e expresse de ambas as partes.
- seja um contrato transfronteiriço ou o Estado-membro tenha decidido pela aplicação aos contratos internos.
- o contrato respeite à compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços conexos, que se enquadrem no âmbito territorial, material e pessoal fixado nos artigos 4º a 7º.
- uma das partes seja estabelecida num dos Estados-membros da UE.

3.1. A obtenção do acordo

A proposta contém um regime jurídico opcional, porém, na prática, a escolha do consumidor é restrita a aceitar o DECCV ou não contratar com o profissional (*take it or leave it*). Importa não esquecer que o consumidor é usualmente considerado a parte mais fraca na relação contratual.

Para uma maior protecção é exigido que “Nas relações entre profissionais e consumidores, o acordo quanto à aplicação deste direito só é válido se o consentimento do consumidor tiver sido dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato. O profissional deve fornecer ao consumidor uma confirmação desse acordo num suporte duradouro” (art. 8º, n. 2) e o regime não pode ser aplicado de forma parcial (art. 8º, n. 3).

Este direito é complementado através do fornecimento de uma ficha informativa (cfr., art. 9º e Anexo II da proposta de Regulamento), com cerca de página e meia, cujo teor se afigura insuficiente e pouco elaborado.

Aliás, quem está ligado à defesa do consumidor sabe que os direitos de informação não são um meio muito efetivo de proteger o consumidor: quem se dá ao trabalho de ler página e meia para comprar um CD?

O consumidor apenas estará em condições de efetuar uma escolha consciente se conhecer as alternativas – a sua lei nacional e a lei que o profissional propõe.

É possível até especular um pouco: se o DECCV tem “um elevado nível de defesa do consumidor”, o art. 9º não é um pouco excessivo e contraditório? Como se os consumidores tivessem que ser alertados para algo perigoso.

Em caso de não fornecimento da ficha de informação (art. 9º, n. 1), o consumidor não fica vinculado pelo acordo até receber a confirmação prevista no art. 8º, n. 2¹⁰. A consequência é igual à constante na Diretiva 93/13/CEE, que a legislação portuguesa não consagrou, antes optando no DL 446/85 pelo regime da nulidade.

O DECCV é omissivo sobre o momento em que as partes acordam na sua aplicação. Assim, é legítimo concluir que as partes podem optar pela sua aplicação a qualquer altura (antes da conclusão, durante ou depois).

Em geral, tal situação não constitui um problema, todavia, nas relações profissionais-consumidores, a escolha do DECCV quando surja um litígio pode conduzir à desproteção dos consumidores. Vamos ser realistas, facilmente as grandes multinacionais vão elaborar estudos comparativos entre o DECCV e a legislação dos vários países da UE, ficando a saber quando lhes é mais favorável optar pelo DECCV.

No fundo, obtém-se um efeito similar ao que o DECCV quer evitar ao não permitir a sua aplicação parcial (art. 8º, n. 3), pelo que, importa fixar o momento de opção.

O princípio da cooperação, consagrado no art. 3º, decorre da boa-fé e traduz-se no ato de colaboração com a outra parte durante a execução do contrato

3.2. A possibilidade de aplicação interna

O debate ocorrido na UE produziu um meio-termo, o DECCV é um regime opcional limitado a contratos transfronteiriços, mas os Estados-membros têm a possibilidade de estender a sua aplicação a contratos internos, ou seja, “Contratos em que a residência habitual dos profissionais ou, nos contratos entre profissionais e consumidores, a residência habitual do profissional, a morada indicada pelo consumidor, a morada de entrega dos bens e a morada de faturação se situem nesse Estado-membro; e/ou ...” (art. 13º, al. a).

Atenta a redação do artigo, conjugada com o art. 8º, n. 3, trata-se de uma opção pela totalidade do regime.

É compreensível o dilema da Comissão:

– se o DECCV for aplicável apenas a contratos transfronteiriços, o profissional necessita sempre de usar dois sistemas jurídicos. Um para as vendas internas e outro para as transfronteiriças.

– se o DECCV for também aplicável internamente, pode ser utilizado para reduzir/contornar os direitos dos consumidores existentes nos Estados-membros.

O art. 13º, al. a) coloca um dos principais problemas: se o direito interno do Estado-membro concede maior proteção ao consumidor, a parte mais forte pode impor ao consumidor o regime menos favorável do DECCV. Ora, Portugal, ao contrário da generalidade dos Estados-membros que possuem um forte sistema sancionatório do uso de cláusulas contratuais abusivas, tem uma forte “tradição” de abusos em matéria contratual, através da utilização de cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão (basta uma simples consulta às bases jurídicas para se compreender a dimensão do problema).

Face ao passado e presente, não tenho dúvidas que se o Estado português tomar esta opção será um brutal retrocesso para os consumidores portugueses. Se os consumidores portugueses ainda mal conhecem os seus direitos ao abrigo da legislação nacional, como é que podem comparar com o regime do DECCV?

IV. Direito europeu comum da compra e venda (Anexo I)

4.1. Princípios gerais e aplicação

O DECCV, no art. 1º (liberdade contratual), art. 2º (boa-fé contratual) e art. 3º (cooperação), estabelece os três princípios gerais pelos quais se rege.

O art. 1º, similar ao art. 405º do C. Civil português, consagra tanto a liberdade de celebração ou conclusão de contratos, como a liberdade de fixação do seu conteúdo, restringindo a autonomia privada relativamente a normas imperativas¹¹.

O art. 2º consagra o princípio da boa-fé contratual, não fornecendo a sua definição¹², e o n. 2 enumera concretizações exemplificativas do princípio normativo da boa-fé¹³.

Tal como o art. 227º do C. Civil português, o artigo utiliza a noção de boa-fé em sentido objetivo, como norma de conduta que impõe obrigações tais como o dever de informação, veracidade e cooperação recíproca na formação, execução e, até mesmo, após a extinção do contrato.

O princípio da cooperação consagrado no art. 3º, decorre da boa-fé e traduz-se no ato de colaboração com a outra parte durante a execução do contrato.

4.2. Informações pré-contratuais

A matéria é regulada no capítulo 2, com natureza imperativa no que respeita aos consumidores (art. 22º).

Nesta matéria não vão existir diferenças entre o DECCV e a legislação nacional, uma vez que o Conselho de Ministros da União Europeia aprovou no passado dia 10 de outubro a nova Directiva relativa aos direitos dos consumidores¹⁴ (harmonização total) na EU.

A data de transposição nos Estados-membros terá que ocorrer até final de 2013.

4.3. Celebração do contrato

A matéria é regulada no capítulo 3. Uma primeira chamada de atenção positiva para o fato do silêncio ou a omissão não constituir, por si só, uma aceitação (art. 34º, n. 2).

Pensando nos contratos celebrados à distância, o art. 106º, n. 1, al. c), confere ao comprador o direito ao reembolso de qualquer montante pago, quando exista contrato. O capítulo 17 regula a restituição mas, quando o contrato seja anulado ou resolvido (art. 172º, n. 1).

Se bem interpretei o DECCV, não existe direito ao reembolso quando não chegou a formar-se o contrato, o que pode acontecer, basta pensar em casos em que o comprador envia a proposta com um cheque. O vendedor nada diz mas, levanta o cheque, existe contrato? Admito que o art. 34º, n. 1 possa dar cobertura a este caso, mas o artigo deve ser clarificado com situações exemplificativas¹⁵.

4.4. Direito de retratação

A matéria é regulada no capítulo 4, com natureza imperativa no que respeita aos consumidores (art. 47º), sendo de assinalar o seu detalhe.

Também aqui, independentemente do DECCV, a nova directiva relativa aos direitos dos consumidores implicará mudanças em todos os Estados-membros.

São de assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores nos contratos ao domicílio ou equiparados:

– No DL 82/08, de 20/5, em caso de resolução do contrato por iniciativa do consumidor, o fornecedor tem 30 dias para devolução do dinheiro, sob pena de devolução em dobro (art. 19º, n. 2).

– No DECCV, a devolução em dobro não existe. O profissional pode reter o reembolso até ter recuperado o bem (art. 44º, n. 3) e suporta os custos diretos da devolução (art. 45º, n. 2).

– No DL 82/08, de 20/5, as exclusões são apenas quatro, no DECCV são nove.

4.5. Vícios da vontade

No capítulo 5 do DECCV encontra-se o elenco das circunstâncias que perturbam o processo formativo da vontade, levando-a a manifestar-se em sentido diferente daquela em que se manifestaria, se tais circunstâncias não ocorressem.

Nos contratos ao domicílio¹⁶ é fácil ao profissional obter o acordo de aplicação do DECCV, uma vez que as partes estão a negociar frente a frente. Enquanto modalidade de vendas transfronteiriça, não terá grande expressão prática, porém é muito preocupante se o DECCV for aplicado internamente.

Os consumidores, sobretudo idosos, são particularmente vulneráveis a este tipo de vendas, dadas as técnicas agressivas de venda utilizadas.

A leitura do DECCV permite constatar que a integração destas práticas desleais ocorre no art. 50º (ameaças) ou art. 51º (exploração abusiva). Na minha opinião é claramente insuficiente, deverá consagrar-se expressamente na redação do art. 50º que o consumidor tem direito à anulação do contrato em caso de práticas comerciais desleais, na definição da Directiva 2005/29/CE.

Acresce que estas técnicas de venda envolvem quase sempre cláusulas especificamente negociadas¹⁷, o que implica o afastamento do regime das cláusulas contratuais gerais abusivas, só aplicável às cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas (art. 83º, n. 1).

A violação do art. 50º ou 51º permite a anulação do contrato no prazo de 1 ano (art. 52º, n. 2, al. b), todavia, o art. 174º, al. b), permite ao profissional arguir que o consumidor tinha conhecimento do motivo da anulação ou da resolução, o que pode tornar bem difícil ao consumidor obter os seus direitos.

Da comparação do regime do DECCV com o DL 57/08, de 26/3, constata-se que este é mais favorável para o consumidor, pois também permite “a modificação do contrato segundo juízos de equidade”¹⁸.

4.6. Interpretação

O art. 9º do C. Civil português limita-se a consagrar os princípios que podem considerar-se já uma aquisição definitiva na matéria¹⁹. Estes princípios podem perfeitamente ser utilizados para interpretar o DECCV, desde que a interpretação seja efetuada “de forma autónoma e de acordo com os seus objetivos e princípios de base” (art. 4º, n. 1).

Nas matérias não reguladas no DECCV, rejeita-se a aplicação da lei nacional para integrar lacunas, remetendo-se o intérprete para os objetivos e princípios de base (art. 4º, n. 2).

Quando exista concurso de normas (norma geral e especial), determina-se a prevalência da norma especial (art. 4º, n. 3).

4.7. Conteúdo e efeitos

No capítulo 7, relativo ao conteúdo e efeitos do contrato, com a epígrafe “língua”, dispõe o art. 76º, “Sempre que a língua a utilizar nas comunicações relativas ao contrato, ou aos direitos e às obrigações dele decorrentes não possa ser determinada de outro modo, a língua a utilizar é a da celebração do contrato”.

O DECCV não contém norma que imponha a língua²⁰ a utilizar no contrato; será que o profissional cumpre o art. 70º, n. 1, se não utilizar a língua do consumidor? Entendo que o DECCV devia clarificar a questão, senão o alegado “elevado nível de proteção” nunca será atingido – não compreender a língua é meio caminho para não obter informação.

Do lado do consumidor, por exemplo, face ao teor do art. 76º, qual a língua a utilizar quando pretende exercer um direito perante o profissional? Se bem compreendi a norma, se o contrato foi celebrado em italiano e o consumidor pretende exercer o seu direito de retratação, terá que o exercer em italiano. Ora, se o objetivo do DECCV é manter a confiança dos consumidores para contratar fora do seu país, por esta via tal não acontece (ou talvez se confie na capacidade dos tradutores automáticos, tipo Google translator).

4.8. Cláusulas contratuais abusivas

A definição de cláusulas contratuais gerais encontra-se no art. 2º, al. d): “cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transações envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na aceção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda.”

O art. 7º do Anexo I diz-nos que uma cláusula contratual “não é especificamente negociada se foi incorporada por uma parte e a outra parte não teve possibilidade de influenciar o seu conteúdo”.

O capítulo 8 é dedicado às cláusulas contratuais abusivas, salientando-se duas restrições:

- a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- a proteção não se aplica à definição do objeto principal do contrato nem à adequação do preço²¹ a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º (art. 80º, n. 2).

O consumidor é objeto de proteção adicional no art. 70º, n. 1 e art. 70º, n. 2. Trata-se de dois controlos diferentes, no art. 83º, n. 1, a cláusula só é abusiva se causar um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes, em violação da boa-fé.

No art. 70º, n. 1, a cláusula não necessita de ser abusiva, basta que o profissional não tenha adotado as medidas razoáveis para chamar a atenção do consumidor, para não o vinculem.

Da comparação entre o regime do DECCV e a lei portuguesa (DL 446/85, de 25/10), podemos enumerar as seguintes diferenças desfavoráveis para o consumidor:

- Comunicação na íntegra e realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (art. 5º, n. 1 e 2 do DL 446/85). No DECCV, redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis (art. 82º).

- O DL 446/85 aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (art. 1º, n. 2). No DECCV, a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- Quanto aos requisitos de validade das cláusulas, o art. 8º, al. c) do DL 446/85 exclui dos contratos singulares as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real. No DECCV, não existe norma específica.

Quando exista
concurso de normas
(norma geral e
especial),
determina-se a
prevalência da norma
especial (art. 4º, n. 3)

– No que respeita à validade das cláusulas, o art. 12º do DL 446/85 comina com nulidade as cláusulas contratuais gerais proibidas por disposição do diploma. O DECCV determina que não são vinculativas para a outra parte (art. 79º, n. 1).

– Na enumeração das cláusulas abusivas, no DL 446/85 temos 19 cláusulas abusivas na lista negra, no DECCV, apenas 11 (art. 84º). Nas cláusulas presumivelmente abusivas (lista cinzenta)²², um empate a 23.

A proteção do DECCV apenas as cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1) vai ser facilmente contornada através de conhecidas técnicas de vendas; recorde, como exemplo, a prática bancária descrita por Almeno de Sá²³ 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 impressos, por documentos pretensamente individualizados ou personalizados, entregues no momento ao cliente concreto”²⁴.

4.9. Conformidade dos bens

A matéria é regulada na seção 3 do capítulo 10, com natureza imperativa no que respeita aos consumidores (art. 105º, n. 5).

Perante o regime do DL 84/08 de 21/5, há a assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores:

– O DL 84/08, tem um campo de aplicação mais vasto, englobando a locação.

– No DECCV, desaparece a responsabilidade do produtor, consagrada no art. 6º do DL 84/08.

– No DL 84/08, as peças sobresselentes têm novo prazo de garantia (art. 5º, n. 6).

– No DL 84/08, face à desconformidade do bem, o consumidor dispõe de quatro direitos (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) sem hierarquia (art. 4º, n. 1). No DECCV, há hierarquia (reparação ou substituição), salvo quando tal opção seja ilícita ou impossível ou, quando comparada com outra disponível, imponha custos ao vendedor que sejam desproporcionais (art. 111º, n. 1).

– Quanto a presunções de conformidade do bem, o DL 84/08 estipula um prazo de dois anos (art. 5º, n. 1). O DECCV, apenas seis meses (art. 105º, n. 2).

V. Conclusões

1) Portugal possui um acervo de normas de proteção dos consumidores de alto nível, em relação à maioria dos Estados da União Europeia.

2) A mudança de regime legal aplicável ao contrato só se justifica para o consumidor, se obtiver uma maior proteção em relação ao regime de que beneficia na sua lei nacional – o que não é o caso português.

3) A uniformidade proposta é meramente apelativa, pois outras dificuldades são criadas:

- a sua efetivação vai depender do direito processual civil nacional, muito variável de Estado para Estado.

- inexistência de doutrina e jurisprudência.

- enquanto instrumento de direito europeu, qualquer questão, em última análise, terá que ser analisada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, já bastante sobrecarregado de serviço.

- os custos e tempo de formação para magistrados e advogados serão elevados.

- a incerteza e insegurança inerentes à aplicação de um novo regime jurídico.

4) Trata-se de um regime extenso e complexo, nem sempre de fácil leitura²⁵ que pretende abarcar todo o ciclo de vida (da formação à prescrição) de um contrato (profissionais-profissionais e profissionais-consumidores) e que necessitava de mais tempo para uma análise detalhada.

5) Para além de tornar mais complexa a proposta, é difícil compreender a razão que levou a Comissão a gastar recursos com o desenvolvimento de uma regulamentação entre profissionais.

6) A proposta contém um regime jurídico opcional porém, na prática, a escolha do consumidor é restrita a aceitar o DECCV ou não contratar com o profissional (*take it or leave it*). Importa não esquecer que o consumidor é usualmente considerado a parte mais fraca na relação contratual.

7) O teor da ficha informativa (cfr., art. 9º e Anexo II da proposta de Regulamento), com cerca de página e meia, afigura-se insuficiente e pouco elaborado.

8) O DECCV é omissivo sobre o momento em que as partes acordam na sua aplicação. Assim, é legítimo concluir que as partes podem optar pela sua aplicação a qualquer altura (antes da conclusão, durante ou depois). Todavia, nas relações profissionais-consumidores, a escolha do DECCV quando surja um litígio pode conduzir à desproteção dos consumidores, pelo que, importa fixar o momento de opção.

9) O art. 13º, al. a) coloca um dos principais problemas, se o direito interno do Estado-membro concede maior proteção ao consumidor, a parte mais forte pode impor ao consumidor o regime menos favorável do DECCV. Ora, Portugal, ao contrário da generalidade dos Estados-membros que possuem um forte sistema sancionatório do uso de cláusulas contratuais abusivas, tem uma forte “tradição” de abusos em matéria contratual, através da utilização de cláusulas contratuais gerais/contratos de adesão.

10) Face ao passado e presente, não tenho dúvidas que se o Estado português tomar esta opção será um brutal retrocesso para os consumidores portugueses. Se os consumidores portugueses ainda mal conhecem os seus direitos ao abrigo da legislação nacional, como é que podem comparar com o regime do DECCV?

11) Se bem interpretei o DECCV, não existe direito ao reembolso quando não chegou a formar-se o contrato, o que pode acontecer, basta pensar em casos em que o comprador envia a proposta com um cheque. O vendedor nada diz mas levanta o cheque, existe contrato? Admito que o art. 34º, n. 1 possa dar cobertura a este caso, mas o artigo deve ser clarificado com situações exemplificativas.

No DL 84/08, face à desconformidade do bem, o consumidor dispõe de quatro direitos (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) sem hierarquia

12) No direito de retratação, são de assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores nos contratos ao domicílio ou equiparados:

– No DL 82/08, de 20/5, em caso de resolução do contrato por iniciativa do consumidor, o fornecedor tem 30 dias para devolução do dinheiro, sob pena de devolução em dobro (art. 19º, n. 2).

– No DECCV, a devolução em dobro não existe. O profissional pode reter o reembolso até ter recuperado o bem (art. 44º, n. 3) e suporta os custos diretos da devolução (art. 45º, n. 2).

– No DL 82/08, de 20/5, as exclusões são apenas quatro, no DECCV são nove.

13) Em regra, as práticas comerciais desleais são abrangidas no art. 50º (ameaças) ou art. 51º (exploração abusiva). Na minha opinião é claramente insuficiente, deverá consagrar-se expressamente na redação do art. 50º que o consumidor tem direito à anulação do contrato em caso de práticas comerciais desleais, na definição da Diretiva 2005/29/CE.

14) O DECCV não contém norma que imponha a língua²⁶ a utilizar no contrato; será que o profissional cumpre o art. 70º, n. 1, se não utilizar a língua

do consumidor? Entendo que o DECCV devia clarificar a questão, senão o alegado “elevado nível de proteção” nunca será atingido – não compreender a língua é meio caminho para não obter informação.

15) No que respeita a cláusulas contratuais abusivas, são de salientar duas restrições inexistentes na lei portuguesa:

- a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- a proteção não se aplica à definição do objeto principal do contrato nem à adequação do preço²⁷ a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º (art. 80º, n. 2).

16) A proteção do DECCV apenas a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1), vai ser facilmente contornada através de conhecidas técnicas de vendas; recorde, como exemplo, a prática bancária descrita por Almeno de Sá²⁸ como “a técnica da ‘falsa individualização’”.

17) Ainda quanto a cláusulas contratuais abusivas, da comparação entre o regime do DECCV e a lei portuguesa (DL 446/85, de 25/10), podemos enumerar as seguintes diferenças desfavoráveis para o consumidor:

- Comunicação na íntegra e realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência (art. 5º, nºs 1 e 2 do DL 446/85). No DECCV, redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis (art. 82º).

- O DL 446/85 aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (art. 1º, n. 2). No DECCV, a proteção é restrita a cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes (art. 83º, n. 1).

- Quanto aos requisitos de validade das cláusulas, o art. 8º, al. c) do DL 446/85, exclui dos contratos singulares as cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real. No DECCV, não existe norma específica.

- No que respeita à validade das cláusulas, o art. 12º do DL 446/85 comina com nulidade as cláusulas contratuais gerais proibidas por disposição do diploma. O DECCV determina que não são vinculativas para a outra parte (art. 79º, n. 1).

– Na enumeração das cláusulas abusivas, no DL 446/85 temos 19 cláusulas abusivas na lista negra, no DECCV, apenas 11 (art. 84º). Nas cláusulas presumivelmente abusivas (lista cinzenta), um empate a 23.

18) Quanto à conformidade dos bens, há a assinalar as seguintes diferenças prejudiciais para os consumidores:

– O DL 84/08, tem um campo de aplicação mais vasto, englobando a locação.

– No DECCV, desaparece a responsabilidade do produtor, consagrada no art. 6º do DL 84/08.

– No DL 84/08, as peças sobresselentes têm novo prazo de garantia (art. 5º, n. 6).

– No DL 84/08, face à desconformidade do bem, o consumidor dispõe de quatro direitos (reparação, substituição, redução do preço ou resolução do contrato) sem hierarquia (art. 4º, n. 1). No DECCV, há hierarquia (reparação ou substituição), salvo quando tal opção seja ilícita ou impossível ou, quando comparada com outra disponível, imponha custos ao vendedor que sejam desproporcionais (art. 111º, n. 1).

– Quanto a presunções de conformidade do bem, o DL 84/08 estipula um prazo de dois anos (art. 5º, n. 1). O DECCV, apenas seis meses (art. 105º, n. 2).

Notas

¹ Proposta de *Regulamento do Parlamento e do Conselho* relativo a um direito europeu comum da compra e venda, exposição de motivos, p. 10.

² Voto de vencido no Ac. do STJ de 3/3/2003, CJ, STJ, Tomo III, 2003, p. 21, proferido pelo senhor conselheiro Neves Ribeiro.

³ http://mobile.economico.pt/noticias/portugueses-nao-compram-nem-vendem-fora-do-pais_85444.html

⁴ Mesmo preço para o envio de mercadoria para qualquer país da UE, à semelhança do que acontece nos EUA.

⁵ Por exemplo, por não serem separadas as disposições aplicáveis entre profissionais-profissionais e profissionais-consumidores em capítulos distintos, frequente recurso a disposições que são princípios gerais.

Por outro lado, num texto desta dimensão eram úteis notas explicativas das opções tomadas, bem como remissões entre artigos.

⁶ É difícil compreender a razão que levou a Comissão a gastar recursos com o desenvolvimento de uma regulamentação entre profissionais.

⁷ Liz, J. Pegado, Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho aos Direitos dos Consumidores Com (2008) 614 Final 2008/0196, de 8 out.2008, *RPDC*, n. 64, dezembro de 2010, p. 54.

⁸ Nas restantes a lei nacional é aplicável, por exemplo, questões do foro criminal, publicidade, saúde e segurança e impostos. Por exemplo, não contende com a legitimidade do Ministério Público para instaurar ações inibitórias de cláusulas contratuais gerais abusivas constantes de contratos celebrados ao abrigo do DECCV.

⁹ Proposta de Regulamento do Parlamento e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, exposição de motivos, p. 6.

¹⁰ Neste caso, existe contrato mas, regulado pela lei nacional, por aplicação do Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 (Roma I).

¹¹ Um exemplo encontra-se no art. 22º, com a epígrafe “natureza imperativa”, que torna imperativas as normas da seção 1 do capítulo 2.

¹² Pouco adiantando o n. 31 do preâmbulo da Proposta de Regulamento.

¹³ Podemos encontrar concretizações específicas do princípio no art. 23º, n. 1 (Dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos), art. 51º (Exploração abusiva) e art. 86º, n. 1, al. b), (Significado de abusivo nos contratos entre profissionais).

¹⁴ O texto pode ser consultado em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0293+0+DOC+XML+V0//PT>

¹⁵ Ao abrigo da lei portuguesa posso recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa.

¹⁶ Regulados em Portugal pelo DL 82/08, de 20/5.

¹⁷ É o caso do preço alto que, em “especial atenção” é reduzido e das quantidades.

¹⁸ Art. 14º, n. 2 do DL 53/2008, de 26/3.

¹⁹ Pires de Lima e A. Varela, *C. Civil Anotado*, I-160.

²⁰ Cfr., n. 27 do preâmbulo da Proposta de Regulamento.

²¹ A questão do preço é relevante para alguns tipos de contrato mas, para os contratos à distância os consumidores estão protegidos pelos deveres de informação pré-contratuais dos arts. 13º, al. b) e 14º.

²² A que acrescem as cláusulas abusivas relativas aos juros de mora, constantes do art. 170º.

²³ Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 37-38.

²⁴ Sá, 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.

²⁵ Por exemplo, por não serem separadas as disposições aplicáveis entre profissionais-profissionais e profissionais-consumidores em capítulos distintos, frequente recurso a disposições que são princípios gerais.

Por outro lado, num texto desta dimensão eram úteis notas explicativas das opções tomadas, bem como remissões entre artigos.

²⁶ Cfr., n. 27 do preâmbulo da Proposta de Regulamento.

²⁷ A questão do preço é relevante para alguns tipos de contrato mas, para os contratos à distância os consumidores estão protegidos pelos deveres de informação pré-contratuais dos arts. 13º, al. b) e 14º.

²⁸ Sá, Almeno de, *Direito Bancário*, 2008, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 37-38.

DA LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

ÂNGELA FROTA
Advogada

EXCERTOS

“O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha. Existindo falta de norma legal, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida”

“A originalidade da Lei da Ação Popular é a de consentir que um indivíduo, por si só, possa, em juízo, demandar o lesante de interesses e direitos, em nome de todos, numa verdadeira ‘ação de classe’”

“Os direitos ou interesses individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum (direitos divisíveis), que afetam uma pluralidade de consumidores, ligados, por exemplo, por um contrato de base estruturalmente idêntica. Com titulares determinados, mas que podem ser levados aos tribunais coletivamente e que poderão posteriormente ser individualizados”

“Os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, quanto ao seu objeto, ou seja, afetam diretamente não os indivíduos singularmente considerados, mas uma comunidade de interesses, de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato”

“O que distingue os interesses difusos dos coletivos é o elemento subjetivo, porquanto nos primeiros não existe qualquer vínculo jurídico a ligar as pessoas entre si ou com a parte contrária, sendo consequentemente os titulares dos interesses difusos indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de facto (como a de consumirem os mesmos produtos, habitarem a mesma região, participarem dos mesmos empreendimentos)”

As partes ou litigantes, como assim se quiser entender, são os sujeitos da relação jurídica processual.

Para Chiovenda¹, “parte é aquele que pede em seu nome próprio (ou em cujo nome se pede) a atuação de uma vontade de lei, e aquele frente à qual é ela pedida”.

Será sempre aquele que pede a composição de um litígio e aqueles contra os quais a composição do litígio é pedida.

1. Generalidades

Nas doudas palavras do saudoso professor doutor João de Castro Mendes², a legitimidade é uma posição de autor e [demandado], em relação ao objeto do processo, qualidade que justifica que possa aquele autor, ou aquele [demandado], ocupar-se em juízo desse objeto do processo.

A lei processual civil põe a tónica nas partes conceptualizando: “o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer”.

Adiante: o interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação; o interesse em contradizer, pelo prejuízo que dessa procedência advenha.

Existindo falta de norma legal, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.

Atendendo ao objeto do processo – que é, no essencial, o litígio em si mesmo, ou seja, material ou estruturalmente um conflito de interesses – a legitimidade é a que resulta da posição que as partes assumem face ao mesmo.

A lei só vem conferir legitimidade aos titulares dos interesses controvertidos, para que seja pedida judicialmente a composição desse mesmo litígio.

Nos termos gerais da formulação clássica da legitimidade o interesse teria de ser:

- (i) Pessoal
- (ii) Direto
- (iii) Legítimo

Contudo, e no âmbito das ações coletivas (*maxime* a ação inibitória e a ação popular), a legitimidade não terá de preencher o requisito pessoal. Por este motivo, temos de ir à conceptualização dos interesses e direitos que as ações coletivas visam tutelar.

Ficou assente que são interesses e direitos plurissubjetivos, aos quais nos referiremos *infra*.

O n. 3 do artigo 52º da Constituição da República Portuguesa estatui, em termos de legitimidade, que é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais³.

O Código de Processo Civil, no seu artigo 26º-A, sob a epígrafe “Ações para a tutela de interesses difusos”, estabelece que têm legitimidade para propor

No âmbito das ações coletivas (*maxime* a ação inibitória e a ação popular), a legitimidade não terá de preencher o requisito pessoal

e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público nos termos previstos na lei⁴.

Veremos que associações, coletividades e indivíduos, quer em nome próprio, quer na salvaguarda dos demais indivíduos, têm legitimidade para a intentar.

Este requisito da visão tradicionalista da legitimidade, não é atendível para a verificação do preenchimento deste pressuposto processual.

Correto será atermo-nos sobre a legitimidade ativa no que às ações coletivas concerne, a *legitimatatio ad causam*, dado que a legitimidade passiva reveste a natureza geral que grassa nas disposições do Código de Processo Civil.

2. Do exercício transnacional do direito de ação

Requisito essencial para que possa qualquer entidade portuguesa intentar ação coletiva transnacional, é o da sua inscrição e consequente aceitação e inscrição em lista para o efeito.

Quando a prática lesiva que se pretende fazer cessar tenha origem em Portugal, mas afete interesses localizados noutro Estado-membro da União Europeia, a correspondente ação pode ser intentada por entidade deste último Estado.

A legitimidade, nos termos da Lei 25/04, de 8 de Junho, é feita depender de prévia inscrição para o efeito junto da Direção-Geral do Consumidor, devendo a mesma ser acompanhada de documento comprovativo da sua denominação e objeto estatutário.

Na apreciação do pedido o Diretor-Geral deve certificar-se que a entidade requerente prossegue objetivos atinentes à defesa dos interesses e direitos dos consumidores, devendo proferir despacho no prazo máximo de 30 dias, contados da data de entrega.

As únicas entidades que nos termos legais se encontram dispensadas de inscrição são o Ministério Público e a própria Direção-Geral do Consumidor.

Assim, por direito próprio, encontram-se na lista de entidades nacionais que têm legitimidade para o exercício transnacional do direito de ação coletiva.

3. Especificidades da ação inibitória

A LDC – Lei 24/96, de 31 de Julho, oferece, na pobreza dos seus termos, aos consumidores em geral uma nova esperança, alargando a ação inibitória a todos os domínios que aos consumidores concernem.

E no que toca ao seu poder de intervenção em juízo, ou seja, a legitimidade processual ativa ou *legitimatatio ad causam*, como referiam os romanos, há que contemplar o artigo 13º que constitui, no domínio específico dos consumidores, inovação, que confirma, de resto, abertura iniciada com a Lei da Ação Popular.

Assim, nos termos do supramencionado dispositivo normativo, têm legitimidade para intentar ações inibitórias:

- a) os consumidores diretamente lesados;
- b) os consumidores e as associações de consumidores, ainda que não diretamente lesados, nos termos da Lei 83/95, de 31 de Agosto;
- c) o Ministério Público e a Direção-Geral do Consumidor quando em causa estejam interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos.

Mas desde que a mesma se destine a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, nomeadamente:

- (i) os que atentem contra a sua saúde e segurança física;

- (ii) se traduzam no uso de cláusulas contratuais proibidas⁵;
- (iii) consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

Mas, de par com a norma que estabelece a legitimidade para aquele tipo de ações, isto é, se destine a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, encontramos a especificidade que vem consagrada no Regime Jurídico das Condições Gerais dos Contratos, aprovado pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, retificado pela Declaração de Rectificação 114/B/95, de 31 de Agosto e com as alterações constantes dos Decretos-Lei 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro.

Aquele diploma legal estabelece que detêm legitimidade para a ação inibitória de molde a obter-se condenação tendente à abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais:

- a) associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva;
- b) associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições;
- c) Ministério Público, oficiosamente, ou por indicação do Provedor de Justiça, ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado.

Estas entidades atuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio, pertencente, em conjunto, aos consumidores, susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição se requer.

4. Da ação popular

A originalidade da Lei da Ação Popular é a da consentir que um indivíduo, por si só, possa, em juízo, demandar o lesante de interesses e direitos, em nome de todos, numa verdadeira “ação de classe”, na esteira do sistema implementado nos Estados Unidos da América das *class actions*.

Mas as associações de consumidores continuam, porém, a não poder ir a juízo em busca de justiça para um só.

5. Da tipologia dos interesses e direitos

O acervo normativo genericamente tutela “interesses legalmente protegidos”.

Não podemos deixar de observar que tal conceito é demasiadamente denso, lato e ambíguo e que a doutrina achou necessário que deveria conceptualizar os diferentes tipos de interesses e direitos merecedores dessa mesma tutela.

E foi colher a conceptualização tripartida adotada pelo Brasil.

Ponto é saber quais os interesses e direitos tutelados e que se inserem no domínio das ações coletivas.

Aqui a doutrina é unânime, estabelecendo três classes de interesses ou direitos, a saber:

- (i) individuais homogêneos;
- (ii) coletivos;
- (iii) difusos.

Os mesmos caracterizar-se-ão pela sua origem, divisibilidade, titularidade e determinabilidade.

Mas certo é que serão as três classes e interesses e direitos classificadas como transindividuais, isto, no sentido de se traduzirem numa situação de plurisubjetividade dotada de um âmbito mínimo de fatores determinantes de uma agregação, necessários à sua legitimação em termos de tratamento processual unitário.

Esta tônica é de suprema importância uma vez que os institutos jurídicos da lei processual civil, quer o da coligação, quer o do litisconsórcio, se mostram inoperantes e desadequados face a esta nova realidade de interesses e direitos transindividuais, no que concerne à proteção dos interesses e direitos dos consumidores, e os demais que a lei estabelece que sejam merecedores da sua tutela.

Existe uma pulverização dos sujeitos titulares dos interesses e direitos legalmente protegidos.

6. Direitos individuais homogêneos

Os direitos ou interesses individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum (direitos divisíveis), que afetam uma pluralidade de consumidores, ligados, por exemplo, por um contrato de base estruturalmente idêntica. Com titulares determinados, mas que podem ser levados aos tribunais coletivamente e que poderão posteriormente ser individualizados⁶.

Se a ação intentada versar a devolução de valores pagos indevidamente a título de taxa de assinatura do serviço telefónico que tenha sido já pago, estaremos perante uma ação coletiva que tutela interesses individuais homogêneos, que poderiam ser tutelados em separado por cada consumidor, e cujo resultado poderia ser distinto para os diversos consumidores.

Sempre que existe divisibilidade do objeto que se pretende ver tutelado pela ação coletiva estamos perante interesses e direitos individuais homogêneos.

Tal conduz ao tratamento diverso de cada pretensão, tendo que se atender a fatores distintos de cada cidadão/consumidor.

E que encontram consagração efetiva e plena na Lei da Ação Popular.

7. Interesses coletivos

Os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, quanto ao seu objeto, ou seja, afetam diretamente não os indivíduos singularmente considerados mas uma comunidade de interesses, de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato⁷.

Vejamos, no campo do serviço telefónico, se existir um pedido coletivo que tenda para que o valor das chamadas telefónicas seja fixado tendo em conta determinados parâmetros, tal pretensão configura a tutela de interesses coletivos.

Vejam-se uma associação de consumidores que representa os interesses dos consumidores em geral – supra ou metaindividuais – e pretenda ver retirado do mercado um produto perigoso.

8. Interesses difusos

Os direitos ou interesses coletivos, de idêntico modo transindividuais, de natureza igualmente indivisível quanto ao seu objeto, referem-se a direitos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base, v.g., por um contrato.

Nas palavras de Mariana Sotto Mayor⁸, serão os interesses, juridicamente reconhecidos, de uma pluralidade indeterminada de sujeitos, eventualmente unificada mais ou menos estreitamente com uma comunidade e que tem por objeto bens não susceptíveis de apropriação exclusiva⁹.

Esta noção nasce, como aliás já foi evidenciado, da proteção dos interesses que nascem da nova realidade sócio-económica sentida e que o direito clássico de matriz marcadamente individualista não consegue dar resposta.

A necessidade de proteção dos interesses metaindividuais vem conduzir à definição dos novos interesses e direitos que encontram tutela nas ações coletivas.

Já Luís Filipe Colaço Antunes, em 1984¹⁰, colheu as linhas de pensamento doutrinário precisas e convergentes, das quais ressaltou os seguintes pontos:

“a) O interesse difuso é uma manifestação relevante da crise que vem colhendo a separação entre direito subjectivo e interesse legítimo e também a magna divisio público e privado,

b) O interesse difuso não se enquadra de *per si* nem nos direitos subjectivos individuais, nem entre os interesses legítimos como situações substancialmente individuais, e por isso não fornece a legitimação nem para a acção diante do juiz ordinário, nem para o recurso perante o juiz administrativo,

c) O interesse difuso põe, por sua vez, uma série de interrogações e de problemas à função dos juízes nos confrontos sociais e nas relações entre a sociedade e os poderes públicos, quer à administração pública e seus meios, mediante os quais ela pode explicar a sua actividade, sob o pressuposto de recursos e de confrontos entre interesses individuais e colectivos,

d) Os meios utilizados e por vezes acolhidos, pela introdução dos interesses difusos no processo civil e no processo administrativo, enquanto comportam uma extrapolação dos esquemas processuais clássicos função da acção individual, consentem só, na melhor das hipóteses, a realização parcial dos interesses difusos.”¹¹

Há que ressaltar as suas distinções como tão eloquentemente faz Ada Pellegrini Grinover¹²: “os interesses difusos e os colectivos têm, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objecto. Isto significa que a fruição do bem, por parte de um membro da colectividade, implica necessariamente a fruição por parte de todos eles, assim como a negação do bem, em relação a um, importa na negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, una para todo o grupo, podendo-se dizer que, se houvesse entre seus membros um litisconsórcio, estaríamos perante a figura do litisconsórcio unitário.

Sempre que existe
divisibilidade
do objeto que
se pretende ver
tutelado pela ação
coletiva estamos
perante interesses e
direitos individuais
homogêneos

O que distingue os interesses difusos dos colectivos é o elemento subjectivo, porquanto nos primeiros não existe qualquer vínculo jurídico a ligar as pessoas entre si ou com a parte contrária, sendo consequentemente os titulares dos interesses difusos indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de facto (como a de consumirem os mesmos produtos, habitarem a mesma região, participarem dos mesmos empreendimentos). Já com relação aos titulares dos interesses colectivos, trata-se de grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si (como acontece, por exemplo, para os membros de uma associação) ou com a parte contrária (como ocorre com as relações fiscais múltiplas, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco).

Já nos interesses ou direitos individuais homogêneos, tratados colectivamente por sua origem comum, os membros do grupo são titulares de direitos subjectivos clássicos divisíveis por natureza, tanto assim que cada membro pode ingressar em juízo com a sua demanda individual. E a solução não é necessariamente una para todas as pessoas, que podem ter a sua pretensão individual acolhida ou rechaçada por circunstâncias pessoais. Trata-se, aqui de um feixe de interesses, que pode ser tratado colectivamente, sem prejuízo da tutela clássica, individualizada para cada qual.”

Notas

¹ Artigo escrito para a obra *Libet Amicorum* MÁRIO FROTA, apresentada em Coimbra, na Ordem dos Advogados de Portugal, a 7 de janeiro de 2012, por ocasião das homenagens prestadas ao professor (progenitor da autora).

² “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, tradução espanhola, II, pág. 264.

³ *Obras Completas Professor Doutor João de Castro Mendes, Direito Processual Civil*, volume II, 1987, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pág. 187.

⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Junho de 2006, onde se pode ler “1. O direito de acção popular, como direito fundamental, visa a protecção dos interesses difusos. A defesa destes interesses, é concedida aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, precisamente porque são interesses de toda a comunidade, e, por isso, os cidadãos *uti cives* têm o direito de promover a defesa de tais interesses, individual ou associativamente. 2. O artº52.º, nº3 da C.R.P. alarga a legitimidade activa a todos os cidadãos, independentemente do seu interesse individual ou da sua posição específica com os bens ou interesses em causa. E, de uma forma exemplificativa, enumera os seguintes interesses difusos susceptíveis de tutela: a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural. 3. A Lei nº83/95 de 31-08 (lei do direito de participação procedimental e de acção popular) veio regulamentar a acção popular especial para a tutela dos interesses difusos, e possibilitar que fossem interpostas

acções no âmbito do contencioso administrativo, na jurisdição civil (cf. artº12.º) e permitir a intervenção especial no processo penal. 4. O artº26.º-A do Cód. Proc. Civil (na redacção do Dec. Lei nº180/96, de 25-09) deve ser articulado com o regime estabelecido na Lei nº83/95, de 31-08. O artº26.º-A do Cód. Proc. Civil trata da legitimidade difusa. E os critérios desta legitimidade são diferentes dos previstos no artº26º do Cód. Proc. Civil. Segundo o artº26º-A do Cód. Proc. Civil, a acção popular tem cabimento quando estejam em causa interesses ligados à saúde pública, ao ambiente, à qualidade de vida, à protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público (artº1º da Lei nº85/93). E a legitimidade para estas acções é conferida aos titulares referidos no artº2º ao Ministério Público, nos termos estabelecidos no artº16º da Lei nº83/95.”

⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Abril de 2007, onde “Legitimidade activa do Ministério Público e interesse em agir. Invoca este a seu favor o disposto no art. 26-A CPC: *‘Acções para a tutela de interesses difusos – têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei’*. Salvo o devido respeito, a legitimidade activa do MºPºe mesmo o interesse em agir, são manifestos.”

⁶ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Maio de 2006, onde se pode ler: “I – Com o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais o legislador, confrontado com um fenómeno de tráfego negocial de massas, procurou salvaguardar o contraente mais fraco, protegendo-o de cláusulas abusivas e susceptíveis de ocasionar um desequilíbrio entre os contraentes, posto que a contratação baseada em condições negociais gerais tem implícita uma certa posição de poder do utilizador das cláusulas decorrente do próprio modo de formação do contrato. II – Com tal desiderato foram traçadas, no essencial, formas de assegurar a tutela dos interesses dos contraentes mais desprotegidos contra cláusulas contratuais absolutamente proibidas ou relativamente proibidas pela via da fiscalização ex post do controlo incidental (declaração de nulidade no quadro de apreciação de um contrato singular) e da fiscalização ex ante do controlo abstracto (acção inibitória). III – Com a acção inibitória visa-se que os utilizadores de condições gerais desrazoáveis ou injustas sejam condenados a abster-se do seu uso ou que as organizações de interesses que recomendem tais condições aos seus membros ou associados sejam condenadas a abandonar essa recomendação.”

⁷ Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Setembro de 1997, onde se pode ler: “... tal norma confere prerrogativa de os membros de um grupo a que a acção popular se reporta dela se auto-excluírem, prerrogativa conferida com visto dos representados escaparem ao caso julgado da decisão. Só no âmbito de bens divisíveis (e não de bens indivisíveis, insusceptíveis de apropriação individual, objectos dos interesses difusos) é que o direito de auto-exclusão permite o afastamento do caso julgado a decisão proferida na acção popular e consequente oportunidade de o auto excluído propor, futuramente uma acção singular.

Os bens divisíveis são objecto dos chamados ‘interesses individuais homogêneos’, tendo presente o referenciado alcance conceitual... Nos interesses individuais homogêneos abrangidos no artigo 1º da

Lei nº 83/95, destaca-se um dos direitos dos consumidores: ‘o caso do direito á reparação dos danos’, tendo presente o seu alcance...”

⁸ Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1999, onde se pode ler: *“O objecto da acção popular é antes de mais, a defesa de interesses difusos: os radicados na própria colectividade, deles sendo titular, afinal, uma pluralidade indefinida de sujeitos... o objecto da acção popular é, antes de mais, a defesa de interesses difusos, pois sendo interesses de toda a comunidade, deve reconhecer-se aos cidadãos uti cives e não uti singuli, o direito de promover, individual ou associadamente, a defesa de tais direitos.”*

⁹ In *Documentação e Direito Comparado*, nºs 75/76, 1998.

¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 8 de Fevereiro de 2006, onde se lê: *“1. O conceito de interesses difusos reconduz-se a interesses sem titular determinável, meramente referíveis, na sua globalidade, a categorias indeterminadas de pessoas. 2. Só por si, a colocação de dois sinais de trânsito proibido num determinado arruamento urbano sem residentes e a construção não licenciada de uma cerca e alpendre, não configuram a violação de interesses difusos da concreta comunidade urbana.”*

¹¹ In Para uma Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos, *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LX, 1984, pág. 201.

¹² GIORGIO BIRTI, “*Interessi senza struttura*” (*LC.D. Interessi Diffusi*) in *Studi in Onore di António Arnorth*, vol. 1, Giuffrè, Milão, 1982, p. 69.

¹³ O Processo Colectivo do Consumidor, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 1, jan./1995, p. 20.

