

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. II | N. 2 | JUNHO 2012

#6

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 2, junho 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

- 11 **Mediação e arbitragem de conflitos de consumo:
Panorama português**
CÁTIA MARQUES CEBOLA
- 47 **Consumo, comunicação e humanismo**
JOATAN MARCOS DE CARVALHO
- 61 **Recrutar a vida contratual e servir ao ser humano:
Comunicação e informação nos contratos de adesão**
RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA
- 145 **Do regime geral do comércio eletrônico no ordenamento
jurídico português**
MARISA CATARINA DA CONCEIÇÃO DINIS
- 185 **A nova diretiva sobre direitos dos consumidores**
JORGE PEGADO LIZ
- 227 **Segurança alimentar no direito do consumidor brasileiro
e da União Europeia (1a. parte)**
ANA CAROLINA HASSE DE MORAES

PARECER

- 253 **Parecer do CESE à Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à resolução de litígios de consumo em linha**

JORGE PEGADO LIZ

LEGISLAÇÃO

- 265 **Senado Federal**
Projetos de revisão do Código de Defesa do Consumidor

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 289 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**
Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli
- 292 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná**
Relatora: Andréa Fabiane Groth Busato
- 295 **Ementário**
Julgados do TJ/MG e do TJ/RS

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 299 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Martins de Sousa
- 314 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção)**
Relator: A. Borg Barthet

EM DESTAQUE

- 319 **I Curso Luso-Brasileiro de Verão de Direito do Consumo**

EDITORIAL

O DIREITO DO CONSUMO EM VIAS DE EXTINÇÃO EM RAZÃO DA CRISE ECONÓMICO-FINANCEIRA?

De distintos quadrantes se erguem vozes que nos perturbam deveras.

À superação da crise religa-se como que um abrandamento ou, quiçá, a supressão da Carta de Direitos do Consumidor.

A recessão, afirma-se, só é suceptível de se afrontar se os Estados desvalorizarem ou esbaterem os direitos, de molde a propiciar ao tecido empresarial uma franca recuperação, sem terem de se ater aos requisitos de qualidade, eficácia e segurança de produtos e serviços, sem terem de responder pelos atropelos perpetrados contra a figura do consumidor, sem terem de observar as exigências éticas imbricadas nos métodos negociais...

Que políticos desqualificados o proclamem, não nos perturba.

Que o façam académicos (docentes universitários com créditos firmados na esfera cultural do País) com responsabilidades, pois, isso já nos molesta e permite um juízo que não é nada abonatório para as personalidades em foco, sem perda do respeito que quem quer nos merece.

Sustentam uns que o direito do consumo perderá substância ao soerguer-se um *direito da pobreza*.

Sustentam outros que há que subtrair a direitos já consagrados a natureza de concessões historicamente situadas e em processo evolutivo ante os progressos tecnológicos registados, eliminando-os pura e simplesmente em razão da alteração das circunstâncias, como se a condição humana de cada um e todos houvesse de regredir para que o arbítrio, a iniquidade e a prepotência de novo se alcem a critério *rector* da vida em comunidade ou das relações no seio do mercado de consumo.

Nem sequer se apela – e tal já seria de proscrever por aberrante – a uma trégua na afirmação dos direitos, um lapso mais ou menos alargado de suspensão de direitos positivados. Pura e simplesmente se diz que o nível de proteção tem de ceder perante a necessidade de fazer funcionar a economia.

Importa indagar se a observância dos direitos, tal como se acham plasmados, inibe o funcionamento do mercado. Ou se, ao invés, é a concorrência que é suscetível de propiciar um retorno dos consumidores exauridos de meios ao mercado, que não os métodos adotados, vazados em estratégias mercadológicas desleais (enganosas ou agressivas, como se conceituam na União Europeia), na concertação de preços, como se observa no segmento dos combustíveis, sem que a Autoridade da Concorrência estabeleça o nexo de causalidade entre preços supinamente elevados e iguais a uma qualquer manobra de cartelização que lhe subjaz.

Ponto é saber se a publicidade ilícita (as comunicações comerciais) deve preponderar sobre a retidão de processos, a veracidade, a verticalidade, a probidade...

Ponto é saber se se deve permitir, de modo descabelado, como ocorre em afrontamento à lei e aos códigos, a publicidade subliminar, em agressão permanente à dignidade e ao respeito pelos direitos humanos.

Ponto é saber se os produtos alimentares e os fármacos deverão subtrair-se às exigências imperativas de segurança, qualidade e eficácia, impunemente.

Ponto é saber se os ilícitos contra a genuinidade dos géneros alimentícios deverão ser despenalizados ou, no limite, descriminalizados, permitindo-se os mais vis atentados contra a vida e a integridade física dos consumidores...

Este movimento a que nomes respeitados emprestam o seu prestígio não suscitará o repúdio da comunidade jurídica?

A economia é tudo e a vida é nada?

Será que “o que é bom para a General Motors é bom para o mundo”?

Será que teremos de o admitir acriticamente, depois da rejeição a que nos anos 60/70 se assistiu?

Será que a autocracia das cosmoempresas, dos monopólios e oligopólios conformarão um novo direito destituído de direitos?

Será que os governos se genuflectirão ante os interesses todo-poderosos das cosmoempresas? E que o governo dos povos, com ou sem embustes, passará de modo direto para os monstros que povoam o tecido empresarial cósmico?

Será que os direitos humanos regredirão ante a nula intervenção de quantos se adscrevem ao cumprimento dos seus ditames?

Que papel se pode assacar ao direito neste congenho?

O direito será a caixa de ressonância dos interesses inconfessos das transnacionais e das estruturas menores que obedecem às suas ignominiosas estratégias de modo silente?

Se os próceres dos poderes novos que se afirmam *urbi et orbi* se sentirem legitimados a agir para salvar a economia, condenando a humanidade às galés, que atitude é que se reclamará de cada um e todos os que jamais se permitiram a canga dos interesses, reagindo à sujeição e reivindicando um espaço de liberdade e de dignidade para todos?

Que os que em Portugal e no Brasil se consagram a estes mesteres respondam com a coragem de quem ousou impor, nos termos da Constituição Cidadã, um Código de Defesa do Consumidor, em si mesmo sinal de resgate do consumidor inerme e indefeso, ante a sujeição ocorrente no mercado, e uma Lei de Defesa do Consumidor, em Portugal, como carta de alforria num momento histórico exaltante, em que a regeneração de homens, mulheres e crianças se impunha de modo absoluto ante as forças de um mercado subjugante e desumanizado.

“Varra cada um a sua testada e a rua ficará limpa”...

Coimbra e Villa Cortez, junho de 2012

Mário Frota

Presidente do Conselho Diretor

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO:

PANORAMA PORTUGUÊS

CÁTIA MARQUES CEBOLA

Doutora em Direito e Docente no Instituto Politécnico de Leiria/ESTG

EXCERTOS

“O reduzido valor dos litígios de consumo, face às custas processuais em vigor, as especificidades das matérias inerentes ao direito do consumo ou o seu caráter transfronteiriço, no atual contexto de globalização da economia, constituem alguns dos fatores que evidenciaram as deficiências do sistema judicial”

“Os conflitos de consumo nascem da especial relação jurídica que se estabelece entre consumidor e agente económico, aquando da aquisição de bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos, destinados a uso não profissional”

“O objeto das relações jurídicas de consumo respeita muitas vezes a aquisições de bens ou prestações de serviços de baixo preço, o que se projeta no reduzido valor deste tipo de litígios, sendo vulgarmente designados, ainda que forma imprópria, de ‘bagatelas jurídicas’”

“Quando um cidadão europeu tiver um litígio com uma entidade sediada num Estado-membro, pretendendo apresentar queixa contra a mesma, deverá contactar o centro de coordenação no seu país, existindo formulários eletrónicos para o efeito”

“A Diretiva 2000/31/ CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000 (‘Diretiva sobre comércio eletrónico’), incentivou no seu art. 17º a aplicação de formas extrajudiciais pelos Estados-membros, devendo os organismos competentes nesta matéria oferecer aos consumidores as garantias adequadas relativamente ao seu procedimento”

“A transferência de competências dos tribunais judiciais para os centros de arbitragem justifica-se não como simples medida profilática, para diminuição da procura judiciária e resolução dos problemas inerentes à proclamada “crise da justiça”, mas antes como atribuição da solução dos litígios de consumo a instâncias tecnicamente mais adequadas, com procedimentos céleres e simplificados, ajustados às particularidades deste tipo de conflitualidade”

Introdução

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, recitava o poeta ao proclamar a mudança como a tónica do mundo em que coexistimos e o motor da sua evolução. Todavia, a existência de conflitos, decorrentes das relações entretecidas no seio de qualquer sociedade, mantém-se uma realidade incontornável em qualquer tempo histórico. Certo é que os conflitos vão assumindo diferentes tipologias e especificidades tendo em conta a época ou o contexto em que emergem.

Nas atuais sociedades de consumo, a inerente litigiosidade assume características específicas, reivindicando uma resposta apropriada às particulares exigências deste tipo de demanda jurídica. O reduzido valor dos litígios de consumo, face às custas processuais em vigor, as especificidades das matérias inerentes ao direito do consumo ou o seu carácter transfronteiriço, no atual contexto de globalização da economia, constituem alguns dos fatores que evidenciaram as deficiências do sistema judicial. Consequentemente tornou-se premente a criação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, de que são exemplos a mediação ou a arbitragem, referidos genericamente pela expressão anglo-saxónica de ADR – *Alternative Dispute Resolution* (ou RAL, na designação portuguesa).

Não é, portanto, de estranhar que a história recente da resolução extrajudicial de conflitos na Europa e, de forma particular em Portugal, se tenha desenvolvido em grande medida no âmbito do direito do consumo, alavancada no desenrolar da política de defesa dos consumidores. O *Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado único* de 1993 dava conta da existência de “comissões de queixas dos consumidores”, instituídas desde os anos 1970 em países como a Dinamarca, a Suécia e na Finlândia, para solucionar conflitos de consumo de forma simplificada. No Reino Unido ou na Irlanda foi estabelecida em determinados setores económicos, como na banca ou nos seguros, a figura do “private Ombudsman”, que mediava e dava resposta às queixas apresentadas pelos consumidores no âmbito dos serviços abrangidos pelas suas competências. Portugal e Espanha enveredaram pela implementação de tribunais arbitrais de conflitos de consumo, especializados na resolução deste tipo de litigiosidade.

Em causa não estará, em rigor, criar alternativas ou vias secundárias para reduzir a procura judiciária e fazer face à incapacidade de resposta dos tribunais civis. Verdadeiramente procura-se implementar mecanismos que, assumindo cariz extrajudicial, são dotados de técnicos e peritos especializados em direito

do consumo, capazes de prestar a informação necessária aos consumidores e decidir de forma tecnicamente adequada os conflitos nesta sede, atendendo às especificidades que os caracterizam. Pretende-se, em suma, concretizar de forma plena o direito à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta, tal como consagra o art. 3º, al. g) da Lei de Defesa do Consumidor portuguesa (Lei 24/96, de 31 de Julho).

Desta forma, iniciamos o presente trabalho analisando as particularidades da litigiosidade decorrente das relações de consumo, norteados pelo objetivo de definir qual a importância de procedimentos especializados nesta área e as exigências a que devem dar resposta, para garantir a reivindicada justiça célere e equitativa. Traçamos depois a evolução das políticas europeias no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos de consumo, fixando os objetivos almejados nesta matéria a serem prosseguidos pelos Estados-membros. Seguidamente focamos a nossa atenção no panorama português, tentando-se perceber de que forma os mecanismos extrajudiciais granjearam consagração no nosso ordenamento jurídico. Terminamos o nosso périplo analisando o funcionamento dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, apresentando propostas de uniformização dos respectivos regulamentos, no sentido de potenciar a afirmação de um verdadeiro sistema arbitral de consumo em Portugal.

1. Conflitos de consumo: características específicas

Tomando como base de análise os vários regulamentos dos centros de arbitragem especializados neste setor, consideram-se *conflitos de consumo os que decorrem da aquisição de bens, serviços ou direitos destinados a uso não profissional e fornecidos, prestados ou transmitidos quer por pessoa que exerça, com carácter profissional, uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios, quer ainda pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos*¹.

Da aplicação prática desta noção resultam algumas particularidades, que analisaremos seguidamente, tentando perceber porque se tornam inadequados os tribunais civis e quais as valências dos meios extrajudiciais.

i. Relação consumidor-agente económico

Os conflitos de consumo nascem da especial relação jurídica que se estabelece entre consumidor e agente económico, aquando da aquisição de

bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos, destinados a uso não profissional. A especificidade deste tipo de relação resulta da necessidade de proteção do consumidor, por constituir a parte “economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente do que o seu co-contratante”, tal como afirmou o Tribunal de Justiça das Comunidades no *Processo Shearson Lehman Hutton*².

Na verdade, o agente económico possui, não raras vezes, departamentos jurídicos especializados, os quais são responsáveis pelo seu aconselhamento legal e patrocínio judiciário. O consumidor, pelo contrário, interage na atual sociedade de consumo desprovido da mesma igualdade de “armas”, encontrando-se desprotegido, quer no momento de celebrar determinados contratos, dando anuência a cláusulas cujo alcance jurídico frequentemente não percebe, quer no momento em que o conflito surge, por desconhecimento dos direitos que lhe são devidos.

Esta realidade justificará que os meios de resolução de conflitos de consumo promovam a assistência e informação jurídica do consumidor, bem como uma forma simplificada e acessível para solucionar o seu litígio, exigência que contrasta com a complexidade processual de uma demanda judicial.

ii. Valor dos litígios

O objeto das relações jurídicas de consumo respeita muitas vezes a aquisições de bens ou prestações de serviços de baixo preço, o que se projeta no reduzido valor deste tipo de litígios, sendo vulgarmente designados, ainda que forma imprópria, de “bagatelas jurídicas”. Dizemos de forma imprópria, na medida em que o seu baixo montante não significa uma menor importância do conflito, nem mesmo um menor transtorno na vida do consumidor afetado. Contudo, o valor diminuto que caracteriza de uma forma geral este tipo de litigiosidade cria no consumidor uma atitude passiva na resolução do seu problema jurídico, pelas dificuldades e obstáculos que o sistema judicial lhe apresenta.

Na verdade, o processualismo intrincado, a morosidade judicial, as custas do processo e as despesas inerentes à assistência jurídica por advogado constituem fatores desincentivadores do recurso à via judicial por parte dos consumidores, que preferem assumir o prejuízo sofrido perante a opção de seguirem um caminho penoso na defesa dos seus direitos³. Desta forma, as instâncias competentes nesta sede terão de ser gratuitas ou exibir custos moderados, tal como se verifica nos atuais Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo.

iii. Especificidades das matérias de direito de consumo

As matérias inerentes aos conflitos de consumo levantam questões específicas, norteadas por princípios próprios que, paulatinamente, deram origem ao direito do consumo. A legislação neste âmbito é diversa e abrange a regulamentação de questões tão díspares como a matéria das viagens organizadas, dos serviços públicos essenciais ou das garantias de bens móveis e imóveis.

Acresce que, face à constante mudança da realidade económica e social inerente às atuais sociedades de consumo, as alterações legislativas nesta sede ocorrem a uma velocidade galopante. Desta feita, o esforço de atualização normativa implica uma capacidade quase hercúlea por parte dos profissionais que lidam com estas matérias. Esta inevitabilidade convocará que o julgador de conflitos de consumo seja um estudioso deste ramo do direito, atento à sua evolução legislativa, doutrinal e jurisprudencial e, portanto, que se assuma como especialista com dedicação exclusiva a estas matérias, o que não se verifica na atual orgânica judicial. Uma vez mais esta especificidade reclama a existência de estruturas especializadas com técnicos próprios.

iv. Efeito réplica

Uma quarta nota caracterizadora dos litígios de consumo reside na sua capacidade de réplica, podendo afetar simultaneamente vários consumidores. Pense-se, por exemplo, numa viagem organizada por determinado operador turístico cujo hotel não oferecia as condições publicitadas. Neste caso serão atingidos todos os consumidores que tiverem adquirido a predita viagem. Ou recorde-se a notícia trazida a público em 2010 relativamente a problemas no sistema de travagem de determinado modelo da marca Toyota, tendo esta empresa recolhido 2,3 milhões de veículos afetados com a mesma deficiência. Nestes casos será útil a resolução do conflito pela mesma entidade, cujo procedimento se apresentasse com suficiente flexibilidade para solucionar de forma uniforme e célere todos os potenciais conflitos resultantes do mesmo fato, de preferência obtendo-se um acordo consensual e abrangente, satisfazendo os interesses de todas as partes.

v. Caráter transfronteiriço

O desenvolvimento da sociedade de informação e das novas tecnologias tornou frequente a aquisição de produtos pelos consumidores fora das fronteiras de cada Estado. A compra em *websites* estrangeiros de livros, de viagens, de bilhetes de espetáculos é hoje cada vez mais comum aos cibernautas.

Todavia, aquele que parece ser um mundo de facilidades à distância de um clique pode tornar-se num tormento de fronteiras difíceis de transpor. Como resolver um conflito pela não recepção de um livro adquirido e pago através da *internet* a uma empresa sediada, por exemplo, na Alemanha? Como redigir e a quem dirigir reclamação neste caso? Que tipo de direitos prevê a legislação alemã na situação concreta e como conhecê-los?

Novamente as instâncias judiciais revelam-se demasiado complexas aquando da resolução de conflitos que apresentem pontos de conexão com diferentes ordens jurídicas estrangeiras. Este tipo de problemas motivou inclusive a criação da Rede Europeia EEJ-net que agrupa organismos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo nos diferentes Estados-membros, visando promover a solução de litígios transfronteiriços, como melhor veremos neste trabalho.

Na verdade, as especificidades que este tipo de litigiosidade patenteia e a inerente inadaptação do sistema judicial nesta sede estão na base da promoção dos meios extrajudiciais, inserida na política de defesa dos consumidores na União Europeia, que se analisa seguidamente.

2. Políticas europeias em matéria de resolução extrajudicial de conflitos de consumo

O Conselho Europeu de Tampere, de outubro de 1999, é comumente considerado como o marco histórico em termos de *Alternative Dispute Resolution* na Europa. Esta reunião foi assinalada pelo debate em torno dos problemas que grassavam nos sistemas judiciais dos diferentes Estados-membros, tendo-se estabelecido como desígnio europeu a promoção do acesso à justiça de todos os cidadãos. Tal objetivo é concretizado, de forma particular, pela Conclusão 30 do Conselho de Tampere⁴ ao dispor que devem instituir-se *normas mínimas que assegurem em toda a União um nível adequado de assistência jurídica nos processos transfronteiras (...)*, devendo ainda ser *criados, pelos Estados-Membros, procedimentos extrajudiciais alternativos*. Estava deste modo dado o mote para a implementação na União Europeia de mecanismos de resolução de conflitos fora do cenário judicial.

Não obstante a importância programática do Conselho de Tampere, a verdade é que no âmbito da política de proteção dos consumidores eram já vislumbráveis várias iniciativas legislativas exortando a aplicação de meios extrajudiciais. Na verdade, logo em 1975, a Resolução de 14 de abril⁵, contendo o *Programa Preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de*

proteção e informação dos consumidores, previa, no seu art. 33º, a realização de estudos sobre os sistemas de resolução amigável de conflitos, como a arbitragem e a mediação, depois de no art. 32º ter prescrito que os consumidores têm direito à justa reparação de danos decorrentes das inerentes relações de consumo, através de métodos rápidos, eficazes e pouco dispendiosos⁶.

Posteriormente, no âmbito do Conselho da Europa, diversas recomendações vieram promover a resolução de conflitos por acordo. A título de exemplo, podemos referir a Recomendação R(81)7, que, versando

A Diretiva RAL
proposta visa
garantir e alargar
a aplicação de
mecanismos
extrajudiciais para
todos os litígios de
consumo

sobre medidas que facilitem o acesso à justiça, incentivou a aplicação da conciliação e a resolução amigável de conflitos antes ou durante o processo. No mesmo sentido, a Recomendação R(86)12, respeitante às medidas destinadas a prevenir e a reduzir a sobrecarga dos tribunais judiciais, impelia os Estados a fomentar os acordos amigáveis das disputas e a garantir uma maior acessibilidade à arbitragem.

A 4 de janeiro de 1985, a Comissão envia ao Conselho, sobre a forma de memorando, a primeira *Comunicação sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça*⁷, na qual “considera que o sistema judiciário tradicional não está adaptado ao tratamento de pequenos litígios em matéria de consumo”⁸, suscitando-se a ideia de apoiar “projetos-piloto” com vista à criação de “processos simplificados” para a resolução de conflitos de consumo⁹.

Dando continuidade a esta Comunicação¹⁰, é apresentado, em 1993, o *Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado único*¹¹, o qual analisa a situação relativamente aos meios judiciais e extrajudiciais existentes nos vários Estados-membros, para concluir que deve intensificar-se o intercâmbio entre órgãos de arbitragem de consumo na UE¹². Como refere Jorge Pegado Liz, com este Livro Verde sai “reforçada a ideia do recurso aos meios não judiciais para resolução de litígios transfronteiras de consumo”¹³.

Na senda das conclusões patentes no predito documento comunitário, a Comissão vem a estabelecer, em 1996, um *Plano de Ação relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no mercado interno*¹⁴, considerando que os meios extrajudiciais podem constituir “um ‘filtro’ que importa encorajar para lutar contra os atrasos nos processos judiciais”. A Comissão observa ainda que a fixação de parâmetros mínimos no funcionamento

de meios extrajudiciais de resolução de litígios de consumo é fundamental para a criação de uma rede que integre estes mecanismos, à escala do mercado interno. Neste sentido, o Plano de Ação de 1996, em análise, estabeleceu, no seu Anexo II, critérios mínimos a serem respeitados pelos procedimentos não judiciais de resolução de conflitos de consumo, designadamente, imparcialidade, eficácia e transparência.

Estes parâmetros vieram, em 1998, a ganhar forma normativa com a Recomendação da Comissão 98/257/CE, de 30 de março, relativa aos princípios aplicáveis às entidades responsáveis pela resolução extrajudicial dos litígios de consumo¹⁵, cujo objetivo essencial assentava na promoção da confiança recíproca dos organismos extrajudiciais existentes nos diferentes Estados-membros, bem como a confiança dos consumidores nos procedimentos em funcionamento no seu Estado-membro. Este diploma foi transposto legislativamente para o nosso ordenamento jurídico através do DL 146/99, de 4 de maio, que cria um sistema de registo voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo para as entidades que promovam serviços de mediação ou de provedores de clientes neste âmbito e os quais deverão obedecer aos preditos princípios comunitários.

A Recomendação de 98 limitava, contudo, o seu âmbito de aplicação aos procedimentos que conduzissem à resolução do diferendo através da intervenção de um terceiro que propusesse ou impusesse a solução para a disputa, mormente a arbitragem e a conciliação. Excluídos estavam, portanto, os mecanismos que se limitassem a fomentar o diálogo entre as partes para que fosse construído, por elas, o acordo para o conflito, nos quais se inclui, por exemplo, a mediação facilitativa. Colmatando esta evidente lacuna, surge a Recomendação da Comissão 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001¹⁶, que alarga a aplicação dos princípios que regulamenta a qualquer procedimento de resolução de litígios em matéria de consumo considerados “alternativos” à resolução judicial.

De entre os princípios plasmados ressalta-se:

- a *imparcialidade e independência*, exigindo-se a isenção das entidades extrajudiciais (DL 146/99, de 4 de maio, art. 2º, n. 2, al. c); Recomendação 98/257/CE, Ponto I; e Recomendação 2001/310/CE, Ponto A);

- a *transparência*, devendo o procedimento ser claro e acessível ao consumidor (DL 146/99, de 4 de maio, art. 3º; Recomendação 98/257/CE, Ponto II; e Recomendação 2001/310/CE, Considerando 11);

- a *eficácia*, recomendando-se a gratuidade ou o custo moderado do sistema, a sua celeridade e a atribuição de um papel ativo ao organismo

competente (Lei 146/99, de 4 de maio, art. 4º, nºs 2, 3 e 4; Recomendação 98/257/CE, Ponto IV; e Recomendação 2001/310/CE, Ponto C);

– a *equidade*, assente na garantia de que ambas as partes gozam dos mesmos direitos (DL 146/99, de 4 de maio, art. 4º, n. 1, alíneas *a*) e *b*); e Recomendação 2001/310/CE, Ponto D);

– a *confidencialidade*, por forma a que as declarações e prova produzida no âmbito de um organismo de resolução extrajudicial de conflitos de consumo sejam sigilosas (Recomendação 2001/310/CE, Considerando 15);

– ou a *voluntariedade*, reflexo da liberdade de adesão aos procedimentos extrajudiciais disponíveis, bem como da liberdade das partes em qualquer momento do procedimento poderem desistir e recorrer aos tribunais comuns [Recomendação 2001/310/CE, Ponto D, n. 1, al. *a*)].

De notar que a Recomendação de 2001 não revoga a sua antecedente de 1998, vindo tão somente reforçar e consolidar os princípios plasmados anteriormente, alargando o seu âmbito aplicativo.

O passo seguinte nesta matéria foi dado com a criação de uma Rede Europeia Extrajudicial (inicialmente designada EEJ-net), com o objetivo de unir os organismos de resolução não judicial de conflitos de consumo dos diferentes Estados-membros. Baseada num documento de trabalho da Comissão¹⁷, de março de 2000, a implementação da EEJ-net visou facilitar e simplificar a resolução de conflitos de consumo transfronteiriços, envolvendo agentes económicos e consumidores de diferentes Estados-membros. Em 2005, depois da Decisão 20/2004/CE, surge a ECC-net como resultado da fusão dos *Euroguichets*, que forneciam informação e assistência em questões transnacionais, com a anterior EEJ-net. No plano financeiro tinha surgido, em 2001, a FIN-net agrupando as entidades nacionais do Espaço Económico Europeu, com competência para a resolução extrajudicial de conflitos no setor da banca, seguros e valores mobiliários¹⁸.

O funcionamento das preditas redes é similar. Cada Estado-membro deverá designar um centro de coordenação (*Clearing Houses*) responsável pela admissão à rede dos sistemas internos de resolução extrajudicial de conflitos que sejam compatíveis com as exigências comunitárias, os quais farão ainda a gestão das reclamações apresentadas pelos consumidores europeus. Em Portugal, e relativamente à ECC-net, foi designado como ponto de contacto o Centro Europeu do Consumidor¹⁹ da Direção-Geral do Consumidor e, no âmbito da FIN-net, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).

Quando um cidadão europeu tiver um litígio com uma entidade sediada num Estado-membro, pretendendo apresentar queixa contra a mesma, deverá

contactar o centro de coordenação no seu país, existindo formulários eletrónicos para o efeito. A reclamação será depois dirigida ao sistema do Estado-membro da entidade reclamada para que a contacte e tente obter a resolução do conflito por acordo. Se o agente económico aceitar a proposta de solução, esta é comunicada ao consumidor através do seu centro de coordenação para efeitos de resolução final do conflito. Desta forma, o consumidor poderá conseguir resolver o seu problema com um agente económico estrangeiro, a partir do seu país e na sua língua materna, obtendo ainda a informação relativa aos seus direitos²⁰.

Em termos legislativos, os meios extrajudiciais continuaram na mira das políticas europeias. A Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000 (*“Diretiva sobre comércio eletrónico”*), incentivou no seu art. 17º a aplicação de formas extrajudiciais pelos Estados-membros, devendo os organismos competentes nesta matéria oferecer aos consumidores as garantias adequadas relativamente ao seu procedimento.

No mesmo sentido, o Conselho e a Comissão, a propósito do Regulamento (CE) 44/2001, de 22 de dezembro²¹, relativo à competência judicial, reconhecimento e execução das decisões em matéria civil e comercial, também conhecido como “Bruxelas I”, reiterou o seu apoio aos trabalhos levados a cabo pelos Estados-membros relativamente às modalidades alternativas de resolução de conflitos²². No parecer do Parlamento Europeu²³ sobre a proposta deste regulamento, chegou a sugerir-se a inclusão de uma cláusula nos contratos concluídos com os consumidores, segundo a qual o operador económico e o consumidor acordariam que todos os litígios surgidos nas suas relações jurídicas fossem submetidos a um sistema extrajudicial de resolução de conflitos, desde que se assegurasse o livre consentimento do consumidor a esta estipulação, o que reflete a importância dada a estes mecanismos na União Europeia.

Em termos setoriais, o incentivo à aplicação de procedimentos que permitam a resolução de litígios de modo justo, rápido e extrajudicialmente, manteve-se em diversos documentos comunitários na área do direito do consumo, de que são exemplos a Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores²⁴ (art. 24º), ou a Diretiva 2009/72/CE e a Diretiva

Trata-se, portanto,
de uma situação
de arbitragem
necessária
unilateral, apenas
dependente da
vontade expressa
do consumidor,
sendo imposta ao
prestador do serviço

2009/73/CE, ambas de 13 de julho de 2009²⁵, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural, respectivamente.

A atividade da União Europeia nesta matéria culminou com a recente publicação da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo (*Diretiva RAL*)²⁶, assim como do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, no que concerne à resolução de litígios de consumo em linha (*Regulamento ODR*)²⁷, ambos de 29 de novembro de 2011, constituindo o resultado da consulta pública sobre a utilização da RAL na UE, lançada em janeiro de 2011.

A Diretiva RAL proposta visa garantir e alargar a aplicação de mecanismos extrajudiciais para todos os litígios de consumo, devendo o consumidor conseguir identificar rapidamente quais as entidades competentes, o que naturalmente exigirá uma maior e melhor informação aos cidadãos sobre estas vias. Por outro lado, os Estados-membros deverão assegurar que os organismos

Na verdade,
razões históricas
fundamentam
que se atribua um
caráter processual à
conciliação judicial
moderna

que promovam a resolução extrajudicial deste tipo de conflitos obedeçam aos parâmetros de qualidade estabelecidos comunitariamente na Recomendação 98/257/CE e na Recomendação 2001/310/CE, nomeadamente em termos de imparcialidade, transparência, eficácia e equidade.

Por sua vez, a proposta de Regulamento ODR tem como principal objetivo instituir uma plataforma europeia de resolução de litígios em linha (plataforma ODR), assumindo a configuração de um *website* interativo, através do qual os consumidores e comerciantes possam resolver extrajudicialmente um litígio no âmbito de uma transação de comércio eletrónica transfronteiriça. Nos termos do procedimento proposto, consumidores e comerciantes poderão apresentar as suas reclamações através de um formulário eletrónico, disponível na predita plataforma ODR. Posteriormente, esta plataforma verifica se a queixa poderá ser tratada e tentará obter acordo entre as partes sobre a entidade competente para resolver o litígio, prestando todas as informações sobre a mesma. Se houver acordo sobre o organismo competente, este deverá concluir o procedimento e resolver o litígio no prazo de 30 dias.

O regulamento proposto levantará algumas dificuldades de operacionalidade prática, tendo em conta, designadamente, estarem em causa cidadãos europeus de diferentes Estados-membros, com diferentes sistemas e mecanismos de resolução de conflitos. Note-se por exemplo que, nos termos do art. 8º, n.

4, bastará que as partes não estejam de acordo sobre a entidade competente para resolver o litígio para, neste caso, a queixa ser abandonada. Tal situação não nos parece difícil ou inverosímil de se verificar, porque naturalmente cada parte sentirá maior segurança e confiança perante uma entidade do seu próprio Estado, o que retirará a eficácia do sistema, almejada pelo legislador comunitário. De todo o modo, em causa está, certamente, uma boa base de trabalho e um passo corajoso na implementação dos ADR na Europa, o que não deixará de ter reflexos na realidade portuguesa que analisaremos seguidamente.

3. Os ADR em Portugal na área do consumo

A Constituição da República Portuguesa de 1974 consagra, após a primeira revisão de 1982, a existência de tribunais arbitrais, no então art. 212º, n. 2 (atual art. 209º, n. 2). Os desígnios constitucionais nesta matéria tiveram novo alento com a reforma constitucional de 1997, a qual veio aditar o n. 4 ao art. 202º, prescrevendo-se que *“A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”*.

Em termos legais e na senda da revisão constitucional de 1982, o instituto da arbitragem voluntária²⁸, abandonando o Código de Processo Civil, passa a ter enquadramento legal autónomo no DL 243/84, de 17 de julho²⁹. Contudo este diploma foi alvo de inúmeras críticas pelas insuficiências e ambiguidades de que era portador, desde logo, por se revelar já inadequado aos contornos do comércio internacional vigente na altura³⁰, pelo que vem a ser substituído pela Lei 31/86, de 29 de agosto, que se manteve em vigor até 2011. Ainda no ano de 1986 e dando concretização ao art. 38º da predita lei, é publicado o DL 425/86, de 27 de dezembro, regulamentando a criação de centros de arbitragem institucionalizada³¹. Nos termos deste diploma, as entidades que pretendam promover a realização de arbitragens voluntárias, com carácter institucionalizado, deverão pedir autorização ao Ministro da Justiça, para aferir da sua representatividade e idoneidade. Estava criado o quadro legal necessário ao incentivo e desenvolvimento da arbitragem em Portugal.

Fruto do apoio europeu manifestado na Comunicação da Comissão, de 1985, sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça, surge em 1989 o primeiro Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, na cidade de Lisboa. Tendo iniciado a sua atividade a título experimental no âmbito de um projeto-piloto, tornou-se uma estrutura autónoma em 1993, com a criação de uma associação privada sem fins lucrativos, responsável pela sua gestão³².

Os meios de resolução extrajudicial de resolução de conflitos ganham, assim, um novo fôlego em Portugal, passando a integrar-se na mesma estrutura procedimental a mediação e a conciliação, como fases prévias de tentativa de resolução amigável do litígio³³, seguidas, em caso de frustração da obtenção de acordo, do respetivo julgamento arbitral. Desenhava-se, desta forma, um sistema de *multistep conflict resolution*, no qual a solução do conflito passaria por diversas fases, tentando-se obter a sua resolução por diversos mecanismos sucessivamente.

Em 1991 foi solicitada à Comissão Europeia a aprovação do financiamento de um novo projeto-piloto, para a criação e desenvolvimento de um centro de arbitragem na área do consumo, desta feita na cidade de Coimbra, tendo funcionado entre 1991 e 1995. Face ao êxito e notoriedade que alcançou, passou de projeto a realidade com contornos definitivos, tendo o Ministério da Justiça, através do Despacho 166/95, de 9 de setembro, autorizado a criação do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz³⁴.

Progressivamente foram surgindo no país estruturas similares. O Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto iniciou o seu funcionamento em 1995 e, em 1997, nascem mais dois centros: em Vale do Ave e em Braga. Na Região de Turismo do Algarve foi criado em maio de 2000 o CIMAAL e, em 2005, é autorizado o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo da Região Autónoma da Madeira.

Os centros de arbitragem indicados padecem, contudo, de uma importante limitação territorial, apenas podendo dirimir conflitos de consumo no âmbito da área da sua competência regional. Desta forma, os consumidores de diversas regiões do país não dispunham de estruturas arbitrais às quais pudessem recorrer para solucionar os seus conflitos de forma célere e gratuita. Para suprir esta evidente lacuna, surge em 2009 o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), que, privilegiando os meios informáticos, recebe reclamações relativas a conflitos de consumo ocorridos em qualquer parte do país.

Os Julgados de Paz criados em 2001 pela Lei 78/2001, de 13 de julho, constituíram de igual modo um importante contributo na tentativa de disponibilizar aos cidadãos uma justiça próxima e célere, orientada por princípios de simplicidade, adequação, informalidade e oralidade. Em causa está uma nova via para a resolução de conflitos, que assume natureza “mista”³⁵, aproximando-se de um verdadeiro tribunal ao se atribuir aos juízes de paz a autoridade e a imperatividade que identifica o poder judicial, mas, paralelamente, sendo a sua atuação *vocacionada para permitir a participação*

cívica dos interessados e para estimular a justa composição dos litígios por acordo das partes (art. 2º, n.1, da Lei 78/2001).

Em matéria de consumo, estas entidades são competentes, designadamente, para ações destinadas a efetivar o cumprimento de uma obrigação, relativas ao incumprimento contratual ou respeitantes à garantia geral das obrigações, nos termos das alíneas *a)*, *i)* e *j)* do art. 9º, n.1, respectivamente, da *supra* referida Lei 78/2001³⁶. Assim, os Julgados de Paz constituem uma via adicional de solução de conflitos de consumo em Portugal, colmatando igualmente as limitações territoriais dos Centros de Arbitragem Regionais, tendo em conta que têm vindo a ser progressivamente instalados e se ambiciona que possam abranger todo o território nacional³⁷.

Não obstante, a importância dos julgados de paz no âmbito da resolução de conflitos de consumo, os centros de arbitragem neste setor devem constituir uma aposta inoxidável, tanto mais que se tem verificado uma tendência recente de reforço do seu poder de atuação, através da consagração da arbitragem necessária para determinados tipos de litígios. Assim aconteceu no âmbito dos serviços públicos essenciais nos termos do art. 15º da Lei 23/96, de 26 de julho, com a redação dada pela Lei 6/2011, de 10 de março. Na verdade e após a alteração de 2011, quando os utentes destes serviços sejam pessoas singulares e optem pela resolução do seu conflito através de um tribunal arbitral, o operador económico não poderá recusar a competência dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados. Trata-se, portanto, de uma situação de arbitragem necessária unilateral, apenas dependente da vontade expressa do consumidor, sendo imposta ao prestador do serviço.

Parece-nos que esta norma legislativa poderá constituir o ponto de partida para a consagração de uma verdadeira justiça arbitral de consumo, assente na resolução dos litígios entre o consumidor e o agente económico, por entidades especializadas. A transferência de competências dos tribunais judiciais para os centros de arbitragem justifica-se não como simples medida profilática, para diminuição da procura judiciária e resolução dos problemas inerentes à proclamada “crise da justiça”, mas antes como atribuição da solução dos litígios de consumo a instâncias tecnicamente mais adequadas, com procedimentos céleres e simplificados, ajustados às particularidades deste tipo de conflitualidade.

Não importará tanto saber que tipo de intervenção é exercida pelo mediador, mas qual a sua relação com o processo judicial de resolução do litígio

O cenário português dos meios extrajudiciais não ficaria completo sem a referência à recentemente aprovada nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei 63/2011, de 14 de dezembro), a qual modifica em diversos aspectos o regime jurídico anterior, com alguns reflexos a nível dos regulamentos dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, como veremos.

4. Os centros de arbitragem de conflitos de consumo em Portugal

O panorama traçado anteriormente permite-nos enquadrar os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo essencialmente em dois grupos.

Por um lado, os centros de competência horizontal e âmbito regional habilitados para a resolução de litígios decorrentes de uma relação jurídica de consumo, de forma genérica, os quais apresentam, contudo, limitações de ordem territorial, ao abrangerem somente os concelhos estabelecidos nos seus estatutos. Neste grupo inserem-se os Centros de Lisboa, Coimbra, Porto, Vale do Cávado, Vale do Ave, Algarve e Região Autónoma da Madeira³⁸.

Por outro lado, existem ainda os centros de competência vertical, que, tendo âmbito territorial nacional, apenas julgam determinados conflitos em razão da matéria. Integram esta categoria o CASA³⁹ (para o setor automóvel) e o CIMPAS⁴⁰ (no âmbito dos seguros). Encontra-se em fase de instalação o CIMACE⁴¹, competente para resolver litígios emergentes das relações de comércio eletrónico, que ocorram entre fornecedores e consumidores, em ambiente de *internet*.

Cingindo-nos aos centros de competência horizontal, abordaremos seguidamente o seu procedimento, que, de uma forma geral e tal como referido anteriormente, assenta num modelo de *multistep conflict resolution* ao tentar a solução do conflito pela aplicação sucessiva de diferentes mecanismos. Dividiremos a nossa análise tendo em conta duas etapas essenciais, referindo-nos primeiramente à tentativa de obtenção de acordo entre as partes através de mediação e conciliação e, seguidamente, focando atenções no processo arbitral.

4.1. O papel do mediador e do árbitro conciliador

A submissão de um litígio de consumo a julgamento arbitral, no âmbito dos centros de arbitragem em análise, depende da sua prévia tentativa de resolução através de mediação e conciliação⁴². Os serviços de informação e apoio jurídico quando recebem uma reclamação tentam obter acordo com a parte reclamada

através de mediação. Posteriormente, o diretor do centro enceta novamente esforços de concertação das partes através de conciliação.

A aplicação sucessiva de mecanismos como a mediação e a conciliação faz ressurgir a velha querela relativa à distinção entre estes dois mecanismos. Vários autores usam indistintamente os termos mediação e conciliação, considerando não ser possível a sua diferenciação. Neste sentido, Silvia Aramayo e Rafael Ibarreche afirmam que “hoy en día, parecen casi abandonados, por inútiles, los intentos de establecer una diferenciación relevante y de utilidad entre ambas: ni la práctica avalaría dichas diferencias puramente especulativas, ni tampoco parece que, normativamente, pueda mantenerse tal separación”⁴³. A mesma tendência é seguida em termos legislativos por vários acervos normativos em termos internacionais, de que é exemplo, na Costa Rica, a *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social* n. 7727, de 26 de novembro de 1997, que regula no seu capítulo II as duas figuras sem distinguir nenhuma. Também no Equador, a Lei de Arbitragem e Mediação, de 4 de setembro de 1997, prescreve no seu art. 55º que “para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”⁴⁴. De igual modo a Lei Modelo da UNCITRAL, sobre Conciliação Comercial, de 2002, estabelece a equivalência entre mediação e conciliação (art. 1º, n. 3).

Assim, a
confidencialidade
é hoje, de forma
consensual, um
princípio estrutural
da mediação

Consideramos, todavia, que se deve fazer um esforço de distinção entre as duas figuras, na medida em que existindo regulamentação legal aplicável a ambas será imprescindível saber que mecanismos estão incluídos ou excluídos das intenções legislativas, além de que se promove a consolidação prática de cada método. Como salienta Vinyamata Camp, o “esfuerzo por definir de manera rigurosa el significado y la práctica de la mediación es el mejor sistema de preservar sus aportaciones originales así como de asegurar su aceptación y uso social, evitando la proliferación de significados contradictorios, la frivolidad de asociarla a cualquier forma de intervención social, mercantil o política, que no contribuye más que a desorientar y confundir”⁴⁵.

Um dos critérios propostos na doutrina assenta no papel e tipo de intervenção do terceiro, no sentido de considerar-se que o mediador apenas apoia as partes na construção do acordo para o conflito, sendo que, por oposição, o conciliador pode propor soluções ou pareceres sobre a disputa⁴⁶.

Esta distinção não é, contudo, unânime, existindo autores que defendem papéis diametralmente opostos para o mediador e o conciliador. Assim, se para Alcalá-Zamora a conciliação se reduz a uma simples forma de autocomposição, e na mediação o terceiro propõe soluções de resolução do conflito⁴⁷, Montero Aroca, na senda de Goldschmidt, refere que na mediação “el tercero no sólo intenta acercar a las partes, sino que asume la dirección de las negociaciones, haciendo proposiciones que las partes pueden o no aceptar, mientras que el conciliador se limita a aproximar a las partes, pero sin proponer solución concreta al litigio”⁴⁸.

Por outro lado, a flexibilidade inerente a estes meios de resolução de conflitos, com a possibilidade de aplicação de diferentes técnicas por parte do terceiro imparcial, não permitirá (nem será desejável que permita) a definição do tipo de intervenção a levar a cabo pelo mediador ou pelo conciliador, de forma prévia e obrigatória. Será perante cada caso que o terceiro decidirá que papel vai assumir na sua intervenção, atendendo às características do conflito e das próprias partes.

Parece-nos que a tendência nesta matéria deverá ser a de distinguir os dois mecanismos em análise tendo em conta o próprio órgão responsável por levar a efeito cada método e a sua relação com o processo judicial ou arbitral de resolução do mesmo conflito. Na verdade, razões históricas fundamentam que se atribua um carácter processual à conciliação judicial moderna. Com efeito, este mecanismo foi sendo introduzido nas diversas leis processuais desde as reformas que os códigos de processo sofreram no século XX⁴⁹. Assim, ocorreu na Alemanha em relação à conciliação judicial preliminar obrigatória perante o *Amtsgericht*, depois da Reforma de 3 de fevereiro de 1924 (artigos §§ 495 e seguintes da ZPO) ou, em França, depois da Reforma de 1935, com a consagração da conciliação judicial oficiosa no decurso do processo⁵⁰. Em Portugal, a figura da conciliação foi consagrada expressamente na Constituição de 1822 e na Carta Constitucional de 1826, surgindo como ato prévio à instauração do processo em tribunal, realizada pelo Juiz de Paz⁵¹. Ora, na esteira deste passado não muito distante, parece que se deve distinguir mediação e conciliação pela natureza extraprocessual da primeira e processual da segunda.

Assim, conciliação será, desde logo, a tentativa de resolução do conflito por acordo entre duas ou mais partes, desenvolvida no âmbito de um processo judicial ou administrativo, através da intervenção do próprio *decidendi* responsável pela decisão final (conciliação judicial). No âmbito da arbitragem, a conciliação será levada a cabo pelo(s) árbitro(s) nomeado(s) que, uma vez

frustrados os intentos de concertação entre as partes, decidirão o conflito por sentença arbitral (conciliação extrajudicial).

Entendemos ainda que a tentativa de acordo promovida por um terceiro, como sejam os advogados ou os solicitadores, sem poderes decisórios, mas com uma conexão ou intervenção direta no processo, já existente ou a intentar-se no futuro, constituirá igualmente uma verdadeira conciliação, na medida em que estes profissionais, não conseguindo que o seu cliente obtenha uma solução consensual com a parte contrária, seguirão a via judicial ou arbitral, participando ativamente no processo ao abrigo dos poderes conferidos por mandato, o que nunca ocorrerá com o mediador, cuja participação termina com o procedimento de mediação.

Desta forma, o termo mediação deverá ser aplicado quando a resolução do conflito é promovida por quem não tem qualquer conexão com a disputa ou sem intervenção direta no processo judicial ou arbitral, relativo ao problema controvertido. O mediador será nomeado para exercer as suas funções num determinado conflito e, uma vez terminada a mediação, cessará a sua intervenção, não acompanhando mais ou participando de qualquer outra forma na resolução do litígio, se as partes houverem seguido posteriormente a via judicial ou arbitral. Este é, de resto, o sentido proposto pela Diretiva 2008/52/CE, que no art. 3º, al. a) *abrange a mediação conduzida por um juiz desde que este não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão*, acrescentando ainda que este mecanismo não inclui *as tentativas do tribunal ou do juiz no processo para solucionar um litígio durante a tramitação do processo judicial* respectivo. E, portanto, não importará tanto saber que tipo de intervenção é exercida pelo mediador, mas qual a sua relação com o processo judicial de resolução do litígio.

A distinção traçada é também a mais consentânea com o princípio da confidencialidade, plasmado nas diversas normas reguladoras da mediação, concretamente no art. 249º-C do Código de Processo Civil; no art. 52º da Lei dos Julgados de Paz; no art. 4º, n. 5, da Lei 21/2007, de 12 de junho, de mediação penal; ou, em termos europeus, no art. 7º da Diretiva 2008/52/CE. Estas normas vinculam o mediador à obrigação de sigilo no que concerne às informações divulgadas pelas partes, não podendo as declarações dos mediados valer como prova em tribunal, nem o mediador ser chamado como testemunha em processo subsequente sobre o mesmo conflito.

Assim, a confidencialidade é hoje, de forma consensual, um princípio estrutural da mediação. Mas será difícil exigir a confidencialidade quando, numa situação de ausência de acordo e tendo de seguir-se a via judicial ou

arbitral para resolução do litígio, quem previamente tentou mediar as partes tenha depois de intervir ativamente no respectivo processo, em defesa de uma parte, ou proferindo uma decisão final. O mediador deverá ser alguém que tem uma intervenção esporádica no processo conflitual, restringida à tentativa de obtenção de acordo, pelo que a sua participação finalizará com o fim da mediação, por forma a manter a total equidistância ao litígio e simultaneamente guardando sigilo sobre todas as informações de que tomou conhecimento.

Esta posição encontra-se refletida no sistema arbitral de consumo espanhol. Na verdade, tendo em conta o Real Decreto 231/2008 atribui-se ao órgão arbitral, no seu art. 42º, o poder de tentar conciliar as partes, devendo o mediador, nos termos do art. 38º do mesmo diploma, ser alguém externo ao procedimento arbitral. A mesma divisão de tarefas deveria existir nos centros de arbitragem de consumo portugueses. Na verdade, a realização de mediação pelos serviços de informação do centro, seguida de conciliação pelo seu diretor parece-nos uma duplicação de esforços relativamente à obtenção de acordo, que poderia alcançar melhores resultados se transferidos os intentos conciliatórios para o seu órgão próprio, ou seja, o árbitro. Por outro lado, face aos desenvolvimentos que a mediação tem granjeado no nosso ordenamento jurídico, deveria ser ministrada formação aos juristas e aos próprios diretores dos centros de arbitragem de consumo, para que se munissem de técnicas e ferramentas neste âmbito, podendo melhorar-se os resultados em termos de acordos logrados. A mediação de consumo deveria obter regulamentação legal, definindo-se as regras e princípios a obedecer pelo mediador. Ao(s) árbitro(s) dos centros de arbitragem de consumo deveriam ser assacadas as funções de conciliação.

4.2. Enquadramento jurídico-procedimental e propostas de uniformização

O procedimento de resolução de conflitos de consumo nos centros de arbitragem em análise é estabelecido nos respectivos regulamentos aprovados pelos seus membros⁵². Deste facto resulta que cada centro tem regras específicas, diferentes, por vezes, dos demais. Assim, um mesmo conflito de consumo poderá ser submetido a diferentes procedimentos se ocorrido na cidade de Coimbra ou em Braga, o que certamente constitui um fator de heterogeneidade pouco favorável à criação e consolidação de um sistema de justiça arbitral de consumo uniforme e com potencial de desenvolvimento no nosso país.

O DL 60/2011, de 6 de maio, criou a Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada (RNCAI), com o objetivo de assegurar o

funcionamento integrado destas entidades, agregando-as na mesma lógica de funcionamento e promovendo a utilização de sistemas comuns, bem como a adoção de uma mesma imagem e a implementação de procedimentos uniformes, tal como se prescreve no seu preâmbulo. Abrangidos estavam todos os centros de arbitragem institucionalizada financiados pelo Estado em mais de 50% do seu orçamento anual ou em montante inferior mas com caráter regular, onde se inserem os centros de arbitragem de conflitos de consumo. As normas do referido diploma demonstram, contudo, uma preocupação maior com o financiamento a prestar a estes organismos, do que com a sua uniformização.

Com a publicação, em 2011, da nova Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), renasce o debate em torno da necessidade de um diploma específico para a arbitragem dos conflitos de consumo, à semelhança do que se verifica em Espanha com o atual Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, que regula o Sistema Arbitral de Consumo naquele país⁵³. Contra esta ideia poderá argumentar-se que a atual lei revela suficiente flexibilidade para se adaptar a quaisquer litígios, não sendo pertinente a proliferação de vários diplomas regulamentadores da arbitragem em diferentes setores, suscetíveis de causar ambiguidades e contrariedades entre si. Ainda que prevaleça esta argumentação, considera-se pertinente a regulação uniforme de todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo com competência horizontal, que, por possuírem o mesmo âmbito material de competência, deverão aplicar o mesmo procedimento a todos os litígios nesta matéria.

Acresce que, face à criação do CNIACC, com competência supletiva face aos seus congéneres, tendo igualmente em conta a recente Proposta de Diretiva RAL de 2011, seria oportuno o seu funcionamento em rede. Propugna-se, assim, a publicação em diploma legislativo de um regulamento uniforme para todos os centros de arbitragem de conflitos de consumo, definindo-se o procedimento inerente aos organismos já existentes ou a criar, os quais seriam competentes para os mesmos conflitos e apresentariam a mesma tabela de custas. A não haver uma lei de arbitragem do consumo, deveria existir, em última instância, um diploma específico relativamente aos centros de arbitragem nesta matéria.

Seguidamente analisaremos criticamente alguns dos aspectos procedimentais mais relevantes que deveriam obter consagração legal na regulamentação geral defendida.

A mediação
de consumo
deveria obter
regulamentação
legal, definindo-se
as regras e princípios
a obedecer pelo
mediador

i. Voluntariedade e a arbitragem necessária

A competência dos centros de arbitragem para a resolução de um concreto litígio depende da vontade das partes, expressa na correspondente convenção de arbitragem, a qual poderá ter por objeto um litígio atual (designando-se neste caso *compromisso arbitral*) ou referir-se a litígios futuros e eventuais (assumindo a forma de *cláusula compromissória*). Esta regra, comum aos diferentes regulamentos, reproduz, de resto, a previsão da LAV a este respeito (art. 1º).

Questiona-se neste âmbito se a voluntariedade é uma nota absolutamente essencial à arbitragem de consumo ou se, pelo contrário, poderá estabelecer-se a obrigatoriedade de resolução dos conflitos nesta sede através dos centros existentes, que passariam a ter carácter necessário. Esta é a tendência preconizada para os serviços públicos essenciais após a alteração introduzida pela Lei 6/2011 na respectiva Lei 23/96, de 26 de julho, ao prescrever-se no seu atual art. 15º que “*Os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados*”.

Em causa estaria a transformação dos centros de arbitragem de conflitos de consumo em organismos especializados neste tipo de litigiosidade, com a vantagem de poder-se colmatar a possível ausência de consentimento por parte dos agentes económicos para participar no procedimento arbitral. Desta feita, apresentando o consumidor uma reclamação nestes centros, empresários e comerciantes seriam obrigados a submeter-se à arbitragem.

Contra esta solução invoca-se a sua inconstitucionalidade por violação do direito à tutela jurisdicional efetiva consagrado no art. 20º da Constituição da República Portuguesa (CRP), não podendo ser coartado a qualquer cidadão o direito de recurso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos⁵⁴. Pergunta-se então se, tendo em conta aquele preceito constitucional, poderá o Estado impor legalmente o recurso a estruturas extrajudiciais, tornando obrigatória a competência dos centros de arbitragem de conflitos de consumo?

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre esta temática no Acórdão 32/87⁵⁵, onde pode ler-se que “*depois da revisão constitucional de 1982, e face à nova redação então dada ao art. 212º, n. 2, da Constituição (hoje art. 209º, n. 2), passou a ser insuscetível de qualquer discussão e admissibilidade, na ordem jurídica portuguesa, de tribunais arbitrais. E, não distinguindo o preceito entre tribunais arbitrais ‘voluntários’ e ‘necessários’, não existe razão para se haverem por consentidos só os primeiros, e não os segundos. (...) Decorre do exposto, em suma,*

que quer já face ao texto primitivo da Constituição, quer agora, face à disposição expressa do art. 212º, n. 2, se haviam e hão de considerar admissíveis os tribunais arbitrais necessários". Assim, não nos parece poderem levantar-se dúvidas sobre a constitucionalidade de tribunais arbitrais de consumo obrigatórios.

Esta posição é igualmente visível em termos europeus. Efetivamente, o direito de acesso aos tribunais aparece consagrado no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, plasmando-se que "*Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei...*"⁵⁶. A este respeito o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) afirmou em diversas ocasiões que aquele direito não tinha carácter absoluto, podendo sofrer limitações, na medida em que a sua própria natureza exigiria uma regulamentação específica por cada Estado, a qual poderia variar em função das necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos⁵⁷. Por outro lado, no processo *British-American Tobacco Company Ltd. vs. Países Baixos*, o TEDH reconheceu por sentença de 20 de novembro de 1995 que, em âmbitos específicos e técnicos (como era o caso da concessão de patentes em análise no predito acórdão), pode justificar-se a opção por um órgão de decisão distinto de um tribunal judicial, em sentido clássico. Também no Caso *Deweer vs. Bélgica*, o TEDH afirmou que sistemas de renúncia aos tribunais, como sejam as cláusulas de arbitragem em matéria civil, serão em princípio válidos pois revelam vantagens tanto para os particulares, como para a administração da justiça. Assim sendo também no âmbito do direito europeu não se levantam obstáculos à criação de tribunais arbitrais de consumo com cariz necessário.

Esta previsão implicará, contudo, que as atuais estruturas sejam dotadas de meios humanos e financeiros suficientes para responderem ao consequente aumento da sua procura. Tendo em conta que estão em causa organismos geridos por associações sem fins lucrativos e cuja gratuidade constitui a tónica dominante relativamente aos serviços prestados, haverá que promover mudanças a nível do seu financiamento, para que não se provoque a sua asfixia económica. A aprovação de tabelas de custas (ainda que prevendo montantes moderados, como veremos) para processos superiores à alçada da 1ª instância (5000 euros) ou o aumento dos subsídios concedidos pelo Ministério da

A não haver uma lei de arbitragem do consumo, deveria existir um diploma específico relativamente aos centros de arbitragem nesta matéria

Justiça⁵⁸ constituem medidas essenciais para manter a vitalidade dos centros de arbitragem de conflitos de consumo⁵⁹.

ii. Unilateralidade e a declaração de adesão genérica

O procedimento dos centros de arbitragem de conflitos de consumo é ainda marcado pela sua unilateralidade ou unidirecionalidade, atendendo a que apenas o consumidor terá legitimidade ativa para iniciar o processo. Por outras palavras, os agentes económicos não poderão apresentar reclamações contra consumidores nestas entidades. Esta característica resulta dos seus vários regulamentos se referirem expressamente à possibilidade de contestação apenas pelo agente económico, donde decorre que as respectivas reclamações apenas poderão ser submetidas pelo consumidor⁶⁰.

A exceção a esta regra é promovida pelo Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Vale do Ave (TRIAVE) que no art. 7º do seu regulamento vem prescrever que “*Quer o agente económico, que tenha aderido genericamente, quer o consumidor poderão desencadear o processo de mediação, eventualmente seguido de arbitragem, com vista à resolução dos conflitos de consumo*”⁶¹.

Alarga-se, assim, a competência do Triave também aos operadores que subscrevam uma *declaração de adesão genérica*, traduzida na convenção através da qual os agentes económicos se obrigam a submeter à arbitragem de cada centro todos os eventuais litígios emergentes no seu estabelecimento comercial (se o consumidor concordar), bem como a inserirem cláusulas compromissórias nos contratos que celebrem com consumidores, designando o centro como entidade competente para resolver o conflito. A adesão genérica subscrita é depois publicitada nos estabelecimentos comerciais através da colocação de um símbolo respectivo, tentando-se granjear a confiança dos consumidores pela imagem de credibilidade que proporciona.

Esta figura ímpar no nosso contexto legal (não estando regulada pela Lei de Arbitragem Voluntária) tem uma eficácia reduzida face às brandas consequências da sua violação⁶². Na verdade, se um agente económico não cumprir a declaração a que se vinculou, recusando submeter-se a arbitragem quando um consumidor apresentar uma reclamação contra si no centro respectivo, ou não cumprir voluntariamente a decisão arbitral transitada em julgado que o condene, ser-lhe-á retirado o direito a utilizar o símbolo distintivo que o identificava como aderente.

Atendendo a esta ténue coercibilidade e à impossibilidade do consumidor obrigar o agente económico a cumprir a declaração de adesão genérica por si firmada, consideramos que deve consagrar-se a sua regulamentação legal

de forma expressa, a constar no sugerido regulamento geral dos centros de arbitragem. O regime deverá assemelhar-se ao previsto no ordenamento jurídico espanhol, no qual esta declaração assume a designação e caráter de *oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo*⁶³. Desta forma, uma vez celebrada a declaração de adesão genérica, a mesma valeria como proposta negocial de arbitragem, que se aperfeiçoaria com a aceitação do consumidor, tornando-se irrevogável depois de recebida pelo destinatário ou de ser dele conhecida, nos termos do preceituado no art. 230º, n. 1, do Código Civil português.

Regressando à questão da unilateralidade dos centros de arbitragem, julgamos que a consolidação de um verdadeiro sistema de justiça arbitral de consumo não se compadece com as limitações *intuitu personae* vigentes na generalidade dos centros de arbitragem neste âmbito. A abertura do Triave aos agentes económicos aderentes através de declaração de adesão genérica comprova que nenhum obstáculo se levantaria a que as suas reclamações fossem igualmente resolvidas nos centros de arbitragem de conflitos de consumo. Pensemos, por exemplo, na situação de um consumidor danificar uma peça de roupa nos provadores, não querendo responsabilizar-se pela reparação do produto. Por que não permitir que o gerente da loja possa recorrer a um centro de arbitragem para resolver o seu conflito?

O procedimento dos centros de arbitragem de conflitos de consumo é marcado pela sua unilateralidade, pois apenas o consumidor terá legitimidade ativa para iniciar o processo

Limitada deverá estar apenas a competência quanto a reclamações dos agentes económicos relativas à cobrança de dívidas dos consumidores⁶⁴. Desta forma se evitaria que o funcionamento dos centros de arbitragem fosse obstaculizado com a afluência abundante de ações para cumprimento de obrigações pecuniárias, transformando-se como que em meros “tribunais de injunção”. Consagrada, portanto, a restrição quanto às prestações monetárias em dívida, defendemos que os centros de arbitragem de conflitos de consumo deverão conferir legitimidade ativa quer a consumidores, quer a agentes económicos, consolidando-se como um sistema arbitral de consumo⁶⁵.

iii. Eficácia/recurso

No que concerne à eficácia dos centros de arbitragem de conflitos de consumo, é ela conferida, desde logo, pelo caráter vinculativo e força executiva das decisões arbitrais, consagrado de forma geral pelo art. 42º, n. 7, da LAV e, em termos especiais, pelos vários regulamentos destes centros.

O poder efetivo das sentenças arbitrais é reforçado pela inexistência de recurso, norma geral consagrada nestes centros⁶⁶, que contrariava inclusive a anterior lei de arbitragem voluntária (Lei 31/86, de 29 de Agosto, art. 29º) a qual estabelecia como princípio a possibilidade de recurso. Hoje a nova LAV vem também consagrar a tendência já seguida naqueles centros, estabelecendo como regra a insusceptibilidade de recurso, o que denota o caráter inovador daquelas entidades⁶⁷.

Mas a eficácia dos centros de arbitragem é medida, sobretudo, pela sua capacidade de resposta em tempo útil à reclamação apresentada. A celeridade é sem dúvida um importante fator de adesão à arbitragem de consumo e corolário do direito a uma justiça pronta e acessível tal como prescreve o art. 14º da Lei 24/96. Estatísticas reveladas pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL) revelavam que, em 2010, o tempo de resolução de um processo num centro de arbitragem de conflitos de consumo variava entre os 50 dias (em Coimbra) e os 147 dias (no CNIACC), o que é demonstrativo da rapidez destes centros. A capacidade de resposta destas entidades exige, contudo, que se continue a apostar na sua dinamização, devendo o Ministério da Justiça reforçar o apoio financeiro que assegura nesta sede, porquanto se “as estruturas dos Centros de Arbitragem não tiverem capacidade para manter a rapidez do processo, este perderá a sua eficácia e seu valor face ao sistema judicial”⁶⁸.

iv. Custos

O valor inerente aos litígios de consumo, tal como verificamos anteriormente, é, regra geral, reduzido, estando em causa conflitos de que envolvem pequenas quantias monetárias. Um estudo realizado pelo Centro de Estudos Sociais de Coimbra em 1998, relativamente ao Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, revelou que o valor dos processos, objeto de análise naquela entidade, variava entre 650\$00 ($\pm$ 3 euros) e 430.270\$00 ($\pm$ 2150 euros), situando-se a média nos 109.625\$00 ($\pm$ 500 euros)⁶⁹.

Por outro lado, os centros de arbitragem no âmbito do direito do consumo, alicerçando-se na política de defesa do consumidor, protagonizada pela União Europeia e pelos seus Estados-membros, norteiam-se por concretizar o direito a uma justiça acessível, plasmado, entre nós, no art. 3º, al. g) da Lei 24/96. Estes fatores conduziram a que os preditos centros de arbitragem, numa fase inicial, limitassem a sua competência a litígios de valor inferior à alçada da primeira instância (atualmente 5000 euros) e fossem caracterizados pela gratuidade

dos seus serviços. A isenção de custas abrangia, inclusive, o pagamento de preparos relativos à execução das sentenças arbitrais proferidas pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo, nos termos do DL 103/91, de 8 de março, que veio, contudo e de forma incompreensível, a ser revogado pelo DL 34/2008, de 26 de fevereiro, relativo ao Regulamento das Custas Processuais.

Com a consolidação e crescimento deste tipo de centros, estas notas caracterizadoras foram objeto de discussão e alteração contínua pelos diferentes regulamentos. O Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Algarve (CIMAAL) protagonizou a primeira abertura destes organismos a conflitos de valor superior, fazendo depender a sua competência da alçada do Tribunal da Relação (15.000 euros)⁷⁰. Hoje vários centros, de que é exemplo o CIAB de Vale do Cávado, abrangem quaisquer litígios de consumo *independentemente do valor*⁷¹. Esta alteração foi forçada, sobretudo, pela inclusão na sua competência dos conflitos decorrentes do Projeto “Casa Pronta”, que, relacionado com a compra e venda, doação, permuta, dação em pagamento, de prédios urbanos, mistos ou rústicos, forçosamente implicará a arbitragem de disputas de valor muito superior a qualquer alçada predeterminada.

Face a este alargamento de competências, foi chamada à colação a gratuidade dos centros de arbitragem de consumo, na medida em que iriam naturalmente acrescer os custos da gestão de processos de maior valor a cargo destes organismos, não havendo um aumento consentâneo da subvenção quer do Estado, quer dos seus associados. Desta feita, está a ser abandonada, como regra, a inexistência de pagamento de custas nestes centros. A título exemplificativo, o CICAP do Porto e o CIAB de Braga mantêm gratuitos os processos de reclamação cujo valor não ultrapasse a alçada dos tribunais judiciais de primeira instância⁷², mas referem a aprovação de tabelas de custas para os restantes processos, as quais não são, todavia, conhecidas até ao presente momento.

O alargamento destes centros a todos e quaisquer litígios de consumo (com a exceção das ações de dívida) parece-nos absolutamente essencial à consolidação de um sistema de justiça arbitral de consumo. Se queremos afirmar estas entidades como organismos especializados nesta sede, não será perceptível a exclusão de litígios apenas atendendo ao seu valor, pois o que justifica em

Mas a eficácia
dos centros
de arbitragem
é medida,
sobretudo, pela
sua capacidade de
resposta em tempo
útil à reclamação
apresentada

primeiro lugar a sua aplicação será a sua maior aptidão técnica para dar resposta a este tipo de litigiosidade. Consequentemente, tornar-se-á impossível manter a sua gratuidade como nota dominante, tendo em conta o inerente acréscimo de custos. Todavia, atendendo até a imperativos constitucionais de defesa dos interesses e direitos dos consumidores (art. 81º, al. *i* da CRP), os custos a vigorarem nestes centros terão naturalmente de ser moderados, não podendo significar um desincentivo de recurso aos seus procedimentos e redundar numa denegação da justiça neste tipo de conflitualidade.

v. Árbitros e juristas dos centros de arbitragem

O procedimento-regra dos centros de arbitragem de consumo assenta na divisão de funções entre três estruturas essenciais: (1) um serviço de informação e apoio jurídico, (2) uma direção e (3) um tribunal arbitral.

O serviço de apoio jurídico é responsável por prestar as informações solicitadas quer por consumidores, quer por profissionais, sobre qualquer questão relacionada com relações jurídicas de consumo. Por vezes, a informação dará lugar a um processo de reclamação, sendo aquele serviço encarregue não só da sua recepção, como também da triagem e instrução dos processos com vista à fase posterior de arbitragem⁷³. Estatísticas apresentadas pelo GRAL demonstram que, em 2010, foram solicitados cerca de 10738 pedidos de informação nos centros de arbitragem de consumo, o que é revelador da importância destas entidades no apoio jurídico prestado a consumidores e a agentes económicos e, por outro lado, reivindicará que os juristas que integrem este serviço tenham uma especialização na área do direito do consumo.

A normal gestão do centro é, em regra, assegurada por um diretor a quem cumpre a coordenação administrativa e financeira da entidade que dirige, bem como da formação dos recursos humanos ou dos serviços de informação e tratamento de reclamações, podendo ainda assegurar a realização da mediação ou conciliação das partes. As tarefas que tem a seu cargo implicarão uma dedicação exclusiva à função que desempenha por forma a poder promover de modo profícuo não só o normal funcionamento do centro, mas igualmente a própria divulgação da atividade da respectiva entidade, assegurando que os consumidores possuem conhecimento sobre esta forma de resolução dos seus conflitos.

Similar condição dever-se-á exigir aos árbitros dos centros de arbitragem de consumo. Na verdade, dada a especificidade das matérias que terão de analisar em sede de julgamento arbitral, bem como a sua abrangência e diversificação, as funções de árbitro impõem um nível de atualização científica elevado, apenas

compaginável com a sua dedicação exclusiva. Por outro lado, a existência de um corpo de técnicos especialistas no âmbito da arbitragem de consumo concorreria para a consolidação jurisprudencial nesta matéria. Acresce que o alargamento sucessivo de competências destes centros ampliará a sua procura e, consequentemente, o número de julgamentos arbitrais, facto que também corrobora a necessidade de peritos a tempo integral.

Em regra, o árbitro do centro é um juiz nomeado pelo Conselho Superior de Magistratura. Consideramos, contudo, que tal exigência não é inderrogável porquanto as funções de árbitro poderão ser exercidas por um jurista de inegável mérito na área de direito do consumo. Esta possibilidade está, aliás, prescrita no art. 8º, n. 2 do Regulamento do CIAB de Braga, o qual consagra que *“Enquanto o Conselho Superior de Magistratura não proceder à nomeação do árbitro, será nomeado interinamente um árbitro pela Administração do Centro, com licenciatura em Direito e com efectiva garantia de respeito pelos princípios aplicáveis pelos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo, expressos em Recomendações da União Europeia”*. Essencial é o seu grau de especialização, por forma a que as sentenças arbitrais neste contexto sejam adequadas e tecnicamente irrepreensíveis, contribuindo-se para a construção de um sistema de justiça arbitral de consumo.

Conclusão

Terminada a nossa jornada, parece inilidível a conclusão de que a arbitragem de consumo constitui uma realidade incontornável, pelas inerentes vantagens que patenteia. As especificidades dos conflitos de consumo, que analisamos no nosso trabalho, reivindicam especiais preocupações relativamente aos métodos de resolução aplicados nesta sede, constituindo a arbitragem o procedimento com maior capacidade de resposta a esta conflitualidade. O julgamento do litígio por técnicos especializados, a simplicidade dos trâmites processuais ou a gratuidade dos serviços prestados constituem argumentos de sucesso dos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

Contudo, a afirmação de um sistema arbitral de consumo exigirá que os centros existentes em Portugal estejam unidos por um só regulamento, que, de forma homogénea, os vincule a regras uniformes capazes de granjear a adesão dos cidadãos, pela sua divulgação e publicidade. Haverá um longo caminho a percorrer para a consolidação da arbitragem institucionalizada de consumo, devendo aumentar-se o seu apoio financeiro e institucional, incrementar-se a

formação e especialização dos seus técnicos, bem como a sua difusão junto de consumidores e agentes económicos. Os esforços no desenvolvimento destes centros de arbitragem de consumo não serão em vão, mas antes uma aposta ganha pelo papel fundamental que desempenham na concretização do direito a uma justiça pronta e acessível.

Coimbra, 10 de março de 2012

Notas

¹ De forma geral, são excluídos os litígios emergentes de factos que importem intoxicações, lesões, morte ou quando existam indícios de delito de natureza criminal.

² Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades, de 19 de janeiro de 1993, no Processo C-89/91 (Colect. 1-139).

³ O Eurobarómetro 342 de Abril de 2010 revela que 8% dos cidadãos europeus nunca iria a tribunal para resolver um litígio de consumo, percentagem que sobe para 11% nos consumidores portugueses. Veja-se este estudo no seguinte endereço eletrónico, acedido em 5 de março de 2012, http://ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf.

⁴ As conclusões do Conselho de Tampere de 1999 podem consultar-se no seguinte endereço eletrónico, acedido em 9 de agosto de 2010, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm. Como refere Martín Diz, “Los trazos generales de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se ven posteriormente reflejados normativamente en el Reglamento núm. 743/2002 del Consejo por el que se establece un marco general de actividad comunitaria destinado a facilitar la cooperación judicial en materia civil”. Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, “Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 73.

⁵ Publicada no JOCE n. C 92, de 25 de Abril de 1975.

⁶ Já a Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção de Consumidores, aprovada pela Resolução 543 da Assembleia Consultiva, de 17 de Abril de 1973, prescrevia no ponto B), alínea i), o direito dos consumidores relativamente ao *acesso fácil e pouco dispendioso a um sistema de Jurisdição nacional ou a uma arbitragem oficial, no caso de pedidos de pequeno valor*.

⁷ COM(84) 692 final.

⁸ Cfr. PEDROSO, João/CRUZ, Cristina, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2000, pp. 136-137.

⁹ Cfr. PEGADO LIZ, Jorge, “Justiças alternativas”, *Anuário Janus*, OBSERVARE/Jornal Público, 2004, disponível em http://janusonline.pt/2004/2004_3_4_5.html, consultado em 10 de fevereiro de 2012.

¹⁰ E também na sequência da *III Conferência Europeia sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça* de 1992, realizada em Lisboa.

¹¹ COM(93) 573 final.

¹² Note-se que apenas em 2002 surge o *Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial* [COM(2002) 196 final], o que comprova a evolução prévia que esta matéria ia granjeando no âmbito do Direito do Consumo.

¹³ Cfr. PEGADO LIZ, Jorge, “Justiças alternativas”, *Anuário Janus*, OBSERVARE/Jornal Público, 2004, disponível em http://janusonline.pt/2004/2004_3_4_5.html, consultado em 10 de fevereiro de 2011.

¹⁴ COM(96) 13 final.

¹⁵ Publicada no JOCE n. L 115/31, de 17 de abril de 1998. Em 30 de março de 1998, a Comissão aprovou a Comunicação relativa à Resolução extrajudicial de conflitos de consumo [COM(1998) 198 final], que comporta a predita Recomendação e o formulário europeu de reclamação para o consumidor.

¹⁶ Publicada no JOCE n. L 109, de 19 de Abril de 2011.

¹⁷ Documento SEC (2000) 405 final, de 17 de março de 2000.

¹⁸ Sobre a FIN-net, veja-se, entre outros, CATARINO, Luís/PEIXE, Manuela/OLIVEIRA, Raquel, “Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no Mercado de Valores Mobiliários. Apontamento para uma justiça de proximidade”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.11, CMVM, agosto 2001.

¹⁹ Ver Resolução do Conselho de Ministros n.18/2001, publicada no *Diário da República I*, Série-B, n. 44, de 21 de fevereiro de 2001.

²⁰ O Relatório sobre o funcionamento da ECC-net apresentado em 2009 revelava que foram recebidas em 2007 um total de 24847 reclamações em todos os centros de coordenação dos Estados-membros número que subiu em 2008 para 26463. As queixas apresentadas diziam respeito a problemas com a entrega e com os próprios produtos adquiridos ou os serviços prestados, bem como com as cláusulas contratuais estabelecidas, sobretudo, nos setores dos transportes, das atividades lúdicas e culturais e ainda no âmbito dos serviços de alojamento e de restauração. Em 50% dos casos, os conflitos eram resolvidos através de meios extrajudiciais, obtendo-se acordo sobre a sua solução. Ver o Relatório *Cross-Border Dispute Resolution Mechanisms in Europe – Practical Reflections on the Need and Availability*, disponível no seguinte endereço eletrónico, acedido em 2 de fevereiro de 2012, <http://www.coi.cz/files/documents/adr-report.pdf>.

²¹ JOCE n. L 12, de 16 de Janeiro de 2001. Regulamento modificado pelo Regulamento (CE) n. 1791/2006 (JOCE n. L 136, de 20 de Dezembro de 2006) e pelo Regulamento (CE) n. 1103/2008 (JOCE n. L 304, de 14 de Novembro de 2008). Ver o Portal da UE no endereço eletrónico http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_pt.htm, acedido a 15 de janeiro de 2010.

²² Ver a Declaração conjunta do Conselho e da Comissão incluída nas atas da sessão do Conselho de 22 de dezembro de 2000 em que se adotou o predito Regulamento. Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando,

“Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 80-82.

²³ JOCE n. C 146, de 17 de maio de 2001, pp. 94 e ss.

²⁴ JOCE n. L 133, de 22 de maio de 2008.

²⁵ E publicadas ambas no JOCE n. L 211, de 14 de Agosto de 2009.

²⁶ COM(2011) 793 final.

²⁷ COM(2011) 794 final.

²⁸ Sobre a evolução do regime da arbitragem voluntária em Portugal, veja-se Cortez, Francisco, “A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados”, *O Direito*, ano 124, v. III, 1992, pp. 365-404.

²⁹ Na lei processual civil mantiveram-se nos arts. 1525º a 1528º do CPC as disposições genéricas relativas à arbitragem necessária, ou seja, quando o julgamento arbitral de determinada questão é prescrito por lei especial. Pelo contrário, a arbitragem voluntária, ao abrigo do princípio da autonomia privada, fundamenta-se na vontade das partes manifestada na convenção de arbitragem, através da qual as partes aceitam submeter o seu litígio ao poder de decisão dos árbitros. Esta, por sua vez, pode ainda assumir a forma de arbitragem *ad-hoc* (que se caracteriza pela criação pontual de um tribunal arbitral para a resolução de um determinado conflito, o qual se extingue após o proferimento da decisão arbitral) ou arbitragem institucionalizada (assente na criação de estruturas arbitrais, com regras e árbitros próprios, tendo por isso caráter de permanência).

³⁰ O falecimento deste diploma é, todavia, ditado pelas dúvidas de inconstitucionalidade que assolavam a sua publicação, na medida em que, nos termos do anterior art. 168º, n. 1, alínea q), da CRP, compete à Assembleia da República, e não ao Governo, legislar sobre a competência dos tribunais. Nestes termos, em 1986, o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade daquele diploma e surge, neste mesmo ano, a Lei 31/86, de 29/8, através da qual se adota a regulamentação do instituto da arbitragem voluntária. Sobre os trabalhos de preparação desta lei, veja-se Mendes, Armindo Ribeiro, “Balanço dos vinte anos de vigência da lei de arbitragem voluntária (Lei 31/86, de 29 de Agosto): sua importância no desenvolvimento da arbitragem e necessidade de alterações”, *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa: Intervenções*, Org. Centro de Arbitragem Comercial, Associação Comercial de Lisboa, Almedina, 2008, pp. 22 e ss..

³¹ Sobre a arbitragem institucional em Portugal e, em especial, os centros de arbitragem de conflitos de consumo, veja-se Frota, Mário, “Arbitragem institucional”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n. 57, 2009 e PEDROSO, João e CRUZ, Cristina, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2000, pp. 214 e ss.

³² Cfr. PEDROSO, João e CRUZ, Cristina, *A Arbitragem Institucional em Portugal: o caso do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 1999, pp. 35 e 73.

³³ Sem embargo, a mediação realizada nestes Centros era, e em certa medida ainda é, incipiente, uma vez que “a formação dos mediadores era reduzida”. Cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Meios de Resolução Alternativa de Litígios: negociação, mediação e julgados de paz”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, v. II, Almedina, Lisboa, 2008, p. 730.

³⁴ Hoje designado por Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra, dado o alargamento do seu âmbito de competência a todo o Distrito, em 29 de setembro de 2000.

³⁵ Cfr. VARGAS, Lúcia Dias, *Julgados de paz e mediação – Uma nova face da justiça*, Almedina, Lisboa, 2006, pp.115-116.

³⁶ Cfr. VARGAS, Lúcia Dias, “O direito do consumo, os centros de arbitragem e os julgados de paz”, *Newsletter GRAL*, n. 5, Ministério da Justiça, 2009, p. 5.

³⁷ Ver *Estudo sobre o alargamento da rede nacional de julgados de paz* de 2007, realizado ao abrigo do protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça e o Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa – ISCTE, bem como o DINÂMIA – Centro de Estudos sobre a Mudança Socioeconómica, disponível no seguinte endereço eletrónico, acedido em 3 de março de 2012, http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estudo_Julgados_Paz%281%29.pdf.

³⁸ Com competência supletiva nacional nasceu em 2009, o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC).

³⁹ Tendo entrado em funcionamento no dia 4 de abril de 1994, com competência exclusiva para dirimir litígios decorrentes da prestação de serviços de reparação automóvel, o CASA tem hoje as suas competências materiais alargadas igualmente a litígios decorrentes do fornecimento de combustíveis e da compra e venda de veículos novos ou usados, assumindo-se como um centro de natureza setorial, ganhando a designação de Centro de Arbitragem do Setor Automóvel. Veja-se o seu *website* www.centroarbitragemsectorauto.pt.

⁴⁰ O Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros resulta do alargamento de competências do anterior CIMASA (limitado ao setor do seguro automóvel) promovendo, presentemente, a resolução de litígios decorrentes de contratos de seguros dos ramos automóvel; responsabilidade civil familiar, de exploração, do caçador e de uso e porte de arma (até 50.000€ por reclamação); e seguro multirriscos comercial e habitacional (até 50.000€ por reclamação). Veja-se o seu *website* <http://www.cimpas.pt>.

⁴¹ O Centro de Informação, Mediação e Arbitragem do Comércio Eletrónico é competente para a resolução de conflitos que surjam entre fornecedores e consumidores e entre agentes económicos, em ambiente de *Internet*, através de mediação ou arbitragem. Com base na tecnologia *webconference*, promove o encontro *online* das partes, mediadores e árbitros, sendo todo o processo conduzido exclusivamente por uma plataforma eletrónica. Veja-se o seu *website* www.omacdispute.org.

⁴² Ver, a título de exemplo, o art. 10º do Regulamento do CIAB de Braga.

⁴³ Cfr. VELARDE ARAMAYO, Maria Silvia e SASTRE IBARRECHE, Rafael, “Mecanismos de herecomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M^a Silvia Velarde Aramayo, 1a. ed. *Ratio Legis*, Salamanca, 2006, p. 59. Da mesma forma, Dário Moura Vicente entende que não existem diferenças substanciais entre as duas figuras (cfr. VICENTE, Dário Moura, “Mediação comercial internacional”, *Direito Internacional Privado – Ensaaios II*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 390) e Cardona Ferreira afirma que mediação e conciliação “devem ser caminhos muito ligados pela sua essência e pelos objetivos” (cfr. FERREIRA, J. O. Cardona, “Nova Justiça – Velho Idealismo, Mediação e Conciliação”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao professor doutor António Motta Veiga*, Coord. António José Moreira, Almedina, Coimbra, 2007, p. 1036).

⁴⁴ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativo de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, 1a. ed., Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 238. A respeito da realidade existente na América Latina, Diana Droulers refere que na Venezuela e no México o termo “conciliação” é utilizado quando o processo é levado a cabo por um funcionário do Estado, sendo a mediação de iniciativa privada. Na Colômbia, a Constituição de 1991 (art. 116º), assim como a Lei 446, de 7 de Julho de 1998, adotaram o termo “conciliação” sem fazer distinção em relação ao terceiro. Conclui a autora que não é possível fazer uma distinção clara e útil entre os dois termos na América Latina. Cfr. DROULERS, Diana C., “A mediação na América Latina”, *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1a. ed., Quimera, 2002, p. 92.

⁴⁵ Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, 1a. ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2006, p. 16.

⁴⁶ Neste sentido, Nicola Soldati refere que “*Secondo la dottrina, la conciliazione si caratterizzerebbe per un ruolo più attivo del conciliatore incaricato della composizione della vertenza, il cui potere si spingerebbe, in talune ipotesi, sino all'autonoma presentazione di proposte transattive*”. Cfr. SOLDATI, Nicola, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Editora Ipsoa, 2005, p. 230. Ver também Vezzulla, Juan Carlos, *Mediação, teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais*, 2. ed., Agora Comunicação, Lisboa, 2005, p. 85.

⁴⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA e Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2. ed., UNAM, México, 1970, p. 77.

⁴⁸ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 150.

⁴⁹ Cfr. PESSOA VAZ, Alexandre Mário, *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*, Vol. I, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 217.

⁵⁰ De referir é também o Projeto Solmi, preliminar do Código de Processo Civil italiano elaborado por Arrigo Solmi, Ministro da Justiça do Governo de Mussolini, datando de 1937. Cfr. PESSOA VAZ, Alexandre Mário, *Poderes e deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Vol. I, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 219.

⁵¹ Cfr. PEREIRA, Albertina, “O juiz, a mediação e a (nova) conciliação”, *Boletim, Informação & Debate*, Série IV, n. 6, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, setembro 2005, p. 197, n. 25.

⁵² Tiveram-se em conta na nossa análise os Regulamentos constantes nos *websites* dos respectivos Centros à data da elaboração do presente trabalho.

⁵³ Cfr. OLIVEIRA, Isabel, “A Arbitragem de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2000, pp. 371-413.

⁵⁴ Cfr. OLIVEIRA, Isabel, “A Arbitragem de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2000, pp. 392-393.

⁵⁵ Publicado no *Diário da República*, II Série, n. 81, de 7 de abril de 1987. Sobre esta questão podem ainda ver-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 757/95, 259/97 e 262/98.

⁵⁶ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra também o direito de acesso aos tribunais no seu art. 47º, tendo sido elevado a princípio geral de Direito Comunitário pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, por sentença de 15 de maio de 1986, no Processo 222/84, interposto por Johnston.

⁵⁷ Ver, entre outras, a sentença do TEDH de 8 de julho de 1986 no caso *Lithgow e outros vs. Reino Unido* e a sentença de 27 de agosto de 1991, no caso *Philis vs. Grécia*.

⁵⁸ Veja-se o Despacho 1454/2010, publicado no *Diário da República*, II Série, n.14, de 21 de janeiro de 2010.

⁵⁹ Discute-se ainda a este nível a possibilidade de parcerias público-privadas, através de protocolos de financiamento por entidades privadas, designadamente a nível dos operadores de serviços públicos essenciais. A concretizar-se esta medida, consideramos que os preditos protocolos não devem ser firmados individualmente por cada centro de arbitragem, sob pena de poder colocar-se em causa a sua isenção e imparcialidade. Na verdade, o financiamento direto pelo agente económico poderia criar a imagem de que os operadores estariam a subsidiar os seus próprios tribunais arbitrais. Não nos repugna este tipo de financiamento, na medida em que a resolução célere dos conflitos de consumo traz inegáveis vantagens económicas aos operadores de serviços, podendo repercutir-se esse saldo positivo na subsidiação dos centros de arbitragem. Contudo, tais protocolos devem ser estabelecidos entre as entidades reguladoras do setor e o Ministério da Justiça, que depois dividiria pelos centros existentes as verbas recebidas.

⁶⁰ A título de exemplo, veja-se, o art. 11º do Regulamento do CIMAAL ou o art. 11º do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Porto.

⁶¹ No mesmo sentido, mas no âmbito dos centros de competência vertical prevê o art. 6º do Regulamento do Centro de Arbitragem do Setor Automóvel.

⁶² Sobre a eficácia da declaração de adesão genérica, veja-se CAPELO, Maria José, “A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 1, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 1999, pp. 110-113.

⁶³ Veja-se o art. 25º do Real-Decreto 231/2008, de 15 de Fevereiro.

⁶⁴ Esta é, aliás, a orientação consagrada nos julgados de paz que, permitindo ações para efetivar o cumprimento de obrigações, quer por consumidor, quer pelo comerciante, exclui da sua competência as

prestações pecuniárias quando o seu credor seja ou tenha sido uma pessoa coletiva. Ver art. 9º, n.1, al. a) da Lei 78/2001, de 13 de Julho.

