

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. II | N. 3 | SETEMBRO 2012

#7

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 3, setembro 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 **O Direito Processual Coletivo e a Proposta de Reforma do Sistema das Ações Coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil**
GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA
FLÁVIA VIGATTI COELHO DE ALMEIDA
- 75 **Direitos Fundamentais e Tecnologias de Informação e Comunicação**
JORGE PEGADO LIZ
- 95 **O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos**
MÁRCIA AMARAL CORRÊA DE MORAES
- 113 **Comércio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC**
NEWTON DE LUCCA
- 133 **Da Tutela do Consumidor em Portugal e do Papel do Ministério Público**
JORGE DIAS DUARTE
- 153 **El Turista y los Perjuicios Provocados por el Consumo de Productos y Servicios Defectuosos a la Luz de la Legislación Española**
M^a NIEVES PACHECO JIMÉNEZ
- 175 **Nutracêutica – Precauções em Vista das Alegações Nutricionais e de Saúde**
ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA
- 191 **Segurança Alimentar no Direito do Consumidor Brasileiro e da União Europeia (parte final)**
ANA CAROLINA HASSE DE MORAES

PARECER

- 221 **Parecer do CESE à Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**

JORGE PEGADO LIZ

LEGISLAÇÃO

- 235 **Comissão Europeia**
Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao programa consumidores para 2014-2020

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 265 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Sergipe**
Relatora: Iolanda Santos Guimarães
- 269 **Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**
Relator: Divoncir Schreiner Maran
- 280 **Ementário**
Julgados do TJ/PR, do TJ/RS e do TJ/MG

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 285 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Serra Baptista
- 298 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Garcia Calejo

EM DESTAQUE

- 311 **I Curso de Verão – Relatório Final – Julho 2012**
- 317 **Serviço Público e Probidade**
PAULO TEIXEIRA DE MORAIS

EDITORIAL

FORMAÇÃO PARA O CONSUMO

O pilar mais relevante de qualquer política de promoção dos interesses dos consumidores é o da formação, educação para o consumo inclusa.

Ainda que instituições do jaez da nossa – uma sociedade científica – se consagrem a atividades de formação de formadores e percorram as escolas a lançar a semente, em ações pontuais, nem sequer o Estado as ampara ou estimula. O que reflete bem o descaso registado neste particular.

Mister será se aposte decisivamente, sem detença, que tanto tempo se desperdiçou já, na educação e formação para o consumo. De que se não devem eximir as universidades nos cursos com sérias afinidades com o mercado.

A obrigatoriedade do direito do consumo (ou consumidor) em tais cursos impõe-se naturalmente.

Como no eixo da cooperação que internacionalmente se desenvolve.

O CEDC (Centro de Estudos de Direito do Consumo) e a Escola Superior de Ciências do Consumo de Coimbra promoveram de 16 a 21 de julho pretérito o I Curso de Verão de Direito do Consumo, em Coimbra.

O elenco docente, de excelência.

O leque de matérias, de uma oportunidade singular.

O sucesso do Curso, inquestionável.

A experiência, que ora principia, dos cursos de verão ou de férias, é suscetível de reforçar os elos de cooperação entre os países de Língua Portuguesa, já que a permuta de saberes é indispensável

para a valorização dos ordenamentos jurídicos pátrios neste relevante segmento.

Em cooperação com o Brasilcon, hoje sob a presidência da magistrada Clarissa Costa de Lima, do Rio Grande do Sul, e com as associações de magistrados, de advogados e de promotores de justiça, para além das dos professores de direito do consumidor, será possível incrementar de forma salutar atividades do timbre destas, crê-se que com o sucesso que o I Curso grangeou.

Praza a Deus que consigamos atingir quanto se almeja neste particular.

A cooperação não pode ser conceito vão.

Vamos preenchê-lo afanosamente, de coração generoso e ideal alevantado!

Coimbra, setembro de 2012.

Mário Frota

Presidente do Conselho Diretor

O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A PROPOSTA DE REFORMA DO SISTEMA DAS AÇÕES COLETIVAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA*

Mestre em Direito Processual Civil e doutor em Direito Difusos e
Coletivos (PUC/SP)

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas

FLÁVIA VIGATTI COELHO DE ALMEIDA

Advogada

Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Gama Filho)

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável
(Escola Superior Dom Helder Câmara)

RESUMO

Os direitos ou interesses coletivos possuem, no Brasil, a natureza de direitos fundamentais e, assim, exercem múltiplas funções no plano do sistema jurídico, principalmente no âmbito das reformas legislativas, que não podem gerar retrocesso social. Por esse motivo e, ainda, em razão das ações coletivas estarem inseridas como garantias constitucionais, surgiu com a CF/88 o direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, com objeto, método, princípios e regras interpretativas próprios. Neste contexto, o Brasil já passou por três grandes etapas de reformas do sistema de tutela coletiva, com destaque para a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a principal de todas, e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que criou um microsistema geral de tutela coletiva. Discute-se no país nos últimos anos a criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, já tendo sido apresentadas quatro propostas legislativas neste sentido. Após a rejeição na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados do PL 5.139/09, que trazia importantes inovações, foi criada e instalada pela presidência do Senado Federal uma comissão responsável pela reforma do Código de Defesa do Consumidor, a qual ao final apresentou três propostas legislativas. Uma delas, relacionada com o acesso à justiça, traz significativas inovações e visa aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas no Brasil. Caso aprovada, essa proposta terá aplicabilidade ao sistema geral do direito processual coletivo comum brasileiro, já que suas diretrizes visam integrar o microsistema comum de tutela jurisdicional coletiva

1. Introdução

O presente artigo visa abordar o direito processual coletivo como novo ramo do direito processual e a proposta legislativa de reforma do Código de Defesa do Consumidor que disciplina as ações coletivas.

Inicialmente, analisa-se a inserção dos direitos coletivos como direitos fundamentais, com destaque para a nova *summa divisio* constitucionalizada no país: direito individual e direito coletivo. Em seguida, discorre sobre o direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, seus princípios, regras interpretativas e obstáculos.

Faz-se o estudo das três principais etapas de reforma do sistema de tutela coletiva no Brasil e, na sequência, são abordadas as propostas legislativas de criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Após analisar as principais diretrizes do PL 5.139/09, passa-se ao estudo pontual e reflexivo da proposta legislativa que visa alterar a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas. Essa proposta legislativa não terá aplicabilidade limitada à defesa do consumidor, pois seu objetivo é alterar o microsistema de tutela jurisdicional coletiva e, assim, observa-se que suas disposições (caso aprovadas) terão aplicabilidade ao direito processual coletivo comum em geral.

Finaliza-se o artigo com as conclusões pontuais sobre as questões abordadas e a apresentação das referências utilizadas na pesquisa.

2. A inserção no Brasil dos direitos e interesses coletivos como direitos fundamentais: uma nova *summa divisio* constitucionalizada e sua multifuncionalidade no sistema processual

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi a primeira Constituição do país em que o direito coletivo, amplamente considerado, foi inserido, ao lado dos direitos individuais, no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no sistema jurídico pátrio. A inserção consta de texto expresso da Constituição, como um dos seus capítulos, o primeiro do título II, sobre os *Direitos e Garantias Fundamentais* e, certamente, é o resultado da legítima atuação das forças sociais e políticas que contribuíram e pressionaram a Assembleia Nacional Constituinte, instalada no país em 1987¹.

Não há previsão nesse sentido nas constituições de outros países, tais como a Constituição norte-americana de 1787 e suas respectivas emendas, a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição francesa de 1958, a Constituição espanhola de 1978; a Constituição argentina de 1994. Nem mesmo a proposta de uma *Constituição Europeia* insere o direito coletivo no plano das teorias dos direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, aos 7 de dezembro de 2002, igualmente não faz menção expressa ao direito coletivo como categoria dos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa de 1976, na parte I, referente aos *Direitos e Deveres fundamentais*, título I, dos *Princípios Gerais*, prevê, em seu art. 12: 1. *Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.* 2. *As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres compatíveis com a sua natureza*². A doutrina portuguesa não tem, contudo, realizado uma leitura ampliativa e construtiva da previsão do art. 12, 2, transcrito. Jorge Miranda, por exemplo, chega a afirmar que o fato de a Constituição portuguesa ter acrescentado direitos às pessoas coletivas não representa equiparação aos direitos individuais³.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao contrário, utiliza-se de termo mais adequado e amplo, colocando no mesmo patamar *Direitos Individuais e Direitos Coletivos* (título II, capítulo I). Ao invés de utilizar o termo pessoa, dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a Constituição brasileira vale-se do termo *direitos coletivos* no plural, de forma a abranger, em uma dimensão constitucional objetiva, todas as espécies de direitos ou interesses coletivos.

As assertivas acima não significam que não possa haver proteção do direito coletivo ante a Constituição de outros países. Sustenta-se, isso sim, que a Constituição brasileira atual inovou na proteção dos direitos e interesses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma nação democrática que tem como seus objetivos fundamentais a criação de uma sociedade justa, livre e solidária. Não há como transformar a realidade social sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

José Afonso da Silva, ao comentar a inserção, no Brasil, do *direito coletivo* no plano da *teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais*,

declarou ter faltado explicitação adequada de quais seriam efetivamente esses direitos⁴. Todavia, entende-se que essa falta de explicitação, presente no capítulo I, título II, da CF/88, ao invés de restringir, amplia a própria dimensão constitucional do direito coletivo. Trata-se de uma *cláusula constitucional aberta sobre o próprio direito coletivo*, como direito constitucional fundamental, com o condão de incorporar todas as dimensões constitucionais sobre direitos coletivos, previstas expressa ou implicitamente na CF/88. Por isso, a previsão em questão está em perfeita sintonia com a *cláusula geral aberta* dos direitos e garantias constitucionais do § 2º do art. 5º da CF/88, tanto que o próprio José Afonso da Silva arrola inúmeras espécies de direito coletivo presentes ao longo do texto constitucional⁵.

A proteção
predominantemente
individualista é
própria de um
Estado Liberal de
Direito

A aferição em abstrato e de forma genérica do direito coletivo não é uma técnica interpretativa perfeita. O mais adequado é procurar aferir se determinado direito é realmente de dimensão coletiva, levando-se em consideração o plano concreto da tutela jurídica deduzida ou a ser deduzida⁶.

O fato de o direito coletivo pertencer, no Brasil, à teoria dos direitos constitucionais fundamentais impõe que se imprima à expressão uma leitura aberta e ampliativa, própria da interpretação dos direitos constitucionais fundamentais do pós-positivismo. Destarte, a cláusula constitucional *Direito coletivo* (título II, capítulo I, da CF/88) abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos em sentido restrito e os direitos e interesses individuais homogêneos, integrando também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o direito coletivo positivado no país, bem como, e especialmente, a Constituição, cuja proteção, em abstrato e na forma concentrada, é uma exigência do constitucionalismo brasileiro e se legitima por um inquestionável *interesse coletivo objetivo legítimo*.

A partir dessa nova diretriz constitucional, concluiu-se que a *summa divisio* clássica, *direito público* e *direito privado*, não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, pelas mesmas razões, não foi acolhida a classificação tripartite sustentada por alguns doutrinadores, que defendem a existência das seguintes dimensões do direito: *público*, *privado* e *transindividuais*. A nova *summa divisio*

constitucionalizada no país é *direito individual e direito coletivo*. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o direito constitucional, representado pelo seu objeto formal: a Constituição, composta tanto de normas de direito individual, quanto de normas de direito coletivo⁷.

O capítulo I do título II da CF/88 explicita o fundamento da nova *summa divisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: *Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos*.

Além disso, cabe destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da sociedade, com as concepções atuais em torno do Estado Democrático de Direito, compreendido como o Estado da justiça material e da transformação da realidade social e inserido na sociedade.

Acrescenta-se, ainda, a necessidade de se estabelecer o enquadramento metodológico dos direitos, levando-se em conta os planos da titularidade e, especialmente, o plano da proteção e da efetivação do direito, para os quais se volta uma ciência jurídica de dimensão também prática.

Assim, a exploração metodológica da nova *summa divisio* faz-se necessária para a devida compreensão da própria teoria dos direitos constitucionais fundamentais positivadas na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que compõe o núcleo de uma Constituição democrática, como a brasileira, a partir da qual devem ser construídos os novos modelos explicativos. Os direitos fundamentais possuem *eficácia irradiante* de ordem jurídica e *força vinculativa* de todos os operadores jurídicos oficiais e não oficiais.

A partir da nova *summa divisio* constitucionalizada, torna-se possível a construção de novos paradigmas da relação entre sociedade e Estado ou entre indivíduos e Estado. A nova abertura permite a reconstrução de novos princípios e diretrizes para a administração pública, impondo-se uma atuação vinculada ao atendimento dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Muitos *privilégios* do poder público resultam de uma *visão autoritária* e distorcida do Estado e do seu papel na sociedade. A própria atuação descomprometida de determinados administradores, que banalizam muitos direitos fundamentais, individuais e coletivos, tem amparo em um direito público elaborado com base em parâmetros inconciliáveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Supremacia do interesse público sobre o particular, insindicabilidade do mérito dos denominados ‘atos administrativos discricionários’, presunção de legitimidade dos atos administrativos, entre outras diretrizes que regem a atuação do poder público, precisam ser revisitados à luz da nova *summa divisio* constitucionalizada.

No plano do direito processual, verifica-se que a Constituição impõe uma verdadeira mudança de paradigma, pois não é razoável e adequado tutelar direitos coletivos fundamentais por intermédio de um direito processual voltado para a tutela de direitos individuais. É necessária a construção de um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais, conforme será observado no próximo tópico.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da CF/88, dependem da devida compreensão da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil. Todos os direitos fundamentais (individuais ou coletivos) possuem aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF. O *princípio da aplicabilidade imediata* não impede, porém, que seja aferida a impossível realização, muitas vezes provisória, do direito fundamental quando houver impedimento real ou fático. Entretanto, é descabida a alegação de impedimento formal, ou meramente de teor jurídico, como barreira à realização dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Afirmou-se anteriormente que o impedimento puramente jurídico não existe porque a Constituição é clara e contundente ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Portanto, é insustentável, por exemplo, a tese de necessidade de reserva de orçamento como alegação formal impeditiva à imposição ao Estado de implementação de políticas públicas para cumprir as exigências do art. 3º da CF/88.

Entende-se que, para provocar a devida expansão de todas as potencialidades da teoria dos direitos fundamentais, consagrada na CF/88, torna-se imprescindível o estudo e a exploração metodológica da *summa divisio* direito coletivo e direito individual, constitucionalmente adotada.

Para o constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular; conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia direito público e direito privado não se sustenta. Outros argumentos de fundamentação, tanto constitucional quanto teórica, também dão embasamento às assertivas acima.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do direito material coletivo brasileiro, não se sustenta que ele seja um novo ramo do direito; como não se sustenta que o direito individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no país, seja um outro ramo do direito.

Na verdade, o direito coletivo e o direito individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. No direito coletivo existem ramos do direito, tais como o direito do ambiente, o direito coletivo do trabalho, o direito processual coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “direito público”, que estaria dentro do direito coletivo, existindo, contudo, exceções. Da mesma forma, no direito individual há vários ramos do direito como o direito civil, o direito processual civil, o direito individual do trabalho, o direito comercial etc.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na sociedade⁸, regido pela Constituição, com função de proteção e de efetivação tanto do direito coletivo, quanto do direito individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo⁹. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “direito público”, também dentro do direito individual, como é o caso do direito processual civil, de concepção individualista¹⁰.

O direito coletivo e o direito individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do direito. Entretanto não se insere o direito constitucional na *summa divisio* constitucionalizada. O direito constitucional, na sua essência substancial e principiológica, está acima e representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do direito constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de direito coletivo, quanto de normas, garantias e princípios de direito individual.

Ademais, existem outros argumentos de fundamentação teórica que dão embasamento às assertivas acima: em um Estado Democrático de Direito, como é o brasileiro (art. 1º da CF/88), não é possível separar de forma estanque os direitos do próprio Estado, de um lado, e os direitos coletivos e os individuais, de outro; o Estado Democrático existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu. O Estado está inserido na sociedade que o constituiu e em seu nome e em sua defesa deve atuar. O que se chama de *direito público* compõe, na verdade, um dos capítulos do direito coletivo, mas também está presente no direito individual. A principiologia que rege o direito coletivo (princípio democrático, solidariedade coletiva, aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais etc.) deve traçar a nova forma de atuação do Estado brasileiro e das suas instituições de defesa social.

Para essas conclusões, parte-se do pressuposto de que, para a identificação do direito, não é suficiente a análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou a sua utilidade. É determinante que também sejam analisados o plano da titularidade do direito e a forma de sua proteção e efetivação material. Com base nesses dois últimos elementos, conclui-se que, ou a norma jurídica se destina à proteção ou efetivação de direito ou interesse individual, ou a norma jurídica visa a proteção ou efetivação de direito ou interesse coletivo. Estes dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional. Mesmo em relação à divisão das normas constitucionais em normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais, observa-se que ambas as categorias das referidas normas voltam-se para a proteção e efetivação, ora de direito individual, ora de direito coletivo¹¹. Contudo, no plano abstrato, todas essas normas do direito positivo constitucional são de interesse coletivo (difuso) de toda a coletividade. É exatamente este interesse que apoia e justifica o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, interesse esse denominado de *interesse coletivo objetivo legítimo*¹².

A aferição em abstrato e de forma genérica do direito coletivo não é uma técnica interpretativa perfeita

Todas essas diretrizes devem servir de parâmetro para o estudo, a aplicação e a reforma relacionados com a ação civil pública, garantia constitucional fundamental de importância nuclear para a tutela jurisdicional dos direitos e interesses coletivos no Brasil. Nesse aspecto, a inserção dos direitos coletivos na teoria dos direitos fundamentais impõe uma releitura nas ações coletivas constitucionais, principalmente pela incidência das múltiplas funções exercidas por essa teoria no âmbito do sistema jurídico e da sua concretização.

A relação entre os direitos coletivos e os direitos individuais e suas respectivas garantias, como no caso da ação civil pública, que é garantia dos direitos ou direitos coletivos, amplamente considerados, passa, necessariamente, pelo viés da nossa *summa divisio* constitucionalizada no país.

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto *dimensão subjetiva*, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto *objetiva*, constituindo-se, neste caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito¹³.

Nesse sentido, escreveu Konrad Hesse que as circunstâncias referentes à singularidade, à estrutura e à função dos direitos fundamentais garantem não só *direitos subjetivos* dos indivíduos, mas também revelam *princípios objetivos* básicos para o ordenamento jurídico constitucional e para o Estado Democrático de Direito. Estas circunstâncias dos direitos fundamentais revelam, portanto, os fundamentos do Estado Constitucional, por meio dos referidos direitos subjetivos e do respectivo ordenamento jurídico objetivamente considerado. O duplo caráter dos direitos fundamentais, o *subjetivo* e o *objetivo*, demonstra que os diferentes níveis de significação, respectivamente, condicionam-se, apoiam-se e complementam-se, de forma que os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo o consenso. Eles garantem a liberdade individual, limitam o poder estatal e são imprescindíveis para os processos democráticos do Estado de Direito. Em síntese, os direitos fundamentais influem sobre todo o ordenamento jurídico em seu conjunto, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e de direção jurídica da própria Constituição como Lei Fundamental¹⁴.

Como principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter *subjetivo* e *objetivo*, destacam-se, como exemplos, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata; a imunidade em relação ao poder reformador constituinte derivado; a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional; o caráter pético desses direitos¹⁵; a interpretação aberta e extensiva; a não taxatividade ou não limitação; a proteção integral etc.¹⁶

A *multifuncionalidade* dos direitos e garantias fundamentais adquire no direito processual coletivo em geral e nas ações coletivas em especial, um papel de destaque seja para impor a sua aplicabilidade imediata, seja para garantir a sua interpretação ampliativa, seja para validar a adoção de mecanismos que asseguram a tempestividade da tutela coletiva¹⁷.

Como efeito dessa multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, verifica-se, por exemplo, que a ação civil pública, na condição garantia constitucional fundamental, possui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), não lhe é compatível interpretação restritiva. Também está inserida entre as cláusulas superconstitucionais e, assim, não poderá ser restringida ou eliminada da Constituição (título II, capítulo, arts. 127, *caput* e 129, III, da CF/88). Possui prioridade na tramitação processual em razão da relevância social dos bens e valores jurídicos por ela tuteláveis. O seu objeto material, por se tratar de direito fundamental (título II, capítulo I,

da CF/88), no caso os direitos coletivos em geral, deverá receber interpretação aberta e flexível, o que tem plena incidência sobre a causa de pedir e o pedido nela formulado.

E mais: a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva deve ser conferida à ação civil pública, com a admissibilidade de formulação de todos os pedidos e causas de pedir, desde que compatíveis com o direito material coletivo a ser discutido, assegurado ou efetivado pela via jurisdicional. A máxima utilidade da tutela jurisdicional coletiva, com a possibilidade da sua transferência *in utilibus* para o plano individual, também tem incidência na coisa julgada coletiva, favorável à sociedade, formada em decorrência do ajuizamento de uma ação civil pública. Além disso, a imprescritibilidade formal e substancial da ação civil pública é outra consequência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Todas essas diretrizes interpretativas, decorrentes da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da aplicação e das reformas legislativas relacionados com o direito processual coletivo como novo ramo do direito processual.

3. O direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual brasileiro

3.1. Surgimento como um novo ramo

Em pesquisa que realizamos no mestrado entre 1996 e 2000, posteriormente publicada, sustentamos que o *direito processual coletivo* devia ser concebido como *um novo ramo do direito processual*, pois já possui objeto e método próprios¹⁸.

No caso do Brasil, o direito processual coletivo veio a surgir como novo ramo do direito processual com a Constituição Federal de 1988, que inseriu os direitos coletivos na teoria dos direitos fundamentais (título II, capítulo II) e conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas (art. 5º, LXIX, LXXIII, art. 14, §§ 10 e 11, art. 36, III, art. 102, I, *a*, §§ 1º e 2º, art. 103, art. 114, §§ 2º e 3º, art. 129, III, todos da CF/88), além de dispor sobre outras diretrizes processuais pertinentes.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo e Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, juristas de renome, também passaram a sustentar,

na clássica obra *Teoria geral do processo*, a partir da sua 21a. edição, que sendo caracterizado por princípios e institutos próprios, o *direito processual coletivo* pode ser separado, como disciplina processual autônoma, do direito processual individual¹⁹.

O certo é que sistema pátrio é apontado, no contexto da tutela jurisdicional dos direitos massificados, como um dos mais avançados do mundo. É esta a visão atual que propõe a classificação das tutelas processuais de acordo com as tutelas materiais. Entre o direito material e o direito processual deve existir uma relação de correta e perfeita *interligação* ou de *integração* mútua. E mais: essa relação de integração e interligação deve ser direcionada com base nos direitos e garantias constitucionais fundamentais²⁰.

Ora, se vivemos em uma sociedade massificada, se o sistema jurídico brasileiro já consagra de forma ampla a tutela jurídica material massificada, torna-se imprescindível também a concepção de um direito processual massificado²¹.

3.2. Divisão e objeto material

O *direito processual coletivo* surge como um novo ramo do direito processual no Brasil com a CF de 1988. É o que se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 5º, XXXV; art. 129, III, e § 1º; art. 102, I, *a*, § 1º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, dentre outros.

O *direito processual coletivo brasileiro*, no plano do seu *objeto material*, divide-se em *especial* e *comum*. O *direito processual coletivo especial* se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de *interesse coletivo objetivo legítimo*. *Especial* porque em sede de controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do *direito processual coletivo especial* é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Por outro lado, o *direito processual coletivo comum* se destina à resolução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular etc. O objeto de tutela do *direito processual coletivo comum* são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). O *direito processual coletivo comum* é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Neste contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo etc. estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*.

3.3. Conceito e natureza jurídica

O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de *direito processual-constitucional-social*, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido *lato* decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia a dia da conflituosidade social²².

A *natureza jurídica* do direito processual coletivo, portanto, é de direito processual constitucional-social, de sorte que ele não nega a teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito constitucional processual²³. O seu método não é só o técnico-jurídico, mas o *pluralista*, que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionalizada. Este método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-telológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um *megaelemento*: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça.

3.4. A intensificação da importância dos princípios no direito processual coletivo

Como nova disciplina jurídica, o *direito processual coletivo* ainda não é portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimentadas. Tanto isso é verdade que há, em tempos atuais, forte movimento no plano do direito processual coletivo no sentido da sua codificação²⁴. Ademais, no plano da eficácia a tutela jurídica no direito processual coletivo é potencializada, o que evidencia a grandeza da sua relevância jurídica, social e política.