AS LISTAS NEGRAS E CINZENTAS DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS^{*}

RUTE COUTO

Docente do Instituto Politécnico de Bragança
Presidente da delegação de Trás-os-Montes da Associação Portuguesa de
Direito do Consumo
Doutoranda em Direito na Universidade Portucalense
rute@ipb.pt

EXCEROTOS

“No âmbito particular das condições gerais dos contratos, o consumidor frequentemente desconhece as cláusulas que constituirão o contrato a celebrar, é sujeito a cláusulas verdadeiramente abusivas e, no topo, não reage quando confrontado com situações atentatórias da sua posição contratual, seja por conformada passividade à supremacia económica da contraparte, seja por descrença no sistema de justiça”

“Em termos processuais, o controlo das cláusulas contratuais gerais opera a nível incidental ou preventivo. A nível incidental, através da declaração de nulidade das cláusulas contratuais gerais proibidas. A nível preventivo, pela ação inibitória, destinada a inibir a utilização ou recomendação futura de tais cláusulas”

“A utilização de conceitos indeterminados – tais como ‘excessivo’, ‘desproporcionado’, ‘insuficiente’, ‘adequado’, ‘exagerado’, ‘despropositado’, ‘inconveniente’ – concede ao julgador a possibilidade de apreciar, no contexto do tipo de contrato celebrado, se tais conceitos estão preenchidos e a cláusula deve ou não ser proibida”

“Afirma-se (...) a boa-fé na dupla vertente subjetiva e objetiva, proibindo, por um lado, as cláusulas que injustificadamente entravam a realização prática dos interesses prosseguidos pelas partes e, por outro lado, as cláusulas que defraudem a ‘legítima expectativa quanto a um equilíbrio desse interesse com o da contraparte’”

“Não obstante a invalidade de algumas cláusulas, admite-se a possibilidade de subsistência do contrato, por opção do aderente. Se assim não fosse, atentos os efeitos retroativos da nulidade, ‘o aderente poderia ser conduzido, pelo próprio diploma destinado a defendê-lo, a situações gravosas’”

“Dos aplicadores do direito almejamos, assim, o ultrapassar de perspectivas tecnicistas em prol da afirmação do direito do consumo como direito do quotidiano (como diria Jean Baudrillard), do dia a dia dos consumidores que ‘somos todos nós’”

1. Introdução

1.1. Relevância e delimitação do tema

Vivemos numa sociedade de consumo massificado, de imediatismo económico-social que não se compadece com processos tradicionais de negociação, mas que exige mecanismos céleres e eficientes de contratação. Logo no preâmbulo da Lei das Condições Gerais dos Contratos¹ (LCGC) se constata que “A negociação privada, assente no postulado da igualdade das partes, não corresponde amiúde, ou mesmo via de regra, ao concreto da vida”, e com efeito a realidade contemporânea torna incontornável o recurso às designadas *cláusulas contratuais gerais* ou *condições gerais*, com a consequente forma de contratação por **adesão**².

Certos de que outros já o fizeram de modo mais íncrito, não nos deteremos na caracterização geral desta figura contratual, nem dos aspectos de natureza processual a ela inerentes. Em mero intróito, falamos de contratos fundados em cláusulas contratuais *pré-elaboradas* por uma das partes (ou por um terceiro) *unilateralmente* e de forma *rígida*, i.e., sem possibilidade de discussão ou negociação pela outra parte³, que se limita a aceitar ou subscrever as referidas cláusulas, assim convertidas no conteúdo do contrato celebrado.

A estas características, podemos adicionar duas outras, normalmente presentes nos contratos de adesão, em particular nas relações jurídicas de consumo: a *generalidade* e a *indeterminação*⁴. Com efeito, falamos de cláusulas previamente elaboradas para todos os contratos futuros do contraente pré-disponente, com um número indeterminado de destinatários⁵.

Balizaremos a nossa análise no controlo do conteúdo das condições gerais dos contratos, *maxime* as designadas listas “negras” e “cinzentas”, terminologia doutrinal para o que o legislador qualificou, respectivamente, de cláusulas absolutamente proibidas e relativamente proibidas, como adiante melhor se verá.

1.2. Proteção dos interesses económicos do consumidor

A Constituição⁶ portuguesa e a Lei de Defesa do Consumidor⁷ consagram como um dos direitos do consumidor a proteção dos seus interesses económicos, concretizado (entre outras manifestações) na imposição de *igualdade material* dos contraentes, e na obrigação, por parte do fornecedor de bens ou prestador de serviços, de não incluir nos contratos singulares,

cláusulas “que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor”, precisamente com vista à prevenção de *abusos* resultantes de contratos pré-elaborados⁸.

Apesar da bondade da previsão legal, a realidade é que o estatuto negocial do consumidor é minado de fragilidades várias. Como salienta Galvão Telles, “[estipulante e aderente] são juridicamente iguais, embora o primeiro beneficie da superioridade de facto, meramente de facto, de poder impor cláusulas de sua exclusiva criação na lógica do mecanismo de contratação de massa”⁹. No âmbito particular das condições gerais dos contratos, o consumidor frequentemente desconhece as cláusulas que constituirão o contrato a celebrar, é sujeito a cláusulas verdadeiramente abusivas e, no topo, não reage quando confrontado com situações atentatórias da sua posição contratual, seja por conformada passividade à supremacia económica da contraparte, seja por descrença no sistema de justiça, aliadas à inadequação do controlo judiciário¹⁰.

1.3. Mecanismos de controlo

Para obviar hipóteses potenciadoras da fragilidade contratual do consumidor, o legislador estabeleceu diferentes formas e níveis de controlo das cláusulas contratuais¹¹. Mecanismos estes que são, nas palavras de Mário Frota, “esquemas correctivos, de molde a obviar a situações gritantemente abusivas advenientes da posição de *senhorio* económico que os disponentes ocupam, em regra, no mercado”¹².

Desde logo, numa análise **formal**, o legislador trata do controlo da *inclusão* das cláusulas¹³, com a instituição de deveres de comunicação e informação, e proibição de “cláusulas-surpresa”, com a consequência jurídica da exclusão das cláusulas que não observem os ditames legais¹⁴.

Num outro patamar, de análise **material** das cláusulas apresentadas ao consumidor, o determinante é um controlo de *conteúdo*, por forma a que as cláusulas incluídas no contrato singular não representem condições iníquas para o consumidor. A proibição de cláusulas “injustas, inconvenientes ou inadequadas” terá sido o móbil principal do legislador¹⁵.

Por outro lado, em termos **processuais**, o controlo das cláusulas contratuais gerais opera a nível incidental ou preventivo. A nível *incidental*, através da declaração de nulidade das cláusulas contratuais gerais proibidas¹⁶. A nível *preventivo*, pela ação inibitória, destinada a inibir a utilização ou recomendação futura de tais cláusulas¹⁷.

Será do controlo de conteúdo a nível incidental que nos ocuparemos.

2. Controlo das cláusulas abusivas

2.1. Cláusulas proibidas

No ordenamento jurídico nacional, assistimos a um “processo misto de normação”¹⁸, que articula uma cláusula geral de *boa-fé* (artigo 15º e 16º LCGC) com um elenco ou *catálogo de proibições* que tipifica os abusos mais frequentes¹⁹ (artigos 18º a 22º LCGC). Este catálogo, meramente exemplificativo, subdivide-se por sua vez de forma dúplice, atendendo ao *sujeito* e à *natureza* da proibição.

a) Quanto aos sujeitos

No âmbito pessoal de aplicação, a diferenciação é operada entre as cláusulas proibidas nas relações **entre empresários** ou entidades equiparadas²⁰ e as cláusulas proibidas nas relações **com os consumidores** finais²¹.

Assinala-se o carácter mais abrangente do regime jurídico português face à Diretiva comunitária²², já que esta última apenas abarca os contratos celebrados com consumidores. Não obstante, o legislador nacional reconheceu ser devida a estes últimos uma especial proteção, já que se lhes aplicam quer as proibições próprias quer as da anterior seção²³. Em resumo, quando estamos perante relações entre empresas, o crivo são as listas de proibições dos artigos 18º e 19º, mas quando a relação contratual seja estabelecida com consumidores, estes beneficiam de quatro listas de proibições, já que àquelas listagens se juntam as constantes dos artigos 21º e 22º LCGC.

A “maior severidade”²⁴ no domínio das relações jurídicas de consumo é motivada pela débil posição do consumidor²⁵, por contraposição aos empresários e profissionais liberais (quando atuam nessa qualidade), que se movem “numa esfera especializada que, segundo regras de normalidade, conhecem melhor do que os consumidores finais” e cujas atividades “requerem, no seu desenvolvimento, o dinamismo do tráfico jurídico”²⁶.

b) Quanto à natureza da proibição

A destrição é aqui operada ao nível da força das proibições²⁷, entre cláusulas *absolutamente proibidas* (as constantes dos artigos 18º e 21º LCGC) e cláusulas *relativamente proibidas* (as dos artigos 19º e 22º LCGC). As primeiras são sempre proibidas, enquanto as segundas só o são consoante o “quadro negocial padronizado”, por valoração do julgador.

No elenco das **cláusulas absolutamente proibidas** – ou “*lista negra*” – o legislador utiliza fórmulas categóricas, “conceitos fechados que o intérprete

não pode preencher e que vivem e se impõem na decisão do julgador por si mesmo”²⁸, o que conduz à automática nulidade da cláusula, na medida em que a previsão fechada nela contida obsta a qualquer possibilidade de valoração judicial.

Muitas destas proibições já resultariam de outros preceitos, em particular a norma que estatui a nulidade de negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo, o que pode suscitar a questão da novidade da enumeração²⁹.

Já na relação de **cláusulas relativamente proibidas** – ou “*lista cinzenta*” – é patente a criatividade do intérprete, ao “apelar a juízos de conteúdo sociológico para objetivar os conceitos abertos que nelas são plasmados”³⁰. A utilização de conceitos indeterminados – tais como “excessivo”, “desproporcionado”, “insuficiente”, “adequado”, “exagerado”, “despropositado”, “inconveniente” – concede ao julgador a possibilidade de apreciar, no contexto do tipo de contrato celebrado, se tais conceitos estão preenchidos e a cláusula deve ou não ser proibida.

Esta classe de proibições é-o por referência ao “*quadro negocial padronizado*”³¹: quanto a estas cláusulas impõe-se, pois, um “juízo valorativo suplementar”³², já que serão válidas em certos setores de atividade e proibidas noutros. É este o referencial, não o contrato singular, numa perspectiva casuística, mas antes o padrão contratual típico em que aquele contrato se insere³³.

2.2. A boa-fé, alfa ou ómega do sistema de controlo?

No plano das cláusulas contratuais proibidas, a boa-fé é claramente assumida como princípio geral³⁴, “centro da valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais”³⁵, que permite que cláusulas não inseridas nas listas possam ser proibidas³⁶.

Não estamos perante “uma regra apta a aplicação imediata, mas apenas uma proposta ou plano de disciplina, exigindo a mediação concretizadora [do julgador]”³⁷, a quem o legislador convida a ponderar os valores fundamentais do direito relevantes em face da situação considerada³⁸, em particular “a *confiança* suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis” e “o *objetivo* que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado”³⁹.

Afirma-se assim a boa-fé na dupla vertente *subjetiva*⁴⁰ e *objetiva*⁴¹, proibindo, por um lado, as cláusulas que injustificadamente entrem a realização prática dos interesses prosseguidos pelas partes e, por outro lado, as cláusulas que defraudem a “legítima expectativa quanto a um equilíbrio desse interesse com o da contraparte”⁴².

A propósito da boa-fé, a Diretiva comunitária dispõe que “uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”⁴³. Não há equivalente no diploma nacional⁴⁴.

Ao apreciar as diferenças entre o controlo de conteúdo tal como desenhado pela Diretiva e pelo legislador nacional, Almeno de Sá epiloga que a formulação mais genérica da lei portuguesa “permitirá definir um limiar de tutela superior àquele que parece resultar da referência ao ‘significativo desequilíbrio’ dos direitos e obrigações das partes, embora com a contrapartida de uma menor eficácia concretizadora”⁴⁵.

Outra disparidade apontada pelo mesmo autor respeita aos critérios instrumentais: se na LCGC, como já vimos, se apela à confiança e ao objetivo negocial, a Diretiva estabelece que o caráter abusivo de uma cláusula pode ser avaliado “em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa”⁴⁶.

Dissemelhanças à parte, “por mais roupagem que se dê aos conceitos utilizados, sempre somos reconduzidos à ideia de equilíbrio, ou de reequilíbrio das prestações”⁴⁷.

Paulo Duarte faz notar que “não se trata (...) de nenhuma panaceia a que se recorra indiscriminada e levianamente. Do que se trata é de utilizar criteriosamente um instrumento cuja flexibilidade permite fazer face à efervescência criativa da realidade do tráfico jurídico-negocial”⁴⁸. Por sua vez, Almeida Costa e Menezes Cordeiro precisam que o preenchimento do

É essencial a publicidade das cláusulas julgadas abusivas, pela valia de informação e dissuasão. E são prementes alterações de natureza processual, das quais destacamos a eficácia *erga omnes* do caso julgado

princípio geral da boa-fé não é um arbítrio, mas sim uma “margem lata de decisão”, aberta a “todas as situações carecidas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça”⁴⁹.

Ainda que reconhecendo o potencial de recurso do princípio geral⁵⁰, não podemos permitir-nos cair no entendimento estanque da boa-fé apenas como “peneira” por onde passam as cláusulas contratuais que escaparam às malhas do catálogo de proibições, e podem ainda ser tolhidas nesta última rede.

Na verdade, as proibições absolutas e relativas da lei devem ser entendidas como *concretizações* práticas do princípio geral da boa-fé, este sim “a espinha dorsal” do diploma⁵¹. Na enumeração de cláusulas proibidas “o que está sempre em causa é o abuso de uma situação de superioridade, atentatória do princípio da boa-fé”, como realçam Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros, enfatizado que devemos evitar conceptualizar, por um lado, o princípio da boa-fé e, por outro, o catálogo de proibições, como “preceitos com conteúdo autonomizado”⁵².

Ademais, pactuamos com Joaquim de Sousa Ribeiro, ao ressaltar que a boa-fé permanece o “referencial de valoração” na concretização das *proibições relativas* “ajudando a traçar a fronteira, aqui muito fluida, entre exercício legítimo e exercício abusivo da liberdade contratual”⁵³.

2.3. Regime sancionatório

O caráter injusto das cláusulas determina a sua proibição, que a lei sanciona com a **nulidade**, invocável nos termos gerais⁵⁴.

Não obstante a invalidade de algumas cláusulas, admite-se a possibilidade de *subsistência* do contrato, por opção do aderente⁵⁵. Se assim não fosse, atentos os efeitos retroativos da nulidade, “o aderente poderia ser conduzido, pelo próprio diploma destinado a defendê-lo, a situações gravosas”⁵⁶.

Caso esta faculdade não seja exercida ou quando a manutenção do contrato conduza a um “*desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa-fé*”, vigora o regime da *redução* dos negócios jurídicos⁵⁷.

3. Catálogo de proibições⁵⁸

Ainda que cientes da dificuldade de delimitar o âmbito e alcance de algumas das normas em apreço⁵⁹, ensaiamos o agrupar das quarenta e duas proibições (constantes das quatro listas), ilustrando o nosso rol, pontualmente, com decisões jurisprudenciais⁶⁰.

3.1. A “lista negra”

I. São em absoluto proibidas as cláusulas de **exclusão ou limitação de responsabilidade** (artigo 18º a), b), c), d) LCGC)⁶¹, ou seja, as que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, “a *responsabilidade por danos causados à vida, à integridade moral ou física ou à saúde das pessoas*”, “a *responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais*, causados na esfera da contraparte ou de terceiros”, “a *responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso*, em caso de *dolo ou de culpa grave*”⁶² ou “a *responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares*, em caso de *dolo ou de culpa grave*”.

II. Relativamente à **faculdade de interpretar**, o artigo 18º e) LCGC proíbe as cláusulas que “confirmam, de modo directo ou indirecto, *a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de interpretar* qualquer cláusula do contrato”.

III. Um outro grupo de proibições respeita à **exclusão ou limitação de institutos garantísticos do bom cumprimento das obrigações** (artigo 18º f) g) h) i) LCGC), referindo as cláusulas que “excluam a *excepção de não cumprimento* do contrato ou a *resolução por incumprimento*”, “excluam ou limitem o *direito de retenção*”, “excluam a faculdade de *compensação*, quando admitida na lei” ou “limitem, a qualquer título, a faculdade de *consignação em depósito*, nos casos e condições legalmente previstos”.

IV. A proibição de **obrigações perpétuas** consta do artigo 18º j) LCGC, ao reprimir cláusulas que “estabeleçam *obrigações duradouras perpétuas* ou cujo *tempo de vigência dependa apenas da vontade de quem as predisponha*”.

V. Para obstar a **esquemas para limitação de responsabilidade**, o artigo 18º l) LCGC proíbe as cláusulas que “consagrem, a favor de quem as predisponha, a *possibilidade de cessão da posição contratual, de transmissão de dívidas ou de subcontratar, sem o acordo da contraparte*, salvo se a identidade do terceiro constar do contrato inicial”.

VI. Já no domínio das relações com os consumidores, visa-se **assegurar que os bens ou serviços pretendidos são os que o consumidor vai alcançar** (artigo 21º a), b), c), d) LCGC), pela nulidade das cláusulas que “limitem ou de qualquer modo alterem *obrigações*

Na verdade,
as proibições
absolutas e relativas
da lei devem ser
entendidas como
concretizações
práticas do
princípio geral da
boa-fé, este sim “a
espinha dorsal” do
diploma

assumidas, na contratação, diretamente por quem as predisponha ou pelo seu representante”⁶³, “confiram, de modo direto ou indireto, a quem as predisponha, a *faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos*”, “permitam a *não correspondência* entre as prestações a efetuar e *as indicações, especificações ou amostras* feitas ou exibidas na contratação” ou “*excluam os deveres* que recaem sobre o predisponte, em resultado de *vícios da prestação*, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indenizações pecuniárias predeterminadas”.

VII. Ainda para **garantir tutela adequada** ao consumidor, as normas do artigo 21º e), f), g), h) LCGC visam as cláusulas que “*atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais*”⁶⁴, “alterem as regras respeitantes à *distribuição do risco*”⁶⁵, “modifiquem os critérios de repartição do *onus da prova* ou restrinjam a utilização de *meios probatórios* legalmente admitidos”⁶⁶ ou “*excluam ou limitem* de antemão a possibilidade de requerer *tutela judicial* para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”.

3.2. A “lista cinzenta”

I. São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas que estabeleçam, a favor de quem as predisponha, **prazos excessivos** para a *aceitação ou rejeição de propostas* ou para o *cumprimento, sem mora*, das obrigações assumidas (artigo 19º a), b) LCGC).

II. A proibição relativa estende-se à consagração de “**cláusulas penais desproporcionadas** aos danos a ressarcir” (artigo 19º c) LCGC)⁶⁷.

III. São igualmente visadas as **declarações de vontade insuficientes** (artigo 19º d) LCGC), ou seja, as cláusulas que “imponham *ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade* com base em factos para tal insuficientes”⁶⁸.

IV. O artigo 19º e) LCGC proíbe as cláusulas que “façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados, *injustificadamente*, do não **recurso a terceiros**”.

V. Podem ser proibidas as cláusulas que “coloquem na disponibilidade de uma das partes a possibilidade de **denúncia**, imediata ou com pré-aviso insuficiente, **sem compensação adequada**, do contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios *consideráveis*” (artigo 19º f) LCGC).

VI. O artigo 19º g) LCGC respeita às cláusulas que “estabeleçam um **foro competente** que envolva *graves inconvenientes para uma das partes*, sem que os interesses da outra o justifiquem”⁶⁹.

VII. Suscetíveis de revestir um caráter abusivo são também as cláusulas de **modificação unilateral das prestações** (artigo 19º h) LCGC), isto é, as que “consagrem, a favor de quem as predisponha, a faculdade de modificar as prestações, *sem compensação correspondente* às alterações de valor verificadas”.

VIII. O mesmo se aplica às cláusulas que “limitem, *sem justificação*, a faculdade de **interpelar**” (artigo 19º i) LCGC).

IX. Relativamente à **vigência e denúncia do contrato celebrado com o consumidor** (artigo 22º a), b), c) LCGC), o acento é colocado nas cláusulas que “prevejam *prazos excessivos* para a *vigência* do contrato ou para a sua *denúncia*”, “permitam, a quem as predisponha, *denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo*, fundado na lei ou em convenção” ou “atribuam a quem as predisponha o direito de *alterar unilateralmente os termos do contrato*, excepto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado”.

X. Em matéria de **preços** (artigo 22º d), e), f) LCGC), ficam sujeitas a juízo valorativo as cláusulas que “estipulem a *fixação do preço de bens na data da entrega*, sem que se dê à contraparte o direito de resolver o contrato, se o *preço final for excessivamente elevado* em relação ao valor subjacente às negociações”, “permitam *elevações de preços*, em contratos de prestações sucessivas, dentro de *prazos manifestamente curtos*, ou, para além desse limite, *elevações exageradas*, sem prejuízo do que dispõe o artigo 437º do Código Civil”, ou as que “impeçam a denúncia imediata do contrato quando as *elevações dos preços a justifiquem*”.

XI. Agregando vários **perigos para a posição do consumidor**, as normas do artigo 22º g), h), i), j), l), m) LCGC enfocam as cláusulas que “afastem, injustificadamente, as regras relativas ao *cumprimento defeituoso* ou aos prazos para o exercício de direitos emergentes dos vícios da prestação”, “imponham a *renovação automática* de contratos através do *silêncio* da

Nos contratos por negociação a possibilidade de debate prévio permite caucionar a expectativa de justiça e de liberdade decorrentes da coordenação das autolimitações de vontade

contraparte, sempre que a data limite fixada para a manifestação de vontade contrária a essa renovação se encontre *excessivamente distante* do termo do contrato”, “confiram a uma das partes o direito de pôr termo a um contrato de duração indeterminada, *sem pré-aviso razoável*, excepto nos casos em que estejam presentes razões sérias capazes de justificar semelhante atitude”, “impeçam, injustificadamente, reparações ou fornecimentos por *terceiros*”, “imponham *antecipações de cumprimento exageradas*” ou “estabeleçam *garantias demasiado elevadas ou excessivamente onerosas* em face do valor a assegurar”.

XII. Por último, pretende-se evitar **inconvenientes e superfluidade** (artigo 22º n), o) LCGC), ao interditar cláusulas que “fixem *locais, horários ou modos* de cumprimento *despropositados ou inconvenientes*” ou “exijam, para a prática de actos na vigência do contrato, *formalidades que a lei não prevê* ou vinculem as partes a *comportamentos supérfluos*, para o exercício dos seus direitos contratuais”⁷⁰.

4. Reflexões finais

Já em 1973 soava a voz de Mota Pinto: “nos contratos por negociação a possibilidade de debate prévio permite caucionar a expectativa de justiça e de liberdade decorrentes da coordenação das autolimitações de vontade. No contrato de adesão – nesse ‘contrato sem combate’ como se exprime Perroux – o aderente está desarmado, a sua liberdade é aparente.”⁷¹

Referindo-se à jurisprudência no âmbito da LCGC, Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros auguram que o mecanismo das cláusulas “exige uma *postura mais crítica* (...) e *mais criativa* do aplicador da lei” com recurso a “conceitos valorativos menos técnicos e mais próximos da realidade”⁷². Dos aplicadores do direito almejamos, assim, o ultrapassar de perspectivas tecnicistas em prol da afirmação do direito do consumo como direito do quotidiano (como diria Jean Baudrillard), do dia a dia dos consumidores que “somos todos nós”⁷³.

Em concreto, reportamo-nos às Conclusões-Propostas das III Jornadas de Direito do Consumo de Trás-os-Montes⁷⁴, instando à criação de uma *Comissão de Cláusulas Abusivas*⁷⁵ e à reestruturação do *Registo Nacional de Cláusulas Abusivas*⁷⁶. É essencial a publicidade das cláusulas julgadas abusivas, pela valia de informação e dissuasão. E são prementes alterações de natureza processual, das quais destacamos a eficácia *erga omnes* do caso julgado.

Como em tantos outros domínios do direito, que a lei passe do papel à vida, na “feitura da justiça comum que o homem comum – que praticamente todos nós somos – pretende e deseja”⁷⁷.

Notas

* Preleção no âmbito da Conferência Regional “Das Condições gerais dos contratos e das cláusulas abusivas”, que teve lugar em 26 de novembro de 2011, na Universidade Fernando Pessoa em Ponte de Lima, por ocasião da instalação da delegação do Alto Minho da Associação Portuguesa de Direito do Consumo, no ano do seu XXII aniversário. As conclusões estão disponíveis em <http://www.netconsumo.com/2011/12/conferencia-regional-ponte-de-lima.html>.

¹ Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Decretos-Lei 220/95, de 31 de Agosto (conforme Declaração de Rectificação n. 114-B/95, de 31 de Agosto), 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro (adiante designado LCGC).

² Cf. Carlos Ferreira de Almeida (*Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, p. 175 e segs.)

³ Galvão Telles (*Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*, p. 9) fala em “cláusulas pré-fabricadas ou ‘prêtes-à-porter’”.

⁴ Cf. Pinto Monteiro (*Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 134 e segs.) e Carlos Ferreira de Almeida (*Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, p. 189-181).

⁵ A este propósito, referiremos aqui que os conceitos de “contratos de adesão” e “cláusulas contratuais gerais” não são coincidentes, já que podemos estar perante contratos de adesão (com as características de pré-elaboração, unilateralidade e rigidez) que não cumprem as características de generalidade e indeterminação. Sobre esta questão, cf. Galvão Telles (*Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*, p. 8 e segs.), e Carlos Ferreira de Almeida (*Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, p. 175-182). O regime jurídico vigente estabelece no seu artigo 1º n. 2 que “o presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”. A aplicabilidade da referida legislação a contratos de adesão *individualizados* (que não integram cláusulas contratuais gerais) foi o resultado do controverso processo de transposição da Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril. A este propósito, cf. Pinto Monteiro (*Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 147 e segs.), Oliveira Ascensão (*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 576 e segs.) e Carlos Ferreira de Almeida (*Contratos I. Conceito. Fontes*, p. 175 e segs.).

⁶ Cf. artigo 60º da Constituição da República Portuguesa.

⁷ Lei n. 24/96, de 31 de Julho, alterada pelo Decreto-Lei n. 67/2003, de 08 de Abril, adiante referenciada pela sigla LDC.

⁸ Cf. artigo 9º n. 1 e n. 2 da LDC.

⁹ Galvão Telles, *Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*, p. 20. O autor conclui que “a homogeneização das relações económicas provoca, sem dúvida, um desequilíbrio de forças entre as partes contratantes. Mas as operações massificadas de venda de

bens ou prestação de serviços não deixam por isso de assumir vestes contratuais: apenas reclamam a intervenção tutelar do legislador para que o contrato não deixe de ser, como cumpre, um instrumento de justiça” (*idem*, p. 21).

¹⁰ Numa análise dos problemas e soluções respeitantes a esta forma de contratar, cf. Pinto Monteiro, *Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 138 e segs.

¹¹ Cf., entre outros, Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros, *Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, p. 162 e segs.

¹² Mário Frota, *As Condições Gerais dos Contratos em Portugal*, p. 262.

¹³ Quanto à análise formal e os cinco requisitos a que deve obediência (cognoscibilidade, legibilidade, inteligibilidade, contextualidade e vinculatividade), cf. Mário Frota, *Os contratos de consumo. Realidades sócio-jurídicas que se perspectivam sob novos influxos*, p. 24-25.

¹⁴ Cf. artigos 4º a 9º LCGC. Sobre o problema das cláusulas excluídas, entendendo preferível a sua qualificação como abusivas, e, consequentemente, nulas, cf. Galvão Telles, *Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas*, p. 17-18.

¹⁵ Nas palavras de Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro*, p. 33), que a este objetivo central opõem os “aspectos instrumentais” da celebração dos contratos singulares com cláusulas contratuais gerais e a sua interpretação e integração.

¹⁶ Cf. artigo 12º e 24º LCGC.

¹⁷ Cf. artigos 25º e segs. LCGC.

¹⁸ Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos – Estudos*, p. 102. O autor expressa que este processo “visa recolher em si as vantagens dos dois distintos modos de legislar, combinando harmonicamente a ductilidade e a adequação aplicativas próprias de uma cláusula geral com a certeza e a segurança garantidas por previsões de controlos mais precisos”.

¹⁹ Joaquim de Sousa Ribeiro (*Direito dos Contratos – Estudos*, p. 105 e segs.) explica a construção deste elenco, pautado por “um certo casuismo avulso” resultante da “transposição para a própria lei dos consensos progressivamente gerados em tomo da pertinaz oposição jurisprudencial a certas cláusulas de uso frequente e tipificado”, à semelhança do congénere diploma alemão que serviu de inspiração à LCGC. O autor faz ainda notar o “intuito didáctico”, ao “potenciar o efeito preventivo da lei, com vista ao saneamento voluntário [pelos predisponentes] de estipulações ilícitas”, o que pode justificar alguma dispersão e prolixidade.

²⁰ Cf. artigos 17º a 19º LCGC. Quanto à noção de empresa, cf. Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro*, p. 37).

²¹ Cf. artigos 20º a 23º LCGC.

²² A já mencionada Directiva 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

²³ Por força da norma remissiva do artigo 20º LCGC.

²⁴ Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro*, p. 37).

²⁵ Noronha Nascimento (*As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, p. 100) não teme afirmar que “Os contratos de adesão representam, assim, uma violentação ou anulação da autonomia privada para o aderente: quem os elabora goza de uma vontade contratual incontrolada; quem os aceita não tem autonomia contratual a não ser apenas quanto à pretensão de negociar já que a discussão do conteúdo lhe está vedada”. Oliveira Ascensão (*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 574) sustenta ainda que “[à] liberdade jurídica de celebração não correspondia sequer uma liberdade económica de celebração do contrato, pois estavam em causa bens ou serviços de que se não poderia prescindir”.

²⁶ Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 38).

²⁷ Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros, *Direitos Difusos*: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural, p. 165.

²⁸ Noronha Nascimento, *As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, p. 102.

²⁹ Como notam Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros (*Direitos Difusos*: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural, p. 166), aproveitando para realçar “o carácter pedagógico que dela emana, ao chamar a atenção para as normas de carácter imperativo que as cláusulas contratuais gerais mais frequentemente violam”.

³⁰ Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros, *Direitos Difusos*: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural, p. 166.

³¹ Cf. artigos 19º e 22º LCGC.

³² Almeida Costa, *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 25.

³³ Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 46) entendem que “exclui-se assim uma pura justiça do caso concreto, próxima da equidade e geradora de insegurança, mantendo o teor objectivo e controlável da proibição”. Almeno de Sá (*Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, p. 259-261), que refere ainda possibilidade de se autonomizarem sub-grupos numa mesma modalidade negocial, dando como exemplo a aquisição de bens novos e a aquisição de bens usados.

³⁴ Cf. artigo 15º LCGC. Como notam Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 40), não se trata de uma inovação do legislador, que “apenas expressa, no domínio sensível do tráfico negocial de massas, a necessidade de concretizar, em moldes adaptados, um princípio reitor tradicional do direito privado”.

³⁵ Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 587.

³⁶ Cf. Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos* – Estudos, p. 101 e segs.

³⁷ Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 39).

³⁸ Oliveira Ascensão (*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 583-585) questiona se devemos atender à cláusula inserida em dado contrato singular (apreciação individualizadora) ou à

cláusula em si, numa situação abstracta ou típica (apreciação generalizadora), concluindo por esta última.

³⁹ Cf. artigo 16º LCGC. Cf. Almeida Costa, *Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 40-41.

⁴⁰ Que representa “um estado de espírito” de dimensão psicológica ou valorativa (Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 587) ou a “consciência ou convicção justificada do sujeito de ter um comportamento conforme ao direito” (Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 38-39).

⁴¹ Uma “boa fé normativa” (Oliveira Ascensão, *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 587), que “traduz uma regra de conduta” (Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 38-39).

⁴² Cf. Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros (*Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, p. 162). Numa análise aos dois elementos de concretização constantes do artigo 16º LCGC, Oliveira Ascensão (*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 589-591) aponta as suas deficiências, na medida em que se esperaria mais de pretensos critérios auxiliares.

⁴³ Artigo 3º n. 1 da Directiva 93/13/CEE. Sobre a errada tradução, cf. Almeno de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, p. 71, nota 83.

⁴⁴ Cf. Mário Frota, *A Lei das Condições Gerais dos Contratos*, p. 311-312.

⁴⁵ Almeno de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, p. 71.

⁴⁶ Artigo 4º n. 1 da Directiva 93/13/CEE.

⁴⁷ Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros (*Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, p. 162. Almeno de Sá (*Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, p. 72) diz estar em causa uma “uma básica ponderação de interesses”, a realizar pela jurisprudência com a ajuda da doutrina, com apelo ao princípio da proporcionalidade (*idem*, p. 262).

⁴⁸ Paulo Duarte, *As cláusulas abusivas na experiência quotidiana de uma associação de consumidores*, p. 40.

⁴⁹ Cf. Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 39-40) que clarificam que tampouco a solução deve atender apenas às características do caso concreto, na medida em que “os valores fundamentais do direito, ainda que só detectados em concreto, correspondem a vectores genéricos, referenciáveis em abstracto”.

⁵⁰ Uma “última válvula de segurança” perante “cláusulas que nem uma muito elástica interpretação extensiva permite acomodar nas molduras das listas negras e cinzentas” Cf. Paulo Duarte, *As cláusulas abusivas na experiência quotidiana de uma associação de consumidores*, p. 40. Almeno de Sá (*Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, p. 69) reconhece o princípio da boa fé como “eixo fulcral do sistema”, mas adianta que “no jogo operativo do modelo, a norma que declara proibidas as cláusulas contrárias à boa fé funciona, assim, como uma espécie de ‘última rede’”. Joaquim de Sousa Ribeiro (*Direito dos Contratos – Estudos*, p. 104) remete para a designação germânica da boa fé como “norma de intercepção”.

⁵¹ Cf. Mário Frota, *As Condições Gerais dos Contratos em Portugal*, p. 262.

⁵² Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros, *Direitos Difusos*: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural, p. 165, nota 116.

⁵³ Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos* – Estudos, p. 104-105.

⁵⁴ Cf. artigo 12º LCGC e implícita remissão para o Código Civil.

⁵⁵ Cf. artigo 13º LCGC, que acrescenta que “a manutenção de tais contratos implica a vigência, na parte afectada, das normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos”.

⁵⁶ Almeida Costa e Menezes Cordeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 34.

⁵⁷ Cf. artigo 14º LCGC e artigo 292º do Código Civil. Cf. Oliveira Ascensão (*Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, p. 585-587).

⁵⁸ Seguiremos de perto a relação feita por Almeida Costa e Menezes Cordeiro (*Cláusulas Contratuais Gerais*: Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de Outubro, p. 41-54) e a síntese de Sara Branco Dantas (*As Cláusulas Contratuais Gerais*, p. 301-304). Cf. ainda a resenha de Noronha Nascimento, *As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*.

⁵⁹ O “labirinto” a que alude Joaquim de Sousa Ribeiro (*Direito dos Contratos* – Estudos, p. 110), “já que o articulado sugere sobreposições e repetições de significado não imediatamente transparente”.

⁶⁰ A jurisprudência convocada está disponível em <http://www.dgsi.pt> (Acórdãos e Informação da Direção-Geral de Política de Justiça/Cláusulas Abusivas). Para uma valiosa recolha jurisprudencial nesta matéria, cf. Araújo de Barros, *Cláusulas Contratuais Gerais*.

⁶¹ Sobre as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade, cf. a obra de Pinto Monteiro (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*) e ainda Almeno de Sá, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, p. 263 e segs.

⁶² Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.11.2011 (relatado por Maria Amália Santos): “I – É nula, e como tal absolutamente proibida, por contrária a norma imperativa, a cláusula contratual geral que estabelece uma exclusão genérica e antecipada da responsabilidade do locador perante o locatário. II – É igualmente nula a cláusula que deixa o locatário desprotegido relativamente a determinadas situações e permite excluir a responsabilidade do locador pelo não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, permitindo-lhe um enriquecimento indevido. III – Também é nula a cláusula que prevê uma taxa de juro comercial para as situações de mora do locatário, a qual não é aplicável aos contratos celebrados com os consumidores. IV – É, ainda, nula a cláusula que estabelece a obrigatoriedade de o locatário adquirir, de qualquer modo, o respectivo equipamento, por atentar contra o seu direito de escolha e violar o princípio da boa fé. V – A publicação da decisão é o meio idóneo para dar publicidade à proibição perante o público em geral e dissuadir a utilização de cláusulas nulas.”

⁶³ Cf. Sentença do Tribunal de Mafra de 27.11.2007: “Num dos electrodomésticos vendidos pela ré (denominado «varinha mágica») fez esta incluir na sua embalagem um certificado de garantia no qual impunha as condições gerais de aquisição do referido produto. Nomeadamente era imposta ao cliente

adquirente, a cláusula de que «as despesas de transporte de e para os nossos serviços técnicos são pagas pelo cliente» (Cláusula 1). O Tribunal entendeu que esta cláusula é absolutamente proibida já que limita a obrigação assumida na contratação, que é a da ré garantir o bom funcionamento da coisa que é adquirida, sem encargos adicionais para o consumidor violando-se, assim, de forma clara o nº 21º alínea a) do DL 446/85, de 25/10 (as cláusulas limitadoras de garantia são proibidas). (...).”

⁶⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14.01.2003 (relatado por Lemos Jorge): “I – É absolutamente proibida a cláusula do contrato de compra e venda de direito real de habitação periódica de fracção respeitante a empreendimento turístico sito em..., na parte em que dispõe que ‘deve ainda abster-se de praticar quaisquer actos que possam comprometer a gestão hoteleira ou o interesse para o turismo do empreendimento’.”

⁶⁵ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09.06.2004 (relatado por Flores Ribeiro): “I – São nulas cláusulas constantes de contrato de adesão que alterem as regras respeitantes ao ónus da prova ou à distribuição do risco. II – Assim, é nula cláusula constante de ‘Condições Gerais de Utilização’ de eurocheques que estipule que a sua utilização por terceiros se presume consentida ou culposamente facilitada pelo seu titular, mesmo que este prove não ter culpa no extravio, furto ou roubo do cartão, dos eurocheques elou do código secreto de acesso à rede Multibanco, por ser contrária ao disposto nos arts. 487, n. 1 ou 483, n. 2, do CC.”

Cf. Sentença do Tribunal de Lisboa de 05.02.2007: “A acção foi considerada procedente, considerando-se nula a cláusula onde consta que ‘o cliente é responsável pela utilização do serviço, nomeadamente pelo pagamento das quantias devidas à TV Cabo pela utilização do Serviço por terceiros, com o seu conhecimento, salvo após decurso de prazo de 24 horas sobre a comunicação da sua perda ou extravio, nos termos do ponto antecedente’.”

⁶⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.10.2009 (relatado por Alberto Sobrinho): “2. Com a cláusula em que o cliente se reconhece devedor ao Banco dos valores registados electronicamente está o banco a criar, nas transacções efectuadas em ambiente aberto, uma presunção de dívida relativamente aos valores registados electronicamente. De acordo com esta presunção imposta ao titular do cartão, decorre que, mesmo no caso da dívida real ser inferior à constante dos registos electrónicos, se não conseguir fazer essa prova se tem como assente que deve as quantias assinaladas electronicamente. Ao estabelecer-se uma presunção de dívida do titular do cartão nos termos apontados e ao conceder-se um valor absoluto ao registo electrónico, está-se a alterar os critérios de repartição do ónus da prova e a subtrair ao juiz a livre apreciação de um documento particular, o que a torna absolutamente proibida.”

⁶⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.01.2011 (relatado por Alberto Ruço): “III – A cláusula «A indemnização referida no artigo anterior destinada a ressarcir o Locador – que fará sempre suas todas as importâncias pagas até então nos termos deste contrato – dos prejuízos resultantes da desvalorização do veículo e do próprio incumprimento em si do contrato pelo Locatário – não sendo nunca inferior a 50% do total do valor dos alugueres referidos nas Condições Particulares», inserida num contrato de aluguer de veículo sem condutor, é nula nos termos conjugados da al. c) do artigo 19.º, 20.º, 12.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (Cláusulas Contratuais Gerais).”

⁶⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.05.2008 (relatado por Mota Miranda): “XIV - A cláusula 22.^a mantém a responsabilidade do titular do cartão findo o contrato e até à efectiva devolução do cartão; esta cláusula é nula por violação do disposto no art. 21.º, al. f), do DL n.º 446/85 - (proibição de alteração das regras de distribuição do risco). XVI - A cláusula 26.^a estabelece a irresponsabilidade do banco nos casos de não aceitação do cartão, pelo deficiente atendimento ou má qualidade dos bens ou serviços obtidos com a utilização do cartão pelo seu titular; esta cláusula é nula por violação do disposto nos arts. 18.º, al. c), e 21.º, al. g), do DL n.º 446/85. XVII - Na cláusula 30.^a estabelece-se a presunção de que o titular do cartão recebeu, na morada indicada, o extracto e impõe-se ao titular do cartão o reconhecimento da dívida se não houver reclamação no prazo de 15 dias; esta cláusula é nula por violação do disposto no art. 19.º, al. d), do DL n.º 446/85.”

⁶⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14.01.2003 (relatado por Lemos Jorge), já referido: “II - É proibida a cláusula inserta no mesmo contrato, celebrado por uma empresa com sede em..., na parte em que refere que “qualquer litígio emergente do mesmo será dirimido pelo Tribunal da Comarca de... com expressa renúncia de qualquer outro”.

⁷⁰ Cf. Sentença do Tribunal de Lisboa de 05.02.2007, já referida: “No mesmo certificado de garantia estabelece-se que o ‘o envio do mesmo certificado será feito, em bilhete postal, no prazo máximo de 10 dias após a compra (...)’ para uma determinada morada (cláusula nº 2). Na cláusula nº 3 diz-se “apresentação obrigatória da factura de compra do aparelho quando haja lugar a reparação ao abrigo da garantia». Com estas cláusulas a ré obriga o consumidor a praticar uma série de actos despropositados e até onerosos para o mesmo. Estas exigências forçam o adquirente do produto a comportamentos supérfluos para poder exercer os seus direitos contratuais. Estas cláusulas são relativamente proibidas, nos termos do artº 22º alíneas j) e n).”

⁷¹ Mota Pinto, *Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, p.147.

⁷² Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros, *Direitos Difusos*: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural, p. 168.

⁷³ Alusão ao discurso de John Kennedy em 15 de Março de 1962, data que hoje se assinala como Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

⁷⁴ Que tiveram lugar no dia 17 de maio de 2011, no Auditório Municipal de Mirandela, promovidas pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo e o Instituto Politécnico de Bragança. As conclusões estão disponíveis na íntegra em http://www.netconsumo.com/2011/05/iii-jornadas-de-direito-do-consumo-de_70.html.

⁷⁵ De composição quadripartida, com representantes do Conselho Superior da Magistratura, do Ministério Público, dos Agentes Económicos e dos Consumidores.

⁷⁶ Atualmente disponível – com inúmeras deficiências de organização e consulta – em http://www.dgsi.pt/gdep.nsf/f_clausulas?OpenForm.

⁷⁷ Noronha Nascimento, *As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, p. 122.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3633-5.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa. ISSN 0870-8118. Volume II, Ano 60, (2000), p. 573-595.
- BARROS, José Manuel de Araújo. *Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2010. ISBN 978-972-32-1823-7.
- COSTA, Mário Júlio Almeida. *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. ISBN 972-54-0010-X.
- COSTA, Mário Júlio Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas Contratuais Gerais: Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*. Coimbra: Almedina, 1986.
- DANTAS, Sara Luísa Branco. As Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-3-2, n. 4 (2002), p. 273-315.
- DUARTE, Paulo. As cláusulas abusivas na experiência quotidiana de uma associação de consumidores. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 2 (1995), p. 32-41.
- FROTA, Mário. A Lei das Condições Gerais dos Contratos. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 4 (1995), p. 311-318.
- _____. As Condições Gerais dos Contratos em Portugal. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773. Suplemento (1998), p. 259-271.
- _____. Os contratos de consumo. Realidades sócio-jurídicas que se perspectivam sob novos influxos. *Vida Judiciária*. Lisboa, n. 42 (2000), p. 22-29.
- MONTEIRO, António Pinto. Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-0-8, n. 3 (2001), p.131-163.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 972-40-1919-5.
- NASCIMENTO, Luís António Noronha. As Cláusulas Contratuais Gerais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISSN 1646-0375, n. 5 (2003), p. 99-122.
- PINTO, Carlos Mota. Contratos de adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Coimbra. 1973, p. 119-148.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos – Estudos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723214680
- SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-1481-9.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito; BARROS, José M. Araújo de. Direitos Difusos: *Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, Instituto Nacional de Administração, 2007. ISBN 978-972-9222-97-9.
- TELLES, Inocêncio Galvão. Das Condições Gerais dos Contratos e da Directiva Europeia sobre as Cláusulas Abusivas. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*. Coimbra. ISSN 0873-9773, n. 2 (1995), p. 7-21.