⁶⁵ Cfr. PIRES DE SOUSA, Pedro, “A Unidireccionalidade da Arbitragem de Conflitos de Consumo: os agentes económicos podem reclamar dos consumidores?”, *O Consumidor*, n. 81, fevereiro 1999, pp. 44-48.

⁶⁶ O Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra consagra a possibilidade de recurso apenas com fundamento em ofensa do caso julgado. Ver art. 19º do Regulamento do CACCDC acedido a 9 de março de 2012 no seguinte endereço eletrónico <http://www.centrodearbitragemdecoimbra.com/uploads/Regulamento%20Centro%20pdf%202010%2011%2005.pdf>.

⁶⁷ Os regulamentos atuais terão, contudo, de proceder a uma atualização relativamente aos fundamentos de anulação das sentenças arbitrais, uma vez que a remissão feita para a LAV antiga encontra-se revogada pela Lei 63/2011.

⁶⁸ Cfr. OLIVEIRA, Isabel, “A Arbitragem de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2000, p. 407.

⁶⁹ Cfr. PEDROSO, João e CRUZ, Cristina, *A Arbitragem Institucional em Portugal: o caso do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Coimbra e Figueira da Foz*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 1999, p. 139.

⁷⁰ Cfr. OLIVEIRA, Isabel, “A Arbitragem de Consumo”, *Estudos de Direito do Consumidor*, n. 2, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2000, p. 405.

⁷¹ Ver art. 5º, n.1 do Regulamento respetivo, disponível em http://www.ciab.pt/01_f.htm, acedido a 9 de março de 2012.

⁷² Ver art. 21º, n. 2 do Regulamento do CIAB e art. 23º, n. 2 do Regulamento do CICAP.

⁷³ Cfr. PEDROSO, João e CRUZ, Cristina, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2000, pp. 204-205.

CONSUMO, COMUNICAÇÃO E HUMANISMO

JOATAN MARCOS DE CARVALHO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR)

EXCERTOS

“De qualquer modo, é importante saber que tanto propaganda como publicidade são manifestações que ocorrem em praticamente todos os países do mundo, não importando qual a orientação política ou ideológica a que, alegadamente, esteja sujeito”

“O desejo e a necessidade de consumir, seja de bens indispensáveis à subsistência como os dispensáveis e supérfluos, encontram na comunicação o meio para que cheguem ao conhecimento do consumidor”

“A publicidade dita institucional busca exatamente isso: fixar, no imaginário dos consumidores, as marcas, as griffes, os estilos de vida oferecidos pelas empresas. Todos os anos são publicadas as relações (o ranking) das marcas mais valiosas”

“Praticamente todos os países têm seguido os direcionamentos da Uncitral e da OMC (Organização Mundial do Comércio), especialmente no que se refere à negociação transfronteiras”

“Sem dúvida, a culpa do fornecedor por veicular a publicidade é presumida; e ele somente se exonerará da culpa se demonstrar o caso fortuito, fatos alheios à sua vontade, uma situação externa, imprevisível ou irresistível, entre outros; entretanto, questiona-se a culpa dos veículos publicitário e das agências de publicidade”

“O STJ [Superior Tribunal de Justiça] reconheceu a legitimidade da Secretaria Municipal de Cidadania (Procon) para fiscalizar a ocorrência de infração contra a ordem econômica e aplicar multa em decorrência dessa prática”

I. Introdução

A abordagem pretendida com este trabalho situa-se na área de interpenetração do direito do consumo que é tocada por fatos ou conteúdos do direito da comunicação, mais especificamente, pela publicidade.

Para isso, iniciamos com uma rápida análise da comunicação social, fazendo uma diferenciação entre propaganda e publicidade e estabelecendo alguns contornos para esta última, no que interessa à relação de consumo.

Em seguida, tratamos dos aspectos legais, buscando estabelecer uma verticalidade lógica entre os vários níveis normativos que fundamentam as relações de consumo.

Uma vez estabelecidas as proteções legais que regulamentam o trato entre os fornecedores e consumidores, passamos à análise dos problemas que surgem dessas relações.

Veremos, então, como podem ser solucionados os conflitos que surgem dessas relações, através dos aparatos que se destinam a essa finalidade.

E, para finalizarmos, procuraremos incursionar em direção aos caminhos que levam ao futuro das relações de consumo, sempre tendo em conta o aspecto da publicidade que envolve a questão.

II. Propaganda e publicidade

O que é propaganda? Muito embora haja inúmeras definições do que seria propaganda, o mais importante é distinguirmos propaganda de publicidade, do comercial, do reclame, do anúncio etc. A propaganda, segundo Jacques Ellul¹, é fenômeno que ocorre tanto nos “estados democráticos” quanto nos Estados totalitários; muitas vezes de forma mais intensa, subliminal e mais eficaz em países democráticos.

É indiscutível que, presentemente, é difícil conceituar países com regimes puros, em que a democracia seja plena, ou mesmo que o totalitarismo seja dominante. Na China, por exemplo, embora não sejam plenas as liberdades democráticas, o país possui uma forte economia de mercado.

Podemos ficar somente neste exemplo, porque bem sabemos que atualmente vivemos em um mundo globalizado e que estamos sujeitos ao sistema neoliberal, de forma que mesmo nos países menos e mais democráticos existe uma “economia dita de mercado”.

Avelãs Nunes², professor jubilado de economia política da Universidade de Coimbra, costuma dizer que o neoliberalismo é uma doutrina tão envolvente e peculiar que se adapta a qualquer sistema político e forma de governo. É bem verdade que ele previa a ruptura do modelo, o que efetivamente ocorreu; entretanto, como se sabe, o sistema está se refazendo e os novos pressupostos é tema que merece análise, muito embora não nesta ocasião.

De qualquer modo, é importante saber que tanto propaganda como publicidade são manifestações que ocorrem em praticamente todos os países do mundo, não importando qual a orientação política ou ideológica a que, alegadamente, esteja sujeito.

Como visto, a publicidade é ocorrência de países democráticos de direito, relativamente democráticos de direito; ou de qualquer outra natureza. Tampouco importa aqui adentrarmos em considerações a respeito do que seria um estado democrático de direito.

Basta, para os limites desta abordagem, conceituar democracia como o regime que se exercita através de um pluralismo de representações civis, com poderes constituídos relativamente harmônicos, em que uma Constituição com princípios sociais, políticos e econômicos é respeitada.

Para nos atermos a um exemplo simples, vamos dizer que as veiculações político-partidárias são exemplos de propaganda; e as veiculações que incentivam o consumo de bens e serviços são manifestações publicitárias.

III. A publicidade

A comunicação tornou-se na sociedade contemporânea não só uma de suas características, mas uma de suas faces mais intensas. Através dela as pessoas ficam sabendo as últimas notícias, acontecimentos, novidades sobre pessoas, produtos, serviços, enfim dos acontecimentos do mundo.

O desejo e a necessidade de consumir, seja de bens indispensáveis à subsistência como os dispensáveis e supérfluos, encontram na comunicação o meio para que cheguem ao conhecimento do consumidor.

O professor José Francisco de Faria Costa³ afirmou, por ocasião de uma greve na Universidade de Coimbra, no final de 2003, que o movimento só passou a existir quando a notícia foi veiculada pelos órgãos de comunicação.

Desta tarefa necessária e útil se encarrega a comunicação. Entretanto, a publicidade não é apenas informação, é persuasão, convencimento.

Ao veicular-se um anúncio publicitário não se espera apenas informar o consumidor, mas sim vender o que está sendo anunciado.

Não se pode afastar da publicidade o seu caráter comercial, que tem por finalidade despertar no público alvo o desejo da compra, levando-o à ação de aquisição.

Muitas vezes temos necessidade de um bem, um produto ou um serviço; podemos necessitar de um veículo, uma caneta, um aparelho de telefonia fixa ou móvel; a esta necessidade básica a publicidade busca emprestar elementos para a satisfação do desejo.

Neste espaço é que há lugar para as *griffes*, marcas, assinaturas e para os autores e seus direitos.

A publicidade dita institucional busca exatamente isso: fixar, no imaginário dos consumidores, as marcas, as *griffes*, os estilos de vida oferecidos pelas empresas. Todos os anos são publicadas as relações (o *ranking*) das marcas mais valiosas.

A publicidade promocional visa a divulgação de um produto ou serviço, por meio da apresentação e descrição de suas características e utilidades; fazendo com que o consumidor tenha conhecimento do que está sendo oferecido ao mercado.

Só a título ilustrativo, vale mencionar algumas técnicas publicitárias, como o *teaser* (provocação) – publica-se um pré-anúncio que desperta a curiosidade do destinatário, para o anúncio complemento que se seguirá; o *puffing*, que é o exagero publicitário – (certamente nenhum veículo normal vence rampas superiores a 45 graus de inclinação, muito embora sejam mostrados em locais que o acesso seria impossível).

Na publicidade comparativa o anunciante confronta seu produto ou serviço com os demais produtos existentes no mercado. Há vedação quando a publicidade denigre o produto da concorrência, visando alcançar vantagem para o seu produto.

Uma das formas mais envolventes de propaganda é o *merchandising*, que é a publicidade de produtos ou serviços em vídeo, áudio ou artigos impressos em sua situação normal de consumo, sem declarar ostensivamente a marca.

Não nos cabe aqui exaurir ou detalhar as formas de publicidade e propaganda, as mídias ou meios pelos quais elas são vinculadas; o propósito é dar uma ideia geral, para que, na continuidade, possamos analisar, também em linhas gerais, as irregularidades que são vedadas.

Ao veicular-se um
anúncio publicitário
não se espera
apenas informar
o consumidor,
mas sim vender
o que está sendo
anunciado

IV. Aspectos legais

A questão tem aspectos e foros internacionais. A Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law) tem disciplinado a matéria, que também foi regulamentada tanto pelo Conselho da Europa como pela União Europeia, basicamente pela Convenção do Conselho da Europa e pela Diretiva sobre Televisão Transfronteiras, hoje denominada Diretiva da Comunicação Social Audiovisual (2010/13/EU, de 10 de março de 2010).

Praticamente todos os países têm seguido os direcionamentos da Uncitral e da OMC (Organização Mundial do Comércio), especialmente no que se refere à negociação transfronteiras.

Internamente, o artigo 5º, inciso XXXII, da CF, estabelece que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” (Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: V – produção e consumo; e VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bem e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico);

Ainda no artigo 5º da CF vamos encontrar no inciso LX uma referência à *publicidade*; no entanto, esta menção está relacionada à publicidade dos atos processuais. Muito embora muitos vejam na conjunção de dispositivos inseridos no artigo 5º a autorização para a comunicação publicitária, o que diz respeito diretamente ao que aqui estamos a tratar está disciplinado no título VIII da CF, que trata da Ordem Social, mais especificamente, no capítulo V, da Comunicação Social, pelos artigos 220 a 224.

E, evidentemente, o CC (Código Civil), o CDC (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei da Ação Civil Pública.

V. Os problemas do consumo

Sempre privilegiando o enfoque da publicidade, vamos analisar os problemas que podem surgir do relacionamento entre fornecedor e consumidor.

– **publicidade enganosa:** O CDC trata da questão ao preceituar no artigo 37, § 1º, de ser aquela que pode induzir o consumidor em erro.

Isto pode ocorrer por *omissão*, quando o anunciante deixa de informar relevantes sobre o que está sendo anunciado e, se o consumidor soubesse esse dado, não compraria o produto ou serviço ou pagaria um preço inferior por

ele; ou, por *comissão*, que ocorre quando o fornecedor afirma algo que não corresponda exatamente com a realidade, ou seja, atribui mais qualidades ao produto ou ao serviço do que ele realmente possui.

A vedação legal se dá porque a publicidade enganosa pode provocar uma distorção na capacidade decisória do consumidor, que, se estivesse corretamente informado, não adquiriria ou utilizaria o produto ou bem anunciado.

A doutrina e a jurisprudência têm assentado que para o induzimento em erro não se considera apenas o consumidor bem informado, mas também o desinformado, ignorante ou crédulo.

Tampouco se exige a intenção de enganar do anunciante, basta somente a veiculação do anúncio enganoso e estará configurada a publicidade enganosa.

Veiculações publicitárias que contenham enganos, ainda que tradicionais e usuais, não podem ser admitidas, em razão de um suposto “direito adquirido”.

Não difere o erro que se verifica, neste caso, do que era estabelecido pelo Código Civil de 1916 nos arts. 86 a 91 (agora arts. 138 e seguintes), a saber, que as declarações de vontade viciadas, com erro de compreensão ou entendimento, não são eficazes em relação ao consumidor.

E tem sido assentado que nem mesmo é necessário que o consumidor seja induzido em erro, basta que haja potencial de indução em erro para que a negociação que se realize a partir de uma publicidade viciada seja ineficaz.

Pode, ainda, ser considerada enganosa uma publicidade, mesmo que seu conteúdo possa ser considerado totalmente correto, quando se verificar a omissão de algum dado essencial. Se faltar à *comunicação* dado essencial, a publicidade torna-se enganosa por omissão.

Tem sido considerada enganosa a publicidade, quando havendo mais de uma interpretação para o anúncio, apenas uma das interpretações possíveis possa levar o consumidor a erro.

– **publicidade abusiva:** Está elencada no art. 37, § 2º, do CDC. É pacífico o entendimento de que é abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza; a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e inexperiência da criança, desrespeite valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A doutrina e a jurisprudência têm assentado que para o induzimento em erro não se considera apenas o consumidor bem informado, mas também o desinformado

Em todas essas espécies há ofensa aos valores sociais. O rol de espécies de publicidade abusiva é exemplificativo.

Como exemplo de publicidade *abusiva* podemos citar um anúncio de uma conhecida marca de roupas, que mostrava um paciente com Aids no exato momento de sua morte; ou do anúncio de uma marca de leite longa vida, no qual uma criança de determinada espécie racial representava um diabinho e o anjinho era representado por criança de outro tipo racial.

– **publicidade restrita:** Considera-se restrita a divulgação do tabaco, de bebidas alcóolicas, de agrotóxicos, de medicamentos e de terapias, por acarretam riscos extremos para as pessoas, suas famílias e o meio ambiente.

O art. 220, § 3º, da CF menciona que a lei deve estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, por isso estas modalidades publicitárias possuem restrições de horários na veiculação no rádio e televisão.

Questão complexa, ainda não totalmente assentada, é a da culpa dos envolvidos com a publicidade viciada.

Sem dúvida, a culpa do fornecedor por veicular a publicidade é presumida; e ele somente se exonerará da culpa se demonstrar o caso fortuito, fatos alheios à sua vontade, uma situação externa, imprevisível ou irresistível, entre outros; entretanto, questiona-se a culpa dos veículos publicitário e das agências de publicidade.

VI. A defesa do consumidor

Vejamos agora como a defesa do consumidor deve ser feita, como devem ser resolvidos os conflitos, os problemas, que decorrem das infrações que decorram das relações entre os fornecedores de bens e serviços e os consumidores.

a) Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

A primeira solução que se apresenta, e que é defendida por aqueles que estão voltados para o setor encarregado da intermediação entre o fornecedor e o consumidor, é a da autorregulação. Entre nós, este papel é exercido pelo Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária).

O Conar é a instituição que fiscaliza a ética da publicidade comercial veiculada no Brasil, norteando-se pelas disposições contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

O Conar é uma entidade do mercado publicitário. Segundo a autoapresentação publicitária que o próprio Conar faz de si, em anúncios veiculados na imprensa, ele é “um órgão criado por agências, anunciantes e veículos para zelar pelos limites éticos da comunicação comercial”. Nessa autoapresentação publicitária, a entidade promete proteger o consumidor.

b) Agências reguladoras

As agências reguladoras são, *grosso modo*, órgãos da administração pública.

Das dez agências reguladoras federais brasileiras, seis possuem em suas páginas na internet espaços dedicados exclusivamente aos consumidores.

O destaque dado ao ambiente voltado ao público usuário, no entanto, nem sempre chama a atenção na página inicial dessas agências.

A experiência tem demonstrado que a defesa do consumidor, que pode ser exercida pelas agências reguladoras, não é satisfatória; as soluções objetivadas são incertas e, muitas vezes, a resposta é desconcertante.

– Exemplos:

A *crise aérea* que atingiu o Brasil a partir do final de 2006 fez com que os passageiros se familiarizassem com a sigla Anac, da Agência Nacional de Aviação Civil. No entanto, o contato dos consumidores com as agências reguladoras ainda é marcado pela insatisfação, segundo especialistas ouvidos pelo UOL.

“As agências devem privilegiar o contato com o consumidor, para que possam ter uma ideia mais realista do problema a ser resolvido; mas elas ainda não estão atuando de maneira satisfatória”, disse Winston Neil Bezerra de Alencar, presidente da comissão especial de defesa do consumidor da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

A *fidelização* – Antes mesmo de entrar em vigor, as novas regras do setor de telefonia celular do país (portabilidade) já geravam polêmicas e certamente algumas questões acabaram por ser decididas na Justiça. Isso porque pontos importantes da Resolução 477 estavam sendo interpretados de forma diferente pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), responsável pela fiscalização do mercado, e pelos órgãos de defesa do consumidor.

As agências e órgãos reguladores *estão sendo reprovados* no atendimento prestado ao consumidor. A maioria continua lenta para reprimir os abusos das prestadoras de serviços, para julgar os procedimentos administrativos e impor multas a empresas que cometem ilegalidades. O resultado é uma enxurrada de reclamações de clientes, insatisfeitos com serviços de telefonia, planos de saúde e bancos, nos órgãos de defesa do consumidor.

O Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) divulgou recentemente o *ranking* dos órgãos e agências reguladoras.

Por três anos consecutivos, o Banco Central, que regulamenta o setor financeiro, e a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), que regulamenta o setor de planos de saúde, foram agências que tiveram as piores notas: 2,9 e 3, respectivamente.

No nível intermediário estão a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), com notas 5,8 e 4,6.

A melhor nota dada pelo Idec foi para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa): 6,3. Contou ponto a favor da Anvisa o desenvolvimento de programas para o cidadão e a ampliação de espaços de participação e controle social. A discussão sobre o fracionamento de medicamentos também é ressaltada como aspecto positivo na pesquisa do Idec, muito embora esta última não tenha alcançado efetividade prática.

c) Demais órgãos legitimados

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, dispõe sobre a legitimidade do *Ministério Público* em promover a *ação civil pública*.

Já a Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública) elenca, de forma mais abrangente, uma série de entidades que também estão legitimadas a intentar a referida ação.

O art. 5º da Lei 7.347/85 menciona quer o Ministério Público, pela União, pelos estados e municípios, quer as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações que estejam constituídas há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, desde que tenham em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao *consumidor*, ao patrimônio artístico, estético e histórico, turístico e paisagístico, ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A *Defensoria Pública* – Apesar da “suposta” taxatividade do rol elencado no art. 5º da supracitada lei, o Código de Defesa do Consumidor, visando à proteção da parte mais vulnerável da relação de consumo, por meio da disposição inserta no título III, no inciso III do art. 82 do aludido diploma legal, atribuiu legitimidade para o ajuizamento das ações coletivas às entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.

Deste modo, diante da determinação contida no art. 117 da Lei 8.078/90 de aplicação, no que for cabível, dos dispositivos constantes no título III do Codecon para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, a doutrina e jurisprudência pátrias, embora de maneira ainda acanhada, vêm

firmando o entendimento de que, para fins de publicização da ação civil pública, deve-se utilizar um critério pluralista, de forma a incluir entre os legitimados para a propositura de tal ação até mesmo entidades ou órgãos públicos sem personalidade jurídica.

Acrescente-se, também, que o art. 129, § 1º, da Constituição Federal assinala, em termos genéricos, a legitimidade de “terceiros” para propor ação civil pública na defesa dos interesses metaindividuais.

Explicitando o entendimento supra, Kazuo Watanabe⁴ preleciona que: “Não se limitou o legislador a ampliar a legitimação para agir. Foi mais além. Atribui legitimação *ad causam* a entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para que os órgãos públicos como o Procon (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor), bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo, mesmo sem personalidade jurídica.”

– O Procon pode aplicar multa por prática de *dumping*. O entendimento é da 1a. Turma do Superior Tribunal de Justiça. A turma manteve a aplicação de multa de 3 milhões de Ufirs (cerca de R\$ 3 milhões) à revendedora de combustíveis Esso Brasileira de Petróleo do município de Campinas (SP). A empresa foi acusada de reduzir seus preços em 22% para prejudicar e eliminar a concorrência local na intenção de, então, dominar o mercado e impor preços altos.

O STJ reconheceu a legitimidade da Secretaria Municipal de Cidadania (Procon) para fiscalizar a ocorrência de infração contra a ordem econômica e aplicar multa em decorrência dessa prática.

O caso chegou ao Procon por meio de uma reclamação do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo de Campinas e Região. O órgão de defesa do consumidor aplicou a multa severa. A Esso entrou com pedido de mandado de segurança. Alegou que a competência para fiscalização da prática de *dumping*, bem como para aplicação de penalidades previstas em lei seria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), e não do Procon.

A primeira e segunda instâncias de São Paulo deram razão à revendedora de combustíveis e anularam a multa aplicada pelo Procon. O entendimento foi o de que não haveria dano direto ao consumidor para justificar a penalidade. O Procon recorreu ao STJ.

Se faltar à
comunicação
dado essencial, a
publicidade
torna-se
enganosa por
omissão

O ministro Falcão destacou que o Código de Defesa do Consumidor abre a possibilidade de atuação do Procon em casos como esse. De acordo com o ministro, ainda que num primeiro momento possa se entender pela inexistência de afronta ao direito do consumidor, não há como se afastar a legitimidade do Procon para atuar. Segundo ele, a Lei 8.884/94, que trata da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, é também protetora e defensora dos direitos do consumidor.

Desta decisão, a Esso recorreu novamente à 1ª Turma para que o entendimento fosse modificado. Os ministros rejeitaram o recurso e mantiveram a posição.

A ação civil pública e a ação coletiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor, passaram a significar, portanto, não só a proposta pelo Ministério Público, como pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei 7.347/85 e do art. 82 do CDC e, ainda, pelos sindicatos e associações de classes e outras entidades legitimadas na esfera constitucional, sempre com o objetivo de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

VII. O futuro das relações de consumo

Para concluir, podemos dizer com os consumeristas, estudiosos das relações de consumo, que possuímos os instrumentos legais para a defesa dos direitos que são garantidos legalmente. O nosso CDC – Codecon, como também é conhecido – é um instrumento que chega à maturidade adulta, pois já tem mais de 21 anos.

A prática tem demonstrado a excelência desse diploma, que em conjunto com outros institutos, como a lei de ação civil pública, possibilita a defesa das relações de consumo de maneira ampla e abrangente.

É inegável que temos muito por fazer. Não podemos dizer que navegamos em mar de almirante. O jornal *Gazeta do Povo*, de Curitiba, Paraná, publicou há algum tempo reportagem denunciando o fato de que anúncios de veículos parcelados a juros zero, na verdade, podem ser adquiridos à vista com 16% de desconto. E o jornal *O Estado do Paraná*, em reportagem de 14 de setembro de 2008, reportou que o juro embutido chegou a 13% na negociação que entabularam.

Basta uma rápida análise nas ações pendentes no judiciário de todo o país e vamos constatar a enormidade de reclamações contra empresas de telefonia, televisão a cabo, planos de saúde e instituições financeiras, isto para citar só as mais reclamadas.

E embora muitas empresas mantenham campanhas publicitárias institucionais, com vista a tornarem-se simpáticas ao mercado, aos seus fornecedores e funcionários, através de seus programas políticos, sociais e ecológicos, a verdade é que nem sempre se verificam as promessas que são veiculadas.

Por outro lado, nesses últimos anos temos avançado enormemente no sentido do aperfeiçoamento das relações de consumo. Não podemos negar que muitas empresas vêm desenvolvendo programas-modelo.

A empresa Volvo desenvolve há muitos anos, entre outros, um projeto de segurança veicular que é referência para o setor. Empresas como a Petrobras e a Vale têm programas sociais e de proteção ao meio ambiente. A Ipiranga, com a compensação do efeito carbono.

As agências
e órgãos
reguladores estão
sendo reprovados
no atendimento
prestado ao
consumidor

A pergunta que se faz é: o consumidor pode cobrar os resultados prometidos por estas empresas em suas mensagens institucionais? Naturalmente. As propostas institucionais divulgadas pelas empresas como forma de fixação de suas marcas e de otimização de suas imagens são compromissos públicos que não só podem como devem ser exigidos por todos aqueles que podem fazê-lo, que têm titularidade para agir em defesa do consumidor.

Não é inovação ou novidade a manifestação recente do presidente do Superior Tribunal Eleitoral, ministro Carlos Ayres Britto, de que as promessas de campanha vinculam os candidatos.

VIII. Conclusão

Finalizando, gostaríamos de acrescentar, reatando com os argumentos lançados no início, que amadurecida a “defesa do consumidor” no Brasil, precisa-se avançar para soluções mais consentâneas com a nossa realidade presente.

Os reclamos individualizados precisam e devem continuar a ser atendidos pela justiça ordinária e pelos juizados; entretanto, a reiteração infinda de práticas abusivas há de ser tratada de maneira coletivizada.

É certo que vivemos num Estado Democrático e exercitamos uma economia capitalista de mercado, contudo, não podemos estar sujeitos a ações

que, modernas em suas concepções, guardam expressões de um capitalismo selvagem, desconsiderando os mais elementares princípios da Cidadania.

Precisamos orientar as ações de todos – agências reguladoras, Ministério Público, Defensorias Públicas, órgãos de defesa dos consumidores, para que a defesa do consumidor seja, de pronto, mais efetiva.

Por certo, é preciso que se respeite os fornecedores, é preciso tê-los na exata conta de sua significância e utilidade pública; como dito, a economia é de mercado, o lucro não é pecado e, sim, a regra do jogo.

Diversamente, não é concebível que tenhamos os maiores juros do mundo; que a nossa telefonia siga a reboque das tecnologias do primeiro mundo; que os nossos veículos sejam mais caros e não ofereçam a segurança que oferecem em outros países; que o nosso combustível seja um dos mais poluentes do mundo; que aqui ainda se utilizem, para a fabricação de bens, materiais que já foram proscritos na grande maioria dos países.

Temos que ter sempre consciência do fato de que os grandes conglomerados econômicos são transnacionais e atuam, por meio de poderosos *lobbies*, junto aos poderes constituídos da República.

Questiona-se fusões como a das cervejas, dos frigoríficos, da telefonia e outras que se encontram em andamento.

Enfim, é preciso assentar o meio termo; isto é, para que haja barateamento dos custos é preciso haver a universalização dos serviços e do consumo; entretanto, é preciso que sejam definidos marcos regulatórios efetivamente democráticos e que se façam respeitar.

Notas

¹ Ellul, Jacques, *Propaganda – The formation of men's attitudes*, Vintages Books, Division of Random House, N. York, 1968.

² Nunes, Avelãs, *A Constituição Europeia – A Constituição do Neoliberalismo*, 1a. ed. RT, Brasileira, São Paulo, 2007.

³ Costa, José Francisco de Faria, *Direito Penal da Comunicação – Alguns Escritos*, Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

⁴ Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

RECRIAR A VIDA CONTRATUAL E SERVIR AO SER HUMANO: COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE ADESÃO

RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA

Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigador Associado do CEDC – Centro de Estudos de Direito do
Consumo de Coimbra

EXCERTOS

“Assim, o contrato é, antes de mais nada, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, formado pela integração de duas ou mais vontades, visando à produção de todo e qualquer efeito reconhecido pelo direito”

“De fato, através dos contratos de adesão, passou-se a poupar o tempo de negociação e elaboração do contrato, especialmente através da repetição massificada das cláusulas, o que se ajusta às referidas estruturas de produção económica e distribuição de bens e serviços, colocando em prática as necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia”

“Cumpra observar que o termo “cláusulas gerais” (inclusive no que diz respeito à teoria contratual) é muitas vezes utilizado, especialmente no caso do Brasil, com o significado de cláusulas abertas, abstratas e materializáveis pelo intérprete, especialmente no caso dos magistrados, consoante o caso concreto”

“(…) a verdade é que, por si só, a economia de mercado mostrou-se incapaz de fazer vingar uma justa contratação e permitir a livre formação da vontade de contratar, quando menos no que respeita à aceitação ou rejeição de um determinado contrato de adesão”

“Tanto no Brasil quanto em Portugal, encontramos a dignidade da pessoa humana no centro das atenções, informando o projeto constitucional e resultando na criação de princípios que passaram a integrar, com crescente importância, o direito contratual”

“Desenvolve-se hoje, com maior desenvoltura, uma doutrina que procura proteger – inclusivamente através de uma ponderação dos interesses em jogo – os direitos fundamentais sociais, mesmo em atenção aos indesejados efeitos da autonomia privada, preservando-se o ‘mínimo existencial’ que permita à pessoa humana viver. Esta preservação dá-se através de uma vinculação direta dos particulares aos direitos sociais”

“Deve permitir-se o acesso generalizado dos contratantes a um registro público e de fácil acesso sobre as cláusulas contratuais gerais que forem consideradas proibidas pela decisão judicial inibitória, por mais que nunca tenha sido celebrado o contrato que as contenha”

“A ação coletiva, ao permitir a efetiva reparação de todas as pessoas lesadas na contratação através de cláusulas contratuais gerais, promoverá uma maior confiança do aderente no mercado e na melhoria do seu funcionamento”

1. Noções iniciais: teoria geral do direito civil

Sendo o *fato jurídico* aquele ao qual o direito confere reconhecimento, não lhe sendo indiferente [contrariamente ao que ocorreria quanto (i) ao cair de uma pluma ou (ii) à utilização de uma gravata de certa cor, respectivamente fatos não jurídicos de natureza *natural* e *social*], os *atos jurídicos* possuem a particularidade de derivarem de uma “*ação humana cujo efeito jurídico se prende à vontade do agente*” (diferentemente dos acontecimentos fortuitos ou de ordem natural juridicamente relevantes, mas involuntários, como o nascimento, o decurso do tempo ou a morte)¹.

Dentro da categoria dos atos jurídicos *lato sensu* situam-se os simples atos jurídicos (ou atos jurídicos *stricto sensu*) e os negócios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*). Estes são atos jurídicos integrados por uma ou mais declarações de vontade (unilaterais no primeiro caso, bilaterais ou plurilaterais no segundo), com vista à produção de determinados efeitos prático-jurídicos (normalmente de carácter patrimonial), com ânimo de que o direito os tutele – e que o direito efetivamente tutela porque e na medida em que foram queridos².

Enquanto no ato jurídico simples o efeito é produzido pela vontade do agente *por mais que esta não estivesse direccionada para esta produção* (sendo somente *ex lege* e não *ex voluntate*, como ocorre na gestão de negócios alheios ou na descoberta de tesouro), no negócio jurídico “*os efeitos são produzidos justamente porque foram queridos e na medida em que o foram*”³, como se verifica em relação ao testamento e ao contrato.

Assim, o contrato é, antes de mais nada, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, formado pela integração de duas ou mais vontades, visando à produção de todo e qualquer efeito reconhecido pelo direito⁴.

Ao conceito de contrato explicitado, costuma-se acrescentar um princípio tido como basilar para a definição do seu regime: a *autonomia*. Esta significa, em direito, *autodisciplina*: é uma atividade e um poder de regulamentação de interesses – sendo o interesse a relação entre aquele que sente necessidades e aquilo que é idóneo para as satisfazer – pelos próprios interessados (opondo-se à ideia de *heteronomia*, na qual este poder e esta atividade são provenientes de um terceiro ente, como as leis ou as decisões provenientes do Estado).

Da referida autonomia emana a liberdade contratual, isto é, a possibilidade que as partes têm de celebrar contratos. Contudo, a partir daqui – conforme salientou, nos ensinamentos do curso de doutoramento em direito civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o professor doutor Sousa Ribeiro – podem surgir problemas: se é certo que a liberdade contratual vem

ligada à liberdade em geral, também não se pode negar que possui algumas especificidades que podem fazer *estremecer* esta ligação.

De fato, o exercício da liberdade contratual conforma a conduta futura do contraente, acabando por implicar a perda de alguma liberdade ao vincular os interessados. Dito por outras palavras, é preciso saber, de verdade, que nos contratos busca-se a liberdade, mas o efeito várias vezes é o inverso⁵.

Assim, é conveniente ressaltar que a autonomia, enquanto nota integradora da ideia de contrato, não deve ser tida como (i) um poder *absoluto e ilimitado* de autorregulamentação de interesses pelas partes, nem como (ii) uma manifestação – não obstante a importância dada ao caráter volitivo dos atos e negócios jurídicos, consoante o que foi anteriormente exposto – de *exaltação das vontades integradas*, de tal modo que o contrato crie – como já se disse outrora – “*lei entre as partes*”.

No que respeita ao primeiro ponto deste debate, superando-se o plano meramente teórico e ingressando na “*pujança da vida real*”, a verdade é que nem sempre as partes poderão prever e querer o efeito jurídico que caracteriza o negócio: “*os negócios jurídicos não são monopólio dos jurisconsultos*”, advertia, elegante e humanamente, Galvão Telles. De fato, face à complexidade das operações contratuais, queremos acreditar que nem mesmo o mais arguto e experimentado jurista poderia pensar, no momento da prática do ato, em todos os seus efeitos⁶.

Como solução para esse problema, fala-se em *finalidades* da autonomia da vontade⁷, de tal modo que a sua manifestação deve ter como destino a *realização de valores* (segundo pensamos, valores protegidos pelo direito⁸). A não realização destes valores, estejam eles representados na causa contratual ou até mesmo nos motivos individuais que levaram uma pessoa a contratar, será fonte de inúmeros problemas, os quais serão melhor analisados adiante.

Para já, o importante é sublinhar que a vontade das partes não paira acima da lei: a autonomia da vontade como *poder suprallegal* é um dogma em que a ciência do direito já não crê há longo tempo... De fato, a verdade é que a própria lei impõe limites à autorregulamentação de interesses pelas partes, mas tais limitações não conflitam com a ideia de autonomia: basta os interessados disciplinarem por si as suas relações em inteira harmonia com os valores protegidos pelo direito.

Estes valores, como é natural, têm mudado com o decorrer do tempo, acompanhando o desenvolvimento da sociedade. Como veremos a seguir, vivemos numa mudança de épocas em que os tradicionais princípios – entre os quais a autonomia da vontade – apresentam-se como ultrapassados – quando

menos parcialmente – e superados por outros mais novos e condizentes não só com a realidade que pulsa no seio social como naquilo que respeita à preocupação em relação às gerações futuras.

No plano destas mudanças, os contratos de adesão – em que aparece eliminada a fase de negociação do conteúdo contratual, restringindo-se a manifestação da vontade e dos interesses do aderente – estão como que “encravados” exatamente no meio das transições que marcaram o início dos períodos industrial e pós-industrial, respectivamente⁹. Assim, são o maior exemplo de como a exaltação da vontade (em nome da desigualdade) imperou – e de fato frequentemente ainda impera – e de como são necessárias as mudanças quanto a este tipo de pensamento. Lançando as suas bases sobre um princípio cuja elevação absoluta está fadada ao insucesso – conquanto à altura poucos se tenham apercebido disto – os contratos de adesão representaram, a um só tempo, a vitória e a ruína da teoria contratual. A nosso ver, parecendo-nos impossível – ou mesmo indesejável – eliminá-los do universo jurídico, a presente tarefa consiste em repensar esta forma de contratação face aos novos valores vigentes e em constante transformação.

2. A sociedade industrial moderna e o surgimento dos contratos de adesão

A noção de contrato acima exposta, associada dogmaticamente a uma ideia de autonomia ampla (enquanto princípio de direito contratual) dominou especialmente no século XIX, com a chamada sociedade industrial ou moderna, perdurando até meados do século XX. A nosso ver, embora tal “modelo social” se encontre, atualmente, ultrapassado, é conveniente relembrar o avanço destas ideias (a seu tempo), pois estão na origem da expansão dos contratos de adesão.

Naqueles tempos, enfim “livre” (designadamente do clero e da monarquia absolutista), a burguesia assume o comando da sociedade. No campo jurídico, exemplo primordial das mudanças que se delineavam é dado pelo *Code Civil* francês, conhecido como o “Código Burguês” por excelência, o qual reflete uma concepção de vida extremamente liberal e individualista, permitindo, durante o referido período, o crescimento e a difusão de ideias de autonomia privada – de onde emana a liberdade contratual – claramente exaltadas.

Sob tal óptica, fundada numa ideia de igualdade *formal* (o “eu” metafísico e sem vínculos históricos, abstratamente reduzido ao “ser”, numa irredutibilidade

essencial que torna todos como “iguais”, simplesmente), é indiferente ao direito civil – e ao direito contratual – a posição que o destinatário de suas normas ocupa na sociedade.

Assim, no plano contratual, coloca-se uma excessiva importância na formação e manifestação da vontade de contratar, esquecendo-se – ou procurando omitir – que o poder de *autodisciplina* não é absoluto e difundindo uma ideia de que a celebração do contrato seria sempre justa, na medida em que atendesse à liberdade individual dos contratantes. Com efeito, se a vontade fosse formada e declarada por livre e espontânea vontade, tinha-se a ideia de um contrato justo, independentemente do seu conteúdo, generalizando-se a ideia consubstanciada no mote “*quem diz contratual, diz justo*”¹⁰.

Em relação à análise econômica deste período, como é sabido, a burguesia – ávida pelo lucro – passa a produzir em massa, potenciada pelos avanços tecnológicos da Revolução Industrial (como a descoberta da energia elétrica, da locomotiva e até mesmo do pára-raios, fornecendo a impressão de que o homem podia domar, mesmo nas suas manifestações mais terríveis, a natureza) e pelas Revoluções Americana e Francesa (as quais permitiram o acesso dos burgueses à “sala de controlo” do poder). Assim, através das revoluções, milhares de novos cérebros assumem a liderança em diversas nações, algumas delas já hegemônicas no cenário internacional, sobretudo em atenção à acumulação primária de ouro e matéria-prima, resultados do *colonialismo*.

Se bem vistas as coisas, é a mesma burguesia a origem e o destino deste “impulso”: é ela própria a maior consumidora dos bens que passam a ser produzidos. Assim, não é espantoso que se definam linhas de produção a pregarem objetivamente o menor esforço possível para atender a este número crescente de consumidores, recém-chegados ao comando, com riqueza acumulada, *liberdade* e individualismo exaltados por invenções, descobertas e revoluções (que desafiam até mesmo a natureza) e amparados por uma ideologia de *igualdade* que atende, pelo menos, a uma lógica formalista¹¹.

Criam-se bens de valor preferencialmente modesto, práticos, facilmente montáveis e – o que representa uma marcante inovação – alienáveis através de catálogos de venda. Este modelo reproduz-se de maneira generalizada: a sociedade industrial possui uma visão unitária do que sejam mercado, produto e produção. Visando uma dominação ampla, preza-se o trabalho físico e repetitivo, remunerado para os gastos na – própria – sociedade de consumo, se possível associando esse “consumismo” a ideais de “qualidade de vida”, independentemente do refinamento cultural que representem¹².

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, tudo passa a ocorrer na escala “de massa”: produção, distribuição, consumo... A pretendida dominação ampla é favorecida, de maneira incontornável, pelos meios de comunicação (também estes classificados como “de massa”): primeiro o rádio, depois a televisão e daí em diante. Passa-se, assim, dos milhares de ouvintes (presenciais, que acompanhavam os pregadores) aos milhões – ou aos milhares de milhões, como nas Olimpíadas ou no desembarque à lua – de ouvintes e telespectadores. Tornava-se manifesto o “poder condicionante” destes meios de comunicação – palavra de precípua importância para o presente estudo, tanto mais que integra o título que lhe dá sustento¹³.

É no seio desta economia massificada, segundo pensamos, que surge a ideia do contrato de adesão: uma contratação em que a celebração é dada por mera adesão de um dos contraentes às cláusulas previamente redigidas pela contraparte (ou até por um terceiro), sem que o aderente possa alterá-las, suprimindo-se, de tal maneira, a negociação do contrato durante a sua formação e desenvolvendo-se, desta forma, o modelo contratual “*típico da sociedade industrial moderna*”¹⁴.

De fato, através dos contratos de adesão, passou-se a poupar o tempo de negociação e elaboração do contrato, especialmente através da repetição massificada das cláusulas, o que se ajusta às referidas estruturas de produção económica e distribuição de bens e serviços, colocando em prática as necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia.

3. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: esclarecimentos pertinentes

Portanto, temos que o contrato de adesão é aquele em que uma das partes estabelece, prévia e unilateralmente, as cláusulas que a outra, de fato, não pode discutir, apenas podendo recusar ou aceitar o conteúdo global da proposta.

Por oportuno, convém esclarecer que as chamadas *cláusulas contratuais gerais* (doravante CCG) ou *condições gerais dos contratos* (CGC) são consideradas, pelos estudiosos do direito, como uma categoria mais restrita do que os contratos de adesão, já que a sua caracterização é dada por uma “indeterminação” quanto aos destinatários: as cláusulas são previamente redigidas para um número incerto de pessoas, com uma intenção manifestamente uniformizadora, levando a que os contratos sejam concluídos conforme um mesmo padrão, modelo ou *standard*. Por sua vez, um contrato de adesão pode ser elaborado para ser concluído

por apenas um destinatário. Fala-se aqui em *cláusulas individualizadas* (mas sempre “de adesão”, eis que a formação dá-se por mera aceitação do conteúdo contratual pré-formulado por pessoa diversa do aderente).

Nestes termos, é possível observar, desde logo, uma diferença entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, quanto à diferenciação entre cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão. O legislador brasileiro optou por focalizar as suas atenções nestes últimos, visto que representam uma categoria mais ampla, na qual estão inseridas as CCGs. Ao seu turno, o legislador português teve atenção também às cláusulas inseridas sem negociação, classificadas como – atente-se ao disposto no art. 1º, n. 2 do DL 446/85 – *individualizadas*. A nosso ver com razão, verifica-se a maior precisão da legislação portuguesa, eis que a classificação de um contrato como “de adesão” respeita ao seu modo formação, através da aceitação de um conteúdo sobre o qual o destinatário não pode influenciar, por mais que este conteúdo tenha sido especialmente predisposto para uma única situação específica (“irrepetível”, como sabiamente esclareceu Sousa Ribeiro, ou seja, ao contrário do que sucede com as cláusulas contratuais “gerais”, que se destinam a um número indeterminado de pessoas e casos, de resto inseridas na maioria dos contratos de adesão).

Como o aludido regime português não exige que este aderente individual seja um consumidor, temos que a legislação brasileira, neste ponto, poderia ter sido mais exata e pontual quanto à proteção do aderente não consumidor (a qual, sem embargo de ser mais rara, não deve – repita-se – ser desprezada, diante das suas fragilidades). Estes prejuízos são contornados por noções equiparadas de consumidores e pela doutrina brasileira, especialmente em atenção ao diálogo das fontes, como se verá mais à frente.

Na Europa, costuma-se efetivar uma minuciosa análise dos contratos de adesão, cláusula por cláusula, o que não nos parece de modo algum prejudicial à proteção do aderente – muito pelo contrário. Entretanto, noutros países europeus, como a Alemanha, a França e a Itália, prefere-se a expressão “*condições gerais dos contratos*” a “*cláusulas contratuais gerais*” (terminologia consagrada no ordenamento jurídico português). Trata-se de um purismo dos juristas lusitanos, os quais temiam a utilização do termo “*condição*” com um sentido diverso do tradicional civilista (enquanto elemento accidental do contrato).

Saliente-se, ainda no que toca aos esclarecimentos preliminares sobre a disciplina contratual de adesão, que a doutrina especializada diferencia “cláusula predisposta” de “cláusula proposta”. De fato, se é mais comum que

o predisponente seja também o proponente, sustenta-se a possibilidade de a proposta partir do aderente, o qual apenas se limita a subscrever o contrato (que, por sua vez, reflete um plano de elaboração de operação económica de cláusulas contratuais gerais), como ocorre com os contratos de seguro de vida em que o proponente adere às condições do segurado¹⁵. Outros exemplos seriam o dos contratos celebrados pelos *shopping centers* com os vendedores, quando o centro comercial dá as condições para a venda e os vendedores fazem as suas propostas. Porém, nem sempre a situação será clara, reclamando cuidados na contratação¹⁶.

Cumprе observar que o termo “cláusulas gerais” (inclusive no que diz respeito à teoria contratual) é muitas vezes utilizado, especialmente no caso do Brasil, com o significado de cláusulas abertas, abstratas e materializáveis pelo intérprete, especialmente no caso dos magistrados, consoante o caso concreto (*v.g.* a boa-fé, a função social dos contratos etc.)¹⁷.

Esclarecida a conceituação (que será utilizada de maneira variada conforme o momento da exposição), o importante é notar que os contratos de adesão se expandem rapidamente por grandes setores da economia e, de exceção, chegam a tornar-se a regra em matéria de contratação (inclusivamente no que respeita a serviços essenciais, frise-se) na sociedade em que se vive hoje. Daí decorrem problemas que serão abordados logo em seguida.

4. O problema dos contratos de adesão face ao princípio da liberdade contratual

Conforme tivemos a oportunidade de lembrar, uma posição mais clássica da doutrina defende que o contrato encontra na autonomia da vontade, de onde emana a liberdade contratual, o seu princípio basilar, a sua nota integradora. Porém, segundo o que acabamos de ver, a referida autonomia, materializada através da autorregulamentação dos interesses pelos próprios contraentes, aparece, nos contratos de adesão, desde logo desequilibrada: se o conteúdo é determinado por apenas um dos contraentes (ou por um terceiro), sem influência do destinatário (que a elas apenas adere), qual será a liberdade contratual do aderente?

Tal pergunta, que provavelmente ecoou na consciência de contratualistas do mais alto gabarito, consubstancia o que já foi classificado como a “crise” ou o “problema do contrato” em estudos jurídicos que abrilhantaram de sobremaneira o cenário jurídico internacional¹⁸.

Em suma, dir-se-ia que a primeira solução encontrada para resolver o problema foi a de atender às ordens da chamada “economia de mercado”. Assim, se o aderente não podia discutir o conteúdo do contrato previamente, ao menos teria a liberdade (restrita, no confronto com o que seria uma contratação plenamente livre para negociações) de aceitar ou recusar o contrato de adesão.

A partir daí, o próprio mercado, através da *concorrência* entre os diversos utilizadores de CCG (*u.g.* os fornecedores), encarregar-se-ia de premiar os contratos mais favoráveis ao aderente, afastando aqueles que lhe fossem desfavoráveis, funcionando como um *controle* que manteria “acesa” a justa contratação e afastaria até mesmo as cláusulas contratuais injustas¹⁹.

Duas críticas principais podem ser apontadas a tal “solução” para o “problema” dos contratos: (i) diante de um monopólio, especialmente no que toca a serviços essenciais (água, luz, gás e outros bens, os quais muitas das vezes são fornecidos por entes ligados ao Estado), o aderente não tem como escapar de uma contratação abusiva e desfavorável através da “pesquisa” (sobretudo de preços, mas também no que respeita a outras características dos bens) entre a concorrência; e (ii) tal modelo de controle pressupõe uma adequada formação e informação do aderente, para que, havendo opções de contratação, tenha a plena capacidade para eleger aquele contrato que, entre os propostos pelos concorrentes, atenda às suas legítimas expectativas, permitindo assim a formação da vontade com um mínimo de liberdade contratual e a posterior “premiação” dos predisponentes e utilizadores que oferecem as melhores condições.

Quanto à primeira crítica, embora de suma importância e sem prejuízo de mantermos sempre aceso o espírito de indignação contra as injustiças (lembrando de alguns problemas verificados na distribuição de água em Portugal), quer-nos parecer que a sua verificação prática é hoje bastante restrita – controlada sobretudo pelo Estado, que confere direitos aos cidadãos através de leis específicas e não só – nos ordenamentos jurídicos sobre os quais nos debruçamos.

Porém, em relação à segunda, é com pesar – vergonhoso para os nossos propósitos – que se constata, ainda hoje, uma completa falta de informação dos aderentes, permitindo que a prévia e unilateral estipulação das cláusulas gerais seja levada a cabo em seu prejuízo. Segundo a nossa ordem de ideias, é hoje muito comum ver contratos de adesão que contêm cláusulas aberrantemente desfavoráveis ao aderente. O dito *Informationsmodell*, embora possa ser profícuo no plano das ideias, parece falido quando posto em prática²⁰. Esta “falência” desloca as atenções, que deveriam concentrar-se na formação do contrato, para

um momento posterior à sua celebração (ou ao menos à sua “colocação no mercado”, de modo a propiciar as adesões), implicando a necessidade de um “controle de conteúdo” dos contratos de adesão²¹.

De todo o modo, a verdade é que, por si só, a economia de mercado mostrou-se incapaz de fazer vingar uma justa contratação e permitir a livre formação da vontade de contratar, quando menos no que respeita à aceitação ou rejeição de um determinado contrato de adesão.

De uma maneira geral, a solução encontrada pelo direito para a solução destes problemas é baseada na criação de regimes legais especificamente voltados para a proteção do aderente, devido à sua manifesta debilidade frente ao predisponente, no que toca à formação do contrato. O Decreto-Lei 446/85, lei pioneira que deu tratamento ao assunto em Portugal, assim como o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (comumente lembrado como o “primeiro do mundo”), são bons exemplos desta proteção conferida pelo legislador.

Porém, se pensarmos bem no que já foi dito (e sem desprezar as tradicionais soluções acima apontadas), parece-nos possível – e até imperativo – avançar, atentos à realidade social que nos rodeia, com outras soluções, algumas delas já aventadas pelas doutrinas brasileira e portuguesa.

5. A solução constitucional e os novos princípios do direito privado e contratual

A convicção lógica e coerentemente individualista da sociedade industrial de que, com toda a referida “sede de lucros” (mesmo potenciada pela utilização de cláusulas contratuais gerais), seria possível construir uma sociedade de “iguais”, não resistiu ao confronto com a realidade, tendo repercutido negativamente no seio social, avaliado como um todo. Tornava-se imperioso contrapor outros valores à livre iniciativa.

De fato, percebeu-se, na incipiência desta “viragem decisiva” de valores, que nem sempre as partes contratantes dispunham de idênticas “armas” para contrapor os seus interesses e chegar a um justo consenso. Esta desigualdade (*subjettiva*) repercutiu negativamente na justiça contratual e implicou disparidades sociais gravíssimas, obrigando o direito a intervir. No caso especificamente analisado pelo presente estudo, fincaremos mais os pés na análise da posição fragilizada dos *aderentes*, os quais, como se sabe, são muitas das vezes consumidores²².

As ideias de mudança começaram, dentro do que interessa para o presente estudo, por contrapor à liberdade contratual outros princípios com maior importância para o atendimento das delicadas necessidades sociais daquele momento, sobretudo através da consagração de direitos – *maxime* fundamentais, de maior valor e significado para a situação crítica em que se encontrava a sociedade, inclusivamente em atenção às gerações futuras – nas constituições de vários países no mundo (quando antes o código civil imperava como a lei mais importante de várias nações).

Tanto no Brasil quanto em Portugal, encontramos a *dignidade da pessoa humana* no centro das atenções, informando o projeto constitucional e resultando na criação de princípios que passaram a integrar, com crescente importância, o direito contratual²³. Entre eles, sem dúvidas, merecem destaque, segundo pensamos, os que se referem (i) à socialização do direito, sobretudo à solidariedade social (valorizando mais a *pessoa* integrante de uma coletividade do que o *indivíduo* considerado em si próprio) e (ii) à busca por uma igualdade *material*, isto é, passando-se do plano de uma igualdade meramente abstrata (*formal*) para aquela efetivamente necessária para a sociedade, através do “*tratamento desigual dos desiguais, na medida das suas desigualdades*” (Rui Barbosa).

Dá-se, a partir daí, uma substituição dos princípios fundamentais da teoria geral do contrato. Estas mudanças vêm bem expostas, por exemplo, através da análise de legislações mais recentes – como o Código Civil brasileiro de 2002 – que refletem bem o projeto constitucional. Assim, desvalorizam-se os princípios clássicos (i) da autonomia privada, (ii) da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e (iii) da relatividade (segundo qual os efeitos cingem-se aos contratantes, sem prejudicar ou favorecer terceiros). Por sua vez, assumem relevância os chamados “novos princípios” da teoria contratual: (iv) a boa-fé, na sua vertente objetiva; (v) o equilíbrio económico entre as prestações e (vi) a função social do contrato²⁴.

Sendo esse o panorama mais atual de soluções para o problema no que toca à referida disciplina, cumpre-nos aplicá-lo às situações de falhas concretas de comunicação e informação nos contratos de adesão. Antes, porém, parece-nos ser o caso de justificar esta aplicabilidade para depois passar à análise dos regimes que mais especificamente regulam tais questões e, finalmente, avançar com as sugestões de mudanças e melhorias, após termos procedido a uma análise ampla do problema/crise.

5.1. Direito constitucional e relações privadas: aplicabilidade

Aqui chegados, convém salientar que a aplicação destes “novos princípios” e dos direitos consagrados constitucionalmente – que lhe servem de fundamento maior – tem recebido algumas críticas por parte de operadores do direito, a nosso sentir sem fundamento que mereça prevalecer.

Geralmente, começa-se por criticar a sua falta de determinação (inquirindo, *v.g.*, qual será o limite da conduta de boa-fé, elocubrando sobre a impossibilidade de alcançar um perfeito equilíbrio entre as prestações e indagando “*o que seria a tal função social dos contratos*”), em especial no que toca ao confronto com dispositivos estabelecidos em normas mais precisas e menos abstratas. Este argumento não merece ser acolhido porque, segundo acreditamos, a tarefa de *materialização* destes conceitos é uma oportunidade maravilhosa dada aos operadores do direito para adaptarem esta ciência à sociedade em constante transformação.

Entretanto, a crítica mais contundente à doutrina referida, a nosso ver, é aquela referente à inaplicabilidade dos preceitos constitucionais, de maneira direta e imediata, às relações privadas.

O Tribunal Federal do Trabalho alemão adotou algumas vezes a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. Primeiramente, em 1957, reconhecendo – com base em preceitos constitucionais e sem nenhuma invocação expressa de norma ordinária da legislação trabalhista – a invalidade de uma cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado caso estas viessem a contrair matrimónio. Depois, em 1989, ao apreciar o pedido de demissão de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusava-se a participar de uma pesquisa, conduzida pela instituição privada que o empregava, ligada ao desenvolvimento de um medicamento que, em caso de guerra nuclear, ajudaria os militares envolvidos no conflito a curar as náuseas. Mais uma vez, o referido Tribunal deu ganho de causa ao empregado, valendo-se diretamente de um direito fundamental na resolução do conflito trabalhista.

Contudo, a aceitação da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, por parte da doutrina alemã, não nos parece, atualmente, pacífica²⁵. A impressão que nos fica é a de que, naquele país, é preferível pensar que a proteção constitucional deve emanar do Estado, considerando que este, através dos Poderes Legislativo e Judiciário, deve abster-se de violar os direitos fundamentais, tendo o dever de protegê-los (através do chamado *imperativo de tutela* ou *imperativo de proteção*)²⁶.

Sem embargo da qualidade de tais argumentos, tal teoria, aceita simplesmente nos termos referidos quanto à doutrina alemã, parece, no contexto da realidade contemporânea, excluir que os particulares, sobretudo os detentores de posições de poder social, sejam *destinatários diretos* de direitos fundamentais, o que não nos parece justo. Mesmo do ponto de vista lógico, pensar que somente o Estado esteja imediatamente vinculado aos direitos fundamentais pode até mesmo ser contraditório: só faz sentido obrigar que o Estado impeça uma lesão a tais direitos, causada por particular, caso aceitemos que ao particular em questão não é lícito causar aquela lesão (valendo isto por dizer que ele também está vinculado ao respeito pelo direito fundamental).

Entretanto, apesar das diferentes teorias expostas pela doutrina alemã, a verdade é que a teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais às relações privadas é hoje amplamente admitida pela doutrina de muitos países (embora não de maneira consensual e mesmo assim com variações), como o Brasil e a Espanha²⁸.

É particularmente interessante a posição dos doutrinadores espanhóis ao considerarem a eficácia horizontal direta como um mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais. Assim, permitir que os particulares abdicuem livremente, no plano contratual, dos direitos fundamentais (diferentemente do que ocorreria numa relação entre particular e Estado), significa confundir liberdade constitucional com autonomia privada contratual, já que, sob a óptica constitucional, não existe efetiva liberdade numa situação de flagrante desigualdade social entre as partes²⁹.

Parece-nos admissível a linha de raciocínio que defende a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, independentemente de mediação do legislador ou da atividade de qualquer outro poder estatal, ainda que sem o completo afastamento de outras teorias. Note-se que neste sentido se tem manifestado a jurisprudência de diversos países³⁰.

A admissão da aplicabilidade de que se trata é, com efeito, de inegável relevo prático, especialmente no que respeita a *direitos sociais* como a *saúde* (eis que ligada diretamente à vida e outros direitos fundamentais), a *moradia* e até a *educação* (além do *trabalho*, como visto), se pensarmos que as suas violações significam, também, agressões à dignidade da pessoa humana e ao princípio da solidariedade.

5.2. Direitos sociais: considerações adicionais

Desenvolve-se hoje, com maior desenvoltura, uma doutrina que procura proteger – inclusivamente através de uma ponderação dos interesses em jogo

– os direitos fundamentais sociais, mesmo em atenção aos indesejados efeitos da autonomia privada, preservando-se o “mínimo existencial” que permita à pessoa humana viver. Esta preservação dá-se através de uma vinculação direta dos particulares aos direitos sociais.

Entretanto, embora esta doutrina conte com o apoio de juristas de nomeada, como Pietro Perlingieri, Ingo Wolfgang Sarlet e Gustavo Tepedino, a verdade é que outros juristas, não menos ilustres, somente a admitem – em se tratando de direitos sociais – de maneira mediata. Portugal parece-nos um bom exemplo de “relutância” – mais uma vez, a doutrina, além de complexa, não é uníssona – quanto à aplicação direta e imediata de tais direitos à esfera privada (para gerar um verdadeiro direito subjetivo aos seus titulares).

Vieira de Andrade, a tratar do tema com a habitual percuciência, inicia a sua abordagem afirmando que as normas da Constituição da República Portuguesa que prevêem os direitos sociais a prestações representam *diretivas para o legislador*, indicando ou impondo ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. Porém, o autor esclarece que, fornecendo o texto constitucional critérios para determinação do *conteúdo mínimo* dos interesses dos beneficiários e sendo estes interesses individualizáveis, podem constituir posições jurídicas subjetivas referíveis ao plano constitucional.

Acontece que não caberá ao magistrado, segundo a posição sob análise, a determinação deste conteúdo mínimo (tarefa que será deixada a cargo do legislador), nem poderão os preceitos constitucionais ser “*exequíveis por si mesmos*”. Além disso, há alguns direitos que, por serem previstos em normas “vagas e imprecisas”, sequer podem ter o conteúdo individualizado (e portanto o autor duvida que produzam posições jurídicas subjetivas). Como exemplo, citam-se os direitos à educação e cultura, à fruição cultural, à cultura física e ao desporto³¹.

Como não é difícil perceber, tal posição contraria (bastante) o que foi visto no item anterior destes estudos, sobretudo quanto à legislação e jurisprudência de países como o Brasil, a Espanha, a Alemanha (com algumas restrições) e a Argentina³². Não que Vieira de Andrade negue a possibilidade de consideração dos direitos sociais previstos na Constituição como direitos subjetivos, mas há negação da tese segundo a qual estes seriam direta e imediatamente aplicáveis às relações entre particulares.

Mesmo quanto à sua admissibilidade no plano da relação entre o particular e o Estado, a posição do jurista é restritiva, admitindo a caracterização dos direitos sociais como direitos subjetivos dos particulares apenas se for determinável o

seu conteúdo mínimo (atente-se: pelo legislador) e ainda assim somente em situações extremas de necessidade ou injustiça. Quando tudo isto for *evidente*, então os Tribunais poderão verificar a inconstitucionalidade da atuação legislativa por insuficiência manifesta ou incompletude discriminatória³³.

Será este o caminho a adotar para proteger os interesses dos contratantes fragilizados em Portugal?

Gomes Canotilho, com a sabedoria habitual, fornece-nos “caminhos” para que seja realizada uma deslocação em relação ao contexto estabelecido, ligado a uma concepção antropológica complexa, cujo centro é o *indivíduo* (como pessoa, cidadão e trabalhador).

Depois de ler o texto em que o ilustre constitucionalista trata do núcleo essencial das prestações sociais, o qual fornece-nos alguns temas para meditação (com a finalidade de responder à questão acima proposta), fica-nos a impressão de que (i) a acentuação da dignidade da pessoa (tomada não só como indivíduo, mas membro de uma coletividade) como princípio fundante da sociedade deveria ser realizada de modo a não *dessubstanziar* a autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais³⁴ e (ii) a criação de leis específicas para tratar de determinados grupos ou classes (leia-se, para o nosso estudo, a situação dos aderentes, utentes e consumidores³⁵) é muito vasta, mas não chega a ser perfeita a ponto de dispensar o auxílio da aplicação dos direitos consagrados na Constituição³⁶.

Vale a pena destacar que o nosso discurso não é orientado por uma crítica cega e feroz às privatizações, nem procura afastar, de maneira completa, os benefícios da globalização e das liberalizações, quanto à atuação dos particulares em setores que antes apareciam restritos à atuação estatal. É preciso ter em conta que nem sempre essa transformação será negativa, como pode acontecer em relação à *saúde* (se houver melhoria da qualidade dos serviços, tornando a sua prestação mais económica, monitorável e/ou controlável) ou à *educação* (se a concorrência, através do direito de escolha entre os entes privados e públicos, implicar melhorias generalizadas no ensino, nomeadamente quanto à sua flexibilização). Tudo isso, porém, deve ser acompanhado, no campo da contratação com o particular, de vasta informação e comunicação ao particular, o que não tem ocorrido, pelo menos no Brasil³⁷.

Sem dúvidas, a informação e a comunicação estão ligadas à educação, direito social. Se, como previu Von Gierke em 1889, “o Direito Privado será mais social, ou não será”, como aplicar o direito à educação aos contratos de adesão numa economia de mercado (para não falar de consumo massificado) como aquela em que hoje se vive? Pensamos que os pressupostos para um

bom funcionamento do mercado, em termos de educação, seriam não só a erradicação do analfabetismo como ainda um estímulo à produção intelectual e criativa. Porém, não vemos como os contratos de adesão, da maneira como atualmente se proliferam (com agravantes que veremos a seguir), possam contribuir para que isto seja realizado em atenção ao coletivo³⁸.

Note-se, quanto ao tema central deste trabalho, que dificilmente a lei criada para prosseguir uma “diretiva constitucional” referente aos direitos sociais poderá determinar, com precisão, um conteúdo mínimo e essencial do direito à informação e à comunicação nos contratos de adesão – *maxime* quando celebrados com consumidores, mas também com vistas à proteção da generalidade dos aderentes, atendendo sobretudo à função social dos contratos e à necessidade de melhorias na educação dos contraentes – que possa ser aplicável para a erradicação das desigualdades sociais.

De fato, adiantando que uma análise mais específica será feita adiante, se pusermos “olhos de ver” aos preceitos (arts. 5º e 6º) contidos no Decreto-Lei 446/85 (com as alterações subjacentes) que respeitam especificamente ao assunto, não será difícil perceber que podem ser taxados como verdadeiros exemplares de *vagueza e imprecisão*: (i) a comunicação deve ser realizada de “*modo adequado*” e com a “*antecedência necessária*” para que se torne possível o conhecimento completo e efetivo das cláusulas (completo e efetivo, repita-se, mas atendendo à sua “*complexidade*”) por quem use de “*comum diligência*”; ou ainda (ii) quem recorra às cláusulas contratuais gerais “*deve informar, de acordo com as circunstâncias*”, a outra parte dos aspectos nelas contidos “*cujas aclaração se justifique*”...

Não estamos aqui para esbravejar contra uma lei que, em sua essência, representou um considerável avanço legislativo em Portugal, cujos efeitos benéficos à sociedade ainda hoje são sentidos – e esperamos que continuem a sê-lo. Embora as críticas quanto aos problemas que a *tecnolinguagem* possa causar aos destinatários de CCG (sobretudo o aderente de nível sócio-cultural menos elevado) assumam relevo no nosso discurso³⁹, tomado em sua globalidade, para já o que interessa é saber se, frente à referida indeterminação, seria possível admitir que fossem aplicados alguns direitos sociais (ainda que sob a camuflagem de “ajuda interpretativa” a outros princípios e direitos) às relações entre contratantes, direta e imediatamente, quando a formação do contrato

Dentro da categoria dos atos jurídicos *lato sensu* situam-se os simples atos jurídicos (ou atos jurídicos *stricto sensu*) e os negócios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*)

por adesão é verificada em violação a tais preceitos. Não vemos, repita-se, quais possam ser os prejuízos da admissão desta ideia, em atenção à busca por uma “*liberdade igual*”, para usarmos uma expressão de Gomes Canotilho.

Ao menos uma coisa, em meio à controvérsia, parece-nos fora de questionamentos: por uma via negativa de atuação, no que toca à doutrina portuguesa da preservação do “mínimo dos mínimos”, parece haver consenso: por mais que, racionando sob hipótese, o Estado não seja obrigado a atuar positivamente para assegurar este mínimo de existência de cada cidadão, pelo menos não lhe deve retirar, sobretudo quanto à satisfação de necessidades públicas (aqui parece-nos que seria melhor falar em necessidades essenciais e existenciais), aquilo que ele adquiriu e é imprescindível à sua sobrevivência digna⁴⁰. Em homenagem a tudo o que até aqui foi dito, sendo difícil estabelecer qual será esse mínimo no caso da comunicação e informação nos contratos de adesão (admitindo-se que esta seja uma necessidade social), a solução também deve passar por uma “reinvenção do Estado Social”⁴¹.

5.3. Um caso exemplar na Europa

Antes de solucionar os problemas, é preciso ressaltar, diante do que foi visto, que as alterações à legislação civil e comercial, em matéria de cláusulas contratuais gerais, contratos de adesão e proteção dos consumidores, empreendidas com o intuito de assegurar a realização ou a defesa dos direitos económicos, sociais e culturais implica, não raramente, restrições a direitos, liberdades (de expressão, de iniciativa económica, contratual) e garantias, todos previstos constitucionalmente.

Não há que fugir, pois, da ponderação dos interesses em jogo, sendo este, a nosso ver, mais um motivo para chamar à tona a aplicabilidade direta dos direitos sociais às relações privadas, no intuito de somar valores coletivos e solidários que se contraponham a uma liberdade contratual (frequentemente) desumana e prejudicial ao desenvolvimento da sociedade⁴².

Se a Constituição da República Portuguesa é um quadro normativo aberto que implica e exprime uma unidade de sentido cultural, cuja evolução, manifestada nas sucessivas revoluções, tornou indiscutível a opção por um modelo democrático e especialmente *pluralista*, com respeito pela “vontade do povo português” (consoante já constava do Preâmbulo originário), então é difícil aceitar uma repetição irracional (da parte de diversos aderentes e nomeadamente no caso dos consumidores) da contratação por adesão como algo “conforme” à Constituição da República Portuguesa. Será essa a vontade do povo português?

Em atenção ao direito à informação em geral (conglobando também a comunicação), especialmente consagrado no que respeita aos consumidores (mas não só, em atenção aos direitos culturais, com destaque para a educação, além do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à qualidade de vida *etc.*), é preciso ter em mente que a aniquilação prática da comunicação e da informação, em tais casos, sendo uma realidade assente, implica a urgência de um “repensar” de toda a conformação constitucional em relação à situação (sobretudo à vista das disparidades entre os contratantes, as quais não permitem que os mais fragilizados atuem, por si próprios, na maioria dos casos), fornecendo novas ideias que possam mudar o saturado discurso sobre os direitos sociais.

Situação exemplar é a dos *remédios jurídicos* que podem ser lançados em caso de violação de um direito considerado como fundamental. Tradicionalmente, em homenagem à Lei Maior portuguesa, surgem poucas alternativas ao lesado. Além disso, a sua aplicação prática parece-nos, num primeiro contato com a matéria, bastante complicada.

O recurso aos tribunais, segundo a posição mais conservadora, depende da existência de uma vinculação jurídica dos poderes públicos e, em especial, do legislador aos preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais, repousando a proteção jurídico-constitucional, principalmente, no mecanismo da *fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão*, cuja legitimidade pertence ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça⁴³.

Por outro lado, racionando sobre uma óptica mais acessível à maioria dos cidadãos, resta-lhes (i) o direito de petição *individual* (nos restritos termos antes referidos e com efeitos ínfimos para quem deseja uma ampla mudança na defesa dos interesses em questão⁴⁴) ou (ii) coletiva, sendo que, no âmbito da tutela de interesses coletivos – como é o dos aderentes em serem bem informados, de modo a formar uma vontade de contratar digna dos seus interesses enquanto membros de uma sociedade pluralista – merecem destaque a ação popular, a inibitória e, abrangendo uma e outra, a ação coletiva.

No caso da ação popular (consoante previsto pelo art. 52 da Constituição da República Portuguesa e ainda conforme o disposto na Lei 83/95), prevê-se uma proteção de cariz manifestamente constitucional, mas pouco utilizada, segundo

De fato, o exercício da liberdade contratual conforma a conduta futura do contraente, acabando por implicar a perda de alguma liberdade ao vincular os interessados

as nossas pesquisas, no âmbito da defesa dos aderentes, por incumprimentos referentes aos deveres de comunicação e informação nos contratos de adesão com cláusulas contratuais gerais⁴⁵.

A pouca utilização prática impossibilita uma análise aprofundada dos efeitos positivos que poderiam decorrer de ações populares contra predisponentes que geram pequenos danos individuais, mas enormes danos coletivos. O sistema adotado pelo ordenamento jurídico português – segundo o qual os efeitos da sentença atingem a generalidade das pessoas, à exceção daquelas que voluntariamente se tiverem excluído da intervenção processual, após serem citadas como titulares dos interesses em causa – seria, à primeira vista, capaz de produzir grandes benefícios, mas encontra-se um pouco desajustado em relação às novas ideias referentes à tutela coletiva de interesses, conforme veremos a seguir.

A ação inibitória também assume relevância para os nossos estudos, mesmo em atenção ao disposto no DL 446/85⁴⁶. Embora esteja mais ligada ao *controlo do conteúdo* do que aos deveres de comunicação e informação (que permitem um consentimento esclarecido do aderente), a verdade é que, diante do completo desrespeito relacionado com estes deveres (até mesmo nas situações em que a *overdose* de informações “*complica mais do que explica*”) e até de uma certa “inércia compreensível” do aderente em indagar sobre questões mais específicas relacionadas com o contrato⁴⁷, a proteção prévia da formação da vontade é muitas das vezes ineficaz.

Note-se que a proteção preventiva faz sentido quando tratamos de cláusulas gerais. Sendo destinadas a um número indeterminado de pessoas, também desta maneira deve ser realizado o seu controlo e da mesma forma devem repercutir os efeitos deste controlo: do contrário não haverá liberdade igual. Deve permitir-se o acesso generalizado dos contratantes a um registro público e de fácil acesso sobre as cláusulas contratuais gerais que forem consideradas proibidas pela decisão judicial inibitória, por mais que nunca tenha sido celebrado o contrato que as contenha.

Portanto, parece-nos que este tipo de controlo não está afastado da ideia dos deveres de comunicação e informação, vistos amplamente, mas desta vez a sua efetivação, em termos de preservação dos direitos constitucionais antes referidos, em primeira linha, não depende do predisponente, mas de uma correta atuação estatal, com a criação e manutenção de um registro em condições amplas de consulta, o que parece não acontecer, embora exista previsão legal no art. 35 do DL 446/85⁴⁸.

Além do mais, ainda quanto à ação inibitória, é preciso lembrar: (i) da questão da legitimidade ativa para a sua propositura, a qual, segundo o DL

446/85, não é conferida a todo e qualquer interessado, quando poderia ser conferida a qualquer destinatário que considerasse a cláusula digna de proibição; e (ii) das críticas sobre a maneira como as decisões inibitórias são utilizadas, já que, depois de decidida a proibição, o aderente só se pode valer delas contra o mesmo predisponente (alvo da inibitória), quando a situação ideal deveria ser a de possibilidade de utilização contra qualquer predisponente que viesse a incluir, na contratação, idênticas cláusulas⁴⁹.

Dito isto, importa sublinhar que a tutela coletiva de interesses é abordada, no plano jurídico internacional, através na noção e das questões referentes à *ação coletiva*. Na aceção processual civil, esta é a ação que tem por objeto a defesa dos interesses coletivos (que respeitam a conjuntos, categorias, classes ou grupos de indivíduos, com caráter concreto e determinado a que é possível fazer corresponder uma estrutura, uma entidade, conforme acontece com o grupo dos aderentes⁵⁰) ou difusos⁵¹, seja agindo preventivamente (consoante ocorre com a referida ação inibitória), seja através da reparação (conforme permitido pelo aludido mecanismo da ação popular)⁵². Com tal ação judicial, permite-se que um grande número de pessoas obtenha o reconhecimento dos seus direitos e a efetiva reparação. Tecnicamente, constitui uma aplicação processual coletiva dos interesses individuais.

Uma análise mais aprofundada deste instituto assenta no pressuposto – facilmente comprovado na prática – de que, em numerosos casos, a resolução individual de litígios é insuficiente. O seu custo e a lentidão contribuem amplamente para a ineficácia dos direitos dos consumidores (e também dos aderentes em geral, como observou corajosamente o magistrado do Ministério Público português referido anteriormente), especialmente quando se trata de um grande número – muitos milhares ou mesmo milhões – de lesados por uma mesma prática e quando os montantes dos prejuízos individuais são relativamente pequenos.

Uma ação coletiva ideal deve permitir que a generalidade dos lesados aceda à justiça de qualquer parte, independentemente de características individuais, nomeadamente quanto à sua situação financeira e ao montante do seu prejuízo individual. Tal ação oferece vantagens aos profissionais devido à economia processual que permite realizar: os custos processuais se tornam inferiores aos que existiriam na hipótese de um grande número de ações individuais. Além

A verdade é que a própria lei impõe limites à autorregulamentação de interesses pelas partes, mas tais limitações não conflitam com a ideia de autonomia

disso, aponta-se como vantajoso o aumento da segurança jurídica, concentrando numa mesma decisão a resolução de numerosas demandas semelhantes e evitando contradições de jurisprudência (mesmo entre tribunais de diferentes países que tenham de dirimir litígios semelhantes).

Partindo das ideias anteriormente referidas, especialmente no que respeita ao alcance de uma igualdade material, não é difícil perceber que, no caso dos aderentes (unanimemente considerados, pelos especialistas estudados, como fragilizados, em regra, na relação contratual de adesão), este mecanismo de tutela assume posição fulcral para a efetivação das previsões constitucionais aludidas anteriormente, mesmo em relação a pequenas e médias empresas que sejam prejudicadas por violações de deveres de comunicação e informação nos contratos de adesão. Os efeitos tornam-se, se não suficientes, ao menos direcionados ao efetivo alcance da igualdade almejada.

A ação coletiva não deve ser uma ação representativa, isto é, somente aberta a algumas entidades especialmente habilitadas, inclusivamente quanto tem em vista a supressão de cláusulas ilícitas ou abusivas nos contratos de adesão. Em Portugal, a legitimidade ativa para a ação popular é conferida a todos os cidadãos no gozo de seus direitos civis e políticos, mas a ação inibitória prevista pelo DL 446/85 é uma ação representativa, conforme a crítica acima delineada⁵³.

Devem ser estimulados, segundo pensamos, mecanismos de indenização dos aderentes lesados, compensando os seus prejuízos. A indenização deve poder ser paga individualmente, sem prejuízo de indenizações indiretas a serem utilizadas pelo Estado noutras medidas de caráter social, afins à manutenção da *engrenagem* da ação coletiva. Neste particular, é conveniente frisar que os juristas europeus afastam-se, em regra, da noção de *class action* americana, face às peculiaridades da família jurídica anglo-saxónica [júri popular com vasta competência, magistrados eleitos, admissões de ações consideradas pelos europeus como fantasistas ou conduzentes a resultados demasiado favoráveis aos demandantes, possivelmente movidas pelos interesses dos advogados, manifestados com base (i) nas *contingency fees* (espécie de pato *quota litis* pelo qual os advogados associam-se aos resultados do processo) e (ii) nos danos punitivos (ambos vedados na maioria dos Estados europeus), sem falar na escolha do tribunal consoante a possibilidade de vir a ser proferida uma decisão mais favorável aos demandantes (*forum shopping*) etc.]⁵⁴.

Como a ação coletiva ideal não se trata, essencialmente, de uma ação representativa, abrem-se duas opções quanto ao mecanismo principal de desencadeamento da ação e de intervenção processual do interessado: ou ele manifesta a vontade de fazer parte do processo antes de ser proferida a decisão

(sistema de adesão ou *opted-in*) ou incluem-se, por defeito, todas as vítimas de um determinado comportamento como beneficiárias da decisão, conferindo-se posteriormente a cada uma a possibilidade de manifestar expressamente a vontade de se excluir (sistema de exclusão ou *opted-out*). A Lei 83/95 parece adotar (cf. arts. 15 e 19) um sistema *sui generis*, no qual os interessados só podem manifestar a intenção de se excluïrem até um determinado momento do processo, anterior à decisão, presumindo-se, à falta de manifestação, a sua inclusão como destinatários do efeito geral produzido pela sentença.

O sistema do *opted-in* apresenta vantagens em termos de cálculo prévio dos valores indenizatórios a serem pagos, permitindo a celebração de seguros que garantam o ressarcimento dos lesados, mas é um mecanismo difícil de gerir e oneroso, face à necessidade de manifestação dos interessados, resultando em processos longos, pois os tribunais têm que analisar todos os pedidos individuais. Critica-se, também, a possível falta de medidas de informação eficazes sobre a existência do processo, resultando na impossibilidade de acesso dos interessados à justiça. O principal argumento contrário ao mecanismo da inclusão, entretanto, reside na importante diferença entre o número de pessoas que realmente atuam e as que potencialmente estariam facultadas a fazê-lo: daí resulta que a reparação dos danos não seja total e que o lucro ilícito do réu seja na prática conservado, incentivando – por que não dizer? – violações futuras.

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, tudo passa a ocorrer na escala “de massa”: produção, distribuição, consumo...

Por sua vez, o mecanismo do *opted-out* é criticado na medida em que afeta alguns direitos fundamentais dos potenciais beneficiários de uma ação coletiva. No caso de não manifestarem a intenção de exclusão, são automaticamente beneficiados no processo, o que afeta, em tese, a sua liberdade de agir em juízo, além de impedir que exerçam a ampla defesa dos seus interesses (por exemplo, utilizando argumentos individualizados, os quais poderiam ser combatidos pelo réu, num adequado processo contraditório, em igualdade de condições processuais). Porém, a verdade é que este sistema garante um real acesso dos interessados à justiça, com a reparação justa e eficaz de todos os lesados pelas práticas, funcionando com um verdadeiro efeito dissuasivo sobre a parte responsável, a qual estará obrigada a indenizar todas as pessoas lesadas pela prática e a ressarcir o lucro ilícito que conseguiu obter.

As críticas direcionadas ao sistema do *opted-out*, sem embargo da sua relevância, merecem ser afastadas, segundo pensamos. Se as pessoas cujos interesses estiverem em causa forem informadas de maneira personalizada, parece-nos lícito considerar que a sua falta de manifestação poderá ser enquadrada como um “consentimento tácito” em relação à ação, preservando-se a sua liberdade de agir em juízo. Quanto aos direitos de defesa processuais, é preciso compreender que há, no âmbito de uma ação coletiva, uma homogeneidade de situações individuais da qual o juiz é o garante. A maioria dos litígios, especialmente no que toca à situação dos aderentes lesados em larga escala (mas também tratando-se de consumo ou concorrência) são resultantes de contratos e, portanto, as situações dos interessados são quase idênticas, com a *causa petendi* única e igual para todos. É difícil pensar em casos nos quais o responsável possa invocar, contra um interessado específico, um fundamento de defesa particular.

Por estes motivos, parece-nos que o melhor sistema seja o do *opted-out*. Cumpre referir, no entanto, que há países (Noruega e Dinamarca) a adotarem um sistema simultâneo ou misto de adesão (*opted-in*, no caso de prejuízos individuais de maior vulto) e de exclusão (*opted-out*, quando os litígios versam sobre pequeno montante), cabendo ao juiz a escolha entre um ou outro consoante o caso em concreto. Este também é um sistema teoricamente admissível, mas que pode gerar problemas na prática quanto à definição da “fronteira” que dividiria os casos a serem tratados por cada um dos autónomos sistemas (o que pode acarretar perda de tempo e dinheiro).

Os demandantes da ação coletiva podem obter do magistrado vários meios de reparação, como a cessação de um comportamento ou a nulidade de um ato, além da reparação de danos (individualmente dirigida a cada um dos demandantes e ainda direcionada a fundos especialmente afetados à propositura de ações coletivas ou outras medidas sociais⁵⁵). A publicidade da divulgação, da afixação etc., de todas as medidas é fundamental, no nosso entender. É conveniente notar, caso a reparação individual não possa ser calculada por ser impossível identificar todos os elementos do grupo a ser beneficiado (apenas nos casos referentes ao mecanismo do *opted-out*), que o juiz deve poder fixar uma *grelha de avaliação* de diferentes categorias de danos, delegando a distribuição das quantias a terceiros (como a Secretaria do Tribunal, o advogado representante do grupo etc.), liberando o juízo desta fase complexa de análise dos pedidos individuais.

Assim, a ação coletiva, ao permitir a efetiva reparação de todas as pessoas lesadas na contratação através de cláusulas contratuais gerais, promoverá uma maior confiança do aderente no mercado e na melhoria do seu funcionamento.

Contudo, para que este objetivo seja alcançado, é necessário que os potenciais beneficiários saibam que, se tiverem um problema, poderão utilizar-se das ações coletivas para fazer valer os seus direitos e obter a reparação adequada⁵⁶.

5.4. Conclusão parcial: necessidades de renovação

Enfim, parece-nos que deve haver uma grande renovação no discurso sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. A admissão dos benefícios que esta aplicabilidade pode trazer ao direito parece-nos patente. O modo normativo-intervencionista, que confia ao Estado a regulação dos interesses em jogo, está a falhar num ponto crucial para os nossos estudos: não há informação, quer no momento do impulso regulativo, quer na fase do seu controlo. A “reserva do possível” não chega a ser concretizada, tornando-se conivente em relação à desigual dignidade social e à injustiça distributiva. O aderente de cláusulas contratuais encontra-se à deriva, aguardando por soluções mais eficazes, que direcionem o direito à sociedade – não apenas a um punhado de cidadãos.

5.5. O diálogo das fontes: observação

A discussão acerca da aplicação dos direitos constitucionais às relações entre particulares não exclui, no entanto (e como é óbvio), a aplicação de outras normas à disciplina referente à contratação por adesão e, mais especialmente, por cláusulas contratuais gerais. Vem crescendo em importância a teoria segundo a qual a solução adequada para os problemas, em tempos pós-modernos, deve ser proveniente de um diálogo entre as fontes possivelmente aplicáveis à situação.

Com efeito, importa notar que, como refere Lima Marques, filiando-se aos ensinamentos de Eric Jayme, face ao atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas *plúrimas*, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo⁵⁷.

A referida coordenação entre as leis, porém, não consiste em solucionar conflitos de leis no tempo ou no espaço (como quis uma doutrina conservadora), mas, segundo a doutrina atualizada, dar harmonia ao sistema jurídico, afastando as ideias de exclusão para tratar do “direito intertemporal”, sem fronteiras, através do diálogo das normas e da coerência derivada ou restaurada, que procura a eficiência funcional – e não só hierárquica, como seria colocar a Constituição acima de tudo e de todos, ignorando as outras leis – do sistema plural e complexo do direito contemporâneo, de modo a evitar antinomias, incompatibilidades e incoerências.

Verdadeiramente, conforme nos alerta Jayme, a clareza de uma única norma, superior a todas as outras, também conhecida como “monossolução”, não é permitida nos tempos pós-modernos, onde há pluralidade, complexidade, distinção impositiva dos direitos humanos e do “direito de ser diferente”⁵⁸, demandando uma solução mais fluida, flexível, a permitir mobilidade e fineza nas distinções, substituindo-se a *superação* pela *convivência* dos paradigmas e das leis.

O doutor de Coimbra propõe então uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação das fontes, que deve ser flexível e útil (*effet utile*) com referência às normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer sua coerência. Desse modo, a simples retirada de uma das normas conflituantes é substituída pela convivência entre elas, através de um “diálogo” que tem como objetivo alcançar a *ratio*, a finalidade narrada ou comunicada em ambas⁵⁹.

“Diálogo” este que é baseado nas influências recíprocas, na aplicação conjunta de duas ou mais normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente⁶⁰, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária de uma das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Enfim, “uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente de diferentes)”.

Queremos acreditar, sem sombra de dúvidas, que a finalidade da grande maioria das normas aplicáveis à contratação por adesão, a fim de alcançar a justiça nos contratos, é a de proteção – cada vez mais ampla e com vistas a alcançar maior efetividade – do aderente (designadamente quando for um consumidor), parte *plus faible* na relação jurídica.

A ideia do diálogo das fontes é bem aceita pela doutrina de diversos países, entre os quais incluímos Brasil e Portugal⁶¹, pelo que nos furtamos a tecer maiores comentários sobre o tema, aplicando estas noções sempre que for necessário e passando a efetuar uma análise infraconstitucional dos direitos dos aderentes, procurando centralizar as nossas atenções nas realidades brasileira e portuguesa.

5.6. Direito privado e teoria geral dos contratos: mudanças

Em 1993, Galgano alertava-nos para ter em consideração que a sociedade contemporânea pós-industrial não era só uma sociedade automatizada, mas desmaterializava-se de tal forma o produto (em serviços, fazeres, *know-how*,

licenças de propriedade intelectual, ideias patenteadas), o contrato, os vícios, as garantias e a própria moeda – em crédito – que se poderia chamá-la *società della finanza*, uma sociedade em que a tecnologia industrial tinha sido substituída pela técnica contratual: os contratos passavam a significar riqueza⁶².

Como já delineado anteriormente, a nova concepção de contrato é uma concepção *social* deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade e a condição social e económica das pessoas nele envolvidas. Esta concepção coaduna-se com uma mudança de paradigma mais ampla, que atinge todo o direito privado atual, o qual concentra-se não mais no ato (de comércio ou de consumo/destruição) e sim na atividade⁶³; não mais naquele que declara (liberdade contratual), mas no que recebe a declaração (confiança despertada⁶⁴); não mais nas relações bilaterais, mas nas redes, sistemas e grupos de contratos. Enfim, há uma nova concepção finalística e total (holística) da relação contratual complexa atual⁶⁵.

Diante dos problemas que pudemos visualizar até aqui, no que toca à contratação por cláusulas contratuais gerais (*standard*), constata-se uma insuficiência dos mecanismos de interação pessoal ou institucional que deveriam servir para assegurar os direitos de conhecimento, comunicação e informação sobre as cláusulas contratuais gerais. Deste modo, segundo o nosso ponto de vista, pode surgir – e de fato não raramente tem surgido – uma “crise de confiança” generalizada em relação à efetividade do próprio direito, impedindo-nos de falar, conforme gostaríamos, numa adequada legitimação jurídica para proteger as legítimas expectativas e a confiança dos indivíduos nos contratos de que se trata.