Assim, os princípios assumem uma função nuclear extremamente intensificada no âmbito do direito processual coletivo, o que é reforçado em razão dos seguintes fatores: a) a sua natureza processual-constitucional-social; b) a sua importância jurídica, social e política; c) a potencialidade da sua tutela jurídica; d) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem sedimentadas²⁵; e) a generalização, a relativização, a força normativa e superioridade vinculante e irradiante dos princípios sobre as simples regras jurídicas, conforme proposições contidas no novo constitucionalismo.

Em relação a este último item, convém destacar que, no neoconstitucionalismo, os princípios são diretrizes normativas gerais do sistema jurídico. São diretrizes relativas, já que um princípio deve conviver harmonicamente com outros princípios da mesma ordem jurídica. São valorativos, tendo em vista que são portadores de dimensões éticas e morais que dão amparo para a fundamentação das simples regras jurídicas. Os pontos de tensão entre eles devem ser solucionados na dimensão do peso, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Eles possuem força normativa e irradiante que vincula a interpretação e aplicação das simples regras jurídicas²⁶.

3.5. Princípios processuais específicos do direito processual coletivo comum

Convém destacar que são vários os princípios específicos do *direito processual coletivo comum*, os quais não negam nem inibem a aplicabilidade dos demais princípios constitucionais fundamentais do direito processual no campo do direito processual coletivo, mas, ao contrário, eles confirmam a incidência desses princípios constitucionais neste novo ramo do direito processual²⁷. Assim, apontaremos abaixo, de forma sucinta, alguns dos princípios específicos do *direito processual coletivo comum*²⁸. Ressalta-se que

todos eles são aplicáveis à ação civil pública, até porque são extraídos do sistema constitucional e infraconstitucional, no âmbito dos quais ela está inserida.

1. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo: este princípio decorre do fato de o Poder Judiciário, como órgão do Estado Democrático de Direito, ter o compromisso de transformador da realidade social e por ser o guardião dos direitos e garantias constitucionais sociais fundamentais (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88). Com base neste princípio, o juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição. O interesse no caso não é em decidir a favor de quaisquer das partes interessadas, mas o interesse em enfrentar o mérito das demandas coletivas. Com isso, não há qualquer risco ao princípio da imparcialidade como garantia constitucional.

2. Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum: decorre do art. 5º, § 1º, da CF, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e tem fundamento também na regra interpretativa do sopesamento como subespécie do princípio da proporcionalidade. Assim, a supremacia do interesse social (presente sempre no processo coletivo) sobre o particular (que é próprio do processo individual) justifica este princípio e demonstra a sua relevância no direito processual coletivo.

3. Princípio da presunção de legitimidade 'ad causam' ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável: por força de previsão da Constituição, como ocorre em relação ao Ministério Público (arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III), dentre outros legitimados (art. 129, § 1º da CF), e da legislação infraconstitucional (arts. 82 do CDC e 5º da LACP), extrai-se que é suficiente a afirmação de direito ou interesse coletivo para presumir a legitimidade ativa provocativa; não há necessidade de se questionar a real titularidade do direito coletivo alegado para se concluir pela legitimidade.

4. Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum: com base neste princípio são admitidos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela dos direitos coletivos. Tem previsão expressa na lei (art. 83 do CDC, em sua combinação com o art. 21 da LACP, que lhe confere hipereficácia na sua condição de *norma de superdireito processual coletivo comum*). Também está presente nos arts. 212 do ECA (Lei 8.069/90) e 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

5. *Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum*: este princípio decorre do próprio espírito do *direito processual coletivo comum*, visto que, por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se resolver em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade, tanto que foi justamente esse o espírito do CDC ao disciplinar a coisa julgada coletiva (art. 103). Esse dispositivo do CDC deixa expressa a adoção desse princípio no seu § 3º, quando prevê a admissibilidade da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada nas demandas de tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos para o plano individual.

6. *Princípio da máxima efetividade do processo coletivo*: por força deste princípio deve ser alcançada a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na demanda coletiva. Assim, o juiz, para alcançá-la, deverá determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, para que a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima. O interesse social, sempre presente nas variadas formas de tutelas jurisdicionais coletivas, faz com que se esgotem, no processo coletivo, todos os meios de provas, no sentido de enfrentar o mérito, com a pacificação social com justiça.

7. *Princípio da não taxatividade da ação coletiva*: qualquer direito ou interesse coletivo (arts. 5º, inciso XXXV, e 129, inciso III, da CF e art. 1º, inciso IV, da LACP) poderá ser objeto de ação coletiva; não mais subsiste a regra da taxatividade, para efeitos de ajuizamento, por exemplo, de ação civil pública (art. 129, inciso III, da CF), como ocorria no sistema anterior à atual Constituição e ao CDC.

8. *Princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva*: a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, § 3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo órgão do Ministério Público, o juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do chefe da respectiva instituição do Ministério Público. Também o *abandono* não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, II ou III (contumácia bilateral ou unilateral, respectivamente), do CPC, de sorte que não é compatível

também a ocorrência de *perempção* em sede de demandas coletivas (art. 5º, § 3º, da 7.347/85 e art. 9º da Lei 4.717/65).

9. Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público: por imposição decorrente deste princípio, em caso de desídia dos outros legitimados ativos, o Ministério Público deverá promover a execução coletiva (art. 15 da LACP). Este princípio inclusive tem previsão também na Lei da Ação Popular (LAP, Lei 4.717/65), que confere legitimidade ativa provocativa subsidiária ao Ministério Público para a execução coletiva; deve ele assim agir em caso de desídia do cidadão autor ou de outro legitimado ativo (art. 16 da Lei 4.717/65).

10. Princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista: no direito processual coletivo a legitimidade ativa é, por imposição constitucional (arts. 129, § 1º, 125, § 2º e 103 da CF/88), *concorrente e pluralista*. É o que está presente também nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC. Assim, a legitimidade ativa no direito processual coletivo não deve ser interpretada de forma fechada ou restritiva, mas de forma aberta e flexível, em razão de decorrer de princípio constitucional. A mesma orientação também está presente no art. 103 da CF/88, em relação ao direito processual coletivo especial (controle abstrato e concentrado da constitucionalidade).

11. Princípio da interpretação aberta e flexível da causa de pedir e do pedido: por intermédio deste princípio, observa-se que a interpretação do pedido e da causa de pedir no direito processual coletivo é aberta e flexível. Tendo em vista que os direitos coletivos são, no Brasil, direitos fundamentais (título II, capítulo I, da CF/98) e tendo em vista, ainda, que a ação civil pública tutela direitos coletivos, a interpretação do pedido e da causa de pedido nela formulados deverá ser flexível, aberta e ampliativa, o que é próprio da multifuncionalidade da teoria dos direitos e garantias fundamentais no sistema jurídico.

Assim, não é aplicável na ação civil pública e nos processos coletivos em geral, a *estabilização da demanda* (*perpetuatio libelli*) prevista nos arts. 264 e 294 do CPC. Esta *estabilização da demanda* ocorre de forma relativa com a citação do demandado e de forma absoluta com a decisão de saneamento do processo. Contudo, tal estabilização da demanda está presente em um sistema processual fechado, voltado para os conflitos interindividuais, que é

O direito coletivo e o direito individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

o CPC. Assim, também há incompatibilidade na sua aplicabilidade em sede de ação civil pública e de demandas coletivas em geral.

Nesse mesmo diapasão, é o que dispõe, na sua condição de trabalho doutrinário, o *Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, em seu art. 10: “*Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. § 1º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. § 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.*”²⁹

É de se destacar que uma das regras de interpretação e de aplicação do direito processual coletivo é a da aplicabilidade subsidiária ou limitada do CPC nas demandas coletivas³⁰. Tal aplicabilidade subsidiária depende de dupla compatibilidade: a *formal* (inexistência de norma especial em sentido contrário no sistema específico do *direito processual coletivo*) e a *material* ou *substancial* (a aplicabilidade subsidiária do CPC não poderá colocar em risco ou limitar a tutela de interesse social)³¹.

3.6. Regras interpretativas do direito processual coletivo comum³²

No sistema pátrio exigem várias regras relativas à interpretação e à aplicação do *direito processual coletivo comum*, aplicáveis à ação civil pública. Seguem abaixo algumas das principais regras interpretativas.

a) *A da completa e perfeita interação entre o CDC e a LACP*. O CDC e a LACP se interagem formando um microsistema de normas gerais e básicas sobre o direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC).

b) *A da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum*, visto que a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum, conforme prevista no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, somente é possível se não ferir as disposições desses diplomas (*compatibilidade formal*) e não impedir ou colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (*compatibilidade substancial ou teleológica*).

c) *A do CDC e da LACP como diplomas fixadores de normas de superdireito processual coletivo comum*. Esses diplomas formam um conjunto de regras processuais principiológicas e gerais que se aplicam, em regra, a todas as

formas de tutelas jurisdicionais coletivas do direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP), como a da disciplina tripartite da coisa julgada coletiva prevista no CDC (art. 103), a do conceito tripartite de direitos e interesses coletivos estabelecidos pelo art. 81, parágrafo único, do CDC, a da não taxatividade das hipóteses de admissibilidade de ação coletiva prevista no art. 1º, IV, da LACP; a da não existência de litispendência entre ações coletivas e individuais (art. 104).

d) *A da aplicabilidade de todas as regras interpretativas principiológicas do direito constitucional ao direito processual coletivo.* Esta regra decorre da própria *natureza de direito processual constitucional-social* deste novo ramo do direito processual; assim, lhe são aplicáveis as regras principiológicas da interpretação conforme a Constituição, da interpretação constitucional evolutiva, da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, da máxima efetividade das normas constitucionais, além de outras diretrizes principiológicas, tais como as decorrentes da supremacia da Constituição e a da unidade constitucional.

3.7. Obstáculos relacionados à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum³³

São vários os obstáculos no plano da interpretação e da aplicação do *direito processual coletivo comum* e, portanto, que prejudicam a compreensão e aplicação do direito processual coletivo.

Assim, entre outros, seriam os fatores que dificultam a efetividade das variadas formas de tutela jurisdicional coletiva no Brasil: a) a resistência, muitas vezes infundada, à concepção coletiva do direito processual; b) a formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil; c) o apego às regras ortodoxas liberais individualistas constantes do CC e do CPC, que são diplomas legais elaborados para a resolução tão somente de conflitos interindividuais; d) a questão do ensino jurídico e dos próprios currículos universitários, os quais, dentro de uma visão unidimensional de ensino do fenômeno jurídico, demonstram que a maioria das faculdades de direito no Brasil não estão cumprindo a sua verdadeira função social para a efetivação do Estado Democrático de Direito, pois ainda não preparam os seus bacharéis para o enfrentamento e a conscientização dos grandes conflitos sociais; e) a resistência à legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, presente em determinado setor da doutrina e principalmente da jurisprudência – essa resistência, na verdade, é inconstitucional, pois a legitimidade do Ministério Público para a defesa

dos direitos e interesses coletivos é a mais ampla dentre os legitimados (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, da CF), a qual decorre, na maioria das vezes, de uma visão distorcida do papel do Ministério Público no cenário brasileiro atual); e) a tímida atuação, com exceção do Ministério Público, dos demais legitimados ativos no direito processual coletivo comum, os quais não são responsáveis pelo ajuizamento certamente nem de dez por cento das ações coletivas já propostas no Brasil, o que demonstra a fragilidade da democracia participativa no país; f) a ilegítima e inconstitucional resistência oferecida, mediante a elaboração arbitrária de medidas provisórias pelo Poder Executivo da União, o qual, postando-se na contramão da história de evolução dos canais jurisdicionais de tutela dos direitos fundamentais da sociedade, elaborou inúmeras medidas provisórias para tentar dificultar a tutela dos interesses massificados como as que foram publicadas para restringir os efeitos da coisa julgada coletiva e dificultar o ajuizamento de ações coletivas pelas associações legitimadas em face dos órgãos e entidades públicos; g) a equivocada compreensão dos tribunais quanto aos direitos coletivos, especialmente quando negam legitimidade ao Ministério Público sustentando que os direitos individuais homogêneos disponíveis não podem ser tutelados por essa instituição, quando na realidade é patente o interesse social na tutela coletiva desses direitos ou interesses coletivos; h) a falta de estrutura organizacional do Poder Judiciário, que ainda não se especializou para o enfrentamento dos conflitos massificados, bem como não disponibilizou estrutura de apoio técnico e material necessários; i) a interpretação restritiva que vem recebendo a ação civil pública por parte da jurisprudência e pela doutrina, hoje já minoritárias, que não têm aceitado o controle difuso (incidental) da constitucionalidade pela via da ação civil pública; j) decisões judiciais e a postura do Governo Federal que têm procurado limitar o campo de aplicabilidade da ação civil pública, de forma a impedir que ela seja instrumento útil de tutela jurisdicional coletiva de questões tributárias, previdenciárias etc., o que afronta o texto constitucional, que garante a tutela jurisdicional coletiva pela ação civil pública de forma irrestrita (art. 129, III e art. 5º, XXXV, da CF); k) forte resistência do setor econômico e empresarial, que se sentem intimidados com as formas de tutela jurisdicional coletiva.

4. As três grandes etapas de reformas legislativas do sistema brasileiro de tutela coletiva

4.1. A Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85): um divisor de águas

O advento da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, também conhecida como Lei da Ação Civil Pública³⁴, é o primeiro grande marco histórico no Brasil do movimento mundial sobre a coletivização do direito processual, também conhecido como representação em juízo dos interesses difusos, surgido na década de 60 do século XX nos Estados Unidos da América e retratado como sendo a segunda onda renovatória do acesso à justiça³⁵.

Isso se deu especialmente porque a LACP estabeleceu uma legitimação coletiva ativa pluralista ou concorrente para o ajuizamento dessa espécie de ação coletiva (art. 5º), além de dispor sobre a competência (art. 2º), a coisa julgada coletiva (art. 16) e fixar outras regras processuais sobre o processo coletivo.

A LACP, em sua origem, porém, somente admitia a tutela de alguns interesses ou direitos massificados, tais como o meio ambiente, o consumidor – o que se deu em razão de veto do então presidente da República, José Sarney. Assim, o sistema implantado originariamente pela LACP era o da *taxatividade do objeto material* da ação civil pública. Contudo, mesmo assim, esse diploma legal é concebido como um divisor de águas quanto à tutela jurisdicional dos interesses e direitos coletivos no Brasil³⁶.

4.2. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: a grande mudança de paradigma no sistema brasileiro de tutela coletiva

Foi a Constituição Federal de 1988 que consagrou o mais importante e significativo momento histórico da tutela coletiva no Brasil.

A CF/88, rompendo com o sistema da tutela jurídica individualista, consagrou no Brasil um novo sistema jurídico, que é aberto (§ 2º do art. 5º), dinâmico (art. 1º – princípio democrático) e de tutela jurídica ampla ou irrestrita (art. 5º, XXXV, da CF), seja em relação aos direitos individuais, seja em relação aos direitos massificados (coletivos em geral). Além disso, a CF/88 está comprometida com a transformação da realidade social, com a implementação de uma sociedade mais justa, solitária e mais igualitária, nos termos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, adotados expressamente no seu art. 3º.

Com efeito, convém destacar, na CF/88, os seguintes dispositivos constitucionais: a) o art. 1º consagra o Estado Democrático de Direito, que é o Estado da Justiça material e que tem como compromisso a transformação com justiça da realidade social na busca da igualdade material; b) o art. 5º, XXXV, contempla o princípio do acesso amplo e irrestrito à justiça, tanto em relação aos direitos individuais quanto em relação aos direitos coletivos; c) o art. 129, III, conferiu dignidade constitucional ao inquérito civil e à ação civil pública.

O último dispositivo constitucional ainda rompeu com o sistema da taxatividade do objeto material da ação civil pública ao fixar o *princípio da não taxatividade do seu objeto material*. É o que se extrai do art. 129, III, da CF, quando dispõe que a defesa pela ação civil pública poderá se dar em relação ao meio ambiente, ao patrimônio público e social e a *outros interesses difusos e coletivos*.

De se destacar, ainda, além de outros dispositivos constitucionais, tais como o art. 5º, incisos LXIX, LXX, LXXI e LXXIII, o grande avanço no plano do sistema do controle abstrato de constitucionalidade, e o *princípio da legitimidade ativa coletiva concorrente e pluralista* previsto no art. 129, § 1º, da CF.

Também é de se registrar com especial destaque que o legislador constituinte de 1988 ainda inseriu a proteção jurídica dos direitos coletivos dentro da *teoria dos direitos fundamentais*, conforme se observa do título II, capítulo I, da CF/88, adotando no sistema jurídico pátrio uma nova *summa divisio*, superadora da divisão clássica direito público e direito privado³⁷.

Com a CF/88, o direito processual coletivo se torna um novo ramo do direito processual brasileiro, com objeto e método próprios, sendo instituição potencializada de proteção e de efetivação da Constituição, com berço e natureza constitucionais³⁸.

4.3. O CDC (Lei 8.078/90) e sua perfeita interação com a LACP (Lei 7.347/85): a criação de um importante microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum no Brasil

O advento do CDC também é um momento histórico especial, pois a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao inserir na LACP o art. 21, criou um *microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum*, que decorre da completa e perfeita interação entre a parte processual do CDC (título III) e a LACP. A aplicabilidade aqui entre o CDC, parte processual, e a LACP, *não é subsidiária*, mas *integrada* (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP)³⁹.

Esse *microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum* formado pelo CDC – parte processual – mais a LACP compõe um conjunto de normas de *superdireito processual coletivo comum*. É um conjunto de normas processuais coletivas gerais do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, se há dúvida sobre a existência de litispendência entre um mandado de segurança coletivo e um mandado de segurança individual, a resposta está no art. 104 do CDC, o qual diz expressamente que não há litispendência entre ação coletiva e ação individual. Também se existe dúvida a respeito da coisa julgada coletiva sobre questões tributárias ou previdenciárias, o interessado deverá se socorrer do art. 103 do CDC.

Por outro lado, qualquer dúvida sobre a compreensão conceitual relacionada com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mesmo que na área trabalhista, eleitoral, tributária, a solução deve ser alcançada com base na conceituação tripartite dos interesses e direitos massificados prevista no parágrafo único do art. 81 do CPC.

A Lei 8.078/90 (CDC), além de criar um *microssistema principiológico de proteção do consumidor*, de forma que no Brasil *não há um direito do consumo ou das relações de consumo*, mas *um direito de proteção do consumidor*, criou também um *microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum*.

Outros aspectos merecem destaque em relação ao CDC (Lei 8.078/90). Primeiro por ter inserido na LACP o *princípio da não taxatividade de seu objeto material* (art. 1º, IV, da LACP). Depois por ter disciplinado de forma tripartida o conceito legal de interesses ou direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, do CDC), conferindo, ainda, por coerência, tratamento tripartite à coisa julgada coletiva (art. 103 do CDC).

Em síntese e com o objetivo de destacar ainda mais a importância histórica da Lei 8.078/90 (CDC) no plano das tutelas jurisdicionais coletivas no Brasil, verifica-se que esta lei aperfeiçoou, em muito, a LACP, já que: o art. 110 do CDC inseriu no art. 1º da LACP, o inciso IV, adequando-a ao estatuído no art. 129, III, da CF, que consagrou o princípio da não taxatividade do objeto material da ação civil pública, conforme já apontado; o § 3º do art. 5º da LACP teve sua redação alterada e ampliada pelo art. 112 do CDC, para que não só o Ministério Público pudesse assumir a titularidade ativa da ACP em caso de desistência, mas qualquer outro legitimado, sendo a redação também alterada para admitir essa assunção da titularidade quando a desistência fosse infundada, acrescentando, também, a sua admissibilidade em caso de abandono da ação; o § 4º do art. 5º

da LACP foi acrescentado pelo art. 113 do CDC e prevê a dispensa pelo juiz (*ope judicis*) da *pré-constituição* da associação quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou em razão da relevância do bem jurídico a ser protegido; o § 5º do art. 5º da LACP foi acrescentado também pelo art. 113 do CDC, dispositivo este que prevê a admissibilidade de litisconsórcio facultativo entre os ministérios públicos da União, do Distrito Federal e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida a LACP; o § 6º do art. 5º da LACP foi igualmente acrescentado pelo art. 113 do CDC e prevê a tomada pelos órgãos públicos legitimados dos interessados de *compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais*, mediante cominações legais, que terá eficácia de título executivo extrajudicial; o art. 15 da LACP teve sua redação alterada pelo art. 114 do CDC, que acrescentou no final da sua redação o seguinte: ‘(...) facultada iniciativa aos demais legitimados’; art. 17 da LACP teve revogado o seu parágrafo único e a redação do seu *caput* foi alterada pelo art. 115 do CDC; o art. 18 da LACP teve sua redação alterada pelo art. 116 do CDC passando a constar, em sua parte final, redação relativa às associações autoras; por fim, o art. 21 da LACP foi incluído pelo art. 117 do CDC e é ele, juntamente com o art. 90 do CDC, que faz a integração entre a LACP e a parte processual do CDC, formando, assim, o denominado *microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum*⁴⁰.

5. A tentativa de codificação do direito processual coletivo brasileiro e o projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/09)

5.1. A proposta de codificação de Antonio Gidi e a criação de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O professor Antonio Gidi, do University of Houston *Law Center*, foi o primeiro a defender e apresentar uma proposta de Código de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito, o que foi objeto de sua tese de doutoramento defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em julho de 2003⁴¹. Em seguida, juristas brasileiros deram início a um movimento que ensejou a criação de um *Anteprojeto de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*⁴².

Depois de ser debatido em eventos internacionais, o anteprojeto foi convertido em projeto que, após ser aprovado pela assembleia-geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, em Caracas, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, foi transformado no *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*⁴³.

Consta da exposição de motivos que o modelo foi inspirado no que já existe nos países da comunidade ibero-americana, com a complementação, o aperfeiçoamento e a harmonização das regras existentes, de forma a se formular uma proposta que fosse útil a todos. Consta, ainda, que, apesar de terem sido analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* e a brasileira das ações coletivas, o código-modelo constitui-se em um sistema modelo original que se afasta daqueles para se adequar à realidade dos diversos países ibero-americanos⁴⁴.

O *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, apesar de alguns pontos positivos, tem pouco a servir de fonte de inspiração à legislação brasileira e deve ser analisado com ressaltos quando se discute a criação no Brasil da *codificação do direito processual coletivo*. As nossas conquistas constitucionais e infraconstitucionais não amparam várias disposições do código-modelo em questão⁴⁵.

5.2. Os movimentos pela codificação do direito processual coletivo brasileiro

Há no Brasil movimentos pela criação de um *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, existindo inclusive anteprojeto nesse sentido⁴⁶. Em 2000, quando do nosso trabalho de mestrado apresentado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, convertido posteriormente em obra publicada, tivemos a oportunidade para destacar a criação de um corpo adequado de normas processuais e que talvez o ideal seria a criação de um *Código de Processos Coletivos* composto de regras e princípios próprios⁴⁷.

Surgiu a partir de 2003 um forte movimento no sentido de implantar no país um *Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Entre outros juristas, destacam-se os trabalhos desenvolvidos por Ada Pellegrini Grinover⁴⁸, Antônio Gidi⁴⁹, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁵⁰ e Vicente de Paula Maciel Júnior⁵¹.

Em entrevista sobre o tema concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Nelson Nery Junior, um dos maiores e mais destacados intérpretes sobre o tema, manifestou-se favorável à codificação do direito

processual coletivo, afirmando, contudo, que é imprescindível que se trave um amplo debate nacional e sejam observadas as diretrizes constitucionais⁵².

O que se evidencia é que a criação no Brasil de um Código de *Direito Processual Coletivo* (ou Código de Processos Coletivos) se constituirá em *quarto grande momento histórico ou em uma quarta etapa* no plano do movimento pela *coletivização do direito processual* brasileiro. Daí ser fundamental realmente que seja encetado um grande debate nacional que abranja temas fundamentais, tais como o momento da codificação, a forma e diretrizes metodológicas da codificação, o objeto da codificação etc.⁵³

5.3. Os anteprojetos de Código de Processos Coletivos para o Brasil

Além da proposta de um Código de Processo Civil Coletivo para países de direito escrito, apresentado e defendido publicamente por Antonio Gidi⁵⁴, existem, no Brasil, outros três anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

O primeiro deles foi coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover e elaborado no curso de pós-graduação *stricto sensu* da faculdade de direito da Universidade de São Paulo^{55, 56}.