COMISSÃO EUROPEIA

PROPOSTA DE
REGULAMENTO DO
DIREITO EUROPEU
COMUM DA
COMPRA E VENDA

EXCERDOS

“O presente regulamento permite aos profissionais recorrerem a um conjunto de normas comuns e utilizarem as mesmas cláusulas contratuais em todas as suas transacções transfronteiriças, evitando assim custos desnecessários e oferecendo um elevado nível de segurança jurídica”

“Contrato de consumo, um contrato de compra e venda em que o vendedor é um profissional e o comprador é um consumidor”

“O direito europeu comum da compra e venda pode ser aplicado aos contratos transfronteiriços”

“O direito europeu comum da compra e venda não pode reger contratos entre profissionais e consumidores nos quais o profissional concede ou promete conceder crédito ao consumidor, sob forma de pagamento diferido, empréstimo ou outro acordo financeiro semelhante. O direito europeu comum da compra e venda pode reger contratos entre profissionais e consumidores nos quais esteja previsto o fornecimento, de forma continuada, de bens, conteúdos digitais ou serviços conexos do mesmo tipo, e o consumidor pague pelos mesmos em prestações enquanto durar o fornecimento ou prestação”

“Nas relações entre profissionais e consumidores, o direito europeu comum da compra e venda não pode ser aplicado de forma parcial mas apenas na sua totalidade”

“Se as partes acordarem de forma válida na aplicação do direito europeu comum da compra e venda a um determinado contrato, apenas este direito comum pode reger as questões abrangidas pelas suas disposições”

“Os Estados-Membros devem garantir que as sentenças transitadas em julgado dos respectivos tribunais que apliquem as normas do presente regulamento são comunicadas à Comissão sem demora injustificada”

“Comissão deve apresentar ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu um relatório circunstanciado de avaliação sobre a aplicação do presente regulamento, tendo em conta, nomeadamente, a necessidade de alargar o âmbito em relação aos contratos entre empresas, aos desenvolvimentos tecnológicos e da evolução do mercado no que se refere aos conteúdos digitais, bem como o futuro desenvolvimento de acervo da União”

Artigo 1º
Finalidade e objecto

1. O presente regulamento tem por finalidade melhorar as condições de estabelecimento e de funcionamento do mercado interno, estabelecendo um conjunto uniforme de normas de direito dos contratos que consta do Anexo I (a seguir designadas por «direito europeu comum da compra e venda»). Essas normas podem ser aplicadas nas transacções transfronteiriças de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais ou de serviços conexos sempre que as partes no contrato assim o acordarem.

2. O presente regulamento permite aos profissionais recorrerem a um conjunto de normas comuns e utilizarem as mesmas cláusulas contratuais em todas as suas transacções transfronteiriças, evitando assim custos desnecessários e oferecendo um elevado nível de segurança jurídica.

3. No que se refere aos contratos entre profissionais e consumidores, o presente regulamento contempla um vasto conjunto de normas de protecção do consumidor, destinadas a garantir um elevado nível de protecção, a estimular a confiança dos consumidores no mercado interno e a incentivá-los a fazer compras fora das suas fronteiras.

Artigo 2º
Definições

Para efeitos do presente regulamento entende-se por:

- (a) «Contrato», um acordo destinado a criar obrigações ou outros efeitos jurídicos;
- (b) «Boa fé contratual», um padrão de conduta caracterizado pela honestidade, abertura e consideração pelos interesses da outra parte na transacção ou na relação em causa;
- (c) «Prejuízo», o dano patrimonial e não patrimonial, como a dor e o sofrimento, excluindo outras formas de dano não patrimonial, designadamente a deterioração da qualidade de vida e a privação de gozo;
- (d) «Cláusulas contratuais gerais», cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transacções envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na acepção do artigo 7º do direito europeu comum da compra e venda;
- (e) «Profissional», qualquer pessoa singular ou colectiva que actue com os fins que se incluem no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;
- (f) «Consumidor», qualquer pessoa singular que actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional;
- (g) «Indemnização», o montante em dinheiro ao qual uma pessoa pode ter direito a título de compensação por prejuízo, lesão ou outro dano;
- (h) «Bens», qualquer objecto móvel corpóreo, excluindo:
 - (i) a electricidade e o gás natural; e
 - (ii) a água e outros tipos de gás, salvo se forem postos à venda em volume limitado ou em quantidade determinada;
- (i) «Preço», o dinheiro devido como contrapartida de bens vendidos, conteúdos digitais fornecidos ou serviços conexos prestados;

(j) «Conteúdo digital», dados produzidos e fornecidos em formato digital, em conformidade ou não com as especificações do comprador, incluindo conteúdos digitais videográficos, sonoros, fotográficos ou escritos, programas informáticos e conteúdos digitais que permitem personalizar equipamentos ou programas informáticos existentes; com as seguintes excepções:

- (i) serviços financeiros, incluindo os serviços bancários em linha;
- (ii) aconselhamento jurídico ou financeiro prestado por via electrónica;
- (iii) serviços de saúde electrónicos;
- (iv) serviços e redes de comunicações electrónicas, bem como recursos e serviços conexos;
- (v) jogos de fortuna ou azar;
- (vi) criação de novos conteúdos digitais e a modificação de conteúdos digitais existentes pelos consumidores ou qualquer outra interacção com as criações de outros utilizadores;

(k) «Contrato de compra e venda», qualquer contrato ao abrigo do qual o profissional («vendedor») transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens para outra pessoa («comprador»), e o comprador paga ou se compromete a pagar o preço; inclui os contratos de fornecimento de bens a fabricar ou produzir e exclui os contratos de compra e venda no âmbito de uma execução ou que impliquem qualquer outro tipo de intervenção das autoridades públicas;

(l) «Contrato de consumo», um contrato de compra e venda em que o vendedor é um profissional e o comprador é um consumidor;

(m) «Serviços conexos», qualquer serviço associado ao bem ou ao conteúdo digital, nomeadamente a instalação, manutenção, reparação ou qualquer outra forma de alteração, prestado pelo vendedor do bem ou pelo fornecedor do conteúdo digital por força do contrato de compra e venda, do contrato de fornecimento de conteúdos digitais ou de um contrato de prestação de serviços conexos distinto, que tenha sido celebrado ao mesmo tempo que o contrato de compra e venda ou de fornecimento de conteúdos digitais; exclui-se os serviços:

- i) de transporte;
- ii) de formação;
- iii) de apoio às telecomunicações;
- iv) financeiros;

(n) «Prestador de serviços», qualquer vendedor de bens ou fornecedor de conteúdos digitais que se comprometa a fornecer ao cliente um serviço relacionado com esses bens ou conteúdos digitais;

(o) «Cliente», qualquer pessoa que adquira um serviço conexo;

(p) «Contrato à distância», qualquer contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, no âmbito de um sistema organizado de vendas à distância, sem a presença física simultânea do profissional ou, na hipótese de o profissional ser uma pessoa colectiva, de uma pessoa singular que represente o profissional e o consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive;

(q) «Contrato celebrado fora do estabelecimento comercial», qualquer contrato entre um profissional e um consumidor:

i) celebrado na presença física simultânea do profissional ou, no caso de o profissional ser uma pessoa colectiva, de uma pessoa singular que represente o profissional e o consumidor num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, ou celebrado com base numa oferta feita pelo consumidor nas mesmas circunstâncias; ou

ii) celebrado no estabelecimento comercial do profissional ou através de qualquer meio 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 ou, no caso de o profissional ser uma pessoa colectiva, de uma pessoa singular que represente o profissional, e o consumidor; ou

iii) celebrado durante uma excursão organizada pelo profissional ou, no caso de o profissional ser uma pessoa colectiva, a pessoa singular que represente o profissional, com o fim ou o efeito de promover e vender bens ou fornecer conteúdos digitais ou serviços conexos ao consumidor;

(r) «Estabelecimento comercial»:

i) quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o profissional exerça a sua actividade de forma permanente; ou

ii) quaisquer instalações móveis de venda a retalho, onde o profissional exerça a sua actividade de forma habitual;

(s) «Garantia comercial», qualquer compromisso assumido por um profissional ou produtor perante o consumidor, para além das obrigações jurídicas que lhe incumbem por força do artigo 106º em caso de falta de conformidade, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou assegurar a manutenção de um bem ou conteúdo digital, caso este não seja 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;

(t) «Suporte duradouro», qualquer instrumento que possibilite a uma parte 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;

(u) «Hasta pública», o método de venda pelo qual os bens ou conteúdos digitais 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 adquirir os bens ou conteúdos digitais;

(v) «Norma imperativa», qualquer disposição cuja aplicação as partes não possam excluir ou derrogar e cujos efeitos não possam alterar;

(w) «Credor», a pessoa que tem direito ao cumprimento de uma obrigação, pecuniária ou não pecuniária, por outra pessoa, o devedor;

(x) «Devedor», a pessoa que tem de satisfazer uma obrigação, pecuniária ou não pecuniária, em relação a outra pessoa, o credor.

(y) «Obrigação», o dever de agir que uma parte de uma relação jurídica tem relativamente à outra parte.

Artigo 3º

Carácter facultativo do direito europeu comum da compra e venda

As partes podem acordar que o direito europeu comum da compra e venda seja aplicado aos seus contratos transfronteiriços de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais e de prestação de serviços conexos, que se enquadrem no âmbito territorial, material e pessoal fixado nos artigos 4º a 7º.

Artigo 4º

Contratos transfronteiriços

1. O direito europeu comum da compra e venda pode ser aplicado aos contratos transfronteiriços.
2. Para efeitos do presente regulamento, os contratos entre profissionais são transfronteiriços se as partes tiverem residência habitual em Estados diferentes, dos quais pelo menos um seja um Estado-Membro .
3. Para efeitos do presente regulamento, os contratos entre profissionais e consumidores são transfronteiriços se:
 - (a) a morada indicada pelo consumidor, a morada de entrega dos bens ou a morada de facturação se situarem num Estado diferente daquele em que o profissional tem residência habitual; e
 - (b) pelo menos um desses Estados for um Estado-Membro .
4. Para efeitos do presente regulamento, a residência habitual de sociedades e de outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica, é o lugar em que se situa a sua administração central. A residência habitual de um profissional que seja uma pessoa singular é o lugar em que esta tenha o seu estabelecimento principal.
5. Se o contrato for celebrado através de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento do profissional, considera-se que o lugar em que se encontra essa sucursal, agência ou outro estabelecimento é o lugar de residência habitual do profissional em causa.
6. Para se determinar se um contrato é ou não transfronteiriço, o momento relevante é aquele em que for acordada a aplicação do direito europeu comum da compra e venda.

Artigo 5º

Contratos aos quais pode ser aplicado o direito europeu comum da compra e venda

O direito europeu comum da compra e venda pode ser aplicado aos:

- a) Contratos de compra e venda;
- b) Contratos de fornecimento de conteúdos digitais, fornecidos ou não em suporte material, que possam ser armazenados, tratados ou acedidos e reutilizados pelo consumidor, independentemente de serem ou não fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço;
- c) Contratos de prestação de serviços conexos, independentemente de ter sido acordado um preço separado para tais serviços.

Artigo 6º

Exclusão dos contratos mistos e dos contratos de crédito ao consumo

1. O direito europeu comum da compra e venda não pode reger contratos mistos que incluam

quaisquer outros elementos para além da compra e venda de bens, do fornecimento de conteúdos digitais ou da prestação de serviços conexos, na aceção do artigo 5º.

2. O direito europeu comum da compra e venda não pode reger contratos entre profissionais e consumidores nos quais o profissional concede ou promete conceder crédito ao consumidor, sob forma de pagamento diferido, empréstimo ou outro acordo financeiro semelhante. O direito europeu comum da compra e venda pode reger contratos entre profissionais e consumidores nos quais esteja previsto o fornecimento, de forma continuada, de bens, conteúdos digitais ou serviços conexos do mesmo tipo, e o consumidor pague pelos mesmos em prestações enquanto durar o fornecimento ou prestação.

Artigo 7º

Partes contratuais

1. O direito europeu comum da compra e venda só pode ser aplicado se o vendedor dos bens ou o fornecedor dos conteúdos digitais for um profissional. Se todas as partes contratuais forem profissionais, o direito europeu comum da compra e venda pode ser aplicado se pelo menos uma delas for uma pequena ou média empresa (PME).

2. Para efeitos do presente regulamento, uma PME é um profissional que

(a) Emprega menos de 250 pessoas; e

(b) Tem um volume de negócios anual que não excede 50 milhões de EUR ou um balanço anual total que não excede 43 milhões de EUR, ou, no caso das PME com residência habitual num Estado-Membro cuja moeda não é o euro ou num país terceiro, o montante equivalente na moeda desse Estado-Membro ou país terceiro.

Artigo 8º

Acordo quanto à aplicação do direito europeu comum da compra e venda

1. A aplicação do direito europeu comum da compra e venda exige que as partes estejam de acordo para esse efeito. A existência deste acordo e a sua validade são determinadas nos termos dos n.os 2 e 3 do presente artigo, do artigo 9º e de outras disposições pertinentes do direito europeu comum da compra e venda.

2. Nas relações entre profissionais e consumidores, o acordo quanto à aplicação deste direito só é válido se o consentimento do consumidor tiver sido dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato. O profissional deve fornecer ao consumidor uma confirmação desse acordo num suporte duradouro.

3. Nas relações entre profissionais e consumidores, o direito europeu comum da compra e venda não pode ser aplicado de forma parcial mas apenas na sua totalidade.

Artigo 9º

Ficha informativa constante dos contratos entre profissionais e consumidores

1. Para além dos deveres de informação pré-contratual previstos no direito europeu comum da compra e venda, nas relações entre profissionais e consumidores, o profissional deve alertar o consumidor, antes do acordo, para a sua intenção de aplicar este direito, fornecendo-lhe, de forma bem visível, a ficha informativa

constante do Anexo II. Se o acordo quanto à aplicação do direito europeu comum da compra e venda for celebrado por telefone ou qualquer outro meio que não permita fornecer a ficha informativa ao consumidor, ou quando o profissional não forneceu a ficha de informação, o consumidor não ficará vinculado pelo acordo até receber a confirmação prevista no artigo 8º, nº 2, acompanhada da ficha informativa, e tiver manifestado, subseqüentemente, o seu consentimento expresse quanto à aplicação do direito europeu comum da compra e venda.

2. Quando for transmitida em formato electrónico, a ficha informativa referida no nº 1 deverá conter uma hiperligação ou, em quaisquer outras circunstâncias, a indicação de um sítio Internet através do qual seja possível obter gratuitamente o texto do direito europeu comum da compra e venda.

Artigo 10º

Sanções por violação de requisitos específicos

Os Estados-Membros devem estabelecer sanções para a violação pelos profissionais nas relações com consumidores dos requisitos previstos nos artigos 8º e 9º, e devem tomar as medidas necessárias para assegurar que essas sanções sejam aplicadas. As sanções previstas devem ser efectivas, proporcionais e dissuasivas. Os Estados-Membros devem notificar as disposições pertinentes à Comissão o mais tardar até [1 ano após a data de aplicação do presente regulamento], bem como qualquer alteração subsequente o mais rapidamente possível.

Artigo 11º

Consequências da aplicação do direito europeu comum da compra e venda

Se as partes acordarem de forma válida na aplicação do direito europeu comum da compra e venda a um determinado contrato, apenas este direito comum pode reger as questões abrangidas pelas suas disposições. Se o contrato for efectivamente celebrado, o direito europeu comum da compra e venda rege igualmente o cumprimento e os meios de defesa em caso de incumprimento dos deveres de informação pré-contratual.

Artigo 12º

Requisitos de informação resultantes da Directiva Serviços

O presente regulamento não prejudica os requisitos de informação previstos pelas disposições legislativas nacionais que transpõem as disposições da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno, e que completa os requisitos de informação estabelecidos no direito europeu comum da compra e venda.

Artigo 13º

Alternativas ao dispor dos Estados-Membros

Os Estados-Membros podem decidir tornar o direito europeu comum da compra e venda aplicável a:

a) Contratos em que a residência habitual dos profissionais ou, nos contratos entre profissionais e consumidores, a residência habitual do profissional, a morada indicada pelo consumidor, a morada de entrega dos bens e a morada de facturação se situem nesse Estado-Membro ; e/ou

b) Contratos nos quais todas as partes sejam profissionais mas nenhuma delas seja uma PME na acepção do artigo 7º, nº 2.

Artigo 14º

Comunicação das sentenças que apliquem o presente regulamento

1. Os Estados-Membros devem garantir que as sentenças transitadas em julgado dos respectivos tribunais que apliquem as normas do presente regulamento são comunicadas à Comissão sem demora injustificada.

2. A Comissão deve criar um sistema que permita consultar as informações relativas às sentenças referidas no nº 1, bem como os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria. Este sistema deve ser acessível ao público.

Artigo 15º

Revisão

1. No prazo de ... [*4 anos a contar da data da aplicação do presente regulamento*], os Estados-Membros devem enviar à Comissão informações relativas à aplicação do mesmo, em especial no que se refere ao grau de aceitação do direito europeu comum da compra e venda, ao número de litígios decorrentes da aplicação das suas disposições e às diferenças existentes entre o nível de protecção do consumidor previsto neste direito comum e no direito nacional. Essas informações devem incluir uma exposição circunstanciada da jurisprudência dos tribunais nacionais que interprete as disposições do direito europeu comum da compra e venda.

2. No prazo de ... [*5 anos a contar da data da aplicação do presente regulamento*], a

Comissão deve apresentar ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu um relatório circunstanciado de avaliação sobre a aplicação do presente regulamento, tendo em conta, nomeadamente, a necessidade de alargar o âmbito em relação aos contratos entre empresas, aos desenvolvimentos tecnológicos e da evolução do mercado no que se refere aos conteúdos digitais, bem como o futuro desenvolvimento de acervo da União.

Artigo 16º

Entrada em vigor e aplicação

1. O presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

2. É aplicável a partir de [*6 meses após a data de entrada em vigor*].

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Feito em Bruxelas,

em *Pelo Parlamento Europeu*

O Presidente

Pelo Conselho

O Presidente

ANEXO I

DIREITO EUROPEU COMUM DA COMPRA E VENDA

ÍNDICE*

Parte I Disposições introdutórias	204
Capítulo 1 Princípios gerais e aplicação.....	204
Secção 1 Princípios gerais	204
Secção 2 Aplicação.....	204
Parte II Celebração de um contrato vinculativo	208
Capítulo 2 Informações pré-contratuais.....	208
Secção 1 Informações pré-contratuais a fornecer pelo profissional ao consumidor	208
Secção 2 Informações pré-contratuais a fornecer pelo profissional a outro profissional	213
Secção 3: Contratos a celebrar por via electrónica	214
Secção 4 Dever de assegurar a correcção das informações fornecidas.....	215
Secção 5 Meios de defesa em caso de violação do dever de informação	215
Capítulo 3 Celebração do contrato	216
Capítulo 4 Direito de retractação nos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial entre profissionais e consumidores.....	219
Capítulo 5 Vícios da vontade	223
Parte III Avaliação do conteúdo do contrato.....	226
Capítulo 6 Interpretação	226
Capítulo 7 Conteúdo e efeitos.....	227
Capítulo 8 Cláusulas contratuais abusivas	231
Secção 1 Disposições gerais.....	231
Secção 2 Cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre um profissional e um consumidor	232
Secção 3 Cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre profissionais	235
Parte IV Obrigações e meios de defesa das partes num contrato de compra e venda ou num contrato de fornecimento de conteúdos digitais.....	236
Capítulo 9 Disposições gerais.....	236
Capítulo 10 Obrigações do vendedor.....	237
Secção 1 Disposições gerais.....	237
Secção 2 Entrega.....	238
Secção 3 Conformidade dos bens e dos conteúdos digitais	240
Capítulo 11 Meios de defesa do comprador.....	242
Secção 1 Disposições gerais.....	242
Secção 2 Sanação pelo vendedor.....	244
Secção 3 Exigência do cumprimento.....	244
Secção 4 Suspensão do cumprimento das obrigações do comprador.....	245
Secção 5 Resolução	246

Secção 6 Redução do preço	247
Secção 7 Obrigação de notificação nos contratos entre profissionais	247
Capítulo 12 Obrigações do comprador	248
Secção 1 Disposições gerais	248
Secção 2 Pagamento do preço	249
Secção 3 Aceitação da entrega	250
Capítulo 13 Meios de defesa do vendedor.....	251
Secção 1 Disposições gerais	251
Secção 2 Exigência do cumprimento	252
Secção 3 Suspensão do cumprimento das obrigações do vendedor	252
Secção 4 Resolução	252
Capítulo 14 Transferência do risco.....	254
Secção 1 Disposições gerais.....	254
Secção 2 Transferência do risco nos contratos de consumo.....	254
Secção 3 Transferência do risco nos contratos entre profissionais.....	255
Parte V Obrigações e meios de defesa das partes nos contratos de serviços conexos.....	256
Capítulo 15 Obrigações e meios de defesa das partes	256
Secção 1: Aplicação de determinadas disposições gerais relativas aos contratos de compra e venda	256
Secção 2: Obrigações do prestador de serviços.....	256
Secção 3 Obrigações do cliente	258
Secção 4 Meios de defesa	258
Parte VI Indemnização e juros	260
Capítulo 16 Indemnização e juros	260
Secção 1 Indemnização	260
Secção 2 Juros de mora: disposições gerais.....	261
Secção 3 Mora dos profissionais.....	262
Parte VII Restituição	263
Capítulo 17 Restituição	263
Parte VIII Prescrição	266
Capítulo 18 Prescrição	266
Secção 1 Disposição Geral	266
Secção 2 Prazos de prescrição e seu início	266
Secção 3 Prorrogação dos prazos de prescrição	266
Secção 4 Renovação dos prazos de prescrição	267
Secção 5 Efeitos da prescrição	267
Secção 6 Alteração por acordo	268
Apêndice 1	268
Apêndice 2	270

[***Nota:** Numeração das páginas de acordo com a Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.]

PARTE I

DISPOSIÇÕES INTRODUTÓRIAS

CAPÍTULO 1

PRINCÍPIOS GERAIS E APLICAÇÃO

SECÇÃO 1

PRINCÍPIOS GERAIS

Artigo 1º

Liberdade contratual

1. As partes são livres de celebrar um contrato e de determinar o seu conteúdo, sob reserva das disposições imperativas aplicáveis.

2. As partes podem excluir a aplicação de quaisquer disposições do direito europeu comum da compra e venda, bem como derrogar ou modificar os seus efeitos, salvo indicação em contrário nelas prevista.

Artigo 2º

Boa fé contratual

1. Cada parte tem o dever de actuar em conformidade com o princípio da boa fé contratual.

2. A violação deste dever pode impedir a parte em causa de exercer ou invocar um direito, um meio de defesa ou recurso que de outro modo teria, ou torná-la responsável por qualquer prejuízo causado à outra parte.

3. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 3º

Cooperação

As partes estão obrigadas a cooperar entre si na medida do necessário para o cumprimento das suas obrigações contratuais.

SECÇÃO 2

APLICAÇÃO

Artigo 4º

Interpretação

1. O direito europeu comum da compra e venda deve ser interpretado de forma autónoma e de acordo com os seus objectivos e princípios de base.

2. As questões abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda, mas nele não expressamente reguladas, devem ser resolvidas em conformidade com os seus objectivos e princípios de base, e com o conjunto das suas disposições, sem se recorrer ao direito nacional que seria aplicável na falta de um acordo para aplicar este direito comum ou a qualquer outro direito.

3. Sempre que uma norma geral e uma norma especial se apliquem a determinada situação abrangida pelo âmbito de aplicação da norma geral, em caso de conflito prevalece a norma especial.

Artigo 5º

Carácter razoável

1. Importa apreciar objectivamente o carácter razoável, tendo em conta a natureza e a finalidade do contrato, as circunstâncias do caso e os usos e práticas do comércio ou das profissões em causa.

2. Qualquer referência ao que se pode esperar de uma pessoa, ou às expectativas desta, ou numa situação determinada, remete para o que se pode razoavelmente esperar.

Artigo 6º

Liberdade de forma

Salvo disposição em contrário do direito europeu comum da compra e venda, não é exigida qualquer forma específica para celebrar um contrato, efectuar uma declaração ou redigir qualquer outro acto regulado por este direito ou para apresentar a respectiva prova.

Artigo 7º

Cláusulas contratuais não especificamente negociadas

1. Uma cláusula contratual não é especificamente negociada se foi incorporada por uma parte e a outra parte não teve possibilidade de influenciar o seu conteúdo.

2. Sempre que uma parte proponha à outra uma selecção de cláusulas contratuais, uma cláusula não será considerada especificamente negociada só porque a outra parte escolheu essa cláusula a partir da selecção proposta.

3. A parte que alegue que uma cláusula contratual incorporada a título de cláusula contratual geral foi depois especificamente negociada tem o ónus de provar esse facto.

4. Num contrato entre um profissional e um consumidor, o primeiro tem o ónus de provar que a cláusula contratual por si incorporada foi especificamente negociada.

5. Num contrato entre um profissional e um consumidor, as cláusulas contratuais redigidas por um terceiro são consideradas como tendo sido incorporadas pelo profissional, salvo se tiverem sido inseridas no contrato pelo consumidor.

Artigo 8º

Resolução de um contrato

1. A «resolução de um contrato» significa a cessação dos direitos e obrigações contratuais das partes, com excepção dos decorrentes de qualquer cláusula contratual de resolução de litígios ou qualquer outra cláusula contratual que deva aplicar-se mesmo após a resolução do contrato.

2. Os pagamentos devidos e a indemnização por um eventual incumprimento do contrato antes da sua resolução continuam a ser exigíveis. Se a resolução resultar de incumprimento ou de incumprimento previsível, a parte que resolve o contrato tem igualmente direito a uma indemnização em vez do cumprimento futuro pela outra parte.

3. Os efeitos da resolução sobre o reembolso do preço e a devolução dos bens ou dos conteúdos digitais, bem como outros efeitos relativos à restituição, são regulados pelas normas em matéria de restituição estabelecidas no Capítulo 17.

Artigo 9º

Contratos mistos

1. Sempre que um contrato preveja simultaneamente a venda de bens ou o fornecimento de conteúdos digitais e a prestação de um serviço conexo, aplicam-se as normas da Parte IV às obrigações e meios de defesa das partes na qualidade de vendedor e de comprador de bens ou conteúdos digitais, enquanto as normas da Parte V se aplicam às obrigações e meios de defesa das partes na qualidade de prestador de serviços e de cliente.

2. Sempre que, num contrato abrangido pelo nº 1, as obrigações do vendedor e do prestador de serviços por força do contrato devam ser cumpridas por partes ou sejam divisíveis de outro modo, se existir um motivo de resolução por incumprimento em relação a uma parte cuja percentagem do preço se possa determinar, o comprador e cliente pode resolver o contrato apenas em relação a essa parte.

3. O nº 2 não se aplica se não for previsível que o comprador e cliente aceite o cumprimento das outras partes, ou o incumprimento seja de natureza tal que justifique a resolução do contrato na sua totalidade.

4. Sempre que as obrigações do vendedor e do prestador de serviços por força do contrato não forem divisíveis ou a percentagem do preço não possa ser determinada, o comprador e cliente pode resolver o contrato apenas se o incumprimento for de natureza tal que justifique a resolução do contrato na sua totalidade.

Artigo 10º

Notificações

1. O presente artigo aplica-se às notificações comunicadas para qualquer efeito nos termos das disposições do direito europeu comum da compra e venda e pelo contrato. O termo «notificação» inclui a comunicação de qualquer declaração destinada a produzir efeitos jurídicos ou a transmitir informações com finalidades jurídicas.

2. Uma notificação pode ser comunicada por qualquer meio adequado às circunstâncias.

3. Uma notificação produz efeitos quando chega ao conhecimento do seu destinatário, salvo se previr um efeito diferido no tempo.

4. Uma notificação chega ao conhecimento do seu destinatário:

(a) quando lhe é entregue;

(b) quando lhe é entregue no seu estabelecimento comercial ou, se tal estabelecimento não existir ou a notificação for dirigida a um consumidor, na residência habitual do destinatário;

(c) no caso de ser transmitida por correio electrónico ou outro meio de comunicação individual a que o destinatário tiver acesso; ou

(d) quando é colocada à disposição do destinatário por outro meio num lugar e de modo a que se possa esperar que ele lhe possa aceder sem demora excessiva. A notificação chega ao seu destinatário uma vez preenchida uma das condições referidas nas alíneas a), b), c) ou d), prevalecendo a data do primeiro desses factos.

5. Uma notificação não produz efeitos se a sua revogação chegar ao conhecimento do destinatário antes dele ou ao mesmo tempo.

6. Nas relações entre um profissional e um consumidor, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação dos n.os 3 e 4, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 11º

Cálculo dos prazos

1. As disposições do presente artigo aplicam-se ao cálculo dos prazos para todos os efeitos do direito europeu comum da compra e venda.

2. Sob reserva do disposto nos n.os 3 a 7: (a) um prazo fixado em dias começa a correr no início da primeira hora do primeiro dia e termina com o decurso da última hora do último dia do prazo;

(b) um prazo fixado em semanas, em meses ou em anos começa a correr no início da primeira hora do primeiro dia do prazo e termina com o decurso da última hora do dia que, na última semana, mês ou ano, tenha a mesma denominação ou o mesmo número que o dia do início do prazo; sob reserva de que, se, no caso de um prazo fixado em meses ou anos, o dia correspondente àquele em que o mesmo deveria terminar não existir no último mês, o prazo termina com o decurso da última hora do último dia desse mês.

3. Sempre que um prazo fixado em dias, semanas, meses ou anos deva ser calculado a partir de um evento, de uma acção ou de um momento específico, não será incluído no prazo em causa o dia em que o evento ocorreu, a acção foi praticada ou em que ocorreu o momento específico.

4. Os prazos em causa compreendem os sábados, os domingos e os dias feriados, salvo se estes forem expressamente excluídos ou se os prazos forem fixados em dias úteis.

5. Se o último dia de um prazo for um sábado, um domingo ou um dia feriado no lugar onde seja necessário realizar determinado acto, o prazo termina com o decurso da última hora do dia útil seguinte. Esta disposição não é aplicável aos prazos calculados retroactivamente a partir de uma data ou de um evento específico.

6. Se uma pessoa enviar a outra um documento que fixa um prazo dentro do qual o destinatário tem de responder ou agir, mas sem especificar a data em que o prazo começa a correr, na falta de indicação em contrário, o prazo é calculado a contar do momento em que o documento chega ao conhecimento do destinatário.

7. Para efeitos do presente artigo, entende-se por:

(a) «dia feriado» em relação a um Estado-Membro ou a uma parte de um Estado-Membro da União Europeia, qualquer dia assim designado por esse Estado-Membro ou parte desse Estado-Membro e que figura numa lista publicada no Jornal Oficial da União Europeia; e

(b) «dias úteis», todos aqueles que não sejam sábados, domingos e dias feriados.

Artigo 12º

Declarações ou comportamentos unilaterais

1. Uma declaração unilateral que exprima uma intenção deve ser interpretada de acordo com o que se podia esperar que o seu destinatário entendesse.
2. Sempre que o autor da declaração pretendia conferir a uma expressão nela utilizada uma aceção específica e a outra parte conhecia ou devia conhecer essa intenção, tal expressão deve ser interpretada do modo pretendido pelo autor da declaração.
3. Os artigos 59º a 65º aplicam-se, com as adaptações adequadas, à interpretação das declarações unilaterais que exprimem uma intenção.
4. As normas em matéria de vícios da vontade, referidas do Capítulo 5, aplicam-se, com as adaptações adequadas, às declarações unilaterais que exprimem uma intenção.
5. Qualquer referência a uma declaração no presente artigo integra uma referência ao comportamento que pode ser considerado como equivalente a uma declaração.

PARTE II

CELEBRAÇÃO DE UM CONTRATO VINCULATIVO

CAPÍTULO 2

INFORMAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

SECÇÃO 1

INFORMAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS A FORNECER PELO PROFISSIONAL AO CONSUMIDOR

Artigo 13º

Dever de informação ao celebrar um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial

1. O profissional que celebre um contrato à distância ou um contrato fora do estabelecimento comercial tem o dever de fornecer ao consumidor, de forma clara e compreensível, antes da celebração do contrato ou de o consumidor ficar vinculado por uma oferta, as seguintes informações:
 - (a) as características principais dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos a fornecer, na medida adequada ao suporte de comunicação utilizado e aos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos em causa;
 - (b) o preço total e despesas e custos adicionais, em conformidade com o artigo 14º;
 - (c) a identidade e o endereço do profissional, em conformidade com o artigo 15º;
 - (d) as cláusulas contratuais, em conformidade com o artigo 16º;
 - (e) os direitos de retractação, em conformidade com o artigo 17º;
 - (f) se aplicável, a existência e condições de assistência pós-venda ao cliente, serviços de pós-venda, garantias comerciais e política de tratamento das reclamações;
 - (g) se aplicável, possibilidade de recorrer a um mecanismo alternativo de resolução de litígios a que o profissional esteja submetido e as condições de acesso a esse mecanismo;

(h) se aplicável, a funcionalidade, nomeadamente medidas de protecção técnica aplicáveis, dos conteúdos digitais; e

(i) se aplicável, qualquer interoperabilidade pertinente dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa ter conhecimento.

2. As informações fornecidas, com excepção do endereço exigido no nº 1, alínea c), são parte integrante do contrato e não devem ser alteradas, salvo acordo expresso em contrário das partes.

3. Em relação a um contrato à distância, as informações exigidas pelo presente artigo devem:

(a) ser fornecidas ou disponibilizadas ao consumidor de uma forma adequada aos meios de comunicação à distância utilizados;

(b) ser fornecidas numa linguagem simples e compreensível; e

(c) na medida em que forem fornecidas num suporte duradouro, ser legíveis.

4. Em relação a um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, as informações exigidas por este artigo devem:

(a) ser fornecidas em papel ou, se o consumidor concordar, num suporte duradouro diferente; e

(b) ser legíveis e redigidas em termos simples e compreensíveis.

5. O presente artigo não se aplica quando o contrato:

(a) se destine ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens de consumo corrente do agregado familiar, e que sejam fisicamente fornecidos por um profissional através de entregas frequentes e regulares no domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor;

(b) for celebrado através de distribuidores automáticos ou de estabelecimentos comerciais automatizados;

(c) for um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial se o preço ou, se forem celebrados vários contratos ao mesmo tempo, o preço total dos contratos não exceder 50 EUR ou um montante equivalente na moeda acordada para o preço do contrato.

Artigo 14º

Informações sobre o preço, despesas e custos adicionais

1. As informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea b), devem incluir: (a) o preço total dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos, incluindo as taxas, ou, se da natureza dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos resultar impossível calcular previamente o preço de forma razoável, o modo de cálculo do preço; e (b) se aplicável, todas as eventuais despesas adicionais respeitantes ao transporte, à entrega ou aos serviços de correio, bem como quaisquer outros custos ou, se tais despesas não puderem ser calculadas previamente de forma razoável, a indicação de que podem ser exigíveis.

2. No caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura, o preço total inclui o preço total por período de facturação. No caso de se tratar de contratos com uma tarifa fixa, o preço total inclui o preço mensal total. Sempre que o preço total não possa ser calculado previamente de forma razoável, deve ser fornecido o modo de cálculo do preço.

3. Se aplicável, o profissional deve informar o consumidor do custo da utilização dos meios de comunicação à distância para a celebração do contrato sempre que esse custo for calculado sobre uma base diferente da tarifa de base.

Artigo 15º

Informações sobre a identidade e o endereço do profissional

As informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea c), devem incluir:

- a) a identidade do profissional, nomeadamente a sua razão social;
- b) o endereço geográfico em que o profissional está estabelecido;
- c) o número de telefone e de fax, bem como o endereço de correio electrónico do profissional, se existirem, para permitir ao consumidor contactá-lo rapidamente e comunicar com ele de modo eficaz;
- d) se aplicável, a identidade e o endereço geográfico de qualquer outro profissional por conta do qual actua; e
- e) no caso de ser diferente do endereço comunicado nos termos das alíneas b) e d) do presente artigo, o endereço geográfico do profissional e, se aplicável, do profissional por conta do qual actua, onde o consumidor possa apresentar uma eventual reclamação.

Artigo 16º

Informações sobre as cláusulas contratuais

As informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea d), devem incluir: a) as modalidades de pagamento, de entrega dos bens, de fornecimento de conteúdos digitais ou de prestação de serviços conexos, e a data-limite em que o profissional se compromete a entregar os bens, a fornecer os conteúdos digitais ou a prestar os serviços conexos;

- b) se aplicável, a duração do contrato e a duração mínima das obrigações do consumidor ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua resolução; e
- c) se aplicável, a existência e condições relativas a cauções ou outras garantias financeiras a pagar ou a fornecer pelo consumidor a pedido do profissional; d) se aplicável, a existência de códigos de conduta pertinentes e as modalidades de obtenção das respectivas cópias.

Artigo 17º

Informações sobre os direitos de retractação no âmbito da celebração de um contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial

1. Sempre que um consumidor tiver um direito de retractação ao abrigo do Capítulo 4, as informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea e), incluem as condições, a data-limite e as modalidades de exercício desse direito, em conformidade com o Apêndice 1, bem como o modelo de formulário de retractação previsto no Apêndice 2.

2. Se for o caso, as informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea e), incluem a indicação de que cabe ao consumidor suportar os custos da devolução dos bens em caso de retractação e,

em relação aos contratos à distância, que cabe ao consumidor suportar os custos da devolução dos bens em caso de retractação se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio.

3. Sempre que um consumidor possa exercer o direito de retractação após ter solicitado que a prestação de serviços conexos comece durante o prazo de retractação, as informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea e), incluem a indicação de que o consumidor será obrigado a pagar ao profissional o montante previsto no artigo 45º, nº 5.

4. O dever de fornecer as informações exigidas nos n.os 1, 2 e 3 pode ser cumprido facultando ao consumidor o modelo de instruções relativas à retractação que figura no Apêndice 1. Considera-se que o profissional cumpriu as exigências de informação se tiver entregue ao consumidor essas instruções correctamente preenchidas.

5. Sempre que o direito de retractação não esteja previsto, em conformidade com o artigo 40º, nº 2, alíneas c) a i), e com o nº 3 desse artigo, as informações a fornecer nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea e), devem mencionar que o consumidor não beneficiará do direito de retractação ou, se for o caso, as circunstâncias em que o consumidor perde esse direito.

Artigo 18º

Contratos celebrados fora do estabelecimento comercial: exigências adicionais de informação e confirmação

1. O profissional deve fornecer ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato, incluindo, se aplicável, a confirmação do consentimento e da aceitação do consumidor, referidas no artigo 40º, nº 3, alínea d), num suporte em papel ou, se o consumidor consentir, num suporte duradouro diferente.

2. Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços conexos se inicie durante o prazo de retractação previsto no artigo 42º, nº 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso num suporte duradouro.

Artigo 19º

Contratos à distância: informações adicionais e outras exigências

1. 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.

2. Se o meio de comunicação à distância utilizado para efeitos da celebração de um contrato à distância impuser limitações de espaço ou tempo para apresentar as informações, o profissional deve, nesse suporte específico e antes da celebração do contrato, fornecer pelo menos as informações exigidas pelo nº 3 do presente artigo através desse meio de comunicação, antes da celebração de um contrato deste tipo. As restantes informações previstas no artigo 13º devem ser fornecidas pelo profissional ao consumidor de forma adequada, em conformidade com o artigo 13º, nº 3.

3. As informações exigidas por força do nº 2 são: (a) as características principais dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos, nos termos do artigo 13º, nº 1, alínea a);

(b) a identidade do profissional, nos termos do artigo 15º, alínea a);

(c) o preço total, incluindo todos os elementos referidos no artigo 13º, nº 1, alínea b), e no artigo 14º, n.os 1 e 2;

(d) o direito de retractação; e

(e) quando aplicável, a duração do contrato ou, se o contrato tiver duração indeterminada, as condições para a sua resolução, referidas no artigo 16º, alínea b).

4. Um contrato à distância celebrado pelo telefone só é válido se o consumidor assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito manifestando a vontade de celebrar o contrato. O profissional deve fornecer ao consumidor uma confirmação desse acordo num suporte duradouro.

5. O profissional deve fornecer ao consumidor a confirmação do contrato celebrado incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento e da aceitação do consumidor referidas no artigo 40º, nº 3, alínea d), e todas as informações previstas no artigo 13º, num suporte duradouro. O profissional deve fornecer as referidas informações num prazo razoável após a celebração do contrato à distância e, o mais tardar, aquando da entrega dos bens ou antes do início do fornecimento de conteúdos digitais ou da prestação de serviços conexos, salvo se as informações já tiverem sido dadas ao consumidor em suporte duradouro antes da celebração do contrato à distância.

6. Sempre que o consumidor pretenda que a prestação de serviços conexos comece durante o prazo de retractação previsto no artigo 42º, nº 2, o profissional deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso para esse efeito num suporte duradouro.

Artigo 20º

Dever de informação ao celebrar contratos diferentes dos contratos à distância ou fora do estabelecimento comercial

1. Nos contratos diferentes dos contratos celebrados à distância ou fora do estabelecimento comercial, o profissional tem o dever de fornecer ao consumidor, de forma clara e compreensível, antes da celebração do contrato ou de o consumidor ficar vinculado por uma oferta, as seguintes informações, se estas não decorrerem já do contexto:

(a) as características principais dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos a fornecer, na medida adequada ao suporte de comunicação utilizado e aos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos em causa;

(b) o preço total e as despesas e custos adicionais, em conformidade com o artigo 14º, nº 1 ;

(c) a identidade do profissional, nomeadamente a sua razão social, endereço geográfico em que está estabelecido e respectivo número de telefone;

(d) as cláusulas contratuais, em conformidade com o artigo 16º, alíneas a) e b);

(e) se aplicável, a existência e condições de serviços pós-venda, garantias comerciais e política de tratamento das reclamações;

(f) se aplicável, a funcionalidade, nomeadamente medidas de protecção técnica aplicáveis, dos conteúdos digitais; e

(g) se aplicável, qualquer interoperabilidade pertinente dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa ter conhecimento.

2. O presente artigo não se aplica aos contratos que envolvam transacções quotidianas e que sejam executados imediatamente no momento em que são celebrados.

Artigo 21º

Ónus da prova

Incumbe ao profissional o ónus da prova relativamente ao cumprimento das exigências de informação estabelecidas na presente secção.

Artigo 22º

Natureza imperativa

As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação da presente secção, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 2

INFORMAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS A FORNECER PELO PROFISSIONAL A OUTRO PROFISSIONAL

Artigo 23º

Dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos

1. Antes da celebração de um contrato de compra e venda de bens, de fornecimento de conteúdos digitais ou de prestação de serviços conexos por um profissional a outro profissional, o fornecedor tem o dever de comunicar ao outro profissional, por qualquer meio adequado, todas as informações sobre as características principais dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos a fornecer de que disponha ou seja previsível que possa dispor, e que seria contrário à boa fé contratual não divulgar à outra parte.

2. Para determinar se o nº 1 exige que o fornecedor comunique determinadas informações, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias, em especial:

- (a) se o fornecedor tem conhecimentos técnicos na matéria;
- (b) o custo, para o fornecedor, da obtenção das informações relevantes;
- (c) a facilidade com que o outro profissional poderia ter obtido as informações por outros meios;
- (d) a natureza das informações;
- (e) a importância provável das informações para o outro profissional; e
- f) as boas práticas comerciais na situação em causa.

SECÇÃO 3

CONTRATOS A CELEBRAR POR VIA ELECTRÓNICA

Artigo 24º

Deveres adicionais de informação nos contratos à distância a celebrar por via electrónica

1. O presente artigo aplica-se sempre que um profissional disponibilize os meios para a celebração de um contrato e tais meios forem electrónicos e não envolvam uma troca exclusiva de correio electrónico ou outra comunicação individual.

2. O profissional deve colocar à disposição da outra parte meios técnicos adequados, eficazes e acessíveis para identificar e corrigir os erros de introdução de dados antes de a outra parte apresentar ou aceitar uma oferta.

3. Antes de a outra parte apresentar ou aceitar uma oferta, o profissional deve facultar informações sobre os seguintes aspectos:

(a) as etapas técnicas a seguir a fim de celebrar o contrato;

(b) o eventual preenchimento de um documento contratual pelo profissional e a acessibilidade deste documento;

(c) os meios técnicos para identificar e corrigir os erros de introdução de dados antes de a outra parte apresentar ou aceitar uma oferta;

(d) as línguas em que o contrato pode ser celebrado;

(e) as cláusulas contratuais.

4. O profissional deve assegurar que as cláusulas contratuais referidas no nº 3, alínea e), são redigidas em caracteres alfabéticos ou outros caracteres inteligíveis, e num suporte duradouro que permita a leitura, a gravação da informação contida no texto e a sua reprodução num suporte material.

5. O profissional deve, por via electrónica e sem demora excessiva, acusar a recepção da oferta ou da aceitação enviada pela outra parte.

Artigo 25º

Exigências adicionais nos contratos à distância a celebrar por via electrónica

1. Sempre que estiver para ser celebrado um contrato à distância por meios electrónicos que obrigue o consumidor a fazer um pagamento, o profissional deve comunicar ao consumidor de forma clara e bem visível, e imediatamente antes de o consumidor efectuar a encomenda, as informações previstas no artigo 13º, nº 1, alínea a), no artigo 14º, n.os 1 e 2, e no artigo 16º, nº 1, alínea b).

2. O profissional deve assegurar que o consumidor, ao efectuar a encomenda, aceita explicitamente que esta implica uma obrigação de pagamento. Quando 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 formulação similar inequívoca, indicando que fazer a encomenda implica a obrigação de efectuar um pagamento ao profissional. Se o presente número não for respeitado pelo profissional, o consumidor não fica vinculado pelo contrato nem pela encomenda.

3. O profissional deve indicar de forma clara e legível no respectivo sítio internet, o mais tardar no início do processo de encomenda, a aplicação eventual de restrições à entrega e os meios de pagamento aceites.

Artigo 26º

Ónus da prova

Nas relações entre um profissional e um consumidor, incumbe ao profissional o ónus da prova relativamente ao cumprimento das exigências de informação estabelecidas na presente secção.

Artigo 27º

Natureza imperativa

Nas relações entre um profissional e um consumidor, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação da presente secção, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 4

DEVER DE ASSEGURAR A CORRECÇÃO DAS INFORMAÇÕES FORNECIDAS

Artigo 28º

Dever de assegurar a correcção das informações fornecidas

1. A parte que fornece informações antes ou no momento em que um contrato é celebrado, para se conformar com os deveres impostos pelo presente capítulo ou por outras disposições, tem o dever de actuar com diligência razoável para assegurar que as informações fornecidas sejam correctas e não enganosas.

2. A parte à qual foram fornecidas informações incorrectas ou enganosas em violação do dever referido no nº 1, e que se baseou nas referidas informações ao celebrar o contrato com a parte que as transmitiu, dispõe dos meios de defesa previstos no artigo 29º.

3. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 5

MEIOS DE DEFESA EM CASO DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Artigo 29º

Meios de defesa em caso de violação do dever de informação

1. A parte que não cumpriu algum dos deveres impostos pelo presente capítulo é responsável por qualquer prejuízo causado à outra parte devido a esse incumprimento.