Além da aplicação do direito constitucional, a fim de construirmos uma solução para esse delicado impasse, podemos referir alguns dos princípios gerais da *nova teoria contratual*, consoante os ensinamentos de ALPA: (i) a importância do *status* das partes; (ii) a importância das técnicas de controlo interior da operação económica, por meio do estudo da causa, objeto e da formação do contrato; (iii) a aplicação de critérios de justiça contratual, referindo-se a valores da pessoa e à equidade da troca; e (iv) a aplicação de normas gerais (abertas à conformação do intérprete) para controlo do comportamento das partes durante as fases de negociação, conclusão e execução do contrato. Ao lado da liberdade contratual, o direito privado de hoje impõe boa-fé, probidade, bom senso e visa à proteção dos vulneráveis⁶⁶.

Direcionado este discurso para os contratos de adesão, torna-se fundamental averiguar as diferenças no poder de barganha das partes, na especialização dos

leigos perante os *experts* e aumentar o uso construtivo das normas abertas que integram os novos princípios contratuais, a fim de alcançar o equilíbrio no contrato e permitir a construção de uma nova dogmática que facilite o trabalho dos magistrados, nomeadamente quanto ao exame de práticas abusivas que prejudicam o aderente.

Se a força dos contratos, ao menos num momento inicial da contratação, vem da declaração de vontade e da confiança despertada, então serão estes os pontos da disciplina dos contratos de adesão para os quais devemos voltar as nossas atenções com maior intensidade. Tanto um conceito quanto o outro dependem das ideias de comunicação e informação: daí podemos notar, com toda a crueza, o valor imprescindível, para o direito contemporâneo, do tema a que abraçamos no presente estudo.

Se, consoante as orientações de Eric Jayme e Lima Marques, a comunicação e a informação “*são os sinais mais importantes dos nossos tempos pós-modernos*”, então o paradigma atual do direito, quando visa à proteção equitativa do mais fraco, deve ser o que valoriza: (i) a informação declarada; (ii) o déficit informativo dos leigos e dos consumidores (sejam eles de qualquer nacionalidade ou território); e (iii) não somente “o outro”, mas toda a coletividade que recebe a informação. Forma-se uma ideia de *confiança*, maior aliada da boa-fé nas relações contratuais contemporâneas.

Assim, a boa-fé, singelamente, significa “pensar no outro”, enquanto a confiança, por sua vez, é o “pensar legitimamente nos interesses do outro”. Os conceitos estão intrinsecamente ligados. Nas relações de desigualdade manifesta, como acontece em relação aos predisponentes/utilizadores de CCG e aderentes, cada uma das partes deve ter em conta os direitos, o património e os interesses da outra parte, o que aproxima o contrato do delito em caso de violação dos deveres de conduta, definindo uma fonte de responsabilidade civil que não merece ser desprezada (mesmo em atenção aos chamados *deveres laterais*⁶⁷).

Desperta-se a importância do discurso em torno do dever de transparência, quanto às informações. Este é um princípio de direito contratual segundo o qual a conduta do oferente não deve fraudar as legítimas expectativas e a confiança gerada na contraparte, que visa à concretização da oferta (e para a qual possivelmente efetuou despesas). É importante notar que o oferente se deve abster de levar a cabo comportamentos que possam falsear o escopo negocial, por mais que tal comportamento seja uma omissão. Ou seja: se o oferente possui o domínio dos conhecimentos técnicos e de informação que devem ser transmitidos de maneira clara e precisa ao *alter*, para que possa decidir com

um conhecimento completo sobre o assunto, então a sua não manifestação intencional a respeito de fato ou qualidade que foi ignorada pela contraparte pode constituir uma omissão dolosa, se provado que sem ela o negócio não teria sido celebrado.

Abra-se um parêntese para dizer que, muitas vezes, discute-se para saber se a informação oferecida a um potencial aderente foi adequada para que ele tivesse o conhecimento completo e efetivo do contrato, permitindo a manifestação da vontade esclarecida no sentido de contratar. Essa adequação pode ser aferida utilizando-se um padrão médio e abstrato de aderente ou então um padrão concreto, avaliando a situação conforme o caso retirado da vida real. Sem embargo das duntas opiniões em contrário, parece-nos que seria interessante que o legislador manifestasse a sua opção em direção à proteção concreta dos aderentes, atentos à finalidade das normas que lhe protegem, fundando-se na ideia de que é preciso defender os mais vulneráveis. Dentro do padrão médio, o *excepcional*, o analfabeto, o estrangeiro *etc.*, acabam sendo prejudicados, quando deveriam, em verdade, ser os maiores beneficiários do aludido intuito protetivo.

A economia de mercado mostrou-se incapaz de fazer vingar uma justa contratação e permitir a livre formação da vontade de contratar

Numa perspectiva “revisitada”, a confiança torna-se num padrão mais *visual*, menos valorativo ou ético das condutas (do que a boa-fé). É um paradigma mais voltado para as *percepções coletivas* – a consideração dos interesses do *alter* como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado⁶⁸ – e para o *resultado fático* da conduta de um agente. A nosso ver, deve ser utilizado para um controle forte e veloz da contratação, corrigindo o profundo déficit informacional dos aderentes, de modo a vencer, no futuro, o desafio consistente em reequilibrar as relações contratuais.

Observe-se que, tradicionalmente, a informação – em sentido estrito ou próprio – é a exposição de uma dada situação de fato, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho ou da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de fatos objetivos, estando ausente a expressa ou tácita “proposta de conduta”. Todavia, admite-se, na linguagem jurídica, a utilização do termo informação para abranger também os conselhos e recomendações, falando-se em informação “em sentido amplo”⁶⁹. Alguns normativos – destacando-se o DL 446/85 em Portugal – preveem a diferenciação entre o dever de simples comunicação dos

fatos – como a existência e o teor das cláusulas contratuais gerais – daquele referente à informação – *v.g.* de situações particularmente solicitadas por um aderente ou cujo esclarecimento se justifique independentemente de solicitação.

É importante sublinhar que a boa-fé e a confiança, nos termos descritos, devem atuar tanto num como noutro caso, isto é, a informação em sentido amplo deve ser protegida pelos deveres inerentes à boa-fé e à confiança, os quais devem imperar entre as partes contratantes. A comunicação deve ser efetivada, não simplesmente ofertada, permitindo a formação da vontade esclarecida e ponderada e, num momento posterior, a boa execução do contrato, sem surpresas que contrariem a confiança depositada⁷⁰.

Em geral, já ninguém duvida que a informação se tenha tornado hoje num *poder* e, por isso, almeja-se uma equidade informacional (*Informationsgerechtigkeit*). Valoriza-se a informação, a declaração e a aparência. Informar é comunicar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é aproximar com lealdade e transparência. A informação passa a ter uma ligação direta com a divisão de riscos: o comunicado e o informado acabam por ser uma fonte de responsabilidade. Por outras palavras, a informação leva à imputação do agente social, o qual deve assegurar e proteger as legítimas expectativas por ele despertadas no grupo coletivo de seus expectadores (no nosso caso, os aderentes), preservando um mínimo de liberdade alheia e permitindo-se uma definição (*heterorregulamentação*, para usar um termo mais clássico) própria de como e com que conteúdo ocorrerá a sua contratação⁷¹.

De fato, no mundo pós-moderno, a sociedade apresenta como característica comum a comunicação e a ausência de fronteiras. Não são apenas os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informações e imagens, mas também – saliente-se – a vontade e o desejo de se comunicar das pessoas, o que emerge como um “valor comum”. Por outro lado, é interessante constatar, na efetivação do nosso complicado labor, que a “avalancha de informação” e o “desconhecimento do novo”, sobretudo em atenção à abundância e à rapidez com que vêm sendo oferecidos hoje, tornam o homem em sociedade ainda mais vulnerável.

Entretanto, se o desejo de comunicação é um valor comum, como explicar que as potencialidades provenientes do avanço tecnológico e da globalização não sejam utilizadas de modo a efetivar uma contratação em que a comunicação e a informação sejam trocadas em atenção à confiança? Claro está, salvo melhor juízo, que alguém está mal-intencionado quanto à resolução das disparidades informativas... E que a inversão desse estado – impenitente – do direito

contratual depende da correção desta evidente injustiça – o que, de resto, representa um dos maiores desafios da ciência jurídica atualmente.

Este impasse aparece muito acentuado quando se trata de contratos de adesão, pois as informações que diriam respeito às legítimas expectativas do aderente têm muito pouco valor na negociação, já que as condições encontram-se preestabelecidas com antecedência. Sem embargo de considerarmos essa situação negativa (mecânica, repetitiva e contrária à educação porque perde a oportunidade de enriquecer de significados a contratação), a verdade é que ela se torna ainda mais grave quando passamos a analisar a atual relação entre o tempo e os contratos.

A noção clássica do contrato se desgasta cada vez mais. A universalização das relações de troca, com a participação de todas as classes e grupos sociais no mercado; a desmaterialização da riqueza (lembramos das advertências de Galgano); a crescente complexidade dos bens e serviços, bem como dos processos referentes à sua comercialização; as alterações da natureza, estrutura e dimensões dos operadores mercantis e a própria mudança das coordenadas político-constitucionais levaram a que a racionalidade do direito privado, em geral, e dos direito dos contratos, em particular, deixasse de responder às exigências sociais de normação. A própria *praxis* negocial foi evidenciando, em muitas áreas da contratação (entre as quais incluímos aquela que é formada por adesão e/ou nas situações “relacionais”), que a autonomia privada, atuando ao seu belo prazer, não era capaz de mediar, em moldes satisfatórios, determinados conflitos de interesses entre os agentes do tráfego jurídico-económico⁷².

Assim, uma primeira particularidade a ser considerada reside na mudança dos bens oferecidos ao mercado: não somente os produtos industriais, mas serviços, em geral ligados a setores de valor social fundamental, como a moradia, a saúde e a educação. Outra é a de que as operações negociais tornam-se cada vez mais complexas, congregando vários tipos contratuais numa mesma estrutura, criando modelos até então inexistentes (mesmo com o intuito de contornar os regimes legais existentes) e, com efeito, dificultando o trabalho dos operadores do direito (veja-se o crescente número de estudos sobre a coligação contratual⁷³ ou lembre-se da atuação “a reboque dos acontecimentos” do legislador nacional, no que toca aos “novos produtos de férias”⁷⁴) e, com muito maiores razões, a defesa do homem comum na sociedade. Finalmente, merece destaque o incentivo às “relações duradouras”, baseadas numa ideia de catividade, prezando-se uma

Através dos
contratos de
adesão, passou-se
a poupar o tempo
de negociação
e elaboração do
contrato

fidelização estendida no tempo (se possível, tendendo à perpetuidade), como objetivo do processo de comercialização de muitos produtos.

É importante perceber que mesmo o comércio de bens industriais mudou. Pensemos na situação exemplar de compra de um automóvel. Esta é feita, na maioria dos casos, com recurso a financiamentos, através de negócios que recebem variada nomenclatura no Brasil e em Portugal (venda com reserva de propriedade, alienação fiduciária em garantia, locação financeira, arrendamento mercantil, *leasing*, arrendamento de longa duração ou ALD etc.), geralmente consubstanciando negociações complexas, levadas a cabo através de contratos de adesão impregnados de termos técnicos e que sempre apresentam, em comum, a característica do *prolongamento da relação no tempo* – contrariamente ao que sucederia no caso de simples pagamento para aquisição instantânea do veículo⁷⁵.

Segundo pudemos perceber, esta nova mudança na relação entre o tempo e os contratos é resultado do impacte exercido pela temporalidade na teoria das empresas, obrigando à existência de uma reformulação permanente, o que, para alguns teóricos, significa a necessidade de abandonar a concepção “orgânica” ou “institucional”, por ser muito estática, para passar a conceber a empresa como “*uma série de acordos contratuais de longa duração entre os proprietários dos fatores de produção*”⁷⁶. Assim, a empresa vai substituindo os preços por salários, o intercâmbio de mercados por relações hierárquicas, os acordos instantâneos, nos quais há que estabelecer preços fixos, por vínculos de longa duração, nos quais o recurso não se compra, antes se gere.

Teoricamente, os acordos de longa duração podem diminuir os custos de informação, porque seria muito caro ter de contratar com muitas empresas distintas para obter um determinado serviço complexo. Evita-se que um grande número de indivíduos tenha um grande conhecimento dos diferentes componentes do produto nas negociações, o que importaria um aumento do valor necessário para custear a produção. Assim, em tese, seria provável que o custo para que um adquirente determinasse o preço do produto a ser adquirido se tornasse bastante alto no caso de manutenção do tradicional sistema de preços. Alternativamente, a produção passa a ser organizada dentro de uma empresa onde existe um agente central que celebra contratos – bilaterais de longa duração – com cada um dos proprietários dos fatores de produção e que vende o produto final aos compradores.

Analisando a questão sob uma perspectiva mais protecionista em relação ao aderente, parece-nos que, na ânsia desmedida por lucros, os predisponentes não só desprezaram as necessidades de negociação individualizada (impondo aquilo que consideram melhor para atender aos seus interesses, sempre que o direito

não atua para proteger os mais vulneráveis), como agora têm procurado ignorar um potencial interesse legítimo em adquirir a informação individualizada em diferentes proveniências (o que estaria na base da escolha mais adequada, segundo a lógica de que a concorrência controla o mercado, premiando os mais justos) e o direito de cada um “a ser diferente”, tudo sem esquecer que nem todos os serviços são hipercomplexos, nem sempre a informação do produto “gerido” será mais barata (pensemos que as ofertas, de tão padronizadas, nunca consigam satisfazer as necessidades de um potencial aderente, que acaba tendo de retornar ao mesmo ofertante várias vezes, em intervalos diversos de tempo para pesquisar) e ainda que o mais barato nem sempre é o melhor⁷⁷.

Ou seja, como se não bastasse, agora impõe-se a tendência dos contratos de execução duradoura⁷⁸ (e mesmo continuada, referentes ao fornecimento de bens essenciais, mesmo para quem quem deseja manter-se *informado* – ver-se-á a ironia – como seria a prestação de serviços de acesso à *internet*), valendo-se de cláusulas contratuais gerais para fazer prevalecer os seus interesses (estritamente lucrativos, repita-se à exaustão) por um período de tempo mais prolongado, em detrimento dos interesses das contrapartes, inclusivamente dificultando – mesmo que de maneira “camuflada” – a “libertação” do aderente em relação ao contrato de adesão.

Vale isto por dizer que não só falta ao aderente a liberdade de negociar o conteúdo das cláusulas contratuais, como a própria liberdade de escolha (ou de mudança, no caso de insatisfação em relação a um serviço contratado por adesão que venha a ser mal prestado) também se torna cada vez mais restrita: substitui-se a “vontade livre” (em sentido estrito, desde que estamos diante da contratação por adesão) pela “vontade cativa”⁷⁹. O problema é que a falta de informação continua a imperar, independentemente de se tratar de uma contratação simples ou uma operação negocial complexa, quer os custos de informação se tornem mais baratos ou não⁸⁰.

Certamente, isto implicará – repita-se – uma análise das obrigações contratuais como um processo onde a boa-fé e a confiança devem ser sustentadas constantemente. Para o objeto do presente estudo, porém, o importante é perceber que, a fim de não deixar o espaço de liberdade do aderente reduzido a pouco ou quase nada, será preciso que os seus direitos à “libertação” do vínculo contratual sejam claramente informados. Sendo certo que, ao celebrar

A ação inibitória
também assume
relevância para os
nossos estudos,
mesmo em atenção
ao disposto no
DL 446/85

um contrato muitos aderentes desinformados não pensam na sua dissolução, nem nas maneiras como ela pode vir a ter lugar, a verdade é que este tipo de informação se vem tornando essencial, assim como quaisquer outras previsões que digam respeito ao reajuste do contrato em casos de alterações supervenientes dos fatos, as quais venham a interferir no cumprimento contratual.

Entretanto, é curioso notar que, quanto mais a sociedade avança no pós-modernismo (o qual associa-se a ideias que permitem criticar a determinabilidade prévia dos acontecimentos, estimulando-nos a trabalhar para nos acostumarmos às contantes evoluções do dia a dia), mais os contratos desejam caminhar num sentido de repetição e – com agravamento nos últimos tempos – de imutabilidade. Parece-nos que a liberdade contratual precisa ser ampliada com urgência, no que toca ao aderente.

Se é verdade que, consoante as advertências de Roppo, todo contrato esconde uma operação económica e que, muitas vezes, o direito é utilizado para legitimar interesses da elite que controla as nações, de modo a fazer crer aos menos favorecidos que são os maiores beneficiários das mudanças (quando isso na verdade é falacioso), então podemos dizer que toda a contratação contemporânea não passa de uma grande desculpa para a manutenção do poder, contra os benefícios que poderiam ser aproveitados pela pós-modernidade (consciente, se adequadamente comunicada e informada), favorecendo toda a gama de desigualdades que os contratos têm despertado⁸¹.

Com efeito, não se torna espantoso que muitas dívidas contratuais tenham caminhado no sentido do sobre-endividamento das famílias. Este dado merece relevo para a nossa análise. No mesmo ano em que Galgano fazia as advertências expostas no início do presente capítulo, Lima Marques começava a analisar uma prática que à altura tornava-se comum no Brasil: os credores, em sua maioria bancos, ofereciam ao cliente comum a renegociação ou a novação da dívida que havia sido estabelecida anteriormente – note-se – com base em cláusulas comprovadamente abusivas. Valendo-se de termos de confissão, consolidava-se a dívida (que, em rigor, não existiria devido à abusividade das cláusulas, ou existiria em valores reduzidos), para então reenquadrar o contrato nos parâmetros legais. Burlava-se, desta maneira, a revisão real do contrato que, de início, passava a ser examinado pelos tribunais a partir da renegociação ou novação estabelecida através do termo de assunção da dívida anterior. No entanto, hoje a jurisprudência brasileira firmou-se no sentido de determinar, em tais casos, a revisão de todo o contrato⁸².

Dizíamos que este dado merece relevo porque, se bem vistas as coisas, já que os contratos caminham para uma duração mais prolongada, os

fornecedores e produtores de bens em geral (os quais, como vimos, efetuam as suas contratações com os proprietários dos fatores de produção, também elas de longa duração, a fim de melhor controlarem a sua empresa), não poderiam ignorar que possivelmente os destinatários finais dos produtos também teriam de renegociar os contratos de que faziam parte. Porém, torna-se claro que, mesmo quando muitas famílias já se encontravam sobre-endividadas (leia-se, se houver interesse, o farto material sobre a prática do anatocismo no Brasil), o comportamento dos “poderosos” caminhou noutro sentido: tentar prolongar as relações contratuais, ainda que abusivas, utilizando-se de todos os meios possíveis.

Por outras palavras, aquilo que poderia ser uma oportunidade legítima de demonstração da confiança descambou para um ardil em que se mantinha a completa desinformação dos mais vulneráveis. Diante disto, pergunta-se: por quê? Se Ihering dizia que “o direito é a arte do bom e do justo”, torna-se difícil explicar... Contudo, diante da reiteração das práticas, decerto não poderemos classificar tal circunstancialismo como uma reles coincidência. É absolutamente inadmissível que o direito cruze os braços e feche os olhos para este triste fado, que não pode nem deve ser carregado – sobrecarregado? – durante toda a vida pelos mais fragilizados numa relação contratual.

Os contratos a que nos referimos agora são chamados, no Brasil, “contratos cativos de longa duração”, na Argentina são conhecidos como “contratos de longa duração” e no *realismo americano* recebem a denominação de “contratos relacionais” (*relational contracts*⁸³). São exemplos destes os contratos bancários, de seguro-saúde, de assistência médico-hospitalar, de previdência privada, de cartão de crédito, de transmissão de informações e lazer por cabo, telefone, televisão e computadores, assim como os conhecidos serviços públicos básicos, de fornecimento de água, luz e telefone, entre outros⁸⁴.

Não é complicado perceber que o objeto destes contratos é, em regra, caracterizado como um serviço de fundamental importância no mundo atual, relacionado com várias necessidades fundamentais para que se viva com qualidade, no que respeita a áreas como a saúde, a educação, o crédito e – atente-se – a informação. Se levarmos em conta que a catividade representa a promessa de algo que, no futuro, servirá como um elemento que conduza a relação contratual para a perpetuidade, então perceberemos como se torna

Uma ação coletiva ideal deve permitir que a generalidade dos lesados aceda à justiça de qualquer parte, independentemente de características individuais

determinante para o desenvolvimento da sociedade que estes contratos sejam estudados para que se desenvolvam de uma maneira boa e justa.

O seu fundamento último, como vimos, afasta-se da tradicional vontade livre e estabelecida por consentimento, reclamando soluções que enfatizem as ideias de socialização do contrato, anteriormente referidas. De fato, o estudo destas formas de contratação deve ter por base não mais o acordo de vontade entre sujeitos ficcionais, dotados idealmente de uma igualdade formal e livre para contratar, mas de sujeitos situados no contexto da comunidade, cujas ações assumem relevância dentro do contexto da sociedade que se quer produzir. Esta, hipercomplexa, clama pela proteção das legítimas expectativas nos contratos, tendo como pressupostos a informação e o agir com boa-fé durante todo o período contratual (mesmo antes e depois do contrato, para sermos mais precisos).

Isto valerá para todos esses contratos, considerando que estamos diante de serviços vistos como essenciais ou, pelo menos, úteis à sociedade. Em qualquer caso – mas em especial quanto ao fornecimento de acesso à informação (através dos meios de comunicação) – parece-nos imprescindível que não se perca a oportunidade de manter um constante diálogo informativo entre as partes⁸⁵.

De fato, especialistas referem que nestes contratos as cláusulas substanciais devem ser substituídas por cláusulas constitucionais que permitam uma “*renegociação contínua*”, a qual tenha por substrato, por exemplo, o *status* do contratante, a sua confiança e a sua dependência económica⁸⁶. E, para o presente estudo, o que mais importa: tudo isto deve ser comunicado e informado ao aderente quando o contrato de adesão for também um *relational contract*. Levando-se em conta a incapacidade dos indivíduos para receber, armazenar e processar uma grande quantidade de informações, prevendo todas as possíveis circunstâncias futuras e preparando-se para todas as vicissitudes (face à “racionalidade limitada” que nos assola), torna-se necessário assegurar que a informação esteja disponível quando o problema ocorrer, a fim de ajudar as partes a ajustar e resolver a situação⁸⁷.

Isto significa que o dever de comunicação e informação não deve mais ser visto como um privilégio pré-contratual, mas como uma obrigação fundada na confiança e comprometida com a socialização do contrato, visto como um todo (resguardando não só a relação obrigacional interna, como também aquela que se refere à coletividade), protegendo-se as partes com base na boa-fé e nos deveres de colaboração solidária desde antes até depois da vigência contratual e ressaltando-se a valorização do dever de informar “*pós-celebração contratual*”, o qual permitirá o desempenho da *renegociação relacional*.

Exige-se que a mudança normal da relação interna e externa do vínculo contratual mantenha uma *paridade equitativa* entre as partes, em prol do equilíbrio dinâmico do contrato. Numa situação de desigualdade material como a que vivemos (especialmente no Brasil), torna-se possível defender que os riscos de mudança presentes na sociedade devam ser suportados pelo parceiro contratual mais forte, com maior poder de arcar com o desnivelamento contratual decorrente da própria alteração dinâmica da sociedade, levando em consideração que dividir os riscos numa sociedade de consumo, movida por agressivas campanhas de *marketing*, não traz a esperada justiça distributiva (necessária à própria manutenção equilibrada do contrato e, por conseguinte, à justa circulação de riquezas)⁸⁸.

O diálogo das fontes, mesmo em relação a outras ciências, bem como a atenção ao “entorno social” que nos envolve – “esperando o inesperado” com um pensamento aberto às constantes exigências de adaptação e atualização – podem surgir como um caminho para transmitir os aludidos “intuitos informativos” – de maneira assimilável, como é bom lembrar – ao corpo do contrato, segundo a nova teoria contratual. Certamente, movidos por *valores* (não por outro conhecido *valor*) e sem perder a capacidade de indignação.

6. Comunicação e informação nos regimes específicos de proteção ao aderente

Tendo avançado até aos tempos atuais, com atenção aos “novos ventos” que hoje sopram, é chegada a hora de tecermos alguns comentários sobre os regimes legais especificamente dedicados aos contratos de adesão e às cláusulas contratuais gerais, para enfim procedermos à aplicação da nova disciplina contratual ao tema fulcral do presente trabalho, em sede de considerações finais.

6.1. Breve análise comparativa

Em Portugal, o DL 446/85 estabelece, nos seus arts. 5º e 6º, respectivamente, os deveres de comunicação e informação ao aderente que se limite a subscrever ou aceitar as cláusulas contratuais gerais (CCGs). A inobservância destas obrigações, em relação à inclusão de CCG, implica a sua exclusão dos contratos singulares⁸⁹.

Em suma, podemos dizer que as CCGs devem ser informadas integralmente aos aderentes, através de comunicação adequada e com a antecedência necessária para que, à vista da importância do contrato e da extensão e complexidade de

suas cláusulas, seja possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência. Ou seja, em relação à extensão, a comunicação deve ser integral; quanto ao modo e ao tempo, deve ser adequada e permitir, através da antecedência, o conhecimento completo e efetivo por parte do aderente. Note-se que o ônus da prova da comunicação, nos moldes descritos, cabe a quem submeta a outrem as CCGs (cf. art. 5º, n. 3 do referido diploma).

No que respeita à informação, o contratante que recorra a CCG deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja aclaração se justifique. Parece-nos que esta determinação legal corresponde ao que já decorreria naturalmente do art. 227 do Código Civil português, mas evidencia uma preocupação em relação a quaisquer situações em que o contratante, recorrendo às CCG, tenha uma espécie de dever adicional de informação, para além dos que naturalmente decorrem da obrigação de comunicação acima referida, nomeadamente em relação aos esclarecimentos razoáveis que forem solicitados.

No Brasil, uma adequada abordagem da questão deve partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC), segundo pensamos. É importante notar, desde logo, que esta codificação admite diversas noções de “consumidor equiparado” (pessoas que normalmente não seriam abrangidas pelos dispositivos legais do CDC, mas passam a sê-lo em virtude da lei), sendo uma delas – a que é fornecida pelo art. 29 – de fundamental importância para o presente estudo.

Segundo o citado dispositivo, para os fins do capítulo V do CDC (práticas comerciais), equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. Uma das previsões deste capítulo vem expressa pelo art. 46 e também assume destaque essencial para discussão de que tratamos. Segundo este dispositivo, *“os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”*. Face à aludida equiparação e à substituição do direito comercial pelo “direito empresarial” no Código Civil brasileiro (v. art. 966 e ss.), esta disposição deve ler-se, segundo pensamos, pedindo vénia pela repetição, da seguinte maneira: *“os contratos que regulam as relações em que houve exposição ao exercício profissional de atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços não obrigarão as pessoas a eles expostas, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”*.

Por outras palavras, no nosso entender, todos que forem expostos ao exercício das aludidas atividades (sejam eles ou não potenciais aderentes e/ou consumidores, na acepção mais restritiva europeia) deverão ser comunicados com antecedência do conteúdo contratual que, se for escrito, não poderá impedir a compreensão e o alcance de suas cláusulas. Embora fique de fora da previsão brasileira o exercício de atividades não económicas, havemos de convir que, como é notório, são precisamente nos casos de adesão a contratos com efeitos económicos que é sentida a maior necessidade de proteção dos aderentes, especialmente face à sua crescente complexidade e à disparidade de poderio – de informação, socioeconómico, técnico-jurídico, psicológico, processual etc. – das partes envolvidas.

Numa análise comparativa, parece-nos que os efeitos práticos das legislações brasileira e portuguesa – sendo certo que esta é uma análise bastante específica e que outros dispositivos legais poderiam ser chamados à baila neste momento, mas não é o caso de fazê-lo – se avizinham. Embora a legislação portuguesa pareça mais ampla, se levarmos em consideração que admite o dever de informação mesmo para contratos que não consubstanciem relações de consumo ou “equiparadas”, a verdade – que agora nos basta – é a de que estes contratos representam a grande maioria dos que são celebrados com problemas de informação, sobretudo em atenção aos efeitos indesejáveis que a falta de comunicação contratual, nestes casos, acaba por gerar (por negarem a liberdade do aderente, estimularem o seu desinteresse informativo, causarem a desigual distribuição de riquezas, a indignidade social etc.).

A ação coletiva não deve ser uma ação representativa, inclusivamente quanto tem em vista a supressão de cláusulas ilícitas ou abusivas nos contratos de adesão

Dito isto, convém lembrar, seguindo de perto a doutrina especializada, que o modelo de informação nos contratos de adesão parte da ideia de uma “liberdade reduzida” (à possibilidade de uma decisão informada entre opções alternativas), isto é, simples liberdade de escolha e de celebração, longe do “irrealista ideal jurídico” da liberdade de conformação – como aconteceria com a prévia negociação das cláusulas entre os contraentes⁹⁰. Através da escolha e celebração informadas, numa perspectiva institucional-económica, “premiar-se-iam” os contratantes que adequadamente se utilizassem de CCGs, “castigando” aqueles que tentassem impor cláusulas abusivas ou pelo menos desfavoráveis aos interesses dos aderentes. Neste caso, a concorrência funcionaria como um “controlo” das boas práticas no mercado.

Contudo, os estudiosos que se debruçaram sobre este delicado tema acabaram por decretar a insuficiência tuteladora do “modelo de informação”, no que respeita aos contratos com CCG, devido a diversos fatores, como a variedade e complexidade técnica dos produtos, a difícil perceptibilidade de sua diferenciação qualitativa, a publicidade onipresente e sugestiva (quando não enganadora) e um incentivo ao consumo (como entretenimento, batizado “consumismo” no Brasil), induzido por mecanismos de ordem psicológica, sociológica etc. Dessa maneira, aparece *pintado* um quadro em que a capacidade de comparação e avaliação, por parte do consumidor e de muitos aderentes é manifestamente excedida, implicando a afetação da sua autonomia e, consequentemente, do funcionamento do aludido mecanismo de concorrência.

Diante do comprometimento da autonomia (aquela reduzida), o controlo que seria exercido pela concorrência deixa de existir nos moldes idealizados, obrigando a que o Estado intervenha para garantir que a informação seja efetivamente conferida aos aderentes, permitindo que ao menos possam escolher e celebrar contratos que atendam aos seus interesses. Dentro desta ordem de ideias teriam surgido os normativos de proteção ao aderente a que fizemos alusão acima. As referidas normas sobre CCGs decorrem, assim, dos princípios inspiradores do “modelo de informação”, traduzindo-se na imposição ao predisponente de ónus de comunicação e de esclarecimento do conteúdo destas estipulações, para proporcionar à contraparte a possibilidade de esclarecimento das consequências jurídicas da decisão de contratar (eliminando-se os problemas antes referidos)⁹¹.

Entretanto, note-se que a maior demonstração de que o *Informationsmodell*, por si só, não teria a capacidade de cumprir esta missão foi dada pelos próprios normativos que serviram à materialização da doutrina: além da imposição dos deveres de comunicação e informação, foi preciso – conforme adiantado – um “controlo do conteúdo” dos contratos, isto é, tornou-se necessário que o legislador restringisse diretamente o princípio da liberdade contratual⁹². Ao controlo da *autodisciplina* de interesses, consubstanciada no contrato de adesão, junta-se a *heterorregulação* do ato que o põs em vigor, conjugando-se diversos instrumentos de tutela, em distintos planos interventivos.

Admitiu-se, com isso, que a *cognoscibilidade* dos termos contratuais, mesmo em relação ao seu caráter inequitativo, não fornece ao aderente, só por si, alternativas reais de defesa dos seus interesses e de exercício efetivo da autonomia privada, no sentido de aproveitamento ótimo das oportunidades oferecidas pelo mercado. Consoante os ensinamentos de Sousa Ribeiro, as razões de cálculo económico e até mesmo de índole psicológica tornam justificável

o desinteresse do aderente pelo conteúdo das cláusulas contratuais gerais que integram os contratos de adesão. Esta “racionalidade” não é eliminável com a possibilidade do seu “conhecimento completo e efetivo”, na medida em que tal faculdade não representa um incitamento suficiente à refletida avaliação e seleção da melhor oferta disponível (com a consequente estimulação da concorrência), atento aos custos e dificuldades de comparação das CCGs e do seu relacionamento com as conveniências pessoais⁹³.

A partir daí, confessada a irrealizabilidade do modelo de informação, não é de surpreender que se tenha indagado sobre a sua real importância. Pelo que pudemos perceber, a fórmula tem ao menos o mérito de fixar um padrão de comportamento exigível ao utilizador de CCG.

Além disso, se sabe que terá de comunicar e informar o aderente sobre as CCGs, nos termos descritos, então sentir-se-á compelido a não incluí-las nos contratos, quando tal inclusão puder ser violadora dos direitos do aderente. De todo o modo, pelo bem da proteção da parte mais fragilizada na relação contratual de adesão, o certo é que os deveres de informação/comunicação e o controlo do conteúdo tornam-se complementares.

Assim, por exemplo, ainda que uma cláusula manifestamente proibida, com base nos arts. 15 e seguintes do DL 446/85, seja efetivamente comunicada e informada ao aderente, por mais que ele venha a aceitá-la, mediante adesão, a cláusula será nula.

Por outro lado, analisando as normas até aqui expostas, o aderente deve apenas agir com a diligência que lhe é comum, nada mais lhe sendo exigido. Como tal diligência é baixa, diante dos fatores antes mencionados, muitos autores tendem a desvalorizar, quanto aos seus efeitos úteis, o simples dever de propiciar ao aderente à cognoscibilidade das CCGs, sobrevalorizando o controlo do conteúdo. Embora não estejamos completamente em desacordo com esta posição, o tema merece algumas considerações adicionais.

Em primeiro lugar, o direito não se manteve inerte quanto à insuficiência da informação nos contratos, nomeadamente quanto à parte sem experiência e no que toca àqueles que são submetidos a práticas agressivas e desleais, que impedem a formação esclarecida e ponderada do consentimento. Em Portugal, sendo notória a existência de profusa legislação especial sobre o tema, é importante sublinhar que a regulamentação da informação, nestes termos, vem sendo acentuada, de maneira vertiginosa, nos últimos tempos, como dão prova,

Devem ser
estimulados,
segundo pensamos,
mecanismos de
indenização dos
aderentes lesados,
compensando os
seus prejuízos

no ano de 2008, os Decretos-Lei 57, 82 e 84, tratando das práticas comerciais desleais, da venda a distância, ao domicílio ou equiparadas e ainda da venda de bens de consumo e garantias a ela relativas. No ano de 2009, o Novo Regime do Crédito ao Consumo é uma situação exemplar.

Uma análise global desta convulsão criativa do legislador (sem embargo das críticas já efetuadas em relação à dificuldade de estudo que geram), permite-nos alcançar alguns princípios ou ideias comuns extraídas da legislação, especialmente aplicável ao consumo de bens, o qual, como ninguém ignora, é na maioria das vezes levado a cabo através de contratos de adesão. São eles: transparência e lealdade⁹⁴; informação nas cláusulas contratuais gerais (como procuraremos deixar claro através do presente estudo); informação em particular⁹⁵; informação e exigência de forma escrita (com algumas restrições, pois há vezes em que isto pode representar verdadeiro entrave à celeridade na contratação e ampliar consideravelmente os custos dos negócios); dever de informar em língua portuguesa⁹⁶; integração da publicidade e das informações pré-contratuais no conteúdo do contrato⁹⁷; proteção à saúde e segurança [consagrada no art. 60, n. 1 da Constituição da República Portuguesa, bem como nos arts. 3º, b) e 5º da LDC⁹⁸]; direito de consumir apenas o que pediu (controvertido quando às ofertas indesejadas e não solicitadas, geralmente confrontando-se direitos constitucionais à liberdade de expressão e iniciativa económica com os de inviolabilidade do domicílio e da correspondência, à vida privada, os direitos dos consumidores em geral e as garantias sobre os dados pessoais⁹⁹); proteção dos interesses económicos, bem como direito à formação e à educação (por exemplo, com base nas ideias constitucionais anteriormente aventadas); responsabilidade civil¹⁰⁰ (com a finalidade de alcançar a justa reparação do dano, aberta às inovações jurídicas, em atenção ao diálogo das fontes, sendo particularmente interessante, no que respeita ao regime das CCG, a situação de falta de comunicação e informação das cláusulas de exclusão e de limitação de responsabilidade¹⁰¹); direito de revogação unilateral (mesmo aquele que é estendido aos contratos em coligação numa operação negocial complexa, potenciando-se tal direito pela vedação ao pagamento antecipado, que impediria o arrependimento com base na previsibilidade de problemas para reaver os valores adiantados, tudo com o intuito de afastar uma contratação em que o espaço de formação do consentimento apareça debilitado frente a técnicas de comercialização agressivas ou desleais)¹⁰²; imperatividade dos direitos do consumidor¹⁰³; criação de órgãos de proteção e solução de conflitos (os quais podem e devem ajudar a resolver problemas de comunicação e informação, mesmo sob um espectro mais amplo de atuação) ...

Como dizíamos, o direito não se manteve inerte em relação à falta de informação nos contratos, procurando proteger a parte mais vulnerável de diversas maneiras, com o objetivo de potenciar uma decisão racional do contraente protegido, ajustada em função dos meios de que dispõe e evitando que, por falta de informação, ele venha a celebrar um contrato desvantajoso.

No que toca ao DL 446/85, o deslocamento da tutela essencial do contratante, passando do confessadamente insuficiente *Informationsmodell* para o controlo do conteúdo, não nos impede de avançar com outras sugestões, nomeadamente no sentido de motivar o contraente a empenhar-se na leitura, compreensão e confronto dos conteúdos das CCGs, combatendo a “desmotivação justificada” para empreender estes esforços. Evidentemente, as mudanças passam por uma reestruturação da contratação e não podem contar só com o apoio dos mais fragilizados¹⁰⁴.

Neste sentido, em anotação ao DL 446/85 (que haviam criado), Almeida Costa e Menezes Cordeiro consideravam que o dever de informar o aderente do significado e das implicações das CCGs só pode ser levado a cabo de duas maneiras: ou através de um texto explicativo, entregue, juntamente com a comunicação das CCGs, com a antecedência necessária para permitir o seu estudo, ou verbalmente, num contato pessoal entre as partes¹⁰⁵. Acontece que ambas as soluções, importando custos para o predisponente, põem também em causa as vantagens organizacionais, do ponto de vista da estrutura interna da empresa, que as CCGs propiciam.

Mesmo assim, a via parece estar aberta, incentivando atividades futuras para a melhoria das condições de celebração do contrato de adesão. A solução do texto explicativo, prevista pelos juristas referidos, acabou por ser, de alguma forma, acatada, como põem a nu os regimes do DL 133/09 (Crédito ao Consumo) e da Diretiva 2008/122/CE (Direitos de Utilização de Bens a Tempo Parcial, e Novos Produtos de Férias), nos quais a informação pré-contratual é fornecida ao consumidor – aderente, segundo pudemos visualizar – através de “formulários normalizados” que constam dos seus Anexos¹⁰⁶. De um modo geral, esta maneira de informar pode apresentar vantagens de praticidade e harmonização (pensemos nos planos comunitários), não merecendo, de modo algum, ser desprezada – talvez apenas aperfeiçoada¹⁰⁷.

Ao lado da liberdade
contratual, o direito
privado de
hoje impõe
boa-fé, probidade,
bom senso e visa
à proteção dos
vulneráveis

Sem dúvidas, um dos primeiros passos a serem dados consiste em exigir que a *compreensibilidade* das CCGs resulte do seu próprio texto, de modo a que um aderente não preparado, do ponto de vista jurídico da experiência negocial, as possa compreender, sem a necessidade de um esclarecimento especial (*ohne besondere Erläuterung*). Em rigor, convém ressaltar que é hoje possível – após serem verificadas a celebração e até a execução de contratos formados com manifesto desrespeito pelos deveres de comunicação e informação – estabelecermos *princípios* (*formais-exteiores* e *materiais*) a serem respeitados, com base nos aludidos deveres, partindo da ideia central de *cognoscibilidade*, a fim de obter, como quis o legislador, o “*conhecimento completo e efetivo*” do conteúdo das CCGs.

Além da mencionada (i) *compreensibilidade* (ou *inteligibilidade*, abrangendo, por exemplo, a necessidade de que não sejam utilizados termos específicos para juristas, de difícil compreensão, nem meras referências, sem explicações, a artigos de disposições legais, siglas, abreviaturas ou fórmulas que pressuponham conhecimentos técnico-jurídicos, tampouco aceitando-se o uso de línguas não conhecidas por determinado círculo de aderentes), merecem referência (ii) a *legibilidade* (relacionada com a efetiva possibilidade de leitura, através de caracteres visíveis, da não utilização de símbolos desconhecidos etc.); (iii) a contextualidade (pois o texto, mesmo compreensível e legível, não pode ser equívoco sob uma perspectiva do contrato “como um todo”, isto é, não pode oferecer contradições internas¹⁰⁸, devendo antes representar um agrupamento e uma articulação das cláusulas segundo critérios claros e racionais, com a sua colocação em local apropriado e sob uma epígrafe condizente com o seu conteúdo¹⁰⁹) e (iv) a *vinculatividade* (só há vínculo em relação àquilo a que se tomou conhecimento, pelo que uma assinatura na parte da frente de um contrato em que as condições constem do verso não deverá, em regra, ser vinculativa¹¹⁰).

Conforme exposto antes, a obrigação de comunicação e informação protraí-se durante todo o tempo do contrato – e mesmo antes e depois disto – em homenagem à boa-fé e à confiança. Entretanto, é importante frisar que há uma função, decorrente desta obrigação, a qual não deve ser desprezada: dar *publicidade* aos direitos que cabem ao aderente, permitindo-lhe que guie as suas condutas para a boa execução do contrato (o que restaria impedido, por exemplo, pela falta de entrega do contrato no momento da sua celebração) e, por outro lado, vedando que os predisponentes manifestem comportamentos contraditórios (mesmo quanto a modificações à primeira vista ínfimas ou a acréscimos pouco perceptíveis que transformem todo o sentido da contratação¹¹¹).

A transparência, mencionada antes, também aparece como um princípio importantíssimo e com alcance manifesto para a prevenção de falhas na contratação, especialmente nos casos de “fronteira” entre a violação do dever de informação e comunicação (controlo de inclusão) e o controlo do conteúdo de CCG.

É o que acontece em relação às chamadas “cláusulas de salvação” (*salvatorische Klauseln*), pelas quais o predisponente, através de aditamentos do tipo “na medida em que a lei o permita” ou “na medida em que a lei não disponha imperativamente outra coisa”, procura dar maior amplitude às vantagens que se atribui, sem correr o risco de ineficácia destas cláusulas.

É ainda o caso de estipulações cujo conteúdo de regulação é insuficientemente determinado, conferindo ao utilizador uma liberdade tão extrema que chega a pôr em causa o princípio da liberdade contratual. Integram-se neste grupo as cláusulas pelas quais o predisponente se reserva o poder de alterar ou conformar unilateralmente, na fase de execução do contrato, sem indicação precisa dos pressupostos ou do âmbito desta faculdade, quer a sua prestação, quer a prestação do aderente¹¹², quer direitos e deveres resultantes do negócio¹¹³, ou ainda a sorte da relação, decidindo-a livremente.

Forma-se uma ideia de confiança, maior aliada da boa-fé nas relações contratuais contemporâneas – não apenas a um punhado de cidadãos

Nas mencionadas hipóteses, se há falta de transparência, o utilizador da CCG poderá até argumentar no sentido de ter informado o aderente, mas o seu comportamento será inadequado diante da repartição inequitativa de direitos e deveres das partes. Assim, mesmo que se consiga ultrapassar o controlo de inclusão, a cláusula cairá diante do controlo de conteúdo: com base na intransparência, deverá ser considerada nula – porque indefinida, incerta e permissiva em relação a um desequilíbrio injustificado, o qual pode lesar gravemente os interesses do aderente.

A intransparência pode ainda ferir diretamente o dever de boa-fé, quando houver um esclarecimento aparentemente adequado, mas com efeitos desfavoráveis e que passam despercebidos no que toca ao aderente médio. O princípio da boa-fé obriga a tornar patentes, da maneira mais clara possível, os direitos e deveres da contraparte. De fato, o resultado da intransparência, nestes casos, pode ser a necessidade de exclusão (por defeitos de informação) e de nulidade (diante da proibição de cláusulas contrárias à boa-fé) da CCG, com base numa única causa.

A maior importância em diferenciar estas situações, segundo pensamos, ocorrerá nos casos em que o conteúdo não for especificamente proibido (na dúvida, peça-se a ineficácia), parecendo-nos que uma boa alternativa será alegar que houve intransparência comunicativa e informativa, sempre que esta se referir ao *conteúdo essencial do contrato* (v.g. no caso do preço ou do correspondente da prestação). Como esta compreensão é de fundamental importância para a formação da decisão de contratar (isto é, havendo justamente um qualificado interesse na informação), deverá haver uma correta localização sistemática da cláusula, com destaque e clareza nas formulações, propiciando a fácil compreensão pelo aderente. A dispersão, por várias cláusulas, dos fatores relevantes para o preço, a sua ocultação em contextos inapropriados ou a sua indicação através de fórmulas e parâmetros de cálculo demasiado complexos não satisfazem a essa exigência (aliás, consoante os princípios de cognoscibilidade antes referidos)¹¹⁴.

Especificamente no que toca à realidade brasileira, quanto ao dever de comunicação e informação nos contratos de adesão, convém lembrar que a situação acaba por ser bastante similar à portuguesa. Contudo, uma crítica de plano pode ser feita: a definição positivada dos contratos de adesão consta do Código de Defesa do Consumidor, quando a nosso ver ficaria mais bem localizada no Código Civil¹¹⁵.

Isto acaba por significar, a nosso ver de maneira lastimável, algum menosprezo pela situação do “aderente não consumidor”, a qual, sem embargo de ser verificada em menor escala, segundo as nossas pesquisas, não deve ser deixada de lado pelo estudioso do direito: a rigorosa proteção do aderente parte da sua fragilidade em termos de *liberdade* quanto à formação da vontade de contratar, já que não pode incluir no contrato as cláusulas que gostaria, pois não há negociação prévia e, sendo justificável o seu desânimo em empreender esforços para conhecer do conteúdo predisposto unilateralmente pela contraparte ou por terceiro (diante de motivos variados e facilmente verificáveis na prática), não há conhecimento completo e efetivo que permita um consentimento esclarecido e de acordo com as legítimas expectativas daquele que apenas se submete às CCGs. O desequilíbrio torna-se evidente.

É verdade que esta situação frequentemente confunde-se com a do consumidor, o que implica a soma da referida fragilidade àquelas inerentes ao grupo consumerista. Porém, em bom rigor, o aderente pode ser um profissional – a celebrar o contrato diante de outro profissional – e ainda assim merecer uma especial tutela jurídica, tratando-se de um contrato formado por cláusulas contratuais gerais. Esta necessidade de ampla proteção

aparece acentuada por vários motivos, já apontados anteriormente [como a complexidade dos negócios (coligados)], de maneira que a atuação do codificador civilista brasileiro de 2002, não obstante o conforto conferido pelo potencial efeito prático das noções de consumidor equiparado, poderia ter sido mais elogiável¹¹⁶.

Realmente, a doutrina brasileira não deixou de sentir essa deficiência do Código Civil, quanto à tutela do aderente em condições de inferioridade, passando a defender que a pormenorizada e sistemática disciplina do Código de Defesa do Consumidor – a qual, lembre-se, admite diversas noções de “consumidor equiparado”, estendendo o rol de beneficiários de suas normas e abarcando assim muitos aderentes que, sob a óptica da legislação portuguesa e europeia, não seriam de jeito algum considerados consumidores – poderá ser invocada para suprir as falhas da codificação civil¹¹⁷. A utilização conjugada dos arts. 29 e 46 do CDC acaba por resultar na imposição de deveres de comunicação dos utilizadores de CCG em relação a todos os expostos ao exercício da atividade empresarial. Esta teoria é plenamente aceitável, ainda, em atenção às tendências de constitucionalização do direito civil (com a mudança dos princípios que informam as relações contratuais, hoje positivados no Código Civil brasileiro) e de diálogo das fontes, antes mencionadas, especialmente partindo da ideia de necessidade de proteção dos mais debilitados na contratação, com o intuito de alcançar uma sociedade mais justa, solidária e igualitária.

Apesar de tudo, confiando que haverá maior precisão e rigor em trabalhos futuros, com atenção aos avanços da doutrina e à renovação do direito brasileiro, é possível defender os deveres de comunicação e informação ao aderente, por parte do utilizador, em moldes muito parecidos com os de Portugal. Embora a lei brasileira disponha apenas que o conhecimento do conteúdo deva ser (i) “prévio” (assemelhando-se à “antecedência necessária, de acordo com a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas”, constante da lei portuguesa) e (ii) “completo” (idêntica à situação portuguesa), a doutrina retira desta qualidade a necessidade de que seja ainda “efetivo”, avizinando as legislações de ambos os países¹¹⁸.

Muitos outros dispositivos poderiam ser aqui trazidos à baila, especialmente com fundamento na análise do direito do consumidor, primorosamente

Assim, a boa-fé,
singelamente,
significa ‘pensar no
outro’, enquanto
a confiança, por
sua vez, é o ‘pensar
legitimamente nos
interesses do outro’

desenvolvido no Brasil, beneficiando não só as pessoas como tal caracterizadas como ainda uma imensa parcela de contraentes deste enorme país. Entretanto, sendo um trabalho essencialmente de direito civil, parece-nos ser o caso de deixar uma abordagem mais pormenorizada da perspectiva consumerista brasileira para outros estudos, sem prejuízo das observações comparativas – feitas e a fazer – que tanto enriquecem de significado a nossa pesquisa e a nossa educação.

6.2. Aspectos práticos e jurisprudência adicional

Parece-nos conveniente trazer de volta à tona, neste momento, a questão das cláusulas segundo as quais “*o aderente afirma que tomou conhecimento prévio e efetivo sobre todo o conteúdo contratual*”, geralmente apostas em local vizinho ao da assinatura, mas no verso de onde constam as cláusulas contratuais gerais referentes aos direitos e deveres dos contratantes. A questão – controvertida entre a doutrina, visualizando-se posições minimalistas e maximalistas – dá-nos ainda a oportunidade de tratar de outra cláusula de extremo relevo prático, referente ao extravio de cartões de crédito.

De fato, nos “contratos de cartão de crédito” (*relational contract* geralmente redigido em letras miúdas, como é sabido), era comum a aposição de uma cláusula que procurava isentar o banco de responsabilidades decorrentes do furto dos cartões. Ao final, vizinha à assinatura, constava ainda a outra cláusula através da qual o aderente declarava: “*Aceito as cláusulas contratuais gerais... que constam do verso deste impresso*”. Como não é difícil imaginar, ambas as cláusulas passavam despercebidas à maioria dos aderentes, que, sendo posteriormente vítimas de furto, sem terem agido negligentemente, não consideravam justo que os bancos – os quais dominam, controlam e lucram com a atividade argentária – deixassem de indenizá-los pelos prejuízos sofridos.

Primeiramente, em relação à cláusula de “declaração de conhecimento completo e efetivo” do conteúdo constante do verso, trata-se, basicamente (e utilizando os princípios antes delineados quanto à *cognoscibilidade*), de uma questão de legibilidade e de vinculatividade. De fato, para a doutrina não é preciso que a letra seja ilegível para que a cláusula seja excluída, bastando que seja de difícil legibilidade¹⁹. Quanto à referência ao verso, a legislação portuguesa determina a exclusão de cláusulas “*inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes*”²⁰.

De um modo geral, portanto, poderíamos dizer que tais cláusulas devem ser excluídas, não só por ofenderem a normas imperativas, mas também porque

elas próprias também são consideradas, só por si, como *cláusulas contratuais gerais* – e, por isso mesmo, estão igualmente sujeitas à comunicação e à informação. Sendo esta a posição maximalista¹²¹, é também possível defender uma posição minimalista, segundo a qual estas cláusulas podem ser válidas se o predisponente avisar *nitidamente, antes da assinatura*, que as cláusulas se encontram no verso¹²². Parece-nos que, antes de proteger os predisponentes, é preciso cuidar dos aderentes, sendo digno incentivar – até mesmo face aos preceitos legais antes referidos – que as cláusulas venham dispostas anteriormente à assinatura, o que não traz problemas a nenhuma das partes, a nosso ver. Aliás, parece-nos que as decisões mais recentes nos dão suporte. De todo o modo, é preciso lembrar que, como este é um problema estrito de comunicação, não há que se falar em nulidade da cláusula em debate, mas de exclusão e inexistência.

Em segundo lugar, quanto à isenção da responsabilidade bancária pelo furto dos cartões de crédito, parece-nos que o principal problema ocorre nas situações em que não há culpa do titular nem do banco, sendo uma questão referente ao risco. Depois da comunicação do furto, a responsabilidade certamente será do banco¹²³. Porém, antes disso, levanta-se o problema consistente em saber se o titular foi negligente: se houve, da sua parte, dolo ou negligência grosseira (*v.g.* se a pessoa foi à praia e nadou no mar, deixando o cartão na areia), então deverá ser responsabilizado (conquanto seja possível argumentar que a pessoa não utilizava o cartão com frequência); nos demais casos, o banco responderá. Há ainda um limite até ao qual o banco sempre responde (o qual gira em torno dos cento e cinquenta euros)¹²⁴.

Sem fugir do tema, podemos referir uma outra característica, peculiar ao ordenamento jurídico brasileiro (na análise comparativa em relação à legislação portuguesa), a qual reside no dever, que impende sobre o predisponente, de *destacar* as cláusulas restritivas de direitos do consumidor (inclusivamente o equiparado), medida que nos parece interessante e que pode ser aproveitada para soluções futuras¹²⁵.

Cumpre-nos fazer breve referência à situação da ambiguidade das cláusulas, por tratar-se, numa perspectiva ampla – como a que procuramos defender – de um problema de (falta de precisão de) comunicação e informação. Porém, uma vez verificada, obriga-nos a avançar pelo atraente campo da interpretação, tarefa que não pode ser empreendida, face à sua complexidade, no presente estudo. De todo o modo, vale a pena relembrar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, existem dispositivos legais que protegem o aderente em casos de dúvida quanto aos sentidos de alguma cláusula contratual geral, determinando que em tais circunstâncias prevalecerá aquele que mais favorável ao aderente¹²⁶.

Sobre o tema, é possível sentir uma tendência sutil de alguns tribunais em optar por esta apreciação (privilégio com base em ambiguidade) com o intuito de favorecer os aderentes, sem ter de manifestar uma direta concordância com as suas demandas¹²⁷. Talvez este caminho possa representar uma saída para algumas demandas, ao menos em termos de pedido subsidiário (em relação ao principal, como seria a exclusão por falta de comunicação e informação).

7. Considerações finais

Reunindo tudo o que até aqui foi dito, tendo percorrido caminhos que passaram desde o direito constitucional até aos regimes legais mais específicos que dão tratamento ao assunto, sempre acompanhados de balizada jurisprudência e de esclarecedora doutrina, o assunto que, de maneira mais recorrente, firmou-se em nossos pensamentos – e que portanto poderia ser erigido como *ideia-chave* caso estivéssemos a concluir e não a considerar – foi a tentativa de alcançar um “mínimo de dignidade social” em termos informativos e comunicativos, no que respeita à contratação por adesão.

Este mínimo, segundo as nossas pesquisas, ainda não foi alcançado – inventado? – pelos operadores do direito. Entretanto, muitos pontos podem ser apresentados como determinantes para que ele seja concretizado.

1. Inicialmente, a avaliação da “*comum diligência*” daquele que deve receber a comunicação e a informação, segundo as nossas ideias, deve ser feita em atenção à *situação concreta* (como aliás restou consignado no Acórdão do STJ de 08.04.2010, relator conselheiro Lopes do Rego), não de maneira abstrata (como parecem sugerir algumas leis). Para sermos mais claros, não basta falar em comunicação para o homem médio numa sociedade *hipercomplexa* em que a diligência não é comum a todos¹²⁸.

Um ponto crucial da informação diz respeito ao preço, característica fundamental do produto. A informação referente ao preço deve ser reunida numa única cláusula, indicando o seu valor total (global, máximo), o qual deve incluir todos os outros fatores que permitam a sua alteração (mesmo em termos de reajuste e ainda que estejamos diante de uma operação negocial complexa ou coligada), permitindo que o aderente tenha a exata medida e compreensão da equivalência entre as prestações do contrato. Esta medida deve produzir uma cognoscibilidade do preço que atenda a duas necessidades básicas do aderente: (i) avaliar o equilíbrio económico entre as prestações (novo princípio de direito contratual) e (ii) dar publicidade à sua vontade, isto é, garantir que,

no caso de consentir, o conteúdo contratual não será alterado (ou seja, prezar pela inalterabilidade, tarefa dificultada no âmbito do comércio eletrônico).

Dada a inegável importância desta cláusula, alguns especialistas defendem que ela seja “posta em destaque” no confronto com as outras que compõem o contrato. Isto é, defendem que haja um *plus* de cognoscibilidade quanto ao preço. Estamos completamente de acordo. Entretanto, a aceitação dessa necessidade faz surgir outra dúvida de manifesto relevo: como concretizar o destaque? Parece-nos que, sem embargo da utilização de itálicos, *bolds*, sublinhados e outros meios de conferir proeminência ao texto (muito bem colocados como exigência por grande parte da doutrina), o mais importante é exigir uma assinatura especialmente voltada para comprovar o efetivo conhecimento do preço. Assim, de duas, uma: ou exige-se que se assine especialmente depois da cláusula, sem prejuízo da assinatura final e usual do documento, ou então esta cláusula passa a integrar o espaço imediatamente anterior à assinatura.

Oportunamente, já que falamos em destaque, outro problema que se põe é o que diz respeito à determinação da legibilidade dos contratos de adesão. O problema das letras miúdas, incompreensíveis ou até invisíveis (diante da sobreposição de duas cores muito similares), que causam a ilegibilidade ou a difícil legibilidade do contrato (de todo o modo vedando a sua cognoscibilidade e implicando a exclusão das cláusulas desconhecidas), merece ser superado. Nem os utilizadores de CCG – mesmo aqueles que negociam diretamente com o destinatário final – são génios a ponto de lembrarem o completo conteúdo dos contratos, nem os aderentes são estenógrafos certificados, nem, afinal, a natureza – inclusivamente em homenagem às gerações futuras – merece ser desgastada para produzir contratos escritos que de contrato nada têm.

Assim, poderíamos aproveitar os tipos de letras existentes nos programas de computador e, utilizando pesquisas (mesmo médicas), chegar a um consenso quanto ao tamanho da letra (por exemplo, o mínimo permitido é o modelo X com o tamanho Y, publicando-se e arquivando-se a medida para que todos possam utilizá-la e sujeitando-a a alterações futuras, conforme a recepção por parte das pessoas). Quanto à cor, não nos parece difícil: o normal “preto no branco” satisfaz. O conhecimento dos excepcionais também deve ser sempre garantido (*v.g.* através de contratos em *braille*).

Outro tema alvo de nossas reflexões diz respeito ao “tempo mínimo” para que se alcance o conhecimento completo e efetivo e se produza a informação adequada do aderente, tudo de modo a permitir uma contratação conforme às suas legítimas expectativas, bem como a comparação entre as ofertas do

mercado. Não basta que a lei determine o fornecimento da “informação prévia”, porque esta pode acontecer um segundo antes da contratação ou mesmo num dia especialmente ruim para o potencial aderente.

O modelo aqui parece vir do direito de revogação unilateral, conferido ao consumidor nas contratações em que é comum a utilização de técnicas agressivas e desleais, resultando num espaço de formação do consentimento reduzido. Neste sentido, parece-nos haver uniformização tendencial, na União Europeia, do prazo de 14 dias, à primeira vista razoável¹²⁹. O desafio aqui será estender o direito a todos os contratos de adesão. Isto pode ser facilitado se pensarmos que tal direito vem sendo recorrentemente estabelecido em regimes legais que dispõem sobre vários tipos de contratos de consumo formados por adesão¹³⁰, mas pode ser dificultado pelos que consideram a reflexão como um entrave injustificado à contratação, com o que nós discordamos.

Finalmente, parece-nos interessante formular um mínimo de informação quanto às características essenciais do produto. Esta deve abranger a qualidade, a quantidade, o conteúdo e os riscos do produto, bem como o modo de cessação e renegociação do contrato de adesão a ele referente. Integrada especialmente na qualidade e nos riscos está a legítima expectativa do aderente, a qual só pode ser formada através do conhecimento prévio dos maiores problemas verificados em relação à contratação, da possibilidade de cessação e renegociação e do foro competente para a resolução de litígios.

Quanto aos problemas anteriormente verificados na contratação, parecem-nos, em geral, injusto que esta informação seja dada pelo predisponente ou utilizador faltoso (*ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo*). Porém, os predisponentes e utilizadores de CCG poderiam ser condenados, em virtude de suas violações, a contribuírem para um fundo social voltado para o registro e exposição das cláusulas abusivas, o qual, de todo o modo, deverá – como de fato deve – ser mantido pelo Estado para informar os potenciais aderentes. Os meios de comunicação mais atualizados (como a *internet*, que já chega aos telemóveis) permitirão uma ampla melhoria do mercado (imaginemos um cidadão a contratar e a constatar, via *internet*, no seu telemóvel, que determinada cláusula contratual geral é proibida), além da geração de empregos em vários países, facilitando, inclusive, a comunicação internacional para a criação de um registro neste âmbito. A nosso ver, os nomes das empresas fornecedoras, produtoras e até “idealizadoras” de produtos que expõem as pessoas a práticas proibidas ou abusivas deverão ser revelados, em tal registro, aos seus destinatários. Os contratos, em geral, deverão remeter para esse registro.

No que toca às possibilidades de cessação, aqui não há que se falar em provas contra si mesmo: o utilizador deve informar o aderente sobre todos os meios de cessação do contrato, informação que não é comumente fornecida (provavelmente porque num momento inicial de celebração não se quer pensar na dissolução, mas é preciso ter atenção a esse aspecto, pois muitas das vezes um contrato celebrado para alcançar a liberdade implica a sua restrição). Especialmente nas contratações recentemente desenvolvidas, sobretudo nos *relational contracts*, à possibilidade de cessação deve ser acrescentada a de renegociação, inclusivamente como estímulo para manutenção de uma confiança constante entre as partes, tudo sob pena de que seja posto o fim à relação, permitindo que seja celebrado um outro contrato, por exemplo com a empresa concorrente, ou mesmo que se opte por não contratar – quando tal for possível, pois já vimos que frequentemente estamos diante de contratos que têm por objetos essenciais.

Não só falta ao aderente a liberdade de negociar o conteúdo das cláusulas contratuais, como a própria liberdade de escolha

O foro competente para a solução de litígios também é informação imprescindível e, tratando-se de uma “característica” que se incorpora ao produto – visto de maneira dinâmica e não estática no mundo atual – através da predisposição unilateral do fornecedor, não pode causar graves inconvenientes ao aderente. Dificultar a solução de problemas é, em geral, uma medida a ser afastada de qualquer contrato, quanto mais dos que são formados por adesão.

Todas estas características, a nosso ver, devem ser resumidas, porque um dos grandes riscos da informação nos contratos de adesão, consoante sublinhado ao longo do texto, por mais de uma vez, é a utilização deliberada do seu excesso, de modo a confundir o aderente e/ou incentivar o seu desinteresse pela avaliação e comparação entre os diversos produtos postos no mercado, tendo como efeito a impossibilidade de que este logre o conhecimento completo e efetivo sobre as CCGs. Uma boa alternativa pode ser a reunião das características num mesmo grupo de cláusulas, referindo-se apenas o essencial. Quanto aos modos de cessação/renegociação do contrato, no entanto, parece-nos ser o tipo de cláusula a merecer destaque especial.

2. Atendendo aos anseios dos “pais” do Regime das Cláusulas Contratuais Gerais em Portugal, hoje assiste-se a uma determinação deste mínimo de informação pré-contratual nos anexos que integram algumas leis mais recentes

dos ordenamentos jurídicos português e da União Europeia. Os referidos anexos devem ser entregues aos contratantes na fase pré-contratual¹³¹.

Entretanto, pese embora a vantagem, em termos de praticidade e harmonização, que sempre pode ser apontada em decorrência destas medidas, é preciso notar que uma tal padronização informativa requer muitíssimos cuidados, sobretudo quando é proveniente do legislador. Num primeiro contato com os normativos apreciados, parece-nos que, por um lado, há excesso de informação e a complexidade informativa impede um conhecimento completo e efetivo das CCGs e, por outro lado, faltam informações essenciais para permitir a justa contratação, inclusivamente tendo sido por nós verificada uma hipótese de conflito entre o que é previsto no corpo da lei e o que se encontra em seu anexo (este representando o formulário normalizado).

Realmente, é difícil encontrar a justa medida, mas a falha proveniente do legislador é menos compreensível do que seria aquela imputável ao predisponente (sempre sujeito ao controlo do conteúdo, que, embora não seja tema central deste estudo, pareceu-nos muito acertado). Padronizar mal as informações significa legalizar a falta de informação e comunicação, com enormes consequências negativas. É preciso encontrar um meio-termo entre o excesso e a falta: simples, mas completo.

Sem dúvidas, este é um bom exemplo de que o Estado tem de assumir as suas responsabilidades. Não basta a *heterorregulação* através do conteúdo, o controlo de inclusão é dele um complemento e vice-versa.

Assim, parece-nos interessante “testar” a caracterização do que possa vir a ser um mínimo essencial de comunicação e informação sobre as cláusulas contratuais gerais, antes de usá-lo como formulário normalizado e integrante da lei. É sabido que o trabalho dos juízes é cansativo, assoberbado em meio à enxurrada de processos que diariamente desagüam às portas do Judiciário. Quando os magistrados encontram alguma norma especificamente aplicável ao caso concreto, muitas vezes agarram-se a ela e fogem dos conceitos abstratos (muitos deles correspondentes à nova teoria contratual). Se um predisponente diz que entregou o Formulário Padronizado de Informações Pré-Contratuais estabelecido por lei e o aderente assinou-o, como argumentar pela exclusão do conteúdo não devidamente comunicado e informado?

Os próprios operadores do direito deveriam compor comissões especialmente voltadas para o assunto, expondo-se à contratação por adesão, na prática, mesmo até ao momento da assinatura – ou depois disso, vista a tendência de crescimento do direito de revogação unilateral dos contratos. Posteriormente, os magistrados, advogados, membros do Ministério Público, professores universitários e outros

juristas e estudiosos deveriam elaborar um relatório a ser submetido à apreciação geral, através de uma campanha pública de formação e informação quanto aos formulários normalizados, aberta à sugestão popular. Só depois de ouvidos todos estes grupos e pessoas, parece-nos que poderia ser aprovado, de maneira legítima, um modelo como os que foram referidos.

Quanto à atuação pública na comunicação e informação, voltamos a dizer que é preciso materializar e tornar de fácil acesso o registro das cláusulas proibidas por ações inibitórias, bem como permitir a justa reparação dos danos causados à sociedade através de uma atualização das ações coletivas, de acordo com os novos ventos que têm soprado na Europa, alguns deles provenientes do Brasil.

O registro poderia ser utilizado para prevenir contratações injustas (observe-se que o mesmo vale para a ampliação dos efeitos da inibitória a todos os contraentes que se valham de cláusulas declaradamente proibidas, não só para o que foi condenado). Do contrário, sem registro e sem ampliação dos efeitos, a verdade é que a duração de cerca de seis anos de cada inibitória é tempo suficiente para o predisponente mudar a redação da cláusula, pagar a condenação e ainda lucrar ilicitamente com a sua conduta, temendo apenas a publicação do nome da empresa nos meios de comunicação, como restou consignado por magistrado do Ministério Público de Lisboa. Além disso, o registro poderia ser local de discussões como a que foi levantada acima, isto é, sobre a justiça da determinação de formulários normalizados de informação.

O problema é que a falta de informação continua a imperar, independentemente de se tratar de uma contratação simples ou uma operação negocial complexa

A revisão da ação popular deve ter como base um mecanismo autossustentável que permita, pelo menos, o financiamento inicial dos litigantes e um efetivo acesso à Justiça, nomeadamente através da afetação dos remanescentes das indenizações pagas a cada particular lesado a um fundo social controlado publicamente. Mais uma vez, é preciso que exista um ponto de referência ao qual as pessoas afetadas pela decisão possam comunicar a sua vontade (inclusiva ou de exclusão) em relação ao litígio e receber os pagamentos (acelerando-se a fase de decisão sobre a questão de direito e deixando a distribuição dos ressarcimentos para terceiros).

A contratação complexa também deve, de algum modo, ser revista pelo legislador. Tomando-se o produto como qualquer bem, serviço ou

direito, parece-nos que a responsabilidade entre todos os intervenientes na contratação complexa da qual resulte a oferta de um produto composto (mas unitariamente classificável, do ponto de vista económico e objetivo) deve ser solidária, atendendo sobretudo às características do próprio negócio (enquanto estrutura única e independente da classificação que

É curioso notar
que, quanto
mais a sociedade
avança no
pós-modernismo
mais os contratos
desejam caminhar
num sentido de
repetição e de
imutabilidade

lhe venham a dar) e também às legítimas expectativas despertadas no contraente mais frágil, isto é, para o nosso caso, à aparência e à confiança despertada nos aderentes. Esta responsabilização é fundada no risco empresarial e atenta ao imperativo social de reparação, pois nada impede que na relação entre os empresários o direito de regresso – total ou parcial – seja exercido por aquele que efetivamente ressarcir o lesado.

De um modo geral, o objetivo da responsabilidade civil de justa reparação do dano, segundo pensamos, deve permitir que a indenização seja medida pela extensão do dano causado ao aderente, sem limitações. Até a indenização punitiva, nos casos de ação coletiva, pode ser cogitada, ao menos no plano das ideias, enquanto meio de dissuadir a reincidência, em casos de violação às normas que regulam a contratação por adesão, sob pena de tais atitudes se tornarem compensadoras para os seus autores.

3. Os fatores de materialização do mínimo essencial de comunicação e informação ao aderente, mencionados acima, foram os que pudemos imaginar, sucintamente, ao revermos o nosso extenso trabalho. Porém, como é evidente, tal mínimo, numa sociedade em constante evolução, pode e deve ser alterado, acompanhando o desenvolvimento social e procurando combater as violações aos deveres de comunicação e informação que venham a ter lugar¹³². De uma maneira geral, quer-nos parecer que a base para o raciocínio em relação a essas mudanças deve partir da seguinte indagação: quais são os interesses legítimos socialmente reconhecíveis em relação aos aderentes?

Em resposta: muitos deles foram acima explicitados, muitos outros ainda o serão. Um deles, entretanto, pareceu-nos essencial e pouco explorado: a educação – ou formação – para contratar. Os meios de comunicação social devem ser utilizados nesse sentido, o governo deve

atuar nesse sentido, as famílias devem atuar nesse sentido, a escola deve atuar nesse sentido, todos especialmente atentos às gerações futuras. Deve ser inculcado no pensamento desta geração, segundo pensamos, a crítica construtiva da realidade, que se contraponha à aceitação conformada da vontade alheia (imposta em profundo desconhecimento do que seja amor, solidariedade, justiça e igualdade material) e que supere o incentivo ao desconhecimento e à irracionalidade. Deve ser incentivado o conhecimento, a atenção, a informação, a comunicação, a compreensão, a compaixão e o gosto e o acompanhamento em relação às mudanças, nomeadamente as que dizem respeito à valorização do que é gratuito e da cultura que difere do entretenimento associado ao consumo. Efetuadas estas medidas, estimulada uma maior atenção em relação ao coletivo, acreditamos que os contratos hoje estudados tornar-se-iam incompatíveis com os anseios do povo de amanhã.

Sem querer divagar muito, estas ideias trazem-nos à lembrança as de Fernando Pessoa, dirigindo-se a Miguel Torga em sua fotobiografia. Pessoa confrontava então a “*sensibilidade desintelectualizada*” com a “*intelectualidade dessensibilizada*”, para dizer a Torga que a solução para esta disputa deve ser precedida de contraste, diálogo e reparo. Porém, para o escritor lisboeta, o seu par “coimbrão” escapava ao confronto, por ser um caso de “*inteligência distraída*”, o que, na sua opinião, significava “arte”.

A atuação, no plano contratual, de quem se prevalece da contratação por adesão, em desrespeito à vontade e à confiança alheias, a nosso ver, funda-se cada vez mais na “*intelectualidade dessensibilizada*”. A atuação contratual do aderente, ao seu turno, baseia-se, na maioria dos casos, na “*sensibilidade desintelectualizada*”. Sendo nítido o contraste, falta, desde logo, atentos à sugestão do poeta, o diálogo.

Na nossa opinião, somente com o diálogo poderemos avançar, com efetividade, para a fase de reparos. Este diálogo consiste justamente na comunicação. Um bom contrato, portanto, deve pressupor uma boa comunicação, uma escrita prezada por todos, uma fala que permita a reflexão, uma informação que assevere a compreensão. Em última análise, educar para o contrato é enriquecê-lo de significados, recriando a sua vida e servindo ao ser humano. E isto, não podendo hoje ser considerado “arte”, pelo menos há-de significar, a nosso sentir, “justiça”.

Notas

¹ Clovis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, (Editora Rio e Livraria Francisco Alves/Rio de Janeiro, 1975), 212-214, referindo-se à doutrina de Savigny, Windscheid, Kohler e Sohm; bem como Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2005), 354-357. Convém lembrar que a vontade individual, só por si, não tem força para criar, modificar ou extinguir direitos: é preciso que ela se manifeste, segundo a ordem jurídica. Por este motivo, as *declarações de vontade* surgem como “a força que mantém o mundo das relações jurídicas de ordem privada em movimento ininterrupto”. A importância dada pelos juristas à vontade declarada e àquela que permanece internamente guardada pelo agente é alvo de acesa controvérsia, sendo notórias as divergências verificadas entre juristas franceses (privilegiando o que se quer ou o que se era querido, por mais que a declaração não seja correspondente a tal vontade) e alemães (reconhecendo o valor daquilo que é efetivamente declarado, sobretudo em atenção à segurança jurídica). O ordenamento civil português, fundado – como é sabido – marcadamente sob as bases da escola germânica, mostra-lhe bastante fidelidade quanto ao assunto (cf. art. 236 do Código Civil). No Brasil, é hoje possível mesclar ambos os aspectos – interno e exteriorizado – da vontade, deixando a cargo do Juiz a tarefa de apreciação do que efetivamente deve prevalecer, consoante o caso concreto (v. arts. 110 e 112 do Código Civil).

² Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, “Contrato” – Evolução do Conceito no Direito Português, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIV, (Coimbra, 1990), 6, citando Orlando de Carvalho; Bevilacqua, cit., 213, valendo-se dos conceitos expostos por Eneccerus, Kipp e Wolff.

³ Mota Pinto, cit., 356: “A distinção entre negócios jurídicos e simples atos jurídicos assenta precisamente neste critério da relação que intercede a vontade ou volição das partes dirigida a um resultado e os efeitos jurídicos produzidos.” Por conseguinte, a fim de saber se estamos diante de um negócio jurídico, convém portanto indagar se o efeito jurídico produzido pelos atos de manifestação da vontade corresponde ao resultado querido pelo agente ou se antes os efeitos esperados eram outros. Somente no primeiro caso haverá negócio.

⁴ Pereira Coelho, cit., 6 e 66. Não se pode ignorar que esta integração de duas ou mais vontades pode não existir no chamado “negócio consigo mesmo” (cf. arts. 261 do Código Civil português e 117 e 665 do brasileiro), celebrado pelo representante a agir por si e pelo representado (ou mesmo na situação de “dupla representação”, quando age por dois representados diversos). Este negócio é visto com restrições pela ciência jurídica, face aos perigos que encerra, por dedicar-se a uma só pessoa a integração de interesses diversos, o que pode vir a não suceder (*v.g.* porque o representante age só no seu interesse ou favorece o interesse de um dos representados, em prejuízo do outro, em vez de representar em igualdade o interesse de ambos). Ver Gustavo Tepedino, Maria Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. I, (Renovar/Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2007), 239-242; bem como Jônatas Milhomens e Geraldo Magela Alves, *Manual Prático dos Contratos*, (Forense/ Rio de Janeiro, 2006), 76-78.

⁵ Lembremos aqui, mais uma vez, do “caso-limite” do anão, verificado em França, o qual queria ser jogado no circo e ridicularizado em troca de dinheiro, argumentando que esta era a única forma de sobreviver. O contrato foi declarado nulo. De fato, prezando-se a dignidade da pessoa humana, a exposição ao ridículo do anão poderia futuramente limitar a sua liberdade e a par disso não deveria ser a única fonte de rendimento viável. Outro exemplo famoso diz respeito à fiança de uma filha pobre prestada para garantir a dívida de um pai rico, a qual foi declarada ineficaz pelo Tribunal Constitucional alemão, com base no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tendo em conta que, além de ser difícil para uma filha recusar o pedido de garantia de um pai, o pagamento da dívida por parte desta implicaria na sua pobreza até ao final da vida. Vide Joaquim de Sousa Ribeiro, O Controlo do Conteúdo dos Contratos: Uma Nova Dimensão da Boa-Fé, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 42, n. 0, (Curitiba, 2005), 11.

⁶ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, (Coimbra Editora/Coimbra, 2002), 17, 18, 20 e 22.

⁷ Uma discussão mais aprofundada acerca da finalidade da autonomia da vontade vem à tona com o estudo da *causa* – e dos motivos – do negócio jurídico, tema que – forçoso é dizer – reveste-se de intensa complexidade (considerado por vezes como um “buraco sem fundo” jurídico), pelo que aduziremos apenas alguns comentários sobre o tema. Normalmente, fala-se em *causa* para referir, muito exatamente, a *função económico-social ou prático-social* do negócio jurídico (ou do “modelo negocial”, já que falamos em autonomia, incluindo-se aqui não só os negócios tipificados legalmente, como ainda aqueles que o são *socialmente* e até os que nem isso chegam a ser, mas reúnem características ou efeitos essenciais). Nesse sentido, toma-se a causa como um elemento objetivo do contrato, o qual passa a dar fundamento à proteção legal conferida à vontade dos contratantes. A regulamentação de interesses não é um “fim em si própria”: ela tem uma *função* e por isso é protegida pelo Direito. Quanto aos *motivos* individuais, diz-se que também podem assumir relevância para o negócio. Se tiverem uma expressão pelo menos hipotética no conteúdo negocial, relevam para a análise do *erro* quanto à sua formação; por outro lado, se tiverem sido conhecidos (ainda que de maneira incipiente) e aceites por acordo, podem ser integrados no conteúdo e até mesmo na causa de um contrato, admitindo-se uma interpretação fundada em critérios de boa-fé. Ver Pereira Coelho, *Causa Objetiva e Motivos Individuais no Negócio Jurídico*, em comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. II – A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, (Coimbra Editora/Coimbra, 2006), 429, 455-457 e Galvão Telles, cit., 289-294.

⁸ Ver Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoria da Decisão Judicial* – Fundamentos de Direito, (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2009), 129-131, esclarecendo que os valores servem para solucionar questões “sobre o Direito” (quanto aos seus fins, aos sistemas fundantes, à constatação de que as ações humanas não se guiam só por interesse) e “de Direito” (quando estão positivados, imprimem limites e servem para a análise comparativa, mesmo entre princípios).

⁹ A origem dos contratos de adesão remonta a Saleilles [*apud* Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos* – Estudos, (Coimbra Editora/Coimbra, 2007), 187] e ao célebre passo, dado em 1901, em que deu nome

à figura: “Há pretensos contratos, que de contratos não têm senão o nome, e cuja construção jurídica está por fazer (...); é o que se poderia chamar, há falta de melhor, contratos de adesão, nos quais há predominância exclusiva de uma só vontade que, agindo como vontade unilateral, dita a sua lei, já não a um indivíduo, mas a uma comunidade indeterminada.”

¹⁰ Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*, (Renovar/Rio de Janeiro, 2006). O bordão aparece inicialmente referido no prefácio da obra – redigido com brilhantismo pela pena de Maria Celina Bodin de Moraes – ressurgindo posteriormente no corpo do texto principal. Esta noção de garantia de justiça pelo consentimento da contraparte partia de uma ideia segundo a qual “ninguém assume um compromisso sem bloquear os excessos da contraparte”, o que a realidade veio posteriormente a desmentir (acentuando as fragilidades do frisado raciocínio, mas abrindo as portas para os pensamentos futuros), nomeadamente quanto à necessidade de efetiva comunicação no plano formativo do contrato.

¹¹ Até se poderia acreditar que, sendo a origem e o destino de todas estas mudanças, seria cabível um papel essencial à *fraternidade* (enquanto *solidariedade*), não tivesse a avidez desenfreada pelo lucro gerado imensas desigualdades e desastrosos efeitos sociais...

¹² Domenico de Masi, *O Ócio Criativo*, (Sextante/Rio de Janeiro, 2000), 44 e 45, professor da Faculdade de Sociologia da Universidade de Roma (*La Sapienza*), aponta esta globalidade do sistema como definidora da mudança de épocas que ocorreu com o advento da sociedade industrial e que depois se viria a verificar também em relação à sociedade pós-industrial, com a valorização do trabalho intelectual e criativo.

¹³ A TV nasce como instrumento de consenso e dominação. A primeira transmissão televisiva dá-se em Berlim, na noite de 22 de março de 1935, com uma senhora alemã de nome Ursula Patschke, a qual apareceu num vídeo a anunciar para dez receptores que existiam na cidade que tudo estava pronto para “fazer penetrar no coração dos camaradas do povo a imagem do Führer”. Note-se, porém, que à altura o rádio atendia melhor às aludidas finalidades, como ressaltado pelos Filósofos da Escola de Frankfurt, já que requeriam menores investimentos e não necessitavam de antenas visíveis. De Masi, cit., 71, nos lembra que a primeira estação radiofónica criada no mundo foi a do Vaticano. Os comícios com multidões, o cinema de ficção e o documentário eram outros instrumentos prediletos de consenso e dominação, características que hoje podemos encontrar, marcadamente e sem dúvidas, nos contratos de adesão: o domínio do mercado pelo fornecedor dá-se através duma dominação em que as necessidades particulares dos dominados não são – nem podem ser, no caso da adesão – negociadas a fim de integrarem o consenso. Além disso, quanto menos se puder chamar a atenção para isso, melhor será para os dominadores: o que se dava com a ausência de antenas e com a “camuflagem” de dominação em diversão cinematográfica, ocorre hoje com as letras miúdas das predisposições unilaterais, com os passeios e jantares realizados com o intuito de perturbar, antes de contratar, a formação e manifestação da vontade livre e esclarecida do consumidor *etc.*

¹⁴ António Pinto Monteiro, O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais, em *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, vol. I, (Lisboa/2002), itens 2 e 3.

¹⁵ Esta é a posição de Sousa Ribeiro, referida durante o curso de Doutorado já mencionado.

¹⁶ Sobre o tema dos contratos em centros comerciais, pode ver-se Rafael Luís Vale e Reis, *Contrato de Cedência de Espaço em Centro Comercial* – Natureza Jurídica, em *Stvdia Ivridica* 96, (Coimbra Editora/Coimbra). A diferenciação entre proposta e mero convite a contratar (sendo este, consoante explicita Galvão Telles no seu famoso manual, o caso dos leilões, no qual o pregoeiro apenas incita a que as pessoas ofereçam suas propostas,) assume importância no tráfico jurídico, especialmente se os predisponentes intitulam um documento como “Inscrição” e oferecem-no aos potenciais aderentes com as condições gerais do contrato, a fim de se reservarem ao direito de rejeitar a celebração contratual (a qual, bem vistas as coisas, deveria estar perfeita quando a sua oferta de “inscrições” representa uma verdadeira “proposta” e o documento, sem embargo do título inadmissível, serve para firmar a aceitação por parte do cliente). Exemplo de prejuízos causados ao aderente pela utilização destas artimanhas foi dado por Miguel Miranda, *O Contrato de Viagem Organizada*, (Almedina/Coimbra, 2000), 132-135.

¹⁷ Dizemos isso porque em Portugal não é habitual a utilização desta conotação, mas sim a de que as cláusulas gerais (especialmente no que respeita aos contratos) são aquelas previamente definidas por um dos contratantes e dirigidas a um número indeterminado de pessoas, as quais limitam-se a aceitá-las ou rejeitá-las, como visto.

¹⁸ Desde já, em Portugal, refiram-se as obras valiosíssimas de Sousa Ribeiro: (i) *O Problema do Contrato* – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual, (Almedina/Coimbra, 2003) e (ii) *Direito dos Contratos* – Estudos, cit.. No Brasil, além das obras já referidas e de outras que lhe são conexas, podemos referir alguns estudos do Mestrado em Direito dos Contratos levado a cabo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a coordenação de Cláudia Lima Marques, na interessante coletânea *A Nova Crise do Contrato* – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual, (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2007).

¹⁹ Ver Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos*, cit., 57-74. Esta é uma ideia importante que se não abalou com as críticas que lhe foram oferecidas, como se verá ao longo do trabalho.

²⁰ Contundente exemplo foi dado pelo Jornal do Brasil de 17 de março de 2010. Embora a notícia inicialmente revele que os “Bancos ignoram 45% das regras que protegem o consumidor”, a verdade é que muitas práticas [abertura de contas; aquisição de crédito; informação do valor total da operação (taxas, tarifas e juros); liquidação antecipada de empréstimo; encerramentos de contas etc.] são verificadas em contratos celebrados através de adesão. No texto, fundamentado em pesquisa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), proveniente do trabalho de juristas que testaram, na prática, o respeito ao Direito pela atividade bancária (mantendo contas em entidades conhecidas), restou provado:

(i) que, no processo de adesão, “*todos os bancos foram reprovados por não entregarem o termo de adesão do pacote de serviços solicitados*”, oferecendo no máximo *folders* explicativos e dispensando-se a assinatura do cliente, embora aceitando a sua “escolha”; (ii) que os juros cobrados por várias instituições financeiras eram abusivos; (iii) a operação de “vendas casadas”, como seria o empréstimo garantido por um seguro que é cobrado ao aderente sem que este sequer tenha conhecimento da sua existência; e (iv) a própria legislação brasileira foi ignorada pelos bancos, quando o Idec tentou abrir uma “conta de

serviços essenciais” (pacote básico definido pelo Banco Central em abril de 2008, isento de tarifas), sob o argumento de que o serviço seria inexistente ou tentando confundi-lo com a “conta-salário”, desprezando-se a modalidade que já vigorava por 6 meses.

²¹ Como fomos incumbidos de tratar somente da comunicação e informação nos contratos de adesão, procuraremos circunscrever as nossas atenções ao momento de formação do contrato. Algumas vezes, entretanto, será difícil estabelecer se o utilizador de CCG falhou quanto (i) ao seu dever de comunicar e informar o aderente sobre a existência de uma determinada cláusula ou (ii) à necessidade de abster-se de incluir na contratação cláusulas proibidas por Lei (diante do controlo do conteúdo). Especialmente em casos de violação ao princípio da transparência, poderá surgir uma “zona cinzenta”, sobre a qual teceremos alguns comentários à frente.