O segundo tem como coordenador o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e foi elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa).

O terceiro anteprojeto foi elaborado na pós-graduação em direito da PUC-MG, sob a coordenação do professor Vicente de Paula Maciel Júnior. Com pouca divulgação nacional, segue a linha da tese sobre as ações coletivas temáticas, desenhada pelo referido professor⁵⁷.

5.4. Algumas reflexões sobre a codificação do direito processual coletivo brasileiro

A temática sobre a *codificação* sempre gerou e ainda gera grandes discussões. É clássico e mundialmente conhecido em doutrina o debate entre *Savigny* e *Thibaut* a respeito da codificação do direito civil alemão. Apesar de ter saído vencedora a tese de Thibaut, que defendia a codificação, a discussão enriqueceu a cultura jurídica alemã, o que fomentou grandes avanços no sistema da codificação. Resultado disso adveio, mais de sete décadas depois da grande discussão teórica, o Código Civil alemão de 1896 (B.G.B), um diploma espetacular, reverenciado no mundo todo e ainda em vigor⁵⁸.

É positiva a iniciativa dos juristas brasileiros que se dedicam ao tema da criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. Entendemos, entretanto, que ainda há sério risco político quanto ao encaminhamento dessas propostas ao Congresso Nacional, que passa por uma grande crise. As demandas coletivas têm incomodado grandes interesses nacionais e internacionais no país, além de serem públicos e notórios os inúmeros choques frontais com o Governo Federal, que inúmeras vezes já reagiu autoritariamente com a edição de medidas provisórias para restringir a tutela jurisdicional coletiva.

Por outro lado, ainda existem obstáculos na própria jurisprudência dos tribunais superiores e em determinado setor da doutrina. Muitas ideias ainda não estão sedimentadas para a ordenação e uniformização integralizadas do sistema do direito processual coletivo, nos termos idealizados pelo legislador constituinte de 1988.

Não há na exposição de motivos das propostas de codificação estudadas, o apontamento das diretrizes metodológicas e principiológicas para a codificação pretendida.

Pela relevância social e política do *direito processual coletivo*, a fixação dos parâmetros metodológicos e principiológicos para a sua codificação é fundamental⁵⁹, o que deverá ser feito com uma leitura mais atenta à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que criou o *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual brasileiro⁶⁰, com especial destaque para a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Ademais, a reunião, em um mesmo diploma, do que já está consagrado no sistema jurídico brasileiro, com pequenos avanços técnicos e pontuais, poderá representar, em essência, uma mera consolidação. A própria dimensão constitucional do *direito processual coletivo*, até mesmo o *microsistema* formado pela LACP (art. 21) e CDC (art. 90) ainda não foram devidamente assimilados e explorados por parte da doutrina e especialmente pela jurisprudência. Assim, a abertura para os debates, com a participação de todas as instituições de defesa social (Poder Judiciário, Ministério Público, OAB, Defensoria Pública etc.), é que poderá viabilizar um trabalho coletivo que venha a ampliar os horizontes na direção de um futuro anteprojeto de codificação condizente com o Estado Democrático de Direito brasileiro e adequado para responder eficazmente aos nossos anseios sociais.

Por fim, uma proposta de codificação do direito processual coletivo brasileiro deverá se atentar para as seguintes diretrizes: 1) guiar-se pelos

princípios democrático, proibição de retrocesso e do princípio do devido processo legal; **2)** guardar obediência, em razão da natureza processual constitucional-social do direito processual coletivo, aos princípios e regras de interpretação e aplicação do direito constitucional; **3)** guardar obediência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivos no sistema constitucional brasileiro; **4)** criar um código que corresponda ao modelo constitucional do direito processual coletivo brasileiro e que possa contribuir efetivamente para a efetivação do projeto consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente para a realização dos objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Carta Magna; **5)** evitar a importação de modelos estrangeiros sem o devido estudo de compatibilidade e de prognoses em relação ao modelo constitucional brasileiro; **6)** evitar dispor sobre muitos requisitos específicos de admissibilidade processual para não burocratizar o sistema com incidentes indesejados; **7)** disciplinar o exercício de todos os institutos estruturais do direito processual coletivo; **8)** romper com as amarras decorrentes da aplicabilidade subsidiária do Código de Processo Civil – diploma este de concepção liberal individualista; **9)** manter, sempre que possível, a linguagem constitucional, sem perder de vista a boa técnica jurídica; **10)** manter a coerência com a disciplina conjunta em um mesmo código dos dois grandes modelos do direito processual coletivo (direito processual coletivo comum e direito processual coletivo especial); **11)** instalar um amplo debate nacional não só no meio jurídico e acadêmico, mas com a sua abertura para a sociedade civil e todas as instituições de defesa social; **12)** evitar a orientação somente pelo método teleológico do resultado – os fins não justificam o desrespeito aos meios e às diretrizes constitucionais adequadas; **13)** procurar preservar, sempre que possível, as peculiaridades de cada área do direito material coletivo; **14)** rechaçar de plano a ideia de criar-se um código apequenado em seu objeto formal para simplesmente conseguir a sua aprovação no Congresso Nacional⁶¹.

5.5. O projeto de lei da nova Ação Civil Pública (PL 5.139/09)

Diante das grandes discussões surgidas no país e também da necessidade de aperfeiçoamento do sistema de tutela coletiva, principalmente em relação às questões que estão gerando muitas dificuldades e polêmicas na jurisprudência, tais como as ligadas à competência e à coisa julgada coletiva, a Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça, a partir do Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado promovido em junho de

2008 pela Advocacia-Geral da União em Brasília, achou por bem instituir uma comissão especial, que no início trabalhou sem formalização, mas que acabou sendo formalizada pela Portaria 2.481, de 9 de dezembro de 2008, do Ministério da Justiça.

Essa comissão especial, criada para apresentar proposta de readequação e modernização do sistema brasileiro de tutela coletiva, foi composta por vários juristas e operadores do direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, sendo presidida pelo então secretário de reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça, Rogério Favreto, e tendo como relator o jurista Luiz Manoel Gomes Júnior. Também tivemos a honra de integrar referida comissão.

Após várias reuniões em Brasília, a comissão entendeu que não era ainda o momento para a codificação do direito processual coletivo brasileiro, concluindo pela criação de uma nova LACP. Depois de finalizados os trabalhos, o anteprojeto foi inserido no II Pacto Republicano de Estado, convertendo-se no PL 5.139/09.

Convém destacar aqui algumas das importantes inovações constantes no PL 5.139/09⁶²: **1)** distribuição estrutural da nova proposta de lei em doze capítulos, o que visou facilitar o seu estudo e a sedimentação da cultura da tutela coletiva no país; **2)** ampliação da previsão expressa a respeito do rol dos direitos ou interesses coletivos, objeto material da ação civil pública, passando a constar o seu cabimento em áreas sociais importantes, como na área da educação, dos transportes coletivos, da segurança pública, da saúde, além de outros interesses e direitos coletivos, amplamente considerados (art. 1º); **3)** previsão de disposição no sentido de que a nova lei será um sistema geral de tutela coletiva comum, aplicável às demais ações coletiva (art. 1º, § 1º); **4)** a criação de um capítulo específico sobre princípios da tutela coletiva, de forma a facilitar a leitura do sistema (capítulo II, art. 3º); **5)** simplificação das regras sobre competência, que passará a ser a do juízo do local do dano ou do ilícito, de forma que somente será da competência da capital do estado ou do Distrito Federal para os danos ou ilícitos que abranjam suas respectivas bases territoriais, fixando-se a competência pela prevenção para os casos de danos ou ilícitos que abranjam mais de uma capital de estado e o Distrito Federal (art. 4º); **6)** previsão de reunião de

O direito coletivo
e o direito
individual formam
dois grandes
blocos do sistema
jurídico brasileiro,
integrados por
vários ramos do
direito

ações coletivas nos casos de conexão, continência e litispendência (art. 5º, § 2º); 7) ampliação do rol dos legitimados ativos, de forma a também constar como legitimados para o ajuizamento das ações coletivas a Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos (art. 6º); 8) flexibilização dos requisitos de admissibilidade processual (condições da ações e pressupostos processuais – art. 9º); 9) adoção da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 20, IV, V e VI); 10) previsão de antecipação dos efeitos da tutela executiva no cumprimento de sentença coletiva ou na execução de termo de ajustamento de conduta (art. 26); 11) ampliação da disciplina legal do termo de ajustamento de conduta (arts. 46-49); 12) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com ações civis públicas ajuizadas, que estará sob o controle do Conselho Nacional de Justiça (arts. 52 e 53, respectivamente); 13) previsão de homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 64); 14) fixação de regra interpretativa, no sentido da aplicabilidade subsidiária limitada do CPC aos processos coletivos, condicionada à aferição de compatibilidade formal e material (art. 67).

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o PL 5.139/09, que cria uma *nova* Lei da Ação Civil Pública, sofreu forte resistência, especialmente do setor empresarial, tendo sido rejeitado por 17x14, estando atualmente aguardando pronunciamento do plenário da Câmara dos Deputados sobre o recurso interposto contra a decisão de rejeição.

Apesar da discussão pública sobre o tema da codificação ter se instalado no Brasil há mais de cinco anos, com inúmeros livros e artigos publicados e não obstante a proposta da nova LACP ter sido muito discutida com diversos segmentos sociais em audiências públicas realizadas no país, inclusive na própria Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, com o acolhimento de inúmeras sugestões, as justificativas para a rejeição da mencionada proposta de lei fundaram-se na falta de discussão pública sobre o tema.

6. A proposta atual de reforma do sistema das ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor

6.1. A criação da Comissão de Juristas no Senado Federal e as justificativas da proposta legislativa

No início de 2011 foi criada e instalada no Senado Federal, por ato do seu presidente, senador José Sarney, uma Comissão de Juristas para a apresentação de propostas de reforma e atualização do Código de Defesa do Consumidor do Brasil em relação a três grandes temas: a) comércio eletrônico, que passa a ser objeto do Projeto de Lei do Senado nº 281/2012; b) prevenção de superendividamento dos consumidores, que integra o Projeto de Lei do Senado nº 283/2012; c) acesso à justiça dos consumidores, no sentido de disciplinas as Ações Coletivas, que passa a ser objeto do Projeto de Lei do Senado nº 282/2012.

A comissão foi integrada por Antonio Herman Benjamin (presidente), Cláudia Lima Marques (relatora-geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Catellanos Pfeiffer. A comissão realizou 37 reuniões, 12 reuniões ordinárias, 8 audiências públicas e 17 reuniões técnicas com os setores interessados. Para o presidente da comissão, ministro Antonio Herman Benjamin, duas premissas orientaram os trabalhos: somente acrescentar e nunca reduzir a proteção ao consumidor no Brasil; respeitar a estrutura principiológica e geral do CDC, reservando para a legislação especial, em sendo o caso, o detalhamento da regulação.

Algumas das justificativas para as propostas de alteração estão relacionadas com a importância para a sociedade da efetiva defesa do consumidor e as mudanças ocorridas no mundo e no Brasil a partir de 1990, principalmente em relação à tecnologia, ao *marketing*, compatibilização de mídias, aos anseios quanto à proteção da privacidade e à segurança no comércio eletrônico, ao sistema jurídico, com destaque para um novo Código Civil, à economia e em relação às próprias transformações na sociedade, com destaque para a inclusão de mais de 30 milhões de pessoas na classe média e retirada da pobreza de mais de 19 milhões de pessoas.

Como conclusão dos trabalhos da comissão, observa-se que foram apresentados três anteprojeto. O *primeiro*, que “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 *segundo*, que “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”. E o *terceiro*, que especialmente interessa ao presente artigo, que “Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas”.

Em seu relatório de apresentação dos trabalhos, conclui a Comissão de Juristas que:

“Os anteprojotos ora apresentados têm como objetivo o reforço tridimensional do CDC: as dimensões do reforço da base constitucional, da base ético-inclusiva e solidarista, e, por último, a da base da confiança, efetividade e segurança jurídica.

Nos tópicos seguintes faremos, a partir do que foi estudado anteriormente, principalmente no que tange ao direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, a análise pontual dos principais aspectos da proposta que visa alterar a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas no Brasil. Consta da *Justificação à Presente Proposta Legislativa*:

“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.”

Registra-se, nesta ocasião, que muitos dos pontos da proposta legislativa em análise já constavam do Projeto de Lei 5.139/09, que foi rejeitado pela CCJC e está pendente de recurso ao plenário da Câmara dos Deputados.

6.2. As principais diretrizes da proposta legislativa para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor

A proposta de projeto de lei do Senado que altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), visando o aperfeiçoamento da disciplina das ações coletivas, é recheada de mudanças pontuais, mas também contém algumas alterações estruturais, conforme se verá a seguir.

6.2.1. O aperfeiçoamento da conceituação dos direitos ou interesses individuais homogêneos e a consagração de novas diretrizes e princípios interpretativos para a tutela coletiva

Inicialmente, observa-se que a proposta prevê a transformação do parágrafo único do art. 81 do CDC em § 1º, inserindo novos parágrafos e alterando a redação do inciso III, os quais passarão a dispor: § 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*⁶³.

Nota-se que a proposta pretende alterar a redação do parágrafo único do art. 81 do CDC, que assim prevê: “*a defesa coletiva será exercida quando se tratar de*”. Agora, a proposta dispõe que a ação coletiva será cabível para a proteção de direitos ou interesses de qualquer natureza, indicados nos incisos do parágrafo. Assim, caberá ação coletiva para a proteção de todos e quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que abrange os direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, de modo a incluir a proteção dos consumidores e ir muito além. Com isso, a redação está em perfeita sintonia com a cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, prevista no § 2º do art. 5º da CF/88, mantendo-se, ainda, relação de adequação com os princípios da inafastabilidade das decisões judiciais (art. 5º, XXXV, da CF/88) e da não taxatividade do objeto material das ações coletivas (art. 129, III, da CF/88).

Quanto à conceituação dos direitos ou interesses individuais homogêneos, verifica-se que a redação atual do inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC prevê *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*. A nova redação da proposta legislativa acrescenta que a *origem comum* poderá ser de *fato ou direito* e ainda estabelece que seriam direitos ou interesses que recomendem o tratamento conjunto pela utilidade da tutela coletiva. São cabíveis aqui algumas considerações. A primeira delas é no sentido de que a utilidade da tutela coletiva presume-se pelas suas próprias características e efeitos sociais. No caso dos direitos ou interesses individuais homogêneos, geralmente diminui a carga de trabalho do judiciário, combate a dispensação das vítimas e são evitadas decisões conflitantes, pois a solução para dezenas, centenas, milhares ou até milhões de direitos individuais é efetivada no âmbito de uma única demanda coletiva de tutela de direitos. Depois,

porque qualquer interpretação deverá ser no sentido de facilitar a tutela coletiva e não ao contrário. Além disso, não serão cabíveis fundamentações gerais e abstratas que criem requisitos de admissibilidade processual que dificultem a tutela dos direitos ou interesses individuais homogêneos, que são, por presunção, de relevância social e jurídica.

Nesse sentido, prevê o § 2º da proposta sob comentários: *A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social e jurídica*⁶⁴. Este dispositivo deixa clara a repercussão geral para fins de recurso extraordinário, além de evidenciar que a tutela de todos os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, é de interesse social. Assim, para a defesa de todos esses direitos está legitimado o Ministério Público por força do art. 127, *caput*, da CF/88, que arrola expressamente que incumbe a essa instituição a defesa de interesses sociais.

O § 3º consagra o *princípio da máxima prioridade para o processamento e o julgamento das ações coletivas*: “As ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos.” Tendo em vista os impactos sociais e jurídicos das ações coletivas em geral, observa-se que este princípio já é uma exigência dos direitos e das garantias constitucionais e faz parte da duração razoável do processo em sede de tutela coletiva. A disposição normativa vem para reforçar o que já decorre do texto constitucional, especialmente do art. 5º, LXXVIII, da CF/88, com redação inserida pela Emenda Constitucional 45/04.

Outro avanço na proposta legislativa refere-se à previsão expressa de admissibilidade de controle difuso da constitucionalidade em sede de tutela coletiva, questão que atualmente tem amparo na jurisprudência dos tribunais superiores e encontra fundamentação constitucional no art. 5º, XXXV, da CF/88. Prevê, assim, a proposta legislativa com a inserção de novo parágrafo ao art. 81 do CDC⁶⁵: “§ 4º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.”

A proposta pretende ainda acrescentar um outro parágrafo ao art. 81 do CDC estabelecendo regra sobre a interpretação de prazo prescricional. Contudo, deve ser esclarecido que, não obstante seja uma questão polêmica, entendemos que a prescrição não poderá atingir direitos difusos e coletivos, sob pena de afrontar a teoria dos direitos fundamentais e a própria razoabilidade da tutela coletiva. Consta da proposta; “§ 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).”

6.2.2. As novas diretrizes para a competência nas demandas coletivas

Um dos temas mais polêmicos e problemáticos, em sede de ações coletivas, refere-se à competência. Existem divergências tanto na orientação doutrinária quanto na jurisprudencial, principalmente nas hipóteses de danos de dimensão regional e nacional. Atualmente, prevê o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública: *as ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação previnirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.* Também prevê o art. 93 do CDC: *ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deve ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.*

A proposta legislativa comentada, seguindo em linhas gerais o que já constava no art. 4º do PL 5.139/09, insere no CDC o art. 81-A, com a seguinte redação:

“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.”

Nota-se que a proposta simplifica as regras de competência e avança em muitos pontos. Primeiro por deixar clara a disciplina da competência para

as ações coletivas preventivas de combate ao ilícito; depois por acabar com a distinção entre dano local, regional e nacional, o que trazia muita dificuldade concreta na aferição da competência e na própria conceituação do que seria dano local, regional e nacional. Com isso, será absolutamente competente para as demandas coletivas o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção. O juízo preventivo será o da primeira ação proposta (parágrafo único da Lei 7.347/85). Verifica-se que será competente o foro da capital do estado nas hipóteses em que o dano ou o ilícito atingir o seu território, e do Distrito Federal nas situações em que dano ou o ilícito atingir o seu território, mas nesses casos a competência da capital brasileira é concorrente com os foros das capitais dos estados também atingidas pelo dano ou pelo ilícito. Nas demandas coletivas de competência da justiça estadual, quando a extensão do dano ou do ilícito atingir diversas comarcas, a competência será da entrância mais elevada.

Para facilitar objetivamente a aferição da competência pelo juiz, o autor da ação coletiva deverá indicar na inicial a extensão do dano ou do ilícito.

Outro grande avanço é decorrente do § 4º do art. 81-A, que acolhe orientação da melhor doutrina no sentido de que a competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não poderão restringir a coisa julgada de âmbito nacional ou regional. Atualmente, há essa restrição no art. 16 da Lei 7.347/85, que confunde competência com coisa julgada e tem gerado grandes dificuldades para o sistema de tutela coletiva do país. Por isso, a proposta também prevê a alteração do art. 16 acima referido, conforme se verá no item 6.2.6.

Quando houver no foro competente juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, prevê a proposta legislativa que a competência dos juízos especializados em razão da matéria deverá prevalecer sobre a competência dos juízes especializados em ações coletivas. Essa regra de prevalência da competência dos juízos especializados na matéria será útil na prática forense, principalmente com a especialização dos juízos nas capitais e nas entrâncias mais elevadas, o que tem sido um grande pleito dos especialistas em tutela coletiva.

Também há previsão na proposta no sentido de que as regras de prevenção não devem se aplicar a outros legitimados quando os entes públicos já tiverem iniciado inquérito ou investigação a respeito dos fatos objeto da ação. Acredita-se que há necessidade de melhorar a redação dessa proposta, que poderá gerar dificuldade concreta. Quais tipos de investigações? Seriam investigações já judicializadas, com por exemplo medidas cautelares já pleiteadas judicialmente? A orientação também seria aplicável aos casos de inquérito civil?

6.2.3. Ampliação da legitimidade ativa, disposições sobre a sucumbência e a possibilidade de fixação de compensação financeira para as associações autoras nos processos coletivos

O artigo primeiro da proposta legislativa acrescenta um novo inciso ao art. 82 do CDC para incluir, entre os legitimados ativos, a *Defensoria Pública*. Essa legitimidade ativa da Defensoria Pública já consta do art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85, por força de alteração conferida pela Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Há hoje grande discussão na doutrina e na jurisprudência sobre a extensão da legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas. Entende-se que, em leitura constitucionalizada, a Defensoria Pública estará legitimada para as ações coletivas na defesa direta dos necessitados (art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134 da CF/1988).

“Art. 82. Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentemente: (...) V – a Defensoria Pública. (NR)”

Como forma de incentivar a atuação das associações nas ações coletivas, que ainda é muito tímida no Brasil, prevê a proposta legislativa a fixação pelo juiz da causa de honorários às associações para as hipóteses de procedência da demanda coletiva em que o trabalho profissional tiver sido complexo. Também dispõe a proposta sobre a possibilidade de fixação pelo juiz da causa, com base em critério de proporcionalidade e razoabilidade, de compensação financeira, que deverá ser suportada pelo réu, em benefícios das associações nas situações em que relevante interesse público tenha sido, direta ou indiretamente, satisfeito pela demanda movida pelas associações.

“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)”

Apesar de serem positivos esses avanços, há motivos para preocupação. O primeiro deles decorre do risco de se tornar o sistema de tutela coletiva um grande balcão de negócios de escritórios especializados. O segundo motivo está no valor dos honorários, que deverão ser fixados em percentagem *não inferior* a vinte por cento, percentagem essa que deverá ser calculada sobre o valor da condenação. Muitas demandas coletivas discutem valores astronômicos de milhões e até bilhões de reais. Nessas hipóteses, entende-se que não seria razoável a fixação de honorários em valor não inferior a vinte por cento sobre o valor da condenação.

6.2.4. A criação de um capítulo especial sobre o procedimento da ação coletiva

A proposta legislativa pretende inserir no Código de Defesa do Consumidor um capítulo específico sobre o procedimento da ação coletiva. Nota-se que há aqui uma alteração ampla e estrutural para o sistema das ações coletivas. O referido capítulo, que seria o I-A, está dividido em três seções: *Seção I – Disposições Gerais; seção II – Da Conciliação; Seção III – Da Tramitação do Processo. Esta Seção também se divide em seis subseções: Subseção I – Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinária; Subseção II – Do Julgamento Antecipado da Lide; Subseção III – Da Prova Pericial; Subseção IV – Da Sentença e do Recurso; Subseção V – Do Cumprimento da Sentença; Subseção VI – Da Audiência Pública e do Amicus Curie.* Com o objetivo de facilitar a análise, na sequência serão transcritas a seção e a subseção, quando for o caso, acrescidas de comentários pontuais.

A primeira dessas seções refere-se às disposições gerais:

“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.”

A previsão no sentido de que as ações coletivas devam seguir, na fase de conhecimento, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, traz por um lado segurança, mas por outro enfraquece o sistema de tutela coletiva ao romper com o princípio da máxima amplitude procedimental. Atualmente, qualquer procedimento é cabível, desde que seja o mais adequado para o caso concreto (art. 83 do CDC). Por exemplo, em uma ação civil pública com pedido de condenação de até sessenta salários mínimos, nada impede que a ela se imprima o rito sumário dos artigos 275-281 do CPC. Além disso, convém observar, ainda, que uma ação coletiva nem sempre passará pela fase procedimental de conhecimento. É o que ocorre com as ações coletivas autônomas de execução de títulos executivos extrajudiciais, tais como as execuções judiciais de decisões do Tribunal de Contas ou do CADE ou de execuções judiciais de termos de ajustamento de conduta. Por isso, a melhor redação seria no sentido de que as em regra as ações coletivas de conhecimento seguirão o rito ordinário.

As disposições sobre a possibilidade de dilação dos prazos processuais e de alteração da ordem da produção dos meios de prova são muito bem-vindas e facilitam a adequação da forma às necessidades concretas da demanda coletiva e atendem ao princípio da flexibilização da técnica processual para atender às necessidades do direito material.

A instrução da petição inicial com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre a existência ou não de ação coletiva que

verse sobre o mesmo bem jurídico deveria se aplicar a todos os legitimados ativos nas ações coletivas e não somente aos entes públicos. Trata-se de cadastro público, acessível a todos e, além disso, não é razoável esperar que uma associação proponha uma ação coletiva para depois ser verificado pelo juiz a existência de conexão, litispendência ou até mesmo de coisa julgada. Como a proposta prevê honorários e até compensação financeira para as associações, deve também exigir delas o mínimo de diligência e cuidados no momento de propositura de uma ação coletiva.

A ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo etc. estão inseridos dentro do *direito processual coletivo comum*

A previsão de indicação do valor da causa pelo autor, mesmo quando seja inestimável ou de difícil mensuração, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença, não tem boa redação. Na verdade, o que o juiz fixará, em definitivo na sentença, será o valor da condenação, inclusive condenações acessórias. Não se vislumbra muita utilidade deixar para a sentença a fixação em definitivo do valor da causa.

Também é descabida a previsão, constante do art. 90-A, § 5º, da proposta, acima transcrito, de prescrição de pretensões coletivas. Entendemos que é inconstitucional a fixação de prescrição e de decadência para os direitos ou interesses difusos e coletivos. Primeiro em razão de os direitos ou interesses coletivos possuírem no Brasil a natureza de direitos fundamentais (título II, capítulo I, da CF/88). Depois porque a grande prejudicada será a sociedade e o beneficiário geralmente uma pessoa individual, física ou jurídica, que causou dano a direitos da sociedade. Ressalta-se que há decisões na jurisprudência, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, acolhendo com muito acerto a tese de imprescritibilidade da reparação de danos ao meio ambiente. A Constituição Federal de 1988 já orienta nesse sentido ao adotar a regra da imprescritibilidade da pretensão de reparação de danos ao erário (art. 37, § 5º).

A seção II traz regras sobre a conciliação no processo coletivo e assim dispõe:

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.”

A audiência de conciliação passará a ser uma das etapas obrigatórias do procedimento na fase de conhecimento. É indispensável o comparecimento à audiência do autor e do réu, tanto que o não comparecimento injustificado do autor acarretará a assunção da causa pelo Ministério Público, salvo recusa fundamentada, e o não comparecimento injustificado do réu ou de seu procurador, com plenos poderes para transigir, passará a ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com a previsão de aplicabilidade de multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, que será revertida em favor dos *fundos* (nacional, distrital ou estaduais) *de direitos difusos*.

A previsão de transação é muito bem esclarecida no § 5º do art. 90-A, onde está estabelecido que a transação versará sobre o modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação relativa a direitos difusos ou coletivos e, mesmo assim, é necessária a concordância do Ministério Público. Após homologada por sentença do juiz, o que se faz necessário, a transação passará a constituir

título executivo judicial. Não é possível a transação substancial sobre direitos difusos e coletivos, pois as partes não podem dispor sobre esses direitos indivisíveis e, assim, indisponíveis. A transação será *somente formal* e estará restrita ao modo, prazo e lugar de cumprimento da obrigação. Todavia, o § 6º do mesmo dispositivo prevê, em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, que as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, mas reserva aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, podendo neste caso propor ação individual.

A proposta legislativa ainda incentiva a conciliação, pois o § 7º do art. 90-B estabelece que o juiz ou o relator poderá tentar a conciliação em qualquer tempo e grau de jurisdição.

A seção III, que está dividida em seis subseções, disciplina a tramitação dos processos coletivos. A subseção, que agora será objeto de análise, traz disposições sobre a resposta do réu a audiência ordinatória.

“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 seguintes 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.”

O prazo para a resposta no processo coletivo será, na fase de conhecimento, fixado pelo juiz e não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias (art. 90-C da proposta). Para isso, preve a proposta legislativa que o juiz leve em consideração a complexidade da causa ou o número dos litigantes. Esse prazo deverá ser contado a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório, pois é possível que a audiência de conciliação, em decorrência da complexidade da causa, se prolongue no tempo. Ao prazo fixado pelo juiz não será acrescido qualquer outro tipo de benefício temporal, mesmo que previsto no CPC.

Prevê o artigo 90-D da proposta que, se não for obtida a conciliação e após apresentada a defesa do demandado, o juiz designará audiência ordinatória depois de tomadas, em contraditório, as seguintes medidas: decidir se o processo terá condições de prosseguir na forma coletiva; analisar se será o caso de 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; decidir questões sobre o litisconsórcio e a assistência; analisar se será o caso de encaminhamento, desde que haja a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança das partes, sendo certo que a avaliação neutra de terceiro não vinculará as partes e será entregue, no prazo fixado pelo juiz, diretamente às partes, extra-autos, sem que dela tenha conhecimento o juiz; deverá, ainda, fixar os pontos controvertidos e decidir sobre as questões processuais pendentes, determinando quais são as provas a serem produzidas.

O juiz também poderá determinar a produção de provas de ofício, o que está de acordo com o interesse social sempre presente nas demandas coletivas.

Tal medida não viola a imparcialidade do julgador, pois pressupõe processo em curso, a prova deverá ser pertinente e relevante, deverá fundamentar, assim, a necessidade da prova, observar o contraditório e não poderá determinar a produção de provas obtidas por meios ilícitos. Observados esses limites, estará sendo garantida a imparcialidade do julgador.

Estabelece a proposta, ainda, no inciso VI do art. 90-D, que deverá esclarecer 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, do CDC, 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, aplicando-se essa disposição também aos processos de tutela individual.

A subseção II versa sobre o julgamento antecipado da lide, dispondo o art. 90-E da proposta:

“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.”

A previsão é importante, porém seria tecnicamente melhor que a subseção fosse intitulada de *julgamento imediato do mérito*, conforme já proposto, em relação ao CPC, por alguns processualistas. Caso não haja a necessidade de produção de outras provas, o julgamento deverá ser imediato e, no caso, o julgamento imediato será do mérito do processo coletivo, que não pressupõe, necessariamente, a existência de lide, principalmente no caso de tutela jurisdicional indispensável. Como a causa já está pronta para julgamento, não é adequado falar em julgamento antecipado, mas, repita-se, como prevê a própria redação do dispositivo transcrito, em julgamento *imediato*.

Acredita-se que seria suficiente a previsão de observância do contraditório, sem a necessidade de disposição expressa sobre simultaneidade e sucessividade do contraditório, o que poderá gerar dificuldades concretas na compreensão desses conceitos. Caso contrário, seria melhor esclarecer as regras sobre essa simultaneidade e sucessividade do contraditório.

A subseção III traz a disciplina da prova pericial nos processos coletivos e assim dispõe:

“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.”

A previsão de preferência para a nomeação de peritos conferida aos servidores públicos especializados na matéria visa facilitar a produção da prova pericial e ao mesmo tempo valorizar servidores públicos que se dediquem aos temas. De qualquer forma, caberá 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. Nada impede também de o juiz, no caso de probabilidade de existência do direito coletivo objeto da demanda, inverter o ônus da prova, determinando que as despesas com a perícia sejam adiantadas pelo demandado.

O direito processual coletivo ainda não é portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimentadas

Pela proposta, observa-se que ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, deverá restituir ao poder público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental. Essa previsão de responsabilização não deverá também, pela isonomia, ter aplicabilidade em relação a outros legitimados ativos, sob pena de inibir o comparecimento em juízo. Por exemplo, não se aplicaria ao Procon como autor; também não se aplicaria a uma fundação pública quando autora em uma demanda coletiva etc.

A subseção IV disciplina a sentença e o recurso nos processos coletivos, assim dispondo nos artigos 90-G e 90-H da proposta:

“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.”

Em relação à sentença, convém ressaltar que o art. 90-G somente versa sobre sentença condenatória, o que não impede o cabimento no processo coletivo sobre outros tipos de sentença por força do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva (art. 83 do Código de Defesa do Consumidor). Portanto, continuarão sendo cabíveis sentenças declaratórias, constitutivas, mandamentais, executivas. O dispositivo comentado rompe com a regra da interpretação restritiva do pedido estabelecida no art. 293 do CPC e adota o princípio da *interpretação aberta do pedido e da causa de pedir*, que já estava presente no art. 10 do Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Assim, independentemente de pedido do autor, o juiz poderá fixar na sentença condenatória: prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos; em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e indenização pelos danos, patrimoniais e morais. É possível aplicar a um só caso todas essas condenações; contudo, necessário se faz que o juiz observe o contraditório e advirta as partes dessa possibilidade, fomentando o debate em contraditório no processo coletivo sobre essas questões.

Quanto aos recursos nos sistemas dos processos coletivos, aplica-se a disciplina recursal do Código de Processo Civil. A proposta visa inserir o art. 90-H no CDC, que segue, em linhas gerais, o disposto no art. 14 da Lei 7.347/85, onde está estabelecido que os recursos serão recebidos, em regra, somente no efeito devolutivo, podendo ser conferido efeito suspensivo quando a decisão puder resultar lesão grave ou de difícil reparação. Agora, a proposta é mais detalhista sobre a concessão de efeito suspensivo ao recurso no processo coletivo nas situações em que a decisão tenha o condão de causar lesão grave ou de difícil reparação. Nessas hipóteses, 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.

A subseção V cria um dispositivo (art. 90-I) sobre o cumprimento da sentença nos processos coletivos, que assim passa a estabelecer:

“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.”

A previsão é inovadora e poderá desjudicializar um pouco a liquidação e a execução de sentença nos processos coletivos, adequando essas fases ao que já acontece em outros países. Assim, a previsão de nomeação de pessoa qualificada, física ou jurídica, que atuará por sub-rogação, com a finalidade de fiscalizar e implementar a liquidação e o cumprimento de sentença de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo juiz, poderá agilizar e desburocratizar essas etapas procedimentais do processo coletivo. Seria necessário também que a proposta já estabelecesse as diretrizes sobre a remuneração da pessoa a ser nomeada pelo juiz.

A subseção seguinte, que é de número VI, é inovadora em termos de ampliação da legitimação social dos processos coletivos, pois prevê a realização de audiências públicas pelo juiz ou tribunal nas demandas coletivas, conforme já vem sendo realizado pelo Supremo Tribunal Federal em causas de ampla repercussão social, e, ainda, passa a admitir a intervenção do *amicus curiae* nos processos coletivos, nos termos dos artigos art. 90-J e 90-H da Proposta de alteração do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor:

“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.”

A proposta ainda traz outras alterações importantes aos sistemas das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor. Uma delas insere no CDC o art. 95-A, o qual prevê que o juiz deverá, sempre que for possível, fixar, na sentença condenatória de reparação pelos danos individualmente sofridos, o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano, além de estabelecer várias regras para a fixação desses valores. Com isso, rompe com o paradigma da exclusividade da sentença condenatória genérica prevista atualmente no art. 95 do CDC.

“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.”

A proposta legislativa ainda insere o § 3º ao artigo 102 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo que: *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.*

Também está prevista na proposta a criação do art. 104-A do CDC, onde são fixadas diretrizes principiológicas e regras processuais sobre a priorização no processamento das ações coletivas, assim como sobre a suspensão das ações individuais de caráter exclusivamente patrimonial, além de dispor a necessidade de os juízes justificarem o descumprimento de prazos a eles previstos nos processos coletivos.

“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.”

6.2.5. A criação dos cadastros nacionais de processos coletivos, inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta

A proposta também cria os cadastros nacionais de processos coletivos, de inquéritos civis e de compromissos de ajustamento de condutas, inserindo no

CDC o capítulo V, art. 104-B. A disciplina desses cadastros já estava presente no PL 5.139/09 (capítulo IX, arts. 54 e 55). Já existe atualmente a disciplina desses cadastros no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, o que está em fase de implantação. Enquanto o CNJ organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, o CNMP organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Termos de Ajustamento de Conduta. Esses cadastros serão fundamentais para a transparência do direito processual coletivo e também para se evitar decisões conflitantes, litispendência e até a violação sobre a coisa julgada coletiva. Consta da proposta:

“Capítulo V – Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis 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.’”

6.2.6. A alteração da redação de dispositivos da Lei da Ação Civil Pública (§ 5º do art. 5º e art. 16 da Lei 7.347/85) sobre o litisconsórcio e a coisa julgada

A proposta dispõe sobre a alteração dois dispositivos da Lei da Ação Civil Pública. O primeiro deles para admitir expressamente a previsão de litisconsórcio entre defensorias públicas. Contudo, seria importante corrigir também o erro de redação do sistema atual, que está sendo mantido, pois o Ministério Público do Distrito Federal integra o Ministério Público da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal também integra a Defensoria Pública da União. A segunda alteração visa corrigir a redação do artigo 16 da LACP, para retirar a previsão de limitação da coisa julgada à base territorial do órgão prolator da decisão, que é muito bem-vinda e atende ao pleito de grandes doutrinadores brasileiros. É um absurdo limitar os efeitos da coisa

julgada à base territorial da competência do juiz que julgou a demanda coletiva, pois competência é mera regra processual, enquanto a coisa julgada deve atender os limites do direito material coletivo.

“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:

‘(...)

§ 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)’.”

6.2.7. A previsão de revogação de dispositivos do CDC (art. 93) e da Lei 9.494/97 (art. 2º-A)

A proposta legislativa analisada ainda prevê a revogação do art. 93 do CDC, o que é necessário tendo em vista a nova disciplina da competência prevista no art. 81-A da proposta, já analisada.

A outra revogação, que também é muito bem-vinda, é a do art. 2-A da Lei 9.494/97, pois a restrição dos efeitos da coisa julgada aos associados residentes na base territorial do prolator da decisão e a exigência de autorização assemblear, conforme prevê o artigo revogado, é inconstitucional, pois restringe, sem justificativa, a atuação das associações no processo coletivo⁶⁶. A doutrina em peso já vinha criticando e muito esse o dispositivo, apontando suas inconstitucionalidades.

“Art. 3º Revogam-se:

I – o art. 93 da Lei n. 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.”

6.2.8. Direito intertemporal na proposta legislativa em análise

Por fim, observa-se que por força do artigo 4º da proposta legislativa, abaixo transcrito, não haverá prazo de *vacatio legis*.

“Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.”

Como se trata de lei processual, as suas disposições deverão ter aplicabilidade imediata, até mesmo nos processos em curso (art. 1.211 do Código de Processo Civil e art. 3º do Código de Processo Penal), respeitados, como deverá ser natural, os direitos processuais adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Por exemplo, se o poder público já foi citado como demandado em uma ação coletiva, não será razoável que o juiz restrinja-lhe o prazo de defesa, que pela nova proposta passa a ser fixado pelo juiz, pois no caso já existirá direito processual adquirido ao prazo legal previsto quando da vigência da nova lei.

7. Conclusões

1. A inserção dos direitos coletivos como direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais (título II, capítulo I, da CF/88), implantou no Brasil uma nova *suma divisio* constitucionalizada, superadora da *summa divisio* clássica direito público e direito privado.

2. Foi por força da Constituição Federal de 1988 que surgiu, no Brasil, o direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, com método, objeto, princípios e regras processuais próprios, os quais são fundamentais para o estudo, a aplicação e reformas legislativas relacionados com as ações coletivas.

3. A Lei 7.347/85 é um divisor de águas no âmbito dos grandes momentos históricos da tutela coletiva no Brasil, pois foi pelo seu intermédio que ingressou no Brasil o movimento mundial pela coletivização do direito processual.

4. A CF/88 foi o momento histórico mais importante e transformador no plano da tutela coletiva no país, pois, além de inserir os direitos coletivos como direitos fundamentais (título II, capítulo I), conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas, além de romper com o sistema da taxatividade do objeto material do direito processual coletivo (art. 129, III, da CF/88).

5. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) aperfeiçoou, em muito, o sistema brasileiro de tutela coletiva, primeiramente por adotar uma classificação tripartida dos direitos ou interesses coletivos (difusos, coletivos e individuais homogêneos, art. 81, parágrafo único) e, depois, por ter criado um microssistema comum de tutela jurisdicional coletiva, formado pela aplicabilidade integrada entre o próprio CDC (art. 90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 21).

6. Apesar de existirem várias propostas que visam a criação no Brasil de um Código de Processos Coletivos, entende-se que ainda não é o momento apropriado para a implantação desse modelo legislativo, pois ainda há a necessidade de maturação doutrinária e jurisprudencial sobre a tutela coletiva, principalmente no plano das diretrizes da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

7. O PLC 5.139/09 e, com destaque, a proposta de reforma do CDC sobre a disciplina das ações coletivas, trazem significativos avanços para o sistema brasileiro de tutelas coletivas, o que poderia representar um grande passo para a criação, no futuro, de um adequado Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo.

8. A proposta legislativa do Senado Federal de alteração do sistema das ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor traz, em regra, muitos avanços, mas alguns dispositivos podem representar retrocesso, com destaque para a previsão de prescrição em relação às pretensões coletivas, de forma que há a necessidade de melhor aperfeiçoamento de alguns pontos da proposta.

9. Diante disso, ressalta-se que é imprescindível a orientação no sentido de que as diretrizes interpretativas, que são geradas pela incidência da multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, deverão ser respeitadas no plano do estudo, da aplicação e das reformas legislativas inerentes ao direito processual coletivo em geral e às ações coletivas em especial.

Notas

*Outras qualificações do autor:

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais 2008-2011. Atualmente, Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão de Juristas do Ministério da Justiça que elaborou o Anteprojeto convertido no PL 5.139/2009 sobre a nova Lei da Ação Civil Pública. Professor e Coordenador do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Integrante, na vaga de jurista, da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor Visitante do Curso de Doutorado da Universidad Lomas de Zamora – Buenos Aires (Argentina). Professor Visitante do Programa de Pós-graduação sobre Gestión de Políticas Públicas Ambientales en el Marco de la Globalización – Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Autor de vários livros, com publicações no Brasil e no Exterior.

¹ A respeito da importância das forças sociais e políticas na elaboração da CF/88, manifestou CITTADINO, Gisele: “(...) A Constituição Federal de 1988, elaborada através de um processo de

participação no qual estiveram presentes as mais variadas forças, é reveladora de como o retorno ao direito pode significar uma valorização do espaço público da política.” *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 234. Relatam BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de: “Enfim, uma Constituinte, como nunca, aliás, houve em nossa história constitucional de várias repúblicas e um império, em que o povo esteve realmente perto dos mandatários da soberania e sem quaisquer obstáculos lhes trouxe o subsídio de sua colaboração e o préstimo de sua vontade. A presença da sociedade nunca faltou, portanto, nas diversas ocasiões em que ocorreram dramáticos conflitos de interesses, dos quais haveria de emergir afinal as regras básicas disciplinadoras de matéria a ser posta no texto da Constituição.” *História constitucional do Brasil*, p. 495-6.

² Sobre as pessoas coletivas, aduz ANDRADE, Manuel A. Domingues de: “(...) são organizações constituídas por um agrupamento de pessoas ou por um complexo patrimonial (massa de bens), tendo em vista a prossecução de um interesse comum determinado, e às quais a ordem jurídica atribui a qualidade de sujeitos de direito, isto é, reconhece como centros autônomos de relações jurídicas (...)”. Acrescenta o jurista português: “(...) Pessoa colectiva é desde logo o próprio Estado (art. 37º). São pessoas colectivas os concelhos (Cód. Administrativo, art. 14ª), as freguesias (Cód. Adm., art. 196 º, § único) e as províncias (Cód. Adm., art. 284º, § único), as Misericórdias (Cód. Adm., arts. 416º e 433º), as associações religiosas (Cód. Adm., arts. 416º e 449º), as sociedades comerciais (Cód. Com., art. 108º). E os exemplos poderiam multiplicar-se”. *Teoria da relação jurídica*: sujeitos e objeto, v. I, p. 45-6.

³ Afirma MIRANDA, Jorge: “Não se trata de uma equiparação. Pelo contrário, trata-se de uma limitação: as pessoas colectivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm ‘todos’ os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas colectivas ou a instituições (v.g., o direito de antena) (...)”. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais, tomo IV, p. 219.

⁴ Aduziu SILVA, José Afonso da: “A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito. Onde estão, nos incisos do art. 5º, esses direitos coletivos?” *Curso de direito constitucional positivo*, p. 195.

⁵ SILVA, José Afonso da: “Muitos desses ditos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores (nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e II, 27, § 4º, 29, XIII, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV, a) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns

deles não são propriamente direitos coletivos, mas ‘direitos individuais de expressão coletiva’, com as liberdades de reunião e de associação.” *Curso de direito constitucional positivo*, p. 194.

⁶ Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159-60.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 22-57.

⁸ No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão de um soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à novação de que o Estado constituía uma realidade autónoma em face à sociedade.” *Teoria geral do Estado*, p. 158.

⁹ ZIPPELIUS, Reinhold: “(...) no processo de formação da vontade estadual cada indivíduo surge, perante os outros, na posição de igual e livre. Mas a orientação do Estado não tem de ser marcada pelo egoísmo dos interesses particulares que domina a vida social, mas em vez disso – deve-se concluir – pelo justo equilíbrio daqueles interesses.” *Teoria geral do Estado*, p. 159.

¹⁰ Também é inquestionável que a Constituição contém tanto normas de “Direito Público”, quanto de “Direito Privado” e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, conforme assim o faz a *summa divisio* clássica.

¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 13.

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 159-65. GIDI, Antônio, em seu livro sobre *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1996, também já antevia um futuro florescimento do direito processual coletivo.

¹³ Nesse sentido, escreve LUÑO, Antonio E. Perez que o horizonte do constitucionalismo atual dos direitos fundamentais desempenha dupla função: a) no *plano subjetivo*, eles seguem atuando como garantias das liberdades individuais, sendo que a esse papel clássico soma-se agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no *plano objetivo*, eles assumem uma dimensão institucional a partir da qual seus conteúdos devem funcionar visando a consecução dos fins e valores proclamados constitucionalmente. *Los derechos fundamentales*, p. 25.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (orgs.). *Manual de derecho constitucional*, p. 90. Em outra oportunidade, escreveu HESSE, Konrad: “Nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significado. Por outro lado, eles são ‘direitos subjetivos’, direitos do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (por exemplo, arts. 3º, 4º, 5º, 8º e 9º, da Lei Fundamental), mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou

a liberdade de seu âmbito de vida (Por exemplo, arts. 6º, alínea 1, 14, alínea 1, e 5º, alínea 3, da Lei Fundamental). Por outro, eles são ‘elementos fundamentais para a ordem objetiva’ da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais, ou, que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição (por exemplo, art. 7º, alínea 1, alínea 3, frase 1 e 2, alínea 5, da Lei Fundamental). Vale também para aqueles direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos.” *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 228-9.

¹⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*, p. 79-96.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang: “Consoante ficou devidamente comprovado no item anterior, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das consequências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva. Além disso, há que levar em conta, neste contexto, o fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formatação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias formuladas sobre estes, razão pela qual a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos (...).” *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 170-1.

¹⁷ Não obstante as divergências existentes em outros países, a doutrina e a jurisprudência no Brasil caminham no sentido seguro da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais, conforme orientação consagrada na Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel: “No direito brasileiro, não há maiores dificuldades processuais para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, diante do exercício, por todos os juízes, da jurisdição constitucional. Não obstante, é importante destacar que, corroborando a tese da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência admitem que entidades privadas figurem no polo passivo de remédios constitucionais voltados para a tutela desses direitos, como o ‘habeas corpus’, o ‘habeas data’, a ação popular e a ação civil pública.” *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 376.

¹⁸ Tivemos a oportunidade de sustentar, em nossa dissertação de mestrado, defendida em 2000, depois publicada (2003), que o *direito processual coletivo brasileiro* surgiu como novo ramo do direito processual com a CF/88, a qual implantou no País uma nova ordem jurídica, dinâmica, aberta e de proteção jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, inseridos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Assim, o *direito processual coletivo*: “(...) é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutela, no ‘plano abstrato’, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no ‘plano concreto’, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade

social.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 22.

¹⁹ Concluem os renomados juristas: “Aplicam-se-lhe todos os ‘princípios gerais’ do direito processual (v. cap. IV), mas, além desses, tem ele princípios próprios ou, ao menos, em relação a ele os princípios gerais devem passar por uma releitura e revalorização. Assim, por exemplo, a interpretação das normas sempre em benefício do grupo (quanto à legitimidade *ad causam* e aos poderes do juiz etc.), a atenuação do princípio dispositivo e do princípio da estabilização da demanda, um novo conceito de indisponibilidade objeto e subjetiva, uma maior liberdade das formas.” *Teoria geral do processo*, p. 133. Também, no mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, p. 302-308.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 27.

²¹ Para uma abordagem pontual e ampla sobre os principais institutos e categorias do direito processual coletivo, GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 22.

²³ Idem, ibidem, pp. 18-9.

²⁴ Sobre o movimento pela codificação, ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Também, em obra excelente que está sendo lançada, GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Outro trabalho que merece consulta: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Também não pode ser esquecida a grandeza da seguinte obra coletiva: GIDI, Antonio; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos*: hacia un código modelo para iberoamérica. México: Porrúa, 2003.