2. Sempre que o profissional não cumprir as exigências de informação relativas às despesas adicionais ou a outros custos previstos no artigo 14º, ou aos custos de devolução dos bens, tal como referido no artigo 17º, nº 2, o consumidor não é responsável pelo pagamento das despesas adicionais e outros custos.

3. Os meios de defesa previstos neste artigo não prejudicam qualquer outra via de recurso susceptível de se aplicar nos termos do artigo 42º, nº 2, e dos artigos 48º ou 49º.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

CAPÍTULO 3

CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

Artigo 30º

Requisitos relativos à celebração de um contrato

1. Um contrato é celebrado:

- (a) se as partes chegarem a acordo;
- (b) se as partes tiverem a intenção de que o acordo produza efeitos jurídicos; e
- (c) se o acordo, completado se necessário por disposições do direito europeu comum da compra e venda, tiver o conteúdo e a segurança jurídica suficientes para produzir efeitos jurídicos.

2. O acordo é obtido mediante a aceitação de uma oferta. A aceitação pode ser dada de forma explícita ou mediante outra declaração ou comportamento.

3. A intenção das partes de conferir efeitos jurídicos ao acordo é determinada a partir das suas declarações e comportamentos.

4. Sempre que uma das partes subordinar a celebração do contrato a um acordo sobre uma questão específica, só existirá contrato se for obtido acordo sobre a referida questão.

Artigo 31º

Oferta

1. Uma proposta é considerada uma oferta se:

- (a) manifestar a vontade de se converter num contrato caso seja aceite; e
- (b) tiver o conteúdo e a segurança jurídica suficientes para garantir a existência de um contrato.

2. Uma oferta pode ser feita a uma ou mais pessoas específicas.

3. Uma proposta feita ao público não é uma oferta, a menos que as circunstâncias indiquem o contrário.

Artigo 32º

Revogação da oferta

1. A oferta pode ser revogada se a revogação chegar ao conhecimento do destinatário antes de este ter enviado a aceitação ou, nos casos de aceitação mediante um comportamento, antes de o contrato ter sido celebrado.

2. Sempre que uma proposta feita ao público constituir uma oferta, pode ser revogada pelos mesmos meios utilizados para a sua apresentação.

3. A revogação de uma oferta não produz efeitos se:
- (a) a oferta indicar que é irrevogável;
 - (b) a oferta estabelecer um prazo fixo para a sua aceitação; ou
 - (c) o seu destinatário tinha motivos razoáveis para a considerar irrevogável e tiver actuado em conformidade.

Artigo 33º

Rejeição da oferta

A oferta caduca quando a sua rejeição for recebida pelo proponente.

Artigo 34º

Aceitação

1. Constitui uma aceitação da oferta qualquer forma de declaração ou comportamento do destinatário que indique assentimento.
2. O silêncio ou a omissão não devem constituir, por si só, uma aceitação.

Artigo 35º

Data de celebração do contrato

1. Sempre que o destinatário da oferta enviar a sua aceitação, o contrato é celebrado no momento em que o proponente a receber.
2. Sem prejuízo do disposto no nº 3, sempre que a oferta for aceite mediante um comportamento, o contrato é celebrado no momento em que o proponente tomar conhecimento desse comportamento.
3. Sem prejuízo do disposto no nº 2, sempre que, em resultado da oferta, de práticas estabelecidas entre as partes ou de um uso, o destinatário puder aceitar a oferta mediante um comportamento sem necessidade de dar conhecimento ao proponente, o contrato é celebrado quando o destinatário actuar de acordo com esse comportamento.

Artigo 36º

Prazo de aceitação

1. A aceitação de uma oferta só produz efeitos se for recebida pelo proponente no prazo por ele estipulado na oferta.
2. Sempre que o proponente não tiver fixado qualquer prazo, a aceitação só produz efeitos se for recebida pelo proponente num prazo razoável depois de ter sido feita a oferta.
3. Sempre que a oferta puder ser aceite mediante um acto sem dar conhecimento ao proponente, a aceitação só produz efeitos se o acto for praticado dentro do prazo de aceitação fixado pelo proponente ou, na ausência de prazo fixo, num prazo razoável.

Artigo 37º

Aceitação tardia

1. A aceitação tardia produz efeitos enquanto aceitação se o proponente informar o destinatário, sem demora excessiva, de que a considera uma aceitação válida.

2. Se uma carta ou outra comunicação que contenha uma aceitação tardia revelar que foi enviada em circunstâncias tais que, caso a transmissão tivesse sido normal, teria chegado ao conhecimento do proponente no prazo devido, essa aceitação tardia produz efeitos enquanto aceitação, salvo se o proponente informar o destinatário, sem demora excessiva, de que a sua oferta caducou.

Artigo 38º

Alteração da aceitação

1. A resposta do destinatário que inclua ou implique cláusulas contratuais adicionais ou diferentes que alterem materialmente os termos da oferta constitui uma rejeição e uma nova oferta.

2. Presume-se que as cláusulas contratuais adicionais ou diferentes relativas, nomeadamente, ao preço, ao pagamento, à qualidade e quantidade dos bens, ao lugar e prazo de entrega, ao grau de responsabilidade de uma parte em relação à outra ou à resolução de litígios, alteram materialmente os termos da oferta.

3. A resposta que dê assentimento definitivo a uma oferta constitui uma aceitação mesmo que inclua ou implique cláusulas contratuais adicionais ou diferentes, desde que estas não alterem materialmente os termos da oferta. Nesse caso, as cláusulas adicionais ou diferentes passam a fazer parte do contrato.

4. Sem prejuízo do disposto no nº 3, a resposta que inclua ou implique cláusulas contratuais adicionais ou diferentes constitui sempre uma rejeição da oferta se:

(a) a oferta limitar expressamente a aceitação aos termos nela previstos;

(b) o proponente contestar, sem demora excessiva, as cláusulas contratuais adicionais ou diferentes; ou

(c) o destinatário subordinar a sua aceitação ao assentimento do proponente relativamente às cláusulas contratuais adicionais ou diferentes e esse assentimento não chegar ao conhecimento do destinatário num prazo razoável.

Artigo 39º

Incompatibilidade entre cláusulas contratuais gerais

1. Sempre que as partes chegaram a acordo, o contrato é considerado celebrado mesmo quando a oferta e a aceitação remeterem para cláusulas contratuais gerais incompatíveis. As cláusulas contratuais gerais fazem parte do contrato na medida em que o seu conteúdo coincida no essencial.

2. Sem prejuízo do disposto no nº 1, não há celebração do contrato se uma das partes:

(a) tiver indicado previamente, de forma explícita e não por meio de cláusulas contratuais gerais, a intenção de não ficar vinculada por um contrato com base no nº 1; ou

(b) comunicar essa intenção à outra parte sem demora excessiva.

CAPÍTULO 4

DIREITO DE RETRACTAÇÃO NOS CONTRATOS CELEBRADOS À DISTÂNCIA OU FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL ENTRE PROFISSIONAIS E CONSUMIDORES

Artigo 40º

Direito de retraction

1. Durante o prazo estabelecido no artigo 42º, o consumidor tem um direito de retraction sem ter de apresentar qualquer motivo nem pagar custos, com excepção dos referidos no artigo 45º:

(a) de um contrato à distância;

(b) de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, desde que o preço ou, no caso de vários contratos celebrados em simultâneo, o preço total dos contratos for superior a 50 EUR ou ao montante equivalente na moeda acordada para o preço do contrato no momento da celebração do contrato.

2. O nº 1 não se aplica a:

(a) contratos celebrados por meio de distribuidores automáticos ou estabelecimentos comerciais automatizados;

(b) contratos destinados ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens de consumo corrente do agregado familiar, que sejam fornecidos directamente pelo profissional através de entregas frequentes e regulares no domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor;

(c) contratos de fornecimento de bens ou serviços conexos cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não pode controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retraction;

(d) contratos de fornecimento de bens ou conteúdos digitais produzidos segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados;

(e) contratos de fornecimento de bens que se possam rapidamente deteriorar ou caducar;

(f) contratos de fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda e cuja entrega apenas possa ser feita 30 dias após a data de celebração do contrato, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional;

(g) contratos de compra e venda de jornais, periódicos ou revistas, com excepção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações;

(h) contratos celebrados em hasta pública; e

(i) contratos de fornecimento de serviços de restauração ou relacionados com actividades de lazer, se o contrato prever uma data ou período de execução específicos.

3. O nº 1 não se aplica nos seguintes casos:

(a) se os bens fornecidos estiverem selados e o consumidor lhes retirar o selo, impossibilitando assim a devolução por motivos de protecção da saúde ou de higiene;

(b) se, após a entrega e pela sua natureza, os bens fornecidos ficarem inseparavelmente misturados com outros artigos;

(c) se os bens fornecidos forem gravações áudio ou vídeo ou programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega;

(d) se o fornecimento de conteúdos digitais sem um suporte material tiver começado com o consentimento prévio expresso do consumidor e a sua aceitação de que perde o direito de retractação daí resultante; e

(e) o consumidor solicitou especificamente ao profissional uma visita ao seu domicílio para efectuar reparações ou operações de manutenção urgentes. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional prestar serviços conexos para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou fornecer bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efectuar a manutenção ou reparação, o direito de retractação aplica-se a esses serviços conexos ou bens suplementares.

4. Se o consumidor tiver feito uma oferta que, caso fosse aceite, levaria à celebração de um contrato susceptível de retractação nos termos do presente capítulo, o consumidor pode retirar a oferta mesmo que fosse irrevogável por outro motivo.

Artigo 41º

Exercício do direito de retractação

1. O consumidor pode exercer o direito de retractação em qualquer momento até ao termo do prazo de retractação previsto no artigo 42º.

2. O consumidor exerce o direito de retractação mediante notificação ao profissional. Para este efeito, o consumidor pode utilizar o modelo de formulário de retractação previsto no Apêndice 2, ou apresentar qualquer outra declaração inequívoca da sua decisão de retractação.

3. Se o sítio Internet do profissional der ao consumidor a possibilidade de retractação por via electrónica e o consumidor o fizer, o profissional tem o dever de enviar sem demora ao consumidor, num suporte duradouro, um aviso de recepção desse pedido de retractação. O profissional é responsável por quaisquer prejuízos que uma violação deste dever possa causar ao consumidor.

4. Uma comunicação de retractação é atempada se for enviada antes do termo do prazo de retractação.

5. Cabe ao consumidor o ónus da prova do exercício do direito de retractação nos termos do presente artigo.

Artigo 42º

Prazo de retractação

1. O prazo de retractação expira catorze dias a contar:

(a) do dia em que o consumidor adquiriu a posse dos bens, no caso de um contrato de compra e venda, incluindo um contrato em que o vendedor também aceita fornecer serviços conexos;

(b) do dia em que o consumidor adquiriu a posse do último bem, no caso de um contrato de compra e venda de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente, incluindo um contrato em que o vendedor também aceita prestar serviços conexos;

(c) do dia em que o consumidor adquiriu a posse do último lote ou elemento, no caso de um contrato

em que o bem é composto por vários lotes ou elementos, incluindo um contrato em que o vendedor também aceita prestar serviços conexos;

(d) do dia em que o consumidor adquiriu a posse do primeiro elemento, no caso de um contrato de entrega periódica de bens durante um determinado período, incluindo o contrato em que o vendedor também aceita prestar serviços conexos;

(e) no caso de um contrato de serviços conexos celebrado após a entrega dos bens, do dia da celebração do contrato;

(f) no caso de um contrato de fornecimento de conteúdos digitais em que estes são fornecidos num suporte material, do dia em que o consumidor adquira a posse do suporte material nos termos da alínea a);

(g) do dia da celebração do contrato, no caso de um contrato em que os conteúdos digitais não são fornecidos num suporte material.

2. Sempre que o profissional não tiver fornecido ao consumidor as informações referidas no artigo 17º, nº 1, o prazo de retractação expira:

(a) um ano após o termo do prazo de retractação inicial, fixado nos termos do nº 1; ou

(b) quando o profissional fornecer ao consumidor as informações devidas no prazo de um ano a contar do termo do prazo de retractação, fixado em conformidade com o nº 1, catorze dias a contar do dia em que o consumidor tiver recebido as informações.

Artigo 43º

Efeitos da retractação

A retractação extingue as obrigações de ambas as partes decorrentes do contrato:

a) de cumprir o contrato; ou

b) de celebrar o contrato nos casos em que foi apresentada uma oferta pelo consumidor.

Artigo 44º

Obrigações do profissional em caso de retractação

1. O profissional deve reembolsar todos os pagamentos recebidos do consumidor, incluindo, se aplicável, os eventuais custos de entrega sem demora excessiva e, em qualquer caso, o mais tardar catorze dias a contar do dia em que é informado da decisão de retractação do contrato por parte do consumidor em conformidade com o artigo 41º. O profissional deve efectuar o reembolso usando o mesmo meio de pagamento utilizado pelo consumidor na transacção inicial, salvo acordo expresso em contrário do consumidor e na condição de este não incorrer em quaisquer custos em consequência desse reembolso.

2. Sem prejuízo do nº 1, o profissional não é obrigado a reembolsar os custos adicionais se o consumidor tiver solicitado expressamente uma modalidade de entrega diferente da modalidade de entrega normal menos onerosa proposta pelo profissional.

3. No caso de um contrato de compra e venda de bens, o profissional pode reter o reembolso até ter recuperado os bens, ou até o consumidor ter apresentado prova do reenvio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro, salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher os bens.

4. No caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial em que os bens foram entregues no domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato, o profissional deve recolher os bens, a expensas suas se, pela sua natureza, estes bens não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio.

Artigo 45º

Obrigações do consumidor em caso de retractação

1. O consumidor deve reenviar ou entregar os bens ao profissional, ou a uma pessoa autorizada pelo profissional a recebê-los, sem demora excessiva e, o mais tardar, catorze dias a contar do dia em que informar o profissional da sua decisão de retractação do contrato, em conformidade com o artigo 41º, salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher os bens. Considera-se esse prazo respeitado se o consumidor reenviar os bens antes do termo do prazo de catorze dias.

2. O consumidor deve suportar os custos directos da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar os referidos custos ou se não tiver informado o consumidor de que este último os terá de suportar.

3. 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 responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não lhe forneceu todas as informações sobre o seu direito de retractação em conformidade com o artigo 17º, nº 1.

4. Sem prejuízo do disposto no nº 3, o consumidor não é responsável pelo pagamento de qualquer indemnização pela utilização dos bens durante o período de retractação.

5. Sempre que o consumidor exercer o seu direito de retractação após ter apresentado um pedido expresso visando obter a prestação de serviços conexos a começar durante o prazo de retractação, deve pagar ao profissional um montante proporcional aos serviços prestados até ao momento em que exerceu o direito de retractação, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato. O montante proporcional a pagar pelo consumidor ao profissional é calculado com base no preço total acordado no contrato. Se o preço total for excessivo, o montante proporcional é calculado com base no valor de mercado do que foi prestado.

6. O consumidor não incorre em custos:

(a) relativos aos serviços conexos prestados, total ou parcialmente, durante o prazo de retractação, se:

i) o profissional não tiver fornecido as informações previstas no artigo 17º,

n.os 1 e 3; ou

ii) o consumidor não tiver solicitado expressamente que a prestação se inicie durante o prazo de retractação, em conformidade com o artigo 18º, nº 2, e o artigo 19º, nº 6;

(b) relativos ao fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam entregues num suporte material, se:

(i) o consumidor não tiver dado previamente o seu consentimento expresso para que o fornecimento dos conteúdos digitais se inicie antes do termo do prazo de retractação indicado no artigo 42º, nº 1;

ii) o consumidor não tiver aceite a perda do direito de retractação ao dar o seu consentimento; ou

iii) o profissional não tiver fornecido a confirmação em conformidade com o artigo 18º, nº 1, e o artigo 19º, nº 5.

7. Com excepção do previsto no presente artigo, o consumidor não incorre em qualquer responsabilidade decorrente do exercício do direito de retractação.

Artigo 46º

Contratos acessórios

1. O exercício por um consumidor do direito de retractação de um contrato à distância ou celebrado fora do estabelecimento comercial, nos termos dos artigos 41º a 45º, tem por efeito a resolução automática dos contratos acessórios, sem quaisquer custos para o consumidor, excepto os previstos nos n.os 2 e 3. Para efeitos do presente artigo, um contrato acessório é um contrato ao abrigo do qual o consumidor adquire bens, conteúdos digitais ou serviços conexos relacionados com um contrato à distância ou um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, e esses bens, conteúdos digitais ou serviços conexos são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base num acordo entre este último e o profissional.

2. As disposições dos artigos 43º, 44º e 45º aplicam-se por analogia aos contratos acessórios na medida em que estes sejam regulados pelo direito europeu comum da compra e venda.

3. Para os contratos acessórios que não são regulados pelo direito europeu comum da compra e venda, o direito que lhes é aplicável rege as obrigações das partes em caso de retractação.

Artigo 47º

Natureza imperativa

As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente capítulo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

CAPÍTULO 5

VÍCIOS DA VONTADE

Artigo 48º

Erro

1. Uma parte pode anular um contrato por erro de facto ou de direito que exista no momento da sua celebração se:

(a) essa parte, sem tal erro, não teria celebrado o contrato ou só o teria feito em condições substancialmente diferentes e a outra parte sabia ou devia sabê-lo; e (b) a outra parte:

- i) causou o erro;
- ii) levou a que o contrato fosse celebrado com base em erro ao desrespeitar algum dos deveres de informação pré-contratual previstos no Capítulo 2, secções 1 a 4;
- iii) conhecia ou devia conhecer a existência de tal erro e levou a que o contrato fosse celebrado com base em erro ao não comunicar as informações relevantes, sempre que a boa fé contratual exigisse que a parte conhecedora do erro o assinalasse; ou
- iv) incorreu no mesmo erro.

2. Uma parte não pode anular um contrato por erro se tiver assumido o risco de erro ou, tendo em conta as circunstâncias, o devia ter suportado.

3. Qualquer inexactidão na expressão ou transmissão de uma declaração é considerada um erro da pessoa que fez ou enviou a declaração.

Artigo 49º

Dolo

1. Uma parte pode anular um contrato se a outra parte a induziu a celebrá-lo através de um comportamento doloso, por palavras ou actos, ou lhe ocultou de forma ilícita eventuais informações que deveria ter comunicado como lhe exigia a boa fé contratual ou qualquer outro dever de informação pré-contratual.

2. Uma declaração é dolosa se é expressa com conhecimento ou convicção de que é falsa, ou com negligência sobre o seu carácter exacto ou erróneo, e se destina a induzir o destinatário a incorrer num erro. A ocultação de informações é dolosa quando se destina a induzir a pessoa a quem a informação é ocultada a incorrer num erro.

3. Para determinar se, de acordo com a boa fé contratual, uma parte tinha a obrigação de comunicar uma informação específica, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias, em especial:

- (a) se a parte tinha conhecimentos técnicos na matéria;
- (b) o custo, para a parte, com a obtenção das informações relevantes;
- (c) a facilidade com que a outra parte poderia ter obtido as informações por outros meios;
- (d) a natureza das informações;
- (e) a importância que aparentemente teriam as referidas informações para a outra parte; e
- (f) nos contratos entre profissionais, as boas práticas comerciais na situação em causa.

Artigo 50º

Ameaças

Uma parte pode anular um contrato se a outra parte a induziu a celebrá-lo mediante a ameaça de um prejuízo ilícito, iminente e grave, ou de um acto ilícito.

Artigo 51º

Exploração abusiva

Uma parte pode anular um contrato se, no momento da sua celebração:

- a) tinha uma relação de dependência ou de confiança com a outra parte, tinha dificuldades económicas ou outras necessidades urgentes, ou era imprevidente, ignorante ou inexperienced; e
- b) a outra parte conhecia ou devia conhecer a referida situação e, à luz das circunstâncias e da finalidade do contrato, explorou a situação da primeira parte obtendo um benefício excessivo ou uma vantagem injusta.

Artigo 52º

Notificação de anulação

1. A anulação é efectuada mediante notificação à outra parte.
2. Uma notificação de anulação só produz efeitos se for comunicada a partir do momento em que a parte que anula o contrato tomou conhecimento das circunstâncias relevantes ou se torna capaz de agir livremente:
 - (a) seis meses em caso de erro; e
 - (b) um ano em caso de dolo, ameaças e exploração abusiva.

Artigo 53º

Confirmação

Sempre que a parte com direito a anular o contrato ao abrigo do presente capítulo o confirmar, expressa ou tacitamente, após ter tido conhecimento das circunstâncias relevantes, ou ser capaz de agir livremente, essa parte já não pode anular o contrato.

Artigo 54º

Efeitos da anulação

1. Um contrato susceptível de ser anulado é válido até ao momento da sua anulação, mas, uma vez anulado, é considerado retroactivamente inválido desde a sua celebração.
2. Se algum dos motivos de anulação só afectar determinadas cláusulas contratuais, os efeitos da anulação ficam limitados a essas cláusulas, salvo se não for razoável manter vigente a parte restante do contrato.
3. As normas em matéria de restituição do Capítulo 17 regulam a questão de saber se alguma das partes tem direito à restituição do que transferiu ou forneceu por força de um contrato anulado, ou a um montante equivalente em dinheiro.

Artigo 55º

Indemnização pelos prejuízos

A parte com direito a anular um contrato por força do presente capítulo, ou que tinha esse direito antes de o perder por caducidade ou confirmação, pode, independentemente de o contrato ser ou não anulado, pedir à outra parte uma indemnização pelos prejuízos sofridos resultantes de erro, dolo, ameaças ou exploração abusiva, desde que a outra parte conhecesse ou devesse conhecer as circunstâncias relevantes.

Artigo 56º

Exclusão ou restrição das vias de recurso

1. As vias de recurso previstas em caso de dolo, ameaças e exploração abusiva não podem ser, directa ou indirectamente, excluídas ou restringidas.
2. Nas relações entre um profissional e um consumidor, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir ou restringir, directa ou indirectamente, as vias de recurso em caso de erro.

Artigo 57º

Escolha da via de recurso

A parte que tenha direito de recurso por força do presente capítulo em circunstâncias que lhe permitam recorrer igualmente a um meio de defesa por incumprimento, pode utilizar qualquer desses meios.

PARTE III

AVALIAÇÃO DO CONTEÚDO DO CONTRATO

CAPÍTULO 6

INTERPRETAÇÃO

Artigo 58º

Disposições gerais sobre a interpretação dos contratos

1. Um contrato deve ser interpretado de acordo com a intenção comum das partes, mesmo quando tal não coincida com a aceção habitual das expressões nele utilizadas.

2. Sempre que uma parte conferir a uma expressão utilizada no contrato uma aceção específica e, no momento da celebração do contrato, a outra parte conhecia ou devia conhecer essa intenção, tal expressão deve ser interpretada do modo pretendido pela primeira parte.

3. Salvo disposição em contrário nos n.os 1 e 2, o contrato deve ser interpretado de acordo com a aceção que uma pessoa razoável lhe daria.

Artigo 59º

Elementos relevantes

Na interpretação de um contrato, deve ser especialmente tido em conta o seguinte:

- a) as circunstâncias em que foi celebrado, incluindo as negociações preliminares;
- b) o comportamento das partes, mesmo após a celebração do contrato;
- c) a interpretação que as partes já tenham dado a expressões que são idênticas ou semelhantes às utilizadas no contrato;
- d) os usos que partes na mesma situação considerariam geralmente aplicáveis;
- e) as práticas que as partes estabeleceram entre si;
- f) a aceção comum que se confere às expressões utilizadas no sector de actividade em causa;
- g) a natureza e o objecto do contrato; e
- h) o princípio da boa fé contratual.

Artigo 60º

Referência ao contrato como um todo

As expressões utilizadas num contrato devem ser interpretadas à luz desse contrato na sua totalidade.

Artigo 61º

Divergências linguísticas

Em caso de divergências entre as versões linguísticas de um contrato, e quando nenhuma delas revestir o carácter de versão oficial, prevalece a versão em que o contrato tiver sido originalmente redigido.

Artigo 62º

Preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas

Na medida em que exista uma incoerência, as cláusulas contratuais que tiverem sido especificamente negociadas prevalecem sobre as que o não foram na aceção do artigo 7º.

Artigo 63º

Prevalência da interpretação a favor da eficácia das cláusulas contratuais

A interpretação favorável à eficácia das cláusulas contratuais prevalece sobre as que a neguem.

Artigo 64º

Interpretação a favor dos consumidores

1. Em caso de dúvida sobre o significado de uma cláusula contratual entre um profissional e um consumidor, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor, a menos que a cláusula tenha sido por ele proposta.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 65º

Interpretação das cláusulas contratuais contra a parte que as tiver proposto

Sempre que, num contrato não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 64º, existir uma dúvida quanto ao significado de uma cláusula contratual que não foi especificamente negociada na aceção do artigo 7º, prevalece a interpretação contrária aos interesses da parte que a tiver proposto.

CAPÍTULO 7

CONTEÚDO E EFEITOS

Artigo 66º

Cláusulas contratuais

As cláusulas do contrato resultam:

- a) do acordo das partes, sob reserva de qualquer disposição imperativa do direito europeu comum da compra e venda;
- b) de qualquer uso ou prática que sejam vinculativos para as partes por força do artigo 67º;
- c) de qualquer disposição do direito europeu comum da compra e venda que se aplique na falta de acordo em contrário das partes; e

d) de qualquer cláusula contratual implícita nos termos do artigo 68º.

Artigo 67º

Usos e práticas nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, as partes ficam vinculadas aos usos que tenham decidido aplicar, bem como às práticas entre si estabelecidas.
2. As partes ficam vinculadas por qualquer uso que seja considerado geralmente aplicável por profissionais na mesma situação das partes.
3. Os usos e as práticas não vinculam as partes na medida em que colidam com cláusulas contratuais que tenham sido especificamente negociadas ou com disposições imperativas do direito europeu comum da compra e venda.

Artigo 68º

Cláusulas contratuais implícitas

1. Sempre que seja necessário tratar uma matéria que não esteja expressamente regulada pelo acordo das partes, nem por qualquer uso ou prática ou disposição do direito europeu comum da compra e venda, pode estar implícita uma cláusula contratual adicional, tendo em conta, em especial:
 - (a) a natureza e o objecto do contrato;
 - (b) as circunstâncias em que o contrato foi celebrado; e
 - (c) o princípio da boa fé contratual.
2. Qualquer cláusula contratual implícita na aceção do nº 1 deve, na medida do possível, ser susceptível de produzir os efeitos que as partes teriam provavelmente acordado caso tivessem regulado a matéria.
3. O nº 1 não se aplica quando as partes tiverem deliberadamente deixado uma matéria por regular, aceitando que o risco daí resultante seja assumido por qualquer delas.

Artigo 69º

Cláusulas contratuais derivadas de determinadas declarações pré-contratuais

1. Sempre que o profissional, antes da celebração do contrato, fizer uma declaração à outra parte, ou ao público, sobre as características do que deve fornecer por força do referido contrato, essa declaração é incorporada como uma cláusula do contrato, salvo se:
 - (a) a outra parte conhecia ou devia conhecer, no momento da celebração do contrato, que a declaração era incorrecta ou que não podia ser fiável como cláusula contratual; ou
 - (b) a decisão da outra parte de celebrar o contrato não podia ser influenciada pela declaração.
2. Para efeitos do nº 1, a declaração efectuada por uma pessoa envolvida na publicidade ou comercialização por conta do profissional é considerada efectuada por este.
3. Sempre que a outra parte seja um consumidor, para efeitos do nº 1, a declaração pública efectuada por um produtor, ou em seu nome, ou por outra pessoa situada a montante da cadeia de transacções

conducentes ao contrato, é considerada efectuada pelo profissional, salvo se este, no momento da celebração do contrato, não a conhecesse e não se pudesse esperar que a conhecesse.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 70º

Dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente

1. As cláusulas contratuais incorporadas por uma parte e não negociadas especificamente na aceção do artigo 7º só podem ser invocadas contra a outra parte se esta última delas teve conhecimento, ou se a parte que as incorporou adoptou medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado.

2. Para efeitos do presente artigo, nas relações entre um profissional e um consumidor, a mera referência às cláusulas contratuais num documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento.

3. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 71º

Pagamentos adicionais nos contratos entre um profissional e um consumidor

1. Num contrato entre um profissional e um consumidor, a cláusula contratual que obrigue o consumidor a efectuar qualquer pagamento adicional ao montante estipulado em contrapartida da obrigação contratual principal do profissional, em especial quando tenha sido incorporada utilizando opções estabelecidas por defeito que o consumidor deve rejeitar para evitar o pagamento adicional, não é vinculativa para o consumidor, salvo se este, antes de ficar vinculado pelo contrato, tiver dado o seu consentimento expresso ao pagamento adicional. Se o consumidor tiver efectuado o pagamento adicional, poderá recuperá-lo.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 72º

Cláusula de documento contratual único

1. Sempre que um contrato escrito inclua uma cláusula estabelecendo que o documento engloba todas as cláusulas contratuais (cláusula de documento contratual único), nenhuma outra declaração, compromisso ou acordo prévio não incluídos no documento farão parte do contrato.

2. Salvo disposição contratual em contrário, uma cláusula de documento contratual único não impede que, na interpretação do contrato, se utilizem declarações anteriores das partes.

3. Num contrato entre um profissional e um consumidor, este último não fica vinculado por uma cláusula de documento contratual único.

4. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 73º

Determinação do preço

Sempre que o preço a pagar por força de um contrato não possa ser determinado de outro modo, esse preço será, na falta de indicação em contrário, o preço normalmente cobrado em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço, um preço razoável.

Artigo 74º

Determinação unilateral por uma parte

1. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual incumbir a uma das partes e esta os determine de forma manifestamente pouco razoável, esse preço ou condição é substituído pelo preço cobrado normalmente ou pela condição aplicada normalmente em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço ou condição, por outro preço ou condição razoável.

2. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 75º

Determinação por um terceiro

1. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual incumbir a um terceiro e este não possa ou não queira fazê-lo, um tribunal pode, salvo se tal for incompatível com as cláusulas contratuais, designar outra pessoa para o determinar.

2. Sempre que a determinação do preço ou de qualquer outra condição contratual por um terceiro for manifestamente pouco razoável, esse preço ou condição é substituído pelo preço cobrado normalmente ou pela condição aplicada normalmente em circunstâncias análogas no momento da celebração do contrato ou, na falta de tal preço ou condição, por outro preço ou condição razoável.

3. Para efeitos do nº 1, o termo «tribunal» inclui um tribunal arbitral.

4. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do nº 2, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 76º

Língua

Sempre que a língua a utilizar nas comunicações relativas ao contrato, ou aos direitos e às obrigações dele decorrentes não possa ser determinada de outro modo, a língua a utilizar é a da celebração do contrato.

Artigo 77º

Contratos de duração indeterminada

1. Sempre que, no caso de uma obrigação contratual que implique um cumprimento continuado ou periódico, as cláusulas contratuais não estabeleçam o momento em que se extingue a relação contratual ou

não prevejam a sua resolução mediante notificação prévia nesse sentido, qualquer das partes o pode resolver mediante notificação prévia razoável não superior a dois meses.

2. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 78º

Cláusulas contratuais a favor de terceiros

1. As partes contratantes podem, por força do seu contrato, conferir um direito a um terceiro. Não é necessário que o terceiro exista ou seja identificado no momento da celebração do contrato, mas deve ser identificável.

2. A natureza e o conteúdo do direito conferido ao terceiro são estipulados no contrato. Esse direito pode adoptar a forma de uma exclusão ou limitação da responsabilidade do terceiro em relação a uma das partes contratantes.

3. Quando uma das partes contratantes estiver obrigada a determinado cumprimento em relação a um terceiro por força do contrato:

(a) o terceiro beneficia dos mesmos direitos ao cumprimento e aos meios de defesa por incumprimento como se a parte contratante estivesse obrigada ao cumprimento por força de um contrato celebrado com o terceiro; e

(b) a parte contratante que tem a obrigação de cumprir pode opor ao terceiro todos os meios de defesa que poderia invocar contra a outra parte no contrato.

4. O terceiro pode renunciar ao direito conferido, mediante notificação, a uma ou outra das partes contratantes, se o fizer antes de o ter aceite expressa ou tacitamente. Em caso de renúncia, considera-se que o terceiro nunca beneficiou do direito em causa.

5. As partes contratantes podem suprimir ou alterar a cláusula contratual que confere o direito se o fizerem antes de qualquer delas ter comunicado ao terceiro a concessão do mesmo.

CAPÍTULO 8

CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 79º

Efeitos das cláusulas contratuais abusivas

1. A cláusula contratual incorporada por uma parte e considerada abusiva de acordo com o disposto nas secções 2 e 3 do presente capítulo não é vinculativa para a outra parte.

2. Sempre que o contrato possa continuar em vigor sem a cláusula contratual abusiva, as outras cláusulas contratuais continuam a ser vinculativas.

Artigo 80º

Excepções à apreciação do carácter abusivo

1. As secções 2 e 3 não se aplicam às cláusulas contratuais que reflectam disposições do direito europeu comum da compra e venda que se aplicariam se tais cláusulas não regulassem a matéria.
2. A secção 2 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82º.
3. A secção 3 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar.

Artigo 81º

Natureza imperativa

As partes não podem excluir a aplicação do presente capítulo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 2

CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE UM PROFISSIONAL E UM CONSUMIDOR

Artigo 82º

Dever de transparência das cláusulas contratuais não especificamente negociadas

Sempre que um profissional incorpore cláusulas contratuais que não tenham sido especificamente negociadas com o consumidor na acepção do artigo 7º, tem o dever de assegurar que sejam redigidas e comunicadas em termos simples e compreensíveis.

Artigo 83º

Significado de «abusivo» nos contratos entre um profissional e um consumidor

1. Num contrato entre um profissional e um consumidor, uma cláusula contratual incorporada pelo profissional que não tenha sido especificamente negociada na acepção do artigo 7º é abusiva, para efeitos da presente secção, se causa um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato, em detrimento do consumidor, contrário ao princípio da boa fé contratual.
2. Para efeitos da presente secção, na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta:
 - (a) se o profissional cumpriu o dever de transparência previsto no artigo 82º;
 - (b) a natureza da prestação a executar nos termos do contrato;
 - (c) as circunstâncias preponderantes durante a celebração do contrato;
 - (d) as outras cláusulas contratuais; e
 - (e) as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa.

Artigo 84º

Cláusulas contratuais que são sempre abusivas

Para efeitos da presente secção, uma cláusula contratual é sempre considerada abusiva se tiver por objecto ou efeito:

a) excluir ou limitar a responsabilidade do profissional em caso de morte ou danos corporais causados ao consumidor em resultado de uma acção ou omissão do profissional ou da pessoa que actue em seu nome;

b) excluir ou limitar a responsabilidade do profissional por qualquer perda ou dano para o consumidor em resultado de um acto deliberado ou negligente grave;

c) limitar a obrigação do profissional de respeitar os compromissos assumidos pelos seus mandatários ou sujeitar os seus compromissos ao respeito de uma condição específica que dependa exclusivamente do profissional;

d) excluir ou impedir o direito do consumidor de propor acções judiciais ou de recorrer a qualquer outro meio de defesa legal, em especial obrigando-o a dirigir-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não prevista normalmente nas disposições jurídicas aplicáveis aos contratos entre um profissional e um consumidor;

e) conferir competência jurisdicional exclusiva para todos os litígios surgidos no âmbito do contrato ao tribunal do lugar onde o profissional está estabelecido, salvo se o tribunal eleito for também o tribunal do lugar de domicílio do consumidor;

f) conferir ao profissional o direito exclusivo de decidir se os bens, conteúdos digitais ou serviços conexos fornecidos estão em conformidade com o contrato, ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula contratual;

g) estabelecer que o consumidor fica vinculado pelo contrato e o profissional não;

h) exigir ao consumidor que utilize, para a resolução do contrato na aceção do artigo 8º, um método mais formal do o utilizado para a sua celebração;

i) conceder ao profissional, para a resolução do contrato na aceção do artigo 8º, um prazo de notificação inferior ao exigido para o consumidor;

j) obrigar o consumidor a pagar bens, conteúdos digitais ou serviços conexos que não tenham sido efectivamente fornecidos ou prestados;

k) determinar que as cláusulas contratuais não especificamente negociadas na aceção do artigo 7º prevaleçam ou tenham preferência sobre cláusulas especificamentenegociadas.

Artigo 85º

Cláusulas contratuais que se presumem abusivas

Para efeitos da presente secção, uma cláusula contratual presume-se abusiva se tiver por objecto ou efeito:

a) restringir os elementos de prova à disposição do consumidor ou impor-lhe um ónus da prova que juridicamente deveria caber ao profissional;

b) excluir ou limitar de forma inadequada as meios de defesa à disposição do consumidor contra o profissional ou um terceiro em caso de incumprimento pelo profissional das obrigações previstas no contrato;

c) excluir ou limitar de forma inadequada o direito de compensar os créditos que o consumidor possa ter em relação ao profissional com o que o consumidor possa dever ao profissional;

d) permitir que o profissional retenha montantes em dinheiro pagos pelo consumidor se este decidir não celebrar o contrato ou não cumprir obrigações decorrentes do mesmo, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional o pagamento de uma indemnização de montante equivalente numa situação inversa;

e) exigir ao consumidor que não cumpra as suas obrigações ao abrigo do contrato que pague um montante desproporcionadamente elevado a título de prejuízos, ou um pagamento estipulado em caso de incumprimento;

f) conferir ao profissional o direito de retractação ou de resolução do contrato na acepção do artigo 8º de forma discricionária, sem reconhecer ao consumidor o mesmo direito, ou conferir ao profissional o direito de conservar os montantes pagos por serviços conexos ainda não prestados no caso de o profissional proceder à retractação ou resolução do contrato;

g) permitir ao profissional resolver um contrato de duração indeterminada sem notificação prévia, salvo por motivos graves;

h) estabelecer a prorrogação automática de um contrato de duração determinada, salvo indicação em contrário do consumidor, quando as cláusulas contratuais estabeleçam um prazo para notificação com demasiada antecedência;

i) permitir ao profissional alterar unilateralmente as cláusulas contratuais sem um motivo válido especificado no contrato; a presente disposição não afecta as cláusulas contratuais ao abrigo das quais o profissional se reserva o direito de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais de duração indeterminada, desde que o profissional informe desse facto o consumidor num prazo razoável e que este possa livremente resolver o contrato sem custos adicionais;

j) permitir ao profissional alterar unilateralmente sem um motivo válido algumas das características dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos a fornecer ou qualquer outra característica da prestação;

k) estipular que o preço dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos deve ser determinado no momento da sua entrega ou prestação, ou permitir ao profissional aumentar o preço sem que o consumidor tenha o direito de se retractar se o preço final for muito superior ao preço acordado aquando da celebração do contrato; a presente disposição não afecta as cláusulas de indexação de preços, desde que as mesmas sejam válidas e que nelas esteja explicitamente descrito o método de variação do preço;

l) obrigar o consumidor a cumprir todas as suas obrigações nos termos do contrato no caso de o profissional não cumprir as suas próprias obrigações;

m) permitir ao profissional a cessão dos seus direitos e obrigações contratuais sem o consentimento do consumidor, salvo quando se trate de cessão para uma filial controlada pelo profissional, ou a cessão resultar de uma fusão ou de uma transacção empresarial legítima similar, e não seja provável que tal cessão afecte negativamente qualquer direito do consumidor;

n) permitir ao profissional, quando o objecto da encomenda estiver indisponível, fornecer um objecto equivalente sem ter informado expressamente o consumidor dessa possibilidade e da obrigação

de o profissional dever suportar os custos da devolução do que foi recebido pelo consumidor ao abrigo do contrato caso este exerça o direito de recusar a prestação;

o) permitir ao profissional determinar um prazo de aceitação ou de recusa da oferta injustificadamente longo ou não especificado de forma adequada;

p) permitir ao profissional determinar um prazo de cumprimento das obrigações contratuais injustificadamente longo ou não especificado de forma adequada;

q) excluir ou limitar de forma inadequada as vias de recurso à disposição do consumidor contra o profissional ou os meios de defesa à sua disposição contra as pretensões do profissional;

r) subordinar o cumprimento das obrigações contratuais pelo profissional, ou subordinar outros efeitos do contrato favoráveis ao consumidor, a determinadas formalidades que não sejam juridicamente exigidas nem razoáveis;

s) exigir ao consumidor adiantamentos excessivos ou garantias do cumprimento das obrigações excessivas;

t) impedir injustificadamente que o consumidor obtenha fornecimentos ou reparações da parte de terceiros;

u) vincular injustificadamente o contrato a outro contrato com o profissional, uma das suas filiais, ou um terceiro, de um modo que o consumidor não possa prever;

v) impor um encargo excessivo ao consumidor para resolver um contrato de duração indeterminada;

w) fixar um período inicial para o contrato, ou qualquer período de renovação, superior a um ano, para um contrato de fornecimento prolongado de bens, conteúdos digitais ou serviços conexos, salvo se o consumidor o puder resolver em qualquer momento dispondo para esse efeito de um prazo de resolução não superior a 30 dias.

SECÇÃO 3

CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE PROFISSIONAIS

Artigo 86º

Significado de «abusivo» nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, uma cláusula contratual é considerada abusiva para efeitos da presente secção, se:

(a) formar parte das cláusulas não especificamente negociadas na aceção do artigo 7º; e (b) for de natureza tal que a sua aplicação se desvie manifestamente das boas práticas comerciais, contrariamente ao princípio da boa fé contratual.

2. Para efeitos da presente secção, na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta:

(a) a natureza da prestação a executar nos termos do contrato;

(b) as circunstâncias preponderantes durante a celebração do contrato;

(c) as outras cláusulas contratuais; e

(d) as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa.

PARTE IV

OBRIGAÇÕES E MEIOS DE DEFESA DAS PARTES NUM CONTRATO DE COMPRA E VENDA OU NUM CONTRATO DE FORNECIMENTO DE CONTEÚDOS DIGITAIS

CAPÍTULO 9

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 87º

Incumprimento e incumprimento fundamental

1. O incumprimento de uma obrigação consiste em qualquer inexecução dessa obrigação, independentemente de ser ou não justificada, e inclui:

- (a) a não entrega dos bens ou o atraso na sua entrega;
- (b) o não fornecimento de conteúdos digitais ou o atraso na sua entrega;
- (c) a entrega de bens que não sejam conformes com o contrato;
- (d) o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam conformes com o contrato;
- (e) o não pagamento ou o pagamento tardio do preço; e
- (f) qualquer outro alegado cumprimento que não seja conforme com o contrato;

2. O incumprimento de uma obrigação por uma parte é considerado fundamental:

(a) se privar de forma substancial a outra parte do que tinha direito a esperar ao abrigo do contrato, salvo se, no momento da celebração do contrato, a parte em falta não previsse nem pudesse prever esse resultado; ou

(b) se resultar evidente que não se pode confiar no futuro cumprimento da parte em falta.

Artigo 88º

Incumprimento justificado

1. É justificado o incumprimento de uma obrigação por uma das partes se tal se deve a um impedimento alheio à sua vontade e se, no momento da celebração do contrato, não se pudesse esperar que tivesse em conta o impedimento ou que tivesse evitado ou superado esse impedimento ou as suas consequências.

2. Sempre que o impedimento seja apenas temporário, o incumprimento é justificado durante o período que durar tal impedimento. Contudo, se o atraso for equivalente a um incumprimento fundamental, a outra parte pode tratá-lo como tal.

3. A parte que seja incapaz de cumprir tem o dever de assegurar que, sem demora excessiva desde que teve ou devia ter tido conhecimento dessa circunstância, a outra parte recebe uma notificação do impedimento e dos seus efeitos sobre a sua capacidade para cumprir. A outra parte tem direito a uma indemnização pelos prejuízos eventualmente resultantes do incumprimento desse dever.

Artigo 89º

Alteração de circunstâncias

1. A parte tem de cumprir as suas obrigações mesmo quando o cumprimento se torna mais oneroso

em consequência do aumento do custo do cumprimento ou da diminuição do valor da prestação que se recebe em contrapartida.

Sempre que o cumprimento se torne excessivamente oneroso devido a uma alteração de circunstâncias excepcional, as partes têm o dever de encetar negociações com vista à adaptação ou à resolução do contrato.

2. Se as partes não chegarem a um acordo num prazo razoável, um tribunal, a pedido de qualquer das partes, pode decidir:

(a) adaptar o contrato para o ajustar ao que as partes teriam razoavelmente acordado no momento da sua celebração se tivessem tido em conta a alteração de circunstâncias; ou

(b) extinguir o contrato, na acepção do artigo 8º, na data e segundo as condições por ele determinadas.

3. Os n.os 1 e 2 só se aplicam se:

(a) a alteração de circunstâncias ocorreu após a data de celebração do contrato;

(b) a parte que invoca a alteração de circunstâncias não teve em conta nesse momento, nem se podia esperar que tivesse, a possibilidade ou a importância dessa alteração de circunstâncias; e

(c) a parte lesada não assumiu, nem se pode razoavelmente considerar que tenha assumido, o risco da referida alteração de circunstâncias.

4. Para efeitos dos n.os 2 e 3, o termo «tribunal» inclui um tribunal arbitral.

Artigo 90º

Aplicação alargada das normas sobre o pagamento e sobre os bens ou conteúdos digitais recusados

1. Salvo disposição em contrário, as normas sobre o pagamento do preço pelo comprador, previstas no Capítulo 12, aplicam-se, com as adaptações adequadas, aos outros pagamentos.

2. O artigo 97º aplica-se, com as adaptações adequadas, aos outros casos em que uma pessoa tenha a posse de bens ou conteúdos digitais devido ao facto de um terceiro não os ter aceite quando para tal estava obrigado.