²² De fato, costuma-se apontar o Direito do Consumidor (ou Direito do Consumo, consoante se queira ressaltar, respectivamente, a proteção da figura “consumidor” ou a necessidade de informá-lo e educá-lo, incumbência que impende especialmente sobre os profissionais e fornecedores) como um exemplo de ramo jurídico criado especialmente para a proteção e defesa dos vulneráveis. No entanto, procuraremos, em atenção à realidade portuguesa e de alguns países europeus, diferenciar as situações quando sentirmos necessidade.

²³ Por exemplo, no Brasil, veja-se os arts. 113, 421 e 422 do Código Civil.

²⁴ Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, (Renovar/Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006), 6-8, inclusive com referência ao voto vencido do ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no Recurso Especial 45.666 do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (4a. Turma), relator ministro Barros Monteiro, julgado em 17.05.1994, do qual se pode extrair um trecho que bem reflete a mencionada fase de transição por que passou – e de fato vem passando – o Direito dos Contratos: “O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder de vontade de uns é maior do que o de outros (...)”.

²⁵ Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*², (Lumen Juris/Rio de Janeiro, 2008), 205 e ss., após fazer menção às decisões citadas, defende que tal teoria não logrou grande aceitação entre os germânicos. No entanto, José Carlos Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*⁴, (Almedina/Coimbra, 2009), 376³¹, refere a doutrina de Breuer, que fala dos direitos a prestações para garantia de um mínimo existencial, retirado do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, à integridade física e à liberdade em geral, combinado com o princípio do Estado Social. O professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra aduz que esta ideia acabou por ser aceita pelo Tribunal Constitucional alemão, citando algumas decisões.

²⁶ Ver, por exemplo, a obra de Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, (Almedina/Coimbra, 2003), 75-78, com o ilustre catedrático da Universidade de Munique a admitir a aplicação imediata dos direitos fundamentais (na sua função clássica de direitos contra o Estado) para caracterizar a inconstitucionalidade de uma obrigação de indemnizar que tenha como consequência levar o lesante à ruína. No texto, o autor defende ainda que os efeitos da aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso podem ser desde logo concretizados pelo juiz Daniel Sarmento refere a decisão do

BverfGE 81, 242 (1990), na qual o Tribunal Constitucional alemão utilizou-se explicitamente da teoria dos deveres de proteção para tutelar direitos fundamentais no contexto de uma relação interpública. No caso, uma empresa vinícola havia feito cessar um contrato celebrado com um seu representante comercial, sem o pagamento de qualquer indenização, em razão de suposta falta grave cometida por ele. No Código Comercial alemão, estava prevista a possibilidade de as partes, no contrato de representação comercial, aventarem a proibição de o ex-representante exercer atividade no mesmo ramo, por até dois anos, sem qualquer indenização, caso seu afastamento decorresse de motivo relevante. Esta cláusula havia sido patuada, mas o antigo representante comercial insurgiu-se contra ela, alegando violação ao seu direito fundamental ao livre exercício da profissão ou ofício. Em seu julgamento, o referido Tribunal reconheceu que, de acordo com a autonomia privada, podem as partes engajar-se em negócios jurídicos envolvendo restrição ou renúncia ao exercício de direitos fundamentais. Todavia, a validade destes acordos pressupõe a liberdade de consentimento da parte prejudicada, o que exige que seja verificado se esta encontrava-se numa situação de “desequilíbrio de forças”, em relação à sua contraparte, ao celebrar o contrato. Afirmou o Tribunal germânico que “o art. 12, Parágrafo 1º da Lei Fundamental, ordena ao legislador privado o estabelecimento de medidas de proteção do livre exercício de uma profissão ou ofício frente a restrições contratuais, especialmente quando não exista um equilíbrio aproximado de força entre as partes”. Assim, para a Corte Constitucional alemã o legislador não havia tomado em consideração este elemento ao estabelecer a norma do Código Comercial (mencionada acima) e por isso violara o seu dever de proteção à liberdade de profissão. Com base neste argumento, a Corte, afastando o dispositivo da codificação comercial em questão, acolheu o pedido do antigo representante comercial.

²⁷ Daniel Sarmiento, cit., 222 e 223: é digna de referência também a doutrina de Robert Alexy na sua teoria sobre os direitos fundamentais, para quem a questão deve ser solucionada com uma conjugação entre diversas teorias, através de um modelo de três níveis de efeitos. Primeiramente, o dos deveres do Estado (em que seria aplicável a teoria do efeito mediato); depois, o dos deveres frente ao Estado (em que seria aplicável a dos deveres de proteção); finalmente, o da relação entre os particulares (aplicando-se então a teoria da eficácia imediata).

²⁸ Em Portugal a sua admissão ampla não é geralmente admitida, segundo pudemos investigar.

²⁹ Segundo Pedro de Vega Garcia, professor catedrático de Direito Constitucional da Universidad Complutense de Madrid, referido por Daniel Sarmiento, cit., 206-208. Este último autor refere ainda a posição de Rafael Naranjo De La Cruz, segundo o qual os direitos fundamentais, na sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento do inteiro ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos da atuação humana, imediatamente e sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, *direitos subjetivos* dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares. Note-se que, para levar as demandas envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera privada ao Tribunal Constitucional de Espanha, os operadores valeram-se de uma curiosa construção jurídica, a qual acabou por prevalecer naquele país. Segundo o ordenamento jurídico espanhol, o *recurso de amparo* é um instrumento processual de defesa de direitos fundamentais, que foi previsto apenas para os casos

de violação ou ameaça dos direitos constitucionais por parte dos Poderes Públicos. Para justificar a sua admissibilidade em casos de violação de direitos fundamentais nas relações entre particulares, argumenta-se que a ofensa tutelada não é proveniente da conduta do particular, mas antes do Poder Judiciário, quando este não tiver protegido adequadamente tais direitos na prestação jurisdicional. Este argumento, quiçá com um teor fictício bastante acentuado, parece pedir uma análise concreta do conteúdo das decisões violadoras de direitos fundamentais. De fato, isto veio a ocorrer, por exemplo, no julgamento STC 18/1984, citado no texto em referência.

³⁰ No Brasil, verifica-se o curioso fenómeno da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, por parte dos Tribunais, sem uma expressa sustentação teórica e doutrinal, situação que parece ter recebido incipientes mudanças nos últimos anos. Algumas decisões merecem citação. Em 1996, a 2a. Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou um caso de incidência dos direitos fundamentais às relações privadas no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, relator ministro Carlos Velloso. Tratava-se de hipótese em que um trabalhador brasileiro, empregado da *Air France*, pretendia o reconhecimento de direitos laborais assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, que a princípio beneficiavam apenas os empregados de nacionalidade francesa. O Tribunal acolheu a pretensão do trabalhador, por entender que havia ofensa ao princípio da igualdade, pois a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo – como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc. – é inconstitucional. Mais recentemente, o mesmo Tribunal (através da sua 2ª Turma, no Recurso Extraordinário n. 20819), decidiu não aceitar as razões da União Brasileira de Compositores (UBC), que havia excluído do seu quadro de sócios determinado compositor, sem que a este fossem asseguradas as garantias constitucionais de ampla defesa e do devido processo legal, entendendo que antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Ao anular a punição e determinar a reintegração do compositor ao quadro da sociedade, o STF concluiu pela aplicação dos direitos fundamentais a uma relação privada (contrato de sociedade). O Superior Tribunal de Justiça (STJ do Brasil) também manifestou-se sobre o tema no *Habeas Corpus* n. 12.547 (Distrito Federal). Na decisão, proferida pela 4ª Turma em Julho de 2000, discutia-se a prisão civil (permitida em alguns casos no Brasil, mas não em Portugal, segundo nos consta) por dívida de uma motorista de táxi (condutora profissional), cujo débito, decorrente de um contrato de alienação fiduciária em garantia do veículo (negócio não utilizado em Portugal, ao que parece), fora quase multiplicado por 5, no período de 24 meses, em razão da incidência de juros. A quitação destes juros consumiria todos os recursos que a impetrante tinha expectativa de receber até ao final de sua vida. Fundando-se na ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual, além dos dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil referentes ao fim social da Lei e aos bons costumes, o STJ concedeu a ordem de liberação da paciente. Finalmente, em Itália, pode referir-se como exemplo a Sentença 122/1970, em que se discutia a liberdade de pensamento, a Corte Constitucional italiana frisou que “*ninguém pode atentar contra ela sem violar um bem protegido por uma rigorosa ordem constitucional*”. O mesmo Tribunal ressaltou a eficácia direta e horizontal do direito à saúde na sentença 202/1991, afirmando que “o reconhecimento do

direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem constitucionalmente garantido é plenamente operativo também nas relações de direito privado”. V. Sarmiento, cit., 214 e 250-255.

³¹ Vieira de Andrade, cit., 361 e 365.

³² Lorenzetti, cit., 299. Veja-se, apenas quanto à cultura e educação, como foi admitido pelo Ministro da Corte Suprema da Nação (CSN) da República Argentina o acerto da decisão que determinou a transmissão, em rede televisiva aberta, dos jogos da seleção nacional argentina no Campeonato Mundial de Futebol, sem embargo da existência de acordo para transmissão somente através de pagamento, concebendo a seleção nacional como um *elemento cultural coletivo integrador*, pelo que o direito a assistir os jogos deveria ser considerado como um *direito à informação*, a ser fornecido “sem discriminações”.

³³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*¹ – Brasil e 2 – Portugal, (Coimbra Editora e Revista dos Tribunais/Coimbra e São Paulo, 2008), 244, 247, 262, sustenta que a posição tradicional em Portugal (seguida pelo seu Tribunal Constitucional até, pelo menos, 2002, como dá conta o Acórdão 509/02), caminha no mesmo sentido referido, ou seja: (i) as prestações existenciais partem do mínimo necessário para uma existência condigna; (ii) são consideradas mais como dimensões dos direitos, liberdades e garantias (direito à vida, ao desenvolvimento da personalidade etc.) do que como elementos de direitos sociais; e (iii) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos, *prima facie* do Estado – e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da Constituição.

³⁴ Não vemos prejuízos para o Direito...

³⁵ Os quais, diante da política liberalizadora e privatizadora (conduzindo a que “bens sociais” com a saúde, a segurança e o trabalho passem a ser prosseguidos não mais por entes públicos, mas pelos privados), representam uma imensa parcela da sociedade. Mesmo nos casos dos serviços públicos de interesse económico geral, como a energia, a água e as telecomunicações, considerados como bens essenciais, os “cidadãos sociais” são agora tratados como utentes ou consumidores.

³⁶ Sem falar que, em países como Portugal, onde há um “*tsunami* legislativo” na regulação de determinadas matérias, torna-se extremamente difícil, para qualquer estudioso que sobre elas se queira debruçar, fazer um bom e completo uso dos direitos conferidos. De fato, na ausência de uma reunião, a aplicação da legislação – o exemplo maior seriam os direitos dos consumidores – torna-se confusa e a harmonização – especialmente desejada no plano comunitário europeu – distante. A Constituição e os seus direitos possuem aqui a vantagem, sublinhada por diversos especialistas, de apresentarem o “líame comum” que une toda a vasta produção do legislador, facilitando a aplicação da Lei.

³⁷ Teresa Negreiros, cit., 475, 484, 496 e 503, defendendo a primazia das situações existenciais sobre as patrimoniais, justifica a sua posição a citar decisões inovadoras que buscaram solucionar tais problemas. Assim, contratos que envolvem direitos de saúde (sociais, mas com estreita ligação à guarida da vida humana) não podem ser tratados sob uma óptica puramente patrimonial: assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível n. 596.116.392, 6a. Câmara, relator desembargador Paulo Roberto Hanke, julgado em 27.08.96, determinando a manutenção da vigência de um contrato de prestação de serviços de plano de saúde, embora o prazo determinado contratualmente estivesse esgotado, tendo em vista que, em tal momento, o associado se encontrava “em pleno tratamento”. Note-se que

esta decisão é anterior à Lei n. 9.656/98 (com as posteriores alterações) que passaria a dispor sobre a matéria, estabelecendo (i) um prazo de vigência mínimo, em tais contratos, de um ano; (ii) proibindo a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; e (iii) vedando, em qualquer hipótese, a suspensão ou rescisão durante a ocorrência de internação do titular. No mesmo sentido, o Recurso Especial n. 251.024, do mesmo Tribunal (2a. Turma), uniformizando a posição da 3a. e 4a. Turmas. A situação dos cortes unilaterais de fornecimento de energia elétrica e água também é exemplar. Estes costumam ser realizados sem que o utente seja avisado, afetando muito mais do que o seu património, mas a sua própria pessoa (pensemos em como a energia serve para a conservação de alimentos e logo se vê que outros direitos, mesmo de índole social como segurança e a qualidade de vida, são afetados, para além do direito à vida, como é óbvio), quando em rigor a via da cobrança judicial, face à imensa disparidade de poderio económico das empresas que prestam esse serviço, no confronto com os seus clientes, seria muito melhor alternativa para a coletividade (v., neste sentido, o voto vencido do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux no Recurso Especial n. 623322/Paraná, 1a. Turma, julgado em 14.09.2004). Note-se que a questão não é assim tão simples, porque algumas situações são muito mais graves de que a do particular (pensemos nas creches, hospitais etc.). A autora em referência defende a existência de diferentes graus de essencialidade do bem objeto do contrato, o que deverá ser apreciado quanto à fixação do seu regime. Em todo o caso, o mínimo para suprir as necessidades fundamentais deve ser garantido.

³⁸ Sendo certo que a solução para as desigualdades sociais não será alcançada somente a partir dos instrumentos de Direito Contratual, a verdade é que nenhuma sociedade poderá abrir mão da disciplina contratual como fator de promoção da Justiça Social, conforme observou mais recentemente Massimo Bianca.

³⁹ V. Lorenzetti, *cit.*, 58, indagando, com base no confronto entre as ideias de Kelsen e Bobbio, sobre a justiça da atitude de destinar as normas, imediatamente, só àqueles que são encarregados de aplicá-las. Considerando problemática a *tecnolinguagem* inacessível ao cidadão comum, o autor dá como exemplo o Código de Trânsito, cujo conhecimento pelos guardas, juízes etc., não deve estar acima daquele que é imposto aos condutores.

⁴⁰ Vieira de Andrade, *cit.*, 377, inclui aqui, nestes restritos termos, um possível direito de resistência fiscal, admitindo até mesmo a criação de um direito subjetivo sem a necessidade de uma concretização legal. Isto, no entanto, “em algumas situações”... que devem ser similares, segundo imaginamos, à da aludida decisão alemã que influiu na contratação de uma fiança na qual a filha era garante de um genitor (situação delicada para ser negada) e, para pagar o débito face ao incumprimento contratual, teria de trabalhar mais do que lhe consentiria a vida. Pelo que nos consta, o Tribunal decidiu que a filha não era obrigada a pagar o débito, por razões referentes à dignidade humana. No mesmo sentido, ver a decisão mencionada sobre a condutora de táxis no Brasil.

⁴¹ Ver Gomes Canotilho, *cit.*, 255. Em relação ao tema de que se trata no presente trabalho, avançaremos soluções em sede conclusiva.

⁴² As mudanças na legislação referente ao arrendamento enquadram-se nestas observações: são concretizações de um direito à moradia (ter lar) previsto constitucionalmente. Nesse caso, há a especificidade na Lei, mas e se não houvesse? Seria de excluir a aplicação de tal direito, por exemplo, no caso do contrato de crédito ao consumo, voltado para a aquisição de casa própria, ou de uma operação contratual complexa que, apesar de não gozar de um regime legalmente previsto por Lei ordinária, tivesse uma finalidade protegida constitucionalmente? Parece-nos, mais uma vez, que não. Embora a responsabilização civil do legislador por omissão ou por criação ou admissão de um regime legal que ofenda a tais direitos – *v.g.* a introdução da Convenção de Montreal no Direito Português, ofendendo o direito de inúmeros turistas, na nossa opinião – seja uma via alternativa, é infelizmente difícil crer que seja de maior eficácia na prática do que a admissão da aplicação direta dos direitos fundamentais à relação entre particulares, especialmente pelos magistrados.

⁴³ Vieira de Andrade, cit., 385 e 386. Segundo o autor, o Tribunal Constitucional, por sua vez, não tem poderes senão para comunicar aos órgãos legislativos competentes a existência dessa situação de inconstitucionalidade.

⁴⁴ Sem prejuízo destas considerações, faremos mais à frente a análise específica do tema em relação à doutrina e à jurisprudência portuguesas, nomeadamente em atenção ao disposto no DL 446/85.

⁴⁵ Especificamente no que toca à inexistência contratual das cláusulas gerais não comunicadas aos aderentes-consumidores, tratando-se de um contrato de crédito ao consumo para financiamento de prestação de serviços de ensino de idiomas, ver o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no Proc. n. 08B3798, Relatora Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, de 07.01.2010, disponível em www.dgsi.pt. Note-se que, para quem pesquisa no referido endereço eletrónico, no que toca ao aludido Tribunal, este é o *único* resultado para a busca relacionada com os termos “ação”, “popular”, “comunicação” e “informação” que trate do tema central do presente estudo e, mesmo assim, sem embargo dos méritos da decisão, não há ênfase num discurso mais atento aos direitos sociais (levando-se em conta a necessidade de aprendizado de idiomas como uma realidade da sociedade pós-industrial), muito embora, na nossa opinião, este seja apenas um caso entre tantos outros de contratos que violam direitos fundamentais dos aderentes.

⁴⁶ Cf. art. 25 e ss. Posteriormente, a ação inibitória também foi prevista na Lei de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, no DL 57/08 (Práticas Comerciais Desleais).

⁴⁷ Ver Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 367 e 368.

⁴⁸ Em recente conferência realizada na Ordem dos Advogados de Portugal – Seccional de Coimbra, o magistrado do Ministério Público (Lisboa), Procurador João Pires Cardoso Alves, afirmou, com pesar, que (i) as cláusulas proibidas não mais possuem um registo, seja a nível europeu, seja no plano interno português (sob os argumentos de que “falta dinheiro” e organização para facultar o acesso às listas a todos os interessados, independentemente de menção aos nomes das empresas que se teriam valido da aposição de tais cláusulas em contratos de adesão) e (ii) que a delonga processual da ação inibitória visando à sua proibição é tamanha que permite, na prática, as mudanças de cláusulas antes mesmo que o processo chegue ao fim, sendo que o maior “medo” das empresas é que os seus nomes cheguem aos meios de

comunicação, porque o produto da utilização de cláusulas abusivas, multiplicado pela falta de efetividade e celeridade processuais, é suficiente para cobrir as sanções que eventualmente lhe são aplicadas. Como o incumprimento das leis é pior do que a sua ausência, faremos considerações, em sede conclusiva, sobre as alternativas tendentes a solucionar este problema.

⁴⁹ Pinto Monteiro, *O Regime*, cit., item 4.3.. As questões referentes à ação inibitória foram retomadas, de maneira enérgica, pelo professor Mário Frota, durante a realização das III Jornadas de Direito do Consumo de Trás-os-Montes, que teve lugar em Mirandela aos 17 de maio de 2011. As conclusões e propostas avançadas a partir dessa reunião de jusconsumeristas aberta ao público encontram-se disponíveis em www.netconsumo.com.

⁵⁰ Não é a soma dos interesses individuais dos beneficiários; aproxima-se do interesse geral.

⁵¹ Sobre a defesa judicial dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos dos consumidores (frequentemente aderentes, como é bom lembrar), ver Teresa Almeida, *Lei de Defesa do Consumidor* – Anotada, (Instituto do Consumidor/Lisboa, 2001), 15-17, inclusivamente referindo decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, no Proc. n. 503/97 (2a. Secção), valendo-se de conceituada doutrina brasileira.

⁵² Sobre a noção, ver Jorge Pegado Liz (relator), *Parecer – Ações Coletivas no Domínio do Direito Comunitário do Consumo*, (Comité Económico e Social Europeu/Bruxelas, 13 e 14 de fevereiro de 2008), 3^o. Apesar do título do parecer, o conteúdo não trata exclusivamente da matéria referente aos direitos dos consumidores.

⁵³ Cf. art. 2º, n. 1 da Lei 83/95 e art. 26 do DL 446/85.

⁵⁴ Apesar disso, não subscrevemos por completo a vedação às indenizações por dano punitivo, se pensarmos que nestes litígios há frequentemente um “abismo” na relação entre os contratantes, no que toca ao poderio de informação, técnico-jurídico, socioeconómico, psicológico etc., bem como se entendermos que a punição funciona como meio de dissuasão em relação à repetição de condutas danosas previamente proibidas (como seria a inserção de cláusulas proibidas num contrato de adesão), face à ineficácia das soluções jurídicas até então encontradas. Ver Manuel A. Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, (Almedina/Coimbra, 2010), 66 e 67, lembrando que, se esta função é, à partida, estranha ao direito português (cf. arts. 483, n. 1 e 798 do Código Civil) e se a sua admissão, ainda que restrita, poderia ser o “abrir de uma caixa de Pandora”, a verdade é que a sua admissibilidade vem ganhando algum espaço e a justificativa disto encontra-se, não raramente, na função preventiva que a punição pode ter em relação a futuras violações.

⁵⁵ É necessário que o juiz, na decisão, especifique a ação financiada com a verba remanescente do ressarcimento individual e decrete as modalidades de fiscalização da sua realização, a qual pode ser delegada a um terceiro. Em último caso, por mais que não exista uma reparação individualizada, por impossibilidade, as verbas remanescentes devem ser remetidas para um fundo de auxílio à ação coletiva, utilizado para o financiamento de novos processos. O ideal é que o sistema da ação coletiva seja autofinanciável a prazo, permitindo-se, pelo menos, o adiantamento das despesas processuais através do aludido fundo, a ser alimentado pelo ressarcimento do lucro ilícito dos condenados.

⁵⁶ Mais especificamente no âmbito consumerista, ver Edwin Calleja, *Parecer – Tutela Coletiva dos Consumidores*, (Comité Económico e Social Europeu/Bruxelas, 4 e 5 de novembro de 2009), 3, bem como Mme. Gaëlle Patetta, *Tableaux Comparatifs des Recours Collectifs Nationaux dans les Litiges de Consommation*, (Comité Économique et Social Européen – Section Spécialisée “Marché Unique, Production et Consommation”/Paris, 18 de setembro de 2007).

⁵⁷ Cláudia Lima Marques, *Três Tipos de Diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: a Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes*, em Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 26 – *Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: Convergências e Assimetrias*, Roberto A. C. Pfeiffer e Adalberto Pasqualto (Coord.), (Editora Revista dos Tribunais/São Paulo, 2005), 13. Ao longo da sua exposição, a Doutora de Heidelberg faz diversas remissões à obra do Doutor de Coimbra – ver Diogo Leite de Campos, *Elogio dos Doutorandos* em BFD, vol. 83 [separata], (Coimbra Editora/Coimbra, 2007) 911-914 para maiores detalhes – e criador da belíssima expressão “diálogo das fontes” (*dialogue de sources*). Note-se que o discurso pós-modernista assume particular importância no presente estudo, se levarmos em consideração que os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais surgem exatamente como “filhos” da modernidade que, segundo muitos estudiosos, encontra-se ultrapassada (ou deve sê-lo). Já estivemos a “dialogar” com as orientações sociológicas de De Masi, a quem nos filiámos, especialmente quanto à substituição do trabalho físico e repetitivo pelo intelectual e criativo, consideração esta que, só por si, faz-nos erguer o sobrolho contra a *standardização* dos contratos. Entretanto, constata-se que não só sociólogos, mas também juristas de categoria internacional, como Lima Marques, vêm adotando, em seus estudos, a doutrina de outros autores que compreendem a situação pós-moderna em seus discursos [v., também desta última autora, *A Chamada Nova Crise do Contrato e o Modelo de Direito Privado Brasileiro: Crise de Confiança ou de Crescimento do Contrato?*, em *A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, cit., 23, obra em que são referidas fontes sociológicas (Lyotard, Tourraine, Foucault, Derrida, Baudrillard, Lipovetsky, Habermas, Luhmann, Castells, Vattimo, Zima, Ladeur, Jameson, Friedman, Gellner, Featherstone) e jurídicas (Jayme, Ghersi, Roseneau, Carty, Mercurio, Kaufmann, Sanchez Lorenzo, Boaventura de Sousa Santos, Brillmayer), sobre o tema].

⁵⁸ *Apud* Lima Marques, *Três Tipos de Diálogos*, cit., 14. Sobre a consideração conjunta de normas imperativas – em especial as constitucionais – e a possibilidade de sua aplicação aos contratos entre particulares, ver ainda Enzo Roppo, *O Contrato*, (Almedina/Coimbra, 1988), 180, em obra recentemente reeditada, diante da sua manifesta atualidade, conforme sublinha o próprio autor em nota prévia.

⁵⁹ A demonstrar a importância da comunicação no plano internacional, vale a pena transcrever, pela beleza do raciocínio, o pensamento de Jayme, *apud* Lima Marques, cit., 15: “*Dés lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution de conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Le droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.*”

⁶⁰ Aqui poderíamos enumerar farta jurisprudência, nacional e internacional, como se pode imaginar ao lembrarmos de todas as normas que contenham a ressalva “o disposto no presente diploma não afasta a aplicação” de uma outra lei, regime *etc.* Apenas para constar, referiremos duas decisões, uma portuguesa e uma brasileira, em que são aplicadas tanto normas de Direito Civil como normas de Direito do Consumidor. São elas: (i) Ac. do STJ de Portugal, Proc. 02A4341, Rel. Afonso Correia, julg. 11.03.2003 e (ii) Ac. do STJ do Brasil, RESP n. 436.815-DF, rel. min. Nancy Andrichi, julg. 17.12.2002.

⁶¹ Em Portugal, ver Gomes Canotilho, cit., 259, sugerindo que a análise metodológica do núcleo essencial de prestações sociais deve levar em conta pluralidade das regulações jurídicas, bem como Leite de Campos em *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*, (Almedina/Coimbra, 2011). No Brasil, podemos referir a doutrina de Teresa Negreiros, cit., 298, para quem a principal crise dos contratos resulta do “querer impor uma única posição” ou paradigma para solucionar os seus problemas. Esta autora defende que a crise, em rigor, “*é de todos os paradigmas que se pretendam únicos e exclusivos*”. Fora do âmbito luso-brasileiro, podemos ver reflexos destas ideias em Stefano Rodotà, *La Vida y Las Reglas – Entre el Derecho y el No Derecho*, (Editorial Trotta/Madri, 2010).

⁶² *Apud* Lima Marques, *A Chamada Nova Crise*, cit., 26 e 27.

⁶³ Ana Rispoli D’Azevedo, *Os Novos Deveres dos Contratantes na Perspectiva do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor*, em *A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, Cláudia Lima Marques (Coordenação), (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2007), 286. A concentração analítica na atividade é bem representada pela doutrina do Sul do Brasil. Capitaneados pelos ensinamentos de Couto e Silva, diversos juristas tratam a obrigação não como algo fixo e estático, mas como um processo dinâmico, o qual serve para “filmar” toda a relação jurídica (no plano da eficácia), desde a sua formação num momento pré-contratual até a efetiva execução da obrigação, em vez de apenas “fotografá-la” no momento da declaração da vontade (plano da existência). Convém frisar que o momento da formação da vontade e os que lhe antecederam são os mais importantes para a análise do presente estudo. Porém, isto não nos impede de reafirmar a necessidade de “filmar” toda a relação contratual, especialmente quando um modo de formação de contratos, como é a adesão, produz efeitos negativos na sociedade, conforme o panorama anteriormente salientado.

⁶⁴ Rispoli D’Azevedo, cit., 293 -295. A teoria da confiança protege as expectativas legítimas que nascem no outro contratante, o qual confiou na postura, nas obrigações assumidas e no vínculo criado por meio da declaração do parceiro. A quebra do dever contratual equivale à quebra da confiança.

⁶⁵ Lima Marques, *A Chamada Nova Crise*, cit., 33 e 66.

⁶⁶ Guido Alpa e Remo Danovi (Raccolta), *Diritto Contrattuale Europeo e Diritto del Consumatore*, (Giuffrè/Milão, 2003), especialmente 10 e 11, bem como Lima Marques, *A Chamada Nova Crise*, cit., 34.

⁶⁷ No Brasil, ver Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*, (Renovar/Rio de Janeiro, 2002).

⁶⁸ Judith Martins-Costa *apud* Rispoli D’Azevedo, cit., 296 e 297.

⁶⁹ Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, (Almedina/Coimbra, 1989), 15 e 18.

⁷⁰ Por exemplo, quanto à simples comunicação, não basta mencionar a existência de cláusulas contratuais sem que o aderente possa ter acesso a estas (por exemplo, o fornecedor do bem ou serviço prometeu enviar uma cópia do contrato somente em momento posterior à sua celebração). A jurisprudência portuguesa sobre o tema é abundante e está disponibilizada em www.dgsi.pt, sendo interessante notar que algumas decisões poderiam ser utilizadas, com as devidas adaptações, no Brasil, diante da semelhança dos problemas e das soluções verificadas em ambos os países (especialmente em atenção à mencionada reportagem sobre o desrespeito das instituições bancárias brasileiras em relação às normas que protegem seus clientes). Ver, entre outros: (i) Ac. do STJ de 28/04/2009, relator conselheiro Fonseca Ramos, decretando a nulidade de um contrato de adesão em que em que o exemplar contratual, assinado somente pelo aderente, só lhe havia sido enviado em momento posterior ao da assinatura (*incumprindo* a obrigação de informação e vedando o direito à reflexão); e (ii) Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 03.07.2003, relator doutor Saleiro de Abreu, determinando a que fosse excluída do contrato uma CCG de patos de aforamento (foro de eleição do Brasil), pois a assinatura do subscritor constava apenas de uma declaração de “tomada de conhecimento das condições do seguro”, fato insuficiente para provar o completo e efetivo conhecimento das condições gerais do contrato [observe-se: em sentido próximo, o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 08.07.2004, relator doutor Alziro Cardoso; em sentido tendencialmente contrário, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.10.91, relator doutor Torres Veiga (criticado por Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 379, a nosso ver com razões de sobra, pois a cláusula definidora dos fatos constava da fatura, o que pressupõe a celebração prévia do contrato sem o fornecimento da informação necessária, que só foi facultada ao aderente na fase de execução contratual, o que é inadmissível)]. Voltaremos ao tema quando tratarmos da análise dos diplomas que especificamente protegem o aderente.

⁷¹ Ver a decisão numa ação coletiva de proteção de consumidores quanto a produtos alimentares modificados no Brasil, cuja informação dada quanto aos perigos do consumo foi classificada como mera “referência genérica” e insuficiente para tutelar os interesses difusos: Apelação Cível 70004163192 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 20a. Câmara Cível, relator desembargador José Conrado de Souza Júnior, julgado em 23.10.2002.

⁷² Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos*, cit., 40.

⁷³ Ver Pereira Coelho, *Coligação Negocial e Operações Negociais Complexas: Tendências Fundamentais da Doutrina e Necessidade de uma Reconstrução Unitária*, em Separata do Boletim da Faculdade de Direito, volume comemorativo, 75 anos, (Universidade de Coimbra/Coimbra, 2002); bem como Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*, (Saraiva/São Paulo, 2009).

⁷⁴ Vide a análise da Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Proposta do Parlamento Europeu e do Conselho, de 07 de Junho de 2007, em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* (RPDC) n. 50, (Associação Portuguesa de Direito do Consumo/Coimbra, 2007), referindo-se ao normativo que depois viria a ser aprovado pela Diretiva 2008/122/CE, recentemente transposta para o ordenamento interno português pelo DL 37/2011. O tema também foi abordado na nossa tese de Mestrado em

Ciências Jurídico-Civilísticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bem como nos nossos Estudos sobre a Diretiva 2008/122/CE (Proteção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca), em *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* (RPDC) n. 60, (Associação Portuguesa de Direito do Consumo/Coimbra, 2009) e *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, # 1, (Bonijuris/ Curitiba/PR, 2011).

⁷⁵ Leite de Campos, em suas saudosas aulas no Mestrado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ensinava-nos que a pessoa, precisando de um carro, deve refletir sobre o tempo de vida útil do bem e sobre o período em que necessitará deste bem. Se este for curto, bastará a locação pura e simples. Se for médio, a locação financeira aparece como boa opção, com possibilidade de compra depois de um certo tempo. Se a intenção for a de ficar com o veículo por longo tempo, então a compra e venda aparece como prioridade. Porém, nós ficamos a imaginar se estas informações são transmitidas para a generalidade das pessoas que necessitam de um carro e a nossa impressão é a de que muitos sabem o que querem, mas as opções não lhes são apresentadas de maneira integral e as informações mais técnicas – como a que respeita ao período de vida útil do bem – passam completamente ao lado da generalidade dos potenciais adquirentes – sem cumprimentá-los.

⁷⁶ Lorenzetti, cit., 202 e 203.

⁷⁷ Poderíamos dizer, em termos mais amplos, “nem sempre o caminho mais fácil é o melhor”... Afasta-se cada vez mais o consumidor final da fase de ideação, que hoje encontra-se na base de todo o processo produtivo. A arma principal para a inversão deste processo de dominação, que torna os “ignorantes cada vez mais ignorantes”, seria, no caso dos países menos favorecidos economicamente, que fosse dado um “salto” até ao topo do processo, não através da oferta de mão de obra barata (concentrada em poucos países, como se pode ver pela etiqueta de roupas das marcas consideradas como “gigantes” do vestuário), nem da subserviência à produção ou à distribuição em massa, mas sim da criação e do estímulo às mudanças, ao pensamento divergente, ao refinamento dos bens culturais (dissociando-se a ideia de que entretenimento é só o consumo), à substituição do *ter* pelo *ser* como “centro de gravidade” do ser humano, à valorização de atividades que não custam nada...

⁷⁸ Conforme os ensinamentos de Pereira Coelho no curso de Doutorado em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, os contratos de execução duradoura são aqueles em que as obrigações dos contraentes protraem-se no tempo e este atua como fator determinante para a execução do contrato (diferentemente do que aconteceria quanto às obrigações repartidas ou fracionadas em que, por exemplo, o montante total a ser prestado já se encontra previamente definido, mas aparece dividido, como na venda a prestações).

⁷⁹ Adriana Menezes de Simão Kuhn, *O Tempo e a catividade nos contratos*: Elementos para uma Abordagem Sistemática da Teoria dos Contratos, em *A Nova Crise dos Contratos – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, Cláudia Lima Marques (Coordenação), (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2007), 472.

⁸⁰ A pessoa geralmente é confrontada com complexas contratações em que não lhe é dada a oportunidade de saber, previamente e em meio à confusão que se estabelece em sua mente diante

da falta de concretas informações, o que sucederá caso a relação contratual seja perturbada. A nosso ver, essa simples informação seria fundamental para a comparação entre os serviços padronizados que melhor atendam aos seus interesses e à sua liberdade. V. a “relação trilateral” mencionada no Ac. do STJ português de 17 de junho de 2010, relator conselheiro Alves Velho, no qual o beneficiário de um seguro de grupo (especialmente regulado em Portugal) tomado por um banco frente à seguradora (para garantir as inadimplências referentes aos empréstimos concedidos, entre os quais se incluía o do beneficiário, mesmo quanto a um empréstimo para aquisição de casa própria), não pôde ver excluída do contrato determinada cláusula “não comunicada”, porque dirigira as suas pretensões contra a companhia de seguros, quando a falha de informação – reconhecida pelo Tribunal com base no art. 4º do DL 176/95 – era da responsabilidade do banco. Embora, por um lado, a decisão tenha acertado, a nosso ver, ao reconhecer que deveria ser excluída, por não comunicada, a cláusula do contrato de seguro que determinava a exclusão de cobertura para os casos de doenças do foro psiquiátrico – como a do autor – existentes em momento anterior à celebração do contrato, por outro parece-nos que poderia ser mais elogiável se condenasse a seguradora a pagar o débito, sabendo que depois poderia exercer o *regresso* contra o banco. Entretanto, a diferenciação entre o seguro normal (v. DL 102/94) e o seguro de grupo têm sido sublinhadas, admitindo-se que, em relações como a anteriormente descrita, o seguro de grupo, realizando-se inicialmente entre o banco e a seguradora, não é um contrato de adesão, dependendo antes da negociação entre as partes. Nestas, as condições são passadas aos segurados, que respondem a um questionário e, com base no risco calculado (*v.g.* de vida), é primeiramente celebrado o contrato entre ambas as instituições (no exemplo, para que não existissem cláusulas de exclusão, a seguradora teria de agravar o prémio a cobrar ao banco, pois o risco de ter de pagar o valor segurado aos beneficiários aumentaria), para depois ser “repassado o produto complexo” – aí sim, mediante contratos de adesão – aos mutuários-beneficiários. Por este motivo, a seguradora teria desconhecimento sobre a maneira – “informada” ou “desinformada” – de celebração do “*mútuo com seguro*” entre o “banco-tomador” e o “mutuário-beneficiário” e, em consequência, não poderia ter prejuízos pela inexistência da CCG de exclusão de cobertura (inexistência devida à não comunicação, frise-se). No mesmo sentido, Ac. do STJ (Portugal) de 20.01.2010, relator conselheiro Cardoso de Albuquerque. Diversamente, se o contrato de seguro celebrado entre uma empresa e uma seguradora é de adesão, a falta de comunicação “repassada” posteriormente ao destinatário final (beneficiário), permitirá que este cobre o valor segurado diretamente à companhia de seguros: v. Ac. do Tribunal referido, de 01.06.2010, relator conselheiro João Camilo. Diante da complexidade do tema e ressaltando que tal diferenciação parece, a nosso ver, dificilmente visível aos olhos do aderente, reservamos maiores considerações para o encerramento destes estudos.

⁸¹ Kuhn refere que Eric Jayme considera o contrato de *time-share* como o exemplo do contrato pós-moderno. Os diversos serviços a serem prestados ao titular são vendidos sob a forma de um produto único, com sérios apelos aos sentimentos do adquirente em relação às necessidades de lazer e com duração bastante alongada (agora a tendência é de diminuição, mas antes os prazos eram muito alargados) e possivelmente perpétua. Note-se que este tipo de contrato foi utilizado para diversos abusos em Portugal, os quais chegaram a pôr em causa o bom nome do turismo português, como asseverou o Conselho

Consultivo da Procuradoria-Geral da República Portuguesa, *Parecer P000751996*, homologado em 29.12.1997, disponível em www.dgsi.pt.

⁸² Kuhn, cit., 475.

⁸³ Embora esta denominação, segundo breve pesquisa informática transmitida por Pereira Coelho, possa também significar um negócio em que as partes estabelecem um “quadro” com os padrões obrigatórios para a negociação, sem assumir, de início, obrigações firmes. Posteriormente, os contratos podem ou não ser celebrados, mas a negociação permanece obrigatória. Esta prática, comum para o Direito Anglo-Saxónico, é de escassa utilização entre brasileiros e portugueses, ao menos no campo da vasta contratação por adesão. Todavia, nada impede que nos possamos valer da ideia de estabelecer um “quadro obrigatório” de negociação para determinados tipo de contrato, especialmente atentos ao mínimo de comunicação e informação necessário a uma contratação boa e justa (*v.g.* quanto à renegociação). Em geral, *vide* Leite de Campos, *As Relações*, cit., em especial 66 e ss.

⁸⁴ Marco Antonio Karam-Silveira, *Contratos Cativos de Longa Duração: Tempo e Equilíbrio nas Relações Contratuais*, em *A Nova Crise dos Contratos – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, Cláudia Lima Marques (Coordenação), (Revista dos Tribunais/São Paulo, 2007), 484.

⁸⁵ Entretanto, logo após contratarmos um serviço de transmissão de informações por cabo e de termos verificado o primeiro problema (relacionado justamente com cobranças efetuadas sem que tivéssemos sido informados da sua causa), tentámos transmitir nossa insatisfação, por correio eletrónico, a uma conhecida empresa do ramo de telecomunicações. Embora o seu *site* parecesse estar em pleno funcionamento, no que tocava a outras aplicações, quando tentávamos aceder ao *e-mail* o resultado era a transmissão – repetida – duma informação similar a “*Desculpem o transtorno, o serviço está temporariamente suspenso*”. Após alguns dias de insistência, tivemos de comparecer pessoalmente a uma filial da empresa para efetuar a reclamação (por correio normal). Esta constatação é crucial para percebermos como a pretensa “economia dos custos de informação” não é uma realidade transmitida aos destinatários finais dos produtos relacionais. A análise individual do problema, como vimos, surte resultados ínfimos, clamando por soluções atentas à socialização já referida, as quais efetem o coletivo e dissuadam os violadores em relação à reincidência: “*a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza*”.

⁸⁶ Kuhn, cit., 478 e 479, referindo a doutrina de Reinaldo Porto Macedo Júnior em obra especialmente dedicada ao tema.

⁸⁷ Parece-nos, num primeiro contatos com a disciplina, que nas referidas hipóteses de prestação de serviços de acesso à informação (como é o acesso à *internet*), a falta de informação deverá ser classificada como uma “dupla violação” contratual: uma com base nas obrigações de fornecer informação mediante o pagamento do preço, outra de trocar informações em nome da boa relação. Nesse momento, ficamos com a impressão de que isto poderá implicar num acréscimo de deveres informativos para o fornecedor nestes contratos. Reservamos maiores considerações para o futuro.

⁸⁸ Karam-Silveira, cit., 492, 495 e 497. O autor refere os ensinamentos de Carlos Alberto Gherzi, segundo o qual o contrato deve ser uma forma teleológica de aceder aos bens e serviços na realidade económico-social desenvolvida num contexto histórico e não um mero objeto de estudo ou, dito em

termos sociologicamente mais cruéis, um objeto da dogmática e por conseguinte uma heresia da realidade. Preceitos legais que determinam o favorecimento da parte mais fraca numa relação contratual parecem caminhar neste sentido (mesmo no que toca ao acesso à justiça).

⁸⁹ Cf. alíneas *a)* e *b)* do art. 8º do DL 446/85. Os autores compreendem, portanto, que a cláusula não comunicada/informada, nestes casos, será inexistente. Ver Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 378³²² e 379, considerando que a exclusão das cláusulas não comunicadas parece corresponder mais à inexistência do que à nulidade. Mario Frota, Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (APDC), consoante as lições proferidas no curso sobre os contratos de consumo que anualmente organiza, considera que tais cláusulas devem ser vistas como um “nada jurídico”. Afinal de contas, apesar de todos os problemas relacionados com a comunicação e informação de CCG (até mesmo quando elas são oferecidas e o aderente, de maneira inteiramente razoável, não aproveita a oportunidade), subsiste a necessidade de uma proposta e uma aceitação, sob pena de perderem-se as características estruturais que definem a figura do contrato.

⁹⁰ Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 362.

⁹¹ Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 365-367.

⁹² Ver os arts. 15 e seguintes do DL 446/85, em Portugal. No Brasil, esta é a situação exemplar dos arts. 51 a 54 do CDC e art. 424 do Código Civil.

⁹³ Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 368.

⁹⁴ Associados à boa-fé enquanto princípios éticos de direito cuja caracterização gira em torno de uma consideração razoável e equilibrada dos interesses alheios, implicando especialmente a exigência de compreensão do objeto, das condições e do conteúdo da oferta e do contrato pelos respectivos interessados. No âmbito do Direito do Consumidor, adquire importância realçada a regra que obriga o profissional a fornecer o bem ou prestar o serviço de acordo com as legítimas expectativas do consumidor. De fato, podemos considerar como uma grande vitória da tutela consumerista a consagração, no art. 7º, n. 1, *d)* do DL 57/08, da *enganosidade* das práticas comerciais que possam conduzi-los a tomar decisões que não teriam tomado de outro modo, em relação a elementos essenciais do contrato, entre os quais incluem-se “os resultados que podem ser esperados” da utilização do bem ou serviço em causa. No que respeita à falta de transparência em relação ao preço do contrato, note-se que esta poderá constituir também uma omissão – além de uma ação – enganosa, com base no art. 10º, *c)* do mesmo DL 57/08. Acreditamos que diversos motivos poderiam ser apontados para aproximar estas soluções, a princípio consagradas para a proteção do consumidor, também ao aderente, já que em ambos os casos a transparência deve ser máxima, tendo em vista: (i) a disparidade de poder negocial dos contraentes (na grande maioria dos casos, embora não seja uma realidade inafastável no que toca aos contratos de adesão); (ii) a não garantia de efetividade do consentimento dado pelo aderente, de acordo com a qualidade contratual que lhe é apresentada (ao menos nos contratos em que a qualidade do objeto contratual só seja conhecida e realmente verificada pelo aderente após a celebração do contrato, como de fato acontece com a generalidade dos contratos turísticos, essencialmente classificados como contratos de adesão); (iii) pela configuração técnico-jurídica do negócio (alguns tipos contratuais sequer possuem regime legal específico que os regule e mesmo

aqueles que o possuem apresentam falhas, sem falar no caso das operações complexas, tudo potenciando a criação de diversos prejuízos ao consumidor e ao aderente); (iv) pela situação real em que o contrato se celebra (muitas das vezes “enfeitado” pelo poder de atração e aliciamento das técnicas de *marketing*, organizadas em função dos interesses dos operadores económicos ou “talhadas à medida” para atingir os consumidores e aderentes) e (v) pela especial fragilidade de ambos os tipos de contraentes (mercê da impossibilidade de negociação do conteúdo contratual, verificada fartamente nas relações de consumo, bem como da falta de informação, já referida). Por outro lado, parece-nos que a medida do art. 14 do DL 57/08 é muito branda para os casos de violação antes descritos, motivando-nos a sugerir, com base na mesma aproximação mencionada, que a solução dos arts. 8º e 9º do DL 446/85 seja também aplicável aos casos em que a enganosidade decorra de uma falta de comunicação e informação. Finalmente, vale a pena referir que os *call centers* (ver o DL 134/09) podem funcionar como um meio de diálogo entre os contratantes, embora a sua duvidosa utilização como meio probatório, em caso de litígios, recomende outros cuidados.

⁹⁵ O profissional deve informar o consumidor de forma clara, objetiva e adequada, nomeadamente em relação às características, composição e preço do bem, serviço ou direito, bem como sobre o período de vigência do contrato, garantias, prazos de entrega e assistência após o negócio jurídico. Ver o art. 8º, n. 1 da Lei de Defesa do Consumidor (LDC), bem como João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações*, vol. II, (Almedina/Coimbra, 1997), 10-14 e Sousa Ribeiro, *Direito dos Contratos*, cit., 208.

⁹⁶ Cf. DL 238/86, art. 4º, números 1 e 2 do DL 42/88 e art. 7º, n. 3 da LDC. Sobre a escolha das línguas a usar, ver, no caso do comércio eletrónico, art. 28, n. 1, c) do DL 7/2004. Há casos de contratos turísticos em que a escolha fica a cargo do turista (muito provavelmente aderente), conforme já tivemos oportunidades de sublinhar noutros trabalhos.

⁹⁷ Cf. (i) art. 7º, n. 5 da LDC; (ii) arts. 4º ao 6º e 8º, n. 1, do DL 446/85 (embora aqui, como referido, a integração dependa do controlo do conteúdo, se a cláusula for proibida pelos arts. 15 e ss., por mais que tenha sido conhecida e aceite pelo aderente); (iii) art. 2º, n. 2, d) do DL 84/08 e (iv) art. 7º, n. 1, b) do DL 57/08. Por vezes, são admitidas exceções à regra, como no caso do art. 23 do DL 61/11, que trata da revisão do preço das viagens organizadas. Tais casos excepcionais devem ser vistos, segundo pensamos, com sérias reservas (v. o art. 373 do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, conferindo ao cliente o direito de fazer cessar o contrato sempre que o aumento seja superior a 10% do valor contratado, mesmo que seja possível justificá-lo com base em aumento dos custos de combustíveis etc.).

⁹⁸ Ver também o art. 7º, n. 1, g) do DL 57/08.

⁹⁹ O direito de consumir só o que pediu vem consagrado (i) no art. 23, n. 4 do DL 330/90; (ii) nos arts. 3º; 4º, n. 1 e 5º, números 1 e 4, especialmente, da Lei 6/99; (iii) no art. 12, f) do DL 57/08; (iv) no art. 22 do DL 7/2004; (v) nos arts. 5º, n. 1, b) e 7º, números 1 e 3 do DL 134/09 e (vi) no art. 159 do Anteprojeto do Código do Consumidor. Quantos aos direitos consagrados na Constituição da República Portuguesa, ver, respectivamente, os seus art. 34, n. 1; 37 e 61; 26, n. 1 e 35 (posteriormente desenvolvido noutras leis).

¹⁰⁰ A nosso ver, o que se deve fazer é procurar alcançar, cada vez mais, a responsabilização objetiva (independente de culpa) do profissional, fundada no risco empresarial, levando-se em conta que é ele quem domina, controla e explora as atividades que podem causar danos (lucrando com esta atuação) e com base, ainda, na responsabilidade do produtor (a ser revista, ampliando-se o conceito de produto para abranger toda a sorte de bens, direitos e serviços). Além disso, deve ser admitida, segundo nossas ideias, a responsabilidade solidária entre todos os intervenientes na contratação, sem prejuízo do direito de regresso a ser exercido contra quem ressarcir os prejuízos causados à parte lesada. Sente-se a necessidade de uma rápida reparação. Uma solução alternativa – v. CDC do Brasil – também pode ser avançada: em caso de incumprimento contratual, com a desconformidade do contrato em relação àquilo que efetivamente foi informado ao consumidor ou ao aderente, confiar a reexecução dos serviços não levados a cabo a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco de quem cumpriu defeituosamente os contratos com defeito. Esta alternativa parte da ideia segundo a qual muitas vezes o consumidor – e o aderente – são atraídos por ofertas enganosas com finalidades que se desviam da normal contratação, como seria anunciar um produto em desconto para chamar a atenção das pessoas, mesmo sabendo que o *stock* deste bem é muito reduzido, partindo do pressuposto que, uma vez chegados ao local para comprar o produto, se este estiver esgotado, as pessoas poderão comprar outros que não estiverem (mas sem a promoção).

¹⁰¹ Consoante nossas convicções, estas cláusulas, embora possam ser aceites (com base em vários argumentos), devem tentar, o mais possível, ser afastadas da contratação, em especial de adesão, designadamente quando implicarem um óbice à justa reparação do dano, que deve ser medida pela sua extensão, nomeadamente em casos que versem sobre o direito à vida, à incolumidade física e psíquica, ao livre desenvolvimento da personalidade e à qualidade de vida. Uma análise mais profunda sobre o tema demandaria um novo estudo, mas podemos adiantar que, segundo as nossas perspectivas, a responsabilidade só deveria ser excluída em casos de culpa exclusiva da vítima ou fortuito externo, entendido como o evento imprevisível e inevitável, completamente alheio à atividade do profissional. Em todo o caso, havemos de convir que, no caso de danos causados pela falta de informação ou comunicação, seria então muito difícil provar a ocorrência das aludidas hipóteses de exclusão de responsabilidade. Note-se que o DL 446/85, só por si, não fornece solução adequada para as questões que giram à volta do tema, o que nos faz sugerir o afastamento da cláusula de limitação, por exemplo, através da aplicação dos arts. 8º, n. 1 da LDC, 9º, n. 1, a) e 10º, a) do DL 57/08, argumentando-se que a informação sobre a existência de limitações ressarcitórias é de fundamental importância para uma decisão esclarecida do contratante. Mais uma vez, porém, parece-nos criticável a fragilidade do art. 14 deste último diploma legal, que deveria ser mais severo quanto às práticas proibidas, determinando que fossem consideradas nulas (e não anuláveis). Vale a pena observar a existência de teorias segundo as quais a própria finalidade de alguns tipos contratuais ou classes de contratos enseja a *transferência de responsabilidades* de um contratante em relação ao outro (como seria no caso da finalidade turística de alguns contratos, implicando na transferência das responsabilidades do turista ao operador, a fim de alcançar o escopo de prazer e diversão comum a toda a contratação turística, pressupondo que a boa execução do contrato depende justamente da preocupação do cliente/viajante).

¹⁰² Este direito vem previsto nos seguintes normativos: LDC (mas há prazos mais favoráveis e aplicáveis à defesa dos consumidores), DL 82/08, DL 275/93, DL 133/09 e, no plano comunitário, a Diretiva 2008/122/CE (a ser transporta para o plano interno português dentro de pouco tempo, segundo determinações do próprio normativo comunitário). De uma maneira geral o prazo para exercício deste direito – que, de resto, recebe vária nomenclatura, como “direito de revogação unilateral”, “livre resolução” ou “livre revogação”, “arrependimento” etc. – parece estar a uniformizar-se em 14 dias (entretanto, como qualquer prazo, convém saber se são dias úteis ou de calendário e ter atenção quanto ao marco inicial da contagem). Sobre os contratos coligados e os efeitos que a revogação unilateral de um pode ter no(s) outro(s), ver (i) art. 8º, n. 4 e 19, n. 4 do DL 82/08 (no caso dos contratos de crédito concedido pelo fornecedor ou por um terceiro vinculado ao fornecedor e voltado para vendas a distância, ao domicílio ou equiparadas, em que o consumidor exerça o seu direito de revogação unilateral); (ii) art. 18 do DL 133/09; e, especificamente no caso dos contratos turísticos, (iii) art. 11 da Diretiva 2008/122/CE.

¹⁰³ Ver art. 16 da LDC; art. 10º do DL 84/08; arts. 20 e 53 do DL 275/93. No entanto, mais importante do que a imperatividade em causa, parece-nos ser a admissão da aplicabilidade direta dos direitos constitucionalmente protegidos ao caso concreto.

¹⁰⁴ Embora represente a minoria dos contratantes, o aderente “curioso”, com interesses legítimos na informação, ainda existe e merece ser preservado.

¹⁰⁵ *Apud* Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 375.

¹⁰⁶ Quanto ao DL 133/09, diploma a que ainda não tivemos a oportunidade de estudar com maior profundidade (como se exige), parece-nos que o montante total do preço, mesmo atendendo às possibilidades de coligação contratual e aos reajustes, deve constar do formulário padronizado de informação. Em relação à Diretiva 2008/122/CE, objeto de estudos por ocasião do nosso Mestrado, é possível identificar nos formulários a falta de algumas informações essenciais para uma decisão esclarecida do consumidor-viajante, além de contradições entre o previsto no texto do normativo e nos Anexos de Informação Pré-Contratual [v. Anexo I (confrontando-o com a legislação vigente em Portugal, segundo o DL 275/93, especialmente quanto à participação do adquirente de direitos em relação à Administração do empreendimento turístico), bem como a Parte 1 do Anexo IV (determinando apenas uma informação “breve” quanto ao preço)].

¹⁰⁷ Reservando maiores considerações para estudos posteriores, podemos dizer, para já, que um dos aspectos a serem corrigidos, a nosso ver, reside em “repassar” os aludidos custos de informação ao aderente – o que parece inadequado, já que buscamos a igualdade material. Por exemplo, no crédito ao consumo, levando em conta a obrigação de avaliação, por parte do credor, da solvabilidade do consumidor, pensamos que tal informação lhe deva ser dada de forma gratuita. Outro problema poderá ser a excessiva complexidade dos Formulários Normalizados de Informações Pré-Contratuais, resultando na ignorância (no caso, incentivada mesmo pela Lei) ou na confusão do consumidor pelo excesso de informações, de todo o modo impedindo a cognoscibilidade das cláusulas contratuais e sendo, portanto, uma falsa ajuda a quem realmente necessita. Ou então assumam-se a criação de um novo emprego: “tradutor de formulário normalizado”, como diria o professor Mário Frota...

¹⁰⁸ Mário Frota, durante o aludido curso, forneceu o exemplo de uma cláusula que, sob a epígrafe de “*Garantia*”, imponha ao aderente uma *renúncia às garantias*, ou uma *exclusão de garantias*.

¹⁰⁹ Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 381.

¹¹⁰ Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Diretiva sobre Cláusulas Abusivas*, (Almedina/Coimbra, 2005), 238, refere uma cláusula inserida num contrato celebrado entre duas empresas com o seguinte teor: “*Serviços prestados de acordo com as condições gerais inscritas no verso.*” Voltaremos à questão adiante (inclusive para referir alguma controvérsia na doutrina e na jurisprudência), mas convém notar que, sobretudo em casos de letras muito reduzidas e especialmente quando tal cláusula estiver escrita na última linha do documento, para lá da assinatura do aderente, a possibilidade efetiva de conhecimento dificilmente existirá (cabendo o ónus da prova de que isto ocorreu ao utilizador de CCG, como visto). Recorde-se, conforme acenado anteriormente, que a comunicação, por mais que seja adequada, não supre o controlo do conteúdo, o que permite-nos inferir que uma “cláusula de confirmação” referente à aceitação do aderente de todas as condições do contrato “por mais que elas violem o controlo de conteúdo” não terá vigência.

¹¹¹ J. Franklin Alves Felipe, *Introdução à Comunicação Jurídica*, (Forense/Rio de Janeiro, 2002), 45, lembra-nos da importância da pontuação na comunicação jurídica. Assim, para o autor, a frase “*Matar o Rei não é crime*” tem um sentido completamente diverso de “*Matar o Rei não, é crime*” (transcrevemos, *ipsis literis*, mas utilizaríamos pontuação diversa). Observe-se que nos casos de contratos celebrados por via eletrónica esta questão – de publicidade – torna-se fundamental para a justa formação do contrato. Por exemplo, é difícil para o aderente verificar as mudanças que um fornecedor faz em relação às informações expostas em determinado *site* da *internet*. Assim, se hoje uma oferta contém a informação “*Alojamento Gratuito para Estudantes Estrangeiros*”, amanhã a mesma frase pode ser mantida, mas seguida do vocábulo “*Esgotado*”, sem que o aderente que manifestou – de um dia para o outro – a vontade de contratar tenha imprimido uma cópia que sirva para prevenir litígios.

¹¹² Como acontece nas cláusulas de “reserva de preço” (*Tagespreisklausel*), em que o predisponente se reserva o poder de fixar o preço na data de entrega do produto, sem conferir ao aderente o direito de resolver o contrato, caso o aumento seja excessivamente elevado em relação ao valor considerado como justo nas negociações. O DL 446/85 possui mecanismos de controlo do conteúdo que consideram proibidas tais cláusulas, o mesmo valendo para, nos contratos de prestações sucessivas, cláusulas de aumento de preços em períodos manifestamente curtos ou elevações exageradas, sem permitir a denúncia imediata do contrato quando as elevações de preço a justifiquem. Há, porém exceções, como no caso dos contratos onde as flutuações dos preços, nos dois sentidos, são normais, isto é, no mercado financeiro e cambiário. Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit. 386 e ss., considera legítimo o interesse do utilizador, em épocas de previsível aumento do custo de vida, em não ficar definitivamente vinculado a um preço fixado no momento da conclusão do negócio. Porém, o ilustre autor, ciente dos sérios riscos que tais cláusulas podem denotar para o aderente, estabelece um tríptico ponto de vista, a fim de concretizar reservas em relação a estas cláusulas: (i) a garantia de reciprocidade (se o preço pode aumentar, poderá também diminuir, o que constitui importante requisito de validade no caso dos mercados de finanças

e câmbio, mas nos outros casos é de escassa relevância, pois os preços tendem sempre a aumentar); (ii) a transparência, importando na materialização dos fatores de alteração (questão central, mesmo de comunicação e informação, pois é através dos pressupostos e limites de elevação do preço que o aderente poderá avaliar a justificativa, a medida e a proporcionalidade do aumento facultado); e (iii) a relação de equivalência entre as prestações (também por permitir controlar a amplitude do poder unilateral que é autoconcedido pelo utilizador de CCG). Em suma, exige-se uma *determinabilidade* que sirva de tutela da relação de equivalência entre as prestações e das legítimas expectativas do aderente. Embora esta exigência conste apenas do art. 22, n. 4, no que respeita a cláusulas de indexação, a doutrina entende, diante dos argumentos expostos, que o seu alcance deve ser geral, abarcando, especialmente em atenção ao princípio da boa-fé, “todas as cláusulas de alteração de preço”. Perfilhamos desta posição, sobretudo levando-se em conta que as elevações exageradas podem resultar não só de fórmulas e critérios que sirvam a esse resultado, como ainda da referência demasiado indeterminada. Situação exemplar seria a da assinatura de uma revista em que se permitia o direito de proceder a “adequadas elevações”. Nestes casos, poderíamos até dizer que a falha é de comunicação e informação; porém, se assim não o for, então certamente será de controlo do conteúdo. De todo o modo, a violação ao imperativo de transparência (manifestação do princípio da boa-fé em suas múltiplas vertentes de atuação) será evidente e tais cláusulas devem ser excluídas do contrato ou consideradas nulas. Neste sentido, entendeu o BGH em sentença de 26.05.1986, reafirmando o princípio já estabelecido na sentença pioneira de 11.06.1980, consoante refere Sousa Ribeiro no citado trecho de sua dissertação de Doutorado. Embora esta posição nem sempre tenha sido mantida por este Tribunal, a verdade é que, às vezes, chegou-se a exigir um rigor extremo quanto à aludida determinabilidade, julgando-se ineficaz uma cláusula que, não obstante ter indicado as razões pelas quais se poderia proceder ao aumento (subida de preços de matérias-primas, dos salários e vencimentos etc.), não referiu a sua medida (ver, sempre atento à doutrina do ilustre autor e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a sentença de 06.12.1984). Note-se, mais uma vez, que o “reverso da medalha”, ou seja, a enumeração muito vasta de todos os elementos atendíveis ao reajuste, em suas múltiplas combinações, pode ter efeito inverso e contraproducente, impedindo a apreensão do conteúdo contratual pelo comum dos aderentes. Portanto, a justa solução deveria ser encontrada entre os dois polos, com a prévia enunciação no texto da cláusula dos critérios de fixação futura dos preços, com a concretização possível e, cumulativamente, com a referida concessão ao aderente do direito de resolver ou denunciar o contrato.

¹¹³ Sousa Ribeiro, *O Problema*, cit., 390, refere como exemplo uma cláusula julgada pelo BGH em sentença de 26.11.1984 através da qual um fabricante de automóvel poderia alterar a todo tempo a garantia dada à empresa vendedora, sempre que isso parecesse oportuno por razões económicas ou de concorrência. Essa indeterminabilidade que alude a vagas “razões de oportunidade” é também sentida, segundo pensamos, dos contratos em que o operador de viagem se autoconfere o direito de alterar unilateralmente o roteiro da viagem.

¹¹⁴ Mesmo numa análise “mercadológica”, o que está em causa, nesta manifestação do imperativo de transparência (repita-se, no que toca à prestação oferecida e ao preço a pagar por ela), é a garantia

da oportunidade de formação consciente da vontade negocial, no quadro de opções disponíveis no mercado, permitindo a atuação da concorrência como corretivo mediato das contratações desfavoráveis. Os deveres de comunicação e informação tornam-se plenamente aplicáveis, pois a transparência do preço será a transparência do mercado, já que, geralmente, não haverá controlo heterónomo do conteúdo, no que respeita a tais elementos – essenciais – do contrato. Só assim se logra evitar que, através de uma preformulação em termos ou local pouco claros – ou mesmo enganadores – o utilizador consiga manter oculto o efeito desvantajoso de uma cláusula, subtraindo-a à penalização do mercado e aos mecanismos corretores da concorrência. Assim, em Portugal, a informação serve ao particular, quanto à formação da vontade esclarecida, servindo também ao mercado. No Brasil, a situação parece-nos um pouco diferente. Não que a importância da economia para o Direito seja afastada – o que, aliás, se nos afigura como tarefa atualmente irrealizável. Porém, a ênfase dos direitos sociais torna oportuno o avanço de soluções que sejam mais atentas à ética (protegendo o coletivo) do que à economia do particular.

¹¹⁵ Cf. art. 54 do CDC: “*Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo.*”

¹¹⁶ De fato, é ainda sentida uma falta de aplicação, mesmo no caso de excelentes magistrados, dos preceitos de defesa do “consumidor equiparado” à pessoa exposta às práticas empresariais quando ela também for empresária. Conforme esclarece o atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, em *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*⁹, Ada Pellegrini Grinover (Presidente da Comissão), Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, (Forense Universitária/Rio de Janeiro, 2007), 264, a equiparação – permitindo a aplicação do dispositivo que, por sua vez, determina a exclusão das CCG não comunicadas, conforme explicitado acima – exige simplesmente a *exposição* da pessoa, significando a abrangência não só de pessoas jurídicas (ou coletivas, em Portugal), como de um conjunto de pessoas jurídicas e até mesmo de uma coletividade indeterminada composta de pessoas físicas e jurídicas. Note-se que esta disposição (art. 29 do CDC) foi alvo de intuítos eliminatórios por parte do *lobby* empresarial brasileiro, obrigando os autores ao seu “transporte” entre capítulos (a noção inicialmente constava do art. 2º do Capítulo I).

¹¹⁷ Tepedino, Bodin de Moraes e Barboza, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. II, cit., 27. No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior, em *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, cit., 551.

¹¹⁸ Contudo, temos criticado em nossos trabalhos as indeterminações do texto e, sem embargo de a Lei portuguesa não poder representar um primor em termos de determinação quanto ao tempo necessário para que o conhecimento se torne completo e efetivo, certamente o faz de maneira mais favorável ao aderente do que o normativo do Brasil. Este, falando apenas em “conhecimento prévio”, não oferece parâmetros adicionais – como seriam a complexidade das cláusulas e a importância do contrato – para a discussão sobre a existência de uma ponderada avaliação, por parte daquele que se submete à adesão, da oportunidade do negócio. É claro que, atentos à interpretação baseada no diálogo das fontes, poderemos

chegar aos mesmos resultados em ambos os países; porém, se buscamos alcançar o “mínimo social de informação” para uma digna contratação, então qualquer medida que ajude nesta determinação acaba por ser benévola, segundo os nossos pensamentos.

¹¹⁹ Na legislação, podemos referir o art. 8º, c) do DL 446/85, em Portugal, bem como o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor.

¹²⁰ Cf. art. 8º, d) do DL 446/85.

¹²¹ Sustentada em Portugal por Mário Frota, com o apoio das seguintes decisões: (i) Ac. do STJ de 13.01.2005, relator conselheiro Ferreira Girão e (ii) Ac. do STJ de 06.02.2007, relator conselheiro Alves Velho. Note-se que estas decisões são aqui referidas somente em atenção à louvável determinação de exclusão de cláusulas não comunicadas.

¹²² Sousa Ribeiro manifestou esta posição ao lecionar durante o curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. Almeno de Sá, cit., 239 e 240, bem como o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03.05.2001, relator doutor Cordeiro Dias.

¹²³ Observe-se que não vale o risco por conta do aderente durante as 48h após o extravio, pois trata de uma questão de risco empresarial e do controlo por parte de quem efetivamente tem condições de fazê-lo.

¹²⁴ Embora as questões referentes às cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade respeitem diretamente ao controlo do conteúdo, optamos por incluir o debate em torno delas nesta parte do estudo por entendermos que se trata – evidentemente, numa perspectiva mais ampla, mas nem por isso menos importante – de comunicação nos contratos de adesão. Neste caso, é curioso notar que a parte que domina inicialmente os meios de comunicação e informação, através da redação, tenta impingir ao aderente um contrato que lhe é desfavorável, inclusivamente por impor a ele deveres de comunicação (quanto ao furto do cartão). Este comportamento inaceitável de inversão dos papéis de comunicador/informador serve para demonstrar, segundo pensamos, quão importante é a comunicação adequada para a obtenção de vantagens. É preciso lutar para que estas sejam conferidas aos aderentes, em busca da justa contratação. Vale a pena consultar, para uma análise da evolução da discussão em torno do tema, as sentenças do STJ de 15.05.2008, relator conselheiro Mota Miranda, bem como a da Relação de Lisboa de 16.06.1994, relator conselheiro Noronha Nascimento. V. ainda os Avisos do Banco de Portugal de números 4/95 e 11/2001.

¹²⁵ Cf. art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Como vimos, tal medida já vem sendo sugerida por alguns especialistas como solução para determinados problemas.

¹²⁶ Cf. art. 11, n. 2 do DL 446/85 e art. 423 do Código Civil brasileiro. A jurisprudência sobre o tema é farta, merecendo especial alerta as ambiguidades constantes dos contratos de seguro. Poderíamos aqui referir, em homenagem ao trabalho da colega de Doutoramento em Direito Civil (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Maria Malta Fernandes, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.03.2001, no Processo 0150178, relatado pelo doutor Fonseca Ramos, segundo o qual a expressão “*quando deslocadas em viagem de férias ou negócios, além de 50 km da sua residência*” deve ser interpretada no sentido de que o importante é a extensão da deslocação (mais de 50 km) e não o local onde acontece o sinistro. Em suma, pergunta-se: cobriam-se acidentes depois de “rodados” 50 km de

viagem ou num raio de distância de 50 km, contados a partir da casa do beneficiário até ao local do acidente? No caso, o sinistro (de viação) havia ocorrido a 3 km de distância da residência do beneficiário e, apesar de se poder argumentar que *“é quando estamos mais perto de casa que nós relaxamos mais e, por isso, estamos mais propensos a acidentes”* (o que poderia dar azo à compreensibilidade de uma exclusão de cobertura por parte da seguradora), a decisão consignou que o importante era avaliar a circunstância da “kilometragem” viajada, pois, após trafegar por longas distâncias, a pessoa deveria estar cansada e mais propensa a acidentes (mas não antes dos 50 km), sendo razoável beneficiar o sinistrado, que teria motivos para a proteção.

¹²⁷ Por vezes, essa interpretação também atende à causa dos contratos. De fato, a aplicação do favorecimento com base na “ambiguidade” adquire especial aplicabilidade em casos que talvez fossem melhor descritos como de “contraditoriedade” (da cláusula em relação ao contrato, atendendo à finalidade deste). Durante o trabalho da aludida colega de curso, tomamos conhecimento de um caso (julgado pelo Tribunal da Relação de Coimbra) em que foi celebrado um seguro para cobertura de danos causados por desastres naturais, os quais estavam tão bem “definidos” na apólice que se poderia dizer que estavam mesmo “enumerados” no documento. Entretanto, em meio a tufões e outras catástrofes, não se encontrava prevista a hipótese de tempestades de neve, fenómeno comum durante os invernos na região da Guarda (Portugal), local onde estava localizado o imóvel segurado e no qual os outros tipos de ocorrências desastrosas não se verificam. Assim, considerando a cláusula como ambígua (quicá numa análise do contrato “como um todo” e especialmente da sua causa, que parece ser, ao fim e ao cabo e em atenção ao próprio nome, a de oferecer segurança), o Tribunal posicionou-se contrariamente à seguradora – que, de resto, na prática, nada assegurava, segundo pudemos perceber.

¹²⁸ Não podemos esquecer, nem por um momento, dos analfabetos, cegos, surdos, mudos, excepcionais de toda a ordem e pessoas especialmente vulneráveis, os quais também estão sujeitos à contratação por adesão e certamente terão maiores dificuldades do que o cidadão comum para enfrentá-la.

¹²⁹ Num contato inicial com a disciplina, parece-nos que a contagem deve iniciar juntamente com o afastamento dos motivos que impedem a adequada formação do consentimento, os quais podem acontecer através do simples conhecimento, por parte do potencial aderente, mas podem expandir-se por um tempo mais prolongado.

¹³⁰ Para que este direito tenha um valor efetivo, deve ser combinado, nalguns casos, com a vedação do pagamento antecipado (em outros, será realmente necessário pagar aos fornecedores, sem esquecer que a confiança deve partir de ambas as partes no contrato) e, nesta hipótese, não só em relação a sinais como a quaisquer contrapartidas pagas de maneira antecipada pela aquisição do produto, não só ao contratante directo como também a terceiros interpostos para contornar a vedação. Em suma, o que se quer evitar é que o direito de “dar o dito por não dito” seja prejudicado porque, com o intuito de reaver os valores antecipados, o aderente tenha de enfrentar um longo e custoso – para não falar “psicologicamente desgastante” – procedimento judicial.

¹³¹ Esta foi apenas uma das duas maneiras sugeridas por Almeida Costa e Menezes Cordeiro para suprir a falência do modelo de informação, caracterizada por uma falta de vontade dos aderentes em serem

informados. A outra, consistente nos contatos pessoal entre as partes, também é digna de apreciação. Acontece que o utilizador e o predisponente não informam, o mesmo valendo para a maioria dos seus funcionários, que vergonhosamente pouco sabem do contrato em si (ou talvez até prefiram esconder o que sabem). A intervenção de um terceiro como mediador ocorre-nos como hipótese. O problema é que, se o pagamento de profissionais especialmente habilitados para ajudar o potencial aderente – no momento do processo de formação da vontade esclarecida – partir do utilizador de CCG, sem dúvidas os custos serão repassados aos destinatários. Uma alternativa para informar, nesse sentido, seria a de permitir que os utilizadores de cláusulas abusivas e os violadores dos deveres de comunicação e informação ao aderente fossem condenados em ações coletivas e que o remanescente do lucro ilícito por eles obtido, após a indenização de cada um dos lesados, fosse afetado a um fundo social, controlado pelo Estado, utilizado para o financiamento do mecanismo da ação coletiva e de outras medidas sociais, como seria o acompanhamento dos aderentes por profissionais especializados na contratação.

¹³² O comediante napolitano Totò, considerado o príncipe da comédia devido às suas origens nobres, ao ver a quantidade de ladrões que existiam no mundo, perguntava-se a si próprio: “*Com tantos tipos diferentes de trabalho, por que é que tanta gente escolhe roubar?*” Embora muitos anos se tenham passado desde então, esta pergunta não pode sair da cabeça dos operadores do Direito, que muitas vezes devem mesmo “fazer as vezes de Totó”, não só para criticar o lucro ilícito existente, mas para sugerir alternativas de combate e reparos na sociedade.

DO REGIME GERAL DO COMÉRCIO ELETRÓNICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

MARISA CATARINA DA CONCEIÇÃO DINIS

Doutora em Direito e Professora-Adjunta no
Instituto Politécnico de Leiria, Portugal

EXCERTOS

“No epicentro destas novas tecnologias da informação e da comunicação encontra-se, por certo, a internet, que, como é sabido, se apresenta hoje como uma ferramenta de trabalho, de lazer e de educação cada vez mais comum entre os cidadãos e, por isso mesmo, cada vez menos singular”

“Um olhar sobre a realidade europeia conduz-nos ao estudo Consumer behaviour in a digital environment, encomendado pelo Parlamento Europeu, que revela que cerca de 40% dos europeus fizeram compras online durante o ano de 2010”

“São, na verdade, inegáveis as vantagens que se reconhecem, tanto do ponto de vista do consumidor, como do ponto de vista das empresas, existir à utilização do comércio eletrónico”

“Na ótica das empresas, é de salientar que a comercialização eletrónica de produtos e serviços permite reduzir os custos atinentes à gestão e funcionamento dos tradicionais estabelecimentos comerciais, o que poderá, inclusivamente, ter uma implicação direta na redução do preço final ou no aumento dos lucros”

“A cooperação e a comunicação entre empresas é fundamental no atual contexto de globalização e de crise económico-financeira permitindo às empresas, além do mais, discutirem e construírem soluções mais competitivas”

“A utilização das tecnologias da informação e da comunicação nas relações da administração pública com os cidadãos revolucionou verdadeiramente este tipo de relacionamento”

“(…) o comércio eletrónico veiculado pela internet, permite, tanto ao consumidor em geral, como ao empresário em particular, o acesso a um mercado global onde, os primeiros, podem aceder a uma panóplia quase infinita de produtos e serviços, comparando, de forma rápida e confortável, preços e características e, os segundos, conseguem almejar ter o mundo como mercado”

I. Considerações iniciais

Quando, em 1927, Fernando Pessoa criou o *slogan* “primeiro estranha-se, depois entranha-se”, a propósito da publicidade para a coca-cola, não imaginava que acabara de dar vida a um adágio popular que, de tantas vezes usado, não raramente, lhe são esquecidas as origens. A verdade é que, ao longo destes 85 anos, o ditado tem tido capacidade para, de forma sintética, traduzir o sentimento social que se tem verificado relativamente às inúmeras inovações tecnológicas que têm perpassado a nossa (e outras) sociedade(s). De fato, encontra-se atualmente “entranhada” no léxico corrente uma série de conceitos, inerentes à vida virtual e digital, que bem demonstra o quão submergidos nos encontramos na chamada sociedade da informação. Desde 1969, com Alain Touraine, muitos foram os autores que construíram e desconstruíram este conceito¹. Apontemos, no entanto, Castells², que, a propósito, menciona que “a sociedade da informação é um conceito utilizado para descrever uma sociedade e uma economia que faz o melhor uso possível das Tecnologias de Informação e Comunicação no sentido de lidar com a informação, e que toma esta como elemento central de toda a *atividade humana*”. Do dito extrai-se facilmente que é inegável que, no momento atual, vivemos numa sociedade da informação e que nos fazemos rodear das novas (cada vez menos) tecnologias em praticamente todos os aspectos da nossa vida quotidiana. Significa isto que as tecnologias da informação e da comunicação intervêm de forma sobejamente ativa nas nossas relações diárias independentemente de serem ou não profissionais. No epicentro destas novas tecnologias da informação e da comunicação encontra-se, por certo, a internet, que, como é sabido, se apresenta hoje como uma ferramenta de trabalho, de lazer e de educação cada vez mais comum entre os cidadãos e, por isso mesmo, cada vez menos singular. Apraz-nos recorrer, novamente, ao adágio popular com que iniciamos este texto: “primeiro estranha-se, depois entranha-se”.

Com o advento da internet³ o mundo resume-se a uma aldeia ainda mais global do que a pensada por Percy Wyndham Lewis, no seu *America and the Cosmic Man*⁴. Desta evidência resulta uma outra: o desenvolvimento da sociedade da informação e da comunicação, ancorado sobretudo na massiva utilização da internet, permite uma multiplicidade de relações a cujas consequências o direito não pode quedar-se alheio. De entre estas relações juridicamente relevantes destacamos, por se tratar do tema ora em análise, as decorrentes do chamado comércio eletrónico. O presente texto tem precisamente por objeto a análise do quadro legislativo que vigora no ordenamento jurídico português

a respeito do comércio eletrônico. Não temos, naturalmente, a veleidade de esgotar os temas jurídicos que resultam das distintivas interpretações do referido quadro legislativo, mas tão somente apresentar os traços gerais que governam juridicamente esta matéria. Trata-se, pois, de um texto mais expositivo do que crítico e mais empírico do que teórico. Porém, e apesar de votarmos ao abandono a maior parte das querelas doutrinárias, sempre as chamaremos à colação aqui e além.

Ainda antes de iniciarmos a nossa incursão no percurso jurídico do comércio eletrônico, não se nos afigura despiciendo proceder a uma análise estatística cujo móbil será o de demonstrar a importância real e prática da matéria aqui em referência. Para o efeito, recorremos ao “Inquérito à

De fato, estima-se que as transações eletrônicas entre empresas correspondam a cerca de 90% do comércio eletrônico em Portugal

Utilização de Tecnologias da Informação e da Comunicação pelas Famílias 2011” recentemente realizado pela UMIC – Agência para a Sociedade do Conhecimento, IP⁵. Deste inquérito resulta que, em 2011, “64% dos agregados domésticos dispõem de acesso a computador em casa e 58% têm acesso à internet. Entre estes, 98% (57% do total de agregados) dispõem de internet em banda larga. No mesmo período, 58% dos indivíduos entre os 16 e os 74 anos utilizam computador, 55% acedem à internet e 10%

efetuaram encomendas através da internet nos três meses anteriores ao inquérito”. Destes dados estatísticos podemos concluir que a percentagem de agregados familiares que, no âmbito da amostra em estudo, efetuou encomendas através da internet e consequentemente interveio em relações juridicamente relevantes (em particular em matéria de comércio eletrônico) é significativa. Se fizermos aplicar esta estatística à globalidade dos agregados familiares em Portugal facilmente percebemos a importância numérica que esta matéria reveste. Note-se, no entanto, que os dados mencionados são apenas relativos aos agregados familiares e não englobam, por isso, as transações comerciais. Note-se igualmente que é neste último terreno que o comércio eletrônico assume a sua maior expressão. De fato, estima-se que as transações eletrônicas entre empresas correspondam a cerca de 90% do comércio eletrônico em Portugal. Ao dito, acrescem ainda as relações eletrônicas levadas a cabo com a administração pública. Esta última área sofreu um expressivo desenvolvimento nos últimos anos e hoje representa uma significativa fatia das relações eletrônicas efetuadas.

Também o estudo *Netpanel* da *Marktest* aponta para números surpreendentes: em 2011, cerca de 4,169 milhões de portugueses navegaram em *sites* de comércio eletrónico e visitaram cerca de 777 milhões de páginas de lojas virtuais⁶.

Vejam-se ainda os dados do Barómetro ACEPI/Netsonda, divulgados pela Associação do Comércio Eletrónico e da Publicidade Interativa (ACEPI), que demonstram que, no ano de 2011, 40% das empresas inquiridas registou um aumento nas vendas *online* superior a 20% (tendo chegado aos 100% em 16% das empresas objeto do estudo)⁷.

Um olhar sobre a realidade europeia conduz-nos ao estudo *Consumer behaviour in a digital environment*, encomendado pelo Parlamento Europeu, que revela que cerca de 40% dos europeus fizeram compras *online* durante o ano de 2010⁸.

Independentemente dos dados supramencionados, o certo é que atualmente as empresas não podem descurar esta área de negócio. Referia-se, no Diário Económico de 29 de fevereiro de 2012, que das cinco boas práticas de *marketing* para um negócio crescer consta a presença na internet: “as empresas que hoje não tenham uma presença *online* não existem. A internet é a primeira fonte de informação que a maioria das pessoas procura, e empresas *offline* estão a desperdiçar, logo à partida, um número substancial de clientes”.

São, na verdade, inegáveis as vantagens que se reconhecem, tanto do ponto de vista do consumidor, como do ponto de vista das empresas, existir à utilização do comércio eletrónico.

Apontamos, desde logo, o acesso ao mercado global, que, especialmente no que tange a um país como Portugal, apresenta uma relevância tremenda. Efetivamente, não podemos deixar de recordar que a localização geográfica de Portugal, como nação mais a ocidente do continente europeu e confinante apenas com Espanha, tem vindo a condicionar o desenvolvimento das transações transfronteiriças, que, demasiadas vezes, esbarram nos limites naturais e geográficos. O comércio eletrónico elimina muitas destas barreiras geográficas ao disponibilizar no visor do computador (telemóvel ou outra ferramenta com acesso à internet) verdadeiros centros comerciais virtuais espalhados pelos quatro cantos deste mundo redondo. Trata-se, sem dúvida, de uma vantagem para aqueles que pretendem adquirir produtos e/ou serviços nem sempre de fácil acesso e, por outro lado, permitem às empresas colocarem os seus produtos na montra do mundo, sem custos significativos nem contratempos jurídicos e administrativos adicionais.

Outra vantagem comumente associada ao comércio eletrônico consubstancia-se na possibilidade de os serviços se encontrarem permanentemente operacionais ajustando-se assim à disponibilidade horária de cada um, em cada momento e em qualquer lugar (*anytime, anywhere*).

Na ótica das empresas, é de salientar que a comercialização eletrônica de produtos e serviços permite reduzir os custos atinentes à gestão e funcionamento dos tradicionais estabelecimentos comerciais, o que poderá, inclusivamente, ter uma implicação direta na redução do preço final ou no aumento dos lucros.

Se fisicamente o mercado global não é acessível a todas as empresas, tornando-se praticamente inacessível às pequenas e uma miragem para as novas empresas, o mercado virtual, pelas características anteriormente apontadas, representa mais oportunidades para estas empresas. Desta forma, o leque de produtos e serviços oferecidos é maior e tendencialmente com melhor qualidade e preços mais competitivos.

Não se trata, porém, de um sistema isento de críticas. Nesta sede, são usualmente apontadas como principais desvantagens do comércio eletrônico o fato de ser totalmente dependente das tecnologias da informação e da comunicação; são, na verdade, estas pressuposto de existência daquele e, por isto, trata-se de uma contrariedade que não pode efetivamente ser afastada. O comércio eletrônico é uma das consequências das novas tecnologias. Pode, no entanto, ser minimizada com a crescente evolução das tecnologias da comunicação e da informação que, hoje em dia, se encontram disponíveis em praticamente todo o lado.

Pese embora o enorme esforço que se tem feito nesta área, a utilização das tecnologias da informação e da comunicação ainda não está completamente acessível a todas as pessoas: umas porque portadoras de deficiências físicas (cegueira, por exemplo); outras porque não tiveram oportunidade de acompanhar tamanha evolução.

No entanto, consideramos que as verdadeiras desvantagens do comércio eletrônico residem na falta de confiança que os seus utilizadores apontam ao sistema. Falamos, nomeadamente, da insegurança sentida nas transações e pagamentos e na insegurança relativa à legislação a aplicar em caso de conflito. Finalmente, a privacidade e a segurança na recolha de dados pessoais também preocupa sobremaneira o utilizador.

II . Do comércio eletrônico

1. Noção e modalidades

Não obstante não existir uma definição completamente consensual do que é o comércio eletrônico, podemos referir que, das definições avançadas pelos distintos autores para descrever esta realidade, fica claro que envolve as transações comerciais eletrônicas por oposição às tradicionais transações com contatos fisicamente presenciais. Neste sentido, refere Alexandre Dias Pereira que o comércio eletrônico se traduz “na negociação realizada por via *eletrónica*, isto é, através do processamento e transmissão *eletrónica* de dados, incluindo texto, som e imagem”⁹. Já anteriormente, e ainda no mesmo sentido, o ISAC¹⁰ e o ISPO¹¹ tinham definido o comércio eletrônico como “qualquer forma de transação comercial em que os intervenientes interagem basicamente por via eletrónica e não através de um contato ou relacionamento físico”¹².

Resulta do exposto que para estarmos perante comércio eletrônico é *conditio sine qua non* a utilização de meios eletrónicos como ferramenta de interligação entre os intervenientes. Mas se partirmos da interpretação literal da própria noção, não será de referir também que deveremos estar perante comércio? Parece, realmente, que as definições supramencionadas ficam aquém do real âmbito conceptual que se pretende dar à noção. De fato, mesmo desconsiderando aqui o mero sentido económico de comércio (que em pouco mais se traduzirá do que na interposição nas trocas) e focando-nos no sentido jurídico de comércio, conceptualmente mais amplo do que a noção anterior¹³, sempre ficarão fora desta noção realidades expressivas da utilização destes meios como sucede, por exemplo, com o crescente fenómeno do governo eletrônico (também denominado de administração pública eletrónica), que, como veremos de seguida, é considerado uma das modalidades do comércio eletrônico.

Na realidade, são comumente enquadrados no âmbito geral do comércio eletrônico quatro realidades distintas: *i) business-to-business* (B2B); *ii) business-to-consumer* (B2C); *iii) business-to-administration* (B2A); *iv) consumer-to-administration* (C2A).

A modalidade de comércio eletrônico denominada de *business-to-business* representa a maior fatia do comércio eletrônico global, relaciona-se com as transações efetuadas entre empresas e engloba três áreas distintas: *i)* a (área) referente aos *e-Marketplaces* onde várias empresas, de uma determinada indústria específica ou de ramos de atividade diferentes, estabelecem relações comerciais entre si; *ii)* a (área) relacionada com *e-Procurements* que visa otimizar a cadeia de fornecimento das empresas, sobretudo através da automatização das ligações

com fornecedores, implicando significativas reduções de custos e de tempo na execução das transações; *iii*) a (área) denominada de *e-Distributions* que visa interligar empresas com os respectivos distribuidores, filiais e representantes, otimizando, desta forma, as tarefas que podem ser remetidas a cada uma destas organizações. Este novo modelo de negócio incentiva a cooperação e comunicação entre empresas, a qual, desta feita, se pode concretizar de forma rápida e praticamente sem custos adicionais. A cooperação e a comunicação entre empresas é fundamental no atual contexto de globalização e de crise económico-financeira permitindo às empresas, além do mais, discutirem e construir soluções mais competitivas.