²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da inflação legislativa em relação a outras, os princípios constitucionais expressos ou implícitos constituem, na visão do novo constitucionalismo, parâmetros sob os quais devem ser orientados o estudo, a reforma e a aplicação do direito no plano de uma ordem jurídica democrática.” *Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*: algumas considerações reflexivas. In *Temas atuais da execução civil*: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita (coords.). São Paulo: Saraiva, p. 324, 2007.

²⁶ Para uma análise do confronto entre duas das grandes concepções sobre princípios no neoconstitucionalismo, a de Dworkin e a de Alexy, conferir PULIDO, Carlos Bernal: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, p. 569-76. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

²⁷ Estão arrolados no PL 5.139/09 (conferir substitutivo do deputado federal Antonio Carlos Biscaia, relator, constante no Parecer apresentado no dia 03.03.2010) como princípios da tutela coletiva: “Art. 3º A tutela coletiva rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX – preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva.”

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, pp. 567-79. Em texto com publicação recente, intitulado *Direito processual coletivo*, GRINOVER, Ada Pellegrini aponta os princípios e institutos fundamentais do direito processual coletivo, naquilo em que eles se diferenciam dos que regem o direito processual individual. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*, p. 279-391. VENTURI, Enton, em sua obra sobre o tema do processo coletivo, arrola como princípios da tutela jurisdicional coletiva: a) Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva; b) princípio da tutela jurisdicional coletiva diferenciada; c) princípio do devido processo social; d) princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva; e) princípio da interpretação pragmática. *Processo civil coletivo*, p. 133-59.

²⁹ Em uma dimensão um pouco mais restrita, prevê o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, 3a. versão, out./2005, coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover: “Art. 4º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido. Parágrafo único. O requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de cinco dias.” Essa mesma orientação consta agora do art. 5º da última versão (dezembro de 2006) do anteprojeto USP.

³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 583-4.

³¹ Consta do art. 67 do PL 5.139/09: “Art. 67. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.”

³² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 580-5.

³³ Idem, ibidem, p. 586-608.

³⁴ O anteprojeto da LACP (Lei 7.347/85) foi elaborado pelos juristas Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édís Milaré e Nelson Nery Junior, que ampliaram a primeira proposta sobre a Ação Civil Pública Ambiental, que tramitava no Congresso Nacional, elaborada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior. Com dois projetos no Congresso Nacional, o primeiro apresentado pelo deputado federal Flávio Bierrenbach (PL 3.034/84) e o segundo, elaborado pelos três primeiros juristas, acima citados, por ter sido apresentado como mensagem do governo federal (PL 4.984/85), teve prioridade na tramitação e foi aprovado como Projeto do Governo, tendo sido convertido na Lei 7.347/85. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 814-5.

³⁵ CAPPELETTI, Mauro; GARTY, Bryant: “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforço é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965-1970).” *Acesso à justiça*, p. 49.

³⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, p. 18.

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada, p. 428-42.

³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 16-30.

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de: “Integração entre os sistemas da LACP e do CDC. Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram o Título III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º, VIII). Este instituto, embora se encontre topicamente no Título III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.” *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 864. É o entendimento, também, de LEONEL, Ricardo de Barros: “No centro do sistema, como vetores de princípios básicos, encontram-se o Código do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, que se complementam e interagem recíproca e integralmente. Os outros diplomas integram esse mesmo sistema de forma secundária, tratando de particularidades de determinadas matérias. Todas estas demais leis são informadas igualmente pelos princípios da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor.” *Manual do processo coletivo*, p. 148.

⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, p. 19-21.

⁴¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 489-500.

⁴² Esclarecem Roberto BERIZONCE; Roberto, GRINOVER; Ada Pellegrini e SOSA, Angel Landoni: “A ideia de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido maio de 2002, no VII Seminário Internacional coorganizado pelo ‘Centro di Studi Giuridici Latino Americani’ da ‘Università degli Studi di Roma – Tor Vergata’, pelo ‘Instituto Ítalo-Latino Americano’ e pela ‘Associazione di Studi Sociali Latino-Americani’. E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a ideia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembleia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos-Modelos de Processo Civil e de Processo Penal (...)” Continuam os consagrados juristas: “Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideú, em outubro de 2002, onde a proposta foi transformada em anteprojeto.” *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*: Exposição de Motivos. In: Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, n. 121, mar./2005, p. 135-6. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, conferir a obra coletiva *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*: hacia un código modelo para iberoamérica, coordenada por GIDI, Antonio e MC-GREGOR, Eduardo Ferrer. México: Editorial Porrúa, 2003. Também GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* – Exposição de Motivos. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, p. 24-32.

⁴³ Como trabalhos doutrinários que são, os *Códigos-Modelos* visam servir como fonte de princípios e de regra de interpretação jurídica e também como fonte de inspiração para as reformas legislativas em relação aos países filiados à mesma família jurídica e que tenham cultura jurídica comum.

⁴⁴ BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: Exposição de Motivos. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, n. 121, mar./2005, p. 136.

⁴⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação, p. 86-98.

⁴⁶ Para uma análise em torno do tema, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação.

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de: “Existem muitos obstáculos à tutela dos direitos ou interesses de massa a serem ainda superados no Brasil. O ideal seria que fosse providenciado um corpo próprio de normas processuais, talvez um Código de Processo Coletivo, com regras e princípios próprios. Também

seria um significativo avanço a criação pelas leis de organização judiciária de ‘varas especializadas’ na tutela dos interesses transindividuais, pois um dos grandes problemas é a dificuldade do judiciário, já ressaltada por Kazuo Watanabe, na compreensão da matéria.” *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 85.

⁴⁸ GRINOVER Ada Pellegrini, além de ter participado ativamente da criação do *Código-Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América*, coordena atualmente a elaboração de anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, já tendo escrito artigos específicos sobre o tema: “O Código-Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina ‘Processos Coletivos’, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a ideia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas (...)” *Rumo a um código brasileiro de processos coletivos*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. p. 14.

⁴⁹ Antonio Gidi foi quem apresentou a primeira proposta concreta sobre a codificação em delate: Código de processo civil coletivo – um modelo para países de direito escrito. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 111, jul./set. 2003, p. 192-208.

⁵⁰ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes coordenou a elaboração do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos cuja preparação foi realizada em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa).

⁵¹ Vicente de Paula Maciel Júnior coordenou os trabalhos de elaboração do Anteprojeto de Código de Processos Coletivos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵² Em sua entrevista, concluiu NERY JUNIOR, Nelson: “A ideia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha a sua própria principiologia regulada de forma normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para as diretrizes constitucionais”. In: Boletim informativo *MPMGJurídico*, edição 3, dez.2005 e jan.2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

⁵³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*.

⁵⁴ GIDI, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, p. 489-500.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um código brasileiro de processos coletivos – exposição de motivos e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos

(coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, p. 1-24. A última versão do Anteprojeto USP, datada de dezembro de 2006, poderá ser encontrada no livro *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, obra coletiva coordenada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe, p. 453-64.

⁵⁶ Para uma análise crítica em torno desses anteprojotos, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 89-125.

⁵⁷ MACIAL JÚNIOR, Vicente de Paula: “Para nós a ação coletiva deve ser uma ação coletiva deve ser uma ação temática. Mas, o que significa isso? Entendemos que a ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a discussão de temas. Esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados. Assim, por exemplo, a construção de uma praça pública que gere a destruição de uma grande área verde em um determinado bairro de uma cidade, podendo afetar o manancial de água ou mesmo a qualidade do ar, suscita uma questão ambiental onde diversos interessados poderão ter entendimentos divergentes sobre a questão. Essa questão ambiental referente a determinado fato concreto de uma cidade será o tema da ação coletiva.” *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas, p. 178.

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil*. In: O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale (coords.). FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo: LTr, 2003, p. 400.

⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 141-61.

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual, p. 15-37.

⁶¹ ALMEIDA, *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 150-61.

⁶² Na verdade, os artigos mencionados neste texto seguem a ordem numérica do substitutivo do último parecer do deputado federal e relator do PL 5.139/09, Antonio Carlos Bisciaia, apresentado no dia 03.03.2010.

⁶³ Consta do inciso III, do art. 2º do PL 5.139/09: *Individuais homogêneos, assim entendidos aqueles divisíveis, decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio*.

⁶⁴ Melhor redação é a do PL 5.139/09, art. 2º, § 1º: *A tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica*.

⁶⁵ Art. 2º, § 2º, do PL 5.139/09: *a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial*.

⁶⁶ Consta do art. 2-A da Lei 9.494/97: *A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a*

petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito material coletivo*: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*: sujeitos e objecto. Coimbra: Almedina, v. I, 1992.

BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad (orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Tradução de Antonio López Pina. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini e SOSA, Angel Landoni *Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*: Exposição de Motivos. Revista de Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 121:132-140, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros: 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETI, Mauro; GARTY, Bryant. *Acesso à justiça*. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antonio; MC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica*. México: Porrúa, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletiva*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIDI, Antonio. *Código de processo civil coletivo*: um modelo para países de direito escrito. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111:192-208, 2003.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio de Castro; WATANABE, KAZUO (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da vigésima edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*: 20 anos de Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MACIAL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, T. IV, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. Entrevista concedida ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais ao boletim informativo *MPMGJurídico*, edição 3, dez.2005 e jan.2006 – também disponível no site www.mp.mg.gov.br – Boletins MPMG.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RIIT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. (Trad. de António Cabral de Moncada). 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

JORGE PEGADO LIZ

Advogado. Membro do CESE (Bruxelas)

EXCERTOS

“De um modo sucinto, poderemos afirmar que as principais características das RSC consistem na tendencial gratuidade do serviço, o rápido e exponencial crescimento do número de utilizadores, a sua extraordinária valorização económica, a facilidade de utilização e a disponibilização de funcionalidades que permitem a interação entre os utilizadores dos serviços”

“Existe um ‘fosso entre gerações’, potencialmente cada vez maior, entre, por um lado, a utilização das tecnologias em linha e a percepção dos seus riscos pelas crianças e jovens, e, por outro lado, a compreensão destes modos de utilização pelos adultos”

“A proteção do utilizador, em particular do utilizador vulnerável, especialmente das crianças, mas também o caso de outros públicos mais sensíveis ou vulneráveis, como os idosos, os diminuídos físicos ou psíquicos, é uma prioridade que não deve ser assumida unicamente pelas pessoas encarregadas da sua guarda e educação”

“A criação de um ‘fórum da juventude’ poderia ser útil para a participação dos jovens e para a difusão de informações junto das redes sociais utilizadas pelos grupos mais vulneráveis”

“O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto, mas deve ser considerado em relação à sua função na sociedade”

1. Novos instrumentos e novas tecnologias de informação, de comunicação e de entretenimento

1.1. A internet e as tecnologias das comunicações (a seguir designadas por “tecnologias em linha”) foram previstas e concebidas como instrumentos de comunicação para os representantes do mundo académico e os investigadores; contudo, atualmente são utilizadas em privado, nas empresas e nas administrações públicas na maior parte dos países do mundo.

1.2. As Redes Sociais de Comunicação (RSC) caracterizam-se, no essencial, por serem serviços em linha que têm por finalidade a criação e agregação de comunidades de pessoas que partilham atividades ou interesses comuns, ou que estejam simplesmente interessadas em conhecer as preferências e as atividades de outras pessoas, e que disponibilizam um conjunto de funcionalidades que permitem a interação entre os utilizadores¹.

1.3. As RSC apresentam uma rápida expansão (alegadamente 211 milhões de pessoas e aproximadamente três quartos dos internautas, estimados em 282,7 milhões, frequentam regularmente estes serviços *online*), sendo fundamentalmente utilizados por jovens a partir dos 16 anos, mas com uma taxa de fidelidade relativamente reduzida no caso de alguns serviços. Em 2009 a Comissão² estimava que as RSC atraíam cerca de 40 milhões de utilizadores regulares na Europa, logo no ano seguinte a sua utilização aumentou cerca de 35% e as estimativas para 2011 aproximam-se dos 200 milhões sendo responsável por cerca de quatro minutos de cada cem passados *online*, e representa mais de 30% do tempo total passado em *sites* de RSC.

1.4. Paralelamente, as marcas multinacionais aderiram ao novo fenómeno publicitando cada vez mais os seus produtos e serviços nas RSC, por vezes de forma desleal. A partir da campanha de Obama, também as máquinas partidárias resolveram utilizar estes novos serviços, como se verificou nas recentes eleições para o Parlamento Europeu. O próprio Vaticano aderiu ao Facebook (Pope2you.net). Até o nosso PR “twitta”.

2. A noção de “meio virtual”: vantagens e perigos; a importância de saber fazer

2.1. De um modo sucinto, poderemos afirmar que as principais características das RSC consistem na tendencial gratuidade do serviço, o rápido e exponencial crescimento do número de utilizadores, a sua

extraordinária valorização económica, a facilidade de utilização e a disponibilização de funcionalidades que permitem a interação entre os utilizadores dos serviços.

Os serviços de RSC na internet são um fenómeno social emergente, cuja componente tecnológica se acha em permanente evolução e que reconhecidamente altera o modo como as pessoas se inter-relacionam e interagem umas com as outras através da internet.

2.2. A internet melhorou a qualidade de vida de muitas pessoas, especialmente dos jovens, dos idosos e de pessoas com deficiências. Constitui um instrumento de comunicação único, que atualmente se torna cada vez mais uma “rede social”. A emergência de novas tecnologias e serviços é fundamental para a inovação e o crescimento das empresas do mundo inteiro. Os jovens são frequentemente os primeiros a compreender as possibilidades destas inovações e a adoptá-las. Todavia, esta evolução é acompanhada de abusos, o que constitui uma preocupação cada vez maior.

A nova dinâmica dos estilos de vida, das famílias e dos modelos de emprego provocou mais períodos de independência ou isolamento. São incontestáveis os aspectos positivos associados ao desenvolvimento das RSC, designadamente, o seu contributo para:

- (i) a garantia e o exercício da liberdade de expressão em determinados contextos sociais e políticos;
- (ii) a criação e agregação de comunidades em linha;
- (iii) o (re)encontro de amigos e familiares e a possibilidade de comunicarem entre si;
- (iv) a prevenção de situações de risco para os menores e a possibilidade destes pedirem ajuda através das RSC;
- (v) a promoção de bens e de serviços e o incremento do comércio electrónico.

2.3. Importa, no entanto, ter em atenção que principalmente as crianças utilizam de maneira ativa, e cada vez mais, as tecnologias em linha. Não obstante as vantagens da interatividade e da participação no ambiente em linha, as crianças também estão confrontadas com consideráveis riscos associados à utilização das RSC para fins ilícitos ou prejudiciais, designadamente ao desenvolvimento dos menores³, de que se destacam, entre outros:

- a) prejuízo direto enquanto vítimas de exploração sexual documentada por fotografias, filmes ou ficheiros de áudio divulgados em linha (material pedopornográfico);

b) perpetuação da exploração sexual das vítimas através do confronto visual repetido com os registos que são amplamente divulgados em linha e estão disponíveis em todo o mundo;

c) contato direto com os predadores que procuram estabelecer relações de amizade com o objetivo de cometerem abusos sexuais (aliciamento);

d) vítimas de assédio no ambiente em linha (ciberassédio);

e) a verificação de traumas psicológicos originados por insultos veiculados por meio desses serviços;

f) a exibição de fotografias e de vídeos com adolescentes nus ou seminus, próprios ou de outros;

g) os anúncios explícitos de prostituição e de serviços de “acompanhamento” (escort);

h) a violação reiterada da privacidade e da honra e dignidade pessoal;

i) o atentado à saúde física e mental dos seus utilizadores;

j) os apelos à violência, ao racismo e à xenofobia;

k) a divulgação de ideologias totalitárias de carácter fascista ou fazendo a apologia do nazismo;

l) os suicídios de jovens, alegadamente em consequência da divulgação de certas situações do foro íntimo através destas redes.

Acresce que existe um “fosso entre gerações”, potencialmente cada vez maior, entre, por um lado, a utilização das tecnologias em linha e a percepção dos seus riscos pelas crianças e jovens, e, por outro lado, a compreensão destes modos de utilização pelos adultos.

2.4. Deverá igualmente ser tido em consideração a nova geração de tecnologias associadas às RSC, designadamente as aplicações que permitem a geolocalização dos utilizadores de tais redes, as que recorrem a tecnologias de reconhecimento de rostos permitindo a sua associação a contas de RSC e as novas possibilidades de interação com os telefones móveis da última geração.

Acresce a circunstância deste tipo de redes serem facilmente utilizadas para a disseminação de vírus, como aquele que afetou o *Twitter* no fim de semana de 11 e 12 de abril de 2009 e gerou automaticamente mais de 100.000 mensagens, prejudicando um número indeterminado de contas.

2.5. No âmbito da iniciativa *Safer Internet Forum*, a Comissão submeteu a consulta pública⁴ um questionário que abordou a temática das RSC, podendo

Os serviços de
RSC na internet
são um
fenômeno social
emergente

extrair-se da leitura dos contributos recebidos⁵ que o *cyberbullying*, a invasão da privacidade e o *grooming* foram apontados como os principais e mais comuns perigos que os menores enfrentam na utilização das RSC.

2.5.1. A propósito do *cyberbullying*⁶, constata-se que 54% dos pais europeus estão preocupados com a possibilidade dos seus filhos poderem ser vítimas de tal prática. Mais de 80% dos pais na França, Grécia e Portugal estão preocupados com a possibilidade dos seus filhos serem objeto de *bullying* quando utilizem a internet ou o telemóvel. Já em certos países com forte tradição na defesa dos direitos das crianças e na sua educação, como na Dinamarca, na Suécia e na Finlândia, os pais aparentam uma maior confiança na segurança dos seus filhos aquando da utilização da internet, sendo que 69% não estão tão preocupados com a possibilidade de serem vítimas de *cyberbullying*.

No Reino Unido, segundo as conclusões alcançadas num recente inquérito dirigido a 2000 jovens entre os 11 e 18 anos, concluiu-se que um em cada três jovens era vítima de *cyberbullying* através das RSC e de mensagens SMS, sendo que as raparigas eram quatro vezes mais atreitas a serem vítima de tais abusos do que os rapazes.

2.5.2. A proteção da privacidade é um dos outros grandes problemas associados à utilização das RSC. Na 30^a Conferência Internacional das Autoridades de Proteção de Dados e da Privacidade, ocorrida em Estrasburgo entre 15 e 17 de outubro de 2008, foi adotada uma resolução sobre a proteção da privacidade nos serviços de redes sociais, cujas recomendações merecem especial consideração e ponderação⁷. É no seu seguimento e à sua luz que deve ser interpretada a recente evolução que conduziu à mais recente proposta da Comissão para um regulamento e uma diretiva destinados a uma mais efetiva proteção de dados.

2.5.3. Também no acordo de autorregulação “Safer Social Networking principles for the EU”, celebrado no dia 10 de fevereiro de 2009⁸, entre os operadores das principais RSC que atuam na Europa, foram claramente identificados os potenciais riscos a que estão expostos os menores de 18 anos que utilizam esses sítios: o assédio (assédio de crianças em sítios internet ou por SMS), a manipulação psicológica (a conquista da amizade de uma criança por um adulto com a intenção de abusar dela sexualmente) e os comportamentos de risco, como a revelação indevida de informações pessoais para finalidades ilícitas.

2.6. No âmbito de um Parecer de Iniciativa do CESE, de que fui relator, sobre “O impacto das redes sociais de comunicação e interação na esfera do cidadão/consumidor”⁹ foi realizada uma audição com larguíssima participação dos mais representativos interessados na operação e na utilização das RSC,

ONGs e consumidores, para além de representantes do Conselho, da Comissão, da ENISA, da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados e de autoridades nacionais interessadas, da qual resultou clara a convergência de pontos de vista entre os representantes da Comissão e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados presentes com a generalidade das sugestões avançadas no referido parecer, para além dos avanços perspectivados no sentido da melhor definição de alguns dos objetivos e da concretização de outros.

2.7. Aí foi particularmente salientada a necessidade de uma harmonização legislativa nos Estados-membros que inclua no mínimo os seguintes aspectos, conforme previstos na Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa¹⁰:

a) definição do que constitui material pedopornográfico;

b) definição das vítimas de pedopornografia por referência a crianças com menos de 18 anos;

c) a posse e o visionamento/carregamento de material pedopornográfico constituem delitos que impõem graves sanções privativas de liberdade.

A emergência de novas tecnologias e serviços é fundamental para a inovação e o crescimento das empresas do mundo inteiro

2.8. Com efeito, embora tenham sido estabelecidas determinadas normas europeias que clarificam as questões jurídicas através de várias recomendações e diretivas, a noção de conteúdos 'prejudiciais' são os conteúdos que os pais, os professores e outros adultos consideram potencialmente nocivos para as crianças. A definição destes conteúdos varia consoante os países e as culturas, podendo incluir a pornografia, a violência, o racismo e a xenofobia, bem como sítios que incitam ao ódio no discurso e na música, ou que tratam de automutilação, de anorexia e de suicídio.

2.9. Só a *Internet Watch Foundation* (Fundação de Observação da Internet) identificou um núcleo de 2.755 sítios internet pedopornográficos domiciliados ao nível internacional em 2007; 80% destes sítios realizam operações comerciais e mudam frequentemente de empresa de acolhimento e de região para evitar serem detectados.

Estas táticas, associadas à natureza multinacional complexa dos crimes, significam que só uma reação mundial unificada que envolva as forças policiais e as autoridades judiciais, os governos e o setor internacional do ambiente em linha permitirá investigar de modo eficaz estes sítios, os seus conteúdos e as organizações que se escondem por detrás deles.

2.10. Por conseguinte, a proteção do utilizador, em particular do utilizador vulnerável, especialmente das crianças, mas também o caso de outros públicos mais sensíveis ou vulneráveis, como os idosos, os diminuídos físicos ou psíquicos, é uma prioridade que não deve ser assumida unicamente pelas pessoas encarregadas da sua guarda e educação.

3. Inclusão e exclusão social

3.1. Entre as principais medidas que já então se consideravam essenciais e que ainda são de atualidade destaca-se a importância de se intensificar o diálogo com os agentes implicados nas RSC, nomeadamente com os jovens, promovendo o seu envolvimento na discussão, concepção e produção de soluções para uma utilização mais segura da internet.

Com efeito, entende-se que os jovens devem ser diretamente implicados na definição dos modelos operacionais, na moderação e na resolução das questões associadas às RSC, porquanto serão provavelmente quem de forma mais eficaz e rápida estará em melhores condições de entender as situações problemáticas que aí surjam.

A criação de um “fórum da juventude” poderia ser útil para a participação dos jovens e para a difusão de informações junto das redes sociais utilizadas pelos grupos mais vulneráveis.

Os jovens têm a sua própria linguagem e muitas vezes manifestam uma certa reticência em ouvir os representantes da autoridade, mas estão abertos aos conselhos dos seus pares no seu meio social. Devem ser tidos em conta os “direitos da criança” e, por conseguinte, os jovens devem participar neste processo.

3.2. Julga-se por outro lado que deve ser encarada a criação de um curriculum internacional ou europeu para a formação de conselheiros e terapeutas especializados no acompanhamento das vítimas *online*, nomeadamente nas situações de *bullying* e *grooming* e iniciativas para o aconselhamento em geral e, em particular *online* e o estabelecimento de programas preventivos dirigidos às crianças e adolescentes.

De relevante importância serão também iniciativas em prol da literacia digital, designadamente a utilização segura das RSC, dirigidas não somente às crianças e adolescentes, mas à população em geral, em particular aos pais enquanto encarregados de educação, e às pessoas mais idosas¹¹.

3.3. Por outro lado, entende-se que os operadores das RSC deverão prosseguir as práticas de autorregulação, em particular no domínio da proteção

dos menores, mas desde que seja assegurada uma monitorização independente do seu efetivo cumprimento, com a possibilidade de padrões mínimos de proteção serem estabelecidos por via legal.

Os organismos de autorregulação da indústria e das partes interessadas têm um conhecimento aprofundado destas tecnologias e têm a possibilidade de desenvolver contramedidas para combater estes abusos. A partilha dos conhecimentos, a sensibilização e identificação dos consumidores para a denúncia dos sítios, bem como a distribuição dos fundos, na medida do possível, para eliminar estes abusos, em particular no contexto da exploração sexual das crianças, constitui um dever essencial da indústria da internet e faz parte integrante da responsabilidade social das empresas deste setor.

Defende-se, aliás, a evolução dos sistemas de autorregulação no sentido da correção, quer a nível comunitário, quer a nível nacional, com a participação das entidades reguladoras por forma a ser garantido um efetivo cumprimento dos acordos celebrados, a prevenção dos desvios, o sancionamento das infrações e a punição dos transgressores pelos seus pares.