CAPÍTULO 10

OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 91º

Principais obrigações do vendedor

O vendedor de bens ou o fornecedor de conteúdos digitais (na presente parte referido como «vendedor») tem a obrigação de:

a) entregar os bens ou fornecer os conteúdos digitais;

b) transferir a propriedade dos bens, incluindo o suporte material utilizado para fornecer os conteúdos digitais;

c) assegurar que os bens ou conteúdos digitais estão em conformidade com o contrato;

d) assegurar que o comprador tem o direito de utilizar os conteúdos digitais em conformidade com o contrato; e

e) entregar qualquer documento representativo ou respeitante aos bens ou aos conteúdos digitais que sejam exigíveis pelo contrato.

Artigo 92º

Cumprimento por um terceiro

1. Um vendedor pode confiar o cumprimento a outra pessoa, salvo se as cláusulas contratuais exigirem o cumprimento pessoal pelo vendedor.

2. Um vendedor que confie o cumprimento a outra pessoa continua a ser responsável por esse cumprimento.

3. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do nº 2, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 2 ENTREGA

Artigo 93º

Lugar da entrega

1. Sempre que o lugar da entrega não puder ser determinado de outro modo, será:

(a) no caso de um contrato de consumo ou de um contrato para fornecimento de conteúdos digitais que seja um contrato à distância ou um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, ou em que o vendedor se tenha comprometido a organizar o transporte para o comprador, o lugar do domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato;

(b) em qualquer outro caso,

i) sempre que o contrato de compra e venda implique o transporte de bens por um transportador ou uma série de transportadores, o ponto de recolha do primeiro transportador mais próximo;

ii) sempre que o contrato não implique o transporte, o lugar do estabelecimento do vendedor no momento da celebração do contrato.

2. Se o vendedor tiver mais de um estabelecimento, o lugar do estabelecimento para efeitos do nº 1, alínea b), é o que tem um vínculo mais próximo com a obrigação de entrega.

Artigo 94º

Modo de entrega

1. Salvo acordo em contrário, o vendedor cumpre a sua obrigação de entrega:

(a) no caso de um contrato de consumo ou de um contrato para fornecimento de conteúdos digitais que seja um contrato à distância ou um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, ou em que o vendedor se tenha comprometido a organizar o transporte para o comprador, mediante a transferência da posse ou controlo material dos bens para o consumidor; (b) nos outros casos em que o contrato implique o transporte

de bens por um transportador, mediante a sua entrega ao primeiro transportador para que os transfira para o comprador e entregando-lhe qualquer documento necessário que lhe permita receber os bens do transportador em cuja posse se encontram; ou (c) nos casos não abrangidos pelas alíneas a) ou b), colocando os bens ou os conteúdos digitais à disposição do comprador ou, quando seja acordado que o vendedor só necessita de entregar documentos relativos aos bens, colocando esses documentos à disposição do comprador.

2. No nº 1, alíneas a) e c), qualquer referência ao consumidor ou ao comprador inclui também um terceiro, distinto do transportador, indicado pelo consumidor ou pelo comprador em conformidade com o contrato.

Artigo 95º

Prazo de entrega

1. Sempre que o prazo de entrega não possa ser determinado de outro modo, os bens ou os conteúdos digitais devem ser entregues sem demora excessiva após a celebração do contrato.

2. Nos contratos entre um profissional e um consumidor, salvo acordo em contrário das partes, o profissional entrega os bens ou os conteúdos digitais o mais tardar 30 dias a contar da celebração do contrato.

Artigo 96º

Obrigações do vendedor em relação ao transporte dos bens

1. Sempre que o vendedor estiver obrigado por contrato a organizar o transporte dos bens, deve celebrar os contratos necessários para que esse transporte se efectue até ao lugar determinado através dos meios de transporte adequados às circunstâncias e segundo as condições habituais para tal transporte.

2. Sempre que o vendedor, em conformidade com o contrato, entregar os bens a um transportador e estes bens não estiverem claramente identificados como os bens a fornecer no âmbito do contrato, o vendedor deve, através da marcação dos bens, dos documentos de transporte ou de outro modo, informar o comprador mediante notificação da remessa que especifique os bens.

3. Sempre que o vendedor não estiver obrigado por contrato a subscrever um seguro de transporte dos bens, deve, a pedido do comprador, fornecer-lhe todas as informações necessárias para que o comprador possa subscrever esse seguro.

Artigo 97º

Bens ou conteúdos digitais recusados pelo comprador

1. Um vendedor que fique na posse dos bens ou conteúdos digitais pelo facto de o comprador, estando obrigado a fazê-lo, se recusar a aceitar a entrega, deve tomar medidas razoáveis para os proteger e conservar.

2. O vendedor fica exonerado da sua obrigação de entrega, se:

(a) depositar os bens ou os conteúdos digitais em condições razoáveis junto de um terceiro, que os deve conservar por conta do comprador, comunicando este facto ao comprador; ou

(b) vender os bens ou os conteúdos digitais em condições razoáveis após notificação prévia ao comprador, e pagar o produto líquido ao comprador.

3. O vendedor tem direito a obter o reembolso de todos os custos em que razoavelmente incorreu ou a conservar o montante correspondente a esses custos do produto da sua venda.

Artigo 98º

Efeitos sobre a transferência do risco

O efeito da entrega sobre a transferência do risco é regulado pelo Capítulo 14.

SECÇÃO 3

CONFORMIDADE DOS BENS E DOS CONTEÚDOS DIGITAIS

Artigo 99º

Conformidade com o contrato

1. Para estarem em conformidade com o contrato, os bens ou conteúdos digitais devem:

- (a) ter a quantidade, qualidade e tipo correspondentes aos exigidos pelo contrato;
- (b) estar contidos num recipiente ou numa embalagem da forma exigida pelo contrato; e
- (c) ser fornecidos juntamente com eventuais acessórios, instruções de instalação ou instruções de outro tipo exigidos pelo contrato.

2. Para estarem em conformidade com o contrato, os bens ou conteúdos digitais devem satisfazer igualmente os requisitos dos artigos 100º, 101º e 102º, salvo na medida em que as partes tenham acordado de outro modo.

3. Num contrato de consumo, qualquer acordo que derogue a aplicação dos requisitos dos artigos 100º, 102º e 103º, em detrimento do consumidor, só é válido se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tinha conhecimento das condições específicas dos bens ou dos conteúdos digitais e os aceitou como estando em conformidade com o contrato no momento da sua celebração.

4. Num contrato de consumo, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do nº 3, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 100º

CrITÉRIOS relativos à conformidade dos bens e dos conteúdos digitais

Os bens e conteúdos digitais devem:

- a) ser adequados a qualquer uso específico que tenha sido comunicado ao vendedor no momento da celebração do contrato, excepto quando as circunstâncias revelem que o comprador não confiou ou não era razoável que confiasse, nas competências e discernimento do vendedor;
- b) ser adequados às utilizações a que habitualmente se destinam os bens ou conteúdos digitais do mesmo tipo;
- c) apresentar as mesmas qualidades dos bens ou conteúdos digitais que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;
- d) estar contidos num recipiente ou numa embalagem como habitualmente estão os bens do mesmo tipo ou, na sua falta, de uma forma adequada à sua preservação e protecção;

e) ser fornecidos juntamente com os acessórios, as instruções de instalação ou outras instruções que o comprador possa esperar receber;

f) apresentar as qualidades e características indicadas em qualquer declaração pré-contratual que forme parte das cláusulas contratuais por força do artigo 69º; e

g) apresentar as qualidades e características que o comprador pode razoavelmente esperar. No momento de determinar o que o consumidor pode esperar dos conteúdos digitais, deve ter-se em conta se os conteúdos digitais foram ou não fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço.

Artigo 101º

Instalação incorrecta no âmbito de um contrato de consumo

1. Sempre que, no âmbito de um contrato de consumo, os bens ou conteúdos digitais fornecidos sejam instalados de forma incorrecta, qualquer falta de conformidade resultante da instalação incorrecta é considerada como uma falta de conformidade desses bens ou conteúdos digitais se:

(a) os bens ou conteúdos digitais foram instalados pelo vendedor ou sob a sua responsabilidade; ou (b) estava previsto que a instalação dos bens ou conteúdos digitais seria realizada pelo consumidor e a instalação incorrecta se deveu a um erro nas instruções de instalação.

2. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 102º

Direitos ou pretensões de terceiros

1. Os bens ou conteúdos digitais devem estar isentos de qualquer direito ou pretensão não manifestamente infundada de um terceiro.

2. No que diz respeito a direitos ou pretensões baseados na propriedade intelectual, sem prejuízo do disposto nos n.os 3 e 4 do presente artigo, os bens e conteúdos digitais devem estar isentos de qualquer direito ou pretensão não manifestamente infundada de um terceiro:

(a) ao abrigo do direito do Estado onde os bens ou conteúdos digitais serão utilizados em conformidade com o contrato ou, na falta de tal acordo, ao abrigo do direito do Estado do estabelecimento do comprador ou, nos contratos entre um profissional e um consumidor, o lugar de residência do consumidor indicado por este no momento da celebração do contrato; e

(b) que o vendedor conhecia ou devia conhecer no momento da celebração do contrato.

3. Nos contratos entre profissionais, o nº 2 não se aplica sempre que o comprador conhecia ou devia conhecer os direitos ou pretensões baseados na propriedade intelectual no momento da celebração do contrato.

4. Nos contratos entre um profissional e um consumidor, o nº 2 não se aplica sempre que o consumidor conhecia os direitos ou pretensões baseados na propriedade intelectual no momento da celebração do contrato.

5. Nos contratos entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 103º

Limites à conformidade dos conteúdos digitais

Não se considera que os conteúdos digitais não estão em conformidade com o contrato pelo único motivo de passarem a estar disponíveis conteúdos digitais actualizados após a celebração do contrato.

Artigo 104º

Conhecimento pelo comprador da falta de conformidade num contrato entre profissionais

Num contrato entre profissionais, o vendedor não é responsável por qualquer falta de conformidade dos bens se, no momento da celebração do contrato, o comprador conhecia ou não podia ignorar a falta de conformidade.

Artigo 105º

Momento relevante para determinar a conformidade

1. O vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade que exista no momento da transferência do risco para o comprador ao abrigo do Capítulo 14.

2. Num contrato de consumo, qualquer falta de conformidade que se manifeste no prazo de seis meses após o momento em que o risco foi transferido para o consumidor presume-se que existia naquele momento, excepto se tal presunção for incompatível com a natureza dos bens, dos conteúdos digitais ou com a natureza da falta de conformidade.

3. Num caso regido pelo artigo 101º, nº 1, alínea a), qualquer referência, nos n.os 1 ou 2 do presente artigo, ao momento em que o risco se transfere para o comprador deve entender-se como uma referência ao momento em que se completa a instalação. Num caso regido pelo artigo 101º, nº 1, alínea b), tal deve entender-se como uma referência ao momento em que o consumidor dispunha de um período razoável para a instalação.

4. Sempre que os conteúdos digitais devam ser actualizados posteriormente pelo profissional, este deve assegurar que continuam a estar em conformidade com o contrato durante toda a duração do mesmo.

5. Num contrato entre um profissional e um consumidor, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

CAPÍTULO 11

MEIOS DE DEFESA DO COMPRADOR

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 106º

Enumeração dos meios de defesa do comprador

1. Em caso de incumprimento de uma obrigação pelo vendedor, o comprador pode recorrer a qualquer um dos seguintes meios de defesa:

(a) exigir o cumprimento, incluindo o cumprimento específico, a reparação ou a substituição dos bens ou conteúdos digitais, nos termos da secção 3 do presente capítulo;

(b) suspender o cumprimento das suas próprias obrigações, nos termos da secção 4 do presente capítulo;

(c) resolver o contrato nos termos da secção 5 do presente capítulo e reclamar o reembolso de qualquer montante pago, nos termos do Capítulo 17;

(d) reduzir o preço, nos termos da secção 6 do presente capítulo; e

(e) reclamar uma indemnização, nos termos do Capítulo 16.

2. Se o comprador for um profissional:

(a) o direito do comprador de recorrer a qualquer meio de defesa, excepto suspender o cumprimento das suas próprias obrigações, está sujeito a sanação pelo vendedor segundo o previsto na secção 2 do presente capítulo; e

(b) o direito do comprador de invocar a falta de conformidade fica sujeito a exame e à obrigação de notificação previstos na secção 7 do presente capítulo.

3. Se o comprador for um consumidor:

(a) os direitos do comprador não estão sujeitos a sanação pelo vendedor; e

(b) o exame e a obrigação de notificação previstos na secção 7 do presente capítulo não se aplicam.

4. Se o incumprimento do vendedor for justificado, o comprador pode recorrer a qualquer dos meios de defesa referidos no nº 1, excepto exigir o cumprimento e uma indemnização.

5. O comprador não pode recorrer a nenhum dos meios de defesa referidos no nº 1 na medida em que tenha causado o incumprimento do vendedor.

6. Os meios de defesa que não são incompatíveis podem ser cumulados.

Artigo 107º

Limitação dos meios de defesa aplicáveis aos conteúdos digitais não fornecidos em contrapartida de um preço

Sempre que os conteúdos digitais não sejam fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço, o comprador não pode recorrer aos meios mencionados no artigo 106º, nº 1, alíneas a)

a d). O comprador só pode reclamar uma indemnização ao abrigo do artigo 106º, nº 1, alínea e), por perdas ou danos causados à sua propriedade, incluindo equipamentos, programas informáticos e dados, devido à falta de conformidade dos conteúdos digitais fornecidos, exceptuando os eventuais ganhos de que esses danos o privaram.

Artigo 108º

Natureza imperativa

Num contrato entre um profissional e um consumidor, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente capítulo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos antes de a falta de conformidade ser levada ao conhecimento do profissional pelo consumidor.

SECÇÃO 2

SANAÇÃO PELO VENDEDOR

Artigo 109º

Sanação pelo vendedor

1. O vendedor que tenha apresentado uma proposta de cumprimento antecipado e tenha sido notificado de que a mesma não é conforme com o contrato, pode apresentar uma nova proposta conforme se for possível fazê-lo antes do prazo previsto para o cumprimento.

2. Nos casos não contemplados no nº 1, o vendedor que tenha apresentado uma proposta de cumprimento que não seja conforme com o contrato pode, sem demora excessiva após ter sido notificado da falta de conformidade, propor saná-la a expensas suas.

3. A notificação de resolução do contrato não exclui a proposta de sanção.

4. O comprador só pode recusar a proposta de sanção se:

- (a) a sanção não puder ser realizada rapidamente e sem inconvenientes significativos para o comprador;
- (b) o comprador tiver motivos para não confiar no cumprimento futuro do vendedor; ou
- (c) um atraso no cumprimento equivaler a um incumprimento fundamental.

5. O vendedor deve ter um prazo razoável para a proceder à sanção.

6. O comprador pode suspender o seu próprio cumprimento enquanto se encontrar pendente a sanção, mas os direitos do comprador que sejam incompatíveis com a possibilidade de o vendedor beneficiar de um prazo para proceder à sanção ficam suspensos até ao termo desse prazo.

7. Não obstante a sanção, o comprador conserva o direito a uma indemnização por perdas e danos resultantes do atraso e por qualquer prejuízo causado ou não evitado pela sanção.

SECÇÃO 3

EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO

Artigo 110º

Exigência de cumprimento das obrigações do vendedor

1. O comprador tem direito a exigir o cumprimento das obrigações do vendedor.

2. O cumprimento susceptível de ser exigido inclui a sanção, gratuita, de um cumprimento não conforme com o contrato.

3. O cumprimento não pode ser exigido:

- (a) se for impossível ou se se tiver tornado ilícito; ou
- (b) se os encargos ou custos daí resultantes forem desproporcionados em relação ao benefício que o comprador obteria.

Artigo 111º

Escolha do consumidor entre a reparação e a substituição

1. Se, num contrato de consumo, o profissional for solicitado a sanar uma falta de conformidade nos termos do artigo 110º, nº 2, o consumidor pode escolher entre a reparação ou a substituição, salvo quando

tal opção seja ilícita ou impossível ou, quando comparada com outra opção disponível, imponha custos ao vendedor que sejam desproporcionais tendo em conta:

- (a) o valor que o bem teria se não existisse falta de conformidade;
- (b) a importância da falta de conformidade; e
- (c) a possibilidade de recorrer à solução alternativa sem inconveniente grave para o consumidor.

2. Se o consumidor tiver exigido a rectificação da falta de conformidade através da reparação ou da substituição nos termos do nº 1, só pode recorrer a outros meios de defesa se o profissional não tiver realizado a reparação ou a substituição num prazo razoável não superior a 30 dias. Contudo, o comprador pode suspender o seu próprio cumprimento durante esse período.

Artigo 112º

Devolução do Artigo substituído

1. Sempre que o vendedor tenha rectificado a falta de conformidade mediante uma substituição, tem o direito e a obrigação de recuperar o artigo substituído a expensas suas.
2. O comprador não está obrigado a pagar nenhuma utilização do artigo substituído durante o período anterior à substituição.

SECÇÃO 4

SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

Artigo 113º

Direito de suspender o cumprimento

1. O comprador que deva cumprir a sua obrigação ao mesmo tempo que o vendedor, ou depois deste, tem direito a suspender o seu cumprimento até que o vendedor se proponha cumprir a sua obrigação ou a tenha efectivamente cumprido.
2. O comprador que deva cumprir a sua obrigação antes de o vendedor cumprir a sua e tiver motivos razoáveis para considerar que o vendedor não cumprirá a sua obrigação quando chegue o momento em que a mesma seja exigível, pode suspender o cumprimento das suas obrigações enquanto persistir nessa convicção razoável.
3. A eventual suspensão do cumprimento nos termos do presente artigo diz respeito à totalidade ou a parte da obrigação, na medida em que é justificada pelo incumprimento. Sempre que as obrigações do vendedor devam ser cumpridas por partes ou sejam divisíveis de outro modo, o comprador só pode suspender o seu próprio cumprimento em relação à parte que não foi cumprida, a menos que o incumprimento do vendedor seja tal que justifique a suspensão total do cumprimento por parte do comprador.

SECÇÃO 5

RESOLUÇÃO

Artigo 114º

Resolução por incumprimento

1. O comprador pode resolver o contrato na aceção do artigo 8º se o incumprimento do vendedor ao abrigo do contrato for considerado fundamental na aceção do artigo 87º, nº 2.

2. Num contrato de consumo e num contrato de fornecimento de conteúdos digitais entre um profissional e um consumidor, quando um incumprimento se deva ao facto de os bens não estarem em conformidade com o contrato, o consumidor pode resolver o contrato, a menos que a falta de conformidade seja insignificante.

Artigo 115º

Resolução por atraso na entrega após notificação a fixar um novo prazo para cumprimento

1. O comprador pode resolver o contrato em caso de atraso na entrega que não seja fundamental em si mesmo se notificar o vendedor que lhe concede um novo prazo razoável para o cumprimento e o vendedor não cumprir a sua obrigação nesse prazo.

2. Considera-se que o novo prazo referido no nº 1 é razoável se o vendedor não o contestar sem atraso excessivo.

3. Sempre que a notificação preveja a resolução automática em caso de incumprimento do vendedor no prazo nele fixado, a resolução produz efeitos a partir dessa data sem notificação subsequente.

Artigo 116º

Resolução por incumprimento previsível

O comprador pode resolver o contrato antes do prazo de cumprimento se o vendedor tiver declarado, ou resultar manifesto por outro modo, que haverá incumprimento da obrigação e se o incumprimento for de natureza tal que justifique a resolução.

Artigo 117º

Âmbito do direito de resolução

1. Sempre que as obrigações do vendedor por força do contrato devam ser cumpridas por partes ou sejam divisíveis de outro modo, se existir um motivo de resolução nos termos da presente secção em relação a uma parte cuja percentagem do preço se possa determinar, o comprador pode resolver o contrato apenas em relação a essa parte.

2. O nº 1 não se aplica se não for previsível que o comprador aceite o cumprimento das outras partes, ou o incumprimento seja de natureza tal que justifique a resolução do contrato na sua totalidade.

3. Sempre que as obrigações do vendedor estabelecidas no contrato não forem divisíveis ou a percentagem do preço não possa ser determinada, o comprador pode resolver o contrato apenas se o incumprimento for de natureza tal que justifique a resolução do contrato na sua totalidade.

Artigo 118º

Notificação de resolução

O exercício do direito de resolução do contrato previsto na presente secção requer uma notificação prévia ao vendedor.

Artigo 119º

Perda do direito de resolução

1. O comprador perde o direito de resolução previsto na presente secção se não notificar a resolução num prazo razoável a contar do momento em que o direito se constituiu ou o comprador teve ou devia ter tido conhecimento do incumprimento, se tal data for posterior.

2. Não se aplica o nº 1:

(a) se o comprador for um consumidor; ou

(b) se não foi apresentada qualquer proposta de cumprimento.

SECÇÃO 6

REDUÇÃO DO PREÇO

Artigo 120º

Direito de reduzir o preço

1. O comprador que aceite um cumprimento não conforme com o contrato pode reduzir o preço. A redução do preço deve ser proporcional à diferença entre o valor do que foi recebido como prestação no momento do cumprimento e o valor do que se receberia se o cumprimento tivesse sido conforme.

2. O comprador que tenha direito a reduzir o preço ao abrigo do nº 1 e que já tenha pago um montante superior ao preço reduzido, pode reclamar junto do vendedor o reembolso do excedente.

3. O comprador que reduza o preço não pode reclamar igualmente uma indemnização pelos prejuízos compensados com tal redução, mas continua a ter direito a uma indemnização em relação a qualquer outro prejuízo que lhe tenha sido causado.

SECÇÃO 7

OBRIGAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO NOS CONTRATOS ENTRE PROFISSIONAIS

Artigo 121º

Exame dos bens nos contratos entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais é previsível que o comprador examine, ou faça examinar os bens, no prazo mais curto possível tendo em conta as circunstâncias concretas não superior a 14 dias a contar da data de entrega dos bens, do fornecimento de conteúdos digitais ou da prestação de serviços conexos.

2. Se o contrato incluir o transporte de bens, o exame pode ser diferido até que os bens tenham chegado ao seu destino.

3. Se o comprador modificar o destino dos bens durante o transporte ou proceder à sua reexpedição antes de ter tido uma oportunidade razoável de os examinar e se, no momento da celebração do contrato, o vendedor conhecia ou devia conhecer a possibilidade de tal modificação de destino ou reexpedição, o exame pode ser diferido até que os bens tenham chegado ao seu novo destino.

Artigo 122º

Obrigação de notificação da falta de conformidade nos contratos de compra e venda entre profissionais

1. Num contrato entre profissionais, o comprador não pode invocar a falta de conformidade se não a notificar ao vendedor, num prazo razoável, especificando a sua natureza. O prazo começa a correr quando os bens são entregues ou quando o comprador tem ou devia ter conhecimento da falta de conformidade verificada, se esta data for posterior.

2. O comprador perde o direito de invocar a falta de conformidade se não notificar deste facto o vendedor num prazo de dois anos a contar da data em que os bens foram efectivamente entregues ao comprador em conformidade com o contrato.

3. Sempre que as partes tiverem acordado que os bens devem continuar aptos a uma finalidade especial ou à sua finalidade normal durante um determinado prazo, o prazo para a notificação previsto no nº 2 não termina antes do termo do prazo acordado.

4. O nº 2 não se aplica aos créditos ou pretensões de terceiros a que se refere o artigo 102º.

5. O comprador não tem de notificar o vendedor de que não foram entregues todos os bens se tiver motivos para considerar que os bens restantes serão entregues.

6. O vendedor não pode invocar o presente artigo se a falta de conformidade se referir a factos que conhecia ou devia conhecer e que não revelou ao comprador.

CAPÍTULO 12

OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 123º

Principais obrigações do comprador

1. O comprador tem a obrigação de:

- (a) pagar o preço;
- (b) aceitar a entrega dos bens ou dos conteúdos digitais; e
- (c) tomar posse de qualquer documento representativo ou respeitante aos bens, ou documentos respeitantes a conteúdos digitais que sejam exigíveis pelo contrato.

2. O nº 1, alínea a), não se aplica aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais quando estes não sejam fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço.

SECÇÃO 2

PAGAMENTO DO PREÇO

Artigo 124º

Meios de pagamento

1. O pagamento pode ser efectuado pelos meios indicados nas cláusulas contratuais ou, na falta dessa indicação, por qualquer meio utilizado nas práticas comerciais habituais do lugar do pagamento, atendendo à natureza da transacção.

2. Presume-se que o vendedor que aceita um cheque ou outra ordem ou promessa de pagamento, o faz apenas na condição de o compromisso ser honrado. O vendedor pode exigir o cumprimento da obrigação inicial de pagamento se a ordem ou promessa não forem honradas.

3. A obrigação inicial do comprador extingue-se se o vendedor aceitar uma promessa de pagamento de um terceiro com quem o vendedor tenha um acordo prévio para aceitar a sua promessa como meio de pagamento.

4. Num contrato entre um profissional e um consumidor, este último não é responsável, em relação à utilização de determinados meios de pagamento, por taxas que ultrapassem os custos suportados pelo profissional para a utilização de tais meios de pagamento.

Artigo 125º

Lugar de pagamento

1. Sempre que o lugar do pagamento não puder ser determinado de outro modo, será o lugar do estabelecimento do vendedor no momento da celebração do contrato.

2. Se o vendedor tiver mais de um estabelecimento, o lugar de pagamento é o lugar do estabelecimento do vendedor que tem um vínculo mais próximo com a obrigação de pagamento.

Artigo 126º

Prazo para o pagamento

1. O pagamento do preço é devido no momento da entrega.

2. O vendedor pode recusar uma oferta de pagamento que seja anterior ao prazo fixado se tiver um interesse legítimo em fazê-lo.

Artigo 127º

Pagamento por terceiro

1. O comprador pode confiar o pagamento a outra pessoa. Sempre que um comprador confiar o pagamento a outra pessoa continua a ser responsável por esse pagamento.

2. O vendedor não pode recusar o pagamento por um terceiro se:

(a) o terceiro agir com o assentimento do comprador; ou

(b) se o terceiro tiver um interesse legítimo em pagar e o comprador não tiver pago ou for manifesto que não pagará na data em que o pagamento é devido.

3. O pagamento por terceiro em conformidade com os n.os 1 e 2 exonera o comprador de qualquer responsabilidade perante o vendedor.

4. Sempre que o vendedor aceitar o pagamento por um terceiro em circunstâncias não abrangidas pelos n.os 1 ou 2, o comprador fica exonerado de qualquer responsabilidade perante o vendedor, mas este é responsável perante o comprador pelos prejuízos causados por essa aceitação.

Artigo 128º

Imputação do pagamento

1. Sempre que o comprador deva efectuar vários pagamentos ao vendedor e o pagamento efectuado não for suficiente para os cobrir na totalidade, o comprador pode, no momento do pagamento, notificar ao vendedor a qual das obrigações este deve ser imputado.

2. Se o comprador não efectuar a notificação nos termos do disposto no nº 1, o vendedor pode, mediante notificação ao comprador num prazo razoável, imputar o cumprimento a uma das obrigações à sua escolha.

3. Uma imputação realizada nos termos do nº 2 não é válida se estiver associada a uma obrigação ainda não vencida ou litigiosa.

4. No caso de nenhuma das partes proceder à imputação efectiva, o pagamento é imputado à obrigação que cumprir um dos seguintes critérios pela ordem indicada:

- (a) a obrigação vencida ou que vença em primeiro lugar;
- (b) a obrigação que não ofereça qualquer garantia ou ofereça o menor nível de garantias ao vendedor;
- (c) a obrigação que resulte mais onerosa para o comprador;
- (d) a obrigação mais antiga.

Se nenhum destes critérios for aplicável, o pagamento é imputado proporcionalmente a todas as obrigações.

5. O pagamento pode ser imputado, nos termos dos n.os 2, 3 ou 4, a uma obrigação não exigível por motivo de prescrição apenas se não existir outra obrigação à qual o pagamento possa ser imputado nos termos dos referidos números.

6. Em relação a qualquer das obrigações, o pagamento pelo comprador deve ser imputado, em primeiro lugar, às despesas, em segundo lugar, aos juros e, em terceiro, ao capital, salvo se o vendedor efectuar uma imputação diferente.

SECÇÃO 3

ACEITAÇÃO DA ENTREGA

Artigo 129º

Aceitação da entrega

O comprador cumpre a sua obrigação de aceitar a entrega:

a) ao proceder a todas as diligências necessárias para permitir ao vendedor o cumprimento da obrigação de entrega; e

b) ao tomar posse dos bens ou dos documentos representativos dos bens ou conteúdos digitais que sejam exigíveis pelo contrato.

Artigo 130º

Entrega antecipada e entrega de quantidade errada

1. Se o vendedor entregar bens ou fornecer conteúdos digitais antes do prazo fixado, o comprador tem de aceitar a entrega, salvo se tiver um interesse legítimo em recusá-la.
2. Se o vendedor entregar uma quantidade de bens ou conteúdos digitais menor do que a estipulada no contrato, o comprador tem de aceitar a entrega, salvo se tiver um interesse legítimo em recusá-la.
3. Se o vendedor entregar uma quantidade de bens ou conteúdos digitais maior do que a estipulada no contrato, o comprador pode aceitar ou recusar a quantidade em excesso.
4. Se o comprador aceitar a quantidade em excesso, considera-se que a entrega foi feita nos termos do contrato, devendo ser pago o preço nele estipulado.
5. O nº 4 não se aplica aos contratos de consumo se o comprador estiver razoavelmente convencido de que o vendedor entregou a quantidade em excesso de forma intencional e sem erro, sabendo que não havia sido encomendada.
6. Este artigo não se aplica aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais quando estes não sejam fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço.

CAPÍTULO 13

MEIOS DE DEFESA DO VENDEDOR

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 131º

Enumeração dos meios de defesa do vendedor

1. Em caso de incumprimento de uma obrigação pelo vendedor, o comprador pode recorrer a qualquer um dos seguintes meios de defesa:
 - (a) exigir o cumprimento, nos termos da secção 2 do presente capítulo;
 - (b) suspender o cumprimento das suas próprias obrigações, nos termos da secção 3 do presente capítulo;
 - (c) resolver o contrato, nos termos da secção 4 do presente capítulo; e
 - (d) exigir juros sobre o preço ou uma indemnização nos termos do Capítulo 16.
2. Se o incumprimento do comprador for justificado, o vendedor pode recorrer a qualquer dos meios de defesa referidos no nº 1, excepto exigir o cumprimento e uma indemnização.
3. O vendedor não pode recorrer a nenhum dos meios de defesa referidos no nº 1 na medida em que tenha causado o incumprimento do comprador.
4. Os meios de defesa que não sejam incompatíveis podem ser cumulados.

SECÇÃO 2

EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO

Artigo 132º

Exigir o cumprimento das obrigações do comprador

1. O vendedor tem o direito de exigir o pagamento do preço no prazo fixado e o cumprimento de qualquer outra obrigação assumida pelo comprador.

2. Se o comprador ainda não tiver tomado posse dos bens ou dos conteúdos digitais e for manifesto que não tenciona cumprir as suas obrigações, o vendedor pode, mesmo assim, exigir que o comprador aceite a entrega e pode cobrar-lhe o preço, salvo se o vendedor pudesse ter feito uma transacção alternativa razoável, sem esforço ou despesas significativas.

SECÇÃO 3

SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

Artigo 133º

Direito de suspender o cumprimento

1. O vendedor que deva cumprir a sua obrigação ao mesmo tempo que o comprador, ou depois deste, tem direito a suspender o cumprimento até que o comprador se proponha cumprir a sua obrigação ou a tenha efectivamente cumprido.

2. O vendedor que deva cumprir a sua obrigação antes do comprador cumprir a sua e tiver motivos razoáveis para considerar que o comprador não cumprirá a sua obrigação quando chegue o momento em que a mesma seja exigível, pode suspender o cumprimento das suas obrigações enquanto persistir essa convicção razoável. Contudo, perde o direito de suspender o cumprimento se o comprador garantir devidamente o cumprimento da sua obrigação ou fornecer uma garantia adequada.

3. A eventual suspensão do cumprimento nos termos do presente artigo diz respeito à totalidade ou a parte da obrigação, na medida em que é justificada pelo incumprimento. Sempre que as obrigações do comprador devam ser cumpridas por partes ou sejam divisíveis de outro modo, o vendedor só pode suspender o seu cumprimento em relação à parte que não foi cumprida, a menos que o incumprimento do comprador seja tal que justifique a suspensão total do cumprimento por parte do vendedor.

SECÇÃO 4

RESOLUÇÃO

Artigo 134º

Resolução por incumprimento fundamental

O vendedor pode resolver o contrato na aceção do artigo 8º se o incumprimento do comprador ao abrigo do contrato for considerado fundamental na aceção do artigo 87º, nº 2.

Artigo 135º

Resolução por atraso após notificação a fixar um novo prazo para cumprimento

1. O vendedor pode resolver o contrato em caso de atraso no cumprimento que não seja fundamental em si mesmo, se notificar ao comprador um novo prazo razoável para o cumprimento e o comprador não cumprir a sua obrigação neste prazo.

2. Considera-se que o novo prazo é razoável se o comprador não o contestar sem atraso excessivo. Nas relações entre profissionais e consumidores, o novo prazo para o cumprimento não deve terminar antes do prazo de 30 dias referido no artigo 167º, nº 2.

3. Sempre que a notificação preveja a resolução automática em caso de incumprimento do comprador no prazo nele fixado, a resolução produz efeitos a partir dessa data sem notificação subsequente.

4. Num contrato de consumo, as partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 136º

Resolução por incumprimento previsível

O vendedor pode resolver o contrato antes do prazo de cumprimento se o consumidor tiver declarado, ou resultar manifesto por outro modo, que haverá incumprimento, desde que este seja fundamental.

Artigo 137º

Âmbito do direito de resolução

1. Sempre que as obrigações do comprador por força do contrato devam ser cumpridas por partes ou sejam divisíveis de outro modo, se existir um motivo de resolução nos termos da presente secção em relação a uma parte cuja percentagem do preço se possa determinar, o vendedor pode resolver o contrato apenas em relação a essa parte.

2. O nº 1 não se aplica se o incumprimento for fundamental em relação ao contrato na sua totalidade.

3. Sempre que as obrigações do comprador estabelecidas no contrato não devam ser cumpridas por partes, o vendedor pode resolver o contrato se o incumprimento for fundamental em relação ao contrato na sua totalidade.

Artigo 138º

Notificação de resolução

O exercício do direito de resolução do contrato previsto na presente secção requer uma notificação prévia ao comprador.

Artigo 139º

Perda do direito de resolução

1. Se o cumprimento tiver sido proposto com atraso ou não for conforme com o contrato, o vendedor perde o direito de resolução previsto na presente secção, salvo se a notificação de resolução for enviada num

prazo razoável a partir do momento em que o vendedor teve ou devia ter tido conhecimento da proposta de cumprimento ou da falta de conformidade.

2. O vendedor perde o direito de resolução por notificação prevista no artigo 136º, excepto se enviar a notificação de resolução num prazo razoável depois da criação de o seu direito ter sido constituído.

3. Nos casos em que o comprador não pagou o preço ou não cumpriu outra obrigação fundamental, o vendedor mantém o seu direito de resolução.

CAPÍTULO 14

TRANSFERÊNCIA DO RISCO

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 140º

Efeito da transferência do risco

A perda ou deterioração de bens ou conteúdos digitais ocorridas após a transferência do risco para o comprador não exonera este último da obrigação de pagar o preço, salvo se tal perda ou deterioração se dever a acto ou omissão do vendedor.

Artigo 141º

Identificação dos bens ou conteúdos digitais para efeitos do contrato

O risco só se transfere para o comprador depois de identificados claramente os bens ou conteúdos digitais a fornecer nos termos do contrato, quer seja mediante o acordo inicial, por notificação enviada ao comprador ou por outro meio.

SECÇÃO 2

TRANSFERÊNCIA DO RISCO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Artigo 142º

Transferência do risco nos contratos de consumo

1. Nos contratos de consumo, o risco transfere-se no momento em que o consumidor, ou um terceiro designado pelo consumidor, que não seja o transportador, tomou posse material dos bens ou do suporte material utilizado para fornecer os conteúdos digitais.

2. Num contrato de fornecimento de conteúdos digitais que não utilize um suporte material, o risco transfere-se no momento em que o consumidor, ou um terceiro designado pelo consumidor para este efeito, tenha obtido o controlo dos conteúdos digitais.

3. Excepto nos contratos à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial, os n.os 1 e 2 não se aplicam se o consumidor não cumprir a obrigação de tomar posse dos bens ou conteúdos digitais e o incumprimento não for justificado nos termos do artigo 88º. Neste caso,

o risco transfere-se no momento em que o consumidor, ou um terceiro por este designado, teria tomado a posse material dos bens ou obtido o controlo dos conteúdos digitais se a obrigação de os aceitar tivesse sido cumprida.

4. Sempre que o consumidor organize o transporte dos bens ou conteúdos digitais fornecidos num suporte material e essa opção não tenha sido proposta pelo profissional, o risco transfere-se quando os bens ou conteúdos digitais fornecidos num suporte material forem entregues ao transportador, sem prejuízo dos direitos do consumidor contra este último.

5. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 3

TRANSFERÊNCIA DO RISCO NOS CONTRATOS ENTRE PROFISSIONAIS

Artigo 143º

Momento da transferência do risco

1. Nos contratos entre profissionais, o risco transfere-se no momento em que o comprador toma posse dos bens ou dos conteúdos digitais, ou dos documentos representativos dos bens.

2. O nº 1 está sujeito ao disposto nos artigos 144º, 145º e 146º.

Artigo 144º

Bens colocados à disposição do comprador

1. Se os bens ou os conteúdos digitais forem colocados à disposição do comprador e este tiver disso conhecimento, o risco transfere-se para o comprador no momento em que este devia ter tomado posse dos bens ou conteúdos digitais, salvo se o comprador tinha o direito de suspender a entrega nos termos do artigo 113º. 2. Se os bens ou os conteúdos digitais forem colocados à disposição do comprador num lugar diferente do estabelecimento do vendedor, o risco transfere-se no momento previsto para a entrega e se o comprador souber que os bens ou conteúdos digitais foram colocados à sua disposição naquele lugar.

Artigo 145º

Transporte dos bens

1. O presente artigo aplica-se aos contratos de compra e venda que impliquem o transporte de bens.

2. Se o vendedor não estiver obrigado a entregar os bens num local específico, o risco transfere-se para o comprador no momento em que os bens são entregues ao primeiro transportador para transmissão ao comprador em conformidade com o contrato.

3. Se o vendedor estiver obrigado a entregar os bens a um transportador num determinado lugar, o risco só se transfere para o comprador no momento da entrega dos bens nesse lugar.

4. O facto de o vendedor ter autorização para conservar os documentos representativos dos bens não prejudica a transferência do risco.

Artigo 146º

Bens vendidos em trânsito

1. O presente artigo aplica-se aos contratos de compra e venda de bens em trânsito.
2. O risco transfere-se para o comprador a partir do momento em que os bens forem entregues ao primeiro transportador. No entanto, se as circunstâncias assim o indicarem, o risco transfere-se para o comprador quando se celebra o contrato.
3. Se, no momento da celebração do contrato, o vendedor sabia ou devia saber que os bens se tinham extraviado ou deteriorado e deste facto não deu conhecimento ao comprador, o risco da perda ou deterioração fica a cargo do vendedor.

PARTE V

OBRIGAÇÕES E MEIOS DE DEFESA DAS PARTES NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS CONEXOS

CAPÍTULO 15

OBRIGAÇÕES E MEIOS DE DEFESA DAS PARTES

SECÇÃO 1

APLICAÇÃO DE DETERMINADAS DISPOSIÇÕES GERAIS RELATIVAS AOS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA

Artigo 147º

Aplicação de determinadas disposições gerais relativas aos contratos de compra e venda

1. Aplicam-se as disposições do Capítulo 9 para efeitos da presente parte.
2. Sempre que um contrato de compra e venda ou de fornecimento de conteúdos digitais for objecto de resolução, esta também se aplica a qualquer contrato de serviços conexos.

SECÇÃO 2

OBRIGAÇÕES DO PRESTADOR DE SERVIÇOS

Artigo 148º

Obrigação de alcançar um resultado e obrigação de diligência e de competência

1. O prestador de serviços deve alcançar os resultados específicos exigidos pelo contrato.
2. Na falta de obrigação contratual, expressa ou implícita, de alcançar um resultado específico, o prestador de um serviço conexo deve executá-lo com a diligência e a competência que cabe razoavelmente exigir de um prestador de serviços nas mesmas circunstâncias e em conformidade com todas as normas e outras disposições jurídicas vinculativas aplicáveis ao serviço conexo.
3. Para determinar a diligência e a competência que cabe razoavelmente exigir de um prestador de serviços, deve ter-se em conta, nomeadamente:
 - (a) a natureza, a dimensão, a frequência e a previsibilidade dos riscos envolvidos na prestação do serviço conexo ao cliente;

(b) se ocorreu um dano, os custos das medidas preventivas que teriam evitado que se produzisse esse dano ou outro similar; e

(c) o período de tempo disponível para a prestação do serviço conexo.

4. Sempre que, no âmbito de um contrato entre um profissional e um consumidor, o serviço conexo incluir a instalação de bens, esta deve realizar-se de modo a que os bens instalados sejam conformes com o contrato, tal como exige o artigo 101º.

5. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do nº 2, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 149º

Obrigação de evitar danos

O prestador de serviços deve tomar precauções razoáveis a fim de evitar qualquer dano para os bens ou conteúdos digitais, ou lesão física ou outro prejuízo ou dano durante a prestação do serviço conexo ou em sua consequência.

Artigo 150º

Cumprimento por terceiro

1. Um prestador de serviços pode confiar o cumprimento a outra pessoa, salvo se for exigida a execução pessoal pelo prestador de serviços.

2. Um prestador de serviços que confie o cumprimento a outra pessoa continua a ser responsável pelo cumprimento.

3. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do nº 2, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

Artigo 151º

Obrigação de fornecer factura

Sempre que pelo serviço conexo deva ser pago um preço em separado, e o preço não seja um montante fixo acordado no momento da celebração do contrato, o prestador de serviços deve entregar ao cliente uma factura que explique, de forma clara e compreensível, o modo de cálculo do preço.

Artigo 152º

Obrigação de aviso de custos imprevistos ou excessivos

1. O prestador de serviços deve avisar o cliente e solicitar o seu consentimento para executar a prestação, se:

(a) o custo do serviço conexo for superior ao já indicado pelo prestador do serviço ao cliente; ou

(b) o serviço conexo tiver um custo superior ao valor dos bens ou conteúdos digitais depois da prestação do serviço conexo, na medida em que tal seja do conhecimento do prestador de serviços.

2. O prestador de serviços que não obtenha o consentimento do cliente em conformidade com o nº 1 não tem direito a cobrar um preço superior ao custo já indicado ou, segundo o caso, ao valor dos bens ou conteúdos digitais depois da prestação do serviço conexo.

SECÇÃO 3

OBRIGAÇÕES DO CLIENTE

Artigo 153º

Pagamento do preço

1. O cliente deve pagar qualquer preço que seja devido pelo serviço conexo em conformidade com o contrato.

2. O preço deve ser pago quando o serviço conexo é executado e o objecto do serviço conexo é colocado à disposição do cliente.

Artigo 154º

Facilitação de acesso

Sempre que o prestador de serviços deva ter acesso às instalações do cliente para executar o serviço conexo, o cliente deve facilitar esse acesso às horas normais de actividade.

SECÇÃO 4

MEIOS DE DEFESA

Artigo 155º

Meios de defesa do cliente

1. Em caso de incumprimento de uma obrigação pelo prestador de serviços, o cliente dispõe, com as adaptações previstas no presente artigo, dos mesmos meios de defesa previstos para o comprador no Capítulo 11, nomeadamente:

- (a) exigir o cumprimento específico;
- (b) suspender o cumprimento das suas próprias obrigações;
- (c) resolver o contrato;
- (d) reduzir o preço; e
- (e) reclamar uma indemnização.

2. Sem prejuízo do disposto no nº 3, os meios de defesa do cliente estão subordinados ao direito de sanção do prestador de serviços, quer o cliente seja ou não um consumidor.

3. No caso de instalação incorrecta no âmbito de um contrato de consumo, conforme referido no artigo 101º, os meios de defesa do consumidor não estão subordinados ao direito de sanção do prestador de serviços.

4. Se o cliente for um consumidor, tem o direito de resolver o contrato por qualquer falta de conformidade na prestação do serviço conexo, salvo se a não conformidade for insignificante.

5. O Capítulo 11 é aplicável, com as necessárias adaptações, em especial:

(a) em relação ao direito de sanção do prestador de serviços, nos contratos celebrados entre um profissional e um consumidor, o período de tempo razoável referido no artigo 109º, nº 5, não pode exceder 30 dias;

(b) em relação à sanção da falta de conformidade de um cumprimento, não se aplicam os artigos 111º e 112º; e

(c) aplica-se o artigo 156º em substituição do artigo 122º.

Artigo 156º

Obrigações de notificação da não conformidade nos contratos de prestação de serviços conexos entre profissionais

1. Num contrato de serviços conexos entre profissionais, o cliente só pode invocar uma falta de conformidade se a notificar ao prestador de serviços, num prazo razoável, especificando a sua natureza.

O prazo começa a correr quando o serviço conexo é completado ou quando o comprador tem ou devia ter tido conhecimento da falta de conformidade verificada, se essa data for posterior.

2. O prestador de serviços não pode invocar o presente artigo se a falta de conformidade se referir a factos que o prestador conhecia ou devia conhecer e que não revelou ao cliente.

Artigo 157º

Meios de defesa do prestador de serviços

1. Em caso de incumprimento pelo cliente, o prestador de serviços dispõe, com as adaptações previstas no nº 2, dos mesmos meios de defesa previstos para o vendedor no Capítulo 13, nomeadamente:

- (a) exigir o cumprimento;
- (b) suspender o cumprimento das suas próprias obrigações;
- (c) resolver o contrato; e
- (d) exigir o pagamento de juros sobre o preço ou uma indemnização.

2. O Capítulo 13 é aplicável com as necessárias adaptações. Em especial, aplica-se o artigo 158º em substituição do artigo 132º, nº 2.