Decorre da própria nomenclatura que a modalidade *business-to-consumer* (B2C) respeita à chamada seção de retalho do comércio eletrónico. Quer isto dizer que estamos, agora, no âmbito das relações comerciais estabelecidas entre as empresas e os consumidores finais. Falamos, portanto, do mercado composto pelos consumidores que adquirem produtos e/ou serviços para uso não profissional. Trata-se de uma das modalidades que mais importa às empresas pois permite concretizar as respectivas atividades económicas de forma célere e pouco dispendiosa com um público-alvo à escala mundial.

As duas últimas modalidades centram-se no governo eletrónico ou administração pública eletrónica que, tal como transparece da respectiva denominação, implica a intervenção da administração pública cuja atividade se materializará por meios eletrónicos. A utilização das tecnologias da informação e da comunicação nas relações da administração pública com os cidadãos revolucionou verdadeiramente este tipo de relacionamento.

Neste âmbito, somos a destacar a *business-to-administration* (B2A), que se reporta às relações realizadas entre as empresas e a administração pública e cuja evolução tem sido substancial. De fato, a notória agilização e simplificação de serviços fiscais, da segurança social, dos registos e do notariado e do emprego, por exemplo, deve-se, mormente, à utilização destas ferramentas. Não podemos deixar de destacar, nesta sede, a hodierna possibilidade de se constituírem sociedades comerciais (de tipo por quotas e anónimas) com recurso à internet sem necessidade de qualquer deslocalização a repartições públicas que, como sabemos, sempre implicará um maior dispêndio de tempo¹⁴. Também merece destaque a possibilidade de registar uma marca *online*. Noutra sede, não menos importante, relembramos que as atuais publicações dos atos societários se fazem numa página eletrónica ficando acessíveis a todos quantos se relacionam com as sociedades e tornando, assim, a vida das empresas mais transparente e o mercado mais confiante¹⁵.

Por sua vez, encontramos-nos perante a *consumer-to-administration* (C2A) sempre que pretendemos referenciar as transações eletrónicas efetuadas entre os cidadãos e a administração pública. Neste campo, destacam-se, entre outros setores, o da saúde (marcação de consultas; comunicações com profissionais da saúde que, de forma direta, assistem – consultam – o doente, dando-lhe indicações sobre a melhor conduta a tomar perante um caso concreto; pagamento de impostos; pedidos de certidões; formação à distância – têm crescido os cursos que decorrem em *e-learning* – incluindo cursos superiores).

Depois de expostos estes conceitos/modalidades de comércio eletrónico, bem se percebe porque referimos, anteriormente, que a expressão comércio eletrónico poderia não ter capacidade conceptual para abarcar todas as realidades que lhe eram remetidas. Desta feita, se relativamente às duas primeiras modalidades não restam dúvidas sobre o respectivo enquadramento naquela definição, já no que concerne às duas últimas poderemos questionar se são suscetíveis de se subsumirem em tal conceito. Cremos que responder afirmativamente à questão ora colocada poderia levar a uma interpretação demasiadamente extensiva do conceito que, talvez, ultrapassasse os níveis juridicamente permitidos. Assim sendo, se pretendermos ser juridicamente mais rigorosos e coerentes com os demais ramos do direito e, em última instância, com o sistema jurídico em geral, não deveríamos aplicar o conceito de “comércio eletrónico” às relações com a Administração Pública, que, verdadeiramente, na grande maioria das situações abrangidas pelo *e-government*, não pratica atos de comércio, nem em sentido objetivo nem em sentido subjetivo¹⁶. Poderíamos eventualmente permiti-lo naquelas situações, mais raras, em que a atividade desenvolvida pela administração eletrónica se traduz na prática de um ato de comércio (objetivamente comercial)¹⁷. Sem nos aventurarmos, porém, nesta querela jurídico-conceptual cujo estudo exaustivo implicaria, certamente, tantas ou mais páginas do que o estudo que ora se pretende concluir, deixamos apenas esta nota.

Avancemos, de seguida, para uma outra classificação que usualmente se faz neste âmbito e que distingue comércio eletrónico direto de comércio eletrónico indireto. Enquanto naquele a transação se inicia, processa e completa em rede, isto é, o processo é integralmente realizado através dos

A internet é a primeira fonte de informação que a maioria das pessoas procura, e empresas *offline* estão a desperdiçar, logo à partida, um número substancial de clientes

meios eletrónicos (falamos, naturalmente, dos bens cuja natureza permite a entrega eletrónica, como sucede com os *e-books*, programas de computador, *downloads* de músicas, filmes, entre outros), neste (o indireto) os meios telemáticos intervêm no início do processo mas não têm capacidade para o concluir, mormente, porque os bens ou serviços em causa não são passíveis de ser enviados eletronicamente. Assim, enquanto na primeira situação estamos na presença do comércio eletrónico por excelência onde, realmente, se podem retirar as vantagens máximas deste modelo de negócio, na segunda situação a perfeição da relação fica dependente dos tradicionais canais de distribuição cujo bom funcionamento (célere e com qualidade) acarreta consequências diretas para o sucesso do comércio eletrónico.

Seja como for e independentemente das modalidades que reveste, o comércio eletrónico veiculado pela internet permite, tanto ao consumidor em geral, como ao empresário em particular, o acesso a um mercado global onde, os primeiros, podem aceder a uma panóplia quase infinita de produtos e serviços, comparando, de forma rápida e confortável, preços e características e, os segundos, conseguem almejar ter o mundo como mercado. Concluímos, pois, de forma despreconceituosa e juridicamente ligeira, com Mário Castro Marques, referindo que o comércio eletrónico acaba por se traduzir numa “nova forma que recorre aos meios eletrónicos (por comparação com a tradicional forma de venda) para desenvolver a *atividade* de intermediação entre, por um lado, a produção e, por outro, o consumo de bens – incluindo-se também nesta noção ampla de comércio a prestação de serviços”¹⁸.

Uma última reflexão: no conceito/expressão “comércio eletrónico” unem-se duas palavras cujas origens, temporalmente falando, se encontram em polos opostos da história da humanidade. Senão, vejamos. Por um lado, a palavra “comércio” quase pré-histórica (se pensarmos nas trocas diretas) e, por outro lado, a palavra “eletrónico” que, com o sentido que aqui representa, surge no século XX. Trata-se, no fundo, da mesma realidade, mas com outra roupagem.

2. Quadro legal comunitário e nacional – enquadramento geral

A 17 de abril de 1997, foi aprovado pelo Conselho de Ministros o “Livro Verde para a Sociedade da Informação” que, no fundo, constituiu a Iniciativa Nacional para a Sociedade da Informação e reconheceu as vantagens e as desvantagens desta nova realidade que exerce influências em todos os aspectos da vida social. Com o predito Livro Verde pretendeu-se refletir este novo

“estádio da sociedade”, não só nos inerentes aspectos técnicos, mas também (ou sobretudo), nas implicações políticas e sociais. Tal como é expressamente assumido no preâmbulo do próprio Livro Verde, reconheceu-se que “o futuro das Nações será condicionado pela forma como as novas tecnologias de informação e de comunicação forem assimiladas e do êxito e da rapidez dessa absorção”¹⁹.

Foi ainda neste Livro Verde que se apresentaram os grandes vetores da Iniciativa Portuguesa para a Sociedade da Informação: “Estado Aberto”; “Saber Disponível”; “Escola Informada”; “Empresa Flexível” (onde se engloba o comércio eletrónico).

Posteriormente, com a Resolução do Conselho de Ministros 115/98, de 1º de setembro, nasceu a “Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico” (INCE) cujos objetivos primordiais se relacionavam com a definição de um quadro legislativo que regulasse a matéria em causa e imprimisse confiança na utilização deste sistema, garantindo, por um lado, a defesa dos direitos dos consumidores e, por outro lado, a segurança nas transações.

Entre a data acima referida e o ano de 2004 foram surgindo várias iniciativas e ações com consequências diretas no desenvolvimento técnico, legal, social e cultural do comércio eletrónico, porém é inegável que a mais importante consequência legal surgiu com o Decreto-Lei 7/2004, de 7 de janeiro²⁰. Este diploma procedeu à transposição da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, a denominada diretiva sobre o comércio eletrónico²¹. Teceremos, primeiramente, algumas considerações sobre a diretiva e, de seguida, analisaremos o regime determinado pela legislação interna.

A Diretiva 2000/31/CE reconhece que o desenvolvimento do comércio eletrónico propicia “oportunidades importantes de emprego na Comunidade, particularmente nas pequenas e médias empresas, e irá estimular o crescimento económico e o investimento na inovação por parte das empresas europeias e pode igualmente reforçar a competitividade da indústria europeia, contanto que a internet seja acessível a todos”²². Partindo deste reconhecimento, a diretiva relembra a importância e a necessidade de assegurar um elevado nível de integração na legislação comunitária que venha a permitir o bom funcionamento do comércio eletrónico. Resulta

Consideramos
que as verdadeiras
desvantagens do
comércio eletrónico
residem na falta de
confiança que os
seus utilizadores
apontam ao
sistema

ainda dos considerandos da diretiva que o instrumento comunitário pretende estabelecer um quadro geral claro sobre determinados aspetos legais do comércio eletrónico no mercado interno, que permitam garantir a segurança jurídica e alcançar a confiança do consumidor. Desta feita, a diretiva assume como principal objetivo “criar um enquadramento legal destinado a assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-membros”.

Em face do exposto, pretendeu a diretiva criar um quadro comum que permitisse remover as dificuldades criadas pelas diferentes legislações nacionais. Assim se facilitaria a prestação de serviços em linha entre os vários Estados-membros e se proporcionaria um ambiente favorável ao desenvolvimento e crescimento deste setor.

Da técnica legislativa da diretiva retira-se que se direciona, desde logo, a duas matérias distintas. Disciplina, por uma banda, de forma coordenada, as disposições legais nacionais relativas ao acesso e desenvolvimento de atividades em linha por parte dos prestadores de serviços. Ainda nesta sede, fixa que compete ao país onde se encontra estabelecido o prestador de serviços supervisionar o bom cumprimento das regras inerentes a esta matéria. De outra banda, a diretiva pretendeu harmonizar certas matérias. Assim, sucedeu com as obrigações de informação dos prestadores em linha, as comunicações comerciais e alguns dos aspectos relacionados com a conclusão dos contratos eletrónicos, nas relações B2B e B2C. É ainda de salientar que o instrumento comunitário ora em análise não desencadeou uma regulação completa do comércio eletrónico tendo, antes, optado por regular apenas certas matérias e deixando por harmonizar outras tantas. No preâmbulo do diploma de transposição pode, a propósito, ler-se que “a *diretiva* sobre comércio *eletrónico*, não obstante a designação, não regula todo o comércio *eletrónico*: deixa amplas zonas em aberto ou porque fazem parte do conteúdo de outras *diretivas* ou porque não foram consideradas suficientemente consolidadas para uma harmonização comunitária ou, ainda, porque não carecem desta”. Também assume um carácter complementar relativamente a matérias anteriormente objeto de harmonização no âmbito dos serviços da sociedade da informação²³.

Do âmbito de aplicação da diretiva excluem-se expressamente, no artigo 5º, as seguintes matérias: as tributárias; as referentes aos serviços da sociedade da informação abrangidas pelas Diretivas 95/46/CE e 97/66/CE (como se infere do parágrafo anterior); as relativas a acordos ou práticas regidas pela legislação sobre cartéis. Do mesmo preceito conclui-se ainda que

são excluídas do âmbito de aplicação da diretiva as seguintes atividades do âmbito dos serviços da sociedade da informação: “atividades dos notários ou profissões equivalentes, na medida em que direta e especificamente ligadas ao exercício de poderes públicos”; “representação de um cliente e a defesa dos seus interesses em tribunal”; “jogos de azar em que é feita uma aposta em dinheiro em jogos de fortuna, incluindo lotarias e apostas”.

Como se referiu anteriormente, a transposição da Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho, concretizou-se com/no Decreto-Lei 7/2004, de 7 de janeiro. Podemos referir que a transposição perfilhou, em geral, as linhas orientadoras do instrumento comunitário tendo, naturalmente, respeitado as singularidades decorrentes do nosso ordenamento jurídico. Tal como consta do preâmbulo do diploma: “na tarefa de transposição, optou-se por afastar soluções mais amplas e ambiciosas para a regulação do sector em causa, tendo-se *adotado* um diploma cujo âmbito é fundamentalmente o da *diretiva*. Mesmo assim, aproveitou-se a oportunidade para, lateralmente, versar alguns pontos carecidos de regulação na ordem jurídica portuguesa que não estão contemplados na *diretiva*”. Conforme o agora referido, o decreto-lei veio regulamentar o exercício da atividade dos prestadores de serviço da sociedade da informação, nomeadamente das respectivas obrigações de informação e das condições de irresponsabilidade, quanto ao conteúdo de informação cujo acesso facilitam, quando se tratam de meros prestadores intermediários de serviços; as comunicações publicitárias em rede e o *marketing* direto; a celebração de contratos por via eletrónica e os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos.

No âmbito das comunicações publicitárias em rede (ou comunicações comerciais como são designadas na diretiva), surge a problemática das comunicações não solicitadas cujo tratamento não foi amplamente regulado na Diretiva 2000/31/CE. Registe-se que o Decreto-Lei 7/2004, aproveitando o ensejo de ter sido aprovada (e, à data, ainda não transposta) a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas e em cujo artigo 13º estabelecia que “as comunicações para fins de *marketing* *direto* apenas podem ser autorizadas em relação a destinatários que tenham dado o seu consentimento prévio”,

O ordenamento que disciplina a atividade do prestador de serviços é o referente ao país do estabelecimento do prestador

procedeu a uma transposição, ainda que meramente parcial, da Diretiva 2002/58/CE e consagrou o mesmo regime a respeito das comunicações não solicitadas.

3. Do regime geral do comércio eletrónico no ordenamento jurídico português

3.1. Prestadores de serviços da sociedade da informação

3.1.1. Serviços da sociedade da informação – noção

Antes de embarcarmos na análise do regime jurídico que rege os prestadores de serviços da sociedade da informação, cumpre, primeiramente, perceber o que se entende por serviços da sociedade da informação e, de seguida, quem colhe a qualificação de prestador de serviços da sociedade da informação.

O conceito de serviços da sociedade da informação encontra-se estabelecido na Diretiva 98/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, na versão alterada pela Diretiva 98/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de julho de 1998. Assim sendo, na Diretiva 2000/31/CE relembra-se que os serviços da sociedade da informação abrangem qualquer “serviço, em princípio à distância, por meio de equipamento *eletrónico* de processamento (incluindo a compressão digital) e o armazenamento de dados, e a pedido expresso do destinatário do serviço”²⁴.

É, portanto, na esteira da definição anteriormente avançada que o n. 1 do artigo 3º, do Decreto-Lei 7/2004, define serviço da sociedade da informação como qualquer “serviço prestado à distância por via *eletrónica*, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma *atividade* económica, na sequência de pedido individual do destinatário”. Esta noção engloba uma série de conceitos cujo significado se encontram na alínea *b*) do artigo 2º do Decreto-Lei 58/2000, de 18 de abril²⁵. É, pois, neste último preceito mencionado que podemos encontrar as definições de “à distância” (“um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes”); “por via eletrónica” (“um serviço enviado da origem e recebido no destino através de meios *eletrónicos* de processamento e de armazenamento de dados que seja inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios ópticos ou outros meios *eletromagnéticos*”); “mediante pedido individual do seu destinatário” (“um serviço fornecido por transmissão de dados mediante

um pedido individualizado”). Para além destes três requisitos, decorre do Decreto-Lei 7/2004 uma exigência adicional, que demanda que o serviço seja prestado mediante remuneração ou, pelo menos, no âmbito de uma atividade económica. Neste sentido, mesmo os serviços que não sejam remunerados pelo destinatário estarão abrangidos pelo conceito de serviços da sociedade de informação sempre que representem para o respetivo prestador a concretização de uma atividade económica. Como se deduz, o conceito de serviços da sociedade da informação aqui vertido é um conceito amplo que abrange uma série de atividades económicas que se manifestam tanto nos serviços prestados na modalidade de *business-to-business* como na modalidade de *business-to-consumer*. Não obstante o fato de o conceito em causa ser bastante *lato*, determina o número 2 do artigo 3º, do Decreto-Lei 7/2004, que “não são serviços da sociedade da informação os enumerados no anexo ao Decreto-Lei 58/2000, de 18 de abril, salvo no que respeita aos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e) do n. 1 daquele anexo”²⁶.

3.1.2. Prestador de serviços da sociedade da informação – noção e espécies

Delimitado que está o conceito de serviços da sociedade da informação, resta compreender a noção de prestador de serviços da sociedade da informação. Para o efeito, fazemos uso das palavras escritas na alínea b) do artigo 2º da Diretiva 2000/31/CE, onde se pode ler que legalmente envergará a veste de prestador de serviços “qualquer pessoa, singular ou *coletiva*, que preste um serviço no âmbito da sociedade da informação”²⁷. Trata-se de um conceito amplo que, por isso, permite a permeabilização das mutações tecnológicas que se fazem sentir a cada passo e as consequentes acomodações às novas atividades que eventualmente venham a surgir, nesta área. É, no fundo, um conceito em constante mutação e atualização.

Paralelamente com o conceito de prestadores de serviços da sociedade da informação, o Decreto-Lei 7/2004 faz menção expressa, prevendo regulação autónoma e própria, a outra espécie: aos prestadores intermediários de serviços em rede. Falamos, neste último caso, dos prestadores de serviços instrumentais, ou seja, daqueles prestadores de serviços que facilitam serviços técnicos para o acesso, disponibilização e utilização de informações ou serviços em linha sem, no entanto, terem qualquer relação com a criação das informações ou dos serviços apresentados. Os prestadores intermediários de serviços em rede esgotam as suas funções nos serviços técnicos que permitem concretizar as utilidades anteriormente referidas. Imageticamente, podemos dizer que os

prestadores intermediários são a ponte entre quem dita os conteúdos e quem a eles pretende aceder.

Os prestadores intermediários de serviços em rede distinguem-se, entre si, de acordo com o maior ou menor grau de controlo e intervenção que exercem sobre a informação que veiculam ou armazenam. Desta distinção dá conta o Decreto-Lei 7/2004, na diferença de tratamento legal que aplica a cada um dos casos, nomeadamente em termos de desresponsabilização, e que decorre dos artigos 14º, 15º e 16º. Tal como se infere, os prestadores intermediários de serviços em rede podem exercer atividades distintas: *i) a de simples transporte* (artigo 14º do Decreto-Lei 7/2004) de informação que se pode traduzir tanto na atividade de transmissão de informações em rede como na atividade de facultar o acesso a uma rede de comunicações. Nestes casos, o prestador não está na origem da transmissão, não tem qualquer intervenção ou relação com conteúdo da informação transmitida, não decide a informação que é transmitida nem os respectivos destinatários, já que, na verdade, mais não se trata do que uma mera armazenagem tecnológica que ocorre durante o processo de transmissão com o objetivo único de concretizar as respectivas finalidades e, por isso, a armazenagem não se verifica por tempo superior ao estritamente necessário para cumprir as funções aqui em causa; *ii) a de armazenagem temporária de informação* (também denominada de *caching* e no artigo 15º do Decreto-Lei 7/2004 de armazenagem intermediária) que consiste na armazenagem automática, intermédia e temporária da informação veiculada com o intuito de permitir que as posteriores transmissões da informação, solicitadas por outros destinatários do serviço, sejam mais eficazes e económicas. Em termos técnicos, esta atividade traduz-se na cópia dos conteúdos colocados em linha, que se encontram alojados em servidores mais distantes do utilizador, e subsequente armazenamento temporário de tais conteúdos na memória no sistema de rede do operador mais próximo. Os conteúdos que são armazenados são aqueles que são mais procurados, isto é, que mais vezes são acedidos pelos utilizadores. Desta feita, alcança-se mais rapidez e eficácia na disponibilização da informação a futuros utilizadores; *iii) a de armazenagem em servidor* (igualmente denominada de *hosting* e no artigo 16º do Decreto-Lei 7/2004 de armazenagem principal) que implica que o prestador proceda à armazenagem das informações prestada por um destinatário dos serviços. Tecnicamente, podemos dizer que os conteúdos apenas se tornam acessíveis quando armazenados num determinado servidor que se encontre ligado à rede de forma permanente e ininterrupta. Estes serviços são prestados pelas empresas de alojamento visto que não é economicamente compensador, ou

melhor, viável, que cada interessado possua o ser próprio servidor; *iv) a de serviços de associação de conteúdos* (artigo 17º do Decreto-Lei 7/2004) que consiste no fato de o prestador proporcionar o acesso, através de instrumentos de busca, hiperconexões, *links* e outros instrumentos de idênticas natureza e funcionalidades, a conteúdos disponibilizados em rede.

3.1.3. Prestador de serviços da sociedade da informação – regime jurídico

3.1.3.1. Princípio da livre circulação de serviços

A consagração do princípio da livre circulação de serviços reveste uma importância eminente. É precisamente por ocasião deste princípio que os prestadores de serviços têm liberdade para desenvolverem as duas atividades em todo o espaço comunitário sem que, para o efeito, estejam obrigados a cumprir os requisitos impostos por cada um dos Estados-membros e respectivos regimes jurídicos. Quer isto dizer que, salvo determinadas exceções expressamente consagradas e delimitadas, é bastante e suficiente que o prestador de serviços cumpra os requisitos legais nacionais, a que a atividade em causa está adstrita, no país em que se encontra estabelecido. O efeito direto desta medida é tão simples quanto importante: os serviços disponibilizados num determinado Estado-membro serão sincronicamente disponibilizados em simultâneo nos demais Estados-membros. Esta opção legislativa é, sem dúvida, a única que permite o real desenvolvimento da atividade de prestação de serviços em ambiente virtual. O legislador caminhou lado a lado com as inovações tecnológicas conseguindo enquadrar juridicamente as necessidades de uma nova realidade. Caberá posteriormente ao Estado-membro da origem da prestação de serviços controlar se a atividade desenvolvida cumpre as disposições legais aplicáveis. Desta feita, o ordenamento que disciplina a atividade do prestador de serviços é o referente ao país do estabelecimento do prestador. A livre circulação de serviços da sociedade da informação foi um dos objetivos assumidos pela Diretiva 2000/31/CE, que, desta forma, pretendia dissipar, ou pelo menos minimizar, os óbices legais decorrentes dos diferentes tratamentos jurídicos nesta matéria, por cada um dos Estados-membros. Por outro lado, apenas assim se sedimentaria a necessária estabilidade jurídica especialmente no tocante ao âmbito de intervenção jurídica de cada um dos Estados em serviços com origens em diferente Estado-membro. Como se referiu, o princípio tem origens comunitárias (de forma geral, na diretiva e, em particular, na denominada cláusula do mercado interno) e encontra-se naturalmente vertido no diploma nacional, a saber, nos respectivos artigos 4º e 5º. Destes preceitos

legais e do acima referido, podemos concluir que o princípio da livre circulação de serviços apresenta duas faces. Em primeiro lugar, determina que os serviços referentes à sociedade da informação podem ser prestados, de forma livre, no espaço territorial da União Europeia desde que o respectivo prestador cumpra as determinações legais vigentes, para a dita atividade, no Estado-membro em que se encontra estabelecido. Fala-se a este propósito do princípio do país de origem²⁸. Em segundo lugar, não se permite aos Estados-membros limitar a livre circulação dos serviços com origem noutro Estado-membro. É de salientar que não se trata apenas de impedir a circulação do serviço, sendo suficiente, para que o Estado-membro caia em incumprimento, qualquer atuação que restrinja ou prejudique, sem suporte legal, a circulação do serviço proveniente de outro Estado-membro.

Complementarmente, refira-se, ainda neste âmbito, a importância dos números 2 e 3 do artigo 4º do Decreto-Lei 7/2004, de onde decorre que “um prestador de serviços que exerça uma *atividade* económica no país mediante um estabelecimento *efetivo* considera-se estabelecido em Portugal seja qual for a localização da sua sede, não configurando a mera disponibilidade de meios técnicos adequados à prestação do serviço, só por si, um estabelecimento *efetivo*” e que “o prestador estabelecido em vários locais considera-se estabelecido, para efeitos do n. 1, no local em que tenha o centro das suas *atividades* relacionadas com o serviço da sociedade da informação”, respectivamente.

O princípio da livre circulação de serviços apresenta dois níveis de exceções que se encontram expressamente consagradas na lei. Assim, estabelece a lei, por um lado, derrogações de carácter geral e, por outro, as de natureza especial e pontual. Do artigo 6º do Decreto-Lei 7/2004, na esteira do estipulado pela diretiva, decorrem as exclusões gerais que permitem excluir do regime anteriormente referido: “a) a propriedade intelectual, incluindo a proteção das bases de dados e das topografias dos produtos semicondutores; b) A emissão de moeda electrónica, por efeito de derrogação prevista no n. 1 do artigo 8º da Diretiva 2000/46/CE; c) publicidade realizada por um organismo de investimento coletivo em valores mobiliários, nos termos do n. 2 do artigo 44º da Diretiva 85/611/CEE; d) A atividade seguradora, quanto a seguros obrigatórios, alcance e condições da autorização da entidade seguradora e empresas em dificuldades ou em situação irregular; e) A matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada; f) Os contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes; g) A validade dos contratos em função da observância de requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre

imóveis; h) A permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio eletrónico.” Por sua vez, as restrições pontuais visam, primordialmente, zelar pelo cumprimento de valores jurídicos superiores. Neste sentido, refere o artigo 7º que “os tribunais e outras entidades competentes, nomeadamente as entidades de supervisão, podem restringir a circulação de um determinado serviço da sociedade da informação proveniente de outro Estado membro da União Europeia se lesar ou ameaçar gravemente: a) A dignidade humana ou a ordem pública, incluindo a proteção de menores e a repressão do incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, nomeadamente por razões de prevenção ou repressão de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social; b) A saúde pública; c) A segurança pública, nomeadamente na vertente da segurança e defesa nacionais; d) Os consumidores, incluindo os investidores”. De acrescentar que as medidas restritivas, ainda que fundamentadas nas justificações acabadas de descrever, não podem ser tomadas sem que, previamente, seja solicitado ao Estado-membro de origem do prestador de serviços que faça cessar a situação e, sempre que este não tome providência ou as que venha a tomar se revelem infrutíferas, deverá o Estado-membro que pretende tomar medidas restritivas notificar a comissão e o Estado-membro de origem desta intenção.

3.1.3.2. Princípio da não autorização prévia

É de forma clara e expressa que o n. 3 do artigo 3º do Decreto-Lei 7/2004 estabelece que a atividade de prestador de serviços da sociedade da informação não carece de qualquer autorização prévia. Em nada surpreende esta opção visto que tem origens no instrumento comunitário, mais precisamente no n. 1 do artigo 4º da Diretiva 2000/31/CE.

Pese embora o princípio e o regime aqui em análise, o legislador nacional instituiu a obrigação de inscrição por parte dos prestadores intermediários de serviços. Esta inscrição, que se realiza junto da entidade de supervisão central (Anacom), tem como principal objetivo centralizar a informação relativa à identificação dos prestadores intermediários de serviços em rede para facilitar o controlo e a supervisão da atividade, nos termos regulados pelo diploma.

3.1.3.3. Dever geral de informação

As atividades desenvolvidas em ambiente virtual, pela sua própria natureza e ainda novidade, propiciam um clima de desconfiança. É, por isso, compreensível que a legislação inerente à disciplina legal do comércio eletrónico procure criar um ambiente de confiança na sua utilização e, desta

forma, incentivar ao uso das tecnologias nesta sede. Por ser assim, estatui-se, no artigo 10º do Decreto-Lei 7/2004, que recai sobre os prestadores de serviço a obrigação de disponibilizarem, de forma permanente e de fácil acesso, elementos que permitam a respectiva identificação. Destes elementos, destaca o preceito legal, a necessidade de os prestadores de serviços facilitarem o nome ou firma; o endereço geográfico em que se encontra estabelecidos e, bem assim, o endereço eletrónico; inscrições do prestador em registos públicos (e respectivos números de registo) e o número de identificação fiscal²⁹.

3.1.4. Responsabilidade/irresponsabilidade dos prestadores intermediários de serviços em rede

O capítulo terceiro do Decreto-Lei 7/2004 recebe o título de “responsabilidade dos prestadores de serviços em rede”. No primeiro artigo deste capítulo, o 11º, consagra-se, a este respeito, o princípio da equiparação. O significado deste princípio decorre da própria letra da lei: “a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede está sujeita ao regime comum, nomeadamente em caso de associação de conteúdos”. A equiparação aqui definida é, na parte final do preceito, temperada com as exceções legais que se manifestam nos artigos seguintes. A primeira conclusão que se retira deste mandamento legal é simples: é ao regime comum da responsabilidade, civil e criminal que devemos recorrer quando nos encontramos no âmbito de atividades dos prestadores de serviços em rede. Este regime geral da responsabilidade só não será de aplicar nos casos especificamente apontados pela lei, *in casu*, nos artigos 14º, 15º, 16º e 17º do Decreto-Lei 7/2004.

Vejamos, de forma sumária, o regime de desresponsabilização excecionalmente aplicado aos prestadores de serviços em rede. Neste âmbito, como se referiu, trazemos à colação os artigos 14º, 15º, 16º e 17º do Decreto-Lei 7/2004. Começemos pelo primeiro. O artigo 14º aplica-se aos prestadores intermediários de serviços em rede que prossigam apenas a atividade definida como simples transporte e desresponsabiliza esta categoria de prestadores de serviços contanto que o prestador em causa não esteja na origem da transmissão e, para além disso, que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens nem na seleção destas ou dos seus destinatários. São, portanto, estas as duas condições que, de forma cumulativa e não meramente alternativa, devem ser respeitadas pelo prestador intermediário de serviços para que este quede isento de qualquer responsabilidade. Esta isenção de responsabilidade mantém-se, agora nos termos do número 2, mesmo nas situações em que o prestador proceda à armazenagem das informações. Neste

último caso, são requisitos fundamentais que tal armazenagem não passe de uma necessidade técnica e não seja mantida além do tempo necessário para atingir as finalidades que prossegue.

Do artigo seguinte, o 15º, retira-se que, no respeitante à aí chamada armazenagem intermediária, estes prestadores de serviços ficam igualmente isentos de qualquer responsabilidade desde que, à semelhança do anteriormente visto, respeitem determinados requisitos. Assim, é mister que não tenham intervindo no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários e, além disso, é indispensável que respeitem as condições de acesso à informação. A manutenção deste regime de isenção obriga a que o prestador proceda segundo as regras usuais do setor no que toca à atualização da informação e ao uso da tecnologia (“aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação”). Cessa, de igual modo, o regime excepcional de isenção sempre que o prestador de serviços tiver conhecimento de que a informação foi “retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção”. Importante realçar que o não cumprimento do acabado de referir nas duas sentenças que antecedem implica a responsabilização, nos termos gerais, do prestador intermediário de serviços em rede.

Refere-se o artigo 16º à responsabilidade do prestador intermediário de serviços em rede que procede à armazenagem das informações prestadas por um destinatário do serviço, estipulando que apenas será responsabilizado, de acordo com o regime geral, pela informação objeto de armazenagem quando “tiver conhecimento de *atividade* ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”. Basta, pois, para manter o regime de isenção que, assim que tome conhecimento da ilicitude, retire ou impossibilite o acesso à informação armazenada. Este regime é igualmente aplicado, aos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos, tal como prescreve o artigo 17º.

4. Comunicações publicitárias em rede

São quatro os artigos que completam o capítulo IV do Decreto-Lei 7/2004 sob a epígrafe “comunicações publicitárias em rede e *marketing* direto”. De nenhum deles se retira, porém, a definição de “comunicações publicitárias”. Em busca de tal definição, somos encaminhados para a Diretiva 2000/31/

CE, que, na alínea *h*) do artigo 2º, explicita que revestem a designação de “comunicação comercial todas as formas de comunicação destinadas a promover, *direta* ou *indiretamente*, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma *atividade* de comércio, indústria ou artesanato”. Infere-se do descrito que o legislador nacional não acolheu o conceito comunitário, preferindo denominar de “comunicações publicitárias” aquilo que, na diretiva, se denominou de “comunicações comerciais”. A justificação aparece, logo, no preâmbulo e dita assim: “a *diretiva* regula também o que se designa como comunicações comerciais. Parece preferível falar de ‘comunicações publicitárias em rede’, uma vez que é sempre e só a publicidade que está em causa”.

Dissemos que o legislador nacional não define o conceito, mas delimita-o referindo que não constituem comunicações publicitárias em rede as mensagens que “se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem *objetivamente* bens, serviços ou a imagem de um operador, em *coletâneas* ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação” e as “destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (artigo 20º, número 1).

O artigo 21º do mesmo diploma prevê uma série de deveres específicos de informação e vem, no fundo, complementar o labor legislativo que, a este propósito, se verifica na legislação que pretende defender os consumidores³⁰.

Também os profissionais liberais poderão fazer uso desta ferramenta como meio de publicitarem a sua atividade. Porém, relembra o legislador, é impreterível que cumpram as regras deontológicas que regem as respectivas profissões.

Tema passível de suscitar mais dúvidas é o tratado no artigo 22º do decreto-lei em análise, que, tal como resulta da própria epígrafe, se relaciona com o chamado *spam* ou, na letra da lei, com as comunicações não solicitadas³¹. De forma muito sintética e despida de considerações teóricas, podemos dizer que o *spam* designa o envio eletrónico, em massa, de mensagens, de carácter comercial, não solicitadas. O elemento consensual, desta definição, é que se trata, justamente, de mensagens não solicitadas. Os dois restantes elementos, isto é, o envio em massa e a natureza comercial/publicitária das mensagens não são elementos presentes em todas as definições de *spam* que têm sido avançadas. Seja como for, a verdade é que, na maioria das situações, as mensagens não solicitadas são, efetivamente, enviadas em massa e apresentam a dita natureza comercial/publicitária.

No número 1 do artigo 22º consagra-se o chamado sistema de *opt-in*, que subordina ao consentimento dos destinatários individuais o envio de mensagens para fins de *marketing* direto. Não se trata de um consentimento presumido, antes porém prévio e expresso. Esta regra é, sem embargo, excepcionada no número 2 do mesmo preceito. Desta forma, prevê-se a legalidade do envio de mensagens não solicitadas, sem o consentimento prévio, quando os destinatários perfilham a qualidade de pessoas coletivas. Nesta situação, institui-se o sistema de *opt-out* que garantirá aos destinatários a não recepção de mensagens indesejadas bastando, para o efeito, o envio dessa indicação. Novo número, nova exceção. De fato, no número 3, ainda do referido artigo 22º, fixa-se outra exceção que, desta feita, permite que sejam dirigidas mensagens publicitárias não solicitadas a pessoas singulares desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos cumulativos: *i)* os destinatários das mensagens têm de ser clientes com quem o emissor tenha celebrado anteriormente transações; *ii)* tem de ter sido oferecida ao cliente, de forma expressa, aquando da transação realizada, possibilidade de recusar a receção destas mensagens; *iii)* a receção da mensagem não pode acarretar para o respectivo destinatário “dispêndio adicional ao custo do serviço de telecomunicações”³². Nesta situação, tal como na anterior e como sai reforçado na letra do número 4, “o destinatário deve ter acesso a meios que lhe permitam a qualquer momento recusar, sem ónus e independentemente de justa causa, o envio dessa publicidade para futuro”.

Estatui-se, no
artigo 10º do
Decreto-Lei 7/2004,
que recai sobre
os prestadores de
serviço a obrigação
de disponibilizarem
elementos
que permitam
a respectiva
identificação

Para que se garanta o direito a não receber comunicações não solicitadas, proíbe o número 5 que este tipo de mensagens siga sob identidade oculta ou dissimulada e, no número seguinte, obriga a que “cada comunicação não solicitada” indique “um endereço e um meio técnico *eletrónico*, de fácil identificação e utilização, que permita ao destinatário do serviço recusar futuras comunicações”.

As entidades emissoras deste tipo de mensagens devem manter uma lista atualizada que contemple aqueles que expressaram vontade de não receber tais comunicações. É a chamada lista *Robinson* consagrada no número 7. Tendo-se verificando a ineficácia prática desta lista, o legislador interveio novamente nesta matéria (Decreto-Lei 62/2009, de 10 de março) e submeteu a manutenção de

uma lista de oposição, de natureza institucional e de abrangência nacional, à Direção-Geral do Consumidor (artigo 22º, número 8). A inclusão nesta lista é simples e alcança-se com o preenchimento de um formulário eletrónico disponível na página daquela Direção-Geral. Para garantir que a lista logra o efeito prático que lhe é acometido impõe, o número 10, a obrigatoriedade de as entidades emissoras deste tipo de comunicações consultarem a lista, que será devidamente atualizada de três em três meses³³. Esta consulta obrigatória apenas fará sentido se as entidades emissoras estiverem proibidas de enviar, para as pessoas indicadas em tais listas, mensagens não solicitadas. É naturalmente este o regime prescrito (artigo 22º, número 11). Compete à Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações, entidade de supervisão central, velar pelo bom cumprimento deste regime (artigo 35º, número 2).

5. Contratação eletrónica

A matéria atinente à contratação eletrónica encontra-se regulada no capítulo V do Decreto-Lei 7/2004, que se inicia no artigo 24º, onde se esclarece, desde logo e reiterando o já referido no preâmbulo do diploma, a natureza (comum) destes contratos: “as disposições deste capítulo são aplicáveis a todo o tipo de contratos celebrados por via *eletrónica* ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais”. A dúvida que legitimamente se poderia plantear seria a de saber se a contratação aqui em causa estaria subordinada ao direito comercial (especial) ou, ao invés, se se subjugaria às regras do direito comum. A legitimidade que anteriormente imprimimos à dúvida advém do simples fato de esta matéria se encontrar regulada no Decreto-Lei 7/2004, que, recordemos, procede à transposição da diretiva “relativa a certos *aspectos* legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio *eletrónico* no mercado interno”. Sem outras questões a este propósito, a lei esclarece desta forma a natureza da contratação eletrónica e dissipa quaisquer eventuais incertezas.

Diga-se, também, que este capítulo não regula todos os aspectos referentes à contratação eletrónica, tendo como objetivo disciplinar as questões especificamente relacionadas com o “especial” meio de comunicação utilizado. Nesta senda, intervêm, a título subsidiário, na disciplina e regulação da contratação eletrónica outros diplomas, para além do Decreto-Lei 7/2004, como sejam, o Decreto-Lei 143/2001, de 26 de abril³⁴, que procedeu à transposição para a ordem jurídica portuguesa da Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância;

o Decreto-Lei 95/2006, de 29 de maio³⁵, que regulamenta os contratos à distância relativos a serviços financeiros e que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2002/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores; o Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei 62/2003, de 3 de abril, com o intuito de conformar aquele diploma com a Diretiva 1999/93/CE de 13 de dezembro, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrónicas. Ademais, aplicar-se-á o regime comum.

Princípio capital, neste quadro temático, é o da admissibilidade, consagrado no artigo 25º do Decreto-Lei 7/2004, que reconhece que “é livre a celebração de contratos por via *eletrónica*, sem que a validade ou eficácia destes seja prejudicada pela utilização deste meio”. Uma vez mais, denota-se a tentativa de aproximação deste modo de contratar, mais tecnológico, àquele outro mais convencional, o que era, aliás, intento da diretiva que subjaz ao diploma nacional³⁶.

Da aplicação deste princípio da admissibilidade foram retirados alguns negócios jurídicos que, pela sua natureza particular, não devem ser realizados por meios eletrónicos. Assim sucede, nos termos das alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n. 2 do artigo 25º, com os negócios jurídicos “familiares e sucessórios”, com todos aqueles negócios que “exijam intervenção de tribunais, entes públicos ou outros entes que exerçam poderes públicos” e ainda os “negócios reais imobiliários”³⁷.

Do artigo retira-se igualmente a não obrigatoriedade de os contratos serem celebrados por via eletrónica; trata-se, pois, de uma permissão e não de uma obrigação. Não poderia, na verdade, ser de outra forma. Pode, no entanto, quando as partes a isso se vincularem, tornar-se o meio obrigatório de celebração de determinado contrato. A este respeito importa clarificar que não são admitidas cláusulas contratuais gerais que imponham a obrigatoriedade de os contratos com consumidores serem celebrados por via eletrónica. Consubstancia, esta estatuição, uma medida de tutela acrescida em favor do consumidor que é compreensível e justa.

Incidirá sobre o prestador de serviços que celebra contratos em linha a obrigatoriedade de prestar determinadas informações prévias à celebração do contrato (que acrescem às anteriormente referidas e que se relacionam, sobretudo, com a identificação do prestador – artigo 10º do Decreto-Lei 7/2004), bem como a de disponibilizar dispositivos de identificação e correção de erros, antes do envio da ordem de encomenda. Assim o ditam os artigos 27º e 28º do Decreto-Lei 7/2004³⁸. Os regimes decorrentes de ambos os artigos

revestem natureza supletiva, pelo que, podem ser livremente derogáveis, exceto quando em causa estão consumidores, momento em que a natureza dos ditos preceitos se inverte convertendo em imperativa. Cremos que, a este respeito, seria de fazer uma interpretação restritiva quanto ao alcance do número 2 do artigo 28º. Neste número estipula-se o que anteriormente já se disse e que passamos agora a citar: “o disposto no número anterior é derogável por acordo em contrário das partes que não sejam consumidores”. Da interpretação literal deste preceito, concluímos que é passível por acordo entre as partes (não consumidoras, já sabemos) que todas as informações descritas no número 1 daquele artigo 28º não sejam facultadas pelo prestador de serviços em rede. Talvez seja exagerado. Cremos que, mesmo os não consumidores, deverão ter conhecimento certo dos termos em que irão contratar e das cláusulas contratuais a que se vincularão. Entendemos, pois, que no caso da alínea e) seria melhor opção legislativa a manutenção do regime imperativo independentemente de o utilizador revestir ou não a qualidade de consumidor. Seria, aliás, esse regime mais consonante com o descrito no número 1 do artigo 30º onde se refere que “os termos contratuais e as cláusulas gerais, bom como o aviso de *recepção*, devem ser sempre comunicados de maneira que permita ao destinatário armazená-los e reproduzi-los”. É verdade que este preceito não faz referência ao momento em que tal informação deve ser disponibilizada e, por isso, não entra em contradição com o número 2 do artigo 28º, mas obriga à sua disponibilização, que será muito mais útil se ocorrer num momento prévio ao da contratação (de resto, apenas serviria para meio de prova e não para formação da vontade dos contratantes). Porque o âmbito de aplicação deste preceito abrange consumidores e não consumidores – pois, não apresenta qualquer exceção – pensamos que a melhor forma de o concretizar plenamente consiste na imperatividade da alínea e) do número 1 do artigo 28º para todos os utilizadores, conseguida à custa de uma interpretação restritiva do número 2, do mesmo preceito, que desta forma não se aplicaria àquela alínea.

Naturalmente que estes preceitos não se aplicam aos “contratos celebrados exclusivamente por correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual equivalente” (artigo 30º do Decreto-Lei 7/2004) posto que o legislador pressupõe, e bem, em nossa opinião, que neste tipo de contratação por comunicação individual poderá o utilizador facilmente obter as informações que entender necessárias e indispensáveis à formação da sua vontade de contratar.

Com o aparecimento deste meio de contratar surgiram algumas dúvidas sobre a validade jurídica dos negócios assim celebrados sempre que a mesma

exigia uma determinada forma especial. Reportamo-nos, como se depreende, aos negócios jurídicos que devem obedecer à forma escrita, pois, àqueles outros que obedecem ao regime geral da liberdade de forma nada há a debater (artigo 219º do Código Civil). Considerando que, tradicionalmente, nestes negócios ditos formais, a forma escrita era materializada em papel e se assim não fosse a declaração estaria ferida de nulidade, cumpre saber se a declaração emitida eletronicamente é ou não equiparada à emitida e materializada em suporte de papel. Da forma, refere o número 1 do artigo 26º do Decreto-Lei 7/2004 que “as declarações emitidas por via *eletrónica* satisfazem a exigência legal de forma escrita quando contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”.

Para melhor entendermos esta matéria temos de trazer à colação o Decreto-Lei 290-D/99 que se debruça sobre os documentos eletrónicos, as assinaturas eletrónicas e ainda sobre a atividade de certificação de entidades certificadoras estabelecidas em Portugal. Ainda que de forma muito breve e juridicamente ligeira, cremos que se mostra adequado, neste momento, fazer referência à noção de assinatura eletrónica e de documento eletrónico. O vocábulo “assinatura” é utilizado para designar o ato pelo qual determinado sujeito manifesta a sua concordância com o conteúdo de certo documento ou se identifica como autor de seu conteúdo. Reconhecemos este ato como aquele em que o sujeito apõe a sua subscrição autógrafa num determinado documento materializado em formato de papel. Porém, a aplicação das novas tecnologias no quotidiano comunicacional traz associada a necessidade de criar um mecanismo que admita que determinado sujeito manifeste a sua concordância com o conteúdo de certo documento, ou se identifique como titular do mesmo, sem contudo lhe apor a sua assinatura autógrafa. A par desta necessidade identifica-se uma outra: os receptores dos documentos têm interesse em relacionar, com segurança, o conteúdo de certo documento a um determinado sujeito. Para tanto, concebeu-se a assinatura eletrónica, que se assume como um meio de reconhecimento ou de autenticação, no mundo virtual. A assinatura eletrónica tem subjacente a mesma *ratio* que a assinatura tradicional utilizada em documentos de papel, a saber, a identificação da autoria de documentos, desta feita eletrónicos. Por ser assim, à assinatura eletrónica deve ser dado o mesmo relevo que sempre se

As entidades
emissoras deste
tipo de mensagens
[spam] devem
manter uma lista
atualizada que
contemple aqueles
que expressaram
vontade de não
receber tais
comunicações

deu e se dá à assinatura tradicional. Pretende, então, uma assinatura eletrónica identificar o autor do documento, demonstrar que a sua aposição no relatado documento resulta apenas de um ato de vontade própria e detectar qualquer alteração existente posterior ao envio do documento. Portugal, dentro do espaço comunitário, foi precursor³⁹ na adoção de legislação sobre a assinatura eletrónica com a publicação do Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de agosto⁴⁰. Por aquela altura, o legislador comunitário laborava na Diretiva 1999/93/CE, com a mesma base de incidência (assinaturas eletrónicas), que veio a ser publicada no JOCE a 19 de janeiro de 2000⁴¹. O mesmo é dizermos que o legislador nacional se antecipou ao legislador comunitário, pese embora tenha bebido inspiração nos trabalhos preparatórios da dita diretiva⁴².

Vejam, agora, a noção de documento eletrónico. Segundo o mesmo diploma, encontramos na presença de um documento eletrónico sempre que ele é elaborado mediante processamento eletrónico de dados [alínea *a*) do artigo 2º do decreto-lei]. A versão original do Decreto-Lei 290-D/99 atribuía força probatória plena aos documentos eletrónicos portadores de uma assinatura digital certificada. A essência e espírito deste regime foram mantidos, apesar das alterações introduzidas por via da necessidade da transposição da diretiva e da adaptação do diploma à nova linguagem. Para tanto, devem os documentos eletrónicos ser portadores de assinatura eletrónica qualificada por uma entidade certificadora credenciada (n.ºs 2 e 3 do artigo 3º do decreto-lei)⁴³. Ao que deixámos dito acresce-se que o legislador estabelece uma equiparação legal entre a assinatura autógrafa tradicional e a assinatura eletrónica qualificada⁴⁴. Consagra ainda uma presunção legal, ilidível mediante prova em contrário, nos termos do n. 2 do artigo 350º do Código Civil, de acordo com a qual o documento, *in casu*, o eletrónico, é da autoria daquele que nesse documento apõe a sua assinatura eletrónica qualificada. Ora, a aposição da dita assinatura cumpre as funções de autenticação da origem dos dados e identificação do emissor, bem como de garantia da inalterabilidade e integridade do documento⁴⁵. Assim, com as primeiras comprova-se que as declarações de vontade constantes no dito documento foram fruto do assentimento do signatário; com as segundas atesta-se que não existiram quaisquer alterações ao documento posteriormente à aposição da assinatura e até ao momento da recepção pelo destinatário⁴⁶.

Na medida em que, atualmente, para além da assinatura digital, não existem outras modalidades de assinatura eletrónica que satisfaçam os requisitos de segurança estabelecidos para a assinatura qualificada, podemos afirmar que é a aposição da assinatura digital no documento eletrónico que lhe confere força probatória plena⁴⁷.

Relativamente à força probatória dos documentos eletrónicos, advirta-se ainda para o mencionado no n. 4 do artigo 3º do decreto-lei, que declara que o citado nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo “não obsta à utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos *eletrónicos*, incluindo outras modalidades de assinatura *eletrónica*, desde que tal meio seja *adotado* pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceite pela pessoa a quem for apostado o documento”. Com este normativo visa o legislador dar cumprimento à imposição ordenada pelo n. 2 do artigo 5º da diretiva, que impede os Estados-membros de negarem a uma assinatura eletrónica “os efeitos legais e a admissibilidade como meio de prova para efeitos processuais”, independentemente da modalidade que revista⁴⁸.

Fica provado, pois, que as declarações emitidas por via eletrónica têm aptidão para satisfazerem, quando exigida, a forma escrita.

Avancemos, agora, para outro ponto igualmente sensível no panorama da contratação eletrónica e que se resume à formação do contrato, em geral, e ao momento da sua conclusão, em especial. Nos artigos 29º e 31º explana-se a forma de comunicação entre as partes envolvidas, fazendo-se uma especial referência ao aviso da recepção da encomenda. Num contexto de contratos massificados, recai sobre o prestador de serviços a obrigação de “logo que receba uma ordem de encomenda por via exclusivamente *eletrónica*” “deve acusar a recepção igualmente por meios *eletrónicos*, salvo acordo em contrário com a parte que não seja consumidora”. Esta comunicação deve ser realizada em formato que permita proceder à respectiva armazenagem e reprodução e considera-se cumprida quando o prestador a envie para o endereço eletrónico facultado ou utilizado pelo destinatário do serviço (artigos 2º e 31º)⁴⁹.

Apesar de revestir relevo legal, como se acabou de demonstrar, o envio do aviso de recepção da ordem de encomenda, não é determinante para apurar o momento da conclusão do contrato. É, de fato, clara a lei ao referir, no número 2 do art. 32º, que “o mero aviso de recepção da ordem de encomenda não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato”. Se o aviso de recepção não corresponde ao momento de perfeição do contrato, isto é, que não equivale à aceitação da proposta, então como se aquilata, nesta sede, tal momento? Nos termos do número 1 do artigo 32º, “a oferta de produtos ou serviços em linha representa uma proposta contratual quando

Não são admitidas
cláusulas
contratuais gerais
que imponham a
obrigatoriedade
de os contratos
com consumidores
serem celebrados
por via eletrónica

contiver todos os elementos necessários para que o contrato fique concluído com a simples aceitação do destinatário, representando, caso contrário, um convite a contratar”. Do conteúdo desta transcrição é perceptível a vontade de o legislador remeter esta matéria para o regime comum e aplicar-lhe, dessa forma, os princípios decorrentes do nosso direito civil. Com tudo isto, o valor jurídico reconhecido ao aviso de recepção traduz-se, em primeira linha, no cumprimento de um dever contratual. Neste caso, supõe-se a perfeição do contrato. Falamos das situações em que a oferta em rede, porque cumpre todos os requisitos legais para o efeito, representa uma proposta contratual e a ordem de encomenda, por seu turno, a aceitação. É, portanto, neste momento (no da aceitação da proposta) que se atinge a perfeição do contrato. O aviso de recepção da ordem de encomenda constitui aqui, como se antecipou, um dever contratual. Porém, não será de considerar que o aviso de recepção da ordem de encomenda enverga a veste de aceitação quando a oferta em rede se traduz num mero convite a contratar (e não numa verdadeira proposta contratual)? De fato, nesta última situação apresentada, a vontade de o operador aceitar a proposta e, desta feita concluir o contrato, acarreta como consequência o aviso de recepção da ordem de encomenda. Mas, ainda que assim seja, este não se confunde com a aceitação propriamente dita.

Enunciação mais complexa de entender é a resultante do número 5 do artigo 29º, onde se pode ler que a definitividade da encomenda depende da “confirmação do destinatário, dada na sequência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida”. A consequência atribuída à confirmação, por parte do destinatário, da ordem emitida, isto é, a respectiva definitividade, não joga bem com o resultante do direito civil, que, como vimos anteriormente, é de aplicar a estas situações. De fato, o momento da perfeição do contrato será forçosamente anterior ao momento da confirmação da ordem de encomenda, pelo que, seguindo as regras comuns, a definitividade da encomenda é coetânea com a perfeição do contrato e não num momento posterior. Pese embora o fato de percebermos que o legislador tentou, com este preceito, revestir estes contratos de maior certeza e segurança jurídicas, cremos que, nesta situação em particular, não só não logrou tais intentos como os frustrou ao prever um regime juridicamente complexo e incoerente com o sistema jurídico em que se insere.

Terminamos esta matéria com uma brevíssima alusão ao artigo 33º, que respeita à contratação automática, vale dizer, à “contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana”⁵⁰. Do mesmo preceito retiramos que a estes contratos “é aplicável o regime

comum”. No número 2 do mesmo preceito o legislador estabelece que “São aplicáveis as disposições sobre erro: a) na formação da vontade, se houver erro de programação; b) na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina; c) na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino”. Este cuidado legislativo fundamenta-se, primordialmente, no fato de se tratar de uma contratação que pode ter origem em erros decorrentes, por exemplo, de uma avaria do próprio computador.

Em jeito de conclusão podemos avançar que, afinal, os problemas inerentes aos negócios jurídicos celebrados por meios eletrónicos não são, na sua maioria, diferentes daqueles que, desde sempre, sempre ameaçaram os negócios jurídicos concluídos pela forma dita tradicional. Por ser assim, intervêm, neste contexto, os princípios do direito civil. De qualquer modo, não poderemos olvidar que, em determinadas situações, a singularidade dos meios utilizados origina situações jurídicas verdadeiramente novas face ao direito civil, como sucede, por exemplo, nos casos da contratação automática.

Notas

¹ Para Oliveira Ascensão a expressão “sociedade da informação” representa um *slogan* e não um conceito. Cfr. ASCENSÃO, Oliveira, “A Sociedade da Informação”, in *FDUL – Direito da Sociedade da Informação*, v. I, Coimbra Editora, 1999, Coimbra, páginas 163 a 184, aqui em particular página 167.

² CASTELLS, M., *Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business and Society*, Oxford Press, 2001.

³ Sobre a história da internet *vid.*, entre outros, KANTROWITZ, Bárbara e ROGERS, Adms, “The Birth of the Internet”, in *Newsweek*, de 8 de agosto de 1994; ROCHA, Manuel Lopes e MACEDO, Mário, *Direito no Ciberespaço*, Cosmos, Lisboa, 1996.

⁴ Como é sabido, as origens da expressão “aldeia global” remontam ao ano de 1948, com a publicação do livro *America and the Cosmic Man* por Percy Wyndham Lewis onde este afirma que o mundo se transformou numa enorme aldeia global. Referia-se, então, o autor à existência do transporte aéreo e às inúmeras linhas telefónicas que ligavam o mundo. Foi, porém, Marshall McLuhan que divulgou a expressão. Diga-se, no entanto, que, tal como Percy Wyndham Lewis, também Marshall McLuhan utilizou a expressão para um contexto diferente do da internet. McLuhan afirmou que vivia numa “aldeia global” porque as noções de tempo e espaço tinham desaparecido sobretudo devido à possibilidade de comunicações à distância entre pessoas fisicamente estabelecidas em lugares distintos. Pese embora o fato de a expressão ter surgido antes do nascimento da Internet é com esta que melhor se materializa e vulgariza. Cfr. MCLUHAN, Marshall e POWERS, Bruce R., *La aldeã global: transformaciones en la vida y los médios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, traducción de Cláudia Ferrari, 3. ed., Gedisa, Barcelona, 1995 e MCLUHAN, Marshall e FIORE, Quentin, *The médium is the message*, Gingko Press, Barcelona, 2001.

⁵ Este inquérito está enquadrado no desenvolvimento das estatísticas da Sociedade da Informação, realizado anualmente e que se rege pelas recomendações metodológicas do Eurostat. O inquérito foi aplicado a agregados familiares compostos pelo menos por um indivíduo entre os 16 e os 74 anos de idade residentes em alojamentos familiares de residência principal e ao qual responderam 7175 agregados nas condições indicadas. Trata-se de uma amostra realizada por meio de entrevista telefónica que decorreu entre os meses de abril e maio de 2011. Refere o inquérito que, salvo indicação em contrário, o período de referência dos dados reporta-se ao primeiro trimestre de 2011.

⁶ Cfr. <http://netpanel.marktest.pt/> (última consulta a 5 de abril de 2012).

⁷ Cfr. <http://www.acepi.pt/> (última consulta a 5 de abril de 2012).

⁸ Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110825ATT25258/20110825ATT25258EN.pdf> (última consulta a 5 de abril de 2012). Deste estudo resulta ainda que a Dinamarca, o Reino Unido e a Holanda encabeçam os países onde os cidadãos (cerca de 70%) fazem mais compras *online*, por oposição à Roménia e à Bulgária onde a percentagem de habitantes que faz compras *online* fica abaixo dos 10. Neste ano de 2010, Portugal situava-se ainda abaixo do valor médio europeu com cerca de 15% dos seus cidadãos a realizarem compras *online*.

⁹ Cfr. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Serviços da Sociedade da Informação: alguns problemas jurídicos do comércio eletrónico na internet*, FDUNL n. 2, 2001, p. 4.

¹⁰ Information Society Activity Centre.

¹¹ Information Society Promotion Office.

¹² Cfr. MARQUES, Mário Castro, “O Comércio Eletrónico, Algumas Questões Jurídicas”, in AAVV [Coord. TEIXEIRA, Glória], *O Comércio Eletrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, pp. 35 a 56, Almedina, Coimbra, 2002, aqui página 39.

¹³ Cfr. ABREU, Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*, 8. ed. Coimbra: Almedina, 2011, vol. I.

¹⁴ Cfr. Decreto-Lei 125/06, de 29 de Junho que estabelece o regime especial de constituição *online* de sociedades comerciais.

¹⁵ Desde de 31 de outubro de 2007 o novo regime de publicações passou a aplicar-se às associações e fundações e desde julho de 2010 às associações e fundações de solidariedade social (IPSS) e associações mutualistas.

¹⁶ De acordo com o artigo 2º do Código Comercial são objetivamente comerciais os atos especialmente previsto no Código Comercial e, além deles, aqueles que, quando praticados por um comerciante, não apresentam natureza exclusivamente civil e quando do ato em concreto não resulta a sua não comercialidade. O artigo 13º do mesmo diploma define quem é comerciante e no artigo 17º exclui-se esta qualidade ao Estado. Não quer isto dizer, porém, que a prática de atos objetivamente comerciais está vedada ao Estado. Efetivamente pode o Estado praticar atos objetivamente comerciais (já não subjetivamente porque falha a qualidade de comerciante).

¹⁷ Poderíamos equacionar se, por exemplo, a prática de determinadas prestações de serviços *online* não merece a qualificação de atos objetivamente comerciais como sucede com o caso do ensino. Deixamos, novamente, a questão levantada para discussão futura.

¹⁸ Cfr. MARQUES, Mário Castro, “O Comércio Eletrónico, Algumas Questões Jurídicas”, in *O Comércio Eletrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, pp. 35 a 56, sob coordenação de Glória Teixeira, Almedina, Coimbra, 2002, aqui página 39.

¹⁹ Cfr. Ponto 5.7 do Livro Verde para a Sociedade da Informação, página 61.

²⁰ Alterado, posteriormente, pelo Decreto-Lei 62/2009, de 10 de março.

²¹ A Diretiva 2000/31/CE enquadra-se nas medidas estruturantes do “Plano de Ação eEurope 2005” (que sucedeu ao “Plano eEurope 2002) aprovado pelo Conselho Europeu da Feira, em junho de 2000. Este plano de ação visava essencialmente garantir que a União Europeia se transformaria, até 2010, na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica, com reflexos importantes e positivos no emprego e na coesão social. Tudo isto, na esteira da “estratégia de Lisboa”.

Note-se que, no âmbito da matéria em análise, revestem igualmente importância outras Diretivas. Assim, não podemos deixar de mencionar a Diretiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas Eletrónicas; a Diretiva 2000/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de setembro de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica e ao seu exercício; a Diretiva 2001/115/CE do Conselho, de 20 de dezembro de 2001, que altera a Diretiva 77/388/CEE, tendo em vista simplificar, modernizar e harmonizar as condições aplicáveis à faturação em matéria de imposto sobre o valor acrescentado e que equipara a emissão de faturas eletrónicas à emissão de faturas em suporte de papel, estabelecendo as respetivas condições de admissibilidade.

²² Cfr. Ponto 2 dos Considerandos da Diretiva 2000/31/CE.

²³ Conforme referido no Considerando 11.

²⁴ Os serviços enumerados na lista indicativa do anexo V da Diretiva 98/34/CE que envolvem tratamento e armazenamento de dados não são abrangidos por essa definição.

²⁵ Este Decreto-Lei procedeu à transposição, para a ordem jurídica interna, da Diretiva 98/48/CE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 20 de julho, que altera a Diretiva 98/34/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho.

²⁶ Refere-se, no mencionado Anexo, que “o diploma não é aplicável: a) Aos serviços de radiodifusão sonora; b) Aos serviços de radiodifusão televisiva referidos na alínea a) do artigo 1º da *Diretiva* 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de Outubro; c) Às regras relativas a questões sujeitas à regulamentação comunitária em matéria de serviços de telecomunicações definidos na *Diretiva* 90/387/CEE, do Conselho, de 28 de Junho; d) Às regras relativas a questões sujeitas à regulamentação comunitária em matéria de serviços financeiros; e) Às regras enunciadas pelos ou para os mercados regulamentados na *acepção* da *Diretiva* 93/22/CE, do Conselho, de 10 de Maio, outros mercados ou órgãos que efectuam operações de compensação ou de liquidação desses mercados, sem prejuízo do disposto na alínea f) do artigo 4º do presente diploma. 2 – O presente diploma também não é aplicável aos serviços prestados na presença física do prestador e do destinatário, ainda que a sua prestação implique a utilização de dispositivos *eletrónicos*: a) Exames ou tratamentos num consultório médico por meio de equipamentos *electrónicos*, mas na presença física do paciente; b) Consulta de um catálogo *eletrónico* num estabelecimento comercial na presença fi-

sica do cliente; c) Reserva de um bilhete de aviso de uma rede de computadores numa agência de viagens na presença física do cliente; d) Disponibilização de jogos *eletrónicos* numa sala de jogos na presença física do utilizador. 3 – São também excluídos da aplicação do diploma os serviços que não são fornecidos por via *eletrónica*: a) Serviços cujo conteúdo é material, mesmo quando impliquem a utilização de dispositivos *eletrónicos*: i. Distribuição automática de notas e bilhetes, tais como notas de banco e bilhetes de comboio; ii. Acesso às redes rodoviárias, parques de estacionamento etc., mediante pagamento, mesmo que existam dispositivos *eletrónicos* à entrada e ou saída para controlar o acesso e ou garantir o *correto* pagamento; b) Serviços *offline*: distribuição de CD-ROM ou de software em disquetes; c) Serviços não fornecidos por intermédio de sistemas *eletrónicos* de armazenagem e processamento de dados: i. Serviços de telefonia vocal; ii. Serviços de telecópia e telex; iii. Teletexto televisivo; iv. Serviços prestados por telefonia vocal ou telecópia; v. Consulta de um médico por telefone ou telecópia; vi. Consulta de um advogado por telefone ou telecópia; vii. Marketing *direto* por telefone ou telecópia”.

²⁷ Sobre a noção de prestador de serviços na sociedade da informação, *vd.* ASCENSÃO, Oliveira, “Contratação Eletrónica”, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, APDI, Coimbra Editora, 2003, p. 50.

²⁸ A este propósito *vd.* PEREIRA, Alexandre, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Almedina, 1999, p. 43 e seguintes.

²⁹ Estipula ainda, o mesmo artigo, nos números 2, 3 e 4 que “se o prestador exercer uma *atividade* sujeita a um regime de autorização prévia, deve disponibilizar a informação relativa à entidade que a concedeu” e que “se o prestador exercer uma profissão regulamentada deve também indicar o título profissional e o Estado membro em que foi concedido, a entidade profissional em que se encontra inscrito, bem como referenciar as regras profissionais que disciplinam o acesso e o exercício dessa profissão” e, por fim, que “se os serviços prestados implicarem custos para os destinatários além dos custos dos serviços de telecomunicações, incluindo ónus fiscais ou despesas de entrega, estes devem ser *objeto* de informação clara anterior à utilização dos serviços”.

³⁰ Refere o artigo 21º do Decreto-Lei 7/2004 que “nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, devem ser claramente identificados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum: a) A natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva; b) O anunciante; c) As ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos”.

³¹ Para um estudo juridicamente sério e aprofundado sobre este assunto, *vd.* ALMEIDA, Susana, “As comunicações publicitárias eletrónicas não solicitadas e a protecção dos consumidores: a regra de *opt in* e a opção de inscrição em listas Robinson”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 2, 2011, pp. 159-190.

³² A este propósito, desenvolve Susana Almeida que se considera que “tendo sido o consumidor cliente da empresa anunciante, haverá um consentimento implícito. Assim, quando exista uma relação contratual prévia, desde que os dados do consumidor tenham sido obtidos lícitamente e a mensagem se refira aos mesmos produtos ou serviços, ou produtos ou serviços análogos aos que foram objeto da

contratação, não é necessário o consentimento prévio e explícito do destinatário para o envio deste tipo de mensagens”. Cfr. ALMEIDA, Susana, “As comunicações publicitárias eletrônicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de opt in e a opção de inscrição em listas Robinson”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 2, 2011, pp. 159-190, aqui página 176.

³³ Pergunta, pertinentemente, Susana Almeida: “Acréscie saber qual a periodicidade desta obrigação de consulta. Deverão as referidas entidades consultar a lista de oposição nacional cada vez que procedem ao envio deste tipo de comunicações ou mensalmente ou trimestralmente?”. Ante o silêncio legislativo, cremos que as entidades emissoras deverão consultar as listas sempre que as mesmas sofram alterações, isto é, sempre que sejam objeto de atualização. Desta forma, basta que se indiquem as datas em que serão publicadas as novas listas para que, na nossa modesta opinião, as entidades fiquem obrigadas a consultá-las antes de enviarem novas mensagens. De fato, cremos que, entre a consulta da lista e a aproxima atualização não há qualquer necessidade de nova consulta.

³⁴ Retificado pela Retificação 13-C/2001, de 31 de maio e atualizado pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março; Decreto-Lei 82/2008, de 20 de Maio e Decreto-Lei 317/2009, de 30 de Outubro.

³⁵ Alterado recentemente pelo Decreto-Lei 14/2012, de 26 de Março e anteriormente pela Lei 46/2011, de 24 de Junho e, antes ainda, pelo Decreto-Lei 317/2009, de 30 de Outubro.

³⁶ No n. 1 do artigo 9º da Diretiva 2000/31/CE pode ler-se que “os Estados-membros assegurarão que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios *eletrónicos*. Os Estados-membros assegurarão, nomeadamente, que o regime jurídico aplicável ao processo contratual não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios *eletrónicos*, nem tenha por resultado a privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo fato de serem celebrados por meios *eletrónicos*”.

³⁷ O preceito exclui desta alínea o arrendamento e estranhamente adota uma posição quanto à antiga querela doutrinária sobre a natureza jurídica do direito do arrendatário: se titular de um direito real ou, inversamente, de um direito de crédito.

³⁸ A propósito da informação que deve ser disponibilizada pelo prestador de serviços em rede, dita o artigo 28º do Decreto-Lei 7/2004 que o “prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha deve facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua: a) O processo de celebração do contrato; b) O arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário; c) A língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado; d) Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda; e) Os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar; f) Os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar *eletronicamente*”.

³⁹ O ordenamento jurídico francês tratou a matéria da assinatura eletrónica no ano seguinte, mediante a Lei 2000-230 de 13 de Março e o Decreto 2001-272 de 30 de Março. Cfr. RENARD, Isabelle, *Vive la signature électronique*, Collection Delmas Express, Delmas, 2002, página 26 e seguintes.

⁴⁰ Nesta data apenas os ordenamentos jurídicos alemão e italiano consubstanciavam esta matéria.

⁴¹ A transposição para as ordens jurídicas de cada um dos Estados-membros deveria ocorrer até ao dia 19 de julho de 2001. As incompatibilidades jurídicas existentes entre o Decreto-Lei 290-D/99 e a Diretiva 1999/93/CE, e a consequente profundidade das alterações necessárias eram maiores ou menores consoante os autores. Neste sentido, enquanto que para Pupo Correia o objetivo fundamental da Diretiva estava substancialmente satisfeito no Decreto-Lei, para Sinde Monteiro este era compatível com aquela em pontos essenciais. Cfr. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “Direito privado europeu – Assinatura eletrónica e certificação (A Diretiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *RLJ*, ano 133, 2001, p. 161 e seguintes; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “Assinatura Eletrónica e Certificação”, *Direito da Sociedade da Informação*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 109 a 120, em particular página 115 e seguintes.; CORREIA; Miguel Pupo, «Assinatura eletrónica e certificação digital», páginas 3 e 4, 2003, disponível in www.apdi.pt/, (última consulta efetuada a 10 de abril de 2012).

⁴² Na génese legislativa da assinatura eletrónica encontramos, como se disse, o supra referido Decreto-Lei 290-D/99 que, por ter sido desenvolvido praticamente em simultâneo com os trabalhos preparatórios conducentes à Diretiva 1999/93/CE, contempla já algumas das orientações e terminologias daquela, não obstante lhe ter antecedido em questões de publicação. Mas a simultaneidade dos trabalhos preparatórios de ambos os diplomas, apesar de as atenuar, não fez esgotar as diferenças jurídicas, conceptuais e terminológicas que, aquando da publicação, se evidenciaram. Referimo-nos, antes de mais, à visível divergência quanto ao conceito base de ambos os diplomas, uma vez que, enquanto o Decreto-Lei n.º 290-D/99 se desenvolveu em torno da assinatura digital, a Diretiva construiu o conceito da assinatura eletrónica de uma forma multifacetada, concedendo-lhe três dimensões distintas: “assinatura eletrónica simples”, “assinatura eletrónica avançada” e “assinatura eletrónica qualificada”. Assim, o Decreto-Lei n.º 290-D/99 não se encontrava de acordo com os conceitos apresentados pela Diretiva. Esta realidade levou à posterior adoção do Decreto-Lei n.º 62/2003, de 3 de abril, que tinha como objetivo transpor a Diretiva 1999/93/CE e, consequentemente, adequar a legislação portuguesa à legislação comunitária.

⁴³ Se se tratar de um documento eletrónico que seja passível de representação como declaração escrita aplicamos o artigo 376.º do Código Civil, por remissão do número 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei 290-D/99. Quando essa representação como declaração escrita do documento eletrónico não se configura possível teremos de aplicar, por remissão do número 3 do preceito mencionado, o artigo 268.º do Código.

⁴⁴ O melindre de tal ficção situa-se na necessidade de apurar se esta equivalência jurídica faz ou não sentido. Dir-se-ia, pois, na precipitação de uma primeira abordagem que faria sentido atendendo, desde logo, aos efeitos de ambas as assinaturas que são, por certo, equivalentes. Efetivamente, ambas têm sob mira vincular determinada pessoa a determinado documento. Por isso, a função primeira dos certificados eletrónicos reside numa função identificativa, que permite assegurar a identidade e origem de certo documento. É, precisamente, a partir desta aceção que Pedro Simões Dias critica a equivalência legal entre assinatura digital e assinatura autógrafa. Nesta ótica defende que nada há que justifique a adoção da ideia do que denomina de uma “identificação-assinatura” quando tecnicamente o que sucede é uma, também nas suas palavras, “identificação-nome”, alcançada através da detenção de uma chave privada. Tanto é reconhecer, segundo o mesmo autor, que a identificação conseguida via certificado eletrónico se subsume

num conceito novo cuja regulação não pode ser encetada no antigo quadro legislativo da assinatura autógrafa visto que, além do mais, a segurança conferida pelo certificado eletrónico qualificado é de âmbito superior à segurança oferecida pela assinatura tradicional. Neste sentido, Pedro Simões Dias afirma que “é unanimemente reconhecido que o grau de segurança de um documento *electrónico* certificado digitalmente (a sua inalterabilidade) é muitíssimo superior ao de um documento que foi rubricado e assinado na última página: no documento certificado digitalmente, todo o documento se encontra protegido, o que já não acontece num documento escrito e assinado, que pode ter sido *objeto* de rasuras.”, e remata afirmando que “a ligação do conceito de assinatura ao da certificação digital é frouxo”. Cfr. MARTINS, A. G. Lourenço, MARQUES, J.A. Garcia e DIAS, Pedro Simões, *Ciberlaw em Portugal – O Direito das Tecnologias da Informação e Comunicação*, Centro Atlântico, Lisboa, 2004, página 266. Como sabemos a opinião de Pedro Simões dias não é corroborada nem pelo legislador nacional nem pelo legislador, comunitário. Decorre, com efeito, da Diretiva 1999/93/CE, que as instâncias europeias constroem um novo conceito de assinatura eletrónica ancorando-se no velho conceito de assinatura tradicional.

⁴⁵ Neste sentido cfr., entre outros, VATTIER FUENZALIDA, Carlos, «En torno a los contractos electrónicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, enero-febrero, 1999, p. 81; CORREIA, Miguel Pupo, “Sociedade de Informação e Direito: a Assinatura Digital” disponível em <http://www.advogado.com/Internet/zip/assinatu.htm>, com última consulta efetuada a 10 de abril de 2012; GAUTRAIS, Vincent, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de Doctorat, Université de Montréal, Montreal, 1998 .

⁴⁶ Note-se que o mesmo tratamento é conferido aos documentos tidos como não escritos, como são os casos, designadamente, das reproduções fotográficas ou de vídeo. A afirmação precedente vale por dizer que, também os documentos não suscetíveis de representação como declaração escrita fazem prova plena e valem como prova dos fatos ou coisas reproduzidas, se não forem ilícitos, para efeitos da lei penal (artigo 167.º Código de Processo Penal), desde que portadores de assinatura eletrónica qualificada e não impugnada com sucesso, nos termos do artigo 368.º do Código Civil.

⁴⁷ A ser assim, na prática e no imediato, as alterações introduzida pelo Decreto-Lei n.º 62/2003 não acarretaram qualquer inovação.

⁴⁸ Atente-se, igualmente, no disposto no número 5 do artigo 3º do Decreto-Lei, que afere o valor probatório dos documentos eletrónicos não portadores de assinatura eletrónica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada. Da leitura deste normativo retiramos que, a apreciação do valor probatório de tais documentos deve ser feita nos termos gerais do direito. Admite-se, portanto, que, nestas situações, o julgador considere a assinatura eletrónica ou a assinatura eletrónica avançada meios suficientemente confiáveis para lhes conceder os efeitos dos artigos 376º do Código Civil e 167º do Código de Processo Penal. Paralelamente com a regulação atinente ao valor probatório do conteúdo dos documentos eletrónicos, temos de observar o regime relativo à comunicação de documentos eletrónicos. Como o ora aludido regime vem exposto no artigo 6º do Decreto-Lei 290-D/99, que trata, além do mais, de questões ligadas à própria eficácia dos documentos eletrónicos, cumpre fazer uma análise à norma referenciada. O número 1 do artigo 6º do Decreto-Lei diz-nos que o “documento eletrónico comunicado por um meio

de telecomunicações considera-se enviado e recebido pelo destinatário se for transmitido para o endereço eletrónico definido pelo acordo das partes e neste for recebido”. O preceito transcrito revela, desde logo, a necessidade prévia de as partes definirem, entre si, o endereço eletrónico para onde o documento deve ser enviado. Assim, por um lado, o documento considera transmitido se, e apenas quando, for enviado para o endereço predefinido e, por outro lado, crê-se recebido pelo destinatário quando o documento for recebido no mencionado endereço eletrónico. Inferimos do texto do número 1 do artigo 6º que, em sede de comunicação de documentos eletrónicos, vale a teoria da receção, desde logo, porque o documento se considera recebido pelo destinatário independentemente de o mesmo dele ter conhecimento efetivo. A norma não exige, com efeito, que se prove o conhecimento do documento, tal como sucede no Código Civil. Relativamente à eficácia da declaração negocial (número 1 do artigo 224º do Código Civil). Entendemos, pois, que a norma em causa não exige o envio de um recibo de leitura por parte do destinatário para que se considere o documento recebido. Basta, a nosso ver, que o remetente receba a notificação que o envio foi expedido nos termos normais, sem erros técnicos. Trata-se, pensamos, do equivalente eletrónico à carta postal simples. O número 2 do artigo 6º do Decreto-Lei 290-D/99 trata da oponibilidade entre as partes e a terceiros da “data e hora da criação, da expedição ou da receção de um documento eletrónico que contenha uma validação cronológica emitida por uma entidade certificadora”. Estamos, agora, perante o envio eletrónico registado. Significa que os efeitos do documento enviado desta forma são equivalentes aos efeitos que decorrem da expedição de documentos via postal com registo, o que implica a intervenção de uma terceira entidade idónea para atestar a veracidade do registo. Nos termos apontados, a validação cronológica de um documento eletrónico acarreta a oponibilidade da data e hora de expedição do dito documento, quer *inter partes*, quer perante terceiros. A validação cronológica vem definida na alínea u) do artigo 2º do Decreto-Lei 290-D/99, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 62/2003. Dessa definição decorre que aquela se resume a uma “declaração de entidade certificadora que atesta a data e a hora da criação, expedição ou receção de um documento eletrónico”.

De regresso ao estudo do artigo 6º do Decreto-Lei 290-D/99, analisemos agora o número 3 que associa o envio do documento eletrónico com a assinatura eletrónica qualificada. Afirma o preceito em causa que o envio do documento eletrónico dotado de assinatura eletrónica qualificada equivale à expedição por via postal registada, desde que veiculado mediante telecomunicações que garantam a efetiva receção. Se, às condições que antecedem, acrescer o envio, pelo destinatário ao remetente, de uma mensagem de confirmação provida de assinatura eletrónica qualificada os efeitos do documento eletrónico equivalem àqueles que decorrem do envio de um documento via postal com registo e aviso de receção. Considere-se, finalmente, o número 4 do artigo 6º do Decreto-Lei 290-D/99, que anuncia que “os dados e documentos comunicados por meio de telecomunicações consideram-se em poder do remetente até à receção pelo destinatário”. Interpretar este segmento do artigo obriga-nos a conjugá-lo com os números que o antecedem. Efetivamente, pensamos que a receção que é referida neste número 4 será alcançada de acordo com um dos regimes anteriormente descritos, consoante o caso em concreto.

⁴⁹ Desta feita, protege-se o prestador de serviços de eventuais cancelamentos fraudulentos e de informações deliberadamente erradas de endereços eletrónicos.

⁵⁰ É um tipo de contratação utilizado, entre outras situações, na gestão de *stocks* onde os computadores estão programados para, de forma automática, emitirem ordens de compra, para outros computadores.

Referências

- ABREU, Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed., Coimbra: Almedina, 2011, v. I.
- ALMEIDA, Susana. “As comunicações publicitárias eletrónicas não solicitadas e a proteção dos consumidores: a regra de *opt-in* e a opção de inscrição em listas Robinson”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 2, 2011, pp. 159-190.
- RENARD, Isabelle. *Vive la signature électronique*, Collection Delmas Express, Delmas, 2002.
- ASCENSÃO, Oliveira. «A Sociedade da Informação», in *FDUL – Direito da Sociedade da Informação*, v. I, Coimbra Editora, 1999, Coimbra, pp. 163 a 184.
- ASCENSÃO, Oliveira, “Contratação Eletrónica”, in *Direito da Sociedade da Informação*, v. IV, APDI, Coimbra Editora, 2003.
- CASTELLS, M., *Internet Galaxy: Reflections on the internet, Business and Society*, Oxford Press, 2001.
- CORREIA, Miguel Pupo. “Assinatura eletrónica e certificação digital”, pp. 3 e 4, 2003, disponível in www.apdi.pt/.
- CORREIA, Miguel Pupo. *Sociedade de Informação e Direito: a Assinatura Digital*, disponível em <http://www.advogado.com/Internet/zip/assinatu.htm>.
- GAUTRAIS, Vincent. *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de Doctorat, Université de Montréal, Montreal, 1998.
- KANTROWITZ, Bárbara e ROGERS, Adms. “The Birth of the Internet”, in *Newsweek*, de 8 de agosto de 1994.
- MARQUES, Mário Castro, “O Comércio Eletrónico, Algumas Questões Jurídicas”, in AAVV [Coord. TEIXEIRA, Glória], *O Comércio Eletrónico – Estudos Jurídico-Económicos*, pp. 35 a 56, Almedina, Coimbra, 2002.
- MARTINS, A. G. Lourenço, MARQUES, J.A. Garcia e DIAS, Pedro Simões. *Ciberlaw em Portugal – O Direito das Tecnologias da Informação e Comunicação*, Centro Atlântico, Lisboa, 2004.
- MCLUHAN, Marshall y POWERS, Bruce R. *La aldea global: transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, traducción de Cláudia Ferrari, 3. ed., Gedisa d., Barcelona, 1995.
- MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. *The médium is the message*, Gingko Press, Barcelona, 2001.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. “Direito privado europeu – Assinatura eletrónica e certificação (A Diretiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto)”, *RLJ*, ano 133, 2001.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. “Assinatura Eletrónica e Certificação”, *Direito da Sociedade da Informação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, vol. III, pp. 109 a 120.

PEREIRA, Alexandre. *Comércio eletrónico na sociedade da informação*: da segurança técnica à confiança jurídica, Almedina, 1999.

PEREIRA, Alexandre. *Serviços da Sociedade da Informação*: alguns problemas jurídicos do comércio eletrónico na internet, FDUNL n. 2, 2001.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos. “En torno a los contratos eletrónicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 1, enero-febrero, 1999.

A NOVA DIRETIVA SOBRE DIREITOS DOS CONSUMIDORES

JORGE PEGADO LIZ

Advogado. Membro do CESE (Bruxelas)

EXCERTOS

“O consumidor europeu não pode ser visto exclusivamente numa óptica de mercado interno ou considerado como um agente racional no mercado, consciente e informado, que toma decisões numa pura lógica de concorrência, podendo a sua proteção resumir-se a uma maior e melhor informação”

“Apesar de os pontos de partida dos Estados-membros serem por vezes divergentes, constatamos uma necessidade de mais regras comuns, a fim de se alcançar uma política dos consumidores moderna e clara, que ofereça segurança jurídica”

“O relator procedeu a um exame preliminar dos vários capítulos da proposta, concluindo que uma harmonização focalizada exigiria ainda muito trabalho suplementar para se chegar à identificação caso a caso das regras susceptíveis de ser harmonizadas, sendo ainda ‘essencial garantir um nível de coerência adequado entre a proposta, o quadro comum de referência e o ‘acquis’ comunitário restante”

“O capítulo 1 ocupa-se do objeto, das definições e do âmbito de aplicação; o capítulo 2 trata da informação ao consumidor em contratos diferentes dos 204 contratos à distância ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial; o capítulo 3 regula a Informação ao Consumidor e o Direito de Retratação nos contratos à distância e nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial; o capítulo 4 reporta-se a Outros Direitos dos Consumidores; o capítulo 5 contém disposições gerais e o capítulo 6 disposições finais”

“A diretiva deixa ainda aos Estados-membros a possibilidade de excluírem da sua aplicação os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial quando o pagamento a efetuar pelo consumidor não exceder 50 EUR”

“O disposto na diretiva tem carácter injuntivo ou imperativo e nessa medida se a lei aplicável ao contrato for a lei de um Estado-membro, os consumidores não podem renunciar aos direitos que lhes são conferidos pela transposição da presente directiva para a legislação nacional e as cláusulas contratuais que, direta ou indiretamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente diretiva não vinculam o consumidor (artigo 25º)”

1. Alguns antecedentes remotos e próximos da diretiva para ajudar à sua compreensão

1.1. A Diretiva 2011/83/UE, de 25 de outubro de 2011, foi publicada no J O L 304 de 22 de novembro de 2011. Para trás ficaram anos de estudos, de conferências, de propostas e contrapropostas, de disputas, contando-se por centenas os artigos publicados na imprensa, as intervenções públicas de responsáveis políticos, de representantes dos consumidores e dos profissionais e de funcionários das instituições comunitárias, as entrevistas, os colóquios, os seminários e os debates levados a cabo na maior campanha mediática jamais vista a propósito de iniciativas comunitárias.

1.2. A presente diretiva é, com efeito, o ponto de chegada de um longo percurso, de que, no presente artigo, se não dará conta detalhada¹, mas, para bem compreender o seu teor, é mister recordar, ainda que sinteticamente, o contexto e antecedentes da proposta que está na sua origem e enunciar os objetivos que a Comissão anunciou para ela.

1.3. Com feito, esta diretiva não surge do nada. Ela representa a confluência de duas iniciativas já com vários anos, uma de cariz marcadamente académico e outra de natureza de política legislativa a nível comunitário.

A primeira tem as suas origens remotas na ideia da uniformização do direito civil a nível europeu, com a criação de um Código Civil Europeu ou, pelo menos, na tentativa de harmonização do direito das obrigações em geral e dos contratos em particular.

A segunda prende-se antes com a ideia da codificação do direito do consumo a nível comunitário ou com a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor.

1.4. Nos começos do século XX vários projetos académicos tiveram como objetivo a harmonização do direito civil europeu, em particular do direito dos contratos. Em 1929 é publicado um projeto de código franco-italiano das obrigações e dos contratos; em 1953 a Associação Henri Capitant elaborou um projeto de código comum das obrigações na Europa.

Mais recentemente, em 1980, foi criada a Comissão sobre o Direito Europeu dos Contratos, dirigida pelo professor Ole Lando, que, em 1995, publica a 1a. parte dos seus Princípios do Direito Europeu do Contrato (PDEC), contendo os princípios relativos à execução e ao incumprimento, logo seguida, em 1998, por uma 2a. parte relativa à formação, validade, interpretação, conteúdo e mandato e, em 2001, por uma 3a. parte sobre o regime geral das obrigações.

Por seu turno, a Academia de Pavia ou, como também é conhecida, a Academia dos Privatistas Europeus, cujos trabalhos foram dirigidos pelo professor Gandolfi, publica, em 2001, o Livro I do Código Europeu dos Contratos, relativo aos contratos em geral e, em 2006, a primeira parte do Livro II relativo aos contratos em especial, dedicado ao contrato de compra e venda.

De outro lado, os princípios Unidroit, elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado em 1994, foram revistos em 2004 para os adaptar às especificidades do comércio eletrónico.

1.5. No seio das instituições comunitárias, foi no Parlamento Europeu que, pela primeira vez, em Resolução de 1989, se fez apelo à harmonização de certos aspectos do direito privado², orientação que viria a reafirmar posteriormente em sucessivas resoluções, de que se destacam as de 9 de julho de 2003, de 23 de março e de 8 de setembro de 2006.