3.4. Entende-se ainda que esforços adicionais são necessários no sentido de reforçar a informação e de aprofundar a educação desde os primeiros anos escolares, com vista a uma maior prevenção dos riscos e a uma melhor utilização destes locais de socialização, para o que deverão ser lançadas campanhas de sensibilização a nível comunitário e nos diferentes Estados-membros.

Neste sentido julga-se que seria da maior utilidade um *eYouGuide* especificamente orientado para os utilizadores das RSC, uma espécie de portal dos direitos do utilizador dos serviços de RSC, com a possibilidade da denúncia de abusos e de resolução de conflitos ao nível pan-europeu, ou seja um único sítio onde fosse possível “gerir” os direitos dos utilizadores, avaliar a coordenação comunitária, discutir formas de intervenções e políticas e apreciar a cooperação entre as autoridades nacionais.

Julga-se também que os programas de investigação e desenvolvimento, nacionais e comunitários, e os próprios operadores devem investir mais no desenvolvimento e no aperfeiçoamento de instrumentos técnicos de filtragem de acessos e de bloqueamento, que permitam às famílias uma aplicação prudente, mas consistente, do princípio da precaução.

3.5. Atenta a natureza do fenómeno e o seu carácter evolutivo e dinâmico, era importante que um Livro Verde da Comissão ponderasse as mais recentes evoluções neste domínio e definisse as principais opções para os desenvolvimentos futuros, analisando os respectivos impactos, com alargada audição das várias empresas, profissionais, estudiosos e organizações e associações da sociedade civil interessadas.

Nesse âmbito julga-se que seria de encarar a possibilidade de um quadro legal consistente em toda a UE, saído de uma maior cooperação e coordenação das políticas nacionais. Aspecto a merecer uma atenção especial será o das condições contratuais de adesão às redes, onde as cláusulas abusivas são a regra, designadamente no que respeita à lei aplicável e ao foro competente.

3.6. A criação de uma plataforma ao nível da UE, que incluía as empresas, os governos, as instituições bancárias e financeiras, os gestores de cartões de crédito, as ONGs e os representantes do setor da educação, do patronato e dos trabalhadores, poderia constituir um instrumento valioso para uma análise e ação rápidas em toda a União, com uma difusão da informação que ultrapasse as fronteiras da UE para facilitar a cooperação policial e judiciária internacional.

3.7. Também o estabelecimento de um “centro de colocação em rede” ao nível da Comissão, que procederia a investigações sobre projetos realizados não só na Europa, mas também no resto do mundo, deveria apoiar a plataforma para garantir a atualização e a pertinência dos conhecimentos, incluindo das estatísticas, bem como a difusão de métodos eficazes para combater os problemas e a sua rápida transmissão aos parceiros ativos. O papel principal deste centro seria reagir aos novos desafios acompanhando o ritmo da sua evolução.

3.8. Mas, porque se trata essencialmente de um fenómeno internacional, encontrando-se os principais serviços de RSC sujeitos a jurisdições fora do espaço da UE, considera-se essencial a promoção efetiva das seguintes medidas:

1. A definição de princípios e regras de conduta dos serviços de RSC, em particular os serviços dirigidos a menores, num plano internacional.

2. A institucionalização de mecanismos de supervisão do cumprimento de tais regras, que dada a natureza dos serviços deverá ser forçosamente de âmbito transfronteiriço.

3. O reforço e agilização da cooperação da União Europeia com os países terceiros, europeus e não europeus, a um nível político e operacional, na identificação dos riscos e problemas associados à utilização das RSC, na procura das melhores soluções para fazer face a tais situações, e sempre que o quadro legal internacional o permita na remoção efetiva das situações lesivas dos direitos dos cidadãos/ consumidores.

4. A necessidade de uma efetiva cooperação e coordenação internacional entre as várias partes interessadas, de modo a maximizar o efeito das medidas necessárias em prol de uma utilização mais segura da internet, sendo necessária uma abordagem internacional mais atuante para garantir a difusão e troca de conhecimentos, a coordenação da feitura e da aplicação das leis e a obtenção

de financiamento para a implementação das medidas necessárias, nos planos interno e externo da UE.

5. A necessidade dos Estados-membros ratificarem as Convenções do Conselho da Europa sobre o cybercrime e a proteção das crianças contra a exploração sexual e abuso sexual¹², o que constituirá um passo importante para a União Europeia poder atuar na cena internacional como um bloco coeso.

3.9. Pela mesma razão entende-se que apenas com uma abordagem harmonizada e integrada a nível internacional da regulamentação relativa aos serviços audiovisuais será possível implementar eficazmente quaisquer medidas de proteção, em particular no que se refere aos aspectos dos sistemas de classificação e dos software de filtragem dos conteúdos, da clarificação das questões da responsabilidade pelos conteúdos ilícitos e lesivos, pelo que se apela a uma maior cooperação e coordenação entre as organizações europeias e internacionais e renova a sua proposta da criação de um quadro internacional de códigos de conduta, diretivas e medidas básicas para adequada proteção dos menores e da dignidade humana.

3.10. Pondera-se, ainda, a vantagem do alargamento e da integração das competências hoje dispersas por várias entidades no sentido da criação de um Provedor (Ombudsman) a nível comunitário para todas as questões ligadas com o audiovisual – privacidade, proteção de dados, dignidade humana, direito de resposta, liberdade de expressão – abrangendo as RSC, à semelhança, em termos de direito comparado, do modelo canadiano do *Privacy Commissioner*, cuja intervenção, no âmbito dos seus poderes alargados, em relação ao Facebook por alegada retenção indevida de dados pessoais, fez recentes notícias¹³.

4. Antigos e novos direitos fundamentais: riscos acrescidos e proteção reforçada

4.1. Estes desenvolvimentos fomentaram a necessidade de uma reflexão aprofundada sobre o seu enquadramento jurídico a nível comunitário, com a definição de novos direitos e novas formas de proteção.

Já em fevereiro de 2005, em parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a “Proposta de recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção dos menores e da dignidade humana e ao direito de resposta em relação ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação”¹⁴, enquanto seu relator, tive a oportunidade de salientar que os desafios colocados pelos recentes desenvolvimentos tecnológicos,

de que se destacam o aumento da potência e da capacidade de armazenamento dos computadores e o fato de as tecnologias de banda larga permitirem a distribuição de conteúdos, como sejam os vídeos nos telemóveis de 3ª geração, e, por outro lado, as preocupações manifestadas pelos cidadãos em geral e, em particular, pelos pais e responsáveis de educação, pela indústria e pelos reguladores, no que se refere à proliferação de conteúdos e comportamentos ilegais, lesivos e indesejáveis em todas as formas de teledifusão, desde a radiodifusão à internet, impunham a criação de condições legais ou outras que propiciem um clima de maior segurança, certeza e proteção que incentivasse o desenvolvimento das novas tecnologias de informação num ambiente que:

a) promovesse iniciativas com vista a facilitar um acesso mais vasto dos menores aos serviços audiovisuais e de informação, com garantias de segurança e controle dos conteúdos dos programas, evitando simultaneamente conteúdos potencialmente lesivos, incluindo uma harmonização “ascendente” através da colaboração entre os organismos de autorregulação e de correção dos Estados-membros e do intercâmbio de melhores práticas em várias questões, entre elas um sistema de símbolos descritivos comuns que auxilie os espectadores a avaliar o conteúdo dos programas;

b) permitisse aos menores uma utilização responsável dos novos serviços audiovisuais e de informação em linha, nomeadamente por uma maior sensibilização dos pais, educadores e professores para o potencial dos novos serviços e para os meios adequados de proteção dos menores, em particular através das competências relacionadas com os meios de comunicação ou de programas educativos nesse domínio;

c) facilitasse a identificação e o acesso a conteúdos e serviços de qualidade para menores, designadamente pelo fornecimento de meios de acesso nos estabelecimentos de ensino e nos locais públicos;

d) incentivasse a indústria a evitar e a combater qualquer tipo de discriminação baseada no sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual em todos os meios de comunicação.

4.2. Vários outros aspectos visando promover uma utilização mais segura da internet devem ainda ser considerados como desejáveis recomendações aos Estados-membros, como sejam, em particular:

a) uma maior formação e informação sobre os meios de garantir uma maior segurança na utilização da internet;

b) a responsabilização dos fornecedores de espaços e de acessos e a sua obrigação de acatar de imediato qualquer decisão de autoridade legítima que ordene a cessação de transmissão de programas ou de conteúdos ilegais, nocivos ou prejudiciais;

c) o incitamento e o apoio ao desenvolvimento de *hotlines*, de tecnologias de filtragem, de classificação de conteúdos, de medidas de luta contra o spam e o spam;

d) a responsabilização dos autores de meios informáticos de acesso à internet e de sistemas de exploração de servidores pela defesa e preservação dos sistemas vendidos contra os ataques de vírus, com a obrigação de oferecer meios fáceis e acessíveis de luta antivírus;

e) implementação de sistemas de identificação e de informação sobre os conteúdos nocivos e prejudiciais e a retirada de todos os conteúdos de carácter racista, xenófobo ou que façam a apologia do crime, da violência ou do ódio.

Constata-se que 54% dos pais europeus estão preocupados com a possibilidade dos seus filhos poderem ser vítimas de cyberbullying

4.3. A particular preocupação refletida no que se refere à utilização da internet não deve no entanto ser entendida como menor atenção a ser dada em relação a todos os meios tradicionais de comunicação social, em particular a radiodifusão sonora e televisiva, onde ofensas graves a públicos sensíveis, designadamente a menores, devem ser objeto de uma especial atuação seja por via da autorregulação seja da heterorregulação.

Merecem, pois uma particular atenção todas as medidas que:

a) encorajem os *media* (mídia) a adotar regras de deontologia precisas e concretas com vista a assegurar o respeito devido pela vida privada;

b) incitem os *media* a criar mecanismos de autorregulação perante os quais as vítimas de atentados à vida privada e à dignidade humana possam apresentar as suas queixas;

c) criem órgãos independentes, incluindo de natureza judicial, para exame deste tipo de queixas se os mecanismos de autorregulação se revelarem inoperantes;

d) instaurem um direito à indenização dos prejuízos materiais e morais com função simultaneamente reparadora para as vítimas e dissuasória para os responsáveis por atentados graves e sistemáticos à vida privada e à dignidade das pessoas;

e) procedam a um acompanhamento das emissões de conteúdos que possam constituir atentados à vida privada, à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

4.4. Um dos domínios a merecer um lugar destacado nas nossas preocupações é, claramente, o da proteção dos dados e está na origem da

mais recente proposta de regulamento da Comissão Europeia relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados)¹⁵.

4.4.1. Dando-se acerbamente conta da rápida evolução tecnológica e dos novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais, consequência do aumento espetacular da utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes e de que as pessoas disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de uma forma pública e global, a Comissão constatou que o atual quadro jurídico não permitiu evitar uma fragmentação na execução da proteção dos dados pessoais na União Europeia, nem a insegurança jurídica e o sentimento generalizado na opinião pública de que subsistem riscos significativos, particularmente nas atividades em linha.

Nesse sentido a Comissão acaba de propor a adoção de um novo quadro jurídico de proteção dos dados mais sólido e coerente apoiado por uma aplicação rigorosa das regras, que permita à economia digital desenvolver-se em todo o mercado interno, às pessoas singulares controlar os seus próprios dados, bem como reforçar a segurança jurídica e prática para os operadores económicos e as entidades públicas.

4.4.2. Entre os elementos mais salientes desta Proposta de Regulamento destacam-se:

a) Uma nova base jurídica

A presente proposta baseia-se no artigo 16º do TFUE, que constitui a nova base jurídica para a adoção das regras em matéria de proteção de dados introduzidas pelo Tratado de Lisboa e permite a adoção de regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-membros no exercício de atividades abrangidas pelo direito da União.

Permite igualmente a adoção de regras relacionadas com a livre circulação de dados pessoais, incluindo os dados pessoais tratados pelos Estados-membros ou por entidades privadas.

Por seu turno um regulamento é o instrumento jurídico mais adequado para definir o quadro da proteção de dados pessoais na União. A sua aplicabilidade direta, prevista no artigo 288º do TFUE, permitirá reduzir a fragmentação jurídica e proporcionar maior segurança jurídica, introduzindo um conjunto harmonizado de regras de base, melhorando a proteção dos direitos fundamentais das pessoas singulares e contribuindo para o bom funcionamento do mercado interno.

b) A sua consideração ao nível dos direitos fundamentais

O direito à proteção de dados pessoais está consagrado no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, no artigo 16º do TFUE e no artigo 8º da CEDH. Conforme salientado pelo Tribunal de Justiça da UE, o direito à proteção de dados pessoais não é absoluto, mas deve ser considerado em relação à sua função na sociedade.

A proteção de dados está profundamente relacionada com o respeito pela vida privada e familiar, protegido pelo artigo 7º da Carta. Os outros direitos fundamentais consagrados na Carta suscetíveis de serem afetados são a liberdade de expressão (artigo 11º da Carta), a liberdade de empresa (artigo 16º), o direito à propriedade e, em especial, a proteção da propriedade intelectual (artigo 17º, n. 2), a proibição de discriminação em razão da raça, origem étnica, características genéticas, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, deficiência ou orientação sexual (artigo 21º), os direitos da criança (artigo 24º), o direito a um elevado nível de proteção da saúde humana (artigo 35º); o direito de acesso aos documentos (artigo 42º); o direito à ação e a um tribunal imparcial (artigo 47º).

c) Novos princípios

Os novos elementos acrescentados são, em especial, o princípio da transparência, a clarificação do princípio da minimização de dados e a instauração das obrigações e da responsabilidade global do responsável pelo tratamento.

São, assim, clarificadas as condições para que o consentimento seja válido enquanto fundamento jurídico para o tratamento lícito (artigo 7º); estabelecidas condições suplementares para a licitude do tratamento de dados pessoais de crianças em relação a serviços da sociedade da informação que lhes são diretamente propostos (artigo 8º); genericamente prevista uma proibição geral de tratamento de categorias especiais de dados pessoais e as exceções a esta regra geral (artigo 9º); e clarificado que o responsável pelo tratamento não é obrigado a obter informações adicionais para identificar o titular dos dados para efeitos exclusivos do respeito de qualquer disposição do presente regulamento (artigo 10º).

d) Novos direitos do titular dos dados

São, enfim, estabelecidos novos e importantes direitos do titular dos dados, de que se destacam:

1 – Transparência

O artigo 11º introduz a obrigação de os responsáveis pelo tratamento fornecerem informações transparentes, de fácil acesso e compreensão.

O artigo 12º obriga o responsável pelo tratamento a prever procedimentos e mecanismos para o exercício dos direitos pelo titular dos dados, incluindo

meios para pedidos por via eletrónica que requeiram resposta à pessoa em causa dentro de um prazo fixado e os motivos da recusa.

2 – Informações e acesso aos dados

O artigo 14º descreve mais pormenorizadamente as obrigações de informação pelo responsável pelo tratamento para com o titular dos dados e acrescenta informações suplementares, incluindo sobre o período de conservação, o direito de apresentar queixa, as transferências internacionais e a fonte de origem dos dados.

O artigo 15º prevê o direito de acesso do titular de dados aos seus dados pessoais, com base no artigo 12º, alínea *a*), da Diretiva 95/46/CE, e acrescenta novos elementos, tais como prever a informação aos titulares dos dados sobre o período de conservação, os direitos de retificação, de apagamento e de apresentação de queixa

3 – Retificação e apagamento

O artigo 16º estabelece o direito do titular dos dados à retificação.

O artigo 17º confere ao titular dos dados o direito a ser esquecido e ao apagamento, e prevê as condições do direito a ser esquecido, incluindo a obrigação do responsável pelo tratamento que tornou públicos os dados pessoais de informar os terceiros sobre o pedido da pessoa em causa de apagamento de quaisquer ligações para esses dados, ou cópias ou reproduções que tenham sido efetuadas.

O artigo 18º introduz o direito do titular dos dados à portabilidade dos dados, ou seja, de transferir dados de um sistema de tratamento eletrónico para outro, sem que o responsável pelo tratamento se possa opor.

Como condição prévia, e para melhorar o acesso das pessoas

singulares aos dados pessoais que lhe dizem respeito, prevê o direito de obter esses dados do responsável pelo tratamento num formato eletrónico estruturado e de utilização corrente.

4 – Direito de oposição e de definição de perfis

O artigo 19º confere ao titular dos dados o direito de oposição da Diretiva 95/46/CE, com algumas inovações, designadamente quanto ao ónus da prova e da sua aplicação à comercialização direta.

O artigo 20º é relativo ao direito de o titular dos dados não ser objeto de uma medida com base na definição de perfis e tem em consideração a recomendação do Conselho da Europa sobre a definição de perfis.

5 – Vias de recurso, responsabilidade e sanções

Os artigos 73º e sgs. preveem o direito de qualquer titular de dados apresentar queixa a uma autoridade de controlo: especificam os organismos,

organizações ou associações que podem apresentar queixa em nome do titular dos dados ou, em caso de violação de dados pessoais, independentemente da queixa apresentada por um titular de dados; definem o direito de recorrer aos tribunais contra uma autoridade de controlo e preveem, especificamente, uma ação judicial a fim de obrigar a autoridade de controlo a dar seguimento a uma queixa, clarificando a competência dos tribunais do Estado-membro em que esteja estabelecida a autoridade de controlo.

Preveem também que a autoridade de controlo do Estado-membro onde resida o titular dos dados possa intentar, em nome deste último, uma ação junto dos tribunais de outro Estado-membro onde esteja estabelecida a autoridade de controlo competente.

Estabelecem regras gerais para os processos judiciais, incluindo o direito de organismos, organizações ou associações representarem os titulares de dados junto dos tribunais, o direito das autoridades de controlo de intervirem em processos judiciais e de informar os tribunais sobre processos paralelos noutro Estado-membro, bem como a possibilidade de os tribunais suspenderem, nesse caso, a instância 38. Os Estados-membros são obrigados a assegurar ações judiciais rápidas.

O artigo 77º diz respeito ao direito de indenização e à responsabilidade tornando este direito extensível aos danos causados pelos subcontratantes e clarifica a responsabilidade dos responsáveis conjuntos pelo tratamento e dos subcontratantes.

Finalmente os artigos 78º e 79º obrigam os Estados-membros a estabelecerem regras sobre sanções aplicáveis às infrações ao regulamento e a assegurar a sua execução e obrigam cada autoridade de controlo a sancionar as infrações administrativas mediante multas até um determinado montante máximo, em função de circunstâncias concretas.

6 – Disposições relativas a situações específicas de tratamento de dados

Os artigos 80º e sgs. tratam da compatibilização do direito à proteção de dados com outros direitos fundamentais e obrigam designadamente os Estados-membros a adotarem isenções e derrogações a disposições específicas do regulamento sempre que necessário para conciliar o direito à proteção de dados pessoais com o direito à liberdade de expressão; a assegurar garantias específicas para o tratamento de dados no domínio da saúde; a adotarem legislação específica para o tratamento de dados pessoais no domínio do

A proteção da
privacidade é
um dos outros
grandes problemas
associados à
utilização das RSC

emprego ou para o tratamento de dados pessoais para efeitos de investigação histórica, estatística e científica.

O artigo 84º autoriza os Estados-membros a adotarem regras específicas sobre o acesso de autoridades de controlo a dados pessoais e a instalações, sempre que os responsáveis pelo tratamento dos dados estiverem sujeitos a obrigações de confidencialidade e o artigo 85º autoriza as igrejas, por força do artigo 17º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a continuarem a aplicar um conjunto completo de regras de proteção de dados, se forem adaptadas ao presente regulamento.

Notas

¹ http://www.saferinternet.org/ww/en/pub/insafe/safety_issues/faqs/social_networking.htm

² IP/09/232 Bruxelas, 10 de fevereiro de 2009.

³ Sobre este ponto, ver em particular, o Relatório da ENISA (European Network and Information Security Agency) “Security Issues and Recommendations for Online Social Networks” em <www.enisa.europa.eu/doc/pdf/deliverables/enisa_pp_social_networks.pdf>

⁴ http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/policy/consultations/ageverif_sns/index_en.htm

⁵ http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/docs/pub_consult_age_rating_sns/summary_report.pdf

⁶ Flash Eurobarometer survey 2008: Towards a Safer Use of the Internet for children in the EU – a parents’ perspective, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_248_en.pdf

⁷ Resolution on Privacy Protection in Social Network Services, http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_social_networks_en.pdf

⁸ “Safer Social Networking principles for the EU”, disponível em http://ec.europa.eu/information_society/activities/social_networking/eu_action/selfreg/index_en.htm#self_decl

⁹ Parecer CESE 1697/2009, TEN/390 de 4 de Novembro de 2009

¹⁰ Convenção sobre o Cibercrime ETS 185 do Conselho da Europa, de 23.11.2001.

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>

¹¹ Sobre este tema importa referir o Parecer exploratório do Comité Económico e Social Europeu sobre “Melhorar a literacia, as competências e a inclusão digitais” de que foi relatora Laure Batut (TEN/453 – CESE 1182/2011 de 13 de Julho de 2011), de cujas conclusões, pela sua importância, se respigam as seguintes:

‘1.3 A info-inclusão ou inclusão digital deve constituir uma abordagem global e garantir, através do ambiente digital, a emancipação de todos, qualquer que seja a sua situação na sociedade. O CESE considera que a União e os Estados-membros deveriam garantir a acessibilidade do ambiente digital através da aprendizagem constante das competências digitais para exercer uma profissão, para efeitos de realização pessoal e para exercer o direito de cidadania.

1.4 O acesso à infraestrutura e às ferramentas deve ser direito fundamental da pessoa humana.

1.8 De um modo geral, o CESE considera conveniente:

- fazer da info-inclusão um elemento de mainstreaming das políticas, ao nível da UE e dos Estados-membros;
- concluir rapidamente as infraestruturas de redes (regiões isoladas, banda larga, etc.);
- conceber, desde o início, como inclusivas e não discriminatórias as políticas públicas em matéria de

desenvolvimento do ambiente digital, aos níveis europeu, nacional e local;

- favorecer a utilização de materiais e programas informáticos recentemente desatualizados;
- disponibilizar meios para garantir a info-inclusão das mulheres.

1.8.3 Para promover a segurança de públicos vulneráveis face ao ambiente digital:

- definir conteúdos de base da Internet, sem deixar tudo entregue ao mercado (UE e Estados-membros);
- definir normas “antipoluição” dos sítios Web e ensinar a segurança digital desde os bancos da escola;
- garantir que todos os sítios Web contenham dispositivos que alertem o utilizador para procedimentos de

segurança elementares;

- garantir a criação e o respeito pelos direitos do utilizador das redes;
- para o efeito, estabelecer um código do direito dos utilizadores do ambiente digital, em conformidade com

os princípios da Carta dos Direitos Fundamentais e com o artigo 9.º do Tratado, garantindo, pelo menos, o respeito pela liberdade de expressão e de informação, o direito à proteção dos dados pessoais, o direito ao esquecimento e o direito à proteção dos menores.

1.8.5 No plano da educação inclusiva para todos, o CESE preconiza que a União se comprometa a:

- promover a igualdade de acesso a uma educação inclusiva em todas as escolas;
- promover a info-inclusão do futuro desde a idade pré-escolar, sem discriminações;
- promover a formação digital de pais e professores e a reorganização das condições de trabalho destes últimos;
- promover, para os alunos, e sobretudo para os alunos com dificuldades escolares, a generalização da

prática do digital na escola, designadamente de forma lúdica, enquadrada, como é óbvio, pelos professores, para uma utilização controlada da força das imagens, que requer novas formas de aprendizagem e de expressão, designadamente lúdicas (utilização de smartphones na sala de aula, de ‘jogos sérios’, de tablets, de livros digitais, das redes sociais, etc.);

– promover a abertura para todos do acesso ao mercado de trabalho através da aquisição de bases sólidas, tanto gerais como digitais.’

¹² <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=201&CL=ENG>

¹³ Ver http://www.priv.gc.ca/aboutUs/mm_e.cfm#contenttop, a propósito do Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC) e sobre a sua recente intervenção relativamente ao Facebook ver, http://www.priv.gc.ca/media/nr/-c/2009/nr-c_090716_e.cfm

¹⁴ Parecer TEN/195, de 17 de Fevereiro de 2005.

¹⁵ COM(2012) 11 final de 25.1.2012.