Artigo 158º

Direito do cliente de recusar a prestação

1. O cliente pode, em qualquer momento, notificar o prestador de serviços de que deixou de ser necessária a prestação do serviço conexo ou de qualquer prestação posterior.

2. Sempre que a notificação for comunicada nos termos do nº 1:

- (a) o prestador de serviços deixa de ter o direito ou a obrigação de prestar o serviço conexo; e
- (b) o cliente, se não houver motivo de resolução por força de outra disposição, continua a estar obrigado a pagar o preço, subtraindo as despesas que o prestador de serviços poupou ou teria poupado por não ter concluído a prestação.

3. Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

PARTE VI

INDEMNIZAÇÃO E JUROS

CAPÍTULO 16

INDEMNIZAÇÃO E JUROS

SECÇÃO 1

INDEMNIZAÇÃO

Artigo 159º

Direito a indemnização

1. Um credor tem direito a uma indemnização pelos prejuízos resultantes do incumprimento de uma obrigação pelo devedor, salvo se o incumprimento for justificado.
2. Os prejuízos futuros que o devedor pode prever também dão direito a uma indemnização.

Artigo 160º

Critério geral para o cálculo da indemnização

O cálculo da indemnização pelos prejuízos causados pelo incumprimento de uma obrigação deve ser feito de forma a que o credor conserve uma situação semelhante à que teria se a obrigação tivesse sido devidamente cumprida ou, se tal não puder ser feito, o mais próxima possível dessa situação. Tal indemnização cobre os prejuízos que o credor tenha sofrido e os lucros que deixou de receber.

Artigo 161º

Previsibilidade dos prejuízos

O devedor é responsável unicamente pelos prejuízos que previu ou devia ter previsto no momento em que o contrato foi celebrado em resultado de um incumprimento.

Artigo 162º

Prejuízos imputáveis ao credor

O devedor não é responsável pelos prejuízos sofridos pelo credor na medida em este tiver contribuído para o incumprimento ou para os seus efeitos.

Artigo 163º

Redução dos prejuízos

1. O devedor não é responsável pelos prejuízos sofridos pelo credor na medida em que este os poderia ter reduzido tomando medidas razoáveis.

2. O credor tem direito a cobrar todas as despesas em que razoavelmente incorreu ao tentar reduzir os prejuízos.

Artigo 164º

Acordo substitutivo

Um credor que tenha resolvido um contrato, na totalidade ou em parte, e tenha concluído um acordo substitutivo num prazo e de forma razoável pode, na medida em que tenha direito a uma indemnização, obter a diferença entre o preço a pagar ao abrigo do contrato original e o preço devido por força do acordo substitutivo, bem como reclamar uma indemnização por qualquer outro prejuízo.

Artigo 165º

Preço vigente

Sempre que o credor tenha resolvido o contrato sem concluir um acordo substitutivo, mas exista um preço vigente para a prestação, o credor pode, na medida em que tenha direito a uma indemnização, obter a diferença entre o preço do contrato e o preço vigente à data da resolução, bem como reclamar uma indemnização por qualquer outro prejuízo.

SECÇÃO 2

JUROS DE MORA: DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 166º

Juros de mora

1. Sempre que exista atraso no pagamento de um montante em dinheiro, o credor tem direito, sem necessidade de notificação, a receber os juros sobre esse montante desde a data em que o pagamento é exigível até à data do pagamento efectivo à taxa especificada no nº 2.

2. A taxa de juro aplicada a um atraso no pagamento é:

(a) sempre que a residência habitual do credor se situe num Estado-Membro cuja moeda é o euro ou num Estado terceiro, a taxa aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efectuada antes do primeiro dia de calendário do semestre em causa, ou a taxa de juro marginal resultante de leilões à taxa variável para as operações principais de refinanciamento do Banco Central Europeu mais recentes, acrescida de dois pontos percentuais;

(b) sempre que a residência habitual do credor se situe num Estado-Membro cuja moeda não é o euro, a taxa equivalente aplicada pelo Banco Central Europeu, acrescida de dois pontos percentuais.

3. O credor pode reclamar uma indemnização por outros prejuízos em que tenha incorrido.

Artigo 167º

Juros quando o devedor é um consumidor

1. Sempre que o devedor seja um consumidor, os juros de mora são exigíveis à taxa prevista no artigo 166º apenas quando o incumprimento não esteja justificado.

2. Os juros só começam a correr 30 dias depois de o credor ter notificado o devedor da obrigação de pagar os juros e da taxa correspondente. A notificação pode ser comunicada antes da data em que o pagamento é exigível.

3. Não será vinculativa a cláusula do contrato que fixe uma taxa de juro mais elevada do que a prevista no artigo 166º, ou que antecipe o prazo especificado no nº 2 do presente artigo, na medida em que seja considerada abusiva em conformidade com o artigo 83º.

4. Não se podem acrescentar juros de mora ao capital a fim de produzir juros.

5. As partes não podem, em detrimento do consumidor, excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

SECÇÃO 3

MORA DOS PROFISSIONAIS

Artigo 168º

Taxa de juro e sobretaxa

1. Sempre que um profissional atrasar o pagamento de um preço exigível por um contrato de fornecimento de bens, conteúdos digitais ou de prestação de serviços conexos, sem que tal atraso se justifique nos termos do artigo 88º, são devidos juros à taxa especificada no nº 5 do presente artigo.

2. Os juros à taxa especificada no nº 5 começam a contar no dia seguinte à data ou ao termo do prazo de pagamento fixado no contrato. Se não existir tal data ou prazo, os juros dessa taxa começam a correr:

(a) 30 dias após a data em que o devedor tiver recebido a factura ou um pedido de pagamento equivalente; ou

(b) 30 dias após a data de recepção dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos, se a data indicada na alínea a) for anterior ou incerta, ou se não é claro se o devedor recebeu uma factura ou um pedido de pagamento equivalente.

3. Sempre que a conformidade dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos objecto do contrato deva ser determinada mediante aceitação ou exame, o prazo de 30 dias indicado no nº 2, alínea b), começa a correr na data da aceitação ou na data em que se conclua o procedimento de exame. A duração máxima do procedimento de exame não pode exceder 30 dias a contar da data de fornecimentos dos bens, conteúdos digitais ou de prestação de serviços, salvo indicação expressa em contrário das partes e sempre que tal acordo não seja abusivo em conformidade com o artigo 170º.

4. O prazo de pagamento, determinado em conformidade com nº 2, não pode exceder 60 dias, salvo acordo expresso em contrário das partes e sempre que o mesmo não seja abusivo em conformidade com o artigo 170º.

5. A taxa de juro aplicada a um atraso no pagamento é:

(a) sempre que a residência habitual do credor se situe num Estado-Membro cuja moeda é o euro ou num Estado terceiro, a taxa aplicada pelo Banco Central Europeu à sua mais recente operação principal de refinanciamento efectuada antes do primeiro dia de calendário do semestre em causa, ou a taxa de juro marginal resultante de leilões à taxa variável para as operações principais de refinanciamento do Banco Central Europeu mais recentes, acrescida de oito pontos percentuais;

(b) sempre que a residência habitual do credor se situe num Estado-Membro cuja moeda não é o euro, a taxa equivalente aplicada pelo Banco Central Europeu do Estado-Membro, acrescida de oito pontos percentuais.

6. O credor pode reclamar uma indemnização por outros prejuízos em que tenha incorrido.

Artigo 169º

Indemnização pelos custos da cobrança

1. Sempre que sejam devidos juros, em conformidade com o artigo 168º, o credor tem direito a receber do devedor, no mínimo, um montante fixo de 40 EUR, ou um montante equivalente na moeda acordada para o preço do contrato, a título de indemnização pelos custos da cobrança.

2. O credor tem direito a receber do devedor uma indemnização razoável por todos os demais custos de cobrança que excedam o montante fixo referido no nº 1 e incorridos devido à morosidade do devedor.

Artigo 170º

Cláusulas contratuais abusivas relativas aos juros de mora

1. Uma cláusula contratual relativa à data ou ao prazo de pagamento, à taxa de juro de mora ou à indemnização pelos custos de cobrança, não é vinculativa na medida em que é abusiva. Uma cláusula é abusiva se colidir manifestamente com as boas práticas comerciais e seja contrária à boa fé contratual, tendo em conta todas as circunstâncias do caso, incluindo a natureza dos bens, conteúdos digitais ou serviços conexos.

2. Para efeitos do nº 1, presume-se que uma cláusula contratual é abusiva se estabelecer uma data ou um prazo, ou uma taxa de juro menos favorável para o credor do que a data, o prazo ou a taxa especificados nos artigos 167º e 168º, ou se estabelecer um montante de indemnização pelos custos de cobrança inferior ao montante especificado no artigo 169º.

3. Para efeitos do nº 1, uma cláusula contratual que exclua os juros de mora ou uma indemnização pelos custos de cobrança é sempre abusiva.

Artigo 171º

Natureza imperativa

As partes não podem excluir a aplicação da presente secção, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

PARTE VII

RESTITUIÇÃO

CAPÍTULO 17

RESTITUIÇÃO

Artigo 172º

Restituição em caso de anulação ou de resolução

1. Sempre que um contrato seja anulado ou resolvido por qualquer uma das partes, cada parte é obrigada a devolver o que essa parte («beneficiário») recebeu da outra parte.

2. A obrigação de devolver o que foi recebido inclui os eventuais frutos naturais e legais decorrentes do que se recebeu.

3. Em caso de resolução de um contrato relativo a um cumprimento em fracções ou partes, não se exige a devolução do que foi recebido em relação a qualquer fracção ou parte quando as obrigações de ambas as partes tenham sido correctamente cumpridas, ou quando o preço relativo à fracção executada continua a ser exigível nos termos do artigo 8º, nº 2, salvo se a natureza do contrato for tal que o cumprimento parcial não tem qualquer valor para uma das partes.

Artigo 173º

Pagamento do valor monetário

1. Sempre que não possa ser restituído o que foi recebido, incluindo os frutos quando pertinente, ou no caso de conteúdos digitais quer tenham ou não sido fornecidos num suporte material, o beneficiário deve pagar o valor monetário correspondente. Sempre que a restituição seja possível, mas implicar esforços ou gastos excessivos, o beneficiário pode optar por pagar o valor monetário desde que tal não prejudique os interesses patrimoniais da outra parte.

2. O valor monetário dos bens corresponde ao valor que teriam na data em que o pagamento do valor monetário deve ser efectuado se tivessem sido conservados pelo destinatário sem destruição ou danos até essa data.

3. Sempre que um contrato de serviços conexos é anulado ou resolvido pelo cliente depois do serviço ser total ou parcialmente prestado, o valor monetário do que foi recebido corresponde ao montante que o cliente poupou ao receber o serviço conexo.

4. No caso dos conteúdos digitais, o valor monetário do que foi recebido corresponde ao montante que o consumidor poupou ao utilizar os conteúdos digitais.

5. Sempre que o beneficiário tenha obtido a substituição em dinheiro ou em espécie em contrapartida de bens ou conteúdos digitais quando sabia ou devia saber do motivo da anulação ou da resolução, a outra parte pode optar por reclamar o substituto ou o valor monetário do substituto. Um beneficiário que tenha obtido um substituto em dinheiro ou em espécie em contrapartida de bens ou conteúdos digitais, quando não sabia e não podia saber do motivo da anulação ou da resolução, pode optar por devolver o substituto ou o seu valor monetário.

6. No caso de conteúdos digitais que não sejam fornecidos em contrapartida do pagamento de um preço, não serão efectuadas restituições.

Artigo 174º

Pagamento pela utilização e juros sobre o montante recebido

1. O beneficiário que tenha utilizado os bens deve pagar à outra parte o valor monetário dessa utilização por qualquer período de tempo sempre que:

(a) o beneficiário tenha sido a causa da anulação ou da resolução;

(b) o beneficiário, antes do início do referido período, tivesse conhecimento do motivo de anulação ou da resolução; ou

(c) tendo em conta a natureza dos bens, a natureza e o âmbito da utilização, bem como a possibilidade de recorrer a meios de defesa diferentes da resolução, não fosse equitativo permitir ao beneficiário a livre utilização dos bens durante esse período.

2. O destinatário que está obrigado a restituir montantes em dinheiro deve pagar juros, à taxa fixada no artigo 166º, sempre que:

(a) a outra parte seja obrigada a pagar pela utilização; ou

(b) o beneficiário tenha causado a anulação do contrato devido a dolo, ameaça e exploração indevida.

3. Para efeitos do presente capítulo, o destinatário não é obrigado a pagar pela utilização dos bens recebidos ou os juros sobre o montante recebido em qualquer outra circunstância distinta das estabelecidas nos n.os 1 e 2.

Artigo 175º

Indemnização das despesas

1. Sempre que um beneficiário tenha incorrido em despesas relativas a bens ou conteúdos digitais, tem direito a uma indemnização na medida em que as despesas beneficiem a outra parte, desde que tenham sido efectuadas quando o beneficiário não conhecia nem podia conhecer o motivo da anulação ou da resolução.

2. O destinatário que conhecia ou devia conhecer o motivo da anulação ou da resolução só tem direito a indemnização pelas despesas que tenham sido necessárias para proteger os bens ou os conteúdos digitais contra o extravio ou a diminuição do valor, desde que não tenha tido a oportunidade de solicitar o aconselhamento da outra parte.

Artigo 176º

Alteração equitativa

Qualquer obrigação de restituição ou de pagamento prevista pelo presente capítulo pode ser alterada na medida em que o seu cumprimento seja manifestamente injusto, tendo em conta, em especial, o facto de a parte ter causado ou não a anulação ou resolução ou não ter conhecimento dessa causa.

Artigo 177º

Natureza imperativa

Nas relações entre profissionais e consumidores, as partes não podem, em detrimento dos consumidores, excluir a aplicação do presente capítulo, nem derogar ou modificar os seus efeitos.

PARTE VIII

PRESCRIÇÃO

CAPÍTULO 18

PRESCRIÇÃO

SECÇÃO 1

DISPOSIÇÃO GERAL

Artigo 178º

Direitos sujeitos a prescrição

O direito de exigir o cumprimento de uma obrigação, e qualquer outro direito acessório a tal direito, está sujeito a prescrição por decurso do prazo, em conformidade com as disposições do presente capítulo.

SECÇÃO 2

PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E SEU INÍCIO

Artigo 179º

Prazos de prescrição

1. O prazo curto de prescrição é de dois anos.
2. O prazo longo de prescrição é de dez anos ou, em caso de direito de indemnização por danos pessoais, de trinta anos.

Artigo 180º

Início dos prazos

1. O prazo de prescrição curto começa a correr a partir do momento em que o credor tem ou devia ter tido conhecimento dos factos em resultado dos quais o direito pode ser exercido.
2. O prazo de prescrição longo começa a correr a partir do momento em que o devedor tem de cumprir ou, no caso de direito a uma indemnização, a partir do acto que dê origem ao direito.
3. Sempre que o devedor tenha uma obrigação de acção ou omissão, o credor tem um direito separado em relação a cada incumprimento da obrigação.

SECÇÃO 3

PRORROGAÇÃO DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO

Artigo 181º

Suspensão em caso de processo judicial ou extrajudicial

1. A contagem de ambos os prazos de prescrição fica suspensa a partir do momento em que se inicie o processo judicial para determinação do direito.
2. A suspensão prolonga-se até que tenha sido proferida uma decisão final, ou até que o processo tenha sido concluído de outro modo. Quando o processo terminar durante os últimos seis meses do prazo de

prescrição sem que tenha sido proferida uma decisão sobre o mérito, o prazo de prescrição só expira depois de decorridos seis meses desde a conclusão do processo.

3. Os n.os 1 e 2 aplicam-se, com as adaptações adequadas, aos procedimentos arbitrais, aos procedimentos de mediação, aos procedimentos em que num litígio entre duas partes se remete para um terceiro que deve tomar uma decisão vinculativa, bem como a qualquer outro tipo de procedimento que se inicie com o objectivo de obter uma decisão respeitante ao direito ou para evitar a insolvência.

4. Por mediação entende-se um procedimento estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este procedimento pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito nacional. A mediação termina por acordo entre as partes ou por uma declaração do mediador ou de uma das partes.

Artigo 182º

Adiamento do termo do prazo em caso de negociações

Se as partes negociarem sobre o direito, ou sobre as circunstâncias subjacentes a uma eventual reclamação do direito, nenhum prazo de prescrição expira antes do decurso de um ano desde a última comunicação efectuada no âmbito das negociações ou desde que uma das partes tenha comunicado à outra que não pretende prosseguir as negociações.

Artigo 183º

Adiamento do termo do prazo em caso de incapacidade

Se uma pessoa sujeita a uma incapacidade não tiver representante, o prazo de prescrição de um direito dessa pessoa não expira antes do decurso de um ano desde que cessou essa incapacidade ou foi designado um representante.

SECÇÃO 4

RENOVAÇÃO DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO

Artigo 184º

Renovação por efeito de reconhecimento

Se o devedor reconhecer o direito do credor mediante um pagamento parcial, o pagamento de juros, a prestação de uma garantia, compensação ou por qualquer outra forma, começa a correr um novo prazo curto de prescrição.

SECÇÃO 5

EFEITOS DA PRESCRIÇÃO

Artigo 185º

Efeitos da prescrição

1. Após o termo do prazo de prescrição aplicável, o devedor tem o direito de recusar o cumprimento

da obrigação em causa e o credor perde todos os meios de defesa em caso de incumprimento, excepto suspender o cumprimento.

2. O devedor não pode reclamar o que tiver pago ou transferido em cumprimento da obrigação unicamente devido ao facto de ter expirado o prazo de prescrição no momento em que a obrigação foi cumprida.

3. O prazo de prescrição de um direito ao pagamento de juros, e de outros direitos de natureza acessória, não pode expirar mais tarde do que o prazo aplicável ao direito principal.

SECÇÃO 6

ALTERAÇÃO POR ACORDO

Artigo 186º

Acordos relativos à prescrição

1. As disposições do presente capítulo podem ser alteradas por acordo entre as partes, em especial tendo em vista a redução ou a prorrogação dos prazos de prescrição.

2. O prazo de prescrição curto não pode ser reduzido para menos de um ano ou prorrogado para mais de dez anos.

3. O prazo de prescrição longo não pode ser reduzido para menos de um ano ou prorrogado para mais de trinta anos.

4. As partes não podem excluir a aplicação do presente artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

5. Num contrato entre um profissional e um consumidor, o presente artigo não pode ser aplicado em detrimento do consumidor.

APÊNDICE 1

MODELO DE INSTRUÇÕES RELATIVAS À RETRACTAÇÃO

DIREITO DE RETRACTAÇÃO

Tem o direito de retractar-se do presente contrato no prazo de 14 dias, sem necessidade de indicar qualquer motivo.

O prazo de retractação expira 14 dias a contar do dia 1.

A fim de exercer o direito de retractação, deve comunicar-nos (2) a sua decisão de retractação do contrato de forma inequívoca (por exemplo, carta enviada por correio, fax ou correio electrónico). Pode utilizar o modelo de formulário de retractação em anexo, embora não seja obrigatório. (3)

Para respeitar o prazo de retractação, basta que a comunicação relativa ao exercício do direito de retractação nos seja enviada antes do termo do seu prazo.

Efeitos da retractação

Se exercer o seu direito de retractação do presente contrato, reembolsar-lhe-emos todos os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega (com excepção dos custos adicionais resultantes da sua opção

por uma modalidade de entrega diferente da modalidade menos onerosa de entrega oferecida por nós), sem demora excessiva e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que fomos informados da sua decisão de retractação do presente contrato. Para efeitos desse reembolso, utilizaremos o mesmo meio de pagamento que utilizou para a transacção inicial, salvo acordo expresso seu em contrário; em qualquer caso, não pagará qualquer taxa adicional em resultado desse reembolso.

INSTRUÇÕES DE PREENCHIMENTO:

1 Inserir aqui um dos seguintes textos assinalados entre aspas:

a) No caso de um contrato de prestação de serviços conexos ou de um contrato de fornecimento de água, gás ou electricidade, quando não forem postos à venda em volume limitado ou quantidade determinada, bem como de fornecimento de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não forem fornecidos num suporte material: «da celebração do contrato.»;

b) No caso de um contrato de compra e venda: «em que adquiriu, ou um terceiro, diferente do transportador e por si designado, tenha adquirido, 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 adquiriu, ou

um terceiro, diferente do transportador e por si designado, tenha adquirido, a posse física do último bem.»;

d) No caso de um contrato relativo à entrega de um bem constituído por vários lotes ou elementos: «em que adquiriu, ou um terceiro, diferente do transportador e por si designado, tenha adquirido, a posse física do último lote ou elemento.»;

e) No caso de um contrato de entrega periódica de bens durante um determinado período: «em que adquiriu, ou um terceiro, diferente do transportador e por si designado, tenha adquirido, a posse física do primeiro bem.».

2 Inserir o seu nome, endereço geográfico e, se for caso disso, o número de telefone, de fax e o endereço de correio electrónico.

3 Se der ao consumidor a possibilidade de preencher e apresentar por via electrónica o modelo de formulário de retractação através do seu sítio Internet, inserir o seguinte: «Dispõe também da possibilidade de preencher e apresentar por via electrónica o modelo de formulário de retractação ou qualquer outra declaração inequívoca nesse sentido através do nosso sítio Internet [inserir endereço Internet]. Se fizer uso desta possibilidade, enviar-lhe-emos sem demora num suporte duradouro (por exemplo, por correio electrónico), um aviso de recepção do seu pedido de retractação.»

4 No caso de contratos de compra e venda em que não se ofereceu para recolher os bens em caso de retractação, inserir o seguinte: «Podemos reter o reembolso até à devolução dos bens, ou até que nos tenha apresentado prova do reenvio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro».

5 No caso de o consumidor ter recebido bens no âmbito do contrato, inserir o seguinte:

a) Inserir:

– «Procederemos à recolha dos bens.»; ou

– «Deve reenviar ou restituir-nos os bens ou ____ [inserir o nome e o endereço geográfico, sempre que aplicável, da pessoa por si autorizada a receber os bens], sem demora excessiva e o mais tardar 14 dias a contar da data em que nos informou da sua retractação do presente contrato.

Considera-se que este prazo é respeitado se os bens forem reenviados antes do termo do prazo de 14 dias.»

b) Inserir:

– «Suportaremos o custo da devolução dos bens.»; ou

– «Terá de suportar o custo directo da devolução dos bens.»; ou

– Se, num contrato à distância, não se oferecer para suportar o custo 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 o montante].»; ou se o custo da devolução dos bens não puder ser calculado previamente de forma razoável: «Terá de suportar o custo directo da devolução dos bens.

Estes custos são estimados em aproximadamente ____ EUR no máximo [inserir o montante]»; 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 conexos, inserir o seguinte: «Se tiver solicitado que a prestação de serviços conexos comece durante o prazo de retractação, pagar-nos-á um montante proporcional ao que lhe foi prestado até ao momento em que nos comunicou a sua retractação do contrato, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato.».

APÊNDICE 2

MODELO DE FORMULÁRIO DE RETRACTAÇÃO

(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 compra e venda relativo aos seguintes bens*/de fornecimento dos seguintes conteúdos digitais/de prestação do seguinte serviço conexo*

– 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 em papel)

– Data

* Riscar o que não interessa.

ANEXO II

FICHA INFORMATIVA

O contrato que está prestes a celebrar será regido pelo direito europeu comum da compra e venda, que corresponde a um sistema alternativo ao direito nacional dos contratos à disposição dos consumidores em situações transfronteiriças. Estas normas comuns são idênticas em toda a União Europeia, tendo sido concebidas de forma a garantir aos consumidores um nível elevado de protecção.

Estas disposições só se aplicam se der o seu consentimento a que o contrato seja regido pelo direito europeu comum da compra e venda.

Também se pode ter comprometido a celebrar um contrato pelo telefone ou por qualquer outro meio (por SMS, por exemplo) que não lhe tenha permitido receber previamente esta ficha informativa. Neste caso, o contrato só se torna válido depois de receber a presente ficha informativa e de confirmar o seu consentimento.

Os seus principais direitos são seguidamente descritos.

DIREITO EUROPEU COMUM DA COMPRA E VENDA: RESUMO DOS PRINCIPAIS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Os seus direitos antes de assinar o contrato

O profissional deve dar-lhe as **informações** essenciais **sobre o contrato**, por exemplo sobre o produto e o seu preço, incluindo todas as taxas e impostos, e os respectivos contactos. As informações devem ser mais detalhadas quando realizar uma compra fora do estabelecimento do profissional ou se nunca tiver contacto pessoal com o profissional, por exemplo se fizer compras em linha ou por telefone. Pode ser indemnizado se estas informações forem incompletas ou erradas.

Os seus direitos depois de assinar o contrato

Na maior parte dos casos, dispõe de 14 dias para a **retractação da compra se tiver comprado os bens** fora do estabelecimento do profissional ou se não o tiver contactado pessoalmente até ao momento da compra (por exemplo, se tiver feito compras em linha ou por telefone). O profissional deve facultar-lhe as informações adequadas e um **modelo de formulário de retractação 23**. Se o profissional o não fizer, pode cancelar o contrato no prazo de um ano.

O que pode fazer se os produtos tiverem defeito ou não forem entregues de acordo com o combinado? Pode escolher entre: 1) entrega do produto; 2) substituição do produto; 3) reparação do produto; 4) solicitar um desconto; 5) cancelar o contrato, devolver o produto e ser reembolsado, excepto se o defeito for insignificante; e 6) reclamar uma indemnização pelos seus prejuízos. Não é obrigado a pagar o preço até receber o produto sem defeitos.

Se o profissional não tiver prestado um *serviço* conexo como previsto no contrato, os seus direitos são semelhantes. No entanto, depois de ter apresentado uma queixa ao profissional,

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Relator: *Marcelo Cezar Müller*

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça

Relator: *Maria Isabel Gallotti*

Ementário

Julgados do TJ/RS e TJ/MS

EXCEROTOS

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Acórdão 1 (14.12.2011):

“A jurisdição pode ser conceituada como o ato estatal realizado por juiz, como terceiro imparcial, com a finalidade específica de aplicar a lei ao caso concreto”

“Na hipótese de estar presente relação de consumo, o legislador pretendeu favorecer a defesa do consumidor e facultou o ajuizamento da ação no seu domicílio, nos termos dos arts. 6º, VIII, e 101, I, do CDC”

“A compreensão adequada é no sentido de reconhecer como absoluta a competência para facilitar a defesa de direito do consumidor. Com isso, a parte mais frágil na relação jurídica de consumo pode optar pelo foro que mais lhe convenha, desde que atendidas as disposições legais. Entretanto, o fornecedor de produto ou servido deve respeitar a regra de competência pelo domicílio do consumidor, caso contrário, o julgador está autorizado a determinar a correção, com fundamento no art. 112, parágrafo único, do CPC, sendo, neste caso, afastada a Súmula 33 do STJ”

“Sendo assim, caso a ação tenha sido proposta pelo consumidor em um dos foros competentes (do autor, do réu ou da agência na qual foi efetuado o contrato), com observância do art. 101, I, do CPC e arts. 94, 100, V, b, do CPC, merece ser mantida”

Do Superior Tribunal de Justiça – Acórdão 2 (14.12.2011):

“O autor aderiu ao contrato de gestão de pagamento mantido pelo réu (Mercado Pago) exatamente em função da segurança no recebimento dos valores que o sistema alardeava proporcionar”

“Igualmente não há dúvida de que o sistema de intermediação não ofereceu a segurança que legitimamente dele se esperava, dando margem à fraude”

“O objetivo da contratação do serviço de intermediação é exatamente proporcionar segurança ao comprador e ao vendedor quanto ao recebimento da prestação contratada”

“Não se justifica, pois, que procedimentos fundamentais à segurança de sistema de mediação eletrônica de pagamentos explorado por empresa comercial sejam atribuídos à responsabilidade exclusiva do usuário do serviço”

ACÓRDÃO 1

Cabe ao CONSUMIDOR a opção entre o FORO de seu DOMICÍLIO ou a REGRA GERAL para fixação da COMPETÊNCIA

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **111581**

Período de divulgação: **1º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão julgador: **2a. Câm. Cív.**

Relator: **Marcelo Cezar Müller**

ACÓRDÃO: 70044945160 ANO: 2011

DECISÃO: 14 12 2011

TURMA: 02 ÓRGÃO JULGADOR: 2a. CÂMARA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 15 12 2011

JUIZ RELATOR: DR MARCELO

CEZAR MULLER

RECORRENTE: ESPOLIO DE

ABELARDO MAYER CABEZUDO

RECORRIDO: BRASIL TELECOM / OI

EMENTA: Agravo de instrumento. Brasil telecom. Ação de indenização. Competência. O consumidor pode optar entre o foro de seu domicílio ou pelas regras gerais de competência. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento n. 70044945160, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Müller, Julgado em 14/12/2011)

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de

Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao agravo de instrumento. Custas na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des. Fernando Flores Cabral Júnior (Presidente) e Des. Lúcia de Fátima Cerveira.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Des. Marcelo Cezar Müller
(RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ESPÓLIO DE (...), em face da decisão de fls. 10/11.

O Juízo *a quo* declinou a competência em razão da parte autora ter seu domicílio em área de competência do juízo de Uruguaiana/RS.

Nas razões do recurso, requer que seja mantida a competência da comarca de Porto Alegre, sendo competente o foro eleito pela parte agravante.

É o relatório.

VOTOS

Des. Marcelo Cezar Müller
(RELATOR)

A jurisdição pode ser conceituada como o ato estatal realizado por juiz, como terceiro imparcial, com a finalidade específica de aplicar a lei ao caso concreto. Neste sentido a lição de Ovídio A. Baptista

da Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. I, Fabris, 1987, p. 28. Por sua vez, competência é a medida da jurisdição, ou seja, o poder de julgar atribuído aos juízes e tribunais pela Constituição Federal e pelas leis.

Disso decorre o princípio do juiz natural, segundo o qual as partes devem submeter-se a julgamento pelo órgão do Poder Judiciário com observância da competência outorgada pela Carta Magna e leis processuais. Como esclarece Rui Portanova, em *Princípios do Processo Civil*, 3a. edição, livraria do Advogado editora, p. 64: “O princípio do juiz natural exige não só uma disciplina legal da via judicial, da competência funcional, material e territorial do tribunal, mas também uma regra sobre qual dos órgãos judicantes (Câmara, Turma, Senado) e qual juiz, em cada um desses órgãos individualmente considerado, deve exercer a sua atividade.”

Dessa maneira, o estabelecimento do órgão judicial competente é de fundamental importância. Na hipótese de estar presente relação de consumo, o legislador pretendeu favorecer a defesa do consumidor e facultou o ajuizamento da ação no seu domicílio, nos termos dos arts. 6º, VIII, e 101, I, do CDC. Todavia, não obistou a opção pela obediência das regras processuais, conforme o CPC, arts. 94, 100, V, *b*. Nesse sentido o Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA afirmou: “5. O microssistema jurídico criado pela legislação consumerista busca dotar o consumidor de instrumentos que permitam um real exercício dos direitos a ele assegurados e, entre os direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º, VIII, está a facilitação da defesa dos direitos privados. 6.

A possibilidade da propositura de demanda no foro do domicílio do consumidor decorre de sua condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade.” (REsp 1.032.876/MG, Rel. DJe 9.2.2009). No mesmo diapasão é a lição constante do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover ..., 8a. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2005, pág. 898.

A compreensão adequada é no sentido de reconhecer como absoluta a competência para facilitar a defesa de direito do consumidor. Com isso, a parte mais frágil na relação jurídica de consumo pode optar pelo foro que mais lhe convenha, desde que atendidas as disposições legais. Entretanto, o fornecedor de produto ou servido deve respeitar a regra de competência pelo domicílio do consumidor, caso contrário, o julgador está autorizado a determinar a correção, com fundamento no art. 112, parágrafo único, do CPC, sendo, neste caso, afastada a Súmula 33 do STJ.

O Ministro SIDNEI BENETI ao proferir decisão no REsp 1200156, publicado em 25/08/2010, esclareceu: “6.- Ademais, esta Corte entende que cabe ao consumidor escolher o foro onde deve ser proposta a ação, o do seu domicílio, o do réu, ou o de eleição, levando-se em consideração que o privilégio de foro foi instituído em seu interesse.”

Sendo assim, caso a ação tenha sido proposta pelo consumidor em um dos foros competentes (do autor, do réu ou da agência na qual foi efetuado o contrato), com observância do art. 101, I, do CPC

e arts. 94, 100, V, *b*, do CPC, merece ser mantida. Do contrário, viável a remessa ao juízo competente.

No caso dos autos, a autora propôs a demanda Foro Central de Porto Alegre, e esta restou declinada para a comarca de Uruguaiana/RS. No entanto, pode o consumidor optar entre o foro de seu domicílio ou pelas regras gerais de competência a fim de ter facilitada a sua defesa.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para manter a competência do juízo de Porto Alegre/RS.

Des. Fernando Flores Cabral Júnior (PRESIDENTE) – De acordo com o(a) Relator(a).

Desa. Lúcia de Fátima Cerveira – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FERNANDO FLORES CABRAL JÚNIOR – Presidente – Agravo de Instrumento n. 70044945160, Comarca de Porto Alegre: “DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: CARMEN CAROLINA CABRAL CAMINHA

ACÓRDÃO 2

EMPRESA possui RESPONSABILIDADE OBJETIVA quando realiza intermediação de COMPRA E VENDA de PRODUTO pela INTERNET

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **111642**

Período de divulgação: **1º Trimestre de 2012**

Tribunal: **STJ**

Órgão julgador: **4a. T. Cível**

Relatora: **Maria Isabel Gallotti**

ACÓRDÃO: 1.107.024 ANO: 2011

DECISÃO: 14/12/2011

TURMA: 04

FONTE: DJ DATA: 14 12 2011

JUIZ RELATOR: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

RECORRENTE: ANTÔNIO DE CARVALHO ZEMUNER

RECORRIDO: MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA

E M E N T A: DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO.

1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC.

2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor.

3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do

produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada.

4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). VICENTE COELHO ARAÚJO, pela parte RECORRIDA: MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011
(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

RECURSO ESPECIAL N. 1.107.024
– DF (20080264348-2)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e

dos Territórios cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Em suas razões, o recorrente aponta a violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil; 6º, inciso III, 14, *caput* e § 1º, incisos I, II e III e 25 do Código de Defesa do Consumidor, assim como divergência jurisprudencial entre os entendimentos esposados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em síntese, sustenta que o acórdão é omissivo no que toca à questão da “impossibilidade de se exonerar a indenização por parte do causador do prejuízo”, argumentando que “ao afastar a regra contida no artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal *a quo* acaba por afastar a cogência da r. norma” (fls. 352-e-STJ). Alega, ainda, que “a própria ré ao tentar se eximir da responsabilidade sobre a fraude (...) não prova, contudo, que o produto posto à disposição dos vendedores não é suscetível a fraudes. Ao contrário, o que se depreende é que o sistema é um ambiente propício para que as fraudes aconteçam” (fls. 356-e/STJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 380/390, nas quais se alega o óbice da Súmula 7 e ausência de violação de lei ou divergência jurisprudencial.

É o relatório.

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FRAUDE EM SISTEMA DE PAGAMENTOS REALIZADOS EM MEIOS ELETRÔNICOS – INTERNET – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRESTADOR DE SERVIÇOS – CONTRATO DE GESTÃO DE PAGAMENTOS – INTERMEDIAÇÃO DE TRANSAÇÕES

– ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEIÇÃO – PRESENÇA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR – RECURSO PROVIDO.

1. A divulgação de produtos em sítios eletrônicos mediante remuneração implica na figuração destes sítios como verdadeiros prestadores de serviços àqueles que ali divulgam seus produtos.

2. O contrato de gestão de pagamentos, onde o sítio eletrônico responsável pela divulgação de produtos visa garantir o adimplemento das obrigações criadas em possível contrato de compra e venda, caracteriza real intervenção no mencionado contrato e determina, portanto, a legitimidade passiva da empresa interventora para eventuais discussões acerca de vícios na garantia contratada.

3. Verifica-se a culpa exclusiva do consumidor, quando este, após ter acesso aos meios de ilidir seus próprios prejuízos não o faz, ainda que por mero desleixo.

4. O não atendimento, por parte do consumidor, dos procedimentos de execução do contrato exaustivamente apresentados e explicados pelo fornecedor implicam na exoneração da responsabilidade do fornecedor por culpa exclusiva do consumidor (CDC, artigo 14, §3º, II).

5. APELO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. PROVIDO O RECURSO.

RECURSO ESPECIAL N. 1.107.024 – DF (20080264348-2)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): O recurso merece prosperar.

O art. 14, do CDC, invocado como violado no recurso especial, está devidamente prequestionado no acórdão recorrido. Também está suficientemente demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido e acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que apreciou questão semelhante, a saber, fraude em transação feita por intermédio do Mercado Livre, mediante envio de *e-mail* falso ao vendedor, induzindo-o a remeter a mercadoria.

De início, observo que não assiste razão ao recorrente em relação à alegada violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois não verifico, no caso dos autos, omissão ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Nesse passo, é de se ter presente que não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

Quanto ao mérito, todavia, assiste razão ao recorrente, pois a moldura fático-probatória apresentada não conduz à conclusão no sentido da culpa exclusiva da vítima, conforme acenou o julgado impugnado.

Com efeito, a partir do exame da prova produzida, o juiz sentenciante observou que “o Mercado Livre envia mensagens eletrônicas muito semelhantes àquela recebida pelo autor, comunicando a venda ou a compra de itens levados ao leilão eletrônico” e que, “ao fazer uso do ‘e-mail’, o Mercado Livre possibilita que estes sejam falsificados ou fraudados, considerando

que os procedimentos de segurança são insuficientes”, para, ao final, inferir que “não há preocupação do réu com a segurança ou combate à fraude, do que resulta na imputação de responsabilidade objetiva, decorrente do risco produzido a partir das suas atividades lucrativas de intermediação de compra e venda” (fls. 220-eSTJ).

O acórdão ora recorrido, por sua vez, após detalhar o mecanismo de intermediação disponibilizado pelo recorrido, consignou que “no caso em apreço ocorreu uma fraude em tal sistema de pagamentos. O fraudador mencionou interesse em adquirir o produto e, pouco após, fazendo-se passar pela instituição intermediadora, o próprio fraudador, utilizando-se de correio eletrônico da instituição intermediadora, enviou correio eletrônico ao vendedor informando falsamente que o valor referente à compra do bem já se encontrava à disposição, e que o bem já poderia ser enviado ao comprador” (fls. 319-eSTJ), concluindo pela culpa exclusiva do consumidor que, “seja por desleixo ou por pressa em realizar o contrato, não seguiu fielmente o procedimento apresentado, enviando o produto ao fraudador sem antes realizar a confirmação prévia do depósito junto à instituição intermediadora” (fls. 322-e-STJ).

Diante dessas informações, verifico que a hipótese dos autos não descreve uma situação de culpa exclusiva do consumidor. O autor aderiu ao contrato de gestão de pagamento mantido pelo réu (Mercado Pago) exatamente em função da segurança no recebimento dos valores que o sistema alardeava proporcionar. Conforme consignado expressamente no acórdão recorrido, o contrato de gestão de pagamento mencionava tão somente que a empresa intermediadora se compromete

a notificar a ‘recepção dos valores ao Comprador e ao Vendedor dentro do prazo referido na página MercadoPago no site’; a informação acerca da confirmação do pagamento encontrava-se veiculada no sítio eletrônico da empresa ré e, no entender do acórdão, “apesar de não integrar o contrato, deveria ter sido observada pelo autor porque assim refletiria a sua verdadeira atuação de boa-fé.” (e-STJ, fl. 322).

É verdade que o autor não seguiu rigorosamente o procedimento sugerido no site quanto à confirmação do depósito, mediante verificação na conta respectiva constante em página do site, antes de enviar o produto. Mas, por outro lado, igualmente é certo que tal exigência de confirmação da veracidade do *e-mail* recebido em nome do site não constava do contrato de adesão. Igualmente não há dúvida de que o sistema de intermediação não ofereceu a segurança que legitimamente dele se esperava, dando margem à fraude.

De fato, se, nos termos da sentença de mérito, o próprio “Mercado Livre envia mensagens eletrônicas muito semelhantes àquela recebida pelo autor, comunicando a venda ou a compra de itens levados ao leilão eletrônico”, fato este incontroverso, o autor, ao enviar a mercadoria, agiu de boa-fé, certo de que o pagamento já estaria de posse do serviço de intermediação do negócio e de que lhe seria disponibilizado assim que o comprador acusasse o recebimento do produto vendido.

A providência, sugerida no site (mas não prevista no contrato de adesão, conforme consignado no acórdão recorrido), no sentido da conferência, pelo consumidor, da mensagem supostamente enviada em nome do site, configura medida de segurança útil

apenas em casos em que há fraude, a qual não se presume, não sendo absolutamente necessária ao aperfeiçoamento do negócio. É medida exclusiva de segurança, que se consubstancia, na prática, na transferência para o consumidor de uma parcela significativa do ônus relativo à segurança do negócio, que, ainda que tolerável em alguns casos, não tem o condão de afastar a responsabilidade do fornecedor, especialmente no caso, em que a sua apuração é objetiva e a segurança se confunde com o próprio serviço, isto é, o produto denominado Mercado Pago – oferecido de forma onerosa pelo Mercado Livre – é um serviço de mediação segura das contratações eletrônicas de compra e venda operadas por meio do sítio eletrônico. O objetivo da contratação do serviço de intermediação é exatamente proporcionar segurança ao comprador e ao vendedor quanto ao recebimento da prestação contratada.

Sob essa perspectiva, o descumprimento, pelo consumidor, da aludida providência, a qual sequer consta do contrato de adesão – a conferência da lisura e autenticidade da mensagem recebida –, não é suficiente para eximir o recorrido da responsabilidade pela segurança do sistema por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial por ele explorada.

Trata-se, portanto, de estipulação de cláusula exoneratória ou atenuante de responsabilidade, terminantemente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 25).

É de se ter presente, a propósito, que, em casos tais, o endereço eletrônico do vendedor é fornecido ao fraudador pelo próprio Mercado Livre, pois, como é sabido, os

dados pessoais das partes, nessa modalidade de negociação, somente são revelados ao comprador após a sua aceitação à proposta de venda. Ou, em outros termos: somente após o fraudador – que obrigatoriamente fez sua regular inscrição no sítio e obteve a sua senha eletrônica – ter efetivado a compra do produto anunciado, via sistema eletrônico, é que o endereço eletrônico do vendedor foi disponibilizado pelo sistema.

Nesse aspecto impressiona também o fato de que o Mercado Livre tenha optado por apenas contestar a sua responsabilidade, alegando, inclusive, a sua ilegitimidade passiva, mas, no entanto, não tenha cuidado de identificar o suposto fraudador ou mesmo de chamá-lo ao processo, uma vez que é o único detentor do cadastro e, portanto, dos dados utilizados pelo criminoso.

Obviamente, não obstante, se os dados cadastrais utilizados pelo estelionatário também são falsos, revela-se certa fragilidade do sistema eletrônico utilizado pelo Mercado Livre, que permite a entrada de pessoas inescrupulosas na comunidade de usuários.

Sob esse prisma, entendo que a fraude foi iniciada com a livre entrada do invasor no sistema, franqueada pela deficiência do sistema cadastral, aperfeiçoando-se, no entanto, somente após o envio, pelo vendedor, do produto anunciado. Manifesto, portanto, o nexos causal entre o dano e a falha de segurança do serviço oferecido pelo recorrido.

De se notar, ainda, que o sistema eletrônico desenvolvido pelo Mercado Livre explora mercado novo, com o uso de novas tecnologias, dentro de um ambiente também novo, virtual, cujas especificidades ainda podem não ser amplamente dominadas pelo homem médio.

Isso significa, na prática, que muitos dos usuários tomam conhecimento do conteúdo do *site*, mas nem sempre são capazes de decifrá-lo completamente ou de operar, imediatamente, com segurança e desenvoltura as ferramentas colocadas à sua disposição. Não é, pois, razoável exigir que todos os usuários estejam perfeitamente adaptados, de pronto, às particularidades do sistema de dados desenvolvido pelo fornecedor.

Não se justifica, pois, que procedimentos fundamentais à segurança de sistema de mediação eletrônica de pagamentos explorado por empresa comercial sejam atribuídos à responsabilidade exclusiva do usuário do serviço.

A ausência de mecanismo de autenticação digital de mensagens, consentâneo com as exigências das modernas atividades empresariais que se desenvolvem no ambiente virtual, configura grave falha de segurança, que não deve ser imputada ou suportada pelo consumidor, mas pela empresa que assume o risco da atividade econômica.

O entendimento ora esposado está na linha do decidido pela 2a. Seção, a propósito da responsabilidade civil objetiva de instituições financeiras por danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros. Ficou estabelecido, “para os efeitos do art. 543-C, do CPC, que “as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do

empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.” (REsp. 1.199.782-PR, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 12.9.2011).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença de mérito.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 20080264348-2

PROCESSO ELETRÔNICO REsp
1.107.024/DF

Números Origem: 20070110454560
2007011454560

PAUTA: 01/12/2011 JULGADO:
01/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL
GALLOTTI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE
SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS
BERNARDES FILHO

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA
BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: ANTÔNIO DE
CARVALHO ZEMUNER

ADVOGADO: LÍZIA MARISE
FONSECA CARNEIRO – DEFENSORA
PÚBLICA E OUTROS

RECORRIDO: MERCADOLIVRE.
COM ATIVIDADES DE INTERNET
LTDA

ADVOGADOS: A N D R É
ZONARO GIACCHETTA E OUTRO(S)
CIRO TORRES FREITAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Res-
ponsabilidade Civil

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). VICENTE COELHO
ARAÚJO, pela parte RECORRIDA:
MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES
DE INTERNET LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA
TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe
na sessão realizada nesta data, proferiu a
seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu
provimento ao recurso especial, nos termos
do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos
Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão
e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra
Relatora.