Do lado da Comissão Europeia, é em 2001 que, numa Comunicação relativa ao “direito europeu dos contratos”, é lançada uma larga consulta pública sobre a possibilidade de elaborar um direito comum dos contratos como forma de contribuir para um melhor funcionamento do mercado interno³.

No seguimento do debate que esta comunicação ocasionou, em especial nos meios académicos, onde foi genericamente acolhida com sérias reservas⁴, a Comissão publicou, em 2003, uma segunda comunicação, intitulada “Um Direito Europeu dos Contratos mais Coerente. Um plano de ação”⁵, onde definiu três opções de trabalho futuro: a construção de um “quadro comum de referência” (*commom frame of reference* – CFR); a elaboração de cláusulas e condições contratuais tipo; ou a adoção de um instrumento opcional no domínio do direito dos contratos⁶.

Finalmente, recolhidos e analisados os vários contributos recebidos, numa terceira comunicação, intitulada “Direito Europeu dos Contratos e Revisão do Acervo. O caminho a seguir”⁷, a Comissão decidiu que não optaria por um código civil europeu que harmonizasse o direito dos contratos dos países membros, mas antes que o caminho a seguir seria o da elaboração de um “quadro comum de referencia” (CFR), eventualmente a complementar por um instrumento opcional, cujos contornos não ficaram claramente definidos.

1.6. É a partir desta orientação, que não foi sufragada por nenhuma resolução do PE⁸, que a Comissão deu início a toda uma série de consultas e de encomendas de estudos, ao abrigo, designadamente do “Sexto Programa Quadro para a investigação e o desenvolvimento tecnológico”, de que se

destacam a “Rede comum para o direito europeu dos contratos”, a quem foi confiada a tarefa de elaborar um projeto de quadro comum de referência (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR), em sede de direito dos contratos.

Desta rede fizeram principalmente parte os membros do grupo de estudo sobre o código civil europeu, o grupo de investigadores sobre o direito privado comunitário em vigor, dito Grupo do Acervo Comunitário (“Acquis Group”), a Associação Henri Capitant em conjunto com a Société de Législation Comparée e o Conseil Supérieur du Notariat, o Common Core Group, o Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules, conhecido como o Economic Impact Group (TILEC – Tilburg Law and Economics Center), o Database Group, a Academy of European Law (ERA) e um grupo de especialistas em direito dos seguros, o chamado “Restatement of European Insurance Contract Law Group”⁹.

O objeto das consultas era vasto, englobando as regras gerais do contrato, o direito das obrigações, a gestão de negócios, a responsabilidade extracontratual, o enriquecimento sem causa, os contratos em especial e, desde logo, o contrato de seguro, e, em futuro mais afastado, o direito de propriedade, as garantias e o “trust”.

1.7. O avanço dos trabalhos foi acompanhado por sucessivos relatórios apresentados à Comissão e discutidos publicamente¹⁰, o primeiro de 2005 e o segundo de 2007¹¹, onde, pela primeira vez se refere à necessidade de ser dada prioridade ao “direito do consumo” como forma de contribuir para a revisão do acervo em matéria de proteção dos consumidores, tema que havia sido objeto do Livro Verde publicado a 7 de fevereiro desse ano de 2007¹².

1.8. Foi aqui que a iniciativa da revisão do acervo comunitário em matéria de proteção dos consumidores¹³ e a questão da harmonização do direito europeu dos contratos pela primeira vez confluíram, embora nada, inicialmente, implicasse que assim acontecesse, nem, teoricamente, obrigasse ou, sequer, aconselhasse a que assim sucedesse.

Com efeito, datava, de há muito, em vários círculos do pensamento jurídico na Europa, a ideia das vantagens da codificação dos diplomas avulsos sobre direito do consumo nos vários Estados-membros, e em alguns deles, embora por formas diversas e com diferentes resultados, essa ideia fora mesmo levada a cabo¹⁴.

A política dos consumidores é não só parte integrante da estratégia da UE para o mercado interno, mas também um elemento essencial da cidadania

Não admira, pois, que, desde bastante cedo, uma ideia semelhante tivesse ocorrido para o direito do consumo a nível comunitário, nomeadamente a partir do momento em que a União Europeia se viu atribuir competência própria neste domínio¹⁵ e à medida que se ia constatando que diversas diretivas definiam e regulavam as mesmas matérias de forma diferente, quando não claramente contraditória¹⁶.

1.9. É assim que já no Livro Verde sobre a Proteção dos Consumidores de 2001¹⁷ se dá conta da dispersão legislativa neste domínio e dos seus inconvenientes para a realização do mercado único e se aponta como solução possível a publicação de uma “diretiva-quadro” para regular as práticas comerciais desleais, complementada por diretivas específicas para domínios especiais, se necessário.

No *follow-up* deste Livro Verde, a Comissão, em nova comunicação de 2002¹⁸, dava conta de que a maioria dos “stake-holders” era favorável à sua proposta, acrescentando, no entanto, um elemento de primordial importância, que não tinha ficado claramente expresso na primeira comunicação – o da natureza “total” da harmonização proposta¹⁹.

Identicamente, no seu documento de “Estratégia da Política dos Consumidores para 2002-2006”²⁰, a Comissão insistia na ideia do estabelecimento de regras e práticas comuns de defesa dos consumidores em toda a Europa, criando um ambiente mais coerente na UE, o que, constituindo mesmo o objetivo primeiro da sua estratégia nesse período, se traduziria pelo estabelecimento de um conjunto comum de regras relativas às práticas comerciais e aos direitos contratuais dos consumidores, passando da harmonização mínima a medidas de “plena harmonização”.

É já claramente na sequência e em aplicação destes princípios que são adotadas as três mais recentes diretivas em matéria de direito europeu do consumo, a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005 sobre as práticas comerciais desleais²¹, a Diretiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008 relativa a contratos de crédito aos consumidores²¹ e a Diretiva 2008/122/CE, de 14 de janeiro de 2009 relativa ao “time-share”²³.

1.10. Mas é efetivamente no Livro Verde sobre a revisão do acervo relativo à defesa do consumidor²⁴ que, de forma clara, se confirmam 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 eletrónico.

Por outro lado, é aí que se enunciam as linhas diretrizes para a ação a prosseguir – um instrumento jurídico horizontal (diretiva) comum a oito (das

18 antes identificadas) diretivas²⁵, 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”²⁶.

Esta opção foi claramente assumida pela Comissão no seu documento de estratégia 2007/2013, constituindo mesmo única iniciativa prevista no domínio da “melhor regulação da proteção dos consumidores”²⁷.

1.11. As reações dos interessados a este Livro Verde não foram entusiásticas e, em especial, os representantes dos consumidores manifestaram sérias reservas às orientações da Comissão^{28, 29}.

Também particularmente crítico foi o parecer do Comité Económico e Social Europeu onde se afirma, nomeadamente, que a *“política dos consumidores é não só parte integrante da estratégia da UE para o mercado interno, mas também um elemento essencial da cidadania”* e se reitera, no que respeita à harmonização à escala comunitária, que o Comité considera que ela se deve orientar pelo mais elevado e melhor nível de proteção existente nos Estados-membros³⁰.

Ou seja, a proposta da Comissão nasceu já em clima da mais viva controvérsia, senão mesmo de clara contestação.

2. Motivos alegados e propósitos declarados

2.1. Apesar das reações desfavoráveis à orientação preconizada no Livro Verde, a Comissão levou por diante a sua iniciativa, 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 Ebers³¹ e o estudo prévio de impacto sobre as contribuições recebidas ao Livro Verde³², apresentados e discutidos durante a conferência de “stakeholders”, promovida pela Comissão em Bruxelas a 14 de novembro de 2007³³.

2.2. Alegadamente com base nesses estudos e nos resultados das discussões com os interessados, a Comissão apresentou a sua proposta de diretiva, acompanhada de um detalhado estudo de impacto e de pormenorizados anexos com a avaliação das várias opções e tentando justificar a proposta apresentada³⁴.

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 Francesa³⁵:

a) a fragmentação do direito europeu do consumidor consequência das cláusulas de harmonização mínima constantes da generalidade das diretivas do 'acquis' 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 poder acomodar o chamado 'e-commerce'.

2.3. Destes pressupostos partiu a Comissão para a definição dos dois grandes objetivos da sua proposta, assim enunciados na mesma ocasião, por aquele responsável:

a) abrir o mercado interno para comerciantes e consumidores pela remoção de barreiras regulamentares;

b) melhorar e atualizar o quadro regulamentar do direito do consumo europeu.

Para tanto a Comissão propunha-se:

a) reformular, fundindo num único instrumento legal (diretiva), quatro diretivas em vigor³⁶, que simultaneamente revoga;

b) substituir o princípio de harmonização mínima, que era comum às referidas diretivas, adotando, como método legiferante fundamental, a 'harmonização total' (artigo 4º)³⁷;

c) enunciar um conjunto de definições de conceitos essenciais comuns, que se pretendem 'claros' (artigo 2º);

d) definir os requisitos gerais da informação a prestar aos consumidores antes da celebração de qualquer contrato de venda de bens ou de prestação de serviços, bem como as consequências da sua falta (artigos 5º e 6º);

e) identificar alguns requisitos de informação especiais para os casos de vendas à distância, de vendas fora dos estabelecimentos (artigo 9º a 11º) e de hastas públicas, bem como obrigações de informação específicas para os intermediários (artigo 7º);

f) regular o 'direito de retratação ou de arrependimento' (artigos 12º a 20º)³⁸;

g) um capítulo IV relativo aos direitos específicos dos consumidores nos contratos de venda, alegadamente para substituir a diretiva 1999/44/CE relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (artigos 21º a 29º)³⁹;

h) um capítulo V para substituir a diretiva 93/13/CE, relativa às cláusulas abusivas.

3. O “iter” da adoção

3.1. A posição dos “stakeholders”

Logo que a Proposta da Comissão foi conhecida não se fizeram esperar as reações dos principais interessados, profissionais e consumidores, na linha, aliás, das posições que haviam sido tomadas relativamente ao Livro Verde, antes mencionado. Com efeito, a proposta da Comissão não recebeu o mesmo acolhimento por parte dos vários atores da sociedade civil organizada.

As associações de empresas apoiaram a proposta por considerar que ela contribui para um melhor funcionamento do mercado interno e pode melhorar a sua competitividade, atenuando as reticências em relação às transações transfronteiras, ao mesmo tempo que reduziria os custos administrativos e os encargos que os comerciantes têm que suportar para se conformarem às novas regras.

Por seu turno, as organizações de consumidores consideraram que a proposta colide com os direitos já adquiridos, que fazem parte do acervo comunitário, pelo que qualquer redução de direitos dos consumidores seria inadmissível. Em geral, consideraram que a proposta leva a uma redução dos direitos dos consumidores, na medida em que a harmonização total é excessiva e desproporcionada para os fins que a proposta pretende perseguir, além de constituir um obstáculo a futuros desenvolvimentos.

Do lado dos profissionais, fundamentalmente representados e encabeçados pela *Business Europe*, o tom geral foi efetivamente de apoio entusiástico, em particular no que se refere à “harmonização total”.

Para aquela associação, a harmonização total será “o melhor instrumento para criar uma base correta para o desenvolvimento dos negócios, assegurar maior certeza legal e remover as principais divergências regulatórias nacionais”.

No seu entender, a proposta ainda devia ser reforçada no sentido de eliminar as zonas que são deixadas à regulação nacional de forma a reduzir ao

mínimo os custos para as empresas da adaptação a ordenamentos jurídicos nacionais divergentes⁴⁰.

Uma posição mais moderada foi a assumida pela UEAPME, associação representante das pequenas e médias empresas e do artesanato⁴¹.

Ao contrário, do lado dos consumidores, o BEUC, Bureau Européen des Unions des Consommateurs, mostrou-se particularmente crítico e apreensivo com o teor da proposta, denunciando publicamente os graves erros de que enferma e os perigos que comporta, em várias ocasiões⁴², e substanciando a sua posição em extenso e importante documento de março de 2009⁴³.

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 mercado⁴⁴.

Várias organizações nacionais de consumidores seguiram orientação semelhante, sendo de destacar as posições públicas assumidas pela UFC-Que Choisir⁴⁵, pela CLVC⁴⁶, pela Altroconsumo⁴⁷ e pela Deco nesta matéria⁴⁸.

3.2. A opinião do mundo académico

De um modo geral, o meio académico não acolheu com favor esta proposta. Sem qualquer pretensão de ser exaustivo, citam-se algumas das tomadas de posição mais esclarecedoras.

Desde logo a do professor Gilles Paisant, da Universidade de Savoie e reitor honorário da Faculdade de Direito e de Economia de Chambéry⁴⁹, o qual, depois de uma criteriosa análise crítica da proposta, sustenta que “ao optar por uma harmonização total cobrindo quer as trocas nacionais quer transfronteiras, a Comissão assume o risco, em nome do mercado interno e da outorga de um *‘nível elevado’ de proteção, de fazer recuar duradouramente em vários aspectos os direitos dos consumidores nacionais numa época em que a crise que alastra num mundo tornado global, os fragiliza ainda mais*”.

Identicamente se pronunciaram com sérias reservas em relação à proposta, entre outros, o professor Hans-W. Micklitz, do European University Institute, com um texto intitulado “The Commission Proposal – the beginning of the end of an era?”; Carole Aubert de Vincelles, com um texto apresentado numa

audição no Parlamento Europeu⁵⁰ e um artigo intitulado “Proposition de directive du 8 octobre 2008 relative aux droits de consommateurs: Naissance d’un droit commun communautaire de la consommation”⁵¹.

Na Conferência realizada em Paris a 5 de dezembro de 2008 participaram alguns dos mais conceituados professores de direito civil e de direito do consumo da atualidade, que foram unânimes em considerar a proposta inaceitável. Recordam-se as intervenções dos professores M. Javier Lete Achirica⁵² da Universidade de Compostela, Hélène Davo da Universidade de Montpellier, Simon Whittaker da Universidade de Oxford, Gabor Hamza da Universidade de Budapeste.

3.3. O Parecer do ECCG

No quadro do funcionamento das instituições comunitárias, ao nível dos organismos oficiais consultivos da Comissão, destaca-se o Parecer do ECCG (European Consumer Consultative Group), adotado a 7 de setembro de 2007, de que foi relator Bob Schmitz.

Pronunciando-se claramente contra a adoção do princípio da harmonização total, 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 directivas, 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 directivas;

– 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.”

3.4. Os pareceres do CESE e do Comité das Regiões

No CESE coube aos conselheiros Hernandez Bataller (relator, Grupo III) e Jarosław Mulewicz (correlator, Grupo I) o encargo de consensualizar uma posição comum aos interesses divergentes dos dois grupos de interesses, consumidores e profissionais, que pudesse contar com o apoio maioritário dos membros⁵³.

Das suas conclusões destaca-se a recomendação à Comissão no sentido de:

– suprimir os parágrafos da proposta de directiva 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.”

É ainda importante atentar em alguns passos fundamentais do parecer que refletem o tipo de aproximação que o CESE fez a esta questão, pelo que se transcrevem alguns dos pontos de vista considerados essenciais. Assim:

“O consumidor europeu não pode ser visto exclusivamente numa óptica de mercado interno ou considerado como um agente racional no mercado, consciente e informado, que toma decisões numa pura lógica de concorrência, podendo a sua proteção resumir-se a uma maior e melhor informação.”

“Qualquer proposta que pretenda uma harmonização máxima em matéria de defesa dos consumidores deve centrar-se em aspectos muito concretos e ser acompanhada por especiais cautelas para respeitar o elevado nível de proteção dos consumidores garantido pelo Tratado, respeitando o princípio de subsidiariedade, sob pena de retardar e travar o desenvolvimento dos direitos dos consumidores em cada Estado-membro.”

“A concretização de um mercado único para as empresas e para os consumidores é um objetivo que o CESE apoia totalmente, pois reconhece que há custos de transação derivados da aplicação das normas de defesa dos consumidores em cada Estado-membro, que podem ser um obstáculo a uma oferta mais variada de bens e produtos no mercado interno de que os consumidores poderiam beneficiar. A Comissão parece considerar que os principais obstáculos à realização do mercado interno, em especial nas compras transfronteiras, são os custos e reticências dos profissionais, do lado da oferta, e a falta de confiança dos consumidores, do lado da procura. Identifica como causas dos problemas diagnosticados a fragmentação e a diferenciação dos direitos resultantes de uma harmonização mínima. Mas segundo o Eurobarómetro, há obstáculos mais importantes, como seja a falta de confiança no comércio electrónico.”

A diretiva estabelece um conjunto de normas padrão comuns às duas diretivas que revoga e substitui, e aí a harmonização é total

Também o Comité das Regiões emitiu o seu parecer sobre a proposta, em 22 de abril de 2009, de que foi relator M. Wolfgang G. Gibowski⁵⁴ (DE-PPE), Secretário de Estado Plenipotenciário do estado da Baixa Saxónia junto do Estado Federal) e de cujas conclusões se ressalta:

– o apoio ao objetivo político de alcançar uma maior harmonização do mercado interno e aperfeiçoar o seu funcionamento entre consumidores e empresas, especialmente as PME;

– o objetivo de reforçar e desenvolver a defesa do consumidor na UE, condição necessária para o funcionamento do mercado único;

– a consideração de que a proposta de diretiva ainda não é adequada para aumentar a confiança dos consumidores nas transações transfronteiras;

– a oposição ao princípio da harmonização completa, pois há o risco de os Estados-membros, num intuito de uniformização, terem de renunciar a determinadas regras de defesa dos consumidores;

– o desejo de que continue a ser dada aos Estados-membros a possibilidade de irem além das normas comuns estabelecidas ao nível comunitário;

– uma abordagem diferenciada, ou seja, em casos muito específicos poder-se-á admitir uma harmonização completa, devendo, no restante, deixar-se aos Estados-membros uma margem de manobra para estabelecerem regras de âmbito nacional;

– a necessidade de as informações pertinentes, aplicáveis a todos os tipos de contratos, deverem ser formuladas em termos mais concretos;

– a necessidade de maior clarificação e adaptação no caso dos contratos à distância.”

Do seu texto salientam-se, em especial, as seguintes preocupações:

“– lamenta que a Comissão, na sua proposta, não tenha incluído todas as diretivas relacionadas com a defesa do consumidor e se tenha limitado à revisão de apenas quatro diretivas; não o tendo feito, a Comissão ficou aquém das possibilidades de criar um quadro legislativo comum para todos os direitos dos consumidores no mercado interno;

– lamenta ainda que a Comissão não tenha logrado eliminar a totalidade das contradições e imprecisões contidas nos atos normativos em vigor, nem melhorar globalmente a transparência das regras do acervo relativo à defesa dos consumidores;

– opõe-se ao princípio da harmonização completa, pois há o risco de os Estados-membros, num intuito de uniformização, terem de renunciar a determinadas regras de defesa dos consumidores, ainda que comprovada a sua utilidade;

– considera que deve ser mantida uma parte substancial do princípio da harmonização mínima, porque se revela eficaz e corresponde à concretização do disposto no artigo 153º, n. 5, do Tratado CE, relevante em matéria de defesa dos consumidores. Os Estados-membros devem, em princípio, ter a possibilidade de adaptarem, com flexibilidade, a legislação em matéria de defesa do consumidor ao ordenamento jurídico nacional, através de regras de proteção mais rigorosas;

– chama a atenção para o fato de que uma harmonização completa representa uma novidade no domínio da legislação europeia de defesa do consumidor, cuja introdução não parece ser absolutamente necessária. Somente em circunstâncias muito específicas, nomeadamente nos casos em que as diferentes regulamentações em vigor nos Estados-membros dificultam, de fato, as transações transfronteiras das empresas ou representam um obstáculo substancial ao exercício das quatro liberdades fundamentais da União Europeia, deve ser considerada a hipótese de uma harmonização completa;

– duvida da compatibilidade de uma harmonização completa com o princípio da subsidiariedade. A Comissão deve dar provas da necessidade de

chamar a si toda a competência. Por conseguinte, a harmonização completa deveria ser efetuada apenas nos domínios mais importantes do mercado interno;

– tem igualmente dúvidas de que a harmonização completa contribuirá para aumentar a confiança dos consumidores e terá um efeito positivo na competitividade. Os problemas com que os consumidores se debatem são, antes de mais, a insegurança e a existência de procedimentos complicados que dificultam a aplicação da lei nas transacções transfronteiras (barreiras linguísticas, despesas com advogados e custos processuais, etc.). E aqui a directiva não traz melhorias;

– duvida que o objectivo visado pela Comissão na proposta de directiva em apreço, que consiste em regulamentar as transacções transfronteiras e domésticas nos Estados-Membros, possa ser atingido. Em todo o caso, não há provas de que a existência de diferentes regulamentações nacionais representa um obstáculo ao comércio transfronteiras;”

3.5. As posições dos Estados-membros

Com o seu habitual secretismo, não é fácil aceder às posições que os Estados-membros, isoladamente ou no âmbito do Conselho, tomaram relativamente a este assunto.

Ao que se sabe publicamente, pelos respectivos comunicados de imprensa, a questão terá sido levada a pelo menos dois Conselhos de Ministros “Competitividade”, em dezembro de 2009 e maio de 2010⁵⁵.

Em contrapartida já não constou da agenda do mais recente Conselho de Ministros, ocorrido no Luxemburgo a 11 e 12 de outubro de 2010.

No primeiro comunicado de imprensa⁵⁶ pode ler-se:

“Na sessão pública, o Conselho efectuou um debate político sobre um projecto de directiva destinada a melhorar o funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de direitos dos consumidores em toda a UE, revendo e complementando quatro directivas existentes e introduzindo novas regras relativas à entrega e à transferência de riscos.

Os resultados do debate proporcionaram uma orientação e uma base sólida para a prossecução dos trabalhos nos próximos meses.

No final do debate, a Presidência resumiu-o nos seguintes termos:

“Intervenções centradas em importantes desafios que se perfilam, incluindo:

– os consumidores e a situação dos cidadãos no mercado interno;

– o desenvolvimento técnico e o comércio electrónico, que é por natureza, sem fronteiras;

– a dimensão transfronteiras entre regiões, entre países vizinhos e no interior do mercado interno no seu todo; e

– a necessidade de um equilíbrio entre os direitos dos consumidores e as obrigações dos comerciantes.

Apesar de os pontos de partida dos Estados-Membros serem por vezes divergentes, constatamos uma necessidade de mais regras comuns, a fim de se alcançar uma política dos consumidores moderna e clara, que ofereça segurança jurídica. A Presidência Sueca tomará em linha de conta as opiniões expressas pelas delegações quando ultimar a versão revista do projecto de directiva.

Existe um largo apoio a definições amplas de contrato à distância e de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, a fim de garantir que os consumidores possam dispor de informação específica e tenham o direito de retractação em mais casos do que atualmente.

Uma série de delegações exprimiu o seu apoio à existência de regras comuns sobre o direito de retractação e uma grande maioria das delegações advogou um direito de retractação dos consumidores de catorze dias tanto para os contratos à distância, como para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial.

Quanto às regras aplicáveis à entrega e aos produtos defeituosos, vários participantes evocaram algumas preocupações, demonstrando simultaneamente a sua vontade de abrir caminho a soluções.

Um elevado número de Estados-Membros considera que existem áreas específicas que não deverão ser cobertas por certas partes da directiva, ou pela directiva na sua totalidade, como sejam os contratos sobre bens imóveis ou relativos a serviços financeiros.”

As anteriores negociações revelaram que se considera necessário clarificar o texto da proposta da Comissão (14183/08), a fim de reflectir correctamente certos elementos essenciais, como o âmbito de aplicação da futura directiva, a coerência com outra legislação comunitária e a interacção com o direito geral dos contratos dos Estados-Membros.

A proposta cobre o direito à informação e de retractação na compra à distância e fora do estabelecimento comercial, ao reembolso em caso de rescisão do contrato por motivo de entrega tardia e a reparação em caso de produtos defeituosos. São igualmente proibidas cláusulas contratuais abusivas. O objectivo é enquadrar os direitos do consumidor que adquire bens e serviços por um conjunto de regras actualizado, claro e mais uniforme, a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e de garantir um elevado nível de protecção dos consumidores.

A proposta, que exige a co-decisão com o Parlamento Europeu, foi apresentada em Outubro de 2008 na sequência da revisão do acervo no domínio da protecção dos consumidores lançada em 2004.”

No segundo comunicado de imprensa⁵⁷ refere-se apenas:

“Na sessão pública, o Conselho efectuou um debate político sobre um projecto de directiva destinada a melhorar o funcionamento do mercado interno, garantindo simultaneamente um elevado nível de direitos dos consumidores em toda a UE, revendo e complementando quatro directivas existentes e introduzindo novas regras relativas à entrega e à transferência de riscos.

O resultado deste segundo debate ministerial, após o de 3 de Dezembro de 2009, dá orientações e constitui uma base sólida para continuar os trabalhos, enquanto se aguarda o parecer do Parlamento Europeu.

O debate foi estruturado com base num questionário preparado pela Presidência (9480/10).

Os ministros analisaram os principais aspectos políticos da proposta, nomeadamente no que diz respeito ao máximo de harmonização como princípio geral em que assenta a directiva e ao nível de harmonização da informação destinados aos consumidores, ao direito de resolução e às garantias (abrangidas pelos capítulos II a IV da proposta) relativos aos contratos celebrados à distância (incluindo contratos celebrados fora do estabelecimento comercial) e aos contratos celebrados na presença dos contratantes.

Um dos principais aspectos que a diretiva se propôs harmonizar foi o relativo à forma e ao conteúdo das obrigações de informar os consumidores

Todas as delegações subscreveram o objectivo de um conjunto de regras actualizado, claro e mais uniforme relativo aos direitos dos consumidores que adquirem bens e serviços, a fim de contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e de garantir um elevado nível de protecção dos consumidores.

A proposta da Comissão (14183/08) cobre o direito à informação e à resolução na compra à distância e fora do estabelecimento comercial, ao reembolso em caso de rescisão do contrato por motivo de entrega tardia e a reparação em caso de produtos defeituosos. São igualmente proibidas cláusulas contratuais abusivas.”

Em alguns Estados-membros foram publicitadas tomadas de posição oficiais de órgãos de soberania sobre o assunto.

Lugar de destaque merece o Senado francês, que, na sua reunião de 31 de março de 2009 e no seguimento de discussões com a Comissão⁵⁸, por proposta do senador Hubert Haenel, tomou a seguinte resolução:

“Constata que a Comissão europeia privilegia, nesta proposta, uma aproximação de harmonização completa do direito dos contratos de consumo que interditaria aos Estados membros afastarem-se das disposições comunitárias;

Julga que o conjunto das disposições legislativas francesas garante aos consumidores franceses uma protecção eficaz que não deve ser diminuída sob o pretexto de melhorar o mercado interno de retalho e de aumentar as facilidades oferecidas às empresas que efectuam o comércio transfronteiras;

*Pede ao Governo que se oponha a qualquer medida que se traduziria num recuo da protecção do consumidor francês.*⁵⁹

3.6. No Parlamento Europeu

Dado o processo de codecisão a que esta proposta estava sujeita, a mais importante e decisiva palavra coube ao Parlamento Europeu.

O relator nomeado quanto ao fundo, Andreas Schwab (PPE/DE), da Comissão do mercado interno e da protecção dos consumidores, apresentou um primeiro documento de trabalho a 3 de março de 2010⁶⁰ no qual apontava já para que “a aproximação da harmonização completa proposta pela Comissão europeia, não é de fato aplicável no estágio atual, se se considera a natureza e o âmbito da proposta” e mostrava-se antes favorável a uma “aproximação máxima e focalizada em alguns aspectos específicos de certos contratos, mantendo um nível de proteção elevado dos consumidores”⁶¹.

Aliás, duas audições públicas organizadas pela Comissão IMCO com os principais “stakeholders”⁶² e outras tantas com os parlamentos nacionais⁶³ haviam claramente demonstrado que existia um sentimento generalizado de recusa de uma harmonização total e indiscriminada em relação aos direitos dos consumidores, tal como proposto pela Comissão.

Neste seu texto exploratório, o relator procedeu a um exame preliminar dos vários capítulos da proposta, concluindo que uma harmonização focalizada exigiria ainda muito trabalho suplementar para se chegar à identificação caso a caso das regras susceptíveis de ser harmonizadas, sendo ainda “essencial garantir um nível de coerência adequado entre a proposta, o quadro comum de referência e o ‘acquis’ comunitário restante”.

Foi o resultado desse trabalho em profundidade, embora limitado ainda aos capítulos I a III da proposta, que o relator apresentou em 31 de maio de 2010⁶⁴, onde procede a uma detalhada revisão e reformulação dos primeiros 20 artigos da proposta e do seu anexo I.

Comentando o seu texto, o relator declarou publicamente que tinha “modificado completamente a proposta original da Comissão”, porque, para ele, “no estágio actual, a harmonização máxima dos direitos dos consumidores em todos os domínios e para todos os tipos de contratos simplesmente não é possível”.

Este assunto foi levado à reunião da Comissão IMCO de 11 de outubro de 2010, quando foi apresentado um novo texto completo de proposta de resolução, o qual, no final e após uma série de emendas iria constituir a base da proposta final.

3.7. A posição da nova Comissão

De relevantíssima importância para o desfecho final da presente proposta foi a nova aproximação que a atual comissária Viviane Reding, responsável por este dossier, quis imprimir a esta iniciativa e que fez augurar um “final feliz” para uma história atribulada e particularmente mal conduzida pela sua antecessora Kuneva.

Com efeito, desde a sua tomada de posse⁶⁵ que a nova Comissão tem vindo a sugerir uma aproximação diferente e mais consentânea com a opinião generalizada dos consumidores, dos académicos e de vários estados-membros.

Numa sessão da Comissão IMCO do Parlamento Europeu, em 16 de março de 2010, a Comissão afirmou com clareza que a harmonização total “já não era uma opção”, e, a instâncias da deputada Evelyne Gebhardt (S&D/DE), mostrou-se até disposta, em caso de consenso nesse sentido entre o PE e o Conselho, a propor um novo texto sem o famoso artigo 4º que impõe a “harmonização total”. Mostrou-se ainda receptiva à ideia de uma harmonização focalizada (“ciblée”), distinguindo as transações diretas das transações à distância, onde deveria prevalecer a máxima harmonização.

Aliás em outras ocasiões públicas a comissão Reding tem vindo a defender esta aproximação. Recordam-se entre outras a sua notável intervenção no “2nd Consumer Rights Directive Forum”, promovido pelo Forum Europe, em Bruxelas a 2 de junho de 2010 e o seu discurso na Câmara de Comércio Americana em Bruxelas a 22 de junho de 2010, com o tema “Building Trust in Europe’s Online Single Market”.

4. O Normativo da nova diretiva

4.1. Estrutura formal da diretiva

A diretiva, para além de desenvolvido preâmbulo com 67 considerandos, articula-se em 6 capítulos e 2 anexos.

O capítulo 1 ocupa-se do objeto, das definições e do âmbito de aplicação; o capítulo 2 trata da informação ao consumidor em contratos diferentes dos

contratos à distância ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial; o capítulo 3 regula a Informação ao Consumidor e o Direito de Retratação nos contratos à distância e nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial; o capítulo 4 reporta-se a Outros Direitos dos Consumidores; o capítulo 5 contém disposições gerais e o capítulo 6 disposições finais.

O anexo 1 contém informações relativas ao exercício do direito de retratação incluindo um modelo de formulário e o anexo 2 é um quadro de correspondência entre os artigos da presente diretiva e os artigos correspondentes das Diretivas 85/577/CEE e 97/7/CE.

4.2. Âmbito de aplicação

Contrariamente à proposta inicial e seguindo exatamente o que fora o Parecer do CESE, a presente diretiva apenas substituiu (revogou) duas diretivas e não as iniciais quatro previstas, a saber:

(i) a Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais;

(ii) e a Diretiva 1997/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância.

Ficaram, assim, de fora desta diretiva e do seu dispositivo de harmonização, tal como as organizações de consumidores sempre haviam pedido,

(iii) a Diretiva 1993/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores;

(iv) e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Como importante inovação são expressamente incluídos no âmbito da sua regulação, os contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de água, gás, eletricidade e aquecimento urbano, incluindo por fornecedores públicos, na medida em que estes produtos de base sejam fornecidos numa base contratual (artigo 3º n. 1). No entanto no artigo 17º, que aparece incompreensivelmente deslocado no capítulo IV sob a epígrafe “outros direitos dos consumidores”, a diretiva esclarece em que medida, em que termos e em que condições certos preceitos se aplicam ou não se aplicam a estes contratos.

Relacionado com uma reformulação do conceito de consumidor de que se tratará adiante, a diretiva prevê a possibilidade do alargamento da sua aplicação a contratos em que intervenham “pessoas singulares ou coletivas” que não sejam consumidores na acepção clássica e restrita da generalidade do acervo comunitário, tais como ONGs, “novas empresas” e PME’s (considerando 13), bem como a “contratos com dupla finalidade”, se o contrato for celebrado para fins relacionados em parte com a atividade comercial da pessoa e em parte à margem dessa atividade e se o objetivo da atividade for tão limitado que não seja predominante no contexto global do contrato (considerando 17).

A diretiva deixa ainda aos Estados-membros a possibilidade de excluirmos da sua aplicação os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial quando o pagamento a efetuar pelo consumidor não exceder 50 EUR, podendo mesmo os Estados-membros definir um valor inferior na legislação nacional (artigo 3º n. 4).

Por outro lado, os Estados-membros podem decidir aplicar a diretiva a contratos que não sejam “contratos à distância” na acepção da presente diretiva, por exemplo, por não serem celebrados no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços vocacionado para o comércio à distância (considerando 13) e são livres de definir de acordo com o direito da União, o que são serviços de interesse geral e a forma da sua organização, financiamento e prestação no respeito das regras relativas aos auxílios estatais, e quais as obrigações específicas a que deverão estar sujeitos (considerando 18).

Ao contrário e com carácter imperativo e taxativo, a diretiva determina a sua não aplicação a uma longa lista de contratos, a saber:

“a) Relativos a serviços sociais, nomeadamente no sector da habitação social, da assistência à infância e do apoio às famílias e pessoas permanente ou temporariamente necessitadas, incluindo cuidados continuados;

b) Relativos a cuidados de saúde definidos no artigo 3º, alínea a), da Directiva 2011/24/UE, prestados ou não no âmbito de uma estrutura de saúde;

c) Relativos a jogos de dinheiro que impliquem apostas pecuniárias em jogos de fortuna ou azar, incluindo lotarias, jogos de casino e apostas;

d) Relativos a serviços financeiros;

e) Relativos à criação, à aquisição ou à transferência de bens imóveis ou de direitos sobre bens imóveis;

Incumbe ao profissional o ónus da prova relativamente ao cumprimento dos requisitos em matéria de informação (artigo 7º, n. 9

f) Relativos à construção de novos edifícios, à reconversão substancial dos edifícios existentes e ao arrendamento para fins habitacionais;

g) Abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (1);

h) Abrangidos pelo âmbito de aplicação da Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a protecção do consumidor relativamente a determinados aspectos dos contratos de utilização periódica de bens, de aquisição de produtos de férias de longa duração, de revenda e de troca (2);

i) Que, nos termos da legislação dos Estados-Membros, são certificados por um titular de cargo público obrigado por lei à autonomia e imparcialidade, bem como a garantir, fornecendo informações jurídicas pormenorizadas, que o consumidor apenas celebre o contrato após uma ponderação jurídica cuidada e com pleno conhecimento do seu alcance jurídico;

j) Relativos ao fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo profissional em turnos frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor;

k) Relativos a serviços de transporte de passageiros, com excepção dos referidos no artigo 8º, n. 2º e nos artigos 19º e 22º;

l) Celebrados através de distribuidores automáticos ou de estabelecimentos comerciais automatizados;

m) Celebrados com operadores de telecomunicações através de postos públicos de telefone para a sua utilização ou celebrados para utilização de uma única ligação telefónica, de Internet ou de fax efectuada por um consumidor” (artigo 3º n. 3).

O acerto e a justeza de algumas destas exclusões são altamente discutíveis e mereceriam uma análise detalhada com que, no entanto, a natureza deste artigo se não compadece.

4.3. O método da harmonização total “direcionada”

A diretiva é particularmente inovadora na forma como leva a cabo a pretendida harmonização dos direitos nacionais. Fazendo eco das numerosas críticas que haviam sido dirigidas à proposta inicial, no que respeita à harmonização total, a directiva define uma nova fórmula para a aproximação das legislações no seu artigo 4º.

Aí se dispõe:

“Os Estados-Membros não devem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições divergentes das previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos estritas, que tenham por objectivo garantir um nível diferente de protecção dos consumidores, salvo disposição em contrário na presente directiva.”

A explicação do novo método encontra-se no preâmbulo, em especial nos considerandos 7, 13, 14, 15 e 16. Deles resulta, em síntese, que:

a) o efeito dessa harmonização deverá ser a eliminação dos entraves resultantes da fragmentação das normas e a plena concretização do mercado interno nesta área e, além disso, os consumidores deverão gozar de um elevado nível comum de defesa em toda a União;

b) no entanto, os Estados-Membros poderão manter ou introduzir disposições nacionais em relação a questões que não são especificamente abordadas na presente directiva, como, por exemplo, regras adicionais em matéria de contratos de venda, incluindo em relação à entrega de bens, ou requisitos em matéria de prestação de informações durante a vigência do contrato;

c) por outro lado, a presente directiva não prejudica o direito nacional no domínio dos contratos, no que respeita os aspectos do direito dos contratos que não sejam por ela regulados; por conseguinte, a presente directiva não obsta a que o direito nacional regule, por exemplo, a celebração ou a validade de um contrato (por exemplo, no caso da falta de consentimento); do mesmo modo, a presente directiva não prejudica a legislação nacional relativa às vias de recurso contratuais gerais, as regras em matéria de ordem económica pública, como, por exemplo, as regras em matéria de preços excessivos ou exorbitantes, e as regras em matéria de negócios jurídicos não éticos; como também não prejudica o direito nacional em matéria de representação legal, como, por exemplo, as regras respeitantes à pessoa que atua em nome do profissional ou por sua conta (como, por exemplo, um agente ou um depositário);

d) finalmente a presente directiva não harmoniza requisitos linguísticos aplicáveis a contratos celebrados com consumidores podendo, por conseguinte, os Estados-Membros manter ou introduzir no seu direito nacional requisitos linguísticos em matéria de informação contratual e de cláusulas contratuais.

Ou seja, a diretiva estabelece um conjunto de normas-padrão comuns às duas diretivas que revoga e substitui, e aí a harmonização é total e os

Um dos objetivos dominantes da diretiva é o de regular uniformemente a definição e as condições do exercício do direito de retratação

Estados-membros nessas matérias não podem desviar-se delas; no restante, os Estados-membros podem manter ou introduzir disposições que vão além do estatuído na diretiva, designadamente normas de maior proteção para os consumidores, desde que, evidentemente, cumpram com os requisitos estabelecidos no artigo 169º n. 4 do TFUE; por seu turno, a presente diretiva não impede os profissionais de proporem aos consumidores disposições contratuais que vão para além da proteção nela prevista (artigo 3º n. 6).

Acresce que o disposto na diretiva tem carácter injuntivo ou imperativo e nessa medida, se a lei aplicável ao contrato for a lei de um Estado-membro, os consumidores não podem renunciar aos direitos que lhes são conferidos pela transposição da presente diretiva para a legislação nacional e as cláusulas contratuais que, direta ou indiretamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente diretiva não vinculam o consumidor (artigo 25º).

4.4. Principais definições

Matéria a que a diretiva dedica especial atenção e cuidado é na definição de toda a série de conceitos e de noções fundamentais que utiliza.

Convém reter alguns porque ou precisam conceitos antes mal definidos ou constituem verdadeira novidade no acervo comunitário. Assim:

a) A noção 'clássica' de consumidor como qualquer pessoa singular que, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, deve ser temperada com a possibilidade já enunciada de o seu conceito poder ser alargado por forma a incluir pessoas singulares ou coletivas que não são 'consumidores' na acepção da presente directiva, como, por exemplo, as organizações não governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas;

b) Também a noção de profissional é alargada de forma a incluir qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, atue, incluindo através de outra pessoa que atue em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;

c) Com o conceito de bem, a directiva aproveita para esclarecer matéria controvertida incluindo na sua definição a água, o gás e a eletricidade quando forem postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada;

d) Na noção de contrato de compra e venda, a Comissão aproveita para precisar que nele se inclui qualquer contrato que tenha por objeto simultaneamente bens e serviços, pondo termo a inúmeras controvérsias sobre os contratos mistos; simultaneamente delimita a noção de contrato de

prestação de serviços a qualquer contrato, com exceção de um contrato de compra e venda, ao abrigo do qual o profissional presta ou se compromete a prestar um serviço ao consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respectivo preço;

e) a noção de contrato à distancia não se afasta da constante da diretiva 97/7/CE, com a importante ressalva de o sistema não ter de ser 'organizado pelo fornecedor'; já quanto à noção de contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, ela é bastante aperfeiçoada relativamente à que constava da diretiva 85/577/CEE e atualizada para cobrir novas situações que a pratica vinha acolhendo, passando a significar qualquer contrato entre o profissional e o consumidor:

a) Celebrado na presença física simultânea do profissional e do consumidor, em local que não seja o estabelecimento comercial do profissional;

b) Em que o consumidor fez uma oferta nas mesmas circunstâncias, como referido na alínea a);

c) Celebrado no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido pessoal e individualmente contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do profissional, na presença física simultânea do profissional e do consumidor; ou

d) Celebrado durante uma excursão organizada pelo profissional com o fim ou o efeito de promover ou vender bens ou serviços ao consumidor;

f) pelas mesmas razões assume agora particular relevo a definição de estabelecimento comercial como quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o profissional exerça a sua atividade de forma permanente ou quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o profissional exerça a sua actividade de forma habitual;

g) Porque um dos objetivos da nova directiva é a sua aplicação ao comércio eletrónico, assume especial importância a definição do que se deva entender por suporte duradouro – qualquer instrumento que possibilite ao consumidor ou ao profissional armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de uma forma que, no futuro, lhe permita aceder às mesmas durante um período de tempo adaptado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução inalterada das informações armazenadas; e conteúdo digital – dados produzidos e fornecidos em formato digital;

h) Apesar de não ter substituído a Directiva 1999/44/CE, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, a nova directiva fez questão de definir o conceito de garantia comercial, como qualquer

compromisso assumido pelo profissional ou pelo produtor (o “garante”) perante o consumidor, para além das suas obrigações legais no tocante à garantia de conformidade, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem, no caso de este não ser conforme com as especificações ou qualquer outro elemento não relacionado com a conformidade estabelecidos na declaração de garantia ou na respectiva publicidade divulgada aquando ou antes da celebração do contrato;

i) Finalmente, como regula algumas situações de acessoriedade de contratos, a directiva também define o que entende por contrato acessório – contrato ao abrigo do qual o consumidor adquire bens ou serviços no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial e estes bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional.

4.5. Obrigações de informação

Um dos principais aspectos que a diretiva se propôs harmonizar foi o relativo à forma e ao conteúdo das obrigações de informar os consumidores. A diretiva distingue dois tipos de informação precontratual: a genérica e a específica para certo tipo de contratos.

4.5.1. No que se reporta à *informação genérica destinada a contratos diferentes dos contratos à distância ou dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial*, a diretiva impõe, com carácter injuntivo, que o profissional forneça ao consumidor, de forma clara e compreensível, pelo menos a seguinte informação:

“a) Características principais dos bens ou serviços, na medida adequada ao suporte utilizado e aos bens e serviços em causa;

b) Identidade do profissional, nomeadamente o seu nome, firma ou denominação social, endereço geográfico no qual está estabelecido e número de telefone;

c) Preço total dos bens ou serviços, incluindo impostos e taxas ou, quando devido à natureza dos bens ou serviços o preço não puder ser calculado de forma antecipada, a forma como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os encargos suplementares de transporte, de entrega e postais ou, quando tais custos e encargos não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, indicação de que tais encargos podem ser exigíveis;

d) Se aplicável, as modalidades de pagamento, de entrega ou de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço, bem como o sistema de tratamento de reclamações do profissional;

e) Para além de um aviso da existência de uma garantia legal de conformidade dos bens, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, assim como as suas condições, se aplicável;

f) Duração do contrato, se aplicável, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua resolução;

g) Se aplicável, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de protecção técnica;

h) Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, se aplicável.”

No entanto, a diretiva ressalva, em disposição grandemente criticável, a necessidade de ser prestada toda esta informação, *se a mesma decorrer do contexto*. Isto significa que a razão mesma de ser da obrigação se esvai na interpretação subjetiva e controversa daquilo que se deva entender que decorre do contexto do contrato.

Por outro lado, se é certo que esta harmonização é mínima e os Estados-membros podem aprovar ou manter requisitos adicionais em matéria de informação pré-contratual (artigo 5º, n. 4), não é menos certo que os Estados-membros não são obrigados a exigir o cumprimento desta obrigação em contratos que envolvam transações quotidianas e que sejam executados imediatamente no momento em que são celebrados (artigo 5º n. 3).

4.5.2. No que se refere especificamente a *contratos celebrados à distancia, a contratos celebrados fora do estabelecimento comercial e a contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, e ao aquecimento urbano ou aos conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material* (artigo 6º n. 2), o conteúdo da obrigação de informar é mais amplo, comportando obrigatoriamente as seguintes informações, que são consideradas parte integrante dos contratos (artigo 6º n. 5):

a) Características principais dos bens ou serviços, na medida adequada ao suporte utilizado e aos bens e serviços em causa;

b) Identidade do profissional, como o seu nome, firma ou denominação social;

c) Endereço geográfico no qual o profissional está estabelecido, o seu número de telefone e de fax, bem como o seu endereço de correio electrónico, se existirem,

Uma das
preocupações
maiores da
presente diretiva
foi, desde sempre,
a regulamentação
do que se
convencionou
apelidar de
contratos *online*

para permitir ao consumidor contactá-lo rapidamente e comunicar com ele de modo eficaz e, se for o caso, o endereço geográfico e a identidade do profissional por conta de quem actua;

d) No caso de ser diferente do endereço comunicado no termos da alínea c), o endereço geográfico do estabelecimento comercial do profissional e, se aplicável, o do profissional por conta de quem actua, onde o consumidor possa apresentar uma reclamação;

e) Preço total dos bens ou serviços, incluindo impostos e taxas ou, quando devido à natureza dos bens ou serviços o preço não puder ser calculado de forma antecipada, a forma como o preço é calculado, bem como, se for caso disso, todos os encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos ou, quando tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, indicação de que podem ser exigíveis. No caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura, o preço total inclui os custos totais por período de facturação. No caso de se tratar de contratos com uma tarifa fixa, o preço total equivale igualmente aos custos mensais totais. Sempre que os custos totais não puderem ser razoavelmente calculados de forma antecipada, deve ser apresentada a forma de calcular o preço;

f) Custo da utilização do meio de comunicação à distância para a celebração do contrato, sempre que esse custo for calculado numa base diferente da tarifa de base;

g) Modalidades de pagamento, de entrega, de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar os bens ou a prestar os serviços, bem como, se for caso disso, o sistema de tratamento de reclamações do profissional;

h) Sempre que exista um direito de retractação, as condições, o prazo e o procedimento de exercício desse direito nos termos do artigo 11º, n. 1, bem como modelo de formulário de retractação apresentado no anexo I, Parte B;

i) Se aplicável, a indicação de que o consumidor tem de suportar os custos da devolução dos bens em caso de retractação e, no caso dos contratos à distância, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio, os custos da devolução dos bens;

j) Sempre que o consumidor exercer o direito de retractação após ter apresentado um pedido nos termos do artigo 7º, n. 3, ou do artigo 8º, n. 8, a informação de que o consumidor terá a responsabilidade de pagar ao profissional custos razoáveis nos termos do artigo 14º, n. 3;

k) Sempre que não se aplique o direito de retractação nos termos do artigo 16º, a informação de que o consumidor não beneficia de um direito de retractação

ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de retractação;

l) Aviso da existência de uma garantia legal de conformidade dos bens;

m) Se aplicável, a existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais;

n) Existência de códigos de conduta relevantes, na acepção do artigo 2º, alínea f), da Directiva 2005/29/CE, e modo de obter as respectivas cópias, se aplicável;

o) Duração do contrato, se aplicável, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua rescisão;

p) Se aplicável, duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato;

q) Se aplicável, existência de depósitos ou outras garantias financeiras, e respectivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional;

r) Se aplicável, funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de protecção técnica;

s) Se aplicável, qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento;

t) Se aplicável, possibilidade de acesso a um mecanismo extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja submetido e o modo de acesso ao mesmo.”

É, no entanto, importante sublinhar que estas obrigações são complementares dos requisitos de informação constantes das Diretivas 2006/123/CE e 2000/31/CE respectivamente relativas aos serviços no mercado interno e ao comércio eletrónico e não impedem os Estados-membros de estabelecer requisitos de informação suplementares.

Também é importante referir que os Estados-membros podem manter ou introduzir no seu direito nacional requisitos linguísticos em matéria de informação contratual, de forma a assegurar que essa informação seja facilmente compreendida pelos consumidores (artigo 6º, n. 7).

Finalmente é de sublinhar que, nos termos da diretiva, incumbe ao profissional o *ónus da prova* relativamente ao cumprimento dos requisitos em matéria de informação (artigo 7º, n. 9).

4.5.3. A diretiva regula ainda com detalhe os *requisitos formais* aplicáveis aos dois tipos de contrato, os celebrados fora dos estabelecimentos comerciais e os celebrados à distância, em particular através da internet ou outros meios eletrónicos de comunicação à distância (artigos 7º e 8º), em que avultam

as preocupações com a segurança e a certeza jurídicas e a eventualidade da produção de provas.

Estes requisitos são taxativos e a harmonização é total, não podendo os Estados-membros subordinar o cumprimento das obrigações de informação previstas na presente diretiva a quaisquer requisitos formais adicionais de informação pré-contratual (artigo 7º n. 5 e artigo 8º n. 10).

4.6. Direito de retratação

Um dos objetivos dominantes da diretiva, que também constituiu sempre *Leitmotiv* da proposta inicial, é o de regular uniformemente a definição e as condições do exercício do direito de retratação por ser entendimento que a disparidade de critérios vigente nos diversos estados-membros contribui para uma menor expansão do comércio transfronteiras.

Isso mesmo se diz logo no preâmbulo da diretiva, em termos expressivos:

“(40) As diferenças relativas aos prazos de retractação que actualmente existem, quer em função dos Estados-Membros quer no que respeita aos contratos à distância e aos celebrados fora do estabelecimento comercial, criam incertezas jurídicas e custos de conformidade. Deverá aplicar-se o mesmo prazo de retractação para todos os contratos, tanto os celebrados à distância como os celebrados fora dos estabelecimentos comerciais.

(44) As divergências relativas ao direito de retractação nos Estados-Membros implicam custos para os profissionais que realizam vendas transfronteiriças. A introdução de um modelo de formulário de retractação harmonizado que o consumidor possa utilizar deverá simplificar o processo de retractação e proporcionar segurança jurídica. Por estas razões, os Estados-Membros deverão abster-se de acrescentar quaisquer requisitos relativos à apresentação do modelo de formulário da União, nomeadamente no que respeita ao tamanho dos caracteres.”

O princípio fundamental encontra-se plasmado no artigo 9º, que dispõe que “o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias para exercer o direito de retractação do contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, sem necessidade de indicar qualquer motivo, e sem incorrer em quaisquer custos para além dos estabelecidos no artigo 13º, n. 2, e no artigo 14º.”

Da sua aplicação são, no entanto, excepcionados os seguintes contratos:

a) de prestação de serviços, depois de os serviços terem sido integralmente prestados caso a execução já tenha sido iniciada com o prévio consentimento expresso dos consumidores, e com o reconhecimento de que os consumidores perdem

o direito de retratação quando o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional;

b) de fornecimento de bens ou à prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações do mercado financeiro que o profissional não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de retratação;

c) de fornecimento de bens realizados segundo as especificações do consumidor ou claramente personalizados;

d) de fornecimento de bens susceptíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo;

e) de fornecimento de bens selados não susceptíveis de devolução por motivos de proteção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega;

f) de fornecimento de bens que, após a entrega e pela sua natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos;

g) de fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional;

h) para os quais o consumidor tenha solicitado especificamente ao profissional que se desloque ao seu domicílio para efetuar reparações ou operações de manutenção. Se, por ocasião dessa deslocação, o profissional fornecer serviços para além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efetuar a manutenção ou reparação, o direito de retratação deve aplicar-se a esses serviços ou bens adicionais;

i) de fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados a que tenha sido retirado o selo após a entrega;

j) de fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com exceção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações;

k) celebrados em hasta pública;

l) de fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com atividades de lazer se o contrato prever uma data ou período de execução específicos;

As cláusulas contratuais que, direta ou indiretamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente diretiva não vinculam o consumidor (Artigo 25º)

m) de fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação (artigo 16º).

A existência e as condições do exercício do direito de retratação devem ser objeto de informação précontratual, nos termos do artigo 6º alíneas h), i), j), e k). A omissão desta informação faz com que o prazo de retratação apenas expire 12 meses após o termo do prazo de retratação inicial (artigo 10º).

A decisão do consumidor de exercer o direito de retratação deve ser comunicada ao profissional dentro do prazo para o seu exercício, podendo, para o efeito, utilizar o modelo de retratação previsto no anexo I, Parte B da directiva ao qual os Estados-membros não podem acrescentar quaisquer requisitos formais para além dos indicados no referido anexo ou por qualquer outro modo de declaração inequívoca em que comunique a sua decisão de retratação do contrato (artigo 11º n.1). Cabe ao consumidor o ónus da prova do exercício do direito de retratação.

Os artigos 12º, 13º e 14º regulam os efeitos do exercício do direito de retratação e as obrigações do profissional e do consumidor. Deles importa destacar que:

a) O exercício do direito de retratação determina a extinção das obrigações das partes de executar o contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial; ou celebrar o contrato à distância ou fora do estabelecimento comercial, nos casos em que tenha sido apresentada uma oferta pelo consumidor;

b) O profissional deve reembolsar todos os pagamentos recebidos do consumidor, incluindo, se aplicável, os custos de entrega, sem demora injustificada e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias a contar da data em que é informado da decisão do consumidor de se retratar do contrato; o profissional não é obrigado a reembolsar os custos adicionais de envio, se o consumidor tiver solicitado expressamente uma modalidade de envio diferente da modalidade padrão menos onerosa proposta pelo profissional; o profissional pode reter o reembolso até ter recebido os bens de volta, ou até o consumidor ter apresentado prova do envio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro;

c) Salvo se o profissional se tiver oferecido para recolher ele próprio os bens, o consumidor deve devolver os bens ou entregá-los ao profissional, ou a uma pessoa autorizada pelo profissional a recebê-los, sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que tiver informado o profissional da sua decisão de retratação do contrato;

d) O consumidor suporta apenas o custo direto da devolução dos bens, salvo se o profissional concordar em suportar o referido custo ou se o profissional não tiver informado o consumidor de que este último tem de suportar o custo;

e) No caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial em que os bens foram entregues ao domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato, o profissional recolhe, a expensas suas, os bens se, pela sua natureza, estes não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio;

f) O consumidor só é responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma manipulação dos bens que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens. O consumidor não é, em caso algum, responsável pela depreciação dos bens quando o profissional não o tiver informado do seu direito de retratação;

g) O consumidor não incorre em qualquer responsabilidade decorrente do exercício do direito de retratação.

Apesar do detalhe e do pormenor da regulamentação cumpre registar alguma diversidade na qualificação jurídica do direito de retratação, pelo que teria sido importante que a diretiva tivesse investido numa mais cuidada definição da sua natureza jurídica.

4.7. Outros direitos dos consumidores

Sob esta epígrafe genérica o capítulo IV da diretiva regula aspectos importantes do regime da compra e venda, como sejam o prazo máximo para a entrega de bens e as consequências da não entrega atempada (artigo 18º), o regime da transferência do risco de perda ou danos dos bens expedidos nas vendas à distância (artigo 20º) e a regulação dos pagamentos adicionais à remuneração acordada relativamente à obrigação contratual principal (artigo 22º).

De relevante importância salienta-se a proibição de os profissionais cobrarem dos consumidores, em relação à utilização de certos meios de pagamento, taxas que ultrapassem o custo por eles suportados pela utilização de tais meios de pagamento (artigo 19º) embora se tivesse preferido uma norma mais radical que eliminasse a cobrança de qualquer acréscimo de preço consoante o meio de pagamento utilizado, desde que seja considerado liberatório e equivalente ao pagamento em numerário.

4.8. Os contratos online

Uma das preocupações maiores da presente diretiva foi, desde sempre, a regulamentação do que se convencionou apelidar de contratos *online*. No entanto o resultado não foi convincente porquanto, em vez de uma

regulamentação própria para este tipo de contratos, que nem sequer são definidos como tal, o que se colhe do articulado são uma série de disposições dispersas e mal concatenadas.

Para a definição do seu regime são, desde logo, importantes as definições de *conteúdo digital* e de *suporte duradouro* (artigo 2º n.ºs 10 e 11), nomeadamente este último, que veio esclarecer uma noção já utilizada em várias diretivas comunitárias e que é definido como “*qualquer instrumento que possibilite ao consumidor ou ao profissional armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de uma forma que, no futuro, lhe permita aceder às mesmas durante um período de tempo adaptado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução inalterada das informações armazenadas*”.

No que se refere às *obrigações de informação* a diretiva inclui, no caso dos contratos *online*, algumas informações de extremo relevo e importância, de que se destacam:

a) a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica;

b) qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento (artigos 5º n. 1 alíneas g) e h) e artigo 6º n. 1 alíneas q) e r)).

Por outro lado, no que se refere aos *requisitos formais* que se aplicam aos contratos à distância, o artigo 8º, em especial nos seus números 2, 3 e 7, regulam importantes aspectos de contratos celebrados por via eletrónica, quer no que se refere ao conteúdo de certos tipos de informação, quer na forma de se realizarem “*encomendas com obrigação de pagar*”, quer pelo que respeita a restrições de entrega ou meios de pagamento aceites, quer, por fim, no que toca à confirmação do contrato celebrado em suporte duradouro. O n. 9 ressalva ainda o disposto nos artigos 9º e 11º da Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico.

Por fim, o artigo 16 alínea m) excepciona do *direito de retratação* o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento de que deste modo perde o direito de retratação.

4.9. Disposições gerais

No capítulo V estabelecem-se as habituais normas de transposição e de aplicação da diretiva.

Alguns preceitos merecem, no entanto, uma referência especial. Desde logo o que estabelece, com clareza, o *caráter injuntivo* da diretiva, nos seguintes termos:

“Se a lei aplicável ao contrato for a lei de um Estado-Membro, os consumidores não podem renunciar aos direitos que lhes são conferidos pela transposição da presente directiva para a legislação nacional.

As cláusulas contratuais que, direta ou indiretamente, excluam ou limitem os direitos resultantes da presente diretiva não vinculam o consumidor” (Artigo 25º).

Por seu lado, o artigo 27º regula o “*fornecimento não solicitado*” em termos inteiramente corretos. Aí se dispõe:

“O consumidor está isento da obrigação de pagar qualquer contrapartida nos casos de fornecimento não solicitado de bens, água, gás, electricidade, aquecimento urbano ou conteúdos digitais ou de prestação não solicitada de serviços, proibidos nos termos do artigo 5º, nº 5 e do ponto 29 do anexo I da Directiva 2005/29/CE. A ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento ou da prestação não solicitados não vale como consentimento.”

O que é curioso é o fato de este preceito aparecer na presente diretiva, como se pretendesse corrigir aqui o “esquecimento”, aliás denunciado por muitos juriconsultos, de preceito de conteúdo semelhante no local apropriado, que seria a Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais. É caso para dizer que mais vale tarde do que nunca...

Impõe-se uma referência particular à preocupação que a diretiva põe na informação aos consumidores e aos profissionais da transposição da presente diretiva, essencial para a sua efetiva aplicação (artigo 26º).

Por fim, a diretiva estabelece que a sua transposição deve ocorrer até 13 de dezembro de 2013, para entrar a vigorar a partir de 13 de junho de 2014 e apenas para os contratos celebrados após essa data.

Bruxelas, 10 de janeiro de 2012

Notas

¹ O relato pormenorizado desta longa saga pode ver-se em dois artigos que publiquei na *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, da APDC, nos números 60 de dezembro de 2009 e 61 de maio de 2010.

² Ver JO C 158 de 1989; é no seu seguimento que um grupo de eminentes juristas publica o primeiro conjunto de estudos, coordenado e editado pela Kluwer Law International (1a. ed. 1994;

2. ed. 1998) sob o título “Towards a European Civil Code”, em que avultam nomes como Edwoud HONDIUS, Arthur HARTKAMP, Thomas WILHELMSSON, Ole LANDO, Christian Von BAR, Geraint HOWELLS entre outros. Em 1997, uma outra perspectiva de aproximação a um direito privado europeu ressalta no Colóquio realizado na Universidade de Reims e cujas Atas foram publicadas sob a direção de Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES sob o título “Le Droit Privé européen” (ed. ECONOMICA, 1998 Coll. Études Juridiques).

³ COM (2001) 398 final de 11 de julho de 2001 (JO C 255 de 13.09.2001); ver Parecer CES 836/2002 de 17 de julho de 2002 (INT/117), Relator D. RETUREAU; ver igualmente o Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno do PE, de 6 de novembro de 2001, elaborado pelo deputado K-H. LEHNE (Doc. A5-0384/2001).

⁴ Entre os principais contributos para esta discussão destacam-se os artigos de Denis MAZEAUD, professor na Universidade Paris II e Presidente da Associação Henri Capitant “Faut-il avoir peur du droit européen des contrats?”, in «Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation», Thierry BOURGOIGNIE, GREDICC-UQAM, Ed. Yvon Blais, 2006, pág. 83; Norbert REICH, professor emérito na Universidade de Bremen e atualmente na Universidade de Tartu, Estónia, “A European Contract Law or an EU Contract Law Regulation for Consumers?” in Revue européenne de droit de la consommation 1/2006, pág. 5; do mesmo, “A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration”, Zentrum für Europäische Rechtspolitik-Diskussionpapier 7/2006; Thomas WILHELMSSON, professor na Universidade de Helsinki, “Varieties of Welfarism in European Contract Law, in European Law Journal, v. 10, n. 6, pág. 712; Reiner SCHULZE, professor na Universidade de Münster, “Consumer Law and European Contract Law” in The Yearbook of Consumer Law 2007, pág. 153; Guido ALPA, professor de Direito Privado, Universidade de Roma, « The Future of European Contract Law: Some questions and some answers » in The Yearbook of Consumer Law 2008, pág. 19; Norbert REICH, «Crisis or future of European Consumer Law?» in The Yearbook of Consumer Law 2009, pág. 3. Já na presidência francesa, em finais de outubro de 2008, importa destacar a importante conferência realizada na Universidade da Sorbonne, em Paris, sobre “Quel Droit Européen des contrats pour l’Union Européenne?” (23-24 de outubro de 2008), onde se confrontaram alguns dos maiores expoentes do pensamento jurídico europeu sobre esta matéria, tendo a posição da Comissão sido apresentada por Salla SAASTAMOINEN, chefe de unidade e Georg HAIBACH, administrador, ambos da Unidade da Justiça Civil da Direção Geral Justiça, Liberdade e Segurança.

⁵ COM (2003) 68 final de 12 de fevereiro de 2003 (JO C 63 de 15.03.2003).

⁶ Ainda desta vez o PE foi particularmente crítico quanto às medidas e iniciativas propostas pela Comissão, podendo ler-se no Relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno de 9 de julho de 2003, elaborado pelo deputado Klaus-Heiner LEHNE, à guisa de resumo sobre a Comunicação da Comissão: “*O plano de ação da Comissão – muitos planos e pouca ação*” (Doc. A5-0256/2003).

⁷ COM (2004) 651 final de 11 de outubro de 2004 (JO C 14 de 20.01.2005).

⁸ Cf. o Parecer do PE de 18.10.2005, de que foi relatora a deputada Diana WALLIS, membro da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores, que não se eximiu a criticar, de forma particularmente contundente, a ausência de participação democrática do PE no que considerou tratar-se de um “exercício em matéria de legislar melhor”, não sendo “de forma alguma claro a que é que o mesmo conduzirá em termos de resultados práticos nem qual a base jurídica para a adoção de qualquer instrumento ou instrumentos vinculativos” (Doc. PE 364.753v01-00). Por estas razões o PE decidiu constituir um grupo permanente no seio da Comissão dos Assuntos Jurídicos para acompanhar este tema e encomendou e apresentou em setembro de 2008 um dos mais importantes estudos críticos sobre o CFR, da autoria de Martijn W. HESSELINK, professor de direito privado europeu da Universidade de Amsterdão, intitulado “The values underlying the Draft Common Frame of Reference: What role for fairness and “social justice”?” e divulgado na Conferência de Paris de 23 e 24 de outubro (PE 408 312) (ver nota 6).

⁹ Inicialmente presidido pelo professor Reichert Facilides e atualmente dirigido pelo professor Helmut Heiss, este Grupo acaba de publicar a primeira parte dos resultados do seu trabalho, em livro intitulado “Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)” ed. Sellier European Law Publishers GmbH, Munich, 2009. O autor teve o privilégio e a honra de pertencer a este Grupo desde 2002 a 2005 e contou com o seu apoio muito especial na elaboração do Parecer de Iniciativa do CESE, de que foi relator, sobre a Lei Europeia do Contrato de Seguro onde, pela primeira vez, no seio das instituições comunitárias, se fez a defesa do chamado “28º regime” como forma de melhor legislar a nível europeu (CESE 1626/2004 de 15 de dezembro de 2004(INT/202).

¹⁰ De entre as variadas conferências sobre este tema, em que o autor teve oportunidade de participar como orador, enquanto membro do CESE, destacam-se a Conferência promovida pela Presidência austríaca e realizada em Viena a 26 de maio de 2006, especificamente sobre “The Review of the Consumer Acquis and the Common Frame of Reference – Progress, Key Issues and Perspectives”, onde prestigiados académicos e representantes dos interesses em causa tiveram oportunidade de se interrogarem e de questionarem criticamente a Comissão sobre o estado e o futuro do exercício em curso; a “Conference on Private Law and the many Cultures of Europe”, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Helsinkia, a 27/29 de agosto de 2006, onde merecem uma referência especial as intervenções sobre esta temática, de Martin J. DORIS e de Sandra M. COLINO, da Universidade de Glasgow, com o título “The creation of an European Identity through Legal Harmonization and its Implications for National Cultures” e de Brigittta LURGER, da Universidade de Graz, Áustria, sob o título “Common Frame of Reference/Optional Code and the Various Understandings of Social Justice in Europe”; a conferência realizada na Cour de Cassation, em Paris, em 26 de janeiro de 2007, promovida pelos participantes no Manifesto “Social Justice in European Contract Law” e dirigida pelas professoras Horatia MUIR-WATT e Ruth SEFTON-GREEN da Universidade de Paris I, sob o lema “Démocratie et justice sociale: Quel avenir pour le droit privé européen?” onde merecem ser sublinhadas as contribuições dos professores Hans MICKLITZ, da Universidade de Bamberg, Hugh COLLINS, da London School of Economics, Thomas WILHEMSSON da Universidade de Helsinki

e de Stephen WEATHRILL, da Universidade de Oxford; a “SECOLA Conference on the Common Frame of Reference and the future of European Contract Law”, realizada em Amsterdão a 1/2 de junho de 2007, promovida pela Society of European Contract Law (SECOLA) em colaboração com o Centre for the Study of European Contract Law, onde o autor fez parte do painel de discussão final, juntamente com a comissária KUNEVA, o ministro da Justiça da Alemanha OEHLER, o Ministro da Justiça da Holanda BOUWES e o professor Thomas WILHELMSSON da Universidade de Helsinkia. Promovida pela Comissão foi também importante a “Stakeholders’ Conference” realizada no Centre Albert Borschette, em Bruxelas, a 14 de novembro de 2007, onde a Comissão foi amplamente confrontada com a falta de resultados e a ambiguidade latente de todo este exercício.

¹¹ Primeiro Relatório Anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo de 23 de setembro de 2005 (COM (2005) 456 final) e Segundo Relatório de progresso sobre o Quadro Comum de Referência de 25 de julho de 2007 (COM (2007) 447 final).

¹² Segundo consta os trabalhos em causa terão sido oficialmente entregues à Comissão a 31 de dezembro de 2007 compreendendo o Draft Common Frame of Reference (DCFR), os dois volumes do estudo de direito comparado elaborado pela Associação Henri Capitant e a Sociedade de Legislação Comparada, relativos à “Terminologia Contratual Comum” e aos “Princípios Contratuais Comuns” e a Parte Geral do “Insurance Restament Law”.

¹³ Em maio de 2003 a DG SANCO identificou como fazendo principalmente parte deste acervo 18 diretivas e 4 recomendações, embora no *site* da Comissão, em 2007, se contassem por 253 as medidas legislativas relativas aos consumidores.

¹⁴ Entre as várias experiências nesse sentido ressaltam-se o Código do Consumo Francês, versão “menos ambiciosa” do que o projeto inicial, no dizer do seu próprio autor, Jean CALAIS-AULOY, (Cf. “Propositions pour un code de la consommation” in La Documentation Française, 1990 e também do mesmo autor e de Franz STEINMETZ, “Droit de la Consommation”, Dalloz, 4. ed., 1996, pág. 28 e sgs; ver igualmente, de Yves PICOD e Hélène DAVO, “Droit de la Consommation”, Armand Colin, 2005, pág. 7 e sgs.). Na Bélgica idêntica iniciativa, levada a cabo por Thierry BOURGOIGNIE, não chegou a passar de Projeto. Entre nós foi em 1996 constituída uma Comissão encarregada da elaboração de um Código do Consumo, presidida pelo professor António PINTO MONTEIRO, cujos trabalhos apenas 10 anos depois foram publicados em forma de Anteprojeto (ed. Instituto do Consumidor, março de 2006), não havendo notícia do futuro destino deste labor, o qual foi acolhido com as mais sérias reservas, quer nos meios académicos, quer pelas organizações representativas dos interesses em causa, consumidores e profissionais. Recentemente na Itália, em Malta e no Luxemburgo foram publicados Códigos do Consumo, embora sem o carácter demasiado ambicioso do projeto português, mais ao estilo de verdadeiras Leis de Defesa dos Consumidores desenvolvidas e aprofundadas nos seus aspectos essenciais. Fora da Europa merece destaque a forma como esta ideia foi concretizada no Brasil.

¹⁵ Primeiro com o artigo 129 A do Tratado de Maastricht e depois com o artigo 153 do Tratado de Amsterdão.

¹⁶ Para uma análise das várias noções de codificação e do pensamento de alguns dos mais ilustres juristas europeus sobre este tema, ver as Atas e Debates do Colóquio realizado em Lyon a 12 e 13 de dezembro de 1997, reunidas em livro editado pela Bruylant (1998), sob o título “Vers un Code Européen de la Consommation”, em especial as intervenções de Filali OSMAN “Codification, Unification, Harmonisation du droit en Europe: un rêve en passe de devenir réalité?” e de Antoine JEAMMAUD, “Unification, Uniformisation, Harmonisation: de quoi s’agit-il?”. Ver, igualmente, de Thierry BOURGOIGNIE, “Vers un droit européen de la consommation: unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté?” in *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, n^{os} 1-2, março/junho 2005, pág. 153.

¹⁷ COM (2001) 531 final de 2 de outubro de 2001; ver Parecer CESE 344/2002, de 20 de março de 2002 (INT/127), relatora A. DAVISON (JO C 125 de 27.05.2002).

¹⁸ COM (2002) 289 final de 11 de junho de 2002.

¹⁹ São estas comunicações que se irão concretizar na Proposta da Comissão relativa a uma Diretiva sobre as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno (COM (2003) 356 final de 18 de junho de 2003), que esteve na origem da Diretiva 2005/29/CE de 11 de maio de 2005 (JO L 149 de 11.06.2005); ver Parecer CESE 105/2004, de 29 de janeiro de 2004, (INT/201), relator H. BATALLER. Sobre esta Diretiva, os seus antecedentes e o significado político da sua adoção ver, do autor, “A ‘lealdade’ no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária (análise crítica da Directiva 2005/29/CE)”, in *RPDC*, n. 44, dezembro de 2005, págs. 17 e sgs. e “A Publicidade na Europa”, in *RPDC*, n. 48, págs. 47 e sgs. Ver também do professor Mário Frota “Das práticas comerciais na União Europeia – o ordenamento da União Europeia”, in *RPDC*, n. 43, setembro 2005, pág. 28 e sgs. e de Óscar Lopez Santos “La directiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripcion y comentario crítico”, in *RPDC*, n. 47, setembro 2006, págs. 15 e sgs.

²⁰ COM (2002) 208 final de 7 de maio de 2002 (JO C 137 de 08.06.2002); ver Parecer CESE 1194/2002 de 26 de fevereiro de 2003 (INT/150), relatora A. DAVISON.

²¹ In JO L 149 de 11.06.2005, transposta no direito interno português pelo Decreto-Lei 57/08 de 26 de Março; a Comissão intentou ações por incumprimento de transposição desta directiva no Tribunal de Justiça contra a Hungria (Proc. C-270/08 de 24.06.08), o Luxemburgo (Proc. C-282/08 de 27.06.08), a Holanda (Proc. C-283/08 da mesma data), o Reino Unido e a Irlanda (Proc. C-284/08, da mesma data), a Espanha (Proc. C-321/08 em 15.07.08) e a Alemanha (Proc. C-326/08 de 16.07.08).

²² In JO L 133 de 22.05.2008, transposta no direito interno português pelo recente Decreto-Lei 134/09 de 2 de Junho.

²³ In JO L 33 de 03.02.2009.

²⁴ COM (2006) 744 final de 8 de fevereiro de 2007 (JO C 61 de 15.03.07).

²⁵ 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); 97/77/CE 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).

²⁶ 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.

²⁷ Comunicação da Comissão COM (2007) 99 final de 13.03.2007 “Responsabilizar o consumidor, melhorar 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.

²⁸ 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).

²⁹ As respostas ao Livro Verde são analisadas no relatório pormenorizado encomendado pela Comissão Europeia, sendo de assinalar que metade das contribuições recebidas provêm do setor profissional (150), repartindo-se a outra metade entre entidades dedicadas à defesa dos consumidores (53), profissionais da justiça e outros (33), autoridades públicas (39) e meio académico (32).

³⁰ Ver Parecer CESE 668/2007 de 12 de julho de 2007 (INT/336), relator R. ADAMS.

³¹ 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”.

³² Intitulado “Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis” de 06/11/2007, elaborado por três firmas de consultores, GHK, CIVIC CONSULTING e BUREAU VAN DIJK, disponível no sítio web da Comissão.

³³ 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.

³⁴ 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, em que este órgão pede “explicações” à Comissão quanto a quatro aspectos fundamentais do CFR, a saber, a sua finalidade, o seu conteúdo, o seu objeto e a sua natureza legal, questionando as indefinições latentes naquele projeto, denunciadas pelo PE. Não respondendo diretamente às questões do Conselho, esta proposta permitiu demonstrar que o projeto CFR tinha uma aplicação prática e imediata.

³⁵ Sob o lema “Journée européenne de la Consommation” em 5 e 6 de dezembro de 2008. O representante da Comissão foi o bem conhecido Sr. Giuseppe ABBAMONTE, diretor da Unidade B2 da DG SANCO.

³⁶ Com efeito, das oito diretivas enunciadas no Livro Verde, a proposta apenas se propõe agora reformular as diretivas relativas aos contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais (85/577/CEE, de 20.12.85), às cláusulas abusivas (93/13/CEE, de 05.04.93), aos contratos à distância (97/7/CE, de 20.05.97) e a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ele relativas (1999/44/CE, de 25.05.99).

³⁷ Que dispõe: “*Os Estados-Membros não podem manter ou introduzir na sua legislação nacional disposições contrárias às previstas na presente directiva, nomeadamente disposições mais ou menos rigorosas que tenham por objectivo garantir um nível de defesa dos consumidores diferente.*”

³⁸ Embora nem a sua tradução nas diversas versões linguísticas da proposta seja coincidente em termos de precisão técnico-jurídica, nem, como se verá, do seu regime seja clara quer a noção que lhe está subjacente quer os seus efeitos jurídicos.

³⁹ Sem embargo de as novas disposições não cobrirem inteiramente o âmbito da mencionada diretiva.

⁴⁰ In “BUSINESS EUROPE” Proposal for a Directive on Consumer Rights, Key messages <www.bussinesseurope.eu>

⁴¹ Cf. “UEAPME Position on the proposal for a Directive on Consumer Rights (COD/2008/0196).

⁴² 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?*”, quer em Bruxelas durante o “2nd Consumer Rights Directive Fórum!” promovido pelo FORUM EUROPE, a 2 de junho de 2010).

Cf. igualmente a «Appréciation générale de la proposition de Directive européenne au regard du droit français de la consommation» da CONSOFRANCE <<http://www.conso-france.org/>>

⁴³ 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 caráter 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.

⁴⁴ Idêntica posição crítica tomou a COFACE, apesar de não ser uma organização de consumidores, advogando uma harmonização mista e focalizada.

⁴⁵ Cf. a intervenção de Alain BAZOT, Presidente da UFC – Que Choisir, durante a Conferência de Paris em 5 de dezembro de 2009.

⁴⁶ Cf. a intervenção de Reine-Claude MADER SAUSSAYE, Presidente da CLCV (Association cosnomation, logement et cadre de vie”, durante a Conferência de Paris em 5 de dezembro de 2009 .

⁴⁷ Cf. a intervenção de Paolo MARTINELLO, Presidente da Associação italiana ALTROCONSUMO”, durante a Conferência de Paris em 5 de dezembro de 2009.

⁴⁸ Cf. a intervenção do dr. Luís Silveira Rodrigues, em nome da DECO, durante a Conferência de Paris, em 5 de dezembro de 2009, sob o título “Rights conferred to consumers by the proposal of directive”.

⁴⁹ Em artigo intitulado “Proposition de directive relative aux droits des consommateurs: Avantage pous les consommateurs ou faveur pour les professionnels? « in «La Semaine Juridique» n. 9 25.02.2009.

⁵⁰ A 2 de março de 2009, perante a Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores.

⁵¹ In Revue de Droit de la Consommation 2009/2 pág. 578 e sgs.

⁵² Com uma intervenção provocatória sobre “Le champ d’application de la Proposition de Directive”.

⁵³ Parecer CESE 386/2009 (INT/464), 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.

⁵⁴ Publicado no JO C 200 de 25.08.2009, págs. 76 e sgs.

⁵⁵ Respetivamente Sessões 2982 e 3016 do Conselho de 3/4 dezembro de 2009 e 25/26 de maio de 2010.

⁵⁶ Do. 17076/09 (Presse 365).

⁵⁷ Doc. 10123/10 (Presse 136).

⁵⁸ Notável e a merecer uma referência muito especial, o Relatório de Informação da Comissão dos Assuntos Europeus sobre esta proposta, apresentado pela deputada Marietta KARAMANLY, in <<http://www.assemblee-nationale.fr>>

⁵⁹ Texto adotado pela Comissão dos assuntos europeus a 31 de março de 2009 (ref. E 4026).

⁶⁰ Doc. PE439.177v02-00 (DT\807372).

⁶¹ No seguimento, aliás, do documento de trabalho sobre a mesma proposta apresentado por Arlene McCARTHY (IMCO/6/68476).

⁶² A 2 de março e 29 de setembro de 2009.

⁶³ A 26 de janeiro de 2009 e 23 de fevereiro de 2010.

⁶⁴ Doc. PE442.789n02-00 (PR\818460).

⁶⁵ Cf, Hearing with Viviane REDING, Written Answers, Notice to Members (PE431.139v02-00 de 07.01.2010; CM\800797).

SEGURANÇA ALIMENTAR NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO E DA UNIÃO EUROPEIA

1a. parte

ANA CAROLINA HASSE DE MORAES

Bacharel em Direito/PR

Resumo

O presente estudo retrata o quadro comparativo entre o direito do consumidor no Brasil e na União Europeia no âmbito de segurança alimentar. Trata-se da grande relevância do tema para a sociedade no geral, demonstrando desde a história do direito do consumidor em ambos os direitos até os dias atuais, bem como os órgãos ou entidades de defesa ou proteção ao consumidor e segurança alimentar. A fim de se entender melhor a relação entre consumidor e segurança alimentar, tratou-se dos conceitos de consumidor, fornecedor ou prestador de serviços, produtos e serviços em ambas, de mesma sorte sobre os princípios destes direitos referentes à segurança alimentar. Por fim, tratou-se do conceito de segurança dos alimentos, da importância de seu controle, dos elementos pertinentes a ela, de que consistem os gêneros alimentícios e dos organismos geneticamente modificados e seus efeitos na sociedade

Résumé

Cette étude montre le cadre comparatif parmi le Droit de la Consommation au Brésil et dans l'Union Européenne à la portée de la sécurité alimentaire. On traite de la grande importance sur le thème pour la société en général, en montrant depuis l'histoire des deux Droits de la Consommation jusqu'à aujourd'hui et aussi en montrant des organes ou les entités de défense ou protection des consommateurs et sécurité alimentaire. Afin de mieux comprendre la relation parmi le consommateur et la sécurité alimentaire, on traite de les concepts de consommateur, fournisseur, produits et services, de la même façon sur les principes de ces Droits sur la sécurité alimentaire. Enfin, on aborda les concepts de sécurité des aliments, l'importance de leur contrôle, les éléments pertinents à celui-ci, qui sont les produits alimentaires et les Organismes Génétiquement Modifiés et leurs effets sur la société

1. Introdução

Recentemente, muitas abordagens sobre o tema segurança alimentar têm sido feitas, principalmente no que se refere ao consumidor e sua falta de confiança nas relações de consumo dessa estirpe. Ainda, tal tema é discutido e estudado praticamente em todos os países, haja vista a preocupação existente.

Porém, o que ocorre em regra entre esses países é a tentativa de se evitar o acontecimento de futuros problemas ao consumidor, tanto os já conhecidos, como os que possam vir a acontecer, de modo que o desenvolvimento alimentar decorra com o mínimo de prejuízo a toda a cadeia.

Tal segurança deve se dar em todas as fases de produção, transformação e distribuição. De mesma sorte, essa garantia deve ser proporcionada pelos operadores do setor alimentar, operadores do setor de animais criados para o gênero alimentício e operadores dos alimentos dados a animais produtores de gênero alimentício.

A preocupação existe em razão de uma série de eventos que já ocorreram previamente, como a Encefalopatia Espongiforme Bovina (BSE) vulgarmente conhecida como a doença da vaca louca, a qual teve mais de 180 mil pessoas atingidas na Inglaterra; as dioxinas encontradas em suínos, aves, peixes, bovinos e laticínios; e a febre aftosa. Também se pode citar o caso dos vinhos italianos, no ano de 1981, os quais continham excesso de metanol e por isso intoxicaram milhares de consumidores. Igualmente o caso do azeite espanhol, gerador de pneumonia atípica em centenas de pessoas. Os exemplos são inúmeros e em razão deles urgiu a necessidade da abertura para discussão de tais assuntos à sociedade. Certo é que esses acidentes de consumo chegam a atingir milhares de vítimas.

Na Comunidade Europeia, importantes acontecimentos foram a criação do Livro Branco e do Regulamento CEE 178/2002, de 28 de fevereiro. No Brasil, além do Código de Defesa do Consumidor, houve a criação de órgãos como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro).

Atualmente, a União Europeia possui em torno de 500 milhões de consumidores. Portanto, os Estados-membros são induzidos a criar políticas direcionadas à defesa de seus interesses, sendo a segurança dos alimentos uma delas. No Brasil, o número de consumidores chega aproximadamente a 190 milhões.

Fato é que todo consumidor tem direito ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, que não comprometam a saúde e respeitem as regras estabelecidas por órgãos criados para tais fins. Caso contrário, a não observância deste fator pode gerar insegurança alimentar, qual seja, no caso em questão, o consumo de alimentos de qualidade duvidosa e/ou prejudicial à saúde.

2. Noções gerais

O direito do consumidor, dentre todos os outros novos direitos, é dos mais notórios dada sua magnitude, a qual se dá tanto por sua finalidade quanto pela amplitude do seu campo de incidência.

2.1. História da defesa do consumidor no Brasil

A proteção do consumidor é matéria que nasceu gradativamente no Brasil, primeiramente pela criação de leis que defendiam indiretamente esse sujeito da relação jurídica consumerista, para só então depois criar leis específicas referentes a esse direito.

O primeiro indício no Brasil desta proteção foi em 7 de abril de 1933, quando entrou em vigor a Lei 22.626¹, pertinente aos juros nos contratos e que teve como enfoque reprimir a usura. Esta se caracteriza pela prática da cobrança de juros excessivos pelo empréstimo de determinada quantia em dinheiro. Destarte, essa lei delimita a quantia a ser cobrada para empréstimos pessoais, ou seja, não deixa de configurar uma proteção ao consumidor.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1934² algumas normas nela contida possuíam caráter protecionista no que tangia à economia popular, pois havia alguns artigos que defendiam o consumidor.

Ato contínuo, houve a criação do Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938³, e do Decreto-Lei 9.840, de 11 de setembro de 1946⁴, os quais tratam de crimes contra a economia popular. No entanto, a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951⁵, entra em vigor justamente para regular estes crimes contra a economia popular, revogando ambos os decretos-leis.

Já a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, veio regular a repressão ao abuso do poder econômico, a qual deu origem ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Este instituto consiste numa autarquia federal brasileira e almeja orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder

econômico, de modo que exerce papel tutelar da prevenção e repressão do mesmo.

A função principal do Cade é a de decidir sobre matéria concorrencial nos processos repassados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Atua no mercado brasileiro através de caráter preventivo, repressivo e educativo. Na União Europeia quem realiza esse papel é a Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, obviamente em prol de toda a sociedade do conglomerado.

Entre 1971 e 1973 foram realizados debates liderados pela deputada Nina Ribeiro no que tange à necessidade de proteção aos consumidores.

Em 1976 foi a vez do Instituto dos Advogados de São Paulo realizar debates acerca do assunto, sendo que em 1978 o Procon, também de São Paulo – este sendo o primeiro órgão criado para o amparo do consumidor – discutiu sobre a não existência de lei específica em torno na matéria.

Em 7 de novembro de 1984, entrou em vigor a Lei 7.244, a Lei dos Juizados de Pequenas Causas, mais tarde, especificamente em 26 de setembro de 1995, revogada pela Lei dos Juizados Especiais de n. 9.099⁶.

A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, veio disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e, sobretudo, ao consumidor.

Em 24 de julho de 1985, através do Decreto 91.469 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), extinto no Governo Collor e substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (DNPC), subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).

E em 16 de junho de 1986 entrou em vigor a Lei 7.492⁷, que disciplinava os crimes contra o sistema financeiro nacional, conhecidos vulgarmente pelo nome de crimes do ‘colarinho branco’.

No entanto, foi com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o consumidor conseguiu sua vitória mais importante, pois este instrumento jurídico disciplinou os direitos do consumidor em quatro de seus dispositivos, quais sejam: art. 5º, XXXII; 24, VIII; 170, V, todos da própria CF; e 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Fato é que todo
consumidor
tem direito ao
acesso regular
e permanente
a alimentos de
qualidade

Finalmente, em 1989, foi formada a Comissão de Juristas comandada por Ada Pellegrini Grinover, para que fosse elaborado o Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, dando origem assim ao Código de Defesa do Consumidor, sob a égide da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990⁸, ou seja, dois anos depois de determinação da CF.