O IMPACTO DA MÍDIA PUBLICITÁRIA E RELACIONAL NA FORMAÇÃO DE CONSUMIDORES JOVENS E ADULTOS

MÁRCIA AMARAL CORRÊA DE MORAES

Doutora em Psicologia e Educação (USP)

Professora e diretora adjunta de ensino do Instituto Federal de Educação,
Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente artigo trata da discussão do impacto da mídia publicitária na formação de alunos de cursos técnicos, com idade entre 20 e 30 anos, como consumidores. Aborda aspectos teóricos relativos à mídia publicitária, bem como descreve e analisa dados decorrentes de um estudo exploratório envolvendo o grau de ciência dos estudantes a respeito da sua vulnerabilidade como consumidores, quando em contato com a televisão e a internet

ABSTRACT

This paper discusses the impact of advertising media in the formation of technical education students aged between 20 and 30 years as consumers. It addresses theoretical aspects related to media advertising, and describes and analyzes data arising from an exploratory study involving science degree students about their vulnerability as consumers, when in contact with television and the Internet

1. Introdução

O presente artigo procura discutir o impacto da mídia publicitária, em especial no ambiente virtual, na formação de estudantes e consumidores jovens e adultos de uma instituição pública de ensino brasileira, voltada para a educação profissional. Inicialmente, retoma posicionamentos teóricos a respeito da temática proposta para, em seguida, descrever e analisar os dados obtidos por meio de um estudo exploratório, de caráter qualitativo, aplicado a 20 estudantes de cursos técnicos, com idade entre 20 e 30 anos. Ao final, problematiza os achados da pesquisa e propõe encaminhamentos quanto ao *habitus* cultural da sociedade contemporânea, no que tange à formação humana, em especial, à constituição do sujeito consumidor.

2. Revisão bibliográfica

Moraes *et alii* (2011) afirmam que o papel da mídia no mundo contemporâneo inspira diversos posicionamentos quanto ao seu impacto na formação educativa dos cidadãos. Há quem diga que a mídia está muito mais vinculada às práticas de entretenimento do que propriamente ao processo de culturação humano. Contudo, não há como negar que a organização social atual, definida por muitos como pós-moderna ou segunda modernidade, traz consigo o duplo traço do transitório e do consumismo. Conforme as autoras, ao transitório atribui-se a marca do volátil, do ingentemente temporário, da total falta de certezas, da perda do norte no âmbito dos valores e das práticas. Ao consumismo, entendem como a “regulação maior” para quem a mídia parece estar predominantemente a serviço.

Moraes *et alii* (2011) asseveram que o nosso globo se organiza primeira e primariamente pelas relações econômicas, transversalizadas e tematizadas pelos aspectos culturais, mas sem prescindir das primeiras, que acabaram por se tornar elementos fundantes e balizadores das interações humanas. As teias do consumo invadem e modelam os vínculos por todo o globo terrestre de tal forma que acabamos definindo o homem atual como o animal, simbólico, que consome. A mídia, ferramenta magnífica criada pela humanidade e uma das grandes responsáveis pela era do consumo(ismo), tem intensificado sobremaneira suas formas e amplitude de atuação, ocupando lugar cativo nas casas de bilhões de pessoas, interferindo na construção de suas subjetividades,

bem como ensinando valores, culturas e atitudes para várias pessoas ao mesmo tempo.

Nesse contexto, Moraes (2009) nos aponta que até mesmo o mais humilde consumidor já é capaz de conhecer realidades que acontecem no outro lado do planeta, podendo, igualmente, formular comparações com os personagens que constantemente aparecem nas televisões e nos computadores, principalmente no que tange aos seus modos de viver.

Segundo este mesmo autor, um dos aspectos positivos da globalização é o fato de que a disponibilidade aparente de um maior número de informações pode auxiliar para a melhor compreensão do mundo. Contudo, a exacerbada propagação de dados também possui a capacidade de confundir, estimular determinadas reações e, em alguns casos, inclusive alienar os mais vulneráveis. Além disso, a sedução – eixo norteador da linguagem midiática – invade a variedade de formatos e linguagens, transformando e construindo realidades à luz do pretendido por essa sociedade orientada pelas relações de consumo(ismo). A mídia, nessa perspectiva, deve ser reconhecida como um modo de regulação ou de governança, aqui compreendido como um conjunto de mecanismos de orientação, de coordenação, de controle das ações dos estabelecimentos, dos profissionais ou das famílias (Maroy, 2011, p. 19).

Na atualidade não é o mercado que comanda a produção, mas a produção que comanda o mercado. Sant` Anna (2001, apud Moraes *et alii*, 2011) aponta esta realidade, dizendo que

“(...) antes do impetuoso avanço da tecnologia, as fábricas se limitavam a produzir aquilo que o consumidor realmente necessitava e estava em condições de adquirir. Com o advento da produção em massa para um mercado que já principiava a superar a fase de consumir apenas o essencial, viram-se os industriais forçados a encontrar meios rápidos de escoar o excesso de produção de máquinas cada vez mais aperfeiçoadas e velozes... Só a propaganda, com suas técnicas aprimoradas de persuasão, poderia induzir as grandes massas consumidoras a aceitar os novos produtos, saídos das fábricas, mesmo que não correspondessem à satisfação de suas necessidades básicas: comer, vestir, morar, tratar da saúde. Chega-se ao estágio que Galbraith em ‘O Novo Estado Industrial’ define como ‘o controle da demanda pelos industriais’”.

A noção de propaganda, conforme Randazzo (1997, apud Moraes *et alii*, 2011) parece ter sido utilizada muito tempo atrás, desde o cristianismo, quando toda uma estrutura de propagação foi elaborada para a confirmação da sua doutrina. Desde a localização dos templos, geralmente em locais altos e facilmente visualizáveis, oportunizando que fossem avistados antes da própria

cidade, até a criação dos sinos, a mídia (a palavra mídia de ‘medium’ – meio ou veículo, ou meio –, é que designa o elemento material que divulga a mensagem) servia e serve para veicular o chamamento e a importância da organização criada.

Os mecanismos de propaganda, portanto, foram e são instrumentos disseminadores de ideias. Conforme Sant’Anna (2001), os principais objetivos da publicidade são: inculcar uma ideia na mente da massa; criar o desejo pela coisa anunciada; levar a massa ao ato de compra.

Sant’Anna (2001) afirma que a publicidade deve influenciar no comportamento das massas consumidoras. Para tanto, precisa conhecer este alguém, de modo a desvelar sua natureza, ou seja, as necessidades básicas, desejos e paixões que fazem agir os indivíduos, seus hábitos e motivos de compra.

Philip Kotler e Gary Armstrong (1998, p.5) comentam que as grandes empresas têm absoluta ciência das necessidades, desejos e demandas de seus consumidores. Descobrem coisas sobre nós que nem nós mesmos sabemos. Sant’Anna (2001) destaca que os fenômenos publicitários apresentam simultaneamente características de ordem física, fisiológica, psicológica e econômica. As de ordem física envolvem os conceitos de tamanho, cor, disposição gráfica etc., e são realidades em si mesmas. A cor vermelha, por exemplo possui uma longitude de ondas superior à do azul. As de ordem fisiológica dizem respeito aos variados estímulos visuais, olfativos, degustativos, sonoros etc., e atingem estruturas fisiológicas do ser humano produzindo determinados resultados, na forma indicada quando da abordagem genérica destes fenômenos. Exemplo disso é a música de *rock* que excita, a música clássica que acalma.

De acordo com Sant’Anna (2001), a prática da publicidade se organiza por princípios psicológicos que intencionam vulnerar o cidadão, aqui visto predominantemente como consumidor. São eles pois:

- a) *atenção*: é a capacidade de concentração da consciência sobre um objeto;
- b) *inibição*: é a faculdade que tem a nossa consciência de, a cada momento, deixar de lado tudo que a cerca, permitindo a concentração sobre um único objeto;
- c) *interesse*: prestamos tanto mais atenção num objeto quanto mais ele nos interessa. O interesse depende das inclinações, das tendências de cada pessoa;

Há quem diga que a mídia está muito mais vinculada às práticas de entretenimento do que propriamente ao processo de culturação humano

d) *memória*: é a faculdade de lembrar-se dos fatos, ou a faculdade de conservar, reproduzir e reconhecer os estados de consciência anteriores, relacionando-os com nossa experiência passada;

e) *percepção*: é o registro de um objeto em nossa consciência;

f) *imagem*: é a representação de uma percepção anterior. Em propaganda define-se imagem como sendo os conceitos ou preconceitos intelectuais ou emotivos existentes na mentalidade do público, em torno de um produto, um serviço ou de uma empresa;

g) *imaginação*: é a faculdade de reviver na consciência objetos ausentes no momento. É a faculdade de formar imagens de coisas não percebidas naquela ocasião, ou a faculdade de representar objetos ausentes;

h) *emoção*: é toda perturbação violenta e passageira do tônus afetivo. Resulta de uma modificação súbita no meio que nos cerca. É uma oscilação do nível mental e é sempre causada pela presença de um fenômeno representativo em nossa consciência. Só nos emocionamos quando conhecemos algo de novo ou de inesperado. É a consciência que temos das modificações orgânicas que se produzem após a percepção de um estímulo de natureza afetiva;

i) *vontade ou ato voluntário*: é aquele em que o indivíduo escolhe sua forma de agir. É a capacidade do indivíduo agir segundo suas preferências;

j) *conduta*: é toda forma de ação do indivíduo, é tudo que o homem diz ou faz, ou se prepara para fazer;

k) *necessidades biológicas*: são os fatores dinâmicos da conduta. A necessidade é uma ruptura do equilíbrio do organismo;

l) *desejo*: é a expressão consciente da necessidade;

m) *associação de ideias*: é a capacidade que temos de unir as ideias, os fatos, as lembranças, os sentimentos existentes em nosso espírito;

n) *motivação*: é a predisposição para o indivíduo agir de uma maneira determinada. Na prática é o mesmo que preparação.

Com base no exposto acima, acreditamos que o trabalho da publicidade tem sido o de conseguir estimular essas predisposições, a fim de induzir o consumidor a realizar determinada conduta, para que seja tomada uma decisão no sentido da compra. Nesse contexto, as necessidades humanas acabam por ser agrupadas e observadas com a finalidade de que seja possível o alcance de um melhor resultado publicitário, ou seja, o aumento do consumo. Desprovida de qualquer tipo de freio, a mídia publicitária orienta as suas ações disseminando mensagens que vão ao encontro das seguintes temáticas e valores: ambição; amor à família; aparência pessoal; apetite; aprovação social; atividade; atração sexual; beleza; conformismo; conforto; cultura; curiosidade; economia;

evasão psicológica; impulso de afirmação; segurança; saúde. A psicologia da publicidade, ampara-se na existência de uma necessidade que pode ser despertada por um estímulo, tendo como objetivo fazer com que o indivíduo tenha consciência desta necessidade. Para tanto, é gerado um estado de atenção, interesse, desejo e ação.

A atenção se voltará para o produto ou serviço, pois a publicidade fará com que o destinatário da mensagem os conheça. Como ato contínuo, procura implantar no consumidor a ideia de que aquele “objeto” apresentado poderá satisfazer sua necessidade despertada. Atingido esse objetivo, está criado o desejo, a consciência da necessidade, momento em que são avaliados aspectos como a qualidade, uso, conveniência e o preço, para, posteriormente, ser tomada a decisão de adquirir o “bem da vida”:

“(...) compramos em termos de desejo e não em termos racionais. Compramos aquilo que nos agrada e não o que nos é útil. Não compramos o que realmente precisamos, mas sim o que desejamos – isto é, o que as nossas forças afetivas nos impulsionam a comprar” (Sant’Anna, 2001, p. 92).

Conforme Moraes *et alii* (2011), para a obtenção destes resultados existem três fatores de influência na psicologia das massas que são absorvidos na prática publicitária: a sugestão, a imitação e a empatia.

A sugestão representa a ideia ou um plano de ação que o indivíduo aceita incondicionalmente. É a faculdade de aceitarmos uma ideia exterior sem exame, sem submetê-la à crítica, sem termos um fundamento racional. Ela atua através do sentido afetivo da mente e não através do conteúdo racional.

As formas de sugestão são estas:

- *repetição* – o estímulo é repetido tantas vezes, que é introjetado na psique humana, criando uma representação veraz;

- *pela convicção* – quando nos expressamos com convicção, conquistamos confiança do nosso interlocutor;

- *pela atmosfera* – “a atmosfera que circunda um objetivo ou que emana do anúncio é um veículo sutil de sugestão, desde que adequada ao produto.”

Na imitação realizamos uma infinidade de coisas em nossa vida que decorrem do que vemos os outros fazerem. Imitar é uma tendência inata do ser humano, como a sugestão, da qual é o aspecto ativo.

A empatia é o aspecto coletivo ou sentimental da sugestão-imitação. É a capacidade de nos identificarmos espiritualmente com outras pessoas, experimentar os mesmos sentimentos que elas experimentam, ou viver mentalmente situações que desejamos experimentar. Quando lemos um romance ou assistimos a um filme, tendemos a nos identificar com o herói (ou

heroína), ficamos aflitos sempre que ele está em dificuldades e deliciamo-nos quando tudo acaba bem. Podemos considerar estes sentimentos como empatia porque estamos mais a colocar-nos na situação do herói do que a imitar qualquer expressão de alegria ou pesar que o autor tenha criado.

Randazzo (1997) afirma que os anúncios publicitários tendem a se estruturar a partir dos seguintes preceitos: atrair a atenção (o anúncio deve ser visto ou percebido); despertar o interesse (seu conteúdo deve ser percebido pelo destinatário); criar a convicção (o anúncio deve ser acreditado); provocar uma resposta (o anúncio deve levar a alguma ação); ficar na memória (a coisa ou serviço anunciada deve ser lembrada).

Além dos elementos constituintes da publicidade já abordados, destacamos o processo de mitologização que, conforme Randazzo (1997), envolve os nossos sonhos e fantasias.

2.1. A mitologia, a mídia e a construção da identidade do consumidor

A mitologia foi objeto de estudo de Carl Gustav Jung (2010), que, a partir de estudos psiquiátricos feitos com pacientes que expressavam imagens arcaicas e padrões de pensamentos que não podiam ser explicados por suas histórias pessoais, identificou a existência de imagens semelhantes às localizadas na mitologia, na alquimia e em outras antigas fontes mitopoéticas (sentidas pela alma).

Para tanto, definiu Jung (apud Moraes, 2009, p. 284) que “os mitos, assim como os sonhos, são na verdade projeções que emanam da alma ou da psique inconsciente. Os mitos representam sonhos coletivos, aspirações instintivas, sentimentos e padrões de pensamento da humanidade que parecem estar implantados nos seres humanos e que de alguma forma funcionam como instintos ao amoldarem o nosso comportamento”.

Citando James Heisig, Randazzo (1997, p. 58) escreve que mitologizar se resume naquilo que “inclui todas as formas de ficção narrativa simbólica mostrando padrões recorrentes universais e coletivos de resposta psíquica às experiências da vida (...) qualquer representação humana vista sob a perspectiva da alma”.

Valendo-se destas realidades, Sal Randazzo comprova que “os anunciantes venderem produtos mitologizando-os, envolvendo-os nos nossos sonhos e fantasias”.

Para tanto, os anunciantes se valem dos arquétipos do “guerreiro” – o homem forte, solitário e suficiente –, por exemplo, para vender cigarros, ou

do arquétipo da “grande mãe”, mostrando esta figura para vender marca de “sopa”, ou ainda do arquétipo da “saúde”, a fim de introduzir na mente do consumidor que o yogurt lhe trará benefícios de tal ordem.

As aproximações entre a mitologia e a publicidade permitem que uma empresa, por intermédio de sua marca e valendo-se dos mitos publicitários por ela criados, assuma na mente do consumidor determinados contornos, atingindo o fenômeno da personificação. Ou seja, como se a marca fosse de fato uma pessoa, terá ela condições de estabelecer relações diretas de afinidade com o destinatário da mensagem.

O processo de personificação é feito pelas agências de publicidade de maneira bastante fácil. Para tanto, são agrupadas pessoas, digamos em número de 30, e lhes são distribuídos questionários iguais, com perguntas sobre uma determinada marca que lhes é apresentada. São feitas perguntas tais como: se IBM ou microsoft ou qualquer outra marca que esteja sendo personificada, se fosse comprar um carro, adquiriria um automóvel popular ou uma mercedes? Se fosse jantar, jantaria no restaurante A (mais humilde) ou no B (sofisticado)? Que idade teria a marca sob personificação? Mais de 30 ou menos de 30 anos? Seria ela um homem ou uma mulher? E assim sucessivamente... Com isso se obtém a personalidade da marca e, definido isso, irá ser buscado o público alvo que se identifique com esta personalidade. Ou seja, pesquisas mostraram que vender, por exemplo, bebidas achocolatadas para pessoas idosas seria um completo fracasso. Este tipo de produto deve ser oferecido a jovens, desportistas, que necessitam de energia para gastá-la nas suas atividades ordinárias.

Na atualidade
não é o mercado
que comanda
a produção,
mas a produção
que comanda o
mercado

Nessa perspectiva a publicidade, conforme Moraes (2009, p. 216):

“(...) é o meio que nos permite ter acesso à mente do consumidor, criar um inventário perceptual de imagens, símbolos e sensações, que passam a definir a entidade perceptual que chamamos de marca. Dentro desse espaço perceptual da marca podemos criar sedutores mundos e personagens míticos que, graças à publicidade, ficam associados a nosso produto e que finalmente passam a definir nossa marca.”

As práticas publicitárias embasam suas ações a partir do investimento na aprendizagem associativa. Como agência de regulação, a mídia publicitária em geral apresenta um projeto educativo em que o lugar do aprendente (cidadão

consumidor) é o de sujeito passivo, que recebe, absorve acriticamente o que lhe ensinam sobre a relação entre seres humanos e objetos, entre o ser e o poder. A roupa vestida, o estilo de vida, o corte de cabelo, o sapato, a casa onde se vive, tudo está relacionado com a imagem interior que temos de nós mesmos, funcionando de igual forma quando da apresentação publicitária das marcas, com o auxílio dos arquétipos coletivos que existem, *a priori*, na mente humana.

O papel da publicidade é o de posicionar a marca na mente do consumidor, através da criação de uma “mitologia da marca que transmite importantes benefícios baseados no produto ou de cunho emocional/psicológico, que por sua vez servem para posicionar a marca, tanto no mercado quanto na mente do consumidor” (Moraes, 2009, p. 223).

A mitologia se transforma numa ferramenta de ensino e de aprendizagem associativa, passiva, ao mesmo tempo em que permite uma devassada utilização do aparelho psíquico humano. Há por detrás das intenções explícitas do que é propagado pela mídia um projeto de humanidade, uma intenção de educação que intenta formar sujeitos pouco reflexivos, vulneráveis, portanto, à cultura das imagens dadas, da promessa da felicidade instantânea, da crença na realização oriunda da compra de produtos da moda, do vício por ter, ter e ter, ainda que não se conheçam os motivos pelos quais nos aventuremos, sem sentido e sem medida, ao universo fugaz do consumo inconsciente.

Por vezes a publicidade atua em um patamar básico, movimentando as mitologias por intermédio de envolvimento em entretenimento, diversão, mero prazer. Em outras ocasiões, enfeita a realidade do produto, do serviço ou da marca, relativamente às suas propriedades, benefícios, características. Outras mitologias atuam em nível sociológico, defendendo valores culturais e até mesmo espirituais ou cosmológicos.

O principal recurso da publicidade veiculada pela mídia é a criação de um vínculo emocional com o sujeito, a partir dos mitos, dos arquétipos que habitam o inconsciente coletivo, os quais emergem de maneira imperceptível para o consumidor, determinando que adote uma conduta específica direcionada para a utilização ou aquisição de produtos ou serviços.

Por fim, a mídia publicitária se vale dos mecanismos inconscientes humanos para semear desejos – os quais se identificam perfeitamente com as nossas ausências originárias (desejo se caracteriza pela presença de uma ausência) – e levar-nos ao consumo irracional, com a finalidade de aliviar temporariamente as tensões relativas aos espaços vazios dos quais somos constituídos, ou seja, à nossa natural incompletude.

2.2. O locus da mídia eletrônica com conteúdo publicitário: internet ou televisão?

Os estudos sobre os efeitos das mídias eletrônicas e digitais são diversos e divergentes quando se trata de pensar na cognição e massificação cultural humana. Setzer (2012), ao referenciar um estudo de Carr (2010, apud Setzer, 2012) que resultou no livro *O que a internet está fazendo com os nossos cérebros*, destaca que os efeitos dessa tecnologia têm gerado o seguinte: estímulo à distração, modificação da estrutura do cérebro humano, influência na maneira de pensar e se comportar, perda da calma interior e do autocontrole, dificuldade na reversão do processo. O autor demonstra que a cognição humana se modela também a partir das experiências de caráter tecnológico a que o sujeito se submete:

“Quando começamos a usar uma nova tecnologia intelectual, não trocamos imediatamente de um modo mental para o outro. O cérebro não é binário. Uma tecnologia intelectual exerce sua influência deslocando a ênfase do nosso pensamento. Embora mesmo os usuários iniciais da tecnologia frequentemente sintam as mudanças nos seus padrões de atenção, cognição e memória, à medida que seu cérebro se adapta à nova mídia, as mudanças mais profundas ocorrem mais lentamente, ao longo de várias gerações, conforme a tecnologia passa a impregnar cada vez mais o trabalho, o lazer e a educação – todas as normas e práticas que definem uma sociedade e sua cultura. Como o modo como lemos está mudando? Como o modo como escrevemos está mudando? Como o modo como pensamos está mudando? Essas são as perguntas que deveríamos estar fazendo, tanto a respeito de nós mesmos como de nossos filhos” (Carr, 2010 apud Setzer, 2012).

Em relação ao poder de transformação intelectual e ao poder da internet sobre os seres humanos, diz Carr (2010 apud Setzer, 2012) o seguinte:

“Uma coisa é muito clara: se, conhecendo o que sabemos sobre a plasticidade do cérebro, nos propuséssemos inventar uma mídia que refizesse nossos circuitos cerebrais o mais rápida e inteiramente possível, provavelmente terminaríamos projetando algo que se pareceria muito com a internet e que funcionaria de modo muito semelhante. Não apenas porque tendemos a usar a internet regular e mesmo obsessivamente. É que ela descarrega precisamente o tipo de estímulos sensoriais e cognitivos – repetitivos, intensivos, interativos, aditivos [viciantes] – que se demonstrou resultarem em fortes e rápidas alterações dos circuitos e funções cerebrais. Com exceção dos alfabetos e dos sistemas de números [sistemas numéricos, para ser mais preciso no termo matemático], a internet bem pode ser a tecnologia individual mais poderosa de alteração da mente de uso geral. No mínimo, é a mais poderosa desde o livro.”

O que é preocupante, no entanto, são as consequências que a cultura da internet produz em termos da organização cognitiva de cada um de seus usuários e, consequentemente, da sociedade alfabetizada digitalmente:

“As mídias tradicionais, mesmo as eletrônicas, são reformatadas e reposicionadas quando realizam a passagem da distribuição *on-line*. Quando a net absorve uma mídia, recria-a à sua própria imagem. Não somente dissolve a forma física da mídia; injeta hiperlinks no conteúdo da mídia, quebra o conteúdo em porções buscáveis e circunda o conteúdo com os conteúdos de todas as outras mídias que absorveu. Todas essas mudanças da forma do conteúdo também mudam a maneira como o usamos, experimentamos e mesmo o compreendemos. (...) Os links não apenas nos indicam trabalhos relacionados ou suplementares; eles nos impulsionam rumo a eles. Eles nos encorajam a roçar uma série de textos em vez de dedicar atenção continuada a qualquer um deles. Os hiperlinks são planejados para capturar a nossa atenção. Seu valor como ferramentas de navegação é inseparável da distração que causam” (Carr, 2010, apud Setzer, 2012).

Conforme o autor, o que não estamos fazendo quando estamos *online* também tem consequências neurológicas. Assim como neurônios que disparam juntos conectam-se juntos, neurônios que não disparam juntos não se conectam juntos. Como o tempo que gastamos vasculhando web pages encolhe o tempo que passamos lendo livros, como o tempo que gastamos trocando mensagens de texto medidas em bites encolhe o tempo que passamos compondo sentenças e parágrafos, como o tempo que gastamos pulando entre links encolhe o tempo que dedicamos à contemplação na quietude, os circuitos que dão suporte a essas antigas funções intelectuais enfraquecem e começam a se romper. O cérebro recicla os neurônios e as sinapses não usadas para outros trabalhos mais prementes. Ganhamos novas habilidades e perspectivas, mas perdemos as antigas.