EMENTÁRIO

1) ADMINISTRADORA de CARTÃO DE CRÉDITO tem o DEVER de PRESTAÇÃO de CONTAS ao CLIENTE

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **111587**

Período de divulgação: **1º Trimestre de
2012**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão julgador: **2a. Câm. Cív.**

Relator: **Marcelo Cezar Müller**

EMENTA: Apelação cível.
Prestação de contas. Cartão de crédito.
Cláusula-mandato. Interesse de agir. As
administradoras de cartão de crédito têm
o dever de prestar contas aos seus clientes
quanto às obrigações assumidas por ela
em face da cláusula-mandato, na medida
em que as faturas apenas trazem expressos

os encargos contratuais incidentes, sem
esclarecer integralmente sua origem. Apelo
provido. (Apelação Cível n. 70045879087,
Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal
de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar
Müller, Julgado em 14.12.2011)

2) INTERRUPÇÃO imotivada dos SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES e o CANCELAMENTO de NÚMERO de TELEFONE MÓVEL consubstancia OFENSA GRAVE aos TERMOS da LEI de REGÊNCIA e sério CONSTRANGIMENTO ao CONSUMIDOR

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **110241**

Período de divulgação: **4º Trimestre de 2011**

Tribunal: **TJ/MS**

Órgão julgador: **5a. T. Cív.**

Relator: **Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA: Apelações cíveis – ação de indenização por danos morais – interrupção do serviço e cancelamento imotivado de linha de telefone celular – responsabilidade civil reconhecida – valor da indenização majorado – astreintes mantida – recursos conhecidos, provimento do apelo autoral e improvimento do apelo da defesa. 1. A imotivada interrupção dos serviços de telecomunicações e o cancelamento de número de telefone móvel vai além de um simples inadimplemento contratual, consubstanciando grave e patente ofensa aos termos da lei de regência e sério constrangimento ao consumidor, dependente deste serviço para o regular desempenho de suas atividades cotidianas, daí o caráter essencial e ininterrupto. 2. Diante dos limites da questão posta, do ato abusivo praticado pela concessionária e sua dimensão na esfera particular e geral do consumidor, visando, além do conforto da reparação, também e especialmente limitar a prática de atos como o noticiado, o montante fixado (R\$ 3.000,00) se mostra insuficiente, devendo ser majorado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor alternativo pedido pela apelante, mais condizente com os parâmetros apontados, especialmente quanto ao aspecto pedagógico da reparação civil, sem implicar, contudo, enriquecimento do consumidor, conforme autoriza a jurisprudência reinante no Superior Tribunal de Justiça. 3. As astreintes arbitradas em decisão irrecorrida não podem ser suprimidas quando da prolação da sentença. Não se justifica, por outro lado, sua redução, se até módico o valor máximo admitido na sentença (R\$ 4.000,00). (TJ/MG – Apelação Cível – 5a. T. Cív. – Rel.: Sideni Soncini Pimentel – j. em 15.09.2011 – Fonte: DJ 15.09.2011).

3) DEFEITO na PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS de CRUZEIRO turístico gera DANO MATERIAL e MORAL

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **111533**

Período de divulgação: **1º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão julgador: **3a. T. Cív.**

Relator: **Fábio Vieira Heerdt**

Recurso nominado. Responsabilidade civil. Consumidor. Cruzeiro turístico. Defeito na prestação do serviço. Perda de transfer. Legitimidade da operadora e da empresa que realiza o cruzeiro. Responsabilidade de todos os membros da cadeia de fornecedores. Danos materiais comprovados. Danos morais verificados na falta de dever de assistência ao consumidor. Valor da indenização (R\$ 2.000,00) que não comporta redução. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJ/RS – Rec. Cível n. 71003228236 – Comarca de Pelotas – 3a. T. Cív. – Rel.: Des. Fábio Vieira Heerdt – j. em 27.09.2011 – Fonte: DJ, 29.09.2011).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)

Relator: [K. Schiemann](#)

Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção)

Relator: [D. Gratsias](#)

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (21.12.2011):

“O termo ‘produtor’ designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo”

“Um estabelecimento público hospitalar deve reparar, mesmo que não exista culpa da sua parte, o prejuízo sofrido por um paciente devido ao mau funcionamento de um aparelho ou de um produto utilizado no âmbito dos tratamentos dispensados”

“A [Directiva 85/374] limita a possibilidade de os Estados Membros definirem a responsabilidade das pessoas que utilizam aparelhos ou produtos defeituosos no âmbito de uma prestação de serviços e que, ao fazê-lo, causam danos ao beneficiário da prestação”

“No caso em apreço, há que concluir que a responsabilidade susceptível de caber a um utilizador como o CHU de Besançon, que, no âmbito de um tratamento prestado a um paciente, usa um produto ou um aparelho adquirido previamente, como um colchão térmico, não se inclui nos pontos que a Directiva 85/374 regulamenta e, por isso, está subtraída do âmbito de aplicação da mesma”

Do Tribunal Geral (14.12.2011):

“Nenhum medicamento constante do anexo pode ser introduzido no mercado comunitário sem que a Comunidade tenha concedido uma autorização de introdução no mercado, em conformidade com o disposto no presente regulamento”

“A autorização de introdução no mercado é passada pela Comissão, após parecer do Comité dos Medicamentos para Uso Humano integrado na EMA”

“O Regulamento n° 1901/2006 prevê um mecanismo para obrigar as empresas farmacêuticas a preverem sistematicamente a possibilidade de uso pediátrico dos medicamentos que desenvolvem”

“Nos termos do artigo 7°, n° 1, alínea a), do Regulamento n° 1901/2006, todo o pedido de autorização de introdução de um medicamento no mercado deve, em princípio, incluir os resultados de todos os estudos realizados e os pormenores de toda a informação recolhida em conformidade com um plano de investigação pediátrica aprovado”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

21 de Dezembro de 2011 (*)

«Directiva 85/374/CEE – Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos – Âmbito de aplicação – Regime nacional que prevê, a cargo dos estabelecimentos públicos de saúde, a obrigação de reparar os danos sofridos por um paciente devido ao mau funcionamento de um aparelho ou de um produto utilizado no âmbito dos tratamentos dispensados, mesmo que não exista culpa imputável aos referidos estabelecimentos»

No processo C495/10,
que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Conseil d'État (França), por decisão de 4 de Outubro de 2010, entrado no Tribunal de Justiça em 15 de Outubro de 2010, no processo

Centre hospitalier universitaire de Besançon
contra

Thomas Dutrueux,

Caisse primaire d'assurance maladie du Jura,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.C. Bonichot e M. Safjan, presidentes de secção, K. Schiemann (relator), E. Juhász, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J.J. Kasel, D. Šváby e M. Berger, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,

secretário: R. Šereš, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 20 de Setembro de 2011,

vistas as observações apresentadas:

– em representação do centre hospitalier universitaire de Besançon, por D. Le Prado, avocat,

– em representação do Governo francês, por E. Belliard, R. LoosliSurrans, G. de Bergues e S. Menez, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Kemper, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo grego, por F. Dedousi e M. Germani, na qualidade de agentes,

– em representação da Comissão Europeia, por G. Wilms e A. Marghelis, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 27 de Outubro de 2011,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 210, p. 29; EE 13 F19 p. 8), conforme alterada pela Directiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio de 1999 (JO L 141, p. 20, a seguir «Directiva 85/374»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe o centre hospitalier universitaire de Besançon (a seguir «CHU de Besançon») a T. Dutrueux e à caisse primaire d'assurance maladie du Jura, a propósito da indemnização por queimaduras causadas a este último por um colchão térmico, aquando de uma intervenção cirúrgica.

Quadro jurídico

Directiva 85/374

3 O primeiro, quarto, décimo terceiro e décimo oitavo considerando da Directiva 85/374 enunciam:

«Considerando que é necessária uma aproximação das legislações em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados pela qualidade defeituosa dos seus produtos, por [a] sua disparidade ser susceptível de falsear a concorrência, de prejudicar a livre circulação das mercadorias no mercado comum e de originar diferenças relativamente ao grau de protecção do consumidor contra os danos causados à sua saúde e aos seus bens por um produto defeituoso;

[...]

Considerando que a protecção do consumidor exige que todos os participantes no processo de produção sejam responsabilizados se o produto acabado, a parte componente ou a matériaprima por eles fornecidos apresentarem qualquer defeito; que, pelo mesmo motivo, deve ser responsabilizado o importador de produtos na Comunidade, bem como qualquer pessoa que se apresente como produtor, mediante a aposição do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo, ou qualquer pessoa que forneça um produto cujo produtor não possa ser identificado;

[...]

Considerando que, consoante os sistemas jurídicos dos EstadosMembros, o lesado pode ter direito a uma indemnização a título da responsabilidade extracontratual diferente da prevista na presente directiva; que essas disposições não devem ser prejudicadas pela presente directiva, desde que tenham igualmente por objectivo uma protecção eficaz dos consumidores; que, se já estiver assegurada num EstadoMembro uma protecção eficaz dos consumidores no sector dos produtos farmacêuticos por um regime

especial de responsabilidade, se deve manter a possibilidade de propor acções com base nesse regime;

[...]

Considerando que a harmonização resultante da presente directiva não pode, na fase actual, ser total, mas que abre caminho para uma maior harmonização; [...]

4 A Directiva 85/374 prevê, no seu artigo 1º, que «[o] produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto».

5 O artigo 3º da referida directiva tem a seguinte redacção:

«1. O termo ‘produtor’ designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matériaprima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo.

2. Sem prejuízo da responsabilidade do produtor, qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua actividade comercial será considerada como produtor do mesmo, na acepção da presente directiva, e responsável nos mesmos termos que o produtor.

3. Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto[r], salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no nº 2, mesmo se for indicado o nome do produtor.»

6 Nos termos do artigo 13º da Directiva 85/374:

«A presente directiva não prejudica os direitos que o lesado pode invocar nos termos do direito da responsabilidade contratual ou extracontratual ou nos termos de um regime especial de responsabilidade que exista no momento da notificação da presente directiva.»

7 A Directiva 85/374 foi notificada aos Estados-Membros em 30 de Julho de 1985.

Legislação nacional

8 Os artigos 13861 a 138618 do Código Civil francês transpõem para o direito interno as disposições da Directiva 85/374.

9 O órgão jurisdicional de reenvio expõe que a responsabilidade dos estabelecimentos públicos de saúde face aos seus pacientes é, por seu turno, objecto de um regime especial de responsabilidade extracontratual que tem por fundamento as relações específicas que se estabelecem entre o serviço público hospitalar e as pessoas que toma a seu cargo. O referido regime regese tanto por disposições legislativas como por princípios enunciados pelo juiz administrativo.

10 Entre estes últimos figura, designadamente, o princípio segundo o qual um estabelecimento público hospitalar deve reparar, mesmo que não exista culpa da sua parte, o prejuízo sofrido por um paciente devido ao mau funcionamento de um aparelho ou de um produto utilizado no âmbito dos tratamentos dispensados.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

11 Em 3 de Outubro de 2000, T. Dutrueux, então com 13 anos de idade, sofreu queimaduras causadas por um defeito do sistema de regulação de temperatura do colchão térmico em que estava deitado, durante uma intervenção cirúrgica praticada no CHU de Besançon.

12 Por sentença de 27 de Março de 2007, o tribunal administratif de Besançon condenou o CHU de Besançon a indemnizar o dano assim causado a T. Dutrueux, mediante o pagamento de um montante de 9000 euros a este último e de um montante de 5 974,99 euros à caisse primaire d'assurance maladie du Jura.

13 Tendo a cour administrative d'appel de Nancy, através de um acórdão de 26 de Fevereiro de 2009, negado provimento ao recurso interposto desta decisão pelo CHU de Besançon, este interpôs recurso de cassação dessa decisão para o Conseil d'État.

14 Em apoio desse recurso, o CHU de Besançon alega que a cour administrative d'appel de Nancy violou a Directiva 85/374, designadamente o seu artigo 13º, ao decidir que esta directiva não obsta à aplicação do princípio jurisprudencial segundo o qual o serviço público hospitalar é responsável, mesmo não existindo culpa da sua parte, pelas consequências danosas para os utentes, decorrentes do mau funcionamento de produtos ou de aparelhos utilizados nos tratamentos dispensados. Com efeito, resulta da referida directiva, conforme transposta para o direito interno francês, que o fabricante do colchão deve ser considerado o único responsável, desde que esteja devidamente identificado, como é o caso.

15 O Conseil d'État observa que o referido princípio jurisprudencial foi enunciado na sua jurisprudência por decisão de 9 de Julho de 2003, isto é, posteriormente à notificação da Directiva 85/374 aos Estados-Membros. Todavia, tendo esta decisão sido proferida no âmbito de um litígio iniciado anteriormente à data limite prevista para a transposição dessa directiva, o Conseil d'État considera que se pode defender, tendo em conta o disposto no artigo 13º desta, que protege os «direitos

que o lesado pode invocar nos termos do direito da responsabilidade contratual ou extracontratual», que esse princípio, que se insere num regime de responsabilidade com um fundamento específico, distinto do do regime de responsabilidade instituído pela referida directiva, permanece aplicável aos danos em causa no litígio principal.

16 A admitir-se que não seja assim, o referido órgão jurisdicional entende que a resolução do litígio que deve dirimir está portanto dependente da questão de saber se o regime de responsabilidade definido pela Directiva 85/374 diz respeito aos danos que o utilizador do produto defeituoso possa causar a um terceiro, no âmbito de uma prestação de serviços em benefício deste último.

17 Nestas condições, o Conseil d'État decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Atento o disposto no seu artigo 13º, a Directiva [85/374] permite a aplicação de um regime de responsabilidade baseado na situação particular dos pacientes dos estabelecimentos públicos de saúde, na medida em que lhes reconhece designadamente o direito de obter destes estabelecimentos, mesmo [...] não [existindo culpa da sua parte], a reparação dos danos causados pel[o mau funcionamento] dos produtos e aparelhos que utilizam, sem prejuízo da possibilidade de o estabelecimento intentar uma acção fundada em direito de regresso contra o produtor?

2) A [Directiva 85/374] limita a possibilidade de os EstadosMembros definirem a responsabilidade das pessoas que utilizam aparelhos ou produtos defeituosos no âmbito de uma prestação de serviços e que, ao fazê-lo, causam danos ao beneficiário da prestação?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à segunda questão

18 Com a sua segunda questão, que importa analisar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a responsabilidade de um prestador de serviços que, no âmbito de uma prestação de serviços como a dispensa de tratamentos em meio hospitalar, utiliza aparelhos ou produtos defeituosos e, por esse motivo, causa danos ao beneficiário dessa prestação se subsume no âmbito de aplicação da Directiva 85/374, de tal modo que esta se opõe à existência de um regime nacional, como o que está em causa no processo principal, que prevê a responsabilidade desse prestador face aos danos assim causados, mesmo não existindo culpa que lhe seja imputável.

19 Como decorre do seu primeiro considerando, a Directiva 85/374 tem por objecto a aproximação das legislações dos EstadosMembros em matéria de responsabilidade do produtor pelos danos causados pela qualidade defeituosa dos seus produtos.

20 Há que recordar que, como decorre de jurisprudência constante, a referida directiva prossegue, quanto aos aspectos que regula, uma harmonização total das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros (v., designadamente, acórdãos de 25 de Abril de 2002, Comissão/França, C52/00, Colect., p. I3827, nº 24, e Comissão/Grécia, C154/00, Colect., p. I3879, nº 20; e acórdão de 10 de Janeiro de 2006, Skov e Bilka, C402/03, Colect., p. I199, nº 23).

21 Em contrapartida, como resulta do seu décimo oitavo considerando, a Directiva 85/374 não se destina a harmonizar de modo exaustivo o domínio da responsabilidade

decorrente dos produtos defeituosos, para além dos aspectos que regula (v. acórdão de 4 de Junho de 2009, *Moteurs Leroy Somer*, C285/08, *Colect.*, p. 14733, n.ºs 24 e 25).

22 O regime de responsabilidade civil harmonizado dos produtores pelos danos causados pelos produtos defeituosos, instituído pela Directiva 85/374, prossegue, como resulta do seu primeiro considerando, o objectivo de garantir uma concorrência não falseada entre os operadores económicos, de facilitar a livre circulação de mercadorias e de evitar as diferenças no grau de protecção dos consumidores. As delimitações do âmbito de aplicação da referida directiva, fixadas pelo legislador comunitário, são a resultante de um processo de ponderação complexa, realizada, designadamente, entre estes diferentes interesses (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, *Comissão/França*, n.ºs 17 e 29, e *Comissão/Grécia*, n.ºs 13 e 29).

23 A este respeito, o quarto considerando da Directiva 85/374 sublinha que a protecção do consumidor exige que todos os participantes no processo de produção sejam responsabilizados, se o produto acabado, a parte componente ou a matériaprima por eles fornecidos apresentarem qualquer defeito e que, pelo mesmo motivo, deve ser responsabilizado o importador de produtos na Comunidade, bem como qualquer pessoa que se apresente como produtor, mediante a aposição do seu nome, da sua marca ou de qualquer outro sinal distintivo, ou qualquer pessoa que forneça um produto cujo produtor não possa ser identificado.

24 O artigo 1º da Directiva 85/374, que enuncia o princípio segundo o qual «[o] produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto», e o artigo 3º desta, que precisa nomeadamente as condições

em que o importador do produto na União ou ainda o fornecedor deste devem também ser considerados como produtor na aceção da mesma, devem ser lidos à luz do primeiro e quarto considerandos da referida directiva.

25 No que respeita, mais especificamente, ao disposto no referido artigo 3º, o Tribunal de Justiça já teve assim ocasião de indicar, após uma análise dos trabalhos preparatórios que conduziram à adopção da Directiva 85/374, que foi depois de terem sido ponderados os papéis respectivos dos diferentes operadores económicos que intervêm na cadeia de produção e comercialização que se optou por atribuir, em princípio, ao produtor, e unicamente em certos casos delimitados ao importador e ao fornecedor, a responsabilidade pelos danos causados pelos produtos defeituosos, no regime jurídico instituído pela directiva (acórdão *Skov e Bilka*, já referido, nº 29).

26 Por isso, o Tribunal de Justiça excluiu que a Directiva 85/374 só procede a uma harmonização total no que respeita à responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, sem regular, em contrapartida, a responsabilidade do fornecedor. Decidiu, a esse propósito, que os artigos 1º e 3º dessa directiva, que definem o conceito de «produtor», não se limitam a regular a responsabilidade do produtor de um produto defeituoso, mas determinam, entre os profissionais que participaram no processo de fabricação e de comercialização, aquele que deverá assumir a responsabilidade instituída pela referida directiva e que o círculo dos responsáveis contra os quais o lesado tem o direito de intentar uma acção ao abrigo do regime de responsabilidade previsto pela mesma directiva é, a esse respeito, definido, de forma exhaustiva, nos referidos artigos 1º e 3º

(acórdão Skov e Bilka, já referido, n.ºs 24, 26, 30, 32 e 33).

27 No caso em apreço, há que concluir que a responsabilidade susceptível de caber a um utilizador como o CHU de Besançon, que, no âmbito de um tratamento prestado a um paciente, usa um produto ou um aparelho adquirido previamente, como um colchão térmico, não se inclui nos pontos que a Directiva 85/374 regulamenta e, por isso, está subtraída do âmbito de aplicação da mesma.

28 Com efeito, como alegaram os Governos francês e grego e a Comissão Europeia, e como observou igualmente o advogado-geral nos n.ºs 27 a 32 das suas conclusões, esse utilizador não pode ser considerado como participante na cadeia de produção e comercialização do produto em causa, a que se refere, como se recordou, a definição de «produtor» enunciada no artigo 3º da Directiva 85/374, nem, por conseguinte, e contrariamente ao que defende o CHU de Besançon, ser qualificado de fornecedor do referido produto no sentido do nº 3 deste artigo. Em especial, não se pode considerar que, no processo principal, o CHU de Besançon forneceu ao paciente um produto destinado a ser utilizado por este último.

29 Por outro lado, a simples coexistência, a par do regime de responsabilidade do produtor instituído pela Directiva 85/374, de um regime nacional que prevê a responsabilidade sem culpa do prestador de serviços que, no âmbito da dispensa de tratamentos hospitalares, tenha causado um dano ao beneficiário dessa prestação, devido à utilização de um produto defeituoso, não é susceptível de prejudicar nem a efectividade do referido regime de responsabilidade do produtor nem os objectivos prosseguidos pelo legislador da União através deste regime.

30 A este respeito, importa precisar, em primeiro lugar, que essa responsabilidade do prestador de serviços, quando está prevista pelo direito de um Estado-Membro, só pode, em qualquer caso e como sublinharam nomeadamente tanto os Governos francês, alemão e grego como o advogado-geral no nº 45 das suas conclusões, ser instituída sob reserva de não prejudicar o regime estabelecido pela Directiva 85/374. Com efeito, a aplicação de regras nacionais não pode afectar o efeito útil desta (acórdão de 10 de Maio de 2001, *Veedfald*, C203/99, *Colect.*, p. I3569, nº 27). Por conseguinte, deve ser preservada a possibilidade de accionar a responsabilidade do produtor, quando se encontrem preenchidas as condições a que esta directiva subordina a existência dessa responsabilidade. Essa possibilidade de recurso judicial deve assim ser aberta não apenas ao lesado mas igualmente ao prestador de serviços, que, para esse efeito, deve então, designadamente, poder dispor de um mecanismo como a acção de indemnização a que o órgão jurisdicional de reenvio faz referência na sua primeira questão.

31 Em segundo lugar, relativamente aos objectivos prosseguidos pelo regime de responsabilidade do produtor instituído pela Directiva 85/374, já foi recordado, nos n.ºs 22 e 23 do presente acórdão, que esta visa, em especial, facilitar a livre circulação das mercadorias bem como assegurar tanto uma concorrência não falseada entre os operadores económicos em causa como a protecção dos consumidores.

32 A este respeito, importa, desde logo, observar que nenhum elemento no texto da Directiva 85/374 permite concluir que o legislador da União, ao instituir uma responsabilidade do produtor por produtos defeituosos, tenha pretendido privar os

EstadosMembros, em nome do objectivo de assegurar uma concorrência não falseada e facilitar a livre circulação de mercadorias, da faculdade de preverem, no que diz respeito à reparação dos danos causados por um produto defeituoso utilizado no âmbito de uma prestação de serviços como a que está em causa no processo principal, um regime de responsabilidade do prestador que corresponda, se for caso disso, ao instituído pela referida directiva (v., por analogia, acórdão *Moteurs Leroy Somer*, já referido, n.º 30).

33 Em seguida, e como alegou o Governo grego, se a livre circulação de mercadorias depende, em primeira linha, da actividade dos produtores, importadores e fornecedores destas mercadorias e se as disparidades de regimes nacionais relativos à responsabilidade desses operadores são, assim, manifestamente susceptíveis de causar impacto nessa livre circulação, a actividade dos prestadores de serviços que, tendo adquirido mercadorias, as utilizam no âmbito das prestações que efectuam em benefício de terceiros apresenta, a este respeito, diferenças sensíveis e não pode, por conseguinte, ser equiparada à dos referidos produtores, importadores e fornecedores.

34 Além disso, importa igualmente sublinhar que, na medida em que uma eventual responsabilidade sem culpa do prestador de serviços, decorrente do direito nacional, só é instituída, como foi indicado no n.º 30 do presente acórdão, sob reserva de não prejudicar a responsabilidade do produtor como resulta da Directiva 85/374, tal responsabilidade do prestador de serviços não parece passível de falsear a concorrência entre os operadores da cadeia de produção e comercialização.

35 Por fim, sendo assim susceptível, quando muito, de vir a acrescer à responsabilidade do produtor, tal como

prevista na Directiva 85/374, a eventual responsabilidade sem culpa do prestador de serviços é passível de contribuir para um reforço da protecção do consumidor, como o advogado geral observou nos n.ºs 45 e 46 das suas conclusões.

36 Quanto aos n.ºs 12 e 17 do acórdão *Veedfald*, já referido, aos quais foi feita referência durante o processo no Tribunal de Justiça, recorde-se que a primeira questão colocada no âmbito do processo na origem do referido acórdão era relativa a uma hipótese em que «o [...] produtor [do produto defeituoso], no âmbito de uma prestação de serviços médicos, fabrica [...] e usa [...] o produto num órgão humano» e visava unicamente saber se, em semelhante hipótese, podia ou não considerarse que o referido produto defeituoso tinha sido «colocado em circulação» na acepção do artigo 7.º, alínea a), da Directiva 85/374.

37 Como alegou o Governo francês e como observou igualmente o advogado geral no n.º 38 das conclusões, daqui decorre que, uma vez que a pessoa colectiva cuja responsabilidade tinha sido accionada não era apenas o prestador do serviço em causa, mas igualmente o «produtor» na acepção das disposições da Directiva 85/374, a questão de saber se esta é igualmente susceptível de abranger a responsabilidade de um prestador de serviços que utiliza produtos defeituosos de que não é o produtor não se encontrava de modo algum colocada no âmbito do referido processo.

38 Nestas circunstâncias, o acórdão *Veedfald*, já referido, não pode ser interpretado como tendo dirimido essa questão. Além disso, e como observou o advogado geral nos n.ºs 39 e 40 das suas conclusões, o Tribunal de Justiça também não se pronunciou a respeito

desta questão no acórdão de 25 de Abril de 2002, González Sánchez (C183/00, Colect., p. I3901).

39 Face ao exposto, importa responder à segunda questão que a responsabilidade de um prestador de serviços que, no âmbito de uma prestação de serviços como a dispensa de tratamentos em meio hospitalar, utiliza aparelhos ou produtos defeituosos de que não é o produtor na aceção do disposto no artigo 3º da Directiva 85/374 e, desta maneira, causa danos ao beneficiário da prestação não se insere no âmbito de aplicação desta directiva. Por conseguinte, esta última não se opõe a que um Estado-Membro institua um regime, como o que está em causa no processo principal, que prevê a responsabilidade desse prestador relativamente aos danos assim provocados, mesmo não existindo culpa que lhe seja imputável, desde que, no entanto, seja mantida a faculdade de o lesado e/ou o referido prestador accionarem a responsabilidade do produtor, com fundamento na referida directiva, quando se encontrem preenchidas as condições previstas por esta.

Quanto à primeira questão

40 Tendo em conta a resposta dada à segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, não há que responder à primeira questão.

Quanto às despesas

41 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 (Grande Secção) declara:

A responsabilidade de um prestador de serviços que, no âmbito de uma prestação de serviços como a dispensa de tratamentos em meio hospitalar, utiliza aparelhos ou produtos defeituosos de que não é o produtor na aceção do disposto no artigo 3º da Directiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos, conforme alterada pela Directiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Maio de 1999, e, desta maneira, causa danos ao beneficiário da prestação não se insere no âmbito de aplicação desta directiva. Por conseguinte, esta última não se opõe a que um Estado-Membro institua um regime, como o que está em causa no processo principal, que prevê a responsabilidade desse prestador relativamente aos danos assim provocados, mesmo não existindo culpa que lhe seja imputável, desde que, no entanto, seja mantida a faculdade de o lesado e/ou o referido prestador accionarem a responsabilidade do produtor, com fundamento na referida directiva, quando se encontrem preenchidas as condições previstas por esta.

Assinaturas

**** Língua do processo: francês.**

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Terceira Secção)

14 de Dezembro de 2011 (*)

«Medicamentos para uso humano – Autorização de introdução de um medicamento no mercado – Regulamento (CE) n° 1901/2006 – Pedido de isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica – Decisão de indeferimento da EMA – Desvio de poder»

No processo T52/09,

Nycomed Danmark ApS, com sede em Roskilde (Dinamarca), representada inicialmente por C. Schoonderbeek e H. Speyart van Woerden, advogados, e em seguida por C. Schoonderbeek, recorrente, contra

Agência Europeia de Medicamentos (EMA), representada por V. Salvatore e N. Rampal Olmedo, na qualidade de agentes, recorrida,

apoiada por:

República Portuguesa, representada por L. Inez Fernandes e P. Antunes, na qualidade de agentes,

Reino da Bélgica, representado por T. Materne e C. Pochet, na qualidade de agentes,

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado por S. Ossowski e H. Walker, na qualidade de agentes, assistidos por J. Stratford, barrister,

República Francesa, representada por G. de Bergues, A. Adam, R. Loosli Surrans e J.S. Pilczner, na qualidade de agentes, e

Comissão Europeia, representada por P. Oliver e M. Šimerdová, na qualidade de agentes, intervenientes,

que tem por objecto um pedido de anulação da decisão da Agência Europeia de Medicamentos (EMA) de 28 de Novembro de 2008, que indefere o pedido da recorrente de isenção específica relativa ao perflubutane, nos termos do Regulamento (CE) n° 1901/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, conforme alterado,

O TRIBUNAL GERAL (Terceira Secção), composto por: O. Czúcz, presidente, I. Labucka e D. Gratsias (relator), juízes, secretário: V. Nagy, administradora, vistos os autos e após a audiência de 12 de Julho de 2011, profere o presente

Acórdão

Quadro jurídico

Directiva 2001/83

1 Os artigos 6° e 8° da Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO L 311, p. 67), conforme alterada, nomeadamente, pelo Regulamento (CE) n° 1901/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativo a medicamentos para uso pediátrico e que altera o Regulamento (CEE) n° 1768/92, a Directiva 2001/20/CE, a Directiva 2001/83 e o Regulamento (CE) n° 726/2004 (JO L 378, p. 1), e pela Directiva 2004/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 (JO L 136, p. 34), dispõem:

«Artigo 6°

1. Não pode ser introduzido um medicamento no mercado de um Estado-Membro sem que para tal tenha sido emitida pela autoridade competente

desse EstadoMembro uma autorização de introdução no mercado, em conformidade com a presente directiva, ou sem que tenha sido concedida uma autorização em conformidade com o Regulamento (CE) n° 726/2004, em conjugação com o Regulamento (CE) n° 1901/2006 [...].

Artigo 8°

1. Tendo em vista a concessão da autorização de introdução de um medicamento no mercado [...], deve ser apresentado um pedido à autoridade competente do EstadoMembro em causa.

[...]

3. O pedido deve ser acompanhado das informações e documentos apresentados em conformidade com o anexo I:

[...]

e) Indicações terapêuticas, contraindicações e reacções adversas;

[...]

i) Resultado dos ensaios:

– farmacêuticos, (físicoquímicos, biológicos ou microbiológicos),

– préclínicos (toxicológicos e farmacológicos),

– clínicos;

[...]»

Regulamento n° 726/2004

2 O artigo 3° do Regulamento (CE) n° 726/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, que estabelece procedimentos comunitários de autorização e de fiscalização de medicamentos para uso humano e veterinário e que institui uma Agência Europeia de Medicamentos (JO L 136, p. 1), conforme alterado pelo Regulamento n° 1901/2006, dispõe:

«Artigo 3°

1. Nenhum medicamento constante do anexo pode ser introduzido no mercado

comunitário sem que a Comunidade tenha concedido uma autorização de introdução no mercado, em conformidade com o disposto no presente regulamento.

2. Qualquer medicamento não constante do anexo pode ser sujeito a uma autorização de introdução no mercado concedida pela Comunidade, em conformidade com o disposto no presente regulamento, se:

a) Esse medicamento contiver uma substância activa nova que, até à data de entrada em vigor do presente regulamento, não era autorizada na Comunidade [...].»

Regulamento n° 1901/2006

3 Os artigos 1°, 2°, 3°, 6°, 7°, 11°, 13°, 15° e 16° do Regulamento n° 1901/2006 têm a seguinte redacção:

«Artigo 1°

O presente regulamento estabelece as regras relativas ao desenvolvimento de medicamentos para uso humano, a fim de dar resposta às necessidades terapêuticas específicas da população pediátrica sem submeter essa população a ensaios clínicos, ou outros, que sejam desnecessários, e em conformidade com a Directiva 2001/20/CE.

Artigo 2°

Além das definições previstas no artigo 1° da Directiva 2001/83/CE, são aplicáveis, para efeitos do presente regulamento, as seguintes definições:

1) ‘População pediátrica’: os indivíduos com idade compreendida entre o nascimento e os 18 anos;

2) ‘Plano de investigação pediátrica’: um programa de investigação e desenvolvimento que visa garantir a produção dos dados necessários para determinar os termos em que um medicamento pode ser autorizado para tratar a população pediátrica;

[...]

Artigo 3º

1. [S]erá instituído um Comité Pediátrico no quadro da Agência Europeia de Medicamentos criada pelo Regulamento (CE) nº 726/2004, a seguir denominada 'Agência'. [...]

Artigo 6º

1. Compete ao Comité Pediátrico, nomeadamente:

a) Apreciar o conteúdo de todos os planos de investigação pediátrica de um medicamento que lhe sejam apresentados ao abrigo do presente regulamento e emitir parecer a seu respeito;

b) Apreciar as isenções e os diferimentos e emitir parecer a seu respeito;

[...]

2. No exercício das suas competências, o Comité Pediátrico deve analisar se os estudos propostos são susceptíveis de proporcionar benefícios terapêuticos significativos para a população pediátrica e/ou preenchem uma necessidade terapêutica dessa população. O Comité Pediátrico tomará em consideração qualquer informação de que disponha, incluindo os pareceres, decisões ou conselhos das autoridades competentes de países terceiros.

Artigo 7º

1. O pedido de autorização de introdução no mercado, nos termos do artigo 6º da Directiva 2001/83/CE, de um medicamento para uso humano não autorizado na Comunidade à data de entrada em vigor do presente regulamento só pode ser considerado válido se, para além dos dados e da documentação mencionados no nº 3 do artigo 8º da Directiva 2001/83/CE, incluir um dos seguintes elementos:

a) Os resultados de todos os estudos realizados e os pormenores de toda a

informação recolhida em conformidade com um plano de investigação pediátrica aprovado;

b) Uma decisão da Agência concedendo uma isenção relativa a um medicamento específico;

c) Uma decisão da Agência concedendo uma isenção por classe nos termos do artigo 11º;

d) Uma decisão da Agência concedendo um diferimento.

Para efeitos da alínea a), deve também incluir-se no pedido a decisão da Agência de aprovação do plano de investigação pediátrica em causa.

[...]

Artigo 11º

1. No que diz respeito a determinados medicamentos ou classes de medicamentos, a apresentação da informação referida na alínea a) do nº 1 do artigo 7º não é exigida se houver provas de uma das seguintes situações:

[...]

b) A doença ou patologia a que o medicamento ou classe de medicamentos em questão se destina ocorre apenas na população adulta;

[...]

2. A isenção concedida nos termos do nº 1 pode dizer respeito apenas a um ou mais subgrupos específicos da população pediátrica, apenas a uma ou mais indicações terapêuticas específicas ou a uma combinação de ambas as situações.

[...]

Artigo 13º

1. Com base nos motivos previstos no nº 1 do artigo 11º, o requerente pode solicitar à Agência a concessão de uma isenção relativamente a um medicamento específico.

[...]

Artigo 15º

1. Se pretender apresentar um pedido de autorização de introdução no mercado nos termos das alíneas a) ou d) do nº 1 do artigo 7º, do artigo 8º ou do artigo 30º, o requerente deve elaborar e apresentar à Agência um plano de investigação pediátrica, acompanhado do pedido de aprovação.

2. O plano de investigação pediátrica deve precisar o calendário e as medidas propostas para avaliar a qualidade, a segurança e a eficácia do medicamento em todos os subgrupos destinatários da população pediátrica. Além disso, deve descrever quaisquer medidas de adaptação da formulação de um medicamento para que a sua utilização seja mais aceitável, fácil, segura ou eficaz para os diversos subgrupos da população pediátrica.

Artigo 16º

1. No caso dos pedidos de autorização de introdução no mercado previstos nos artigos 7º e 8º, ou dos pedidos de isenção previstos nos artigos 11º e 12º, o plano de investigação pediátrica ou o pedido de isenção[...] deve, salvo em casos devidamente justificados, ser apresentado juntamente com o pedido de aprovação, o mais tardar aquando da conclusão dos estudos farmacocinéticos realizados com adultos, tal como estabelecido no ponto 5.2.3. da [p]arte I do anexo I à Directiva 2001/83/CE, a fim de garantir a emissão de um parecer sobre o uso do medicamento em questão na população pediátrica no momento da avaliação da autorização de introdução no mercado ou de qualquer outro pedido em causa.

[...]»

Antecedentes do litígio

4 A recorrente, Nycomed Danmark ApS, elaborou um agente de imagem ultra sónica para ecocardiografia (perflubutane)

para comercialização sob a marca *Imagify* (a seguir «agente Imagify»).

5 Em 3 de Março de 2008, a recorrente, com base no artigo 11º, nº 1, alínea b), e no artigo 13º, nº 1, do Regulamento nº 1901/2006, pediu à Agência Europeia de Medicamentos (EMA) para beneficiar, no respeitante ao agente Imagify, de uma isenção da obrigação de apresentar os resultados de um plano de investigação pediátrica. Em apoio do seu pedido, indicou que esse agente de imagem ultra sónica tinha por finalidade o diagnóstico de doenças das artérias coronárias unicamente existentes na população adulta. Admitindo que os processos fisiopatológicos que levam ao desenvolvimento de doenças das artérias coronárias começam logo na pequena infância, alega que, na criança, essas doenças têm apenas o carácter de patologias incipientes e, no essencial, apenas respeitam a indivíduos que sofram de hipercolesterolemia ou de diabetes «mellitus» de tipo 1. Salientou ainda que, mesmo nessas duas populações de pacientes pediátricos de alto risco, os sinais e sintomas clínicos, tais como dores no peito, falta de ar ou ainda a angina de peito e o enfarte do miocárdio, não surgem antes do início da idade adulta.

6 Segundo o pedido da recorrente, no âmbito dos ensaios clínicos, a eficácia e a segurança do agente Imagify foram comparadas à dos métodos actualmente utilizados no diagnóstico das doenças das artérias coronárias. Segundo esse mesmo pedido, a vantagem da técnica de diagnóstico aplicada na utilização do agente Imagify prende-se com o facto de não implicar qualquer exposição às radiações, sendo, portanto, relativamente inofensiva.

7 Em 8 de Maio de 2008, o comité pediátrico da EMA (a seguir «comité

pediátrico»), num parecer preliminar, pediu à recorrente que alterasse o seu pedido de isenção para abordar a questão do potencial benefício do agente Imagify na ecocardiografia pediátrica. Em 10 de Julho de 2008, a recorrente indicou que não tinha a intenção de proceder à alteração pedida.

8 Após uma reunião com a recorrente, o comité pediátrico deu um primeiro parecer em 19 de Setembro de 2008 (a seguir «primeiro parecer»). Recomendou à EMA que recusasse a isenção pedida, entendendo que a recorrente tinha erradamente restringido o alcance do seu pedido de isenção ao diagnóstico das doenças das artérias coronárias, apesar de o agente de imagem ultra sónica em causa ser também susceptível de utilização no diagnóstico de outras doenças.

9 Por carta de 20 de Outubro de 2008, a recorrente apresentou um pedido fundamentado no sentido de o comité pediátrico dar novo parecer. Nesse pedido, salientou, por um lado, que cabe ao requerente definir o alcance da indicação do medicamento objecto do pedido de autorização de introdução no mercado e, por outro, que o comité pediátrico não tinha o poder de exigir uma alteração a esse pedido.

10 Em 3 de Novembro de 2008, a recorrente foi notificada de um projecto de novo parecer desfavorável do comité pediátrico. Depois de recordar que o agente de imagem ultra sónica elaborado pela recorrente era concebido para identificar as anomalias da perfusão do miocárdio, o comité pediátrico indicou, em especial, que essas anomalias podiam ainda ser provocadas por doenças existentes nas crianças. Nesse projecto de parecer, o comité pediátrico propôs à recorrente que, nomeadamente, apresentasse, de acordo com os artigos 20º e 21º do Regulamento nº

1901/2006, um pedido de diferimento do início ou da conclusão das medidas constantes do plano de investigação pediátrica previsto no artigo 15º do dito regulamento.

11 Por carta de 6 de Novembro de 2008, a recorrente contestou essa apreciação do comité pediátrico. Em 14 de Novembro de 2008, este último adoptou a versão definitiva do seu segundo parecer (a seguir «segundo parecer»). Aí se pronunciou contra a concessão de uma isenção. Por carta de 19 de Novembro de 2008, a recorrente convidou a EMA a reconsiderar esse parecer.

12 Em 28 de Novembro de 2008, a EMA indeferiu o pedido da recorrente no sentido de lhe ser concedida a isenção pedida (a seguir «decisão impugnada»). Essa decisão remete para o segundo parecer do comité pediátrico em anexo. Por seu turno, o segundo parecer refere o relatório de síntese em anexo. Esse relatório, por sua vez, contém duas partes, a primeira das quais corresponde ao primeiro parecer (v. nº 8 *supra*), sendo a segunda dedicada ao reexame desse primeiro parecer.

13 A decisão impugnada foi notificada à recorrente em 2 de Dezembro de 2008.

Tramitação processual e pedidos das partes

14 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 11 de Fevereiro de 2009, a recorrente interpôs o presente recurso.

15 Por requerimento separado apresentado na Secretaria do Tribunal Geral no mesmo dia, a recorrente pediu, por um lado, a suspensão da execução da decisão impugnada e, por outro, a adopção de medidas provisórias.

16 Por requerimento separado apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 18 de Fevereiro de 2009, a recorrente,

com base no artigo 76ºA do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, apresentou um pedido de tramitação acelerada, que foi indeferido por decisão do Tribunal Geral (Quinta Secção) de 1 de Abril de 2009.

17 Por despacho do presidente do Tribunal Geral de 24 de Abril de 2009, o pedido de medidas provisórias apresentado pelo recorrente foi indeferido, reservandose para final a decisão quanto às despesas.

18 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 13 de Maio de 2009, a República Portuguesa pediu para intervir no presente processo, em apoio dos pedidos da EMA.

19 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal Geral em 15 de Maio de 2009, o Reino da Bélgica e o Reino Unido da GrãBretanha e da Irlanda do Norte pediram para intervir no presente processo em apoio dos pedidos da EMA.

20 Por requerimentos separados apresentados na Secretaria do Tribunal Geral, respectivamente, em 19 e 20 de Maio de 2009, a República Francesa e a Comissão das Comunidades Europeias pediram para intervir no presente processo em apoio dos pedidos da EMA.

21 Os pedidos de intervenção foram notificados às partes nos termos do artigo 116º, nº 1, do Regulamento de Processo.

22 Por despacho de 9 de Julho de 2009, o presidente da Quinta Secção do Tribunal Geral admitiu a intervenção da República Portuguesa em apoio dos pedidos da EMA. A República Portuguesa apresentou as suas alegações de intervenção em 27 de Julho de 2009.

23 Por despacho de 2 de Setembro de 2009, o presidente da Quinta Secção do Tribunal Geral admitiu a intervenção do Reino

da Bélgica, do Reino Unido, da República Francesa e da Comissão em apoio dos pedidos da EMA. O Reino Unido apresentou as suas alegações de intervenção em 18 de Novembro de 2009. O Reino da Bélgica, a República Francesa e a Comissão apresentaram as suas alegações de intervenção em 19 de Novembro de 2009.

24 A recorrente apresentou as suas observações sobre as alegações de intervenção em 22 de Março de 2010.

25 Por requerimentos separados, apresentados na Secretaria do Tribunal Geral em 22 de Junho e 22 de Julho de 2009, a recorrente requereu nomeadamente o tratamento confidencial de certos pontos da petição, da contestação da EMA e da réplica, relativamente a todos os intervenientes.

26 Por carta apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 25 de Setembro de 2009, o Reino Unido emitiu objecções a esses pedidos de tratamento confidencial.

27 Por despacho de 26 de Março de 2010, o presidente da Quinta Secção do Tribunal Geral indeferiu os pedidos de tratamento confidencial na medida em que eram contestados pelo Reino Unido.

28 Tendo a composição das Secções do Tribunal Geral sido alteradas, o juizrelator inicialmente designado foi afectado à Terceira Secção, à qual o presente processo foi, por conseguinte, distribuído. Na sequência da renovação parcial da composição do Tribunal Geral, o processo foi atribuído a um novo juizrelator da mesma Secção.

29 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas colocadas pelo Tribunal Geral na audiência de 12 de Julho de 2011.

30 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular a decisão impugnada;
- condenar a EMA nas despesas.

31 A EMA, apoiada pela República Portuguesa, pelo Reino da Bélgica, pelo Reino Unido, pela República Francesa e pela Comissão, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- julgar improcedente o recurso;
- condenar a recorrente nas despesas.

Quanto ao mérito

32 A recorrente invoca dois fundamentos de recurso. O primeiro fundamento é relativo a uma interpretação errada do conceito de «doença ou patologia a que o medicamento [...] se destina», empregado no artigo 11º, nº 1, alínea b), do Regulamento nº 1901/2006. O segundo fundamento é relativo à existência de desvio de poder.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo a uma interpretação errada do conceito de «doença ou patologia a que o medicamento [...] se destina», empregado no artigo 11º, nº 1, alínea b), do Regulamento nº 1901/2006

33 Refirase que o artigo 11º, nº 1, alínea b), do Regulamento nº 1901/2006, cuja interpretação proposta pela EMA é contestada pela recorrente, se insere num quadro jurídico definido principalmente por três actos normativos.

34 Em primeiro lugar, a Directiva 2001/83 codificou e fundiu num único texto as directivas de aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas aos medicamentos para uso humano.

35 Segundo o artigo 1º, nº 2, alínea a), da Directiva 2001/83, conforme alterado pela Directiva 2004/27, é um medicamento «toda a substância ou composição apresentada como possuindo propriedades curativas ou preventivas relativas a doenças humanas». Segundo o artigo 1º, nº 2, alínea b), é também

considerada medicamento «toda a substância ou associação de substâncias que possa ser utilizada ou administrada em seres humanos com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou a restaurar, corrigir ou modificar funções fisiológicas ao exercer uma acção farmacológica, imunológica ou metabólica, ou a estabelecer um diagnóstico médico». Um produto é um medicamento se for abrangido por qualquer destas definições, que, segundo jurisprudência assente, são de interpretação lata (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2007, Antroposana e o., C84/06, Colect., p. I7609, nº 31 e jurisprudência aí referida).