Destarte, a defesa e proteção do consumidor se tratam então de direitos fundamentais de caráter constitucional, haja vista previsão legal na própria Constituição Federal.

2.2. História da defesa do consumidor na União Europeia

Mister falar da revolução industrial para o desenvolvimento do direito do consumidor, uma vez que foi por meio dela que a produção e a distribuição passaram a ser em massa, fazendo com que o comerciante e consumidor passassem a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, não podendo conhecer o real conteúdo, como ensina Sergio Cavalieri Filho⁹.

Entretanto, com tantas mudanças no mercado de consumo, o direito privado se tornou insuficiente e ultrapassado para amparar tais relações contratuais, de sorte que foi preciso a criação de um direito mais específico e abrangente na área, que acabasse com as desigualdades econômicas e jurídicas entre fornecedor e consumidor que haviam surgido.

Outro fator histórico que também contribuiu para o surgimento deste direito foi o desenvolvimento tecnológico e científico, o qual aumentou os riscos do consumidor. Tal fato se dá em razão de que, na produção em série, riscos e danos podem ser causados através de um único defeito de concepção ou fabricação. Os mesmos riscos e danos alcançam um número indeterminado de consumidores, algumas vezes até um número amplo deles. Trata-se, assim, dos riscos de consumo, riscos em série e riscos coletivos.

As fontes primárias e as fontes derivadas são de onde surgiu a estrutura do direito comunitário, sendo que a primeira fonte são os tratados institucionais e modificativos, e a segunda os atos comunitários obrigatórios e motivados, com os regulamentos, as diretivas e as decisões.

Essas fontes se associam aos tipos jurídicos comunitários e a principiologia constitucional consiste nos princípios da democracia, da liberdade econômica, da primazia do direito comunitário, da subsidiariedade e do pós-nacional.

Em 1970 se deu a primeira manifestação em relação ao direito do consumidor na União Europeia através de trabalhos de pesquisa realizados pelo Conselho da Europa e, este, por intermédio do Comitê Europeu de Cooperação Diplomática. Tais trabalhos serviram para a composição de uma

convenção acerca do consumo para a Europa. Contudo, vale ressaltar que alguns países europeus como França, Alemanha e Inglaterra já haviam se manifestado no âmbito consumerista anteriormente, no final do século XIX e início do século XX, em razão do desenvolvimento industrial nestes.

Destarte, umas das primeiras leis a serem criadas no âmbito da proteção ao consumidor foram as seguintes leis francesas: Lei de 22 de dezembro de 1972, a qual admitia que os consumidores dispusessem de um período de sete dias de reflexão sobre a compra; a Lei 27 de dezembro de 1973, intitulada *Loi Royer*, que possuía um artigo referente à proteção do consumidor contra a publicidade enganosa e as Leis 78, 22 e 23 – *Loi Scrivener*, de 10 de janeiro de 1978, as quais tinham o intuito de proteger os consumidores contra os perigos do crédito e as cláusulas abusivas. Igualmente, merece destaque o *Códe de la Consumption* de 1995.

Foi através da Resolução 543, datado de 17 de maio de 1973, que foi aprovada a Carta de Proteção do Consumidor, através da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa. Foi em razão desta resolução que se determinou a figura do consumidor bem como medidas protetivas foram enumeradas. Para a resolução, o consumidor é a pessoa física ou coletiva e a ele são fornecidos bens e serviços com finalidade de uso privado.

O Conselho das Comunidades Europeias, em 14 de abril de 1975, aprovou a Resolução 75/C092/01, a qual estabeleceu um programa preliminar para uma política de proteção e informação dos consumidores.

Dentro da União Europeia (UE), divide-se o desenvolvimento legislativo em quatro fases, de modo que a primeira, de 1957 a 1972, denomina-se *Europa de los Mercaderes*. Esta fase compreende o Tratado de Roma e o *Comité de contacto con los consumidores de la Comunidad Europea* e nela o consumidor é determinado como adquirente de bens e serviços.

De 1972 a 1984 ocorreu a segunda fase, a qual se iniciou em razão de reunião entre os chefes de Estado e Governo de Paris, no ano de 1972. Nasce então o *Programa preliminar para una política de protección a los consumidores*. Entretanto, não prosperou como se esperava por causa de problemas de índole legislativa, porém proporcionou conceitos fundamentais sobre matérias do âmbito do direito do consumidor. Ainda, na mesma etapa, em 1981, deu-se a aprovação do Segundo Panorama, direcionando-se especialmente ao controle de preços e à qualidade de serviços prestados, tanto públicos e privados.

A relação de consumo consiste na relação jurídica no ato entre duas pessoas ou mais, onde uma delas é o sujeito ativo e a outra o sujeito passivo

Denominou-se, então, a terceira fase de Europa dos consumidores, onde algumas diretivas foram aprovadas, quais sejam: a de Publicidade Enganosa – 10 de setembro de 1984; Responsabilidade pelos Produtos Defeituosos – 25 de julho de 1985; Proteção aos Consumidores nos Contratos Negociados Fora do Estabelecimento Comercial – 20 de dezembro de 1985; e o Crédito ao Consumo.

Finalmente, a última fase, a quarta delas, é uma reflexão à consolidação da União Europeia através do Tratado de Maastricht. Tal tratado tem caráter fundacional e determina os conteúdos e alcance da proteção ao consumidor, de acordo com seu artigo 129A, sendo que contém dois aspectos: o de provocar a harmonização legislativa dos Estados-membros e o de orientar todas as políticas comunitárias a fim de criar um direito autônomo consumerista.

Em 1995, criou-se uma Direção de Consumo, a DGXXIV, que, como ensina Beyla Esther Fellous, visando “melhorar a transparência do mercado, a segurança dos produtos e a velar para que os interesses dos consumidores sejam efetivamente levados em consideração no momento da elaboração das outras políticas comunitárias”¹⁰.

O Conselho da União Europeia, em 19 de janeiro de 1999, aprovou resolução concernente à proteção do consumidor no que diz respeito ao comércio eletrônico. Nela, ficou definido por adotar qualquer medida imprescindível com a finalidade de assegurar interesses de consumidores e que estes sejam realmente avaliados nas propostas, sendo elas atuais ou futuras dentro dos limites da União Europeia.

Já no âmbito da segurança e proteção da saúde, as resoluções e diretivas mais importantes foram as que diziam respeito à concessão de rótulo ecológico comunitário aos produtos. Alguns exemplos são a Decisão 2002/739/CE, sobre tintas e vernizes; a Decisão 2002/740/CE, sobre colchões de cama; e a Decisão 2002/371/CE, sobre produtos têxteis.

Ato contínuo, houve resoluções e diretivas concernentes aos interesses econômicos, quais sejam: Diretiva 2002/47/CE, sobre acordos de garantia financeira; Resolução do Conselho de 26 de novembro de 2001, sobre crédito e endividamento dos consumidores; e Diretiva 98/6/CE, sobre a defesa dos consumidores na esfera de indicações dos preços de produtos oferecidos.

E, enfim, no âmbito que mais nos interessa neste estudo: a segurança dos alimentos postos à disposição do consumidor. Exemplos são as diretivas e resoluções relativas aos alimentos geneticamente modificados, Regulamento CE 905/2002, Diretivas 2002/67/CE e 50/200/CE, e rotulagem de produtos agrícolas, Diretiva 200/13/CE e Regulamento 872/99/CE.

Destarte, ademais das legislações que já se encontram em vigência, inúmeras outras estão sendo estudadas e discutidas referentes a matérias ainda não abordadas, com o propósito de aprimorar a proteção ao consumidor.

Entretanto, devemos nos lembrar que na UE o que ocorre é que a defesa do consumidor se consubstancia em normas de direito material de cada Estado-membro, as quais são harmonizadas pelas diretivas que emanam da Comissão, de modo que não há unicidade processual, sendo que cada país segue critérios judiciais e/ou extrajudiciais para concretizar o deslinde dos conflitos ocorridos.

Portanto, a política consumerista da UE se mostra uniformizada e sob regulamentos.

2.3. Órgãos ou entidades de defesa ou proteção ao consumidor e segurança alimentar no Brasil e União Europeia

No Brasil, vários são os órgãos que protegem ou defendem os interesses dos consumidores. O próprio Código de Defesa do Consumidor estipula em seu artigo 5º a existência desses instrumentos, quais sejam as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, as delegacias especializadas, os Juizados Especiais Cíveis e as associações de defesa do consumidor.

As Prodecon são as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e têm como objetivo a tutela dos interesses dos consumidores, de modo que integram o Ministério Público.

As Delegacias Especializadas do Consumidor (Decon) consistem em unidades policiais especializadas na área de consumo e têm como finalidade essencial a apuração das infrações penais contra as relações consumeristas.

Já no artigo 106 do mesmo *Codex*, houve a criação do Departamento Nacional de Proteção ao Consumidor (DNPC), denominada posteriormente de Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC).

O DPDC se encontra descrito como “organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)”¹¹. Este órgão é subordinado pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Segundo Cláudio César Machado Moreno, este órgão tem como finalidade colaborar para o desenvolvimento e solidificação dos direitos dos cidadãos, de maneira a prover a defesa do consumidor através do conhecimento e cumprimento do CDC:

“(...) mediante: a coordenação das ações do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com vistas a propiciar maior eficácia e efetividade nos resultados obtidos; a promoção da educação para o consumo; o fomento à criação de órgãos

e entidades locais de defesa do consumidor; a atuação nos casos de relevância nacional e a promoção da defesa do consumidor junto aos diversos fóruns e instituições onde se fizer necessário.”¹²

Igualmente integram a Secretária Nacional de Direito Econômico (SNDCE), o Conselho Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor e os Procons, tanto estaduais como municipais.

A Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) consiste num órgão norteador aos consumidores em relação às suas reclamações, bem como objetiva informar sobre seus direitos e fiscalizar as relações consumeristas. Trata-se de órgão auxiliar do Poder Judiciário, de maneira que também faz parte do SNDCE e tem como finalidade fazer com que as partes entrem em acordo, porém, caso não haja sucesso, faz o encaminhamento ao Juizado Especial Cível.

O Juizado Especial Cível, por sua vez, compreende órgão do Poder Judiciário cuja destinação é propiciar que as partes entrem em um entendimento levando ao julgamento e execução de causas estipuladas em lei e cuja complexidade é menor. Também é mais célere e econômico que o rito comum.

Pode-se destacar de mesma sorte outros instrumentos, não previstos no Código, porém tão importantes quanto os acima mencionados. O Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) é importante na medida em que possibilita a comunicação entre consumidor e fornecedor, o que em certas ocasiões poderia se tornar difícil. Encontra-se disposto no Decreto 6.523, de 31 de julho de 2008¹³.

Ainda, outros institutos são:

“INPM – Instituto Nacional de Pesos e Medidas

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

INADEC – Instituto Nacional de Defesa do Consumidor

Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

IDECON – Instituto Nacional de Defesa do Consumidor

ANDIF – Instituto Nacional de Defesa dos Consumidores do Sistema Financeiro

IDC – Instituto de Defesa do Consumidor e do Contribuinte

INDEC – Instituto Nacional de Defesa do Consumidor

IBEDEC – Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo.”¹⁴

Já no âmbito da segurança alimentar, podemos destacar:

“CONSEA – Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional

SISAN – Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Centros de Vigilância Sanitária Estaduais
MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e
Qualidade Industrial

ISO 22000 – Sistemas de Gestão de Segurança de Alimentos (a nível internacional).”¹⁵

No que diz respeito à União Europeia, pode-se citar a criação da Rede dos Centros Europeus de Consumidores, conhecida como Rede CEC ou ECC-Net. Teve sua criação em janeiro de 2005, tendo sido o resultado da fusão de duas já existentes redes de proteção ao consumidor: a Rede para a Resolução Extrajudicial de Litígios de Consumo a Rede (EJE), e a Rede Euroguichets. Atualmente, a Rede CEC possui 30 centros, de modo que cada Estado-membro tem pelo menos um centro. Apesar de não fazerem parte da União Europeia, Noruega e Islândia também contam com um ponto de contacto da rede.

Para a resolução de conflitos referentes a uma má aplicação das regras do mercado interno por uma administração pública, houve a criação do Sistema de Resolução de Conflitos no Mercado Interno (a Rede SOLVIT), onde os consumidores e fornecedores dispõem da possibilidade de encontrar respostas céleres, eficazes e gratuitas não sendo preciso fazer o uso de tribunais.

Problemas concernentes à proteção dos interesses dos consumidores da Comunidade são da esfera do Grupo Consultivo Europeu dos Consumidores, o qual pode consultar a Comissão, se necessário. A composição deste grupo se dá pela presença de um representante das organizações nacionais de consumidores de cada Estado-membro bem como por um membro de cada organização europeia de consumidores. Sua criação está disposta na Decisão 2003/709/CE da Comissão, de 9 de outubro de 2003.

O Parlamento Europeu e o Conselho também mostraram suas preocupações relativas à segurança alimentar e, em razão disso, em 28 de janeiro de 2002, através do Regulamento CE 178/2002 criaram a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos (AESA), assim como também determinaram os procedimentos de segurança dos gêneros alimentícios. Este organismo se trata de uma agência que compõe a referência científica

Mediante o ponto
de vista econômico,
consumidor é
aquele que se
faz destinatário
do bem ou do
serviço, sendo ele
adquirente ou não

(pareceres e assistência) a fim de fiscalizar e avaliar os alimentos, de modo que informa tanto a Comissão Europeia quanto a população em geral sobre a segurança dos alimentos e os possíveis riscos que haja na cadeia alimentar, sendo que também visa proteger a saúde e o bem-estar dos animais e a proteção das plantas.

A AESA possui personalidade jurídica e por isso o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia é o órgão competente em caso de litígio no âmbito de responsabilidade contratual. Assim, a AESA fornece base científica suficientemente sólida para que medidas legislativas ou reguladores de orientação políticas sejam feitas, caso necessário, com o objetivo de garantir um alto nível de segurança aos consumidores no que tange a sua alimentação. São quatro os órgãos que fazem parte da constituição da AESA: Conselho de Administração, Diretor Executivo, Fórum Consultivo e Comitê Científico.

Conselho de Administração é o responsável por garantir o funcionamento da Autoridade de modo eficiente e eficaz. Também tem a função de estabelecer o projeto de orçamento e programas anuais da AESA, através do acompanhamento da referente execução e da determinação de regras e regulamentações internas. É este órgão quem elege o diretor executivo e os membros do Comitê Científico, assim como os painéis científicos da Autoridade.

Diretor Executivo é o representante legal da AESA e perante o Conselho de Administração; sua nomeação se dá a cada cinco anos e sua função é administrar a Autoridade e todos os assuntos pertinentes ao pessoal.

Fórum Consultivo é quem assiste ao diretor executivo e sua composição compreende representantes dos organismos competentes dos Estados-membros com atribuições iguais às da Autoridade.

Comitê Científico é aquele que apresenta os pareceres científicos e as recomendações da AESA, juntamente de nove grupos científicos, de modo que cada um é responsável por uma área específica de avaliação dos riscos. Este comitê orienta o trabalho dos painéis e faz abordagens sobre temas transversais importante a todos.

Nas palavras da própria AESA:

*“L'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) est la pierre angulaire de l'Union européenne (UE) pour ce qui concerne l'évaluation des risques relatifs à la sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale. En étroite collaboration avec les autorités nationales et en consultation ouverte avec les parties prenantes, l'EFSA fournit des avis scientifiques indépendants ainsi qu'une communication claire sur les risques existants et émergents.”*¹⁶

Por fim, há a Agência de Execução para a Saúde e os Consumidores, criada em 1º de janeiro de 2005 com sede em Luxemburgo, sendo que era a antiga Agência de Execução do Programa de Saúde Pública. Tem o objetivo de apoiar a execução do programa de saúde pública da Comunidade Europeia.

Em 2008, deu-se o prolongamento do mandato da agência até 31 de dezembro de 2015, de maneira que suas atribuições foram estendidas às áreas da proteção do consumidor e da formação a uma maior segurança alimentar. Este novo mandato compreende a execução do programa no domínio da saúde, programa no domínio dos consumidores e do programa Melhor Formação para uma Maior Segurança dos Alimentos.

A agência conta com a colaboração da Direção-Geral da Saúde e da Defesa do Consumidor e oferece serviços profissionais na execução das atribuições que lhe são acreditadas pela Comissão Europeia.

3. Conceitos

A relação de consumo consiste na relação jurídica no ato entre duas pessoas ou mais, onde uma delas é o sujeito ativo e a outra o sujeito passivo. Tal vínculo advém de lei ou contrato e, sendo assim, o sujeito ativo pode pedir da outra parte o cumprimento de uma obrigação, a qual pode ser do tipo dar, fazer ou não fazer.

Na relação de consumo, o que ocorre é a presença dessas duas partes, porém uma se caracteriza como consumidora e a outra como fornecedora, pois há um nexo de causalidade onde se faz possível a obrigação da entrega de prestação, além de haver incidência do Código de Defesa do Consumidor na própria relação.

3.1. Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, já em seu artigo 2º, traz a definição de consumidor a fim de que não restem dúvidas: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”¹⁷

Porém, Filomeno¹⁸ trata em seu livro, *Manual de Direitos do Consumidor*, dos vários conceitos de acordo com pontos de vista divergentes, quais sejam:

sob o ponto de vista econômico, psicológico, sociológico e de ordem literária e filosófica.

Mediante o ponto de vista econômico, consumidor é aquele que se faz destinatário do bem ou do serviço, sendo ele adquirente ou não do mesmo, e sendo ou não da mesma forma produtor de outros bens. Neste âmbito não se faz menção à ordem política, social ou ainda filosófico-ideológica, pois o interesse está em caracterizar o consumidor somente pela esfera da relação de consumo.

Sob o ponto de vista psicológico, consumidor é aquele que serve para os estudos das reações com o intuito de se distinguir os critérios à produção e às motivações internas que o conduzem ao consumo. O foco está nas preferências dos produtos e serviços e o porquê de sua escolha.

Para o ponto de vista sociológico, consumidor é aquele que desfruta ou se utiliza de bens e serviços, mas em razão de se remeter ou não a certa classe social ou categoria.

E, finalmente, nas considerações de ordem literária e filosófica, o termo consumidor é relacionado à denominada sociedade de consumo ou consumismo, ou, ainda, ao consumerismo em si. Entende-se nessa estrutura que o consumidor é alguém obrigado a viver em uma sociedade opressora, a qual se empenha somente na produção e distribuição de valores concernentes à sociedade de consumo em que, casualmente, não se precisa daquilo que se consome.

O conceito majoritário de consumidor, portanto, é o que diz respeito ao destinatário final, ou seja, o consumidor final, aquele que retira o bem do mercado ao adquirir ou, simplesmente, ao utilizá-lo, pois é quem põe fim na cadeia de produção, oposto daquele que utiliza o bem para continuar a produzir, uma vez que este está transformando o bem para oferecê-lo por sua vez ao cliente, ao seu consumidor. Sendo assim, a preferência é pela teoria finalista. Pode ser pessoa natural ou jurídica, mas que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou prestação de serviço, sendo sempre o destinatário final.

De acordo com o artigo 17 do CDC, também são consumidores todas as vítimas do evento, ainda que a vítima não tenha comprado o produto ou serviço.

No direito comunitário europeu, conforme ensina Fernando Esteban de la Rosa¹⁹, pode ocorrer uma variação nos conceitos jurídicos de consumidor, de acordo com o instrumento legal designado a estabelecer as regras de um evento específico.

Em razão de tal variação, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, sob a égide da Convenção de Bruxelas, de 1968, pacificou o entendimento, de modo que o conceito de consumidor é:

“(...) o do contratante adquirente de bens e serviços, no sentido amplo destas palavras, de um fornecedor/empresário, com o propósito de satisfazer uma necessidade própria e particular como destinatário final e em termos de consumo privado. Desta definição está excluído qualquer consumo que vise a atender uma necessidade comercial ou profissional, atual ou futura.”²⁰

A definição apresentada acima tem caráter autônomo, haja vista ser uma definição comunitária, já que os Estados-membros, através de legislação, podem determinar de maneira diversa tal definição e bem como mais protetiva, dada a existência do Tratado da União Europeia.

Para o Regulamento 178/02, de 28 de janeiro, consumidor final é “o último consumidor de um gênero alimentício que não o utilize como parte de qualquer operação ou atividade de uma empresa do setor alimentar.”²¹

Para Fernando Esteban de la Rosa, deve o conceito de consumidor europeu ser uma síntese da jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia; da Convenção de Bruxelas, a qual ainda se encontra em vigor no Reino da Dinamarca; do Regulamento 44/01, o qual dispõe em relação à cooperação judiciária na CE substituindo a Convenção de Bruxelas; da Convenção de Roma, de 1980, a qual regula norma aplicável às obrigações de contratos, assinadas pelos membros da CE; ademais das diretivas que se encontram em vigor atualmente²².

Como ensina Mário Frota, “o consumidor é não a preocupação dominante enquanto sujeito de direito, mas objeto do mercado, em paralelo com os fatores de produção”²³. Sendo assim, o consumidor que antes era isolado num mercado local de pequena proporção, hoje se tornou em elemento de mercado de massa.

3.2. Fornecedor ou prestador de serviços

Fornecedor advém da palavra francesa *fournir*, a qual significa fornecer, promover, tendo formado assim a palavra *fournisseur*, ou seja, fornecedor. Na visão de Plácido e Silva²⁴, compreende esta palavra todo comerciante, bem como estabelecimento, o qual abastece ou fornece com habitualidade uma casa ou outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias essenciais para seu consumo. Em outras palavras, são aqueles que oferecem bens e serviços no mercado de consumo com a finalidade de atender às suas carências.

Portanto, fornecedor consiste em todo aquele que de certa maneira intervém no produto ou serviço de modo a assumir sua participação e responsabilidade.

*“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”*²⁵

Há, neste âmbito, três tipos que caracterizam o fornecedor: o fornecedor real, fornecedor aparente e o fornecedor presumido. O fornecedor real é aquele que, sendo tanto pessoa física como jurídica, sob sua responsabilidade participa do processo de fabricação ou produção do produto acabado, de um componente ou matéria-prima. Fornecedor aparente é aquele que, ainda que não tenha participado do processo de fabricação, mostra-se como tal em razão da colocação de seu nome, marca ou qualquer outro sinal de identificação. Fornecedor presumido é aquele que faz a importação do produto ou o vende sem identificação clara do fabricante, produtor, importador ou construtor, de maneira a assumir a responsabilidade.

O fornecedor, por sua vez, observado pelo ponto de vista econômico, é aquele que exerce sua atividade se enquadrando tanto como mentor quanto executor do abastecimento que se destina ao consumidor. O seu profissionalismo, uma de suas características, determina sua atuação, uma vez que é a capacitação para o abastecimento e habitualidade de buscar abastecer e fornecer da maior maneira possível.

É a figura do fornecedor que efetua contratos com outros profissionais de modo a complementar os seus processos de produção aspirando ao provimento de relações de consumo no mercado.

Entretanto, não se caracterizam na esfera de fornecedor os que realizam contrato privado eventualmente, não objetivando a permanência na atividade, em outras palavras, não há profissionalismo ou habitualidade, ademais de não visarem lucro. No entanto, o profissionalismo do qual se fala não se refere especificamente à ideia de profissão na acepção de viver ou obter o sustento exclusivamente da atividade, assim como não se faz necessário a especialização na mesma. Destarte, mesmo quem se aventura a fornecer é considerado fornecedor, uma vez que o intuito de habitualidade se faz presente, ainda que limitado a um determinado período. Um exemplo é quem faz comida para vender, durante curto período de tempo, como uma temporada na praia ou nas férias.

Para se caracterizar como habitual deve-se fornecer tantas vezes quanto puder, de modo que se busca auferir ganho ou lucro, ou seja, a remuneração também se faz essencial para que exista relação de consumo, não importando se por via direta ou indireta. Assim, a habitualidade não compreende a permanência temporal no mercado, porém a vontade de fornecer a cada vez mais.

Destarte, conclui-se que fornecedor é todo aquele que se caracteriza como agente econômico instituído no mercado de fornecimento a fim de abastecer as necessidades do consumidor destinatário final, de modo a não estabelecer impropriedade. Certo é que, em havendo consumidor, haverá no outro polo um fornecedor, pois um não existe sem o outro. Todavia, não se pode ignorar o fato de que pode existir uma cadeia de fornecimento e, sendo assim, há de se responsabilizar cada um de seus partícipes, caracterizando-se assim solidariedade entre eles. É natural que haja um fornecedor aparente no fornecimento de produtos e serviços, fornecedor este que contrata o fornecimento junto ao consumidor e, no entanto, a efetiva prestação, tanto total quanto parcial, é feita por outro.

Pode ocorrer de um deles assumir a tarefa de organizar outros prestadores para prestarem os serviços, de modo a formar a cadeia de fornecimento.

Tem-se para o direito do consumidor brasileiro que todos são tidos como fornecedores, independente de existir ou não algum contrato que os conecte a um consumidor, uma vez que são integrantes da cadeia organizada de fornecimento, devendo responder pela qualidade de seus produtos e/ou serviços.

Portanto, é fornecedor aquele que, dentro de uma relação de consumo, se esmera na atividade de abastecer o mercado, de modo que se torna responsável pelo fornecimento de produtos ou pela prestação de serviços a quem se caracteriza como consumidor, ou seja, o destinatário final. Contudo, se o produto fornecido ou o serviço prestado for realizado por quem não se encaixa nas características acima relacionadas, então tal relação deverá ser tratada dentro do Direito Privado, porém regida pelo Direito Civil ou Comercial e não pelo Direito do Consumidor, uma vez que não se fazem presentes as figuras imprescindíveis do fornecedor e consumidor.

De acordo com o artigo 17 do CDC, também são consumidores todas as vítimas de evento, ainda que a vítima não tenha comprado o produto ou serviço

O conceito de fornecedor para a Comunidade Europeia é pacificado por doutrina e jurisprudência do TJCE, o qual entende que sempre será fornecedor aquele que, como profissional, ou seja, no exercício de sua profissão, vende ou presta serviços no mercado de consumo.

3.3. Produtos

O conceito de produto se encontra definido no artigo 3º, no seu § 1º, do CDC, e, ao contrário do Código Civil de 1916 e de 2002 que falavam de bem ou coisa, o CDC usa o termo ‘produto’ e mais adiante em ‘serviço’.

Trata-se de um conceito ligado à ideia do bem, sendo esta consequência da produção no mercado consumerista de sociedades capitalistas contemporâneas.

Portanto, diz o artigo 3º, § 1º, do CDC, que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”²⁶.

Para o direito comunitário, o conceito tanto de produto quanto de serviço varia de acordo com o mercado adotado, de maneira que ambos se mesclam entre si em certas ocasiões. Destarte, a Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, referente às práticas comerciais desleais das empresas, no seu artigo 2º determina: “Para efeitos do disposto na presente diretiva, entende-se por: c) ‘Produto’: qualquer bem ou serviço, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.”²⁷

A Diretiva 99/44/CE, por sua vez, de 25 de maio de 1999, a qual se refere a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias concernentes a essa, determina que bem de consumo compreende qualquer bem móvel corpóreo com exceção dos bens vendidos através de penhora, ou qualquer outra forma de execução judicial; da água e do gás, quando não forem postos para ser vendidos em volume delimitado, ou em quantidade determinada; e da eletricidade.

No entanto, já a Diretiva 85/374, de 25 de julho de 1985 entende no seu artigo 2º que:

*“Para efeitos do disposto na presente directiva, entende-se por ‘produto’ qualquer bem móvel, excluindo as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça, mesmo se estiver incorporado noutro bem móvel ou imóvel. Por ‘matérias-primas agrícolas’ entende-se os produtos do solo, da pecuária e da pesca, excluindo os produtos que tenham sido objecto de uma primeira transformação. A palavra ‘produto’ designa igualmente a electricidade.”*²⁸

E, por fim, para o Regulamento 852/04, de 29 de abril, o qual dispõe sobre a higiene dos gêneros alimentícios, determina em seu artigo 2º, “b”: “Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: b) ‘Produtos primários’: produtos da produção primária, incluindo os produtos da agricultura, da pecuária, da caça e da pesca;”

As classificações de produto a seguir são as adotadas pelo Direito do Consumidor Brasileiro.

3.3.1. Produto móvel ou imóvel

O CDC no artigo acima transcrito vem trazer também como produto os bens móveis e imóveis, os quais possuem o conceito tradicional já observado no direito civil, uma vez que o sentido não muda.

Para tanto, pode-se observar os artigos 79, 80, 81, 82, 83 e 84 do Código Civil²⁹:

“Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II – o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I – as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II – os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I – as energias que tenham valor econômico;

II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.”

3.3.2. Produto material ou imaterial

Os produtos também podem ser classificados como materiais ou imateriais. O problema seria: o que é um produto imaterial?

Como o CDC tem a pretensão de assegurar qualquer compra e venda realizada dentro de uma relação jurídica de consumo os conceitos mais genéricos possíveis foram considerados. Por isso, produtos imateriais são, por exemplo, os utilizados em atividades bancárias (tais quais: mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos e outros). Destarte, são produtos os quais sempre estarão acompanhados de serviços.

3.3.3. Produto durável

Já se falava da durabilidade dos produtos no mercado, porém somente com o advento do Código do Consumidor brasileiro que tal divisão foi incorporada no direito.

O conceito de produto durável está no artigo 26, no seu inciso II, ou seja, produto durável é aquele não se extingue pelo uso, é o que leva considerável tempo até se desgastar, bem como pode ser utilizado por várias vezes.

Sabe-se, no entanto, que o produto não se perdurará na eternidade, contudo, também não será descartável ou de poucas utilizações.

3.3.4. Produto “não durável”

Já o produto ‘não durável’, ao contrário do acima citado, é o que se acaba com o uso, ou seja, não há durabilidade. Seu uso faz com que, ou o produto se extinga no ato, ou vá se extinguindo aos poucos. São exemplos do cotidiano os remédios, alimentos, bebidas e cosméticos, entre outros.

Também, dentro desta categoria se encontram os produtos chamados *in natura*, que são aqueles que não passam pelo sistema de industrialização. São exemplos os produtos hortifrutigranjeiros, cereais, grãos, vegetais, legumes, carnes de todos os tipos etc.

Outros produtos alimentícios também sofrem da não durabilidade, como os embalados, engarrafados, enlatados e outros da espécie.

Os produtos não duráveis se encontram dispostos no CDC em seu artigo 26, inciso I.

3.3.5. Produto gratuito ou “amostra grátis”

O artigo 39, parágrafo único, do CDC faz uma observância quanto aos produtos gratuitos, de modo que fica o consumidor isento de pagamento. Serviços também podem ter amostra grátis e não somente produtos.

Portanto, o produto tido como amostra grátis estará sujeito ao cumprimento de todas as exigências legais, quais sejam, qualidade, garantia, durabilidade, proteção contra vícios, defeitos e outros.

3.4. Serviços

O conceito de serviço para o direito do consumidor brasileiro está disposto no artigo 3º, em seu § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, sendo assim disposto: “§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Tal enumeração é apenas exemplificativa, uma vez que há o uso do pronome ‘qualquer’, sendo assim, serviço é, para Rizzatto Nunes, “qualquer atividade fornecida ou, melhor dizendo, prestada no mercado de consumo”³⁰.

Além dos serviços explicitados a seguir, há o serviço sem remuneração, os serviços públicos prestados direta ou indiretamente e o essencial contínuo. No entanto, não cabe aqui neste estudo o aprofundamento de tais tipos, uma vez que nos interessa sobre a segurança dos alimentos.

3.4.1. Serviço durável e não durável

Assim como o produto, o serviço também pode ser considerado como durável ou não durável. Os serviços duráveis são divididos em dois tipos: aqueles que têm continuidade no tempo em razão de uma cláusula contratual, como por exemplo, os planos de saúde, prestação de serviços escolares, além de outros. Ou seja, todo e qualquer serviço estabelecido em contrato com o caráter de contínuo, ou aqueles que deixam como resultado um produto, como o conserto de um automóvel ou a reforma de uma casa, apesar de serem típicos de não durabilidade e sem estipulação contratual de continuidade. Destarte, o produto nada mais é que a consequência do serviço, podendo até certas vezes ser confundido com ele.

Já os serviços não duráveis são os que são exercidos uma vez prestados, como por exemplo, o serviço de um restaurante ou de transporte.

Notas

¹ BRASIL. Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933. *Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providencias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D22626.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009

² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009.

³ BRASIL. Decreto-Lei 869, de 18 de novembro de 1938. *Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1938/869.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

⁴ BRASIL. Decreto-Lei 9.840, de 11 de setembro de 1946. *Consolida infrações sobre crimes contra a economia popular e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del9840.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2009.

⁵ BRASIL. Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1521.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2009.

⁶ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

⁷ BRASIL. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 18 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7492.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2009.

⁸ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 12 set. 1990, retificado, *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

⁹ CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

¹⁰ FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Europeia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113 (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 24)

¹¹ ORCAIO, Ivan (Org.). *Vade mecum jurídico*. 8. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2009, p. 660.

¹² MORENO, Cláudio César Machado. *O consumidor equiparado no ordenamento brasileiro e no direito da integração*. Marília: [S.N.], 2003, p. 36.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei 6.523, de 31 de julho de 2008. Regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 1º ago. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm>. Acesso em: 19 abr. 2009

¹⁴ PEREIRA, Fernanda Simões Viotto. *Direito do consumidor*. (anotações de aula)

¹⁵ Ibid.

¹⁶ AUTORITE Européenne de Sécurité des Aliments (EFSA). *Engagés dans la sécurité des aliments*. <http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa_locale-1178620753816_home.htm>. Acesso em: 31 de maio 2009.

¹⁷ ORCAIO, Ivan (Org.). *Vade mecum jurídico*. 8. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2009, p. 653.

¹⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 31-32.

¹⁹ ROSA, Fernando Esteban de la. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003, p. 46 *et seq.*, *passim*.

²⁰ KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 73.

²¹ EUROPA. Regulamento (CE) 178/2002, de 28 de Janeiro de 2002. Determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios. *Jornal Oficial*, n. L 031 de 1o fev. 2002, p. 0001 – 0024. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002R0178:PT:HTML>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

²² KLAUSNER, op. cit., p.44-68, *passim*.

²³ FROTA, Mário. *Política de consumidores na União Europeia: o acervo do direito europeu do consumo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 10.

²⁴ PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 2, p. 714.

²⁵ ORCAIO, op. cit., 653.

²⁶ ORCAIO, op. cit., p. 653.

²⁷ EUROPA. Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005. Relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n. 2006/2004 ('diretiva relativa às práticas comerciais desleais'). *Jornal Oficial [da] União Europeia*, 12 maio 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:PT:PDF>>. Acesso em: 22 jun.2009.

²⁸ EUROPA. 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. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:PT:HTML>>. Acessado em 22 jun. 2009.

²⁹ ORCAIO, op. cit., p. 105-106.

³⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

Referências

ALLEMAR, Aguinaldo. *Legislação de consumo no âmbito da ONU e da União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2002.

AUTORITE Européenne de Sécurité des Aliments (EFSA). *Engagés dans la sécurité des aliments*. <http://www.efsa.europa.eu/EFSA/efsa_locale-1178620753816_home.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009.

_____. Decreto-Lei n. 869 de 18 de novembro de 1938. *Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego*. Disponível em:

<<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1938/869.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

_____. Decreto-Lei n. 6.523, de 31 julho de 2008. Regulamenta a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 1 ago. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm>. Acesso em: 19 abr. 2009.

_____. Decreto-Lei 9.840, de 11 de setembro de 1946. *Consolida infrações sobre crimes contra a economia popular e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del9840.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2009.

_____. Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933. *Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D22626.htm>. Acesso em: 13 abr. 2009

_____. Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1521.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2009.

_____. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 18 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7492.htm>>. Acesso em: 9 abr. 2009

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 12 set. 1990, retificado, *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

_____. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 5 jun. 2009.

_____. Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 18 set. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/L11346.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.

CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Direito do consumidor*: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CÓDIGO do Consumidor: anteprojeto. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006.

EUROPA. Regulamento (CE) 178/2002, de 28 de janeiro de 2002. Determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios. *Jornal Oficial*, n. L 031 de 1 fev. 2002, p. 0001 – 0024. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002R0178:PT:HTML>>. Acesso em: 13 abr. 2009.

_____. Diretiva 2005/29/CE do parlamento europeu e do conselho, de 11 maio de 2005. Relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 ('diretiva relativa às práticas comerciais desleais'). *Jornal Oficial [da] União Europeia*, 12 maio 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:PT:PDF>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

_____. Diretiva 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. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:PT:HTML>>. Acessado em 22 jun. 2009.

FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Europeia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113 (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 24).

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FROTA, Ângela Maria Marini Simão Portugal. *O regime da segurança alimentar na União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2007.

FROTA, Mário. *Direito Europeu do Consumo*: reflexo das políticas dos consumidores da União Europeia. Curitiba: Juruá, 2007

FROTA, Mário. *Política de consumidores na União Europeia*: o acervo do direito europeu do consumo. Coimbra: Almedina, 2003.

GAMA, Hélio Zaghetto. Direitos do Consumidor. *Código de Defesa do Consumidor Referenciado e Legislação Correlata*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direitos do consumidor no Mercosul e na União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIVRO Branco sobre os serviços de interesse geral. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/state_aid/l23013b_pt.htm>. Acesso em: 15 jun.2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MALUF, Renato Sérgio Jamil. *Segurança alimentar e nutricional*. Petrópolis: Vozes, 2007.

MENEZES, Francisco. *Segurança alimentar e Nutricional*: panorama atual da segurança alimentar no Brasil. Disponível em: < <http://pagesperso-orange.fr/amar-bresil/documents/secual/san.html> >. Acesso em: 22 fev. 2009.

MORENO, Cláudio César Machado. *O consumidor equiparado no ordenamento brasileiro e no direito da integração*. Marília: [S.N], 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORCAIO, Ivan (Org.). *Vade mecum jurídico*. 8. ed. São Paulo: Editora, 2009.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública – O Sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREIRA, Fernanda Simões Viotto. *Direito do consumidor*, 2009 (anotações de aula).

PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1973, v. 2.

REGULAMENTO (CE) n. 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002. Determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 1.2.2002, p. L 31/1. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:031:0001:0024:PT:PDF>>. Acesso em: 13 abr. 2009

ROSA, Fernando Esteban de la. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003.

SAÚDE Pública. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%BAdade_p%C3%ABlica>. Acesso em: 2 jun. 2009.

TRATADO DE AMSTERDAM, de 2 outubro de 1997. Altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses tratados. *Jornal Oficial nº C 340*, 10.11.1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0001010001>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

INT/610
RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS
DE CONSUMO EM LINHA

Bruxelas, 28 de março de 2012

PARECER

DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU SOBRE A

PROPOSTA DE REGULAMENTO DO
PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO
RELATIVO À RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS
DE CONSUMO EM LINHA
(REGULAMENTO ODR)

COM(2011) 794 FINAL – 2011/0374 (COD)

RELATOR: JORGE PEGADO LIZ

EXCEROTOS

“O CESE recomenda assim à Comissão que considere esta proposta como apenas um primeiro passo no sentido de uma efetiva resolução de conflitos em linha e desenvolva a breve prazo as potencialidades do sistema por forma a integrar toda a inovação tecnológica compatível com a certeza e a segurança jurídicas, ainda que para tanto tenha de criar «ex novo» um sistema específico e autónomo para o ODR comunitário para as transações transfronteiras”

“A Comissão, com a presente proposta de regulamento, entende estabelecer um sistema de ODR a nível de toda a UE, de modo a facilitar a resolução em linha de litígios de consumo ligados à venda de bens ou à prestação de serviços transfronteiriços por via eletrónica entre um comerciante e um consumidor”

“Pondera a preocupação da Comissão de respeitar as tradições jurídicas dos Estados membros e não pretender substituir ou diminuir o papel das RAL existentes no âmbito deste sistema, mas duvida que deste modo se dê um passo significativo no sentido da desmaterialização dos conflitos online”

“O objeto deste regulamento deveria comportar igualmente o princípio do acesso ao direito e à justiça pelas partes. Além da resolução de litígios, a plataforma poderia servir como prevenção de litígios, dotando se de informação relevante tendente à sanção do conflito”

“O CESE apreciaria que, também do ponto de vista da racionalidade económica, o regulamento fosse aplicável igualmente aos conflitos ocorridos em ambiente offline”

“O CESE alerta para o fato de as regras atinentes ao sigilo profissional e confidencialidade se sujeitarem à legislação nacional, inexistindo uma previsão necessária quanto ao ónus da prova e a soluções face ao incumprimento destes deveres”

Em 13 e 14 de dezembro de 2011, o Parlamento Europeu e o Conselho, respectivamente, decidiram, nos termos do artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a

Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à resolução de litígios de consumo em linha (Regulamento ODR)
COM(2011) 794 final – 2011/0374 (COD).

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada do Mercado Único, Produção e Consumo, que emitiu parecer em 9 de março de 2012.

Na 479.^a reunião plenária de 28 e 29 de março de 2012 (sessão de 28 de março), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 117 votos a favor e 6 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 O CESE, que de há muito vinha pedindo uma iniciativa deste cariz, congratula-se com a proposta da Comissão e apoia a escolha do regulamento como instrumento apropriado.

1.2 O CESE entende, no entanto, que a base jurídica mais adequada seria o artigo 169º, nº 2, alínea b), e nº 4 do TFUE e não apenas o artigo 114º, para além dos artigos 38º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

1.3 Aplauda a expressa declaração da Comissão, no sentido de que, com a criação deste sistema não se visa precluir o direito de recurso aos tribunais ou de substituir o normal funcionamento dos processos judiciais, sempre que as partes a eles pretendam recorrer.

1.4 Considera, no entanto, que a proposta é tímida e até enganadora no seu título e fica muito aquém do que seria de esperar e era desejável e possível, nomeadamente, no que respeita à utilização de toda uma série de meios tecnológicos e de sistemas de informação eletrónica já existentes e experimentados com sucesso, da chamada 2.^a geração de ODR.

1.5 O CESE recomenda assim à Comissão que considere esta proposta como apenas um primeiro passo no sentido de uma efetiva resolução de conflitos em linha e desenvolva a breve prazo as potencialidades do sistema por forma a integrar toda a inovação tecnológica compatível com a certeza e a segurança jurídicas, ainda que para tanto tenha de criar «ex novo» um sistema específico e autónomo para o ODR comunitário para as transações transfronteiras.

1.6 O CESE entende que não se justifica a exclusão do sistema quer dos conflitos que não sejam meramente transfronteiriços, quer dos conflitos que não resultem exclusivamente de transações concluídas através de meios eletrónicos (conflitos *offline*).

1.7 O CESE discorda que estes mecanismos possam abranger queixas de comerciantes contra consumidores.

1.8 O CESE recomenda que a possibilidade de as partes se fazerem representar por advogados ou por terceiros, designadamente por associações representativas dos interesses dos consumidores nas suas queixas *online*, seja expressamente acolhida.

1.9 O CESE insta a Comissão a tornar mais claro de que modo questões mais complexas que podem surgir em certos conflitos *online*, como a discussão de cláusulas contratuais abusivas ou a lei aplicável aos contratos, poderão ser resolvidas através da plataforma.

1.10 O CESE tem sérias dúvidas que sejam realistas os prazos estabelecidos e teme que a sua consagração de forma taxativa, aliada à previsível impossibilidade prática do seu cumprimento, contribua para o descrédito do sistema, em que um dos principais objetivos é a celeridade e a eficácia.

1.11 O CESE propõe a interconexão desta plataforma *online* com um «livro de reclamações online», cuja existência deveria figurar nos websites dos comerciantes em linha.

1.12 O CESE recomenda que a Comissão adote um sistema de garantia da qualidade do sistema a instituir, propõe a aposição de *trustmarks* (selos ou marcas de confiança), por entidades credenciadas e autorizadas, para os agentes económicos que publicitem (nos seus *websites*) e promovam a resolução de litígios através da plataforma e postula a inserção nos códigos de conduta da referência à resolução de litígios através desta plataforma.

1.13 O CESE recomenda que a questão do financiamento deste sistema seja abordada de modo explícito e corajoso, quando as organizações representativas dos consumidores e alguns Estados-membros estão em situação de penúria para fazer face às despesas acrescidas com a sua implementação, sendo certo que esta questão é decisiva para a garantia da imparcialidade e independência do sistema.

1.14 O CESE considera que demasiado importantes aspetos essenciais do instrumento legislativo e do funcionamento do sistema são deixados para futuros atos de execução ou atos delegados, que vão muito para além dos limites estabelecidos no artigo 290º do Tratado, com consequências na segurança e na certeza jurídica do dispositivo.

1.15 O CESE entende que o teor de diversos preceitos deve ser revisto e pode ser melhorado no sentido de os tornar mais claros, menos ambíguos e mais eficazes nas suas estatuições e recomenda à Comissão que tome em conta as suas observações na especialidade.

2. Síntese da proposta

2.1 Considerando que uma parte substancial das entidades de regulação extrajudicial de litígios de consumo (RAL) não oferece a possibilidade de os consumidores europeus efetuarem toda a tramitação dos procedimentos em linha.

Considerando que a falta de meios de reparação eficazes para as queixas resultantes de transações transfronteiriças de consumo em linha tem consequências nefastas para os consumidores e para as empresas.

Considerando que o teor e as conclusões de inúmeros estudos encomendados sobre a matéria apontam para que exista um apoio generalizado ao desenvolvimento de ferramentas para a resolução de litígios de consumo em linha (ODR), através de uma ação a nível da UE.

Considerando que os resultados da avaliação de impacto SEC(2011) 1408 final, de 29.11.2011, apontam para que só a combinação dos dois instrumentos, RAL e ODR, pode assegurar o acesso a meios extrajudiciais imparciais, transparentes e eficazes para a resolução de litígios de consumo ligados a transações de comércio eletrónico transfronteiriças.

A Comissão, com a presente proposta de regulamento, entende estabelecer um sistema de ODR a nível de toda a UE, de modo a facilitar a resolução em linha de litígios de consumo ligados à venda de bens ou à prestação de serviços transfronteiriços por via eletrónica entre um comerciante e um consumidor.

O CESE propõe a
interconexão da
plataforma *online*
com um “livro
de reclamações
online”

2.2 Para tal desiderato, a Comissão utiliza como base jurídica, exclusivamente, o artigo 114º do TFUE que visa a realização do mercado interno, no sentido de:

a) Criar uma «plataforma europeia de resolução de litígios em linha» (plataforma de ODR), sob a forma de um sítio WEB interativo, gratuito e acessível em linha, em todas as línguas oficiais da UE. Esta terá um ponto de entrada único para os consumidores e comerciantes que pretendam resolver extrajudicialmente um litígio originado no âmbito exclusivo de uma transação de comércio eletrónico transfronteiriço, em que todos os seus elementos residam ou estejam estabelecidos em diferentes Estados membros dentro da UE;

b) Constituir uma «rede de facilitadores de ODR», formada por um ponto de contacto ODR em cada Estado membro – autoridade competente designada nos termos da diretiva RAL como responsável pela assistência à resolução dos litígios apresentados através dessa plataforma.

2.3 O regulamento proposto apenas se aplica a litígios entre comerciantes e consumidores resultantes da venda de bens ou prestação de serviços transfronteiriços que sejam efetuados em linha.

2.4 O sistema a instituir deverá basear-se nas entidades já existentes de RAL e no respeito pelas tradições jurídicas dos Estados membros no que toca às respetivas regras processuais nacionais, nomeadamente, em matéria de custas, sem prejuízo de um conjunto de normas de funcionamento comum, com vista a salvaguardar a sua eficácia e celeridade. Este sistema não obsta ao funcionamento de qualquer entidade de RAL em linha já existente

na EU, nem impede as entidades de RAL de dirimirem litígios transfronteiriços, que lhes sejam submetidos por outras vias que não a Plataforma.

2.5 Os procedimentos de ODR não pretendem substituir os processos judiciais nem privar os consumidores ou os comerciantes dos seus direitos de obter reparação através dos tribunais. O regulamento proposto aplicar-se-á a todas as entidades que facultem, em base duradoura, a resolução de litígios através de um procedimento de RAL, incluindo os procedimentos de arbitragem institucionalizada que não sejam criados «*ad hoc*».

3. Observações na generalidade

3.1 O CESE, em alguns dos seus pareceres mais recentes e nomeadamente após a adoção da Agenda Digital¹, das 50 medidas² e das 12 alavancas para o mercado interno³, vinha solicitando a criação de um sistema de resolução de conflitos em linha, pelo que não pode senão congratular-se com esta iniciativa da Comissão, apoiando igualmente a escolha do instrumento jurídico adotado – o regulamento.

3.2 Quanto à base jurídica, o CESE entende que, para além da mera realização do mercado interno, o que está também em causa é um instrumento de proteção dos consumidores, pelo que a base jurídica mais adequada, a não ser adotado o artigo 81º do TFUE, deveria ser o artigo 169º, nº 2, al. b), e nº 4 e não apenas o artigo 114º, para além dos artigos 38º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

3.3 Aplauda a expressa declaração da Comissão, no sentido de que, com a criação deste sistema não se visar precluir o direito de recurso aos tribunais ou de substituir o normal funcionamento dos processos judiciais, sempre que as partes a eles pretendam recorrer.

3.4 Saúda o alargamento da noção de consumidor, à semelhança do que faz na Proposta de diretiva RAL e no seguimento da nova Diretiva Direitos dos Consumidores⁴, aos contratos de dupla finalidade, em que a atividade comercial da pessoa não seja predominante no contexto global do contrato, mas gostaria que esta noção aparecesse de forma explícita no articulado.

3.5 Pondera a preocupação da Comissão de respeitar as tradições jurídicas dos Estados membros e não pretender substituir ou diminuir o papel das RAL existentes no âmbito deste sistema, mas duvida que deste modo se dê um passo significativo no sentido da desmaterialização dos conflitos online.

3.6 Reconhece que, na prática, a presente proposta se limita à criação de uma espécie de «marco de correio eletrónico», ou de um «receptáculo postal *online*», para onde são dirigidas as queixas que após uma triagem meramente formal são remetidas para as diferentes entidades de RAL, configurando-se, desta forma, como um sistema de remessas burocrático, administrativo e pesado.

3.7 Considera que a proposta é tímida e fica muito aquém do que seria de esperar e era desejável e possível, nomeadamente, no tocante:

a) Ao Plano de Ação Plurianual 2009 2013 sobre Justiça Eletrónica Europeia⁵;
b) Ao documento vanguardista da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional⁶ (UNCITRAL), A/CN.9/706, intitulado «*Possible future work on online dispute resolution in cross border electronic commerce transactions*»;

c) À exclusão dos conflitos que não sejam meramente transfronteiriços, obrigando os Estados membros que o desejem a configurar sistemas puramente nacionais para os conflitos intrafronteiras, mesmo que os seus intervenientes sejam de nacionalidade diversa, mas se encontrem a residir permanente ou temporariamente no mesmo Estado membro;

d) À exclusão de conflitos que não resultem exclusivamente de transações concluídas através de meios eletrónicos (ou *offline*), não tendo adotado a definição mais vasta de comércio eletrónico da Diretiva 2000/31/CE, incluindo os conflitos resultantes das comunicações comerciais *online* sem concretização de qualquer transação, ou mesmo a possibilidade, já hoje reconhecida por algumas RAL, de tratarem eletronicamente conflitos resultantes de transações celebradas à distância por meios não eletrónicos (venda por catálogo, ao domicílio) e até de transações presenciais ocorridas em deslocações a outros Estados membros, em que o conflito surja posteriormente à conclusão da transação comercial;

e) À não adoção do que é hoje vulgarmente designado como um sistema de 2.ª geração de ODR⁷ (*Online Dispute Resolution*), no qual a tecnologia (inerente a esta plataforma) assume um papel ativo e opera como uma verdadeira «*quarta parte*»⁸ (além das duas partes e do mediador/árbitro) no processo de resolução de litígios de consumo em linha; tal possibilitaria às partes uma comunicação remota, de forma síncrona ou assíncrona, através das novas tecnologias da informação e da comunicação, em vez de comunicarem na presença uma da outra;

f) À ausência de qualquer referência a um sistema de garantia da qualidade do sistema instituído como é o disponibilizado pela norma ISO 10003 – «Linhas diretrizes para a resolução de disputas externas às organizações», a qual poderia mesmo servir para normalizar um prospeto de informação relativo ao funcionamento do mecanismo ou à existência de uma «*watch list*», onde queixas contra os profissionais pudessem ser repertoriadas.

3.8 Apesar de o regulamento atribuir à plataforma ODR a «possibilidade da condução do procedimento de resolução de litígios em linha» (artigo 5º, nº 3, al. d)), o CESE esperava que se tivessem lançado as bases de um sistema de ODR como elemento de legitimação da justiça em linha, ou justiça eletrónica; esperava que a arquitetura fornecida reutilizasse e reproduzisse as infraestruturas e recursos tecnológicos existentes, síncronos ou assíncronos, como por exemplo, os «chats», fóruns eletrónicos, «mailing lists», correio eletrónico, teleconferência, áudio e videoconferência, salas de mediação virtuais; que potenciasse

Os procedimentos
de ODR não
pretendem
substituir os
processos judiciais
nem privar os
consumidores ou
os comerciantes
dos seus direitos
de obter reparação
através dos
tribunais

as aplicações de justiça e avocasse as ferramentas de primeira e segunda geração de ODR ao processo (à negociação, mediação e arbitragem online), promovendo a «e-mediação» entre as partes, o incremento do processo produtivo e o aumento da observabilidade e da previsibilidade processual.

3.9 Mesmo sem avançar para os mencionados modelos de 2.^a geração – em que o recurso às ferramentas telemáticas e o auxílio da inteligência artificial, por meio de modelos matemáticos, facultam a decisão dos conflitos pela avaliação sistémica das propostas das partes, elas mesmas apoiadas por agentes informáticos dotados de igual capacidade («interfaces inteligentes») num processo interativo assente em esquemas negociais padronizados como o BATNA («*Best Alternative to a Negotiated Agreement*») o WATNA («*Worst Alternative to a Negotiated Agreement*») para chegar à ZOPA («*Zone of Possible Agreement*») –, a Comissão, para honrar as expectativas e os anúncios desta iniciativa, deveria ter pelo menos considerado as potencialidades de inclusão nas funções da Plataforma de Sistemas de Apoio à Tomada de Decisão das partes num sistema de ODR, como, por exemplo, os sistemas periciais, sistemas de informação baseada em casos anteriores, sistemas de acesso a bases de dados informáticos (raciocínio por analogia ou «*case-based reasoning*») (CBR) na literatura internacional) e resolução de conflitos em linha com base nos estilos conflituais das partes.

3.10 O CESE interroga se ainda de que modo a Comissão pensou a resolução em linha de casos que tenham a ver não apenas com discórdias mercadológicas típicas, do tipo «defeito», «mau funcionamento», «atrasos na entrega ou não entrega», mas antes com a discussão de cláusulas contratuais abusivas ou lei aplicável aos contratos.

3.11 O CESE apreciaria que a possibilidade de as partes se fazerem representar por advogados ou por terceiros, designadamente por associações representativas dos interesses dos consumidores nas suas queixas *online*, fosse explicitamente referida.

3.12 O CESE estranha que a questão do financiamento para a implementação deste novo instrumento não tenha sido abordada de modo explícito e corajoso, quando é certo que as organizações representativas dos consumidores o consideraram essencial nas consultas realizadas; alguns Estados membros estão em situação de penúria para fazer face às despesas acrescidas com novas estruturas, formação de «facilitadores» e outros funcionários de apoio, informação e assistência aos consumidores e novas funções burocráticas, sendo este tema considerado uniformemente como decisivo para a garantia da imparcialidade e independência do sistema.

4. Observações na especialidade

4.1. Art. 1º – Objeto

O objeto deste regulamento deveria comportar igualmente o princípio do acesso ao direito e à justiça pelas partes. Além da resolução de litígios, a plataforma poderia servir como prevenção de litígios, dotando se de informação relevante tendente à sanação do conflito.

4.2. Art. 2º – Âmbito de aplicação

O CESE apreciaria que, também do ponto de vista da racionalidade económica, o regulamento fosse aplicável igualmente aos conflitos ocorridos em ambiente *offline*, com base no que já é prática comum na atuação de vários prestadores de RAL que atuam com tecnologias da informação na mediação entre as partes.

Como questão formal, sugere-se que a matéria das exclusões de aplicação deveria constar neste artigo 2º e não no artigo 4º, que se atém às definições.

4.3. Art. 3º – Relação com outra legislação da União

O CESE sugere a inclusão das diretivas atinentes ao comércio eletrónico, à venda de bens de consumo e contratação à distância⁹.

4.4. Capítulo II – A plataforma europeia de resolução de litígios em linha

O CESE preferiria que, para maior clareza a matéria relativa à conceção da plataforma e a relativa ao processo de tramitação fossem objeto de capítulos diferentes.

4.5. Art. 5º, nº 3, alínea b)

O CESE tem dúvidas sobre a praticabilidade da escolha pelas partes de uma entidade de RAL por falta de conhecimentos e de critérios para o efeito. Seria, por outro lado, conveniente que as próprias partes pudessem, por si, proceder à designação de uma entidade com quem já tenham anteriormente atuado.

4.6. Art. 5º, nº 3, alínea i)

O CESE teme que estas informações sejam insuficientes. Propõe que, além das estatísticas sobre o resultado dos litígios, a plataforma indique quais as metodologias de RAL mais utilizadas e dados estatísticos por assuntos tratados. A plataforma deve ainda integrar um sistema de gestão processual dotada de indicadores de gestão (incluindo processos entrados, findos, pendências, duração e custos do processo). Além disso, o CESE entende que a mera indicação ou proposição às partes de uma ou mais entidades de RAL não assegura o desiderato que o diploma deveria alcançar: o acesso à justiça pelas partes. O CESE chama a atenção que basta uma das partes não concordar com a Entidade de RAL sugerida para que o processo acabe por abandono, cfr. art. 7º, nº 3, 8º, nº 2, alínea b), e nº 4 – o que, de fato preanuncia o fracasso do sistema.

4.7. Art. 6º – Rede de facilitadores para a resolução de litígios em linha

O CESE entende que a expressão «*resolução de litígios em linha*» é enganadora e devia ser evitada pois que, em rigor, a resolução de litígios não se promove em linha, mas pelos métodos clássicos de RAL. Tão somente a queixa se enceta eletronicamente.

O CESE teme seriamente que este sistema condicione ou prejudique insanavelmente a celeridade e a eficácia postulada no objeto da proposta de regulamento, consignando uma tramitação burocratizada do procedimento, atento o sistema de reencaminhamento trifásico preconizado e pondo claramente em dúvida a possibilidade do efetivo cumprimento do prazo limite de 30 dias estabelecido no artigo 9º, al. b). Registe-se que, até que as partes procedam à efetiva resolução do conflito pelo prestador de RAL, a queixa teve de ser submetida por via eletrónica à plataforma, depois escrutinada e proposta às entidades de RAL competentes, reencaminhada pelos facilitadores de ODR à entidade de RAL escolhida, implicando uma inevitável dilação para as partes com custos de morosidade e de oportunidade.

4.8. Art. 7º – Apresentação de uma queixa

O CESE aconselha que seja prestada a devida atenção à necessidade de ser acautelada e viabilizada a tradução da queixa e dos documentos anexos entre as partes. É matéria essencial ao funcionamento do sistema e que a proposta ignora, não fazendo sequer referência aos sistemas de tradução automática já existentes e que deveriam ser integrados no sistema.

4.9. Art. 7º, nº 2 e nº 6

O CESE realça que o documento anexo, designado «Informações a incluir no formulário eletrónico de queixa» se revela totalmente insuficiente quanto ao seu teor e forma de preenchimento para merecer sequer quaisquer comentários.

O CESE entende que este *website*, além de disponibilizar um formulário, deverá dispor de um manual de instruções *online* relativo ao *modus operandi* de preenchimento do formulário; deverá incluir formação específica nesse sentido (instruções prévias para adaptação a este *software* ou, adicionalmente, disponibilizar se um *website* de suporte com instruções, ajudas e respostas às perguntas mais frequentes); deverá prever um espaço de interatividade para as partes exporem as suas dificuldades e receberem respostas imediatas *online*; deverá facilitar a exposição oral dos fatos nas várias línguas e com tradução imediata, através das novas tecnologias da comunicação existentes; deverá ainda prever um expediente de detecção automática de formulários incorreta ou incompletamente preenchidos, facultando a informação necessária à sua correção e evitando assim a necessidade de resubmissão de nova queixa.

O CESE entende que certos conceitos legais indeterminados como, por exemplo, i) «suficiente» (nº 2) ou ii) «dados pertinentes e que não sejam desproporcionados relativamente às finalidades para que são recolhidos» (nº 6) devem ser objetivados em elementos informativos concretos.

O CESE postula que deverá ter-se em conta não só uma obrigação de meios (a da disponibilização de um formulário *online*), mas que o seu preenchimento seja intuitivo, *consumer friendly*, fácil e confortável¹⁰.

O CESE propõe ainda a interconexão desta plataforma *online* com um «livro de reclamações online», cuja existência deveria figurar nos *websites* dos comerciantes em linha. O

seu preenchimento poderia facultar a possibilidade de ser remetido direta, automaticamente e de forma eletrónica por *interface* à plataforma de ODR central, para que a resolução do conflito seja lavrada.

4.10. Art. 8º, nº 1

O CESE recorda que os consumidores médios padecem em geral de iliteracia (para além da exclusão digital) e teme que a sanção prevista no nº 1 tenha um efeito totalmente contrário aos objetivos da iniciativa, traduzindo se num expediente formal de não resolução de conflitos.

4.11. Art. 12º – Confidencialidade e segurança dos dados

O CESE alerta para o fato de as regras atinentes ao sigilo profissional e confidencialidade se sujeitarem à legislação nacional, inexistindo uma previsão necessária quanto ao ónus da prova e a soluções face ao incumprimento destes deveres.

4.12. Art. 13º – Informação aos consumidores

O CESE propõe a aposição de *trustmarks* (selos ou marcas de confiança), por entidades credenciadas e autorizadas, para os agentes económicos que publicitem (nos seus *websites*) e promovam a resolução de litígios através desta plataforma, como, por exemplo, a «TRUSTe», a Euro-Label ou a Global Trustmark Alliance.

O CESE postula a inserção nos códigos de conduta (elaborados por agentes económicos, associações de consumidores ou fornecedores ou ainda entidades governamentais) da referência à resolução de litígios através desta plataforma *online*.

4.13. Art. 15º e 16º – Atos de execução e exercício da delegação

Em diversos preceitos da proposta (art. 6º, nº 5, art. 7º, nºs 4 e 5) importantes aspectos essenciais do instrumento legislativo e do funcionamento do sistema são deixados para futuros atos de execução ou atos delegados, que o CESE considera que vão muito para além dos limites estabelecidos no artigo 290º do Tratado e definidos na Comunicação da Comissão sobre a Implementação do artigo 290º do Tratado (COM (2009) 673 final de 9.12.2009), com consequências na segurança e na certeza jurídica do dispositivo.

Bruxelas, 28 de março de 2012.

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

Staffan Nilsson

Notas

¹ COM(2010) 245 final.

² COM(2010) 608 final.

³ COM(2011) 206 final.

⁴ Diretiva 2011/83/EU (JO L 304 de 22.11.2011, p. 64).

⁵ JO C 75 de 31.3.2009, p. 1.

⁶ Confira-se em http://www.uncitral.org/uncitral/publications/online_resources_ODR.html.

⁷ Cf. G. Peruginelli e G. Chiti «*Artificial Intelligence Dispute Resolution*» in *Proceedings of the Workshop on the Law of electronic agents* – LEA 2002.

⁸ Cf. entre outros, os procedimentos CYBERSETTLE (<http://www.cybersettle.com>) SMARTSETTLE (<http://www.smartsettle.com>) e SQUARETRADE (<http://www.squaretrade.com>) este último responsável pela resolução de mais de 200 000 litígios em 120 países, desde 1999, ECODIR (disponível em <http://www.ecodir.org/>).

⁹ Diretiva nº 2000/31/CE (JO L 178 de 17.7.2000, p. 1), Diretiva nº 1999/44/CE (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12) e Diretiva nº 97/7/CE (JO L 144 de 4.6.1997, p. 19).

¹⁰ Efetivamente, algumas comunicações importantes podem ser prejudicadas pela ortografia simples, erros gramaticais ou de digitação. Os erros de ortografia podem induzir a conclusões precipitadas sobre a outra parte ou criar dúvidas quanto ao alcance de resolução do próprio litígio. Neste sentido, as ferramentas de verificação ortográfica revelam-se úteis, como por exemplo a aplicação no <http://www.juripax.com/>.

PROJETOS DE LEI DO SENADO
COMISSÃO DE JURISTAS

CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

EXCERTOS

“Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar”

“Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor”

“O termo inicial da prescrição é a data de conhecimento inequívoco do fato pelo consumidor, e, nos contratos de trato sucessivo, a data da quitação anual de dívidas ou da última prestação mensal contestada”

“O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor, para efeitos deste Código, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro, consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor”

“Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, para preservar o mínimo existencial”

“Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo”

“Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso”

MINUTA

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2012

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 1º**

Parágrafo único. As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor. (NR)”

“**Art. 5º**

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

VII – a interpretação e a integração das normas e negócios jurídicos da maneira mais favorável ao consumidor.

..... (NR)”

“**Art. 6º**

.....

XI – a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico;

XII – a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo. (NR)”

“**Art. 7º**

§ 1º

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

“Seção VII

Do Comércio Eletrônico

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar.

Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto nos arts. 31 e 33, o fornecedor de produtos e serviços que utilizar meio eletrônico ou similar deve disponibilizar em local de destaque e de fácil visualização:

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

II – seu endereço geográfico e eletrônico, bem como as demais informações necessárias para sua localização, contato e recebimento de comunicações e notificações judiciais ou extrajudiciais.

III – preço total do produto ou do serviço, incluindo a discriminação de quaisquer eventuais despesas, tais como a de entrega e seguro;

IV – especificidades e condições da oferta, inclusive as modalidades de pagamento, execução, disponibilidade ou entrega;

V – características essenciais do produto ou do serviço;

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

VII – prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.

Art. 45-C. É obrigação do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar:

I – manter disponível serviço adequado, facilitado e eficaz de atendimento, tal como o meio eletrônico ou telefônico, que possibilite ao consumidor enviar e receber comunicações, inclusive notificações, reclamações e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos;

II – confirmar imediatamente o recebimento de comunicações, inclusive a manifestação de arrependimento e cancelamento do contrato, utilizando o mesmo meio empregado pelo consumidor ou outros costumeiros;

III – assegurar ao consumidor os meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento;

IV – dispor de meios de segurança adequados e eficazes;

V – informar aos órgãos de defesa do consumidor e ao Ministério Público, sempre que requisitado, o nome e endereço eletrônico e demais dados que possibilitem o contato do provedor de hospedagem, bem como dos seus prestadores de serviços financeiros e de pagamento.

Art. 45-D. Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor:

I – confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta, inclusive em meio eletrônico;

II – via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução.

Art. 45-E. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la;

II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou

III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.

§ 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I – o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas; e

II – o modo como obteve os dados do consumidor.

§ 3º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las.

§ 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.

§ 5º É também vedado:

I – remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária.

II – veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais.”

.....

“**Art. 49.** O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

§ 1º.....

§ 2º Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar.

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo.

§ 4º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor;

§ 5º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor;

II – seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação;

III – caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura imediatamente posterior à comunicação.

§ 6º Se o fornecedor de produtos ou serviços descumprir o disposto no § 1º ou no § 5º, o valor pago será devolvido em dobro.

§ 7º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação.

§ 8º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

§ 9º O descumprimento dos deveres do fornecedor previstos neste artigo e nos artigos da Seção VII do Capítulo V do Título I desta lei enseja a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores. (NR)”

“**Art. 56.**
.....

XIII – suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico.

..... (NR)”

“**Art. 59.**
.....

“§ 4º Caso o fornecedor por meio eletrônico ou similar descumpra a pena de suspensão ou de proibição de oferta e de comércio eletrônico, sem prejuízo de outras medidas administrativas ou judiciais de prevenção de danos, o Poder Judiciário determinará, a pedido da autoridade administrativa ou do Ministério Público, no limite estritamente necessário para a garantia da efetividade da sanção, que os prestadores de serviços financeiros e de pagamento utilizados pelo fornecedor, de forma alternativa ou conjunta, sob pena de pagamento de multa diária:

I – suspendam os pagamentos e transferências financeiras para o fornecedor de comércio eletrônico;

II – bloqueiem as contas bancárias do fornecedor. (NR)”

“**Art. 72-A.** Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

“**Art. 101.** Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título:

I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;

II – o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso;

III – são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor.

Parágrafo único. Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei objetiva atualizar a Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a fim de aperfeiçoar as disposições do capítulo I e dispor sobre o comércio eletrônico.

A crescente complexidade das relações de consumo demanda a previsão de princípios que reforcem a proteção do consumidor frente a novos desafios, principalmente os relacionados com o diálogo com outras fontes normativas, a segurança nas transações, bem como a proteção da autodeterminação e privacidade de seus dados.

É igualmente imprescindível a introdução de uma seção específica sobre a proteção dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, em razão da sua expressiva utilização. Se, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, atualmente é o meio de fornecimento a distância mais utilizado, alcançando sucessivos recordes de faturamento. Porém, ao mesmo tempo ocorre o aumento exponencial do número de demandas dos consumidores. As normas projetadas atualizam a lei de proteção do consumidor a esta nova realidade, reforçando, a exemplo do que já foi feito na Europa e nos Estados Unidos, os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico. Busca-se ainda a proteção do consumidor em relação a mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de disciplinar o exercício do direito de arrependimento.

A evolução do comércio eletrônico, se, por um lado, traz inúmeros benefícios, por outro amplia a vulnerabilidade do consumidor. Assim, é essencial que se cumpra o comando constitucional do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, da Constituição Federal, e se criem normas que, efetivamente, ampliem a sua proteção no comércio eletrônico, a fim de que a evolução tecnológica alcance os objetivos que todos desejam: o desenvolvimento social e econômico, o aperfeiçoamento das relações de consumo e a prevenção de litígios.

Sala das Sessões,

Senador JOSÉ SARNEY

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2012

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 5º**.....

.....

VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. (NR)”

“**Art. 6º**.....

.....

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas. (NR)”

“**Art. 27-A** As pretensões dos consumidores não reguladas nesta seção prescrevem em dez anos, se a lei não estabelecer prazo mais favorável ao sujeito vulnerável.

§ 1º O termo inicial da prescrição é a data de conhecimento inequívoco do fato pelo consumidor, e, nos contratos de trato sucessivo, a data da quitação anual de dívidas ou da última prestação mensal contestada.

§ 2º Prescreve em dez anos a pretensão de direito patrimonial do consumidor de crédito e de poupança, veiculada em ações individuais ou coletivas.”

“CAPÍTULO VI

.....

Seção IV

Da Prevenção do Superendividamento”

“**Art. 54-A** Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana.

“**Art. 54-B** Além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, no fornecimento de crédito e na venda a prazo, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato, sobre:

I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II – a taxa efetiva mensal de juros, a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de dois dias;

IV – o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;

V – o direito do consumidor à liquidação antecipada do débito.

§ 1º As informações referidas no art. 52 e no *caput* deste artigo devem constar em um quadro, de forma resumida, no início do instrumento contratual.

§ 2º O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor, para efeitos deste Código, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro, consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37, a publicidade de crédito ao consumidor e de vendas a prazo deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 4º É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:

I – formular preço para pagamento a prazo idêntico ao pagamento à vista;

II – fazer referência a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero” ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;

III – indicar que uma operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;

IV – ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente.

§ 5º O disposto nos incisos I e II do § 4º deste artigo não se aplica ao fornecimento de produtos ou serviços para pagamento do preço no cartão de crédito em parcela única”

“**Art. 54-C.** Sem prejuízo do disposto no art. 46, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas:

I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II – avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III – informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados uma cópia do contrato de crédito.

§ 1º A prova do cumprimento dos deveres previstos neste Código incumbe ao fornecedor e ao intermediário do crédito.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo, no art. 52 e no art. 54-B, acarreta a inexigibilidade ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

“**Art. 54-D** Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, para preservar o mínimo existencial.

§ 1º Exclui-se da aplicação do *caput* o débito em conta bancária de dívidas oriundas do uso de cartão de crédito para pagamento do preço em parcela única.

§ 2º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata ao dever de revisão do contrato ou sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, as seguintes medidas:

I – dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no *caput* deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor;

II – redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor;

III – constituição, consolidação ou substituição de garantias.

§ 3º O consumidor poderá, em sete dias, desistir da contratação de crédito consignado de que trata o *caput* deste artigo, a contar da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, sem necessidade de indicar o motivo.

§ 4º Para o exercício do direito a que se refere o § 3º deste artigo, o consumidor deve:

I – remeter, no prazo do § 3º deste artigo, o formulário ao fornecedor ou intermediário do crédito, por carta ou qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônico, com registro de envio e recebimento;

II – devolver ao fornecedor o valor que lhe foi entregue, acrescido dos eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução, no prazo de sete dias após ter notificado o fornecedor do arrependimento, caso o consumidor tenha sido informado, previamente, sobre a forma de devolução dos valores.

§ 5º O fornecedor facilitará o exercício do direito previsto no § 3º deste artigo, mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato e com todos os dados relativos à identificação do fornecedor e do

contrato, assim como a forma para a devolução das quantias em caso de arrependimento e endereço eletrônico.

§ 6º O disposto neste artigo não prejudica o direito de liquidação antecipada do débito.

§ 7º Para efeito do disposto neste artigo, o nível de endividamento do consumidor poderá ser aferido, entre outros meios, mediante informações fornecidas por ele, consulta a cadastros de consumo e bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados.

§ 8º O disposto no § 2º deste artigo não se aplica quando o consumidor houver apresentado informações incorretas e o fornecedor não puder apurá-las por outros meios.”

“**Art. 54-E** São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e os acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento, quando o fornecedor de crédito:

I – recorre aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a conclusão ou a preparação do contrato de crédito;

II – oferece o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor do produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal foi celebrado; ou

III – menciona no contrato de crédito especificamente o produto ou serviço financiado, a constituir uma unidade econômica, em especial quando este lhe serve de garantia.

§ 1º O exercício dos direitos de arrependimento previstos neste Código, seja no contrato principal ou no de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo.

§ 2º Nos casos dos incisos I a III do *caput*, havendo a inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produtos ou serviços, o consumidor poderá invocar em juízo, contra o fornecedor do crédito, a exceção de contrato não cumprido.

§ 3º O direito previsto no § 2º deste artigo caberá igualmente ao consumidor:

I – contra o portador de cheque pós-datado, emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo;

II – contra o administrador ou emitente de cartão de crédito ou similar, salvo na hipótese em que tenha sido a utilizado exclusivamente como meio de pagamento à vista.

§ 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do *caput* deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores pagos, inclusive relativamente a tributos.

§ 5º Nos casos dos incisos I a III do *caput*, havendo vício do produto ou serviço, a responsabilidade do fornecedor de crédito será subsidiária, no limite do valor do financiamento, sem prejuízo do disposto no § 2º e do direito de regresso.”

“**Art. 54-F** Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e da legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam crédito, entre outras condutas:

I – realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compras realizadas com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos três dias da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte;

II – recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível e, após a conclusão, cópia do contrato;

III – impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou meio similar, que o consumidor peça e obtenha a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos;

IV – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio;

V – condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência relativas a demandas judiciais.

Parágrafo único. Sem prejuízo do dever de informação e esclarecimento do consumidor e de entrega da minuta do contrato, no empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável. ”

“**Art. 54-G** Sem prejuízo do disposto no art. 51 e da legislação aplicável à matéria, são também absolutamente nulas e assim devem ser declaradas de ofício, pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, garantido o contraditório, as cláusulas contratuais, entre outras, que:

I – de qualquer forma condicionem ou limitem o acesso aos órgãos do Poder Judiciário;

II – imponham ou tenham como efeito a renúncia à impenhorabilidade do bem de família do consumidor ou do fiador;

III – estabeleçam prazos de carência na prestação ou fornecimento de serviços ou produtos, em caso de impontualidade das prestações mensais, ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e seus meios de pagamento, a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores, observado o disposto no art. 104-A, § 3º, inciso III;

IV – considerem o simples silêncio do consumidor como aceitação dos valores cobrados, em especial nos contratos bancários, financeiros, securitários, de cartões de crédito ou de crédito em geral, das informações prestadas nos extratos, de modificação de índice ou de alteração contratual;

V – estabeleçam, no contrato de compra e venda de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves;

VI – proíbam ou dificultem a revogação, pelo consumidor, da autorização, de consignação ou débito em conta;

VII – prevejam a aplicação de lei estrangeira que limite, total ou parcialmente, a proteção assegurada por este Código ao consumidor domiciliado no Brasil.

Parágrafo único. O disposto no inciso VI deste artigo somente se aplica ao crédito consignado autorizado em lei se houver descumprimento, pelo fornecedor dos direitos previstos neste Código, de requisitos legais previstos para a contratação ou violação do princípio da boa-fé.”

.....

“CAPÍTULO V DA CONCILIAÇÃO NO SUPERENDIVIDAMENTO”

“**Art. 104-A** A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial.

§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.

§ 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o *caput* deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.

§ 3º No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

§ 4º Constará do plano de pagamento:

I – referência quanto à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;

II – data a partir da qual será providenciada exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;

III – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

§ 5º O pedido do consumidor a que se refere o *caput* deste artigo não importa em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.”

Art. 2º O art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), passa a vigorar acrescido do § 3º, com a seguinte redação:

“**Art. 96**

.....

§ 3º Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso. (NR)”

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Parágrafo único. A validade dos negócios e demais atos jurídicos de crédito em curso, constituídos antes da entrada em vigor desta lei, obedece ao disposto no regime anterior, mas os seus efeitos produzidos após a sua vigência aos preceitos dela se subordinam.

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei ora apresentado objetiva atualizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC), incluindo normas principiológicas referentes ao importante tema da concessão de crédito ao consumidor – que é base das economias de consumo nos países industrializados e agora está em ascensão no Brasil – e ao consequente tema da prevenção do superendividamento dos consumidores, problema comum em todas as sociedades de consumo consolidadas e saudáveis. Trata-se de temas novos, oriundos do pujante e consistente crescimento econômico brasileiro e da democratização do acesso ao crédito e aos produtos e serviços em nosso mercado. As normas propostas visam a preparar o mercado e a sociedade brasileira para os próximos anos e reforçam os direitos de informação, de transparência, de lealdade e de cooperação nas relações que envolvem crédito, direta ou indiretamente, para o fornecimento de produtos e serviços a consumidores, assim como impõem um *standard* atualizado de boa-fé e de função social destes contratos, em virtude da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

A proposta atualiza as normas já existentes no CDC quanto aos direitos do consumidor e à prescrição e complementa as já existentes, incluindo nova seção no Capítulo V: da Proteção Contratual. Esta nova seção do CDC tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial. Sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana, a proposta regula o direito à informação, a publicidade, a intermediação e a oferta de crédito aos consumidores. Garantem-se a entrega de cópia do contrato e informações obrigatórias que permitam aos consumidores decidir de maneira refletida sobre a necessidade do crédito. A proposta abarca ainda normas para facilitar a negociação com os fornecedores em caso de cobrança de valores contestados, erro ou fraude cometidos em seus cartões de crédito e meios de pagamento. Cria também a figura do assédio de consumo, protegendo de forma especial os consumidores idosos e analfabetos, estabelecendo regras básicas para a publicidade de crédito, ao proibir a referência a crédito “sem juros”, “gratuito” e semelhantes, de forma que a publicidade não oculte os ônus da contratação a crédito.

A proposta reforça o vínculo de solidariedade entre os fornecedores de crédito e seus intermediários, no cumprimento dos deveres de informação e cooperação, bem como de coligação

entre o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e o contrato, dependente, de crédito ao consumidor. Esclarece também sobre a nulidade absoluta de algumas cláusulas contratuais. Garante a preservação de parte da remuneração do consumidor que represente o “mínimo existencial”, em especial se o pagamento do crédito envolver autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta-corrente, consignação em folha de pagamento, ou qualquer modo que implique reserva de parte da remuneração. Por fim, institui a possibilidade de o consumidor arrepender-se do crédito consignado, sob determinadas condições, como novo instrumento para evitar o seu superendividamento.

Na parte processual do CDC, cria Capítulo V: da Conciliação no Superendividamento, prevendo a conciliação com todos os credores do consumidor superendividado. Inspiram a presente proposição legislativa as normas já existentes em outros sistemas jurídicos e as pioneiras dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná, Pernambuco e São Paulo, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Procon de São Paulo, nas quais o procedimento de conciliação se dá em audiências globais entre consumidores e fornecedores, o que facilita a elaboração de plano de pagamento para a quitação das dívidas, com preservação do mínimo existencial, permitindo a reinclusão do consumidor no mercado e o avanço da cultura do adimplemento das dívidas. Em estudo premiado pelo Prêmio Inovare, o índice de êxito dos acordos, em algumas cidades, atinge a relevante marca de noventa e um, vírgula seis por cento, a demonstrar sua alta relevância para credores e consumidores na nova sociedade brasileira.

Em resumo, a proposta cria patamares de boa-fé e de conduta responsável dos fornecedores e intermediários na concessão de crédito ao consumidor e seu pagamento. Além desses aspectos fundamentais de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, a proposta fornece ao aplicador da lei importantes princípios e instrumentos para realizar, de forma eficiente, o imperativo constitucional de promoção da defesa do consumidor.

Pelo exposto, contamos com o apoio dos nobres Pares para aprovação do projeto.

Sala das Sessões,

Senador JOSÉ SARNEY

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2012

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 81.**

§ 1º A ação coletiva, que caberá para a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza, indicados nos incisos deste parágrafo, será exercida quando se tratar de:

.....

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.

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

§ 3º As ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos.

§ 4º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

§ 5º As pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular. (NR)”

“**Art. 81-A.** É absolutamente competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção.

§ 1º Será competente o foro:

I – da capital do Estado, se o dano ou o ilícito atingir o seu território;

II – do Distrito Federal, se o dano ou o ilícito atingir o seu território, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º Nos casos de competência da Justiça estadual, quando a extensão do dano atingir diversas comarcas, a competência será da entrância mais elevada.

§ 3º A extensão do dano ou do ilícito a ser considerada na fixação da competência será a indicada na inicial.

§ 4º A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional.

§ 5º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

§ 6º As regras de prevenção não se aplicam a outros legitimados quando os entes públicos já tiverem iniciado inquérito ou investigação a respeito dos fatos objeto da ação.”

“**Art. 82.** Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentemente:

.....

V – a Defensoria Pública.

.....

..... (NR)”

.....

“**Art. 87.**.....

§ 1º.....

§ 2º Em caso de procedência da demanda coletiva, os honorários advocatícios devidos às associações, quando o trabalho profissional tiver sido complexo:

I – serão fixados em porcentagem não inferior a vinte por cento, calculada sobre o valor da condenação;

II – serão arbitrados pelo juiz, na impossibilidade de aplicação do disposto no inciso I, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

§ 3º Na hipótese de relevante interesse público, direta ou indiretamente satisfeito pela demanda movida pela associação, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar compensação financeira, suportada pelo réu, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. (NR)”

.....

“CAPÍTULO I–A

DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA”

Seção I

Disposições Gerais

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

§ 1º O juiz poderá:

I – dilatar os prazos processuais;

II – alterar a ordem da produção dos meios de prova, até o momento da prolação da sentença, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.

§ 2º Se a ação for proposta por ente público, a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico, cabendo ao juiz realizar a consulta, quando se tratar de associação.

§ 3º O interessado poderá solicitar e o Ministério Público requisitar, de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias, para instruir a inicial.

§ 4º Caso seja inestimável ou de difícil mensuração, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.

§ 5º A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de decadência ou prescrição das pretensões individuais e coletivas, direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo a interrupção desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito. ”

Seção II

Da Conciliação

“**Art. 90-B.** O juiz, apreciado eventual requerimento de medida de urgência, designará audiência de conciliação, no prazo máximo de quinze dias, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil.

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

§ 2º O não comparecimento injustificado do réu ou de seu procurador, com plenos poderes para transigir, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor dos Fundos, nacional, distrital ou estaduais, de Direitos Difusos.

§ 3º O não comparecimento injustificado do autor acarretará a assunção da causa pelo Ministério Público, salvo recusa fundamentada.

§ 4º Caso o membro do Ministério Público recuse a assunção da causa, o juiz, não aceitando os fundamentos da recusa, adiará a audiência de conciliação e informará o órgão superior competente da instituição para que, querendo, designe outro integrante.

§ 5º As partes poderão transigir sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos, desde que haja concordância do Ministério Público, devendo a transação ser homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 6º No caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo nesse caso propor ação individual.

§ 7º O juiz ou o relator poderá tentar a conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição.”

Seção III
Da Tramitação do Processo
Subseção I

Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinatória

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

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

“Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguinte decisões, assegurado o contraditório:

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

II – poderá cindir os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas respectivamente à tutela separada dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que preservado o acesso à Justiça dos sujeitos vulneráveis, assegurada a proteção efetiva ao interesse social e facilitada a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;

IV – poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas;

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

VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo ou no julgamento da causa, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6º, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração;

VII – poderá determinar de ofício a produção de provas.

§ 1º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, será entregue pelo avaliador diretamente às partes, extra-autos, confidencialmente, não podendo chegar ao conhecimento do juiz.

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

§ 3º Aplica-se aos processos individuais o disposto no inciso VI deste artigo.”

Subseção II

Do Julgamento Antecipado da Lide

“Art. 90-E. A lide será julgada imediatamente, se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento ou de perícia, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais

apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo.”

Subseção III

Da Prova Pericial

“**Art. 90-F.** O juiz nomeará perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria, se for necessária a realização de prova técnica, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício.

§ 1º Competirá ao Poder Público, de preferência com recursos dos Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito devida pela associação autora, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final.

§ 2º Ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental.”

Subseção IV

Da Sentença e do Recurso

“**Art. 90-G.** Na ação reparatória referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação, independentemente de pedido do autor, consistirá:

I – na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos;

II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e

III – na indenização pelos danos, patrimoniais e morais.”

“**Art. 90-H.** O recurso interposto na ação coletiva será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo quando da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os interesses ou bens jurídicos coletivos em questão, inclusive o *periculum in mora* reverso, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.”

Subseção V

Do Cumprimento da Sentença

“**Art. 90-I.** O juiz poderá nomear pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, para fiscalizar e implementar atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva, atendendo às diretrizes por ele estabelecidas.”

Subseção VI

Da Audiência Pública e do “Amicus Curiae”

“**Art. 90-J.** O juiz ou tribunal, em qualquer instância, poderá submeter a questão objeto

da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas e membros da sociedade, de modo a garantir a adequada cognição judicial, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Parágrafo único. O juiz ou tribunal poderá admitir a intervenção, escrita ou oral, de *amicus curiae*.”

.....

“Art. 95-A. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 1º Quando os valores dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º Quando a determinação do valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo depender de informações em poder do réu, este deverá prestá-las, no prazo fixado pelo juiz, sob pena de multa diária e outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

§ 3º Aplica-se aos interesses ou direitos individuais homogêneos o disposto no art. 90-G.”

“Art. 102......

.....

§ 3º Proposta a ação prevista no *caput*, a Advocacia Pública poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar como litisconsorte do autor, desde que compatível com o interesse público. (NR)”.

.....

“Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo.

§ 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos.

§ 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual conceder medidas de urgência ou assegurar o mínimo existencial.

§ 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador.”

“CAPÍTULO V

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA”

“Art. 104-B. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações nele constantes.

§ 2º Qualquer órgão legitimado que tenha tomado compromisso de ajustamento de conduta remeterá, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.”

Art. 2º O § 5º do art. 5º e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com a seguinte redação:

“**Art. 5º**

.....

§ 5º Independentemente da justiça competente, admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei (NR)”.

.....

“Art. 16 A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas. (NR)”

Art. 3º Revogam-se:

I – o art. 93 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

II – o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei ora apresentado constitui instrumento para o aperfeiçoamento do acesso do consumidor à justiça.

A proposta cuida de desjudicializar os conflitos entre consumidor e fornecedor, reforçando a utilização de outras vias e, no plano do processo, implementando os meios consensuais de solução de controvérsias.

Além disso, ao valorizar a ação coletiva, previne a multiplicidade de demandas individuais que assoberbam o Poder Judiciário e inviabilizam a adequada prestação jurisdicional.

Algumas das soluções apresentadas visam a superar dificuldades e dúvidas que se estabeleceram no manejo do processo coletivo, tudo em homenagem à segurança jurídica de consumidores e fornecedores.

Sala das Sessões,

Senador JOSÉ SARNEY

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli

Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná

Relatora: Andréa Fabiane Groth Busat

Ementário

Julgados do TJ/MG e TJ/RS

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Acórdão 1 (16.02.2012)

Diante da contratação regular, não há falar em nexo causal e, portanto, em dever de indenizar e de devolução dos valores pagos pela contraprestação do serviço disponibilizado”

“E, ressaltado, que não se poderia exigir do autor que comprovasse que não tinha feito a aludida contratação, pois evidente que se cuida de prova negativa”

“Apesar de não ter havido inscrição do nome do autor em banco de dados de órgão de restrição creditícia, tenho como caracterizado o dever de indenizar em razão da conduta indevida e reiterada da ré”

“O autor não contratou os serviços contra os quais se insurgiu e que lhe vinham sendo cobrados, sem seu consentimento.”

“Tenho que a indenização arbitrada na sentença, a meu sentir, irá atingir o efeito pedagógico da medida, evitando repetição de fatos análogos, atenta à condição social e econômica das partes e a repercussão do dano”

Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná – Acórdão 2 (02.02.2012)

“Não há provas nos autos que demonstrem que a infecção decorreu de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou ainda, de que inexistiam vícios na prestação de serviços, ônus que incumbia à recorrente ante a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor”

“Patente que a recorrente deveria cercar-se de medidas prontas e efetivas para que os consumidores pudessem desfrutar do passeio, o que não ocorreu”

“No que tange os danos morais, constata-se que realmente houve falha nos serviços da recorrente, frustrando a viagem da reclamante, considerando a inexistência de meios eficazes para prevenir e evitar situações como a do caso em questão”

“Em relação ao quantum indenizatório, resta consolidado, tanto na doutrina, como na jurisprudência pátria o entendimento de que a fixação do valor da indenização por dano moral deve ser feita com razoabilidade”

“Deve-se levar em consideração, ainda, não só os incômodos trazidos à vítima do ilícito, mas também prevenir novas ocorrências”

ACÓRDÃO 1

SERVIÇOS DE TELEFONIA não solicitados e cobrados geram INDENIZAÇÃO por DANO MORAL

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **112674**

Período de divulgação: **1º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **16a. Câm. Cív.**

Relator: **Ana Maria Nedel Scalzilli**

EMENTA: Apelação cível. Serviços de telefonia. Devolução dos valores pagos indevidamente. Dano moral configurado. Cancelamento dos serviços denominados “chamada em espera” “siga-me” e “teleconferência” (pacote inteligente) porque não solicitado. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO: 70029968054 ANO: 2011

DECISÃO: 16 02 2012

TURMA: 16 ÓRGÃO JULGADOR: 16ª.

CÂMARA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 23 02 2012

JUIZ RELATOR: DR ANA MARIA

NEDEL SCALZILLI

RECORRENTE: BRASIL TELECOM S/A

RECORRIDO: ALTIVO DE SOUZA

EMENTA: Apelação cível. Serviços de telefonia. Devolução dos valores pagos indevidamente. Dano moral configurado. Cancelamento dos serviços denominados “chamada em espera” “siga-me” e “teleconferência” (pacote inteligente) porque não solicitado. Apelação desprovida.

DECISÃO: Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, À UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA (PRESIDENTE) E DES. ERGIO ROQUE MENINE.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

DES.^a ANA MARIA NEDEL SCALZILLI (RELATORA)

ALTIVO DE SOUZA ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de cobrança, cumulada com repetição do indébito, dano moral e responsabilidade civil dissuasória, contra BRASIL TELECOM S/A. Disse que mantém contrato de telefonia fixa com a empresa ré há mais de 15 anos e que, a partir de janeiro de 2008, passou a ser incluído em sua conta valores mensais referentes a serviços não contratados. Aduziu que por inúmeras vezes procurou a empresa, via serviço de 0800, para solicitar a exclusão de tais serviços, sem obter êxito. Requeru a condenação da ré ao pagamento em dobro das importâncias cobradas indevidamente e a uma indenização por danos morais, bem como a apresentação dos extratos da conta telefônica referentes aos cinco anos anteriores, cópias dos protocolos em que solicitou o cancelamento dos serviços não contratados.

Foi deferida a antecipação de tutela para que fosse suspensos serviços e as cobranças não solicitados, bem como para evitar a inscrição

do nome do autor nos órgãos restritivos de crédito.

Citada, a ré apresentou contestação. Argüiu, com base no Código de Defesa do Consumidor, a decadência do direito do autor de reclamar da existência de vícios do produto. Discorreu sobre a impossibilidade de apresentação do contrato formal, pois os requerimentos de serviços são feitos através de call center. Sustenta, ainda, que o requerimento do serviço foi regularmente feito e, num momento posterior, houve seu cancelamento. Sendo assim, a demandante não possui direito a devolução dos valores. Postulou a improcedência da ação.

Instruído o feito, sobreveio sentença vazada nos seguintes termos:

“Isso posto, JULGO PROCEDENTE os pedidos interpostos por ALTIVO DE SOUZA contra BRASIL TELECOM S.A. – FILIAL RIO GRANDE DO SUL, para condenar a ré ao pagamento do montante de 30(trinta) salários mínimos, a título de dano moral, cujo montante deve ser convertido em reais na data da sentença, devendo incidir a correção monetária pelo IGP-M e juros de 1% ao mês, a partir da data da conversão, até o efetivo pagamento, bem como para declarar ilegal, inexigível e abusiva a cobrança efetuada a título de “CHAMADA EM ESPERA (PACOTE INTELIGENTE), SIGA-ME (PACOTE INTELIGENTE) E TELECONFERÊNCIA (PACOTE INTELIGENTE)”, nas contas telefônicas do autor e, para condenar a ré ao pagamento da repetição do indébito, no que concerne aos serviços de “CHAMADA EM ESPERA (PACOTE INTELIGENTE), SIGA-ME (PACOTE INTELIGENTE)

E TELECONFERÊNCIA (PACOTE INTELIGENTE)”, acrescidos de correção monetária, através do IGPM, desde a data do respectivo pagamento e com a incidência de juros legais de 1% ao mês, a contar da citação, na forma do art. 406, do Código Civil cominado com e art. 161, do CTN. Mantenho a liminar.

Condeno, ainda, a requerida, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da condenação dos danos morais, fulcro no artigo 20, parágrafo 3º, do código de Processo Civil, atenta ao julgamento antecipado da lide.”

Inconformada, apela a ré. Reitera os argumentos expostos na peça defensiva no sentido de que os serviços já citados foram solicitados pelo autor, via telefone. Diz que diante da contratação regular, não há falar em nexo causal e, portanto, em dever de indenizar e de devolução dos valores pagos pela contraprestação do serviço disponibilizado.. Invoca dispositivos legais, sustentando a inoccorrência de danos morais, tendo praticado ato no exercício regular de direito. Pede provimento ao apelo para julgar improcedente a ação ou, caso mantida, reduzir o quantum estabelecido a título de danos morais, segundo os parâmetros defendidos, com a inversão dos encargos da sucumbência.

Com contrarrazões, subiram os autos à apreciação desta Corte, vindo conclusos para julgamento.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a ANA MARIA NEDEL
SCALZILLI (RELATORA)

Eminentes Colegas: improcede o apelo.

Com efeito, não obstante a ré vir em sua razões de apelo, novamente, sustentar a regularidade da contratação dos serviços do Pacote Inteligente – chamada em espera, sigame e teleconferência –, ao que parece, não atentou que não fez, durante a fase probatória, um adinículo de prova de suas alegações.

Desta forma, tenho por incontroverso, até porque não comprovado pela ré, que o autor não contratou os serviços contra os quais se insurgiu e que lhe vinham sendo cobrados, sem seu consentimento. E, ressaltar, que não se poderia exigir do autor que comprovasse que não tinha feito a aludida contratação, pois evidente que se cuida de prova negativa. Ademais, diante da sistemática adotada pela ré para essa espécie de contratação – call center –, é seu o ônus de demonstrar que houve a efetivada solicitação dos serviços, ônus do qual, ressaltar, não se desincumbiu.

E, embora o autor tenha entrado em contato com a ré, contestando os serviços que não contratou (números de protocolos arrolados na peça inicial, às fls. 04/05), mesmo assim esta os manteve ativos.

Logo, correta está a sentença, ao determinar que a ré restitua, em dobro, ao autor a importância que cobrou pelos serviços não contratados, forte no disposto no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à indenização por danos morais, melhor sorte não socorre a ré.

Apesar de não ter havido inscrição do nome do autor em banco de dados de órgão de restrição creditícia, tenho como caracterizado o dever de indenizar em razão da conduta indevida e reiterada da ré.

O autor obteve medida liminar em 18 de dezembro de 2008, determinando-se à ré que suspendesse os serviços não autorizados e sua cobrança, bem como que deveria abster-se de inscrever o nome daquele nos órgãos de proteção de crédito.

A ré, embora intimada, manteve a cobrança dos referidos serviços, ao menos nos dois meses seguintes ao da sua citação, o que leva a crer realmente não tenha cumprido a integralidade do provimento judicial, causando transtornos ao autor, somando ao fato das diversas reclamações feitas por este, via o serviço de atendimento ao cliente, disponibilizado pela companhia telefônica.

Nessa senda, resta caracterizada a conduta indevida da ré, pois que os fatos, na forma como ocorreram, refogem do simples descumprimento contratual ou dos transtornos e aborrecimentos inerentes da vida em sociedade, gerando, portanto, o dever de indenizar os danos morais provocados ao autor.

Igualmente merece ser confirmado o quantum indenitário arbitrado pela Julgadora monocrática, na importância equivalente a trinta salários mínimos.

Conquanto pareça exacerbada a quantia arbitrada a título de danos morais para o caso,

impende considerar que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar as ações onde a parte pleiteia indenização por danos morais pelo simples fato de que não foi notificada de que seria inscrita em órgãos de proteção ao crédito, mesmo que se encontre inadimplente e não se disponha a quitar o débito, considera justo e razoável, como forma de reparar o prejuízo extrapatrimonial, a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim, atentando-se que aqui o autor teve que entrar em contato com a ré, por diversas vezes, sempre buscando a suspensão das cobranças indevida, e ainda através de atendimento, que é de conhecimento público e notório as dificuldades de ser bem atendido e de ter resolvido, desde já, o problema reclamado, tanto que se viu obrigado a ajuizar a presente demanda, tenho que a indenização arbitrada na sentença, a meu sentir, irá atingir o efeito pedagógico da medida, evitando

repetição de fatos análogos, atenta à condição social e econômica das partes e a repercussão do dano.

Feitas essas considerações, nego provimento ao recurso.

É o voto.

DES. ERGIO ROQUE MENINE (REVISOR) – De acordo com a Relatora.

DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA (PRESIDENTE) – De acordo com a Relatora.

DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA – Presidente – Apelação Cível n. 70029968054, Comarca de Santa Rosa: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.”

Julgador(a) de 1º Grau: INAJA MARTINI BIGOLIN

ACÓRDÃO 2

FALHA na PRESTAÇÃO de SERVIÇOS TURÍSTICOS e ausência de comprovação das condições do NAVIO para a EMBARCAÇÃO na DATA da VIAGEM geram INDENIZAÇÃO por DANO MORAL

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **112353**

Período de divulgação: **1º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **1a. T. Rec.**

Relator: **Andréa Fabiane Groth Busato**

EMENTA: Recurso inominado – indenizatória – pacote de viagem – cruzeiro marítimo – falha na prestação de serviço – surto de gastroenterite – ausência de comprovação das condições do navio para a embarcação na data da viagem – relação de consumo – aplicação do art. 14 do CDC – Nexo causal demonstrado – ausência de excludentes de responsabilidade – dano moral configurado – minoração do quantum indenizatório – improcedência – valor que atende as peculiaridades do caso concreto – sentença mantida por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO: 20110014528-9

ANO: 2011

DECISÃO: 02 02 2012
TURMA: 01
ÓRGÃO JULGADOR: 1a. TURMA
RECURSAL
FONTE: DJ DATA: 10 02 2012
JUIZ RELATOR: DR ANDREA
FABIANE GROTH BUSATO
RECORRENTE: ROYAL CARIBBEAN
CRUZEIROS (BRASIL) LTDA.
RECORRIDO: JUSSARA MARIA
BONAT CELLI

EMENTA: Recurso inominado – indenizatória – pacote de viagem – cruzeiro marítimo – falha na prestação de serviço – surto de `gastroenterite – ausência de comprovação das condições do navio para a embarcação na data da viagem – relação de consumo – aplicação do art. 14 do CDC – Nexo causal demonstrado – ausência de excludentes de responsabilidade – dano moral configurado – minoração do quantum indenizatório – improcedência – valor que atende as peculiaridades do caso concreto – sentença mantida por seus próprios fundamentos. Decisão : Face o exposto, decidem os Juízes integrantes da 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste voto.

DECISÃO: Face o exposto, decidem os Juízes integrantes da 1a. Turma Recursal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste voto. O julgamento foi presidido pela Senhora Juíza Andréa Fabiane Groth Busato (relatora), e dele participou a Senhora Juíza Ana Paula Kaled Accioly e o Senhor Juiz Leo Henrique Furtado Araújo.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

Relatório

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Jussara Maria Bonat Celli em face de Royal Caribbean Cruzeiros (Brasil) Ltda. Conta à autora que adquiriu junto à segunda reclamada um pacote de viagem, que consistia em um cruzeiro pela costa brasileira, com saída de Santos no dia 03.12.2009 e retorno em 07.12.2010, a ser feita no navio da primeira requerida. Contudo, no dia 06/12/2009, ou seja, após 03 (três) dias a bordo a recorrida foi acometida de uma infecção intestinal, apresentando sintomas como náuseas, diarreias, dores abdominais e mal estar diverso. Tal fato impossibilitou a reclamante de desfrutar dos seus dois últimos dias da viagem. Não obstante, a recorrida passou por uma série de exames realizados pela equipe médica do cruzeiro (fls. 33/39), tendo que arcar com os custos dos medicamentos que totalizaram o valor de U\$ 1.438,00 (um mil quatrocentos e trinta e oito dólares americanos).

A sentença proferida às fls. 113/120 julgou procedente o pedido inicial condenando a reclamada Royal Caribbean Brasil à restituição de 40% do valor pago pelo cruzeiro no importe de R\$ 468,80 (quatrocentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos); e, ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de indenização por danos morais. Inconformada a Reclamada interpõe recurso alegando, em síntese: a) ausência de responsabilidade; b) não cabimento da inversão do ônus da prova; c) ausência de provas quanto aos danos morais; d) redução do quantum indenizatório.

É o relatório.

Passo ao voto

O recurso deve ser conhecido vez que presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

No caso em análise estamos diante de uma típica relação de consumo, pois as partes enquadram-se nos conceitos de consumidor e fornecedor constantes nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Nestes termos, “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (art. 14 do CDC).

É incontroverso nos autos que a recorrida contraiu uma infecção intestinal causada por bactéria. Não há provas nos autos que demonstrem que tal infecção decorreu de culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, ou ainda, de que inexistiam vícios na prestação de serviços, ônus que incumbia à recorrente ante a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor. Veja-se que nos autos se verifica que a recorrente não tomou providências preventivas para evitar tal situação, considerando que os 2 e.s. documentos acostados pela requerente às fls. 40/41 mostram as precárias condições de armazenamento da alimentação servida no local.

No que tange os danos morais, constata-se que realmente houve falha nos serviços da recorrente, frustrando a viagem da reclamante,

considerando a inexistência de meios eficazes para prevenir e evitar situações como a do caso em questão. Patente que a recorrente deveria cercar-se de medidas prontas e efetivas para que os consumidores pudessem desfrutar do passeio, o que não ocorreu. Destarte, não tendo a recorrente feito prova de que seria impossível a contaminação se dar por conta de condições precárias de higiene, conclui-se por sua responsabilização ante a frustração e desgosto decorrentes da impossibilidade de fruição de seus serviços.

Em relação ao quantum indenizatório, resta consolidado, tanto na doutrina, como na jurisprudência pátria o entendimento de que a fixação do valor da indenização por dano moral deve ser feita com razoabilidade, levando-se em conta determinados critérios, como a situação econômica da autora, o porte econômico da ré, o grau de culpa, visando sempre à atenuação da ofensa, a atribuição do efeito sancionatório e a estimulação de maior zelo na condução das relações. Deve-se levar em consideração, ainda, não só os incômodos trazidos à vítima do ilícito, mas também prevenir novas ocorrências. No caso em questão fora fixada a importância de R\$ 4.000,00.

Sopesadas as peculiaridades da espécie em litígio, aliadas àquelas próprias que envolveram o evento danoso, em especial a situação econômica da autora, bem como o da reclamada, tem-se que o quantum arbitrado deve ser mantido, não sendo excessivo, mas estando dentro dos parâmetros fixados por esta Turma Recursal em casos semelhantes.

Portanto, o voto é pelo desprovidimento do recurso e manutenção da sentença singular por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do art. 46, da Lei 9.099/95.

Não logrando a recorrente êxito em seu recurso, deve arcar com o pagamento das custas processuais e verba honorária, esta fixada em 15% 3 e.s. sobre o valor da condenação, devidamente atualizada, na forma do art. 55 da lei 9.099/95.

Dispositivo.

Face o exposto, decidem os Juízes integrantes da 1a. Turma Recursal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, conhecer

e negar provimento ao recurso, nos exatos termos deste voto. O julgamento foi presidido pela Senhora Juíza Andréa Fabiane Groth Busato (relatora), e dele participou a Senhora Juíza Ana Paula Kaled Accioly e o Senhor Juiz Leo Henrique Furtado Araújo.

Curitiba, 2 de fevereiro de 2012.

Andréa Fabiane Groth Busato Juíza Relatora

EMENTÁRIO

1) COBRANÇA exorbitante de VALOR referente a ENERGIA não consumida enseja INDENIZAÇÃO por DANO MORAL

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **112748**

Período de divulgação: **2º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **4a. Câm. Cív.**

Relator: **Dárcio Lopardi Mendes**

Apelação cível – Ação de indenização – Responsabilidade civil – Danos morais – Chuva – Queda de raio – Rede elétrica danificada – Cobrança exorbitante de valor referente à energia não consumida – Dano moral configurado – Dever de indenizar. – A responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, provém do ato ilícito, caracterizando-se pela violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular,

conforme a regra expressa dos artigos 186 e 927 do Código Civil. – Demonstrada a ocorrência de fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo, necessários para a configuração da pretensão indenizatória, patente é o dever de indenizar. (TJ/MG – Ap. Cível n. 1.0388.08.021397-7/002(1) – 4a. Câm. Cív. – ac. unân. – Rel.: Des. Dárcio Lopardi Mendes – j. em 06.10.2011 – Fonte: DJ, 01.11.2011).

2) Má-prestação de SERVIÇO FUNERÁRIO gera DANOS MORAIS

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **112770**

Período de divulgação: **2º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **2a. T.**

Relator: **Luís Francisco Franco**

Ação de indenização por danos morais. Contratação de funerária. Suposta troca de corpos em cerimônia fúnebre. Corpo

com o rosto maquiado e unhas pintadas de vermelho, incompatíveis com os costumes da religião da falecida, que era devota da igreja pentecostal, situação que era do conhecimento da demandada (Funerária São Cristóvão). Má-prestação de serviços. Dano moral ocorrente. Caráter punitivo e pedagógico do instituto. Inicialmente, quanto ao recurso de agravo retido, tenho por não conhecê-lo, visto que inaplicável à sistemática dos Juizados Especiais. No caso, não há provas suficientes que possibilitem afirmar com um juízo de certeza a ocorrência da troca de cadáveres, como alegado pelas autoras. Dos documentos carreados aos autos, a única certeza que se tem é que o uso das capelas mortuárias do cemitério Chácara Barreto do Município de Canoas, onde ocorreu o velório da falecida, o aluguel se dá por ordem de chegada, ocorrendo somente um velório por vez, onde a ocupação somente é liberada com a saída do cadáver antecessor, sendo vedada a sua reserva em razão de problemas ocorridos anteriormente. Tal fato, como mencionado pelo juiz de primeira instância, pode ter confundido as autoras, que, ao chegarem à capela, ainda estava ocorrendo o velório do cadáver antecessor. De outra banda, a chegada do corpo da familiar das autoras, maquiada e com as unhas pintadas de vermelho, trata-se, evidentemente, de

hipótese de descumprimento contratual (má-prestação de serviço), situação que, de regra, não enseja danos morais, a não ser em caráter excepcional. No caso dos autos, a ré, ao lidar com tal atividade, deveria primar pelo respeito e pela sensibilidade que o momento inspira. No caso, a funerária falhou com o seu dever, numa atitude que demonstra verdadeiro descaso para com a pessoa do consumidor, já que não havia sido solicitado o serviço de maquiagem e foi informada a situação religiosa da falecida (o próprio depoimento das fls. 50/51 esclarece isso). A situação narrada pela parte, em especial os elementos acima destacados, autoriza o reconhecimento do dever de indenizar. A indenização, no caso concreto, assume função eminentemente punitiva, no sentido de evitar que condutas futuras semelhantes sejam novamente praticadas. Valor da verba indenizatória (R\$ 2.000,00) que, por adequar-se aos parâmetros da Turma para situações similares, merece ser mantida. Note-se que a indenização deve atender ao fim compensatório/punitivo sem, contudo, implicar enriquecimento indevido. Recursos desprovidos. (TJ/RS – Rec. Cível n. 71003118841 – Comarca de São Leopoldo – 2a. T. Rec. Cív. – Rel.: Des. Luís Francisco Franco – j. em 23.11.2011 – Fonte: DJ, 25.11.2011).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: Martins de Sousa

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção)

Relator: A. Borg Barthet

EXCEROTOS

Do Supremo Tribunal de Justiça (06.03.2012)

“O carácter real da obrigação de pagamento da prestação anual, no âmbito do direito real de habitação periódica, impõe-se ao titular deste direito independentemente de qualquer acto de aceitação”

“De acordo com o título constitutivo do direito real de habitação periódica a que está sujeito o Aparthotel FF e com a certidão de teor do prédio, cada prestação pecuniária deve ser paga em relação a cada um dos cinquenta e dois períodos semanais de cada ano e no termo do respectivo período de utilização”

“Sendo um direito real, por via da tipicidade, o regime do direito real de habitação periódica deve resultar, ao menos no tocante ao seu conteúdo essencial, da lei e nos casos nela não regulados, do título constitutivo e do documento complementar a que se alude no nº2 do artº11 do mesmo diploma, cuja elaboração, como se referiu, pertence ao proprietário do imóvel”

“A excepção de não cumprimento é, como se sabe, a faculdade que cada um dos contraentes tem de, nos contratos bilaterais com o mesmo prazo de cumprimento das respectivas prestações, recusar a sua enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe”

Do Tribunal de Justiça (16.02.2012)

“O Tribunal de Justiça considerou que circunstâncias como o comportamento imprudente do operador turístico ou a ocorrência de eventos excepcionais ou imprevisíveis não podem constituir um obstáculo ao reembolso dos fundos depositados e ao repatriamento dos consumidores ao abrigo do artigo 7º da Diretiva 90/314”

“No que se refere aos danos que a não execução ou a incorreta execução do contrato causem ao consumidor, os Estados Membros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência sejam responsabilizados”

“O operador e/ou a agência que sejam partes no contrato devem comprovar possuir meios de garantia suficientes para assegurar, em caso de insolvência ou de falência, o reembolso dos fundos depositados e o repatriamento do consumidor”

“O operador deve garantir que o viajante seja reembolsado do preço pago pela viagem, se as prestações de viagem não lhe forem fornecidas devido a insolvência ou a abertura de procedimento de insolvência relativamente aos ativos do operador”

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo:

692/05.4TBGDL.E1.S1

Nº Convencional:

1.ª SECÇÃO

Relator:

MARTINS DE SOUSA

Descritores:

**EMPREENDIMENTO TURÍSTICO
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO
PERIÓDICA
DIREITO REAL MENOR
PRESTAÇÕES PERIÓDICAS
EXCEPÇÃO DE NÃO CUMPRIMENTO
ABUSO DE DIREITO**

Nº do Documento:

SJ

Data do Acórdão:

06-03-2012

Votação:

UNANIMIDADE

Texto Integral:

S

Privacidade:

1

Meio Processual:

REVISTA

Decisão:

NEGADA A REVISTA

Sumário:

I – O direito real de habitação periódica, classificado como direito real menor, comporta dois planos: aquele que o caracteriza como “um esquema ou regime de exploração turística” cuja constituição é feita

com base num negócio jurídico unilateral, em regra, da iniciativa do proprietário das infra-estruturas do empreendimento turístico e o dos direitos parcelares de habitação periódica que são adquiridos pelos respectivos utentes, em regra, por mero efeito de um contrato, nos termos do art. 408º do CC (cf. arts. 6º, 10º e 12º do DL nº 275/93, de 05-08).

II – O carácter real da obrigação de pagamento da prestação anual, no âmbito do direito real de habitação periódica, impõe-se ao titular deste direito independentemente de qualquer acto de aceitação, retirando-lhe a natureza de contraprestação sinalagmática assumida num hipotético quadro contratual, nomeadamente para efeitos de oposição ao respectivo pedido de pagamento por via da excepção de não cumprimento, prevista no art. 428º do CC.

III – Funcionando as prestações anuais como corresponsivo dos encargos de gestão e como compensação do proprietário do empreendimento turístico pelas despesas a que está sujeito, essas prestações não podem configurar-se como sendo meras contrapartidas simétricas do uso das unidades de alojamento, pelo que estando o empreendimento sujeito à realização de obras de grande vulto que, porém, não inviabilizam a sua utilização essencial, a exigência do pagamento dessas prestações não pode ser entendida como abusiva, nem se traduz em excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito (art. 334º do CC).

Decisão Texto Integral:

ACORDAM NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

I.

AA, BB e CC intentaram a presente acção declarativa, com processo ordinário, contra DD – CLUB INTERNACIONAL DE FÉRIAS, S.A. (actualmente EE – *INVESTIMENTOS TURÍSTICOS*. S.A.) e, invocando serem titulares de um direito real de habitação periódica (DRHP) sobre apartamentos do Aparthotel FF, sito em Tróia, de que a Ré é concessionária e administradora, o qual se encontra inserido no empreendimento turístico “conjunto GG” e futuro “EE” e que em Março de 2005 a Ré iniciou obras em todo o empreendimento no âmbito do Plano de Pormenor UNOP I, provocando com isso a emissão de poeiras, ruídos e maus odores, afectando as condições de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança e animação que estiveram na base da aquisição de tais direitos pelos Autores, além do que procedeu ao encerramento de supermercado, restaurantes e espaços e instalações de cariz lúdico, impossibilitando assim os Autores de utilizar os referidos apartamentos, concluíram pedindo a condenação desta:

a) a indemnizá-los pelos prejuízos causados, em valor equivalente ao que tiverem de pagar para usufruírem de idênticos apartamentos pelo período de tempo correspondente ao número de semanas de que são titulares e pelo tempo que durarem as obras, cuja liquidação relegaram para execução de sentença;

b) a abster-se de lhes cobrar o valor da taxa pecuniária anual referente ao ano de 2005 em resultado da não fruição dos apartamentos objecto de Direitos Reais de Habitação Periódica (doravante DRHP).

Citada, a Ré contestou invocando que o referido aparthotel constitui um empreendimento autónomo e, por isso, dele

não fazem parte todos os demais espaços e serviços de cuja utilização os Autores afirmam terem ficado privados. Por isso, mantendo-se o FF em pleno funcionamento e em condições de ser utilizado pelos clientes da Ré durante o ano de 2005, não assiste aos Autores o direito a qualquer indemnização ou ao não pagamento da contra-prestação devida. Por outro lado, as obras em causa, além de obedecerem à legislação em vigor, são indispensáveis à requalificação da península de Tróia.

Deduziu, ainda, reconvenção contra todos os Autores, e com fundamento no facto de os apartamentos reunirem condições de utilização e de terem sido utilizados em 2005 pelos AA, sendo que em algumas semanas de 2005 os próprios Autores os utilizaram, pediu a condenação:

– da Autora AA no pagamento de € 2.278,48 a título de prestações pecuniárias vencidas até 18.11.2005 e juros vencidos, a que acrescem juros de mora vincendos até integral pagamento;

– do Autor BB no pagamento de € 2.951,82 a título de prestações pecuniárias vencidas até 18.11.2005 e juros vencidos, a que acrescem juros de mora vincendos até integral pagamento;

– do Autor CC no pagamento de € 1.445,67 a título de prestações pecuniárias vencidas até 18.11.2005, juros vencidos e € 70,09 de IVA que deveria ter sido pago até 19.10.2004, a que acrescem juros de mora vincendos até integral pagamento.

Houve réplica e tréplica, pois os AA. alegaram a excepção de não cumprimento do contrato, impugnada pela Ré.

Proferido despacho saneador e decorridos demais trâmites, inclusive ampliação dos pedidos, teve lugar a audiência

de discussão e julgamento após o que foi proferida sentença na qual se julgou a acção improcedente e procedente a reconvenção e condenados, “a Autora Reconvinda AA a pagar à Ré/Reconvinte a quantia de € 6.992,95 (seis mil, novecentos e noventa e dois euros e noventa e cinco cêntimos), a que acrescem juros de mora sobre cada uma das prestações em dívida, contados à taxa legal desde a data do respectivo vencimento até integral pagamento; o Autor/Reconvindo BB a pagar à Ré/Reconvinte a quantia de € 15.824,91 (quinze mil. oitocentos e vinte e quatro euros e noventa e um cêntimos) a que acrescem juros de mora sobre cada uma das prestações em dívida, contados à taxa legal desde a data do respectivo vencimento até integral pagamento; o Autor/Reconvindo CC a pagar à Ré/Reconvinte a quantia de € 2.403,84 (dois mil. quatrocentos e três euros e oitenta e quatro cêntimos), a que acrescem juros de mora sobre cada uma das prestações em dívida, contados à taxa legal desde a data do respectivo vencimento até integral pagamento”.

Inconformados com esta decisão, interpuseram os AA. recurso de apelação, mas a Relação de Évora, por acórdão, muito embora tenha alterado, a decisão da matéria de facto no que tange à resposta dada aos quesitos 1º e 2º da base instrutória, manteve a sentença e negou provimento ao recurso.

Inconformada outra vez, recorre, ora, de revista a A. AA que conclui a sua alegação, do modo seguinte:

1) Na sequência do recurso interposto pelos AA., o Tribunal da Relação alterou a resposta dada à matéria de facto, considerando provado que: 1) O Aparthotel FF encontra-se inserido no, denominado pela Ré, “Complexo Turístico de Tróia”; e que 2) O “Complexo Turístico de Tróia” é composto por Aparthoteis, Piscinas, Minimercado, Serviços de Restauração,

Esplanadas, Estacionamento Privativo e Espaços Verdes. Porém, não quis retirar daí qualquer consequência útil.

2) Para o Tribunal da Relação, é perfeitamente possível que num processo judicial, sejam provados factos opostos um ao outro, numa solução dada à matéria de facto quesitada que arrepia às mais primárias regras de experiência comum, e é atentatória do princípio da coerência, ferindo todas as expectativas de justiça dos particulares e a confiança depositada no poder jurisdicional.

3) Isto, sobre a protecção da inalterabilidade da matéria de facto em Recurso interposto para o STJ... Mas omitindo completamente a aplicação dos artigos 712º, n.º1 e 690ºA, do CPC.

4) É o que ocorre, quando um Tribunal reconhece que ficou provado que:

5) VV) Os Autores adquiriram os direitos de utilização das fracções para usufruírem das condições proporcionadas pelo Aparthotel FF e pelo espaço urbanístico e natural em que aquele se encontra inserido, em termos de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança, repouso e animação; Que,

6) «O Aparthotel FF encontra-se inserido no, denominado pela Ré, / “Complexo Turístico de Tróia”; o qual, «é composto por Aparthoteis, Piscinas, Minimercado, Serviços de Restauração, Esplanadas, Estacionamento Privativo e Espaços Verdes»; Provando-se ainda que,

7) «WW) Em Maio de 2005, a Ré iniciou obras noutros edifícios de que é proprietária na península de Tróia, provocando a emissão de poeiras, ruídos gerados pelas máquinas em laboração, e maus odores.» e «xx) Em consequência das obras diminuíram substancialmente as Condições de higiene e limpeza na urbanização de Tróia» e ainda que «YY) Aquando do início das obras, a Ré encerrou algumas unidades de alojamento

e serviços de que era proprietária, tais como piscinas, minimercado, alguns restaurantes; instalações do Bowling, e deixou de promover espectáculos de animação.»

8) E conclua, a talhe de foice, em manifesta contradição, que: « não se provou que: O FF não reunia condições para ser fruído pelos AA. em condições de tranquilidade e repouso», ignorando olímpicamente que ficou provado que uma tal situação é diametralmente oposta àquelas que são as legítimas expectativas dos AA., de «usufruírem das condições proporcionadas pelo Aparthotel FF e pelo espaço urbanístico e natural em que aquele se encontra inserido, em termos de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança, repouso e animação». Certamente, quando uma pessoa quer «condições de tranquilidade e repouso», escolhe um local onde exista «emissão de poeiras, ruídos gerados pelas máquinas em laboração, e maus odores»!

9) O Acórdão recorrido violou o disposto no Art.21.º do Regime Jurídico da Habitação Periódica, que prevê que o direito real de habitação periódica confere ao respectivo titular o direito de: «b) Usar as instalações e equipamentos de uso comum do empreendimento e beneficiar dos serviços prestados pelo titular do empreendimento.», ou seja, consubstancia um direito de utilização de edifício ou sua fracção, integrados em empreendimento turístico, e não, singelamente, o direito a ocupar uma fracção, independentemente do respectivo “espaço envolvente”, conforme Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-05-2007.

Por outro lado

E sem conceder

10) Ficou provado que a Ré arruinou as condições naturais do espaço envolvente ao Aparthotel FF, quando «Em Maio de 2005, a Ré iniciou» obras que causaram a «emissão de poeiras, ruídos gerados pelas máquinas em

laboração, e maus odores», e «Em consequência (...) diminuíram substancialmente as condições de higiene e limpeza na urbanização de Tróia».

11) Ficou provado que «a Ré encerrou algumas unidades de alojamento e serviços de que era proprietária, tais como piscinas, minimercado, alguns restaurantes; instalações do Bowling, e deixou de promover espectáculos de animação», bem como, «a animação cultural, jogos e festas», que «até então levava a cabo nos locais que tinha afectos a tal fim», principalmente «nas passagens de ano, Páscoa e épocas altas de Verão (todos os fins-de-semana de Junho a Setembro)».

12) Ficou provado que «VV) Os Autores adquiriram os direitos de utilização das fracções para usufruírem das condições proporcionadas pelo Aparthotel FF e pelo espaço urbanístico e natural em que aquele se encontra inserido, em termos de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança, repouso e animação.»; E como se isso não bastasse, provou-se ainda que «KKK) Na data em que os Autores adquiriram as semanas de férias passaram a integrar o denominado “HH”.», e que «LLL) O “HH” emitia para cada titular de Direito Real de Habitação Periódica um cartão (vitalício), que lhe conferia 20% de desconto na utilização do Campo de Golf, dos courts de ténis, do Club Náutico e no acesso às piscinas.».

13) E como se tudo isto não fosse suficiente, na sequência da parcial provimento do Recurso interposto pelos AA., foi julgado provado que «1) O Aparthotel FF encontrasse inserido no, denominado pela Ré, “Complexo Turístico de Tróia”;» e que «2) O “Complexo Turístico de Tróia” é composto por Aparthoteis, Piscinas, Minimercado, Serviços de Restauração, Esplanadas, Estacionamento Privativo e Espaços Verdes.».

14) Provou-se, em síntese, que o fim do contrato pelo qual os AA. adquiriram direitos

de utilização das fracções, não outro, senão a aquisição de uma propriedade fraccionada, de um apartamento inserido no «denominado pela Ré, “Complexo Turístico de Tróia”», «composto por Aparthoteis, Piscinas, Minimercado, Serviços de Restauração, Esplanadas, Estacionamento Privativo e Espaços Verdes», e formado como «espaço urbanístico e natural em que aquele se encontra inserido, em termos de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança, repouso e animação».

15) Tendo em conta os factos supra transcritos, é evidente a lesão das legítimas expectativas (também demonstradas) dos adquirentes dos Direitos Reais de Habitação Periódica e com evidentes reflexos no fim do contrato (e que jamais poderá ser dissociado do gozo de férias «em termos de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança, repouso e animação»),

16) Assim como é evidente a subsunção dessa lesão ao «regime geral de incumprimento contratual» previsto nos artigos 762º, 763º, 798 a 800º e 428º, todos do Código Civil.

17) Desta forma, é irrefutável o incumprimento: As condições causadas pelas obras, são diametralmente opostas às expectativas, legítimas, que foram as apregoadas, publicitadas e difundidas, perante os AA., adquirentes de direitos reais de habitação periódica, com a amplitude plasmada nos documentos juntos aos autos.

18) Impunha-se reconhecer o direito dos AA. a excepcionar o pagamento da taxa pecuniária referente aos apartamentos objecto de Direitos Reais de Habitação Periódica, de que são titulares, bem como, pelas mesmas razões de facto e de Direito, às quais acresce o disposto no art.º 27º, n.º 1, do DL n.º 275/93, de 05 de Agosto (direito de indemnização, pelo sacrifício imposto pela realização de obras e reparações, mesmo que «indispensáveis ao exercício normal do direito»), condenar a Ré a

indemnizar os Autores pelos prejuízos causados, em quantitativo cuja liquidação relegaram para execução de sentença.

Por outro lado,

19) O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu que «Não tendo os AA. fundamentado o seu pedido no regime geral do incumprimento contratual, não podem invocar omissão de pronúncia integradora de nulidade, apenas porque o tribunal não analisou o pedido nessa perspectiva jurídica», situação que constitui uma violação verdadeiramente chocante do disposto no art.º 664º CPC, que dispõe que o juiz não está obrigado a aceitar o enquadramento jurídico que as partes oferecem para os factos alegados e provados, sendo livre na aplicação do direito.

20) Assim, ao não apreciar a presente acção à luz do regime geral do incumprimento, previsto nos artigos 762º, 763º, 798 a 800º e 428º, todos do Código Civil, o acórdão recorrido não se limitou a “corroborar” a violação desse mesmo regime. Pior do que isso, o tribunal da relação recusou-se a apreciar os factos, que não devem confundir-se com a valoração jurídica que deles seja feita pelas partes, incorrendo, assim, na nulidade prevista no art.º 668º, n.º 1, ai. d), do CPC.

E mesmo que assim não fosse, ou seja,

21) Mesmo que a Ré não tivesse uma obrigação de carácter contratual, sempre a douta decisão recorrida, ao negar provimento à pretensão à dos AA., nega protecção a uma situação objectiva de legítima confiança, correspondente à convicção e expectativa sólida, gerada nos AA., aquando da comercialização dos direitos reais de habitação periódica, de forma a criar nos adquirentes uma de que, no caso, estariam a adquirir um “produto” adequado ao gozo de férias com tranquilidade e sossego, animação cultural e numa ambiência

natural e salutar, e que esse direito de habitação periódica pressupunha a utilização de outros equipamentos, inseridos num “complexo turístico”, assim legitimando o exercício de um Direito em termos clamorosamente ofensivos da Justiça,

22) Pelo que, também pela via do abuso de direito – posto que os factos consubstanciadores estão provados – não é possível aceitar a solução jurídica acolhida na sentença recorrida, mostrando-se preenchidos os requisitos do abuso de direito consignados no art.º 334º do C. Civil, pelo menos, no que respeita à cobrança das taxas pecuniárias peticionadas em reconvenção.

23) Como bem se vê em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04/03/2004, sobressai «Peculiaridade do direito de habitação periódica só poder incidir sobre edifícios ou respectivas fracções integrados em empreendimentos turísticos – n.º 1 do já citado art.1º do DL 130/89, de 18/4 (...), ou seja, à luz do Decreto-Lei n.º 328/86, de 30/9, em vigor à data em que foi constituído o Empreendimento Turístico explorado pela Ré, o direito de habitação periódica só pode incidir sobre fracções de edifícios, integrados em empreendimentos turísticos.

24) A omissão de o proprietário do imóvel ou conjunto turístico declarar quais sejam as respectivas partes integrantes, numa única descrição, em verdadeira fraude à lei, só à Ré é imputável e sempre poderá ser provada, por qualquer meio de prova,

25) E desde logo, pelos documentos juntos aos autos pelos AA. em 31/03/2009: Carta, remetida pela Ré, aos AA., em 18 de Março de 2009, na qualidade de «entidade responsável pela administração do empreendimento», da qual resulta que «se encontram concluídas as obras de conservação e reparação realizadas no Aparthotel FF»; Caderno, composta por 12

páginas, intitulado “Ouro Sobre Azul”, que foi distribuído pela Ré, aquando da comercialização dos Direitos Reais de Habitação Periódica; Folheto, igualmente alusivo ao “Complexo Turístico de Tróia”.

26) De todos estes documentos, resulta que a Ré comercializou os Direitos Reais de Habitação Periódica, sobre o FF, enquanto inserido no «maior complexo turístico europeu, com inúmeras estruturas ou espaços de lazer, incluindo vários hotéis, o luxuoso FF (...) um dos melhores campos de Golf da Europa, 12 courts de Tênis, várias piscinas, onde também se praticam provas olímpicas, campo de futebol relvado, circuito de manutenção, cinema, restaurantes, salões para congressos, extensas zonas de vegetação natural, (...) a natureza e a obra humana no seu melhor...».

27) Ou seja, o título constitutivo da propriedade horizontal, as certidões do registo predial; e os títulos constitutivos do direito real de habitação periódica, foram elaborados com base em declarações da Ré, sendo o respectivo teor falso e incompatível ao “Regulamento de Administração do Conjunto Turístico”, aprovado pelo “Turismo de Portugal, LP.” por iniciativa da Ré, que prevê que «o Conjunto Turístico situa-se na Parcela 3.3 do Plano de Pormenor UNOP 1, na freguesia do Carvalhal, Concelho de Grândola e integra os seguintes empreendimentos turísticos e estabelecimentos: – Aparthotel FF – Aparthotel Rosamar – Balneário Terapêutico, declarado de interesse para o Turismo, que integra, nomeadamente, piscinas interiores e exteriores, de adultos e crianças, e solário; – Estabelecimento de Bebidas; – Parque de Estacionamento.» bem como por «infra-estruturas urbanísticas, instalações e equipamentos referidos no título II do presente Regulamento» e ainda, pasme-se, que o Aparthotel FF e o Aparthotel Rosamar têm

uma única recepção, conjunta, que se destina «a acolher os clientes do Conjunto Turístico».

Termos em que deverá ser dado provimento ao presente recurso e consequentemente, ser o Acórdão recorrido anulado;

Ou, assim não se entendendo,

Deverá ainda assim o presente recurso merecer provimento, sendo o Acórdão recorrido revogado e a acção julgada procedente, por provada.

Na sua contra-alegação, a Ré pugna, de forma fundamentada, pela confirmação do acórdão recorrido.

Ora, colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

II.

A – Antes de mais, elencam-se os factos dados como provados nas instâncias:

A) A R. é a concessionária e administradora do prédio denominado Torre T0 1 ou Aparthotel FF, sito na Rua do Lago, em Tróia, freguesia do Carvalhal, concelho de Grândola, constituído em regime de propriedade horizontal, anteriormente descrito na Conservatória do Registo Predial de Grândola, sob o nº 5786, a fls. 91v do Livro B-1, e actualmente descrito sob o nº 205/070690.

B) À data da constituição do prédio em regime de propriedade horizontal, por escritura pública outorgada em 25.06.1982, no Cartório Notarial de Grândola, o “Aparthotel FF”, sito na Rua do Lago, em Tróia, era composto de “cave, rés-do-chão, primeiro, segundo, terceiro, quarto, quinto sexto, sétimo, oitavo, nono, décimo, décimo primeiro, décimo segundo, décimo terceiro, décimo quarto e décimo quinto pisos, com a área coberta de mil, cento e trinta e cinco metros quadrados e descoberta de dois mil, cento e vinte e cinco metros quadrados”.

C) Por escritura de alteração de título constitutivo da propriedade horizontal, outorgada em 28.02.1983, no Cartório Notarial de Grândola, a fracção autónoma designada pela letra B, do “Aparthotel FF”, formada por cinco divisões, duas instalações sanitárias, no rés-do-chão, no lado nascente sul e por um logradouro com a área de 2.125 m2, foi desanexada do referido prédio.

O) De acordo com a descrição do prédio na Conservatória do Registo Predial de Grândola, o “Aparthotel FF” é composto por: “cave para economatos, câmaras frigoríficas, central de ar condicionado, central de bombagem de esgotos, aquecimento de água, instalações sanitárias, acessos verticais e monta cargas – rés-do-chão com entrada principal, recepção, portaria, telefones, central sonora, bar, instalações sanitárias, sala de pequenos almoços, cozinha, despensa, cave dia, arrecadação, central de recepção de lixo, acessos verticais, monta cargas e elevadores – 1º piso – com galerias de circulação, 10 apartamentos, instalações sanitárias, sala de pessoal de administração, gabinetes, arquivo, copa de andar de pequenos almoços, acessos verticais, monta cargas e elevadores – 2º piso a 11º piso – cada uma com galeria de circulação, 11 apartamentos, copas de andar de pequenos almoços, arrumas, acessos verticais, monta cargas e elevadores – 12º piso e 13º piso – cada um com galeria de circulação, suite, 3 apartamentos, copa de andar de pequenos almoços, arrumos, acessos verticais, monta cargas e elevadores – 14º piso – com apartamento e arrecadação – A. C. 1.135 m2 – artigo 1482 – V. V. 100.000.000\$00 – Em propriedade horizontal: Fracções Autónomas: “A” a “AA”, “Z” a “AZ”, “BA”, “CA” a “CZ”, “DA” a “DZ” e “EA” a “EU”.

E) O “Aparthotel FF” não tem partes comuns no exterior do edifício, é composto pela área coberta de 1.135 m² e não tem área descoberta nem logradouro.

F) Os AA. são titulares de direitos reais de habitação periódica sobre as fracções autónomas “EC” e “ED” do prédio urbano denominado “Aparthotel FF”, correspondentes aos apartamentos 1104 e 1105, respectivamente.

G) As referidas fracções compõem-se, cada uma delas, “de quarto, sala comum, beliche, “kitchennette”, casa de banho e varanda”

H) O 1º A. é titular do Direito Real de Habitação Periódica, correspondente a 20 semanas distribuídas pelos meses de Fevereiro, Junho, Julho e Outubro, que incide sobre o apartamento nº 1105 do edifício FF.

I) O 2º A. é titular Direito Real de Habitação Periódica, correspondente a 52 semanas, que incide sobre o apartamento número 1104 do edifício FF.

J) O 3º A. é titular Direito Real de Habitação Periódica, correspondente a 16 semanas, que incide sobre o apartamento número 1105 do edifício FF.

K) Os direitos reais de habitação periódica sobre as fracções autónomas “EC” e “ED” estão inscritos sob a Ap. 06/260685 do prédio denominado “Aparthotel FF”.

L) Na época de 2004/2005 a R. cobrava por dia, pelo aluguer de um apartamento igual ao dos AA. os seguintes valores:

– Época baixa (10/10/04 a 30/04/05) = € 75,5;

– Época média (01/05/05 a 16/07/05 e de 01/09/05 a 30/09/05) = € 96,5;

– Época alta (17/07/05 a 31/08/05 e na Páscoa e Reveillon) = € 130,5;

M) Na época de 2005/2006 a R. cobra, por dia, pelo aluguer de um apartamento igual ao dos AA. os seguintes valores:

– Época baixa = € 77,5;

– Época média = € 99;

– Época alta = € 133,75.

N)

O) No ano de 2005, o A. BB frequentou o apartamento 1104 durante 67 dias, correspondentes a dois dias no mês de Maio, 10 dias no mês de Junho, 11 dias no mês de Julho, 28 dias no mês de Agosto e 16 dias no mês de Setembro.

P) No ano de 2005, a A. AA frequentou a unidade de alojamento sobre a qual incide o seu direito real de habitação periódica durante 37 dias, correspondentes a 8 dias no mês de Junho e 29 dias no mês de Julho.

Q) No ano de 2005, o A. CC frequentou a mesma unidade, nas semanas em que é titular, durante 26 dias do mês de Agosto.

R) De acordo com a escritura de constituição do direito real de habitação periódica e com a certidão de teor da descrição e das inscrições em vigor, as semanas sobre as quais incidem os direitos de que os titulares de direitos reais de habitação periódica são titulares têm “início às 15 horas do respectivo sábado e termo às 15 horas do sábado imediato, sendo a primeira semana de cada ano a que tem começo no 1º sábado de cada ano “.

S) A A. AA não pagou as prestações pecuniárias correspondentes às semanas de que é titular do direito real de habitação periódica sobre o apartamento 1105, relativamente às 5ª a 9ª, às 22ª a 30ª semanas e às 39ª a 44ª semanas do ano de 2005, no montante de Eur.: 112,38 € por cada semana, a que corresponde o valor em dívida de Eur.: 2.247,60 € (dois mil, duzentos e quarenta e sete euros e sessenta cêntimos).

T) O A. BB não pagou as prestações pecuniárias correspondentes às semanas de que é titular de direito real de habitação periódica sobre o apartamento 1104, desde a 14ª semana, que teve início às 15 horas do dia 2 de Abril de 2005, até à data de entrada da Contestação, no valor de Eur.: 112,38 €, por cada semana, a que corresponde o capital em dívida de Eur.: 2.921,88 € (dois mil, novecentos e vinte e um euros e oitenta e oito cêntimos).

U) O A. CC não pagou as prestações pecuniárias correspondentes às semanas de que é titular do direito real de habitação periódica sobre o apartamento 1105, relativamente às 10ª a 17ª semanas e às 31ª a 34ª semanas do ano de 2005, no montante de Eur.: 112,38 € por cada semana de que é titular, correspondente a Eur.: 1.348,56 € (mil, trezentos e quarenta e oito euros e cinquenta e seis cêntimos).

V) O A. CC não pagou o IV A, calculado à taxa legal sobre as prestações periódicas relativas às 31ª a 34ª semanas do ano de 2004, no montante de Eur.: 70,09 € (setenta euros e nove cêntimos).

W) De acordo com o título constitutivo do direito real de habitação periódica a que está sujeito o Aparthotel FF e com a certidão de teor do prédio, cada prestação pecuniária deve ser paga em relação a cada um dos cinquenta e dois períodos semanais de cada ano e no termo do respectivo período de utilização.

X) Em carta recebida em 16 de Julho de 2004, a R. afirma que “A DD tem efectuado um enorme esforço para manter algumas estruturas em funcionamento, de forma a disponibilizar aos utilizadores do resort um conjunto de serviços de qualidade, (...) Para que o Resort não fique sem piscina, a DD

está a desenvolver os maiores esforços no sentido de assegurar o bom funcionamento do complexo das piscinas do b... das L..., prestando um serviço de qualidade em segurança para todos os utilizadores. (...) Serão emitidos cartões semanais para todos os condóminos, sendo que para os titulares de DRHP e proprietários de duodécimos, serão emitidos cartões para as semanas de que são titulares, sendo atribuído um cartão por cama turística. O cartão confere o direito a 50% de desconto sobre o preço de tabela para passantes, sendo o acesso às piscinas sujeito à respectiva disponibilidade de lotação. No cartão constará o nº de apartamento e a semana a que diz respeito. Os cartões sereia requisitados na recepção da unidade Rosantar, sendo para tal necessário apresentar um documento que comprove a legitimidade do proprietário, titulares de DRHP ou proprietário de duodécimo”

Y) O Aparthotel FF foi reaberto em Março de 2009, encontrando-se concluídas as obras de conservação e de reparação nele realizadas, e que obrigaram ao encerramento do mesmo em Novembro de 2007, conforme foi aprovado por maioria na Assembleia Geral de titulares de Direitos Reais de Habitação Periódica de 15 de Outubro de 2007, e prorrogado por deliberação da Assembleia Geral de titulares de direitos reais de habitação periódica de 20/6/2008;

Z) A reabertura do Aparthotel FF foi comunicada aos titulares de direitos reais de habitação periódica por carta datada de 18 de Março de 2009;

AA) Durante o período de encerramento referido, e de acordo com o deliberado na Assembleia Geral de 15/10/07, foi suspensa a obrigação de pagamento da prestação periódica;

BB) Tendo ainda os titulares de Direitos Reais de Habitação Periódica direito a receber, durante esse período, e a título de indemnização, o montante correspondente à diferença entre o preço de balcão praticado pela JJ para a semana e apartamento em causa e o valor da respectiva prestação periódica;

CC) A ré ainda não procedeu ao pagamento da referida indemnização aos autores por causa do litígio subjacente aos presentes autos.

DD) A ré enviou aos autores em 18 de Abril de 2005 a carta junta a fls. 31 a 33, onde consta além do mais

EE) «(...) que a reestruturação referida no quesito 8º [reestruturação do empreendimento turístico] estava inserida no Plano de Pormenor da UNOP 1 – Núcleo Urbano da área de desenvolvimento turístico de Tróia e estava prevista a construção de apartamentos turísticos, comércio e uma marina.

FF) (...) que na reestruturação referida a R. iria proceder à demolição de todos os edifícios limítrofes do empreendimento assim como os da área envolvente.

GG) (...) que o Aparthotel “FF”, dois restaurantes e um bar mantinham-se em funcionamento.»

HH) A R. transmitiu que reconhecia os incómodos que a reestruturação implicava e, em consequência, promoveria a vedação dos locais de obras com tapumes decorativos, prometendo ainda proceder à utilização diferenciada dos arruamentos, como forma de minimizar o impacto ambiental das obras.

II) As obras em Tróia iniciaram-se em 2005 e terminaram em Março de 2009.

JJ) Por requerimento datado de 12-05-2006 o autor BB fez instaurar contra a ré procedimento cautelar de restituição

provisória da posse nos termos e com os fundamentos constantes no respectivo requerimento de folhas 2 a 6 do apenso A, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, pedindo que fosse decretada a restituição provisória da posse do apartamento nº 1104 do Apart-Hotel FF.

KK) Por sentença proferida em 13-06-2006, foi julgada procedente a providência requerida, tendo sido lavrado auto de restituição provisória da posse em 2] -06-2006.

LL) Por sentença proferida em 06-02-2007 na sequência da oposição deduzida pela ré, foi determinada a revogação e o levantamento da providência da restituição provisória da posse, decisão essa que veio a ser confirmada por Acórdão proferido pelo Venerando Tribunal da Relação de Évora em 25-10-2007.

MM) Por requerimento datado, com registo de entrada de 30-03-2006, a autora AA fez instaurar contra a ré procedimento cautelar de restituição provisória da posse nos termos e com os fundamentos constantes no respectivo requerimento de folhas 2 a 6 do apenso B, cujo teor se dá por integralmente reproduzido, pedindo que fosse decretada a restituição provisória da posse do apartamento nº. 1105 do Apart-Hotel FF.

NN) Por sentença proferida em 21-03-2007 foi indeferida a providência requerida pela autora, decisão essa que foi confirmada pelo Venerando Tribunal da Relação de Évora por Acórdão datado de 21-06-2007.

OO) Por requerimento datado de 10-07-2007 o autor BB fez instaurar contra a ré providência cautelar comum nos termos e com os fundamentos constantes no respectivo requerimento de folhas 2 a 8 do apenso E, cujo teor se dá por integralmente

reproduzido, pedindo que fosse decretada a restituição da posse do apartamento nº 1105 do Apart-Hotel FF.

PP) Por sentença proferida em 16-07-2007 foi julgada procedente excepção dilatória de litispendência e a Ré absolvida da instância.

QQ) A Autora reconvida AA não pagou as prestações pecuniárias relativas às 5.^a a 9.^a semanas de 2006, às 22.^a a 30.^a semanas de 2006, às 39.^a a 44.^a semanas de 2006, às 5.^a a 9.^a semanas de 2007, às 22.^a a 30.^a semanas de 2007 e às 39.^a a 44.^a semanas de 2007, no valor total de 4.745,35 €.

RR) O autor reconvindo BB não pagou as prestações pecuniárias correspondentes às 40.^a a 52.^a semanas de 2005, às 1.^a a 52.^a semanas de 2006 e às 1.^a a 45.^a semanas de 2007, no valor total de 12.903,03 €.

SS) O autor reconvindo CC. o mesmo não pagou as prestações pecuniárias referentes às 49.^a a 52.^a semanas de 2005, às 10.^a a 17.^a semanas de 2006, às 31.^a a 34.^a semanas de 2006, às 49.^a a 52.^a semanas de 2006, às 10.^a a 17.^a semanas de 2007 e às 31.^a a 34.^a semanas de 2007, no valor total de 4.256,16 €.

TT) O autor CC pagou à ré, em sede de execução, o montante de 3.270,97 € relativamente às prestações pecuniárias referentes às semanas 10.^a a 17.^a 31.^a a 34.^a e 49.^a a 52.^a, de 2005 e às semanas 10.^a a 17.^a e 31.^a a 34.^a de 2006, bem como IV A no valor de 70,09 €, o que dá um total não pago de 985,19 €.

UU) Os Autores AA e BB são septuagenários e estão reformados.

VV) Os Autores adquiriram os direitos de utilização das fracções para usufruírem das condições proporcionadas pelo Aparthotel FF e pelo espaço urbanístico e natural em

que aquele se encontra inserido, em termos de tranquilidade, sossego, ar puro, segurança, repouso e animação.

WW) Em Maio de 2005, a Ré iniciou obras noutros edifícios de que é proprietária na península de Tróia, provocando a emissão de poeiras, ruídos gerados pelas máquinas em laboração, e maus odores.

XX) Em consequência das obras diminuíram substancialmente as condições de higiene e limpeza na urbanização de Tróia.

YY) Aquando do início das obras, a Ré encerrou algumas unidades de alojamento e serviços de que era proprietária, tais como piscinas, minimercado, alguns restaurantes, instalações do Bowling, e deixou de promover espectáculos de animação.

ZZ) Os AA. confeccionavam as respectivas refeições nas kitchennettes dos apartamentos.

AAA) Os AA. têm filhos e netos que passavam temporadas nos apartamentos.

BBB) Os netos ficavam com os avós durante as férias escolares e finais de semana.

CCC) Com as obras a Ré deixou de promover nas passagens de ano, Páscoa e épocas altas de Verão (todos os fins-de-semana de Junho a Setembro) a animação cultural, jogos e festas que até então levava a cabo nos locais que tinha afectos a tal fim.

DDD) Durante o ano de 2005, o “Aparthotel FF” manteve-se em pleno funcionamento e em condições de ser utilizado pelos clientes da R.

EEE) Durante as obras foi colocado um auto-tanque como apoio à demolição.

FFF) Quanto à emissão de ruídos, a Ré constituiu uma equipa especializada para acompanhamento da obra e determinou que não seriam realizados trabalhos nocturnos.

GGG) A zona onde decorriam os trabalhos estava delimitada e vedada.

HHH) Foram criadas zonas exclusivas para a circulação dos utentes e outras para o acesso às obras.

III) Os apartamentos do FF foram mantidos, sendo a sua limpeza efectuada diariamente por funcionários da Ré, e a roupa de cama e toalhas trocadas de dois em dois dias.

JJJ) Quanto às zonas exteriores ao “Aparthotel FF”, foram conservados os espaços verdes, como um campo de futebol relvado junto ao edifício “R...” e um outro espaço relvado denominado “P... das Q...”, perto do “Aparthotel FF”, no qual está instalado um parque de diversões infantil, mini golfe e esplanada.

KKK) Na data em que os Autores adquiriram as semanas de férias passaram a integrar o denominado “HH”,

LLL) O “HH” emitia para cada titular de Direito Real de Habitação Periódica um cartão (vitalício), que lhe conferia 20% de desconto na utilização do Campo de Golf dos courts de ténis, do Club Náutico e no acesso às piscinas.

MMM – O Aparthotel FF encontra-se inserido no, denominado pela Ré, “Complexo Turístico de TRÓIA”.

NNN – O “Complexo Turístico de TRÓIA” é composto por Aparthotéis, Piscinas, Minimercado, Serviços de Restauração, Esplanadas, Estacionamento Privativo e Espaços Verdes”.

B – Apreciando a revista:

De uma maneira geral, pode dizer-se que a Recorrente vem repetir na revista o que, de substantivo, alegou na apelação (a ponta de enunciar conclusões, a final que ali obtiveram satisfação!), exibindo os mesmos argumentos e

questões e manifestando as mesmas hesitações e ambiguidades que, quanto à configuração da causa, a acompanham desde a apelação. E diga-se, desde já que à quase totalidade dessa argumentação respondeu a Relação de Évora de forma aprofundada e rigorosa cujo acerto não pode deixar de ser reconhecido. Se não vejamos:

B1 – Dando prioridade às questões de natureza adjectiva, e repetindo, ora, quanto ao acórdão recorrido o que já fizera relativamente à sentença, argui, a Recorrente, a nulidade daquele por pretensa omissão de pronúncia porquanto, e afinal, ali se recusou examinar e a apreciar os factos apurados à luz do “*regime geral de incumprimento contratual*” cuja subsunção jurídica, segundo ela, teria inteiro cabimentos.

Importa reportar que este propósito da Recorrente de ver analisada a sua pretensão segundo tal regime apenas lhe veio à ideia após referência que se lhe fez na sentença proferida na 1ª instância, pois que, até aí, nunca lhe ocorrera invocá-lo como fundamento ou causa de pedir da acção.

Ora, a nulidade de omissão de pronúncia a que alude o art. 668º, nº 1 al. d) do CPC só subsiste se o juiz deixa de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar e estas, como bem se esclarece no acórdão recorrido, são as referidas no art. 660º nº 2 do mesmo diploma, ou seja, aquelas que as partes submeteram à sua apreciação (salvo outras de conhecimento oficioso), por respeito ao princípio do dispositivo e já agora, do contraditório para que se não diga que as partes foram surpreendidas por decisões tiradas à sua revelia.

Apesar disso, não deixou de se discorrer no mesmo acórdão que tão pouco a Recorrente *subsumiu quaisquer factos àquele*

regime geral de incumprimento contratual ou invocou os preceitos que daí resultassem violados, nem nele faz assentar a sua pretensão para depois, ao analisar-se se, de qualquer modo, houve incumprimento contratual, responder, negativamente, a essa questão.

Não estamos, portanto, perante falta de apreciação e solução de mérito nesta matéria se bem que se aceite que a Recorrente possa discordar da que foi adoptada pelo tribunal recorrido. Discordância desta natureza, todavia, não constitui fundamento do vício que ela veio apontar à estrutura formal do acórdão pelo que cai, pois, pela base a dita nulidade.

B2 – Ao longo de oito das conclusões que enuncia insurge-se a Recorrente contra a decisão da Relação em virtude de aí se não ter alterado a decisão da matéria de facto de modo a dar-se como provado que “o FF não reunia condições para ser fruído pelos AA. em condições de tranquilidade e repouso”. E justifica que essa alteração devia ter ocorrido por razões que tem a ver com normais regras de experiência e também por coerência com a prova de outros factos que enuncia e estão reproduzidos acima, sob as als. vv), ww), xx), yy) e mmm).

Sucede que, conforme ao disposto no nº2 do artº729º do CPC, o Supremo Tribunal de Justiça não pode alterar a decisão do tribunal recorrido, relativamente à matéria de facto, excepto no caso excepcional previsto no nº2 do artº722º do mesmo diploma.

Quer isto dizer que se torna necessária a violação, por aquele tribunal, de disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova para que este STJ possa intervir, corrigindo qualquer erro

na apreciação das provas ou na fixação da matéria de facto que envolve o litígio.

Ou seja, excede o âmbito dos poderes deste Supremo Tribunal, não só avaliar do erro na apreciação das provas e a consequente fixação dos factos materiais da causa, isto é, a decisão da matéria de facto quando baseada em meios de prova livremente apreciáveis pelo julgador (artº655º,1 do citado Código) mas também extrair juízos de facto a partir da materialidade fáctica apurada uma vez que está inibido do julgamento de matéria dessa natureza.

Nem a Recorrente o aponta, nem os contornos referidos do caso dão luz verde para que este Supremo Tribunal corrija a apreciação da prova levada a cabo pelas instâncias; e muito menos lhe compete alterá-la por meio de presunções que a Relação não se aventurou a retirar dos demais factos apurados.

De qualquer modo, o que ressalta do exame dos autos é que a Relação de Évora não pressentiu qualquer tipo de incongruência na apreciação a que procedeu, tendo por referência o princípio da liberdade de julgamento, tal como este é garantido nos termos do artº655º do diploma citado. E explicou-o de forma cabal, quanto a nós, quando dá conta no acórdão recorrido que “o facto de terem diminuído *substancialmente as condições de higiene e limpeza na urbanização de Tróia* não implica nem impõe, como consequência necessária, que as condições de higiene e limpeza do prédio FF também diminuíssem. Mesmo que, como pretendem os AA., o FF faça parte e esteja integrado na urbanização de Tróia, ainda assim as suas condições de higiene e limpeza poder-se-iam manter, mesmo que essas condições tivessem diminuído substancialmente nas demais partes integrantes da urbanização”.

Nestes termos e com imediata repercussão na sorte do litígio, não se consignando na decisão da matéria de facto aqueles factos que seriam cruciais para a verificação da lesão do direito dos AA, é evidente que a pretensão destes não podia obter acolhimento.

E – adiante-se – melhor sorte não terão as demais questões que a Recorrente, aqui, suscita, dependentes que estariam, sempre, da modificação de tal decisão.

B3 – Insiste, seguidamente, a Recorrente em colocar no domínio do incumprimento contratual a actuação da Ré que levou à lesão de seus direitos. Não nos parece, todavia que assim seja.

Os AA. são titulares de um direito parcelar de habitação periódica que lhes confere, a cada um deles, o uso para fins habitacionais, por determinado período temporal, em cada ano, de fracção do Aparthotel FF integrado no Complexo Turístico de Tróia, mediante o pagamento de determinada prestação periódica ao respectivo proprietário ou gestor (cfr artº1º e 3º do DL 275/93 de 5.8 e Luís Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 6ª ed, p.479).

Classificado como direito real menor, há que distinguir quanto a este novo direito real, dois planos: aquele que o caracteriza como “*um esquema ou regime de exploração turística*” cuja constituição é feita com base num negócio jurídico unilateral, em regra, da iniciativa do proprietário das infra-estruturas do empreendimento turístico e o dos *direitos parcelares de habitação periódica* que são adquiridos pelos respectivos utentes, em regra, também, por mero efeito de um contrato, nos termos do artº408º do CC (cfr. obra e autor citados, 489 e artº6º, 10º e 12º daquele DL).

Sendo um direito real, por via da tipicidade, o regime do direito real de habitação periódica deve resultar, ao menos no tocante ao seu conteúdo essencial, da lei e nos casos nela não regulados, do título constitutivo e do documento complementar a que se alude no nº2 do artº11 do mesmo diploma, cuja elaboração, como se referiu, pertence ao proprietário do imóvel.

É no artº21º daquele Decreto Lei (redacção do DL 180/99 de 22.05) que se elencam poderes e faculdades dos titulares de direitos parcelares de habitação periódica e entre eles, o de habitar a unidade de alojamento pelo período correspondente ao seu direito ou o de usar instalações e equipamentos comuns do empreendimento.

Do mesmo passo, o artº22º daquele diploma, impõe-lhe a obrigação de pagar ao proprietário ou gestor do empreendimento a prestação anual que, no mesmo normativo, é apontada como correspectivo de gestão e compensação do proprietário pelas despesas a que está sujeito.

A falta de pagamento dessa prestação confere a este último privilégio creditório imobiliário sobre aquele direito (cfr artº23º), revestindo, pois, essa obrigação a natureza de uma verdadeira obrigação real, com eficácia *erga omnes*, portanto, impositiva para o titular do direito (autor citado, 486/7).

Será, portanto, na base deste (resumido) conteúdo, deste estatuto do direito real da habitação periódica, de origem legal que se há-de procurar solução jurídica para o litígio.

Ora, apesar de a Recorrente vir, apenas em sede de recursos, recentrar a lide na órbita dos direitos de crédito, aludindo a vaga violação de expectativas, comprometedoras dos fins do contrato, certo é que , tal como foi reconhecido no acórdão recorrido, se não

descortinam nos autos elementos de origem contratual(bilateral) que sustentem quais as obrigações e direitos assumidos pelas partes que tenham sido objecto de violação e possam sustentar os pedidos formulados na acção.

B4 – E pela mesma razão por que se recusa remeter para um genérico e vago incumprimento contratual a solução do litígio, é que se mostra, claramente, deslocada a excepção de não cumprimento do contrato que os AA opuseram ao pedido de pagamento da prestação anual que a Ré, contra eles, formulou, reconvencionalmente.

A excepção de não cumprimento é, como se sabe, a faculdade que cada um dos contraentes tem de, nos contratos bilaterais com o mesmo prazo de cumprimento das respectivas prestações, recusar a sua enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe (artº428º do CC).

Ora, desde logo, não resulta comprovado que a prestação anual cujo cumprimento os Reconvindos pretendem recusar, tenha por origem qualquer contrato bilateral e muito menos que nele tenha sido assumida como contraprestação sinalagmática de prestação assumida pelo outro sujeito contratual.

Não tendo por fundamento o trato contratual, também, se afigura que o carácter real, acima sublinhado, da obrigação de prestação anual no âmbito do estatuto do direito real de habitação periódica se impõe ao titular deste direito, independentemente, de qualquer acto de aceitação o que sempre lhe retiraria qualquer vínculo daquela ordem (sinalagmática) num hipotético quadro contratual.

B5 – Não se revendo a solução da causa e da revista no paradigma do direito das obrigações, ela também não procede,

por falta de prova, no quadro dos poderes correspondentes ao conteúdo típico do direito real de habitação periódica, nomeadamente, o direito de habitar a fracção autónoma e de usar as instalações comuns do empreendimento em que ela se insere cuja lesão e respectiva ilicitude ficaram por demonstrar.

Na verdade, supunham os pedidos que formularam, a demonstração pelos AA de que as obras levadas a cabo pela Ré haviam inviabilizado a utilização de suas fracções, objecto do direito real de habitação periódica e também que haviam sido impedidos de aceder e usar as partes comuns de lazer, do empreendimento.

Não só não o fizeram, mas também se veio , afinal, a comprovar que no período temporal em que haviam situado a lesão de seus direitos, e como bem referem as instâncias, *“não só o FF se manteve em funcionamento e em condições de ser utilizado pela generalidade dos seus utilizadores até Novembro de 2007, como os próprios Autores utilizaram os apartamentos durante algumas semanas do ano de 2005 e socorreram-se dos tribunais visando utilizá-los nos anos de 2006 e 2007.”*

Por outro lado, no silêncio dos títulos que fizeram juntar aos autos, como se escreve no acórdão recorrido, não só “nada consta quanto a equipamentos de uso comum exteriores ao Aparthotel a cujo uso tenham direito” mas também se não comprova que “a Ré (tenha) assumido contratualmente a obrigação de assegurar o uso dos equipamentos de que os AA. alegam terem sido privados com as obras, ou proporcionarem a animação cultural, jogos, festas que invocam terem deixado de ser organizados...”

Assim, não comprovada a conduta lesiva da Ré, não se pode pedir que a responsabilidade civil cumpra a sua função de

obrigar a Ré a proceder à reparação dos danos peticionados (rrº483º do CC).

B6 – Resta, por fim, apreciar se a conduta da Ré de exigir aos AA. o pagamento das prestações anuais em falta, relativas à unidade de alojamento de cada um deles, configura abuso de direito.

Como se escreve no acórdão recorrido “os AA. só não utilizaram as fracções sobre as quais incide o respectivo DRHP, porque não quiseram, já que o Aparthotel se manteve, no período a que respeitam as pedidas prestações, em funcionamento e em condições de ser utilizado...”

Segundo o disposto no artº22º do já citado DL 180/99 funcionam tais prestações como correspectivo dos encargos de gestão e como compensação do proprietário do empreendimento turístico pelas despesas a que está sujeito.

Vinculadas a tais finalidades, essas prestações não podem configurar-se, portanto, como sendo meras contrapartidas simétricas do uso das unidades de alojamento.

Assim sendo, numa situação como a descrita nos autos em que o empreendimento passa pela realização de obras de grande vulto que, todavia, não inviabilizam a sua utilização essencial, a exigência do pagamento das mesmas prestações, não pode ser entendida como abusiva nem se traduz em *excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito* (artº334º do CC).

B7 – Em consequência do exposto, na falta de fundamento das questões analisadas, conclui-se pela falta de fundamento da revista.

III.

Termos em que se julga improcedente o presente recurso de revista e se decide confirmar o acórdão recorrido.

Custas pela Recorrente.

Lisboa, 6 de Março de 2012.

Martins de Sousa (Relator)

Gabriel Catarino

Sebastião Povoas

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

16 de fevereiro de 2012 (*)

«Diretiva 90/314/CEE – Viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados – Artigo 7º – Proteção contra o risco de insolvência ou falência do operador turístico – Âmbito de aplicação – Insolvência do operador devida a uma utilização fraudulenta dos fundos depositados pelo consumidor»

No processo C134/11, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos

do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Landgericht Hamburg (Alemanha), por decisão de 2 de março de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 18 de março de 2011, no processo

Jürgen BlödelPawlik

contra

HanseMerkur Reiseversicherung AG,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: M. Safjan, presidente de secção, A. Borg Barthet (relator) e J.J. Kasel, juízes,
advogado-geral: P. Mengozzi,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de J. BlödelPawlik, por M. Sauren, Rechtsanwalt,

– em representação da HanseMerkur Reiseversicherung AG, por G. Heinemann, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Kemper, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo belga, por T. Materne e J.C. Halleux, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo checo, por M. Smolek e J. Vlácil, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo estónio, por M. Lintam, na qualidade de agente,

– em representação do Governo grego, por K. Paraskevopoulou e I. Bakopoulos, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo espanhol, por S. Centeno Huerta, na qualidade de agente,

– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por L. Ventrella, avvocato dello Stato,

– em representação do Governo húngaro, por M. Z. Fehér Miklós, K. Szijjártó e Z. Tóth, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo austríaco, por A. Posch, na qualidade de agente,

– em representação do Governo polaco, por M. Szpunar, na qualidade de agente,

– em representação da Comissão Europeia, por M. OwsianyHornung e S. Grünheid, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogadogeral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 7º da Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados (JO L 158, p. 59).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe J. BlödelPawlik à HanseMerkur Reiseversicherung AG (a seguir «HanseMerkur Reiseversicherung»), por esta ter recusado reembolsar o preço de uma viagem organizada paga pelo consumidor, mas que não foi efetuada pelo operador.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Nos termos, respetivamente, do sétimo, décimo oitavo, vigésimo primeiro e vigésimo segundo considerando da Diretiva 90/314:

«Considerando que o turismo desempenha um papel de importância crescente na economia dos EstadosMembros; que o sistema de viagens organizadas constitui uma parte essencial do turismo; que o setor das viagens organizadas nos EstadosMembros seria incentivado para um maior crescimento e produtividade se fosse adotado um mínimo de regras comuns, a fim de lhe conferir uma dimensão comunitária; [...]

[...]

Considerando que os operadores e/ou as agências devem ser responsáveis perante o consumidor pela boa execução das obrigações decorrentes do contrato; que, além disso, os operadores e/ou as agências devem ser responsáveis pelos danos causados ao consumidor pela não execução ou pela incorreta execução do contrato, salvo se as falhas registadas na execução do contrato não forem imputáveis nem a falta do operador e/

ou agência nem a falta de outro prestador de serviços;

[...]

Considerando que seria benéfico tanto para o consumidor como para os profissionais do setor das viagens organizadas que os operadores e/ou as agências fossem obrigados a apresentar garantias em caso de insolvência ou de falência;

Considerando que os EstadosMembros devem poder ter a liberdade de adotar ou manter disposições mais rigorosas, no domínio das viagens organizadas, visando a proteção do consumidor,»

4 O artigo 1º da mesma diretiva dispõe:

«A presente diretiva tem por objeto aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros relativas às viagens organizadas, às férias organizadas e aos circuitos organizados, vendidos ou propostos para venda no território da Comunidade.»

5 O artigo 4º, nº 6, primeiro parágrafo, da referida diretiva prevê:

«Se o consumidor rescindir o contrato nos termos do nº 5 ou se, por qualquer razão, desde que não imputável ao consumidor, o operador anular a viagem organizada antes da data de partida acordada, o consumidor tem direito a:

a) Ou participar numa outra viagem organizada de qualidade equivalente ou superior, se o operador e/ou a agência lhe puderem propor. Se a viagem organizada proposta em substituição for de qualidade inferior, o operador deve reembolsar o consumidor da diferença de preço;

b) Ou ser reembolsado, no mais curto prazo, de todas as quantias por ele pagas nos termos do contrato.»

6 O artigo 5º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 90/314 tem a seguinte redação:

«1. Os EstadosMembros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência que sejam partes no contrato sejam responsáveis perante o consumidor pela correta execução das obrigações decorrentes do contrato, quer essas obrigações devam ser executadas por eles próprios ou por outros prestadores de serviços, e isso sem dano do direito de regresso do operador e/ou da agência contra esses outros prestadores de serviços.

2. No que se refere aos danos que a não execução ou a incorreta execução do contrato causem ao consumidor, os EstadosMembros tomarão as medidas necessárias para que o operador e/ou a agência sejam responsabilizados, a não ser que a culpa da referida não execução ou incorreta execução não seja imputável nem ao operador e/ou à agência nem a outro prestador de serviços [...]

7 O artigo 7º da mesma diretiva dispõe:

«O operador e/ou a agência que sejam partes no contrato devem comprovar possuir meios de garantia suficientes para assegurar, em caso de insolvência ou de falência, o reembolso dos fundos depositados e o repatriamento do consumidor.»

8 O artigo 8º da mesma diretiva prevê:

«Os EstadosMembros podem adotar ou manter, no domínio regulado pela presente diretiva, disposições mais rigorosas para defesa do consumidor.»

Legislação alemã

9 Nos termos do § 651k, nº 1, ponto 1, do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que transpõe para o direito alemão o artigo 7º da Diretiva 90/314:

«O operador deve garantir que o viajante seja reembolsado

1. do preço pago pela viagem, se as prestações de viagem não lhe forem fornecidas devido a insolvência ou a abertura de procedimento de insolvência relativamente aos ativos do operador [...]

Litígio no processo principal e questão prejudicial

10 Em 4 de agosto de 2009, J. BlödelPawlik reservou, para a sua mulher e para si próprio, uma viagem organizada pela Rhein Reisen GmbH (a seguir «Rhein Reisen»), a qual tinha contratado, como operador turístico, um seguro contra a sua insolvência junto da HanseMerkur Reiseversicherung, válido a partir de 1 de agosto de 2009.

11 A Rhein Reisen apresentou à J. BlödelPawlik dois certificados de garantia nos termos dos quais seria reembolsado do preço da viagem se as prestações de viagem não fossem fornecidas devido a insolvência do operador.

12 Antes do início da viagem, a Rhein Reisen informou J. BlödelPawlik de que era obrigada a declarar-se insolvente.

13 Resulta dos autos que a Rhein Reisen, representada por um único administrador, não tinha a mínima intenção de efetuar a viagem em questão. Com efeito, tanto a cronologia dos acontecimentos como o registo de transações na conta bancária do operador mostram um comportamento fraudulento por parte deste último.

14 Neste contexto, J. BlödelPawlik reclamou à HanseMerkur Reiseversicherung o reembolso do preço da viagem que tinha pago.

15 Esta alega, no entanto, que não tem a obrigação de proceder a esse reembolso, dado que as situações em que a causa da anulação da viagem depende exclusivamente

do comportamento fraudulento do operador não estão abrangidas pelo artigo 7º da Diretiva 90/314.

16 O órgão jurisdicional de reenvio também duvida que a Diretiva 90/314 vise proteger os consumidores contra as manobras fraudulentas dos operadores turísticos.

17 Considerando que a solução do litígio que lhe foi submetido dependia da interpretação da Diretiva 90/314, o Landgericht Hamburg suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 7º da [Diretiva 90/314] é também aplicável aos casos em que o operador se torne insolvente por, desde o início, ter recebido o dinheiro dos clientes com intenção fraudulenta, utilizando na totalidade para fins estranhos à viagem, que nunca tencionou organizar?»

Quanto à questão prejudicial

18 Através da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 7º da Diretiva 90/314 deve ser interpretado no sentido de que é abrangida pelo seu âmbito de aplicação uma situação em que a insolvência do operador turístico se deve a um comportamento fraudulento deste.

19 A este respeito, há que recordar, a título liminar, que o artigo 7º da Diretiva 90/314 faz recair sobre o operador a obrigação de dispor de garantias suficientes para assegurar, em caso de insolvência ou de falência, o reembolso dos fundos depositados e o repatriamento do consumidor, tendo essas garantias por objetivo proteger o consumidor contra os riscos económicos decorrentes da insolvência ou da falência do operador (v. acórdão de 8 de outubro de 1996, Dillenkofer e o., C178/94, C179/94

e C188/94 a C190/94, Colet., p. 14845, n.ºs 34 e 35).

20 Assim, o objetivo fundamental desta disposição é garantir, em caso de insolvência ou falência do operador, o repatriamento do consumidor e o reembolso dos fundos depositados por este (v., neste sentido, acórdão Dillenkofer e o., já referido, n.ºs 35 e 36).

21 Ora, impõe-se concluir que a redação do artigo 7º da Diretiva 90/314 não faz depender a referida garantia de nenhuma condição específica relativa às causas da insolvência do operador turístico.

22 A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou, no nº 74 do seu acórdão de 15 de junho de 1999, Rechberger e o. (C140/97, Colet., p. 13499), que o artigo 7º da referida diretiva estabelece a obrigação de resultado de atribuir aos participantes em viagens organizadas o direito às garantias de reembolso dos fundos pagos e de repatriamento em caso de falência do operador turístico e que essa garantia se destina precisamente a proteger o consumidor contra as consequências da falência, sejam quais forem as suas causas.

23 O Tribunal de Justiça considerou que circunstâncias como o comportamento imprudente do operador turístico ou a ocorrência de eventos excepcionais ou imprevisíveis não podem constituir um obstáculo ao reembolso dos fundos depositados e ao repatriamento dos consumidores ao abrigo do artigo 7º da Diretiva 90/314 (v. acórdão Rechberger e o., já referido, n.ºs 75 e 76).

24 Além disso, esta interpretação do artigo 7º da Diretiva 90/314 é corroborada pelo objetivo que esta deve visar, que é garantir um nível de proteção elevado dos consumidores (v. acórdão Dillenkofer e o., já referido, nº 39).

25 Vistas as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 7º da Diretiva 90/314 deve ser interpretado no sentido de que é abrangida pelo seu âmbito de aplicação uma situação em que a insolvência do operador turístico se deve a um comportamento fraudulento deste.

Quanto às despesas

26 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 efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

O artigo 7º da Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1990, relativa às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, deve ser interpretado no sentido de que é abrangida pelo seu âmbito de aplicação uma situação em que a insolvência do operador turístico se deve a um comportamento fraudulento deste.

Assinaturas

* Língua do processo: alemão.

I CURSO LUSO-BRASILEIRO DE VERÃO DE DIREITO DO CONSUMO COIMBRA JULHO DE 2012

Data: 16 a 21 de julho de 2012

Inscrição normal: 500 € – reduções de 20% a associados do BRASILCON, MP CON e apDC/Internacional e bem assim a assinantes da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Curitiba.

Carga horária: 48 horas

Distribuição lectiva: das 09.00h /13.00h – 14.30h /18.30h

Informações: **apdc.cedc@mail.telepac.pt**

MÓDULOS E PRELETORES:

Direito da União Europeia: instituições, fontes – *Susana Almeida*, Politécnico de Leiria

Direito Europeu do Consumo: linhas gerais – *Mário Frota*, Escola Superior de Ciências do Consumo

Direito Brasileiro do Consumidor: o Código de Defesa do Consumidor – *Leonardo Roscoe Bessa*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

Direito Brasileiro do Consumidor: o projeto de atualização – *Walter Moura*, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

Teoria Geral dos Contratos de Consumo – *Mário Frota*, Escola Superior de Ciências do Consumo

Práticas Negociais – *Rute Couto*, Politécnico de Bragança

Comunicação Comercial – *Susana Almeida*, Politécnico de Leiria

Condições Gerais dos Contratos: os contratos pré-elaborados – *Ângela Frota*, Escola Superior de Ciências do Consumo

- Contratos de Compra e Venda de Consumo – *Rute Couto*, Politécnico de Bragança
- Contratos de Consumo e Garantias de Móveis e Imóveis – *Mário Frota*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Contratos ao Domicílio – *Rute Couto*, Politécnico de Bragança
- Contratos à Distância em Geral e de Serviços Financeiros em Especial – *Marisa da Conceição Dinis*, Politécnico de Leiria
- Contratos de Fornecimento de Serviços Essenciais – *Cristina Rodrigues de Freitas*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Contratos de Crédito ao Consumidor – *Susana Ferreira dos Santos*, Politécnico de Bragança
- Contratos de Seguro – *Fernando Gonçalves de Oliveira*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Contratos de Promoção Imobiliária e Mediação Imobiliária – *Mónica Pereira Ferreira*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Contratos de Viagens Turísticas – *Cristina Rodrigues de Freitas*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Contratos de Time-Share – *Rafael Moura de Paiva*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Responsabilidade Emergente de Atos de Consumo – *Mário Frota*, Escola Superior de Ciências do Consumo
- Superendividamento: o Processo de Insolvência – *Ana Filipa da Conceição*, Politécnico de Leiria
- Direito Judiciário do Consumo em Portugal – *Cátia Marques Cebola*, Politécnico de Leiria, e *Susana Ferreira dos Santos*, Politécnico de Bragança
- Direito Judiciário do Consumo no Brasil – *Marcus da Costa Ferreira*, Universidade Evangélica de Anápolis, Escola Superior de Ciências do Consumo