36 Nos termos do artigo 6º, nº 1, da Directiva 2001/83, nenhum medicamento pode ser introduzido no mercado num Estado-Membro sem que para tal tenha sido emitida pela autoridade competente desse Estado-Membro uma autorização de introdução no mercado, nos termos dessa directiva, ou sem que tenha sido concedida uma autorização nos termos do Regulamento nº 726/2004, em conjugação com o Regulamento nº 1901/2006.

37 Em segundo lugar, o Regulamento nº 726/2004 prevê, em particular, um procedimento centralizado de autorização de introdução no mercado na União Europeia, aplicável, nomeadamente, aos medicamentos mencionados no seu anexo e aos que contenham uma nova substância activa não autorizada na União. A autorização de introdução no mercado é passada pela Comissão, após parecer do Comité dos Medicamentos para Uso Humano integrado na EMA. Segundo esse procedimento, o pedido de autorização de introdução no mercado é dirigido à EMA, a quem cabe coordenar a avaliação científica da qualidade,

da segurança e da eficácia do medicamento em causa.

38 Em terceiro lugar, o Regulamento nº 1901/2006 define regras especiais sobre os medicamentos para uso pediátrico.

39 À data da sua publicação, mais de 50% dos medicamentos administrados às crianças na Europa não tinham beneficiado de uma autorização nesta acepção nem tinham sido sujeitos a ensaios adequados [v. parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a medicamentos para uso pediátrico e que altera o Regulamento (CEE) nº 1768/92, a Directiva 2001/83 e o Regulamento nº 726/2004» (JO 2005, C 267, p. 1, ponto 2.1)].

40 Ora, nos termos do considerando 3 do Regulamento nº 1901/2006, entre os problemas decorrentes da inexistência de medicamentos devidamente adaptados ao uso pediátrico figuram a informação inadequada relativa à dosagem que contribui para aumentar o risco de reacções adversas, incluindo a morte, o tratamento ineficaz em virtude da subdosagem, a indisponibilidade para a população pediátrica dos progressos terapêuticos e de fórmulas e vias de administração adequadas, bem como o recurso a fórmulas magistrais ou fórmulas officinais, que se poderão revelar de baixa qualidade.

41 O considerando 2 do Regulamento nº 1901/2006 indica que, por si só, as forças de mercado se revelaram insuficientes para incentivar a investigação, o desenvolvimento e a autorização adequados de medicamentos para uso pediátrico.

42 Neste contexto, como resulta do seu considerando 4, o Regulamento nº 1901/2006 tem por objectivo, em primeiro lugar, facilitar o desenvolvimento e o acesso a medicamentos

para uso pediátrico, em segundo lugar, garantir que esses medicamentos sejam objecto de uma investigação de elevada qualidade que tenha em conta os princípios éticos e estejam adequadamente autorizados para uso pediátrico e, em terceiro lugar, melhorar a informação disponível sobre o uso de medicamentos nos diferentes grupos da população pediátrica. Esse mesmo considerando refere que esses objectivos deverão ser alcançados sem que se submetam as crianças a ensaios clínicos desnecessários e sem atrasar a autorização de medicamentos para outras faixas etárias da população.

43 Para concretizar esses objectivos, o Regulamento nº 1901/2006 prevê um mecanismo para obrigar as empresas farmacêuticas a preverem sistematicamente a possibilidade de uso pediátrico dos medicamentos que desenvolvem.

44 O elemento central desse mecanismo é o plano de investigação pediátrica, definido no artigo 2º, nº 2, do Regulamento nº 1901/2006.

45 Nos termos do artigo 7º, nº 1, alínea a), do Regulamento nº 1901/2006, todo o pedido de autorização de introdução de um medicamento no mercado deve, em princípio, incluir os resultados de todos os estudos realizados e os pormenores de toda a informação recolhida em conformidade com um plano de investigação pediátrica aprovado. Assim, o requerente que tenha a intenção de apresentar um pedido de autorização de introdução no mercado de um medicamento tem a obrigação de elaborar um plano de investigação pediátrica e de o apresentar à EMA para aprovação, de acordo com o artigo 15º, nº 1, do Regulamento nº 1901/2006.

46 A fim de evitar que esse mecanismo entrave a investigação e o desenvolvimento

de novos medicamentos, o Regulamento n° 1901/2006 prevê nomeadamente um sistema de isenções a essa obrigação, incluindo a isenção controvertida prevista no artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006.

47 De acordo com esse artigo, pode existir uma excepção à obrigação de apresentar as informações previstas no artigo 7°, n° 1, alínea a), no caso de medicamentos específicos ou de certas classes de medicamentos, se se demonstrar que a doença ou patologia para cujo tratamento se destina esse medicamento ou classe de medicamentos só existe nas populações adultas. Com efeito, seria ilógico exigir um plano de investigação pediátrica para um medicamento destinado unicamente a doenças ou patologias que nunca surgem na população pediátrica.

48 É à luz destas considerações que se deve proceder ao exame da argumentação da recorrente segundo a qual, ao adoptar a decisão impugnada, a EMA se baseou numa interpretação errada do conceito de «doença ou patologia a que o medicamento [...] se destina», empregado no artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006.

49 A título preliminar, há que recordar que resulta da definição do termo «medicamento», que figura no artigo 1°, n° 2, alínea b), da Directiva 2001/83, que esse termo designa, nomeadamente, uma substância ou associação de substâncias que possa ser utilizada ou administrada em seres humanos com vista a estabelecer um diagnóstico médico. A esse respeito, há que ter em conta que o diagnóstico constitui, como aliás resulta de toda a argumentação da recorrente, a identificação de uma ou mais doenças ou patologias de acordo com os seus sinais.

50 É certo que o Regulamento n° 1901/2006 não faz nenhuma distinção entre os medicamentos e que, por conseguinte e como acertadamente alega a recorrente, os medicamentos destinados a diagnóstico estão sujeitos às mesmas condições que qualquer outro medicamento no que respeita à obtenção de uma isenção da obrigação de apresentação de um plano de investigação pediátrica. Não é menos certo, contudo, que, por sua natureza, os medicamentos destinados a diagnóstico diferem dos medicamentos com finalidades terapêuticas. Com efeito, só indirectamente servem para tratamento de uma doença ou de uma patologia, uma vez que o seu objectivo imediato é a detecção dos sinais de uma doença ou de uma patologia.

51 Tendo em conta esta particularidade dos medicamentos com finalidade de diagnóstico, há que considerar que, quando a isenção prevista no artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006 se dirige, como no caso, a um medicamento como esse, deve ser concedida se se demonstrar que a doença ou a patologia a cujo diagnóstico se destina o medicamento ou a classe de medicamentos em causa só ocorre na população adulta.

52 Lida assim, a disposição em causa coloca a questão da identificação da doença ou da patologia a cujo diagnóstico «se destina» o medicamento ou a classe de medicamentos em causa. Mais em particular, tratase de determinar se o destino de um medicamento deve ser apreciado objectivamente, depois de se terem tido em conta unicamente as propriedades desse medicamento, ou se corresponde à indicação de diagnóstico definida pelo promotor desse medicamento, tendo, assim, carácter subjectivo.

53 No primeiro caso, um medicamento de finalidade de diagnóstico deverá ser

considerado destinado ao diagnóstico de qualquer doença ou patologia associada a um sinal que é susceptível de detectar. No segundo caso, a indicação definida pelo promotor do medicamento é vinculativa; um medicamento não pode ser considerado destinado ao diagnóstico de doenças ou de patologias diferentes daquelas que correspondem à indicação escolhida pelo seu promotor.

54 Não se pode deixar de observar, como resulta dos seus fundamentos, que a decisão impugnada assenta na primeira interpretação da disposição em causa.

55 A esse respeito, refirase que a decisão impugnada não contém fundamentação autónoma, mas remete para o segundo parecer em anexo, nos termos do artigo 25º, nº 5, segundo período, do Regulamento nº 1901/2006. A fundamentação desse parecer figura no relatório de síntese em anexo (v., também, nº 12 *supra*). Ao remeter para o segundo parecer, a decisão impugnada faz manifestamente seus os fundamentos desse parecer. Por conseguinte, há que concluir que os fundamentos da decisão impugnada correspondem aos do relatório de síntese.

56 Esse relatório assume a forma de apresentação das teses do coordenador pediátrico da EMA, do relator e do supervisor do comité pediátrico, com os quais os outros membros desse comité estiveram de acordo. Assim, na parte do relatório dedicada ao reexame do primeiro parecer, o coordenador pediátrico referiu o seguinte: «[a] ecocardiografia realizada com o [agente Imagify] é proposta pelo requerente como um método destinado a revelar as anomalias da perfusão do miocárdio. As causas possíveis dessas anomalias podem residir em diversas doenças cardíacas que existem tanto nas crianças como nos adultos. Entre essas

anomalias, encontre-se não só a aterosclerose coronária mas também anomalias cardíacas congénitas, anomalias coronárias, cardiomiopatias, problemas coronários subsequentes a uma intervenção cirúrgica por anomalias cardíacas congénitas e problemas coronários adquiridos na sequência de uma vascularidade como a síndrome de Kawasaki. Seguramente que o objectivo estratégico do requerente é obter uma autorização de introdução no mercado para a indicação específica do diagnóstico das doenças das artérias coronárias no adulto unicamente, sem dúvida por se tratar da causa mais frequente de anomalias de perfusão do miocárdio no adulto. Visto que as anomalias da perfusão do miocárdio existem efectivamente na população pediátrica, o regulamento não permite conceder uma isenção com o fundamento de que uma das patologias subjacentes, a saber, as doenças das artérias coronárias, não existe na criança». O relator do comité pediátrico aprovou esse entendimento, referindo o seguinte: «[s]e o produto for benéfico para os adultos como alega o requerente, mais tarde ou mais cedo será aplicado em pediatria. Com efeito, um certo número de pacientes com problemas de perfusão do miocárdio poderão beneficiar desta técnica e assim evitar técnicas mais invasivas.» O supervisor, por seu turno, referiu, em conclusão, que «o produto é um meio de diagnóstico para avaliar a perfusão do miocárdio e pode ser utilizado na criança para esse fim. Não é adequado conceder uma isenção».

57 Resulta, assim, do segundo parecer que o comité pediátrico considerou que o agente Imagify visava detectar anomalias da perfusão do miocárdio. Ora, essas anomalias não constituem unicamente um sinal da possibilidade de doenças das artérias coronárias

mas também um sinal de outras doenças ou patologias, algumas das quais se manifestam na população pediátrica. Tendo seguido a primeira das interpretações acima referidas no n° 52, o comité pediátrico concluiu que o pedido de isenção apresentado pela recorrente devia ser indeferido.

58 A este respeito, há que rejeitar a tese apresentada nas alegações de intervenção do Reino Unido, segundo a qual o comité pediátrico rejeitou o pedido de isenção pelo facto de as doenças das artérias coronárias, embora raras, não serem inexistentes nas crianças. Embora esse facto seja efectivamente mencionado de forma incidental no relatório de síntese, resulta da leitura global desse relatório que o segundo parecer e, por conseguinte, a decisão impugnada se baseiam nos fundamentos mencionados no número anterior.

59 Também não se pode aceitar a tese da recorrente de que a decisão impugnada se baseia no fundamento errado de que as anomalias da perfusão do miocárdio constituem uma patologia, na acepção do artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006, susceptível de ocorrer nas crianças, apesar de constituírem, na realidade, um sinal comum a diversas doenças.

60 É certo que o relatório de síntese utiliza por vezes o termo «patologia» para designar as anomalias da perfusão do miocárdio. Contudo, em face dos excertos do relatório de síntese acima referidos no n° 56, é manifesto que o comité pediátrico e, por conseguinte, a EMA, ao adoptar a decisão impugnada, estavam bem conscientes de que as anomalias da perfusão do miocárdio constituem um sinal comum a várias doenças e não uma patologia autónoma, na acepção da referida disposição. Isso está suficientemente

demonstrado, em primeiro lugar, pela afirmação do supervisor de que «um certo número de patologias na criança se traduzem em anomalias da perfusão do miocárdio» e, em segundo lugar, pela referência feita pelo relator à «[...] patologia ligada aos problemas de perfusão do miocárdio [...]». Daqui resulta que a decisão impugnada assenta no fundamento acima indicado no n° 57 e não no fundamento referido pela recorrente na sua argumentação exposta no número anterior.

61 Apesar de, como já se referiu, a decisão impugnada se basear na primeira das interpretações do artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006 acima referidas no n° 52, a recorrente pugna pela segunda dessas interpretações e assim critica a EMA por ter baseado a sua decisão numa interpretação errada da disposição aplicável. Mais especificamente, a recorrente alega que o artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006 deve ser interpretado à luz do artigo 2°, n° 2, e dos artigos 7°, 8° e 15° do mesmo regulamento. Resulta da leitura conjugada dessas disposições que o plano de investigação pediátrica está ligado à indicação terapêutica mencionada no pedido de isenção.

62 Para efeitos de análise dessa argumentação, em primeiro lugar, há que observar que o artigo 11°, n° 1, alínea b), do Regulamento n° 1901/2006 se refere à doença ou à patologia a cujo tratamento (ou ao diagnóstico no caso dos medicamentos com finalidade de diagnóstico) o medicamento «se destina», sem que seja mencionado o termo «indicação». Esta diferença de terminologia aponta no sentido contrário à interpretação defendida pela recorrente, tanto mais que o termo «indicação» é empregado noutros contextos pelo mesmo regulamento, como, nomeadamente, no caso do seu artigo 11°, n° 2.

63 Em segundo lugar, numa abordagem teleológica, refirase que a tese da recorrente, a ser seguida, daria às empresas farmacêuticas a possibilidade de contornarem facilmente as obrigações que lhes são impostas pelo Regulamento n° 1901/2006. Com efeito, para beneficiarem de uma isenção dessas obrigações, bastar-lhesia restringir suficientemente o âmbito da indicação dos medicamentos que produzem. Em particular, uma empresa que tivesse concebido um medicamento que permitisse detectar um sinal de doenças que simultaneamente afectassem as populações adulta e pediátrica só teria de propor uma indicação cujo âmbito excluísse a população pediátrica para beneficiar, de certa forma, de uma isenção. Ora, nessa eventualidade, não se poria fim à falta de medicamentos, pelo menos com finalidade de diagnóstico, adaptados à população pediátrica, apesar de esse ser um dos objectivos prosseguidos pelo Regulamento n° 1901/2006.

64 Em terceiro lugar, a interpretação seguida na decisão impugnada está em conformidade com o papel e com as competências atribuídas pelo Regulamento n° 1901/2006 ao comité pediátrico. Com efeito, segundo o considerando 8 do dito regulamento, esse comité é o único órgão que dispõe dos «conhecimentos especializados e competência em matéria de desenvolvimento e avaliação de todos os aspectos dos medicamentos destinados ao tratamento da população pediátrica». Por outro lado, nos termos do artigo 6°, n° 2, segundo período, do mesmo regulamento, o comité pediátrico tomará em consideração qualquer informação de que disponha, o que vai novamente contra a tese de que se deve basear exclusivamente na indicação mencionada no pedido de isenção.

65 Em quarto lugar, há que salientar que a interpretação seguida na decisão impugnada em nada significa que a indicação feita pelo promotor de um medicamento no seu pedido de isenção da obrigação de apresentação de um plano de investigação pediátrica não será tida em conta pelo comité pediátrico e, em definitivo, pela EMA na análise desse pedido. Pelo contrário, essa indicação constituirá necessariamente o ponto de partida da avaliação do comité pediátrico.

66 Assim, a isenção pedida será concedida se o comité pediátrico verificar que o medicamento em causa permite o diagnóstico de um sinal imputável unicamente a doenças ou patologias que apresentem a dupla característica de, por um lado, estarem abrangidas pela indicação proposta pelo requerente e, por outro, só existirem na população adulta.

67 Contudo, ao invés da interpretação da disposição em causa defendida pela recorrente, a interpretação adoptada na decisão impugnada permite ao comité pediátrico considerar, por meio de parecer fundamentado e baseado em dados objectivos cientificamente justificados, que o medicamento com finalidade de diagnóstico em causa permite detectar um sinal susceptível de ser associado não apenas às doenças ou às patologias referidas na indicação proposta pelo promotor mas também a outras doenças ou patologias que existam, nomeadamente, na população pediátrica. Nesse caso, a EMA tem de indeferir o pedido de isenção, a menos que o requerente consiga, no procedimento administrativo instituído pelo Regulamento n° 1901/2006, refutar essa tese, demonstrando ao comité pediátrico, com base em dados objectivos, que o medicamento em causa permite unicamente detectar sinais imputáveis a doenças ou a patologias que só existem na população adulta.

68 Em quinto lugar, refirase que os outros argumentos da recorrente em apoio da sua tese não convencem.

69 Em primeiro lugar, a recorrente alega que não cabe à EMA alargar a indicação terapêutica prevista pelo requerente de uma isenção. Considera que a indicação mencionada no pedido de autorização de introdução no mercado pode perfeitamente ser compatível com a prevista no plano de investigação pediátrica. De resto, a autoridade que confere a autorização de introdução no mercado nunca, ou só em circunstâncias muito especiais, alargaria a indicação proposta pelo requerente. Com efeito, a indicação aprovada deve assentar nos dados fornecidos pelo requerente, que são específicos da população a que se destina.

70 Impõe-se observar que esta argumentação da recorrente procede de uma confusão entre, por um lado, a indicação referida pelo promotor de um medicamento no seu pedido de isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica e, por outro, a indicação que será posteriormente referida por esse promotor no pedido de autorização de introdução desse medicamento no mercado. A recorrente não tem, portanto, em conta a circunstância de o pedido de isenção ser apresentado numa fase precoce do procedimento que, no final, conduzirá, se for esse o caso, à obtenção de uma autorização de introdução no mercado.

71 A este respeito, refirase que, segundo os artigos 8º, nº 3, alínea e), e 11º da Directiva 2001/83, igualmente aplicáveis aos pedidos de autorização de introdução no mercado previstos no artigo 6º do Regulamento nº 726/2004, esses pedidos devem fazer referência à indicação (terapêutica ou diagnóstico) para a qual é pedida a autorização de introdução

no mercado. De acordo com o artigo 13º, nº 1, segundo parágrafo, do Regulamento nº 726/2004, em conjugação com o artigo 21º, nº 1, da Directiva 2001/83, a concessão de uma autorização de introdução no mercado implica a aprovação do resumo das características do produto, o qual, segundo o artigo 11º, ponto 4.1, da Directiva 2001/83, menciona a indicação do produto. Do mesmo modo, o artigo 26º, nº 1, da Directiva 2001/83 refere que a autorização de introdução no mercado é recusada quando se verificar, nomeadamente, que a relação benefício/risco não é favorável. Essa relação definida pelo artigo 1º, n.ºs 28 e 28A da mesma directiva é, evidentemente, avaliada à luz, nomeadamente, das indicações para as quais a autorização de introdução no mercado é pedida.

72 Daqui resulta que a indicação (terapêutica ou diagnóstico) de um medicamento, escolhida pelo seu promotor, é determinante, tanto no que respeita à definição do alcance dos ensaios farmacêuticos, pré-clínicos e clínicos que devam ser levados a cabo para a obtenção de uma autorização de introdução no mercado como no que respeita à determinação dos direitos conferidos por essa autorização, uma vez concedida.

73 Ora, mesmo que a aprovação de um plano de investigação pediátrica, na acepção do Regulamento nº 1901/2006, ou a obtenção de uma isenção da obrigação de apresentar esse plano constituísse um pressuposto necessário à apresentação de um pedido de autorização de introdução de um dado medicamento no mercado, não é menos certo que essa aprovação ou isenção está sujeita a regras específicas de procedimento e de tratamento substantivo. De resto, intervém muito antes do início do procedimento de autorização de introdução no mercado.

74 Com efeito, nos termos do artigo 16º, nº 1, do Regulamento nº 1901/2006, o plano de investigação pediátrica ou o pedido de isenção da obrigação de apresentar esse plano deve ser apresentado numa fase pouco avançada do desenvolvimento do produto e, de qualquer forma, antes da apresentação do pedido de autorização de introdução no mercado.

75 Além disso, embora seja verdade que, como assinala a recorrente, o formulário normalizado a utilizar, nomeadamente, no pedido de aprovação de um plano de investigação pediátrica ou de uma isenção da obrigação de apresentar esse plano, prevê a menção da indicação (terapêutica ou diagnóstico) do medicamento em causa, essa indicação servirá unicamente para o comité pediátrico e, em definitivo, a EMA analisar o bemfundado desse pedido e, como já se referiu (nº 65 *supra*), mais não constituirá que o ponto de partida dessa análise.

76 Por conseguinte, essa indicação não pode ser confundida com a que, no momento próprio, será mencionada pelo promotor do medicamento em causa no seu pedido de autorização de introdução no mercado. Nenhuma disposição do Regulamento nº 1901/2006 autoriza o comité pediátrico a determinar, em sede de análise de um pedido de isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica, a indicação a constar da autorização de introdução no mercado desse medicamento. Assim, a indicação referida no pedido de isenção não prejudica aquela pela qual o interessado pedirá posteriormente uma autorização de introdução no mercado.

77 Por outro lado, se, em caso de indeferimento do pedido de isenção, os estudos previstos no plano de investigação

pediátrica forem realizados e justificarem que o âmbito da indicação de um medicamento inicialmente previsto seja alargado à população pediátrica, nada impede o promotor desse medicamento de, na apresentação do seu pedido de autorização de introdução no mercado, alargar por si próprio nesse sentido a indicação do seu medicamento, ainda mais quando esse alargamento se revelar concordante com o seu interesse comercial.

78 Isto não é posto em causa pela referência da recorrente à Comunicação da Comissão – Linhas directrizes sobre o formato e o conteúdo dos pedidos de aprovação ou alteração de um plano de investigação pediátrica e dos pedidos de isenção ou de diferimento, bem como sobre as modalidades de verificação da conformidade e os critérios de avaliação de estudos significativos (JO 2008, C 243, p. 1).

79 A recorrente refere, mais em particular, os primeiros números dos pontos 2.3, 2.3.1 e 2.3.2 dessa comunicação, que mencionam, todos, o termo «indicação». Ora, nada nesses números aponta no sentido de que a indicação (terapêutica ou diagnóstico) mencionada na fase do pedido de isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica deva ser a mesma que irá constar do pedido de autorização de introdução no mercado. Pelo contrário, a mesma comunicação distingue, na parte I «Introdução», por um lado, respectivamente, alíneas c) e b), a indicação terapêutica proposta e tida em conta no plano de investigação pediátrica e, por outro, alínea d), a indicação terapêutica concedida, que consta da autorização de introdução no mercado.

80 Por último, a recorrente sustenta que o plano de investigação pediátrica deve ser considerado acessório relativamente à série de

estudos exigidos pelo artigo 8º, nº 3, alínea i), da Directiva 2001/83. Acrescenta que os estudos e ensaios efectuados por si ou por sua conta para a obtenção de uma autorização de introdução no mercado respeitam exclusivamente às indicações para as quais o produto foi desenvolvido.

81 Ora, basta observar a este respeito que o argumento da alegada acessoriedade do plano de investigação pediátrica não se baseia em nenhuma disposição do Regulamento nº 1901/2006 e que, de qualquer forma, à luz da redacção do artigo 15º, nº 2, deste regulamento, de modo nenhum está excluída a possibilidade de esse plano prever a realização de estudos adicionais, para além dos previstos no artigo 8º, nº 3, alínea i), da Directiva 2001/83.

82 Em segundo lugar, a recorrente alega que a exposição de adultos a ensaios clínicos adicionais para que um produto possa ser administrado a crianças é contrária ao espírito das disposições do direito da União em matéria de medicamentos. Esses ensaios podem igualmente ser considerados contrários aos princípios enunciados na declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial de Junho de 1964, conforme alterada, referida no artigo 3º, segundo parágrafo, da Directiva 2005/28/CE da Comissão, de 8 de Abril de 2005, que estabelece princípios e directrizes pormenorizadas de boas práticas clínicas no que respeita aos medicamentos experimentais para uso humano, bem como os requisitos aplicáveis às autorizações de fabrico ou de importação desses produtos (JO L 91, p. 13). Segundo essa disposição, «[o]s ensaios clínicos devem ser realizados em conformidade com os Princípios éticos aplicáveis à investigação médica em seres humanos». Entende ainda que esses ensaios constituíam uma violação do considerando 4 do Regulamento nº 1901/2006.

83 Não se pode deixar de observar que qualquer ensaio clínico previsto num plano de investigação pediátrica deve ser efectuado no respeito das disposições aplicáveis do direito da União, incluindo as disposições da Directiva 2005/28 supramencionada e da Directiva 2001/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à aplicação de boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano (JO L 121, p. 34), cujo artigo 4º dispõe:

«Em complemento de quaisquer outras restrições relevantes, um ensaio clínico apenas pode ser realizado em menores, se:

[...]

e) O ensaio clínico comportar benefícios directos para o grupo de pacientes e apenas quando a investigação for essencial para validar dados obtidos em ensaios clínicos realizados em pessoas capazes de dar o seu consentimento esclarecido ou através de outros métodos de investigação. Além disso, a investigação deve ter uma relação directa com uma condição clínica de que sofra o menor em causa ou ser de natureza tal que apenas pode ser realizada em menores;

[...]»

84 Ora, nada nessas directivas ou na declaração de Helsínquia, para a qual remete a primeira dessas directivas, suporta a tese da recorrente de que as regras éticas aplicáveis proíbem, em todos os casos, a exposição de adultos a ensaios clínicos unicamente para a obtenção de um benefício para as crianças. Do mesmo modo, o considerando 4 do Regulamento nº 1901/2006 não contém, seja como for, nenhuma indicação capaz de apoiar essa tese.

85 Além disso, ao invés do que alega a recorrente, o artigo 4º, alínea e), da Directiva 2001/20 não exige necessariamente que sejam primeiro efectuados ensaios clínicos em adultos para poderem seguidamente ser efectuados na população pediátrica. Com efeito, essa disposição prevê nomeadamente a possibilidade de efectuar esses ensaios na população pediátrica quando forem essenciais para validar dados obtidos por «outros métodos de investigação» diferentes dos realizados nos adultos.

86 Por último, embora admitindo que as anomalias da perfusão do miocárdio não constituem unicamente um sinal de doenças das artérias coronárias mas também um sinal de outras doenças ou patologias, a recorrente alega que essas anomalias se manifestam tão raramente na população pediátrica que não são susceptíveis de ser sujeitas a ensaios ou estudos estatisticamente fiáveis.

87 Contudo, mesmo que fosse esse o caso, não se pode deixar de observar que isso não tem influência na decisão do presente litígio. Com efeito, o mecanismo do plano de investigação pediátrica, instituído pelo Regulamento nº 1901/2006, visa (com excepção das categorias de medicamentos taxativamente enumeradas no seu artigo 9º) todos os medicamentos de uso pediátrico, tendo como objectivo facilitar o seu desenvolvimento e a sua acessibilidade. Ora, esse objectivo não poderia ser plenamente atingido se um medicamento fosse dispensado *a priori* do plano de investigação pediátrica unicamente pelo facto de permitir detectar sinais raros na população pediátrica e, por conseguinte, diagnosticar doenças raras nessa mesma população.

88 Em terceiro lugar, a recorrente considera que a interpretação do artigo 11º, nº 1, alínea b), do Regulamento nº 1901/2006

que defende é a única que respeita os princípios gerais da liberdade de empresa, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do Estado de Direito.

89 Quanto aos dois primeiros princípios evocados pela recorrente, há que recordar que o direito ao livre exercício de uma actividade profissional é reconhecidamente parte dos princípios gerais do direito comunitário (acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1994, Alemanha/Conselho, C280/93, Colect., p. I4973, nº 78, e do Tribunal Geral de 29 de Janeiro de 1998, Dubois et Fils/Conselho e Comissão, T113/96, Colect., p. II125, nº 74). De resto, foi consagrado no artigo 16º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000, em Nice (JO C 364, p. 1), à qual, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de Dezembro de 2009, o artigo 6º, nº 1, primeiro parágrafo, TUE confere o mesmo valor jurídico dos Tratados. Contudo, é jurisprudência assente que podem ser introduzidas restrições, desde que respondam efectivamente a objectivos de interesse geral prosseguidos pela União e não constituam, à luz do objectivo prosseguido, uma intervenção desmesurada e intolerável que ponha em causa a própria essência do direito garantido (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça, Alemanha/Conselho, já referido, nº 78; de 17 de Julho de 1997, Affish, C183/95, Colect., p. I4315, nº 42; e Dubois et Fils/Conselho e Comissão, já referido, nº 74). A importância dos objectivos prosseguidos pode justificar restrições com consequências negativas, mesmo consideráveis, para certos operadores económicos (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o., C331/88, Colect., p. I4023, nº 17, e acórdão Affish, já referido, nº 42).

90 Além disso, segundo jurisprudência assente, o princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito da União, exige que os meios postos em prática por um acto da União sejam aptos a realizar o objectivo prosseguido e não vão além do necessário para o alcançar (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 2010, Vodafone e o., C58/08, Colect., p. I4999, n.º 51, e de 9 de Novembro de 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert, C92/09 e C93/09, ainda não publicado na Colectânea, n.º 74 e jurisprudência aí referida).

91 No caso, é certo que a interpretação dada ao artigo 11.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1901/2006 na decisão impugnada limita a possibilidade de obtenção de uma isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica, assim constituindo, em definitivo, uma restrição do direito de as empresas farmacêuticas exercerem livremente a sua actividade profissional.

92 Contudo, impõe-se observar que a restrição desse direito, que visa assegurar um objectivo de interesse geral prosseguido pelo Regulamento n.º 1901/2006, a saber, a melhoria dos cuidados médicos da população pediátrica, deixa intacta a própria essência desse direito, uma vez que, com efeito, as possibilidades de obter uma autorização de introdução no mercado não são reduzidas a nada nem mesmo excessivamente diminuídas.

93 Além disso, como já acima se referiu no n.º 63, a interpretação do artigo 11.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1901/2006 defendida pela recorrente pode facilitar a possibilidade de contornar a obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica. Em contrapartida, a interpretação alternativa da disposição em causa, seguida na decisão impugnada, tem as condições para

assegurar a realização do objectivo de interesse geral prosseguido por este regulamento. Nestas condições, na medida em que não existe qualquer outra alternativa menos restritiva, não se pode alegar que a interpretação dada à disposição em causa na decisão impugnada é contrária ao princípio da proporcionalidade.

94 Isto é ainda mais assim quando o artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1901/2006 prevê, em certas condições, a possibilidade de diferimento do início ou da conclusão de algumas ou de todas as medidas constantes de um plano de investigação pediátrica. Desse modo, não existe o risco de a obrigação de apresentar dados resultantes de estudos pediátricos efectuados no âmbito de um plano de investigação pediátrica ter o efeito de bloquear ou atrasar a autorização de medicamentos destinados a outras populações (v. considerando 14 do Regulamento n.º 1901/2006).

95 A prorrogação, prevista no artigo 36.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1901/2006, da protecção, no âmbito da propriedade industrial, de um medicamento que tenha sido sujeito a um plano de investigação pediátrica constitui igualmente um fundamento apto a atenuar os inconvenientes resultantes, para a empresa em causa, da imposição da obrigação de realizar esse plano. Com efeito, essa disposição prevê que, sempre que um pedido nos termos dos artigos 7.º ou 8.º do Regulamento n.º 1901/2006 incluir os resultados de todos os estudos realizados em conformidade com um plano de investigação pediátrica aprovado, o titular da patente ou do certificado complementar de protecção tem direito a uma prorrogação de seis meses do período referido nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º do Regulamento (CEE) n.º 1768/92 do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativo

à criação de um certificado complementar de protecção para os medicamentos (JO L 182, p. 1).

96 Por último, as disposições do artigo 22º do Regulamento n.º 1901/2006 também atenuam esses inconvenientes. Com efeito, dispõem que, se, na sequência da decisão de aprovação do plano de investigação pediátrica, o requerente se deparar com dificuldades de aplicação que inviabilizem a realização do plano ou o tornem inadequado, pode propor alterações ou solicitar um diferimento ou uma isenção ao comité pediátrico.

97 A recorrente alega que os princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito que também invoca exigem que as empresas farmacêuticas saibam antecipadamente o que podem esperar quando pedem a aprovação de um plano de investigação pediátrica ou uma isenção, nos termos do artigo 11º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1901/2006. Os mesmos princípios implicam igualmente que a EMA siga um conjunto de regras suficientemente precisas quando aplica esse artigo. Para que um «regime de autorização administrativa prévia», como o que está em causa, seja justificado, deverá de qualquer modo basear-se em critérios objectivos, não discriminatórios e conhecidos de antemão pelas empresas em causa, de forma a enquadrar o exercício do poder de apreciação das autoridades competentes para não ser utilizado de forma arbitrária.

98 Sublinhase desde logo que está errada a referência da recorrente a um poder de apreciação, no contexto do artigo 11º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1901/2006. As decisões que a EMA toma ao abrigo dessa disposição integram-se no exercício de uma competência vinculada e não de um poder discricionário. Com efeito, depois de tomar

em conta o parecer fundamentado do comité pediátrico, que, como já acima se referiu no n.º 67, se limita a proceder a um apuramento dos factos, baseado em dados objectivos cientificamente justificados, a EMA tem de conceder a isenção pedida se as condições previstas para esse efeito estiverem preenchidas. No caso contrário, tem de a indeferir.

99 Daqui resulta que, se a interpretação seguida na decisão impugnada for aceite, os princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito em nada serão afectados. Com efeito, neste caso, o indeferimento de um pedido de isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica basear-se-á em elementos objectivos de carácter científico, conhecidos do interessado. De resto, este dispõe da possibilidade de impugnar esses elementos de modo eficaz antes da adopção de uma decisão definitiva, no âmbito do procedimento administrativo previsto nos artigos 13º e 25º do Regulamento n.º 1901/2006.

100 Resulta do exposto que a interpretação dada à disposição controvertida na decisão impugnada é correcta. Assim, há que julgar improcedente o primeiro fundamento.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à existência de desvio de poder

101 Com o seu segundo fundamento, a recorrente sustenta que a EMA cometeu um desvio de poder uma vez que a verdadeira razão do indeferimento da isenção pedida assenta na vontade de a obrigar a apresentar um plano de investigação pediátrica com vista à utilização do agente Imagify no diagnóstico de todos os tipos de anomalias da perfusão do miocárdio na população pediátrica. Esse objectivo resulta, nomeadamente, da evolução dos pareceres do comité pediátrico.

102 Este fundamento não pode ser acolhido.

103 Resulta de jurisprudência assente que o conceito de desvio de poder se refere ao facto de uma autoridade administrativa usar os seus poderes para fim diferente daquele para o qual lhe foram conferidos. Uma decisão só está ferida de desvio de poder se se verificar, com base em indícios objectivos, relevantes e concordantes, ter sido tomada para fins diferentes dos invocados (v. acórdão do Tribunal Geral de 13 de Dezembro de 2005, Cwik/Comissão, T155/03, T157/03 e T331/03, ColectFP, pp. IA411 e II1865 e jurisprudência aí referida). Daqui resulta que o risco de desvio de poder só surge quando a autoridade em causa dispõe de um amplo poder de apreciação (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 15 de Dezembro de 1994, Unifruit Hellas/Comissão, T489/93, Colect., p. II1201, n.º 84). Em contrapartida, não se concebe um desvio de poder no exercício de uma competência vinculada.

104 Ora, como acima se referiu no n.º 98, por um lado, as intervenções do comité pediátrico, que se limitam à formulação de pareceres em que se procede a um apuramento dos factos, baseado em dados objectivos cientificamente justificados, e, por outro, as decisões da EMA em resposta a pedidos de isenção da obrigação de apresentar um plano de investigação pediátrica prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1901/2006 integram-se, precisamente, no exercício de uma competência vinculada. Assim, não se coloca a questão, no seu caso, de um desvio de poder.

105 Daqui resulta que o segundo fundamento deve ser julgado improcedente e com ele todo o recurso.

Quanto às despesas

106 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas da EMA, incluindo nas relativas ao processo de medidas provisórias, de acordo com o pedido desta última.

107 Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do mesmo regulamento, os Estados-Membros e as instituições que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas. Por conseguinte, a República Portuguesa, o Reino da Bélgica, o Reino Unido, a República Francesa e a Comissão suportarão as suas próprias despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Terceira Secção) decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Nycomed Danmark ApS é condenada nas suas próprias despesas e nas despesas da Agência Europeia de Medicamentos (EMA), incluindo nas relativas ao processo de medidas provisórias.

3) A República Portuguesa, o Reino da Bélgica, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, a República Francesa e a Comissão Europeia suportarão as respectivas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.

Czúcz	Labucka	Gratsias
-------	---------	----------

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 14 de Dezembro de 2011.

Assinaturas

* Língua do processo: inglês.

I CONFERÊNCIA REGIONAL

“DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS
CONTRATOS E DAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS”

UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA
PONTE DE LIMA
26 DE NOVEMBRO DE 2011

Excertos

“Conferência visando uma profunda reforma do regime das CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS, de modo a tornar ágeis os mecanismos processuais e de outra natureza e a assegurar uma justiça mais acessível e pronta, tal como imperativamente o prescreve a LDC – Lei de Defesa do Consumidor”

“Instante a necessidade de se dotar o Instituto do Consumidor (em cujas atribuições sucedeu, no âmbito do PRACE, a Direção-Geral do Consumidor) de legitimidade processual ativa para poder instaurar ações inibitórias tendentes à repressão em juízo de práticas lesivas do estatuto do consumidor, a despeito de inúmeras situações de lesões em massa a exigir intervenção imediata, nem uma só ação inibitória, de 1996 a esta parte, Instituto e Direção-Geral propuseram em mais de 15 anos de vigência da lei”

“Dentre os temas a serem debatidos, serve como motivo desta conferência, a existência de uma dada 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”

“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”

Introdução

Os conferencistas, em resultado das comunicações apresentadas, em obediência ao programa científico para o efeito delineado, arrancando dos pressupostos enunciados, concluem no sentido da necessidade de uma profunda reforma do regime das CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS, de modo a tornar ágeis os mecanismos processuais e de outra natureza e a assegurar uma justiça mais acessível e pronta, tal como imperativamente o prescreve a LDC – Lei de Defesa do Consumidor, em vigor.

Considerandos

Na estreira de João Alves, procurador da República nos Juízos e Varas Cíveis de Lisboa, *in Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo n. 4, dezembro de 2011*, a págs.113 e ss, há um preocupante quadro toldado de mediocridades e de insuficiências e imperfeições, que importa de todo dissipar.

Ei-lo nos seus rasgos essenciais:

- **insuficiente formação das magistraturas** no âmbito dos direitos coletivos;
- **deficiente acesso a bibliotecas de eleição de proximidade;**
- **ausência de uniformidade na atuação do Ministério Público**, o que não é de estranhar dada a inexistência de qualquer coordenação específica na área dos interesses coletivos;
 - no que tange à carreira profissional, **o acesso a jurisdições ou funções especializadas a que não subjaz a experiência, a formação e as habilitações académicas adquiridas**, mas predominantemente a classificação e a antiguidade;
 - **inexistência de bases de dados de apoio** – o **Boletim de Interesses Difusos** encontra-se inativo e o *site de interesses difusos* perdeu atualidade há um ror de anos;
 - a existência de uma dada **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;
 - 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 decisão;
 - 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.

Para além do quadro precedente, registre-se que, considerada pela, ao tempo, ministra da tutela, a Dra. Elisa Ferreira, em pleno Parlamento, em 15 de março de 1996, em defesa da Proposta de Lei de Proteção do Consumidor, instante a necessidade de se dotar o **Instituto do Consumidor** (em cujas atribuições sucedeu, no âmbito do PRACE, a **Direção-Geral do Consumidor**) de legitimidade processual ativa para poder instaurar ações inibitórias tendentes à repressão em juízo de práticas lesivas do estatuto do consumidor, a despeito de inúmeras situações de lesões em massa a exigir intervenção imediata, *nem uma só ação inibitória*, de 1996 a esta parte, **Instituto** e **Direção-Geral** propuseram em mais de 15 anos de vigência da lei...

O que reflete bem o descaso a que as entidades oficiais votaram e votam este relevante segmento da tutela da posição jurídica do consumidor, na sua dimensão metaindividual ou transindividual.

Cfr., mais recentemente, o flagrante caso dos formulários de adesão da **CAIXADIRETA**, da **Caixa Geral de Depósitos**, e do conflito entre **Ministério Público** e **Direção-Geral do Consumidor** a propósito da ação inibitória que à DGC cumpriria instaurar, sem que o houvesse feito, porém. Em iniciativa que a apDC promovera, após análise das condições gerais pré-definidas em formulário em circulação no mercado e da detecção de inúmeras condições gerais incursas nas proibições da lei.

Soluções propugnadas

- 1a. Instante necessidade de prover à formação dos auditores de justiça, como à formação continuada dos magistrados judiciais e do Ministério Público, voltada para os direitos e interesses transindividuais, com a modelação dos mecanismos tanto materiais como processuais em vista de uma intervenção adequada ante a factualidade subsistente;
- 2a. Dotação de obras da especialidade a fundos bibliográficos adjacentes às estruturas judiciais de molde tornarem-se acessíveis aos magistrados;
- 3a. Definição de uma metodologia adequada à coordenação da atividade dos magistrados do Ministério Público dispersos pelo território nacional de molde a uma uniformidade de critérios e procedimentos, que não a algo de desregrado, descompassado e desconexo;
- 4a. Acesso à jurisdição e funções especializadas em conformidade com a formação, as habilitações específicas hauridas e a experiência dos magistrados do Ministério Público em cada um dos domínios;
- 5a. Revivescência (recriação de um) Boletim de Interesses e Direitos Coletivos e reconfiguração do “sítio” dos Interesses e Direitos Coletivos (outroa Difusos), no seio do Ministério Público (Procuradoria-Geral da República), a fim de fornecer adequadas ferramentas a quantos se ocupam de domínios tais;

• 6a. Reconfiguração dos meios processuais ao alcance do Ministério Público, enquanto titular de legitimidade processual ativa nos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos (cfr. art. 20º da Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96, de 31 de Julho), de molde a contrabater a ausência manifesta de cooperação por parte dos demandados nas ações inibitórias previstas no artigo 25 da LCGC e a acelerar procedimentos.

Propostas

PRIMEIRA: Que não há razões de base susceptíveis de justificar a incoincidência entre **o rol de legitimados** da **LDC** – Lei de Defesa do Consumidor e da **LCGC** – Lei das Condições Gerais dos Contratos: donde, deverem os consumidores individuais, tanto os diretamente lesados, como os que o não houverem sido, poder instaurar ações inibitórias que por objeto tenham cláusulas abusivas, como sucede, aliás, em teoria, com a **DGC** – Direção-Geral do Consumidor, que figura na alínea c) do artigo 13 da LDC, que não no artigo 26 da LCGC.

SEGUNDA: Que o restrito âmbito do **efeito do caso julgado** (conquanto *ultra partes*: n.º 2 do artigo 32 da LCGC) se supere pela consagração do efeito mais favorável a todos e a todas as circunstâncias: o *erga omnes*, até por valer tanto para as situações de *pretérito* como para as de *futuro* por fundadas razões de justiça material e economia processual.

TERCEIRA: Que, sempre que em causa **consumidores individuais e associações de consumidores**, enquanto demandantes, e em razão da desproteção decorrente da regra de **competência territorial** do artigo 28 da LCGC, **competente seja o tribunal do domicílio ou da sede do autor**.

QUARTA: Que se reconheça *expressis verbis*, para obviar a desencontros decorrentes da ignorância que campeia, que na própria ação inibitória se contém a possibilidade de nela se incorporar uma sorte de *procedimento cautelar*, uma vez que visa prevenir..., originalmente, a prática lesiva de uma qualquer conduta susceptível de atingir a esfera dos consumidores.

QUINTA: Que se consagre, ao menos em favor do Ministério Público e da DGC, a manter-se o alinhamento da outorga da *legitimatio ad causam*, a faculdade de poderem lançar mão do **TERMO OU COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**, à semelhança do que ocorre no Brasil, a fim de obviar ao processo e à morosidade dele decorrente.

SEXTA: Que ao consagrar-se legalmente a figura do “**compromisso de ajustamento de conduta**” se contemple uma cominação em caso de incumprimento, como diligência prévia forçosa do MP à instauração de qualquer ação em defesa de interesses coletivos *lato sensu*: a sua regulamentação tem necessariamente de se traduzir em um forte desincentivo à litigância, através de um regime dissuasor de custas na ação coletiva a intentar-se, com

condenação em indemnização da demandada que enjeitar o “compromisso” e decair na ação, que reverterá para o fundo de defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, a que se alude *infra*.

SÉTIMA: Que se preveja a consagração da *quota litis* nas ações coletivas sem quaisquer restrições nem condicionamentos, como incentivo aos advogados para a instauração de ações do estilo ante a conflitualidade de massas persistente e lesiva de interesses transindividuais em presença.

OITAVA: Que se crie um **Fundo dos Interesses Coletivos**, enquanto instrumento potenciador dos interesses e defesa dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, com base nos *punitive damages* a arbitrar em cada uma das condenações pelo uso ou recomendação de condições gerais proibidas em formulários ou outros suportes de pré-adesão.

NONA: Que se crie uma **Comissão das Cláusulas Abusivas**, de composição quadripartida, a saber, com representantes do Conselho Superior da Magistratura, do Ministério Público, dos Agentes Económicos e dos Consumidores, a fim de filtrar os formulários e demais suportes em circulação no Mercado de Consumo, deles expurgando as cláusulas abusivas fundadamente detectadas.

DÉCIMA: Que se reestruture o Registo Nacional das Cláusulas Abusivas, refundando-se deveras ante a *imprestabilidade* e o *anedótico* do que hoje residualmente existe, para que possa cumprir em plenitude os objetivos que nele se imbricam, o da publicidade das cláusulas e o fito pedagógico que à sua essência se associa.

Se o Estado se revelar incapaz de o fazer, a apDC habilita-se a cumprir uma tal missão de serviço público, com contrapartida adequada para o efeito.

Coimbra e Villa Cortez, aos 30 de novembro de 2011

O PRESIDENTE,

Mário Frota