Setzer (2012) trata, ainda, dos efeitos indesejáveis da exposição de crianças e jovens à televisão, demonstrando que essa máquina acaba por promover a alienação do pensamento e da ciência humana com relação à sua própria existência. Além disso, ressalta o aspecto da dependência. Muitas pessoas não conseguem ficar em casa sem ligar a televisão. Pois bem, e quais são os conteúdos que ela promove? Conforme o autor, como já comprovado neurofisiologicamente, o aparelho de TV induz um estado de sonolência nos telespectadores. Por essa razão ela produz a gravação das imagens diretamente no inconsciente. Todas as vivências de uma pessoa ficam gravados nele. A grande diferença da TV com relação ao texto escrito, é que este último exige atenção

para ser compreendido. A gravação das imagens no inconsciente produziu um casamento perfeito entre a TV e a propaganda. Cerca de 2/3 dos gastos com propaganda no Brasil vão para a TV – não só por ser o veículo de comunicação mais difundido (98% dos lares no Brasil têm pelo menos um aparelho de TV), mas porque essa propaganda funciona: grandes empresas não iriam gastar rios de dinheiro em propaganda na TV se ela não funcionasse. Ela funciona devido à gravação das imagens transmitidas diretamente no inconsciente. Como decorrência lógica, o telespectador pode sentir um desejo por um determinado produto sem saber por que. Em outras palavras, a TV tem um efeito subliminar por natureza. O efeito de distração produzido pela internet, talvez produza o mesmo efeito subliminar em relação à propaganda que ela exibe. Basta observar a página inicial de qualquer site de banco, de empresa, de jornais e de muitas instituições e associações, para se verificar que, em geral, tem uma quantidade imensa de informações, em forma de caixas de textos, imagens e, muitas vezes, animação. Páginas com enxurradas de seções distintas tornaram-se um padrão na internet, de modo que uma página que não tenha esse formato parece deslocada, antiquada. Certamente nenhum usuário observa atentamente cada um desses trechos da tela, de forma que os que não são observados passam a ter um efeito subliminar, já que são registrados pelo inconsciente.

O processo de personificação é feito pelas agências de publicidade de maneira bastante fácil

Setzer (2012) acredita que a propaganda é a ciência, a técnica e a arte de influenciar pessoas a fazerem algo que não fariam sem essa influência. O efeito subliminar representa parte dessa influência – talvez a mais essencial. Nesse sentido, e conforme o autor, aparelhos com tela são ideais para se produzir esse efeito; só a existência de uma frase ou figura ao lado de um texto que se está lendo já o produz.

Corroborando com Setzer (2012), o ser humano deveria estar desenvolvendo cada vez mais consciência sobre os seus atos no mundo contemporâneo, o que implicaria a reflexão que antecipa a ação. Contudo, a sociedade globalizada e organizada pela obtenção do capital, semeia subliminarmente valores e comportamentos alinhados à propaganda que vão justamente contra essa tendência.

Na pesquisa que logo abaixo descreveremos, vamos aferir as relações que os sujeitos estabelecem com esses tipos de mídia e o quanto imaginam que suas escolhas são determinadas pelas mesmas.

3. A pesquisa

Conforme mencionado anteriormente, realizou-se um estudo exploratório, de caráter qualitativo, com 20 alunos, 10 homens e 10 mulheres, de cursos técnicos de uma instituição pública federal brasileira, com idade entre 20 e 30 anos. A esses sujeitos foram aplicadas entrevistas semiestruturadas que continham as seguintes perguntas:

- 1) Quanto tempo do teu dia tu usas navegando na internet?
- 2) Quanto tempo do teu dia tu usas assistindo televisão?
- 3) Sabes dizer se tu conhecestes na televisão ou na internet os últimos produtos que compraste ou que desejas comprar?
- 4) Tu acreditas que a internet ou que a televisão influenciam de forma direta nas tuas ações de consumo? Se tu tivesses que dar uma nota para essa influência, de 0 a 10, que nota darias?

A seguir, divulgamos no quadro abaixo as respostas obtidas na coleta de dados:
Dados obtidos:

Questões	Respostas
Quanto tempo do teu dia tu usas navegando na internet?	De 0 a 2 horas: 2 sujeitos De 2 a 4 horas: 4 sujeitos De 4 a 6 horas: 1 sujeito Mais de 6 horas: 13 sujeitos
Quanto tempo do teu dia tu usas assistindo televisão?	De 0 a 2 horas: 13 sujeitos De 2 a 4 horas: 07 sujeitos De 4 a 6 horas: 0 sujeito Mais de 6 horas: 0 sujeito
Sabes dizer se tu conhecestes na televisão ou na internet os últimos produtos que compraste ou que desejas comprar?	Sim: 10 sujeitos Não: 4 sujeitos Não sabe: 6 sujeitos
Tu acreditas que a internet ou que a televisão influenciam de forma direta nas tuas ações de consumo?	Sim: 4 sujeitos Não: 10 sujeitos Não sabe: 6 sujeitos
Se tu tivesses que dar uma nota para essa influência, de 0 a 10, que nota darias?	Nota 8: 4 sujeitos Nota 2: 10 sujeitos Nota 5: 6 sujeitos

3.1. *Análise dos dados obtidos*

Os dados obtidos no estudo exploratório revelam que a maioria dos estudantes passa mais de seis horas diárias navegando na internet. Nesse sentido, estariam na condição de sujeitos com “cérebros malabaristas”, ou seja, cuja capacidade de concentração e aprofundamento de informações seria mínima. Conforme Carr (2010):

“(...) quando estamos on-line, entramos em um ambiente que promove a leitura descuidada, o pensamento apressado e distraído e o aprendizado superficial. É possível pensar profundamente enquanto se surfa na net, assim como é possível pensar superficialmente enquanto se lê um livro, mas não é o tipo de pensamento que a tecnologia encoraja e recompensa.”

A condição intelectual de malabarista facilita, sem dúvida, a absorção de mensagens subliminares típicas da propaganda e do estímulo à sociedade consumista e não de consumo. Há que se perceber a diferença entre as duas, uma vez que a primeira trata de viver para consumir e a segunda envolve justamente o consumir para viver. Não é difícil perceber a condição de vulnerabilidade psicológica, política, de consumo, a que estão submetidos os alfabetizados digitais quando, do alto da sua intimidade tecnológica, “escolhem” gastar seus dias como borboletas virtuais, pousando de flor em flor, sem, porém, desvendar os segredos e fragrâncias de nenhuma delas.

Com relação à condição de telespectadores, os estudantes entrevistados demonstraram estar muito mais vinculados à internet do que às influências televisivas. Este é, sem dúvidas, um aspecto interessante a se destacar, na medida em que, com o advento da internet, a televisão, em muitos contextos, foi relegada a uma tecnologia de classe inferior. A sensação de protagonismo que a internet proporciona ao seu usuário faz com que ele experimente a ruptura com a passividade televisiva e, como consequência, misture os cenários da vida real com os da vida virtual. Nada se ajusta melhor a essa equação do que a propaganda – a propaganda que abusa dos conhecimentos mitológicos, que explora os aspectos inconscientes humanos e que, em conjunto com as novas tecnologias, aposta de forma perversa na ideia de singularidade humana.

Quando os estudantes são questionados sobre por que vias conheceram os objetos que consumiram nos últimos tempos, 50% afirma que foi através da internet ou da televisão. O restante transita entre o não saber e a recusa de que tais tecnologias tenham influenciado suas práticas de consumo. Inusitadas, no entanto, são as respostas seguintes. Somente quatro estudantes acreditam sofrer influência da internet e da televisão, por meio da propaganda, é claro, no que se refere às suas ações de consumo. Os demais 16 estudantes acreditam não sofrer influência das mídias aqui tratadas ou afirmam desconhecer essa

informação. Tal posicionamento pode ser aferido na última questão, quando 10 estudantes “quantificam” em “2” a influência midiática dirigida às suas escolhas para compras.

O estudo aqui apresentado revela que estudantes jovens e adultos, no contexto investigado, incorporaram a navegação virtual em seu cotidiano e, portanto, operam intelectualmente de modo “malabarista”. Nesse sentido, são alvo relativamente fácil das ações publicitárias, na medida em que não têm consciência de sua fragilidade nessa relação: cidadão/consumidor X propaganda/aumento e acúmulo do capital. Apostando na difusão do sentimento de protagonismo, o universo virtual age de forma perversa do ponto de vista do consumo porque se utiliza, inclusive, do tráfico de informações pessoais para, de forma subliminar e inconsciente, conduzir o sujeito à ação desejada pela mídia. Com cérebro malabarista, o consumidor digitalmente alfabetizado, passa a ser a marionete do circo virtual, cuja plateia, com entrada franca, são os donos dos modos de produção, os verdadeiros interessados na manutenção da condição acrítica desses sujeitos.

4. Considerações finais

O estudo aqui apresentado encaminha a necessidade de que se reflita sobre a formação do homem da sociedade contemporânea. As agências educativas têm sido bastante omissas neste quesito, bem como as instâncias legais e governamentais que, sob o lema da liberdade, justificam a disseminação de um novo tipo de escravidão: o consumismo.

Consumismo e consumo: faces de uma mesma moeda? O primeiro vincula-se a um projeto de mundo e de homem traduzido pela banalização, pelo descarte, pelo descuido, pela destruição, pelo instantâneo e imediato. O segundo, se comprometido, alia-se à ideia de mundo sustentável, fundado em valores de preservação, de respeito, de dignidade, de valorização da vida em seu sentido pleno.

No mundo do consumismo estão os malabaristas, as marionetes, o circo. No mundo do consumo estão os homens, com toda a sua simbologia e profundidade, com sua capacidade de reflexão, com sua disposição para aprender e ensinar, para compartilhar, para exercer a cidadania.

Estamos, pois, diante de um dilema: que mundo queremos? Que lugar almejamos ocupar? O de reguladores ou o de regulados? Vivemos no mundo do consumismo e a propaganda nos educa a consumir de forma ilimitada, desenfreada. A educação, por sua vez, assume uma neutralidade tão assustadora

que nos faz crer estar de mãos dadas com a mídia comprometida com a manutenção do poder econômico. Nesse cenário somos regulados.

Para vivermos na era do consumo, com seu caráter sustentável, é fundamental rompermos com a condição intelectual malabarista e dispensarmos mais atenção à prática consequente, à reflexão, à não massificação. Isso só será possível diante de projetos educativos firmes e consistentes, que se implementem ao longo de toda a vida, além da elaboração de novos dispositivos legais de natureza preventiva e remediativa, que protejam o cidadão das armadilhas que a sociedade consumista lhe impõe. Não se trata de uma utopia – mas, sim, da possibilidade concreta de um mundo melhor.

Referências

- ANOHN, T. P. *Teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: FGV, 1976.
- CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DURANDIN, Guy. *As mentiras na propaganda e na publicidade*. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997.
- GADE, Cristina. *Psicologia do consumidor e da propaganda*. São Paulo: Epu, 1998.
- Consumismo infantil, um problema de todos*. Disponível em: <<http://www.institutoalana.org.br>> Acesso em: 28 de abr. 2011.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JUNG, Carl Gustav. *Memórias, sonhos e reflexões*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- KOTTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de marketing*. Tradução de Vera Whately. Rio de Janeiro: Prentice Hall do Brasil, 1998.
- LOPES, A. Paraguassú. *Ética na propaganda*. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.
- MORAES, Márcia et alii. *O papel da mídia publicitária na formação da identidade popular: de reguladora a regulada*. Ciências e Letras, vol.49, Porto Alegre, 2011.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *O princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- PINHO, J.B. *Comunicação em marketing: princípios da comunicação mercadológica*. Campinas: Papirus, 2004.
- SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- SANT'ANNA, Armando. *Propaganda: teoria, técnica e prática*. São Paulo: Pioneira, 2001.
- SANTOS, Gilmar. *Princípios da publicidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
- SETZER, Valdemar. *Meios eletrônicos e educação: uma visão alternativa*. São Paulo: Escritura, 2011.
- SETZER, Valdemar. *O que a internet está fazendo com nossas mentes?* In <http://www.ime.usp.br/~vwsetzer/internet-mentes.html> acesso em 20 de junho de 2012.

COMÉRCIO ELETRÔNICO NA PERSPECTIVA DE ATUALIZAÇÃO DO CDC

NEWTON DE LUCCA*

Mestre, Doutor, Livre-Docente, Adjunto e Titular pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo, onde leciona nos Cursos de Graduação
e Pós-Graduação

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar as questões fundamentais relativas ao comércio eletrônico bem como a proteção do consumidor no âmbito da internet. Além disso, será, igualmente, objeto de análise a legislação brasileira aplicável à matéria, em especial o Código de Defesa do Consumidor, incluindo-se, também, os projetos de lei em andamento que visam introduzir modificações relativas ao comércio eletrônico na referida ordenação pátria

EXCERTOS

“A partir do advento dessa nova sociedade, decorrente das inúmeras inovações tecnológicas ocorridas, testemunha-se o surgimento do comércio eletrônico e, também, de um novo tipo de consumidor”

“O comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que e têm por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços”

“O direito do consumidor, não pode ser compreendido tão somente como uma disciplina tutelar, mas, também, como um elo fundamental do mercado, com função essencial para que se complete o ciclo de relações econômicas, constituindo-se, sob certo ângulo de análise, um objetivo social a ser atingido em razão dos superiores valores da dignidade humana”

“Para alguns especialistas, o direito de arrependimento previsto no artigo supracitado, não deve ser aplicado ao comércio eletrônico, com base na argumentação de que é o consumidor quem vai ao estabelecimento virtual do fornecedor, não havendo venda fora do estabelecimento comercial”

“Inexiste diferença ontológica entre o ato de comprar um produto pela televisão ou mediante um folder que recebo em minha residência e aquela feita pelo monitor de meu computador”

I. Considerações introdutórias: O advento da sociedade digital e do comércio eletrônico

Não obstante as numerosas discussões que a questão suscita, é inquestionável, no mundo atual, a ocorrência de profundas modificações, não somente no plano social, mas também no campo político e econômico. Surge uma nova era para a humanidade, caracterizada pelo advento de inovadoras tecnologias da informação, que transformaram de modo substancial os canais pelos quais dá-se a declaração da vontade humana.

No capítulo 2 do *Livro Verde* produzido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, em setembro de 2000, podem ser lidas as seguintes considerações: “Assistir à televisão, falar ao telefone, movimentar a conta em terminal bancário e, pela Internet, verificar multas de trânsito, comprar discos, trocar mensagens com o outro lado do planeta, pesquisar e estudar são hoje atividades cotidianas, no mundo inteiro e no Brasil. Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos – em geral sem uma percepção clara nem maiores questionamentos – a viver na Sociedade da Informação, uma nova era em que a informação flui a velocidades e em quantidades há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais. Como essa revolução vem acontecendo? Que consequências tem trazido para as pessoas, as organizações e o conjunto da sociedade? São perguntas cuja importância mal percebemos e que, na maioria das vezes, não nos preocupamos em responder.”

Em decorrência do aparecimento dessas novas tecnologias, passamos a nos deparar com aquela que é, repetidamente, chamada de *Sociedade da Informação* ou *Sociedade Digital* e sobre a qual cumpre fazer algumas indagações.

Como perfeitamente assinala José de Oliveira Ascensão¹, a *Sociedade da Informação*, não seria, propriamente, um conceito técnico, parecendo mais um mero slogan, acrescentando-nos que “Melhor sealaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar a mensagem como informação.”

De minha parte, inspirado fundamentalmente nas ideias do filósofo Pierre Lévy, gostaria de entrever, na era que se acha em formação com o aparecimento das novas tecnologias, não apenas uma *Sociedade da Informação*, mas uma verdadeira *Sociedade do Conhecimento*².

Discorrer sobre temas que estão imbricados nessa nova sociedade – seja ela denominada *digital*, *da informação* ou *do conhecimento* –, constitui uma tarefa extraordinária. O jurista, com efeito, é um ser refratário a toda a inovação.

Falar-se em relações entre direito e cibernética não desperta nele nenhum entusiasmo, salvo para aqueles que sejam absolutamente conscientes da radical historicidade do fenômeno jurídico a que se referiu, com propriedade, Pérez Luño³.

A partir do advento dessa nova sociedade, decorrente das inúmeras inovações tecnológicas ocorridas, testemunha-se o surgimento do comércio eletrônico e, também, de um novo tipo de consumidor – o do consumidor internauta –, tornando-se necessária a criação de normas com o objetivo de protegê-lo, como já se mostra tão claro no cenário da economia tradicional, e de forma mais nítida com relação a esse novo personagem já que ele, aventurando-se por “mares nunca d’antes navegados”, teve a sua vulnerabilidade acentuada⁴. É o que se examinará a seguir.

Vale ressaltar que o comércio eletrônico, tema de importância fundamental atualmente, não dependeria, em princípio, de uma abordagem jurídica para a sua implementação. Mas todo comércio pressupõe uma relação social, não havendo relação social – pelo menos potencialmente falando – que seja estranha ao direito.

O direito é uma ciência que trabalha com conceitos e a primeira questão que surge para a análise é: no que consiste o chamado *comércio eletrônico*?

Ao abordar o tema ora em discussão, assim discorre Davara Rodriguez⁵:

“Por comercio electrónico podemos entender tanto la compra de productos o servicios por internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado, o el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la consulta de información, con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sinfín de actividades de similares características realizadas por medios electrónicos; pero, para no perdernos en ambigüedades, entenderemos, en un sentido amplio, que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación comercial y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecución del fin comercial, o en el resultado de la actividad que se está desarrollando.”

Mas esse próprio autor tem cuidado em explicar que muitas outras atividades eletrônicas podem ser realizadas sem que intervenham as telecomunicações, alegando ainda que, mesmo que elas não intervenham, não será necessário que a operação ou transação se efetue por meio da *internet*⁶, exemplificando que também se tratará de uma operação de comércio eletrônico, no sentido por ele proposto, a simples consulta de um saldo com cartão eletrônico em um caixa automático.

Em nosso meio tem-se definido o comércio eletrônico como “a oferta, a demanda e a contratação a distância de bens, serviços e informações, realizadas dentro do ambiente digital, ou seja, com a utilização dos recursos típicos do que se denominou convergência tecnológica”⁷.

Pode-se dizer, então, de uma forma bastante simplificada, que o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que e têm por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços. Por serem celebradas, como se afirmou, no âmbito do espaço virtual, devem ser consideradas como feitas a distância, tal como se entendeu, acertadamente, na União Europeia. Utilizam-se, evidentemente, de um *meio* eletrônico e baseiam-se em documentos com os quais a ciência jurídica não se revela ainda acostumada, pois não se irão necessariamente exteriorizar tais relações jurídicas pela forma escrita. Daí a importância que passa a ter, no âmbito do comércio eletrônico, a noção de *documento eletrônico*⁸.

O comércio eletrônico não dependeria, em princípio, de uma abordagem jurídica para a sua implementação

O crescimento dessa *nova economia* é bastante significativo. Segundo pesquisa da *e.bit*, empresa especializada em informações do comércio eletrônico nacional, as vendas de bens de consumo pela internet, no ano de 2011, totalizaram R\$ 18,7 bilhões, valor 26% superior a 2010, quando o setor faturou R\$ 14,8 milhões. Foram 9 milhões de novos consumidores, sendo que desse total, 61% são pertencentes à classe C. Totalizaram-se 32 milhões de consumidores que compraram, ao menos uma vez, via *web*.

Segundo dados do *e-commerce*, site informativo sobre o comércio eletrônico, o Brasil é o quinto país com maior número de usuários da internet, ficando atrás, somente, da China, Estados Unidos, Índia e Japão.

Um dos fatores que contribuiu para esse crescimento, de acordo com a *e.bit*, foi o fato de as empresas, no decorrer do ano, terem investido em logística, tecnologia, centros de distribuição e capacitação de profissionais, o que resultou na diminuição da taxa de atrasos, que caiu de 17% em 2010 para 13% no ano passado, reduzindo, assim, um dos grandes entraves do setor.

Outros dados poderiam ser apresentados, igualmente, para realçar a importância dessa nova realidade representada pelo comércio eletrônico.

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (Procon/SP), instituição pública vinculada à Secretaria de Justiça e da

Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo e que tem por objetivo elaborar e executar a política de proteção e defesa dos consumidores do Estado de São Paulo, publicou, recentemente, no Diário Oficial do Estado e no site do próprio órgão⁹, o Cadastro de Reclamações Fundamentadas, realizado em 2011. Referido documento comprova que ocorreu um aumento significativo de 86%, em relação a 2010, do número de reclamações relativas ao comércio eletrônico. Lê-se no documento: *“A maior presença de empresas de varejo, em especial as de varejo on line entre as mais reclamadas na área de produtos comparativamente ao ano de 2010, é reflexo do crescimento do setor de e-commerce, meio através do qual muitos dos produtos que são objeto das reclamações no ano passado foram ofertados e adquiridos. A possibilidade de contratar serviços, fazer compras ou transações bancárias sem sair de casa, com comodidade, sem dúvida tem sido o grande atrativo para o consumidor que fomenta o avanço desse nicho de mercado em suas diversas modalidades.”*

II. A proteção ao consumidor no âmbito da internet¹⁰

Em razão do crescimento significativo do comércio eletrônico, que abordamos no capítulo anterior, e que o tornou um fator de aquecimento de nossa economia, é necessário assinalar a imperiosa necessidade de uma legislação rigorosa e bem estruturada sobre o tema, bem como da efetiva proteção do consumidor.

Esclarece Marco Aurélio Greco, ao tratar das questões decorrentes do avanço tecnológico ora em debate, *in verbis*¹¹:

“O Direito vem sofrendo, igualmente, os reflexos de tais modificações, podendo ser mencionados dois fenômenos atuais que propõem desafios aos juristas, legisladores e aplicadores. Tais fenômenos são, por um lado, os avanços da tecnologia que tornaram realidade o que, alguns anos atrás, não passaria de ficção científica, especialmente no campo da informática e das telecomunicações; e, de outro lado, o fenômeno da globalização, aqui entendida como o perpassar a fronteira nacional, abrangendo não apenas aspectos ligados à economia mas também problemas, conceitos e instrumentos jurídicos.”

Por sua vez, afirma Emílio Tozi¹²: *“A crescente utilização da Internet também para as finalidades comerciais – e não mais apenas para a troca de informações a título de cortesia ou no exercício de atividades institucionais não lucrativas – tem exigido a atenção do jurista sobre uma série de problemas tornados agora mais complexos dada a internacionalidade do fenômeno.”*

É importante salientar que a matéria de proteção ao consumidor, desde a década de sessenta, ganha enorme importância na civilização contemporânea. Desnecessário citar, por certo, os autores nacionais que puseram em realce a insuficiência das normas existentes no direito comum para que essa proteção pudesse, efetivamente, ser eficaz.

Por certo, torna-se despidiendo assinalar-se o conjunto de vantagens trazidas para os consumidores com a utilização do comércio eletrônico, bastando lembrar a comodidade de poder adquirir produtos ou serviços sem sair da própria casa e por preços menores do que os existentes nos estabelecimentos empresariais dos fornecedores¹³.

Mas, por outro lado, para que se tenha uma ideia absolutamente indubitável da extrema vulnerabilidade do consumidor no âmbito da internet, já citada por inúmeros autores, que a puseram em realce, vejamos as seguintes considerações do professor Ricardo Lorenzetti¹⁴:

“Un estudio reciente sobre el comercio electrónico, coordinado por Consumers International, encontró que, al comprar por Internet, el derecho de los consumidores a la reparación de los daños causados es gravemente vulnerado. Solo el 53% de las compañías de los sitios investigados tenía políticas de devolución de bienes, y sólo el 32% proporcionaba información sobre cómo quejarse si algo saliera mal. En algunos casos los bienes nunca llegaron al destinatario, y en otros casos los clientes todavía esperan la devolución del dinero, luego de más de cinco meses de haber devuelto el bien comprado.”

Explica esse autor que as assimetrias já existentes entre fornecedores e consumidores no mundo real – e que, no mundo virtual, não apenas permanecem, como, na verdade, acentuam-se consideravelmente, exacerbando mais ainda a vulnerabilidade do consumidor internauta – são, fundamentalmente, de três espécies: *econômica, informativa e tecnológica*.

Com relação à primeira delas, fácil é rebater o argumento recorrente de que a proteção adicional ao consumidor – a par das normas já existentes no mundo físico e que são, em princípio, aplicáveis ao ambiente digital – seria desnecessária em razão da interatividade existente na internet, propiciando uma espécie de *revival* da liberdade de contratar das partes... Tal observação contém apenas meia verdade, se é que se pode chegar a tanto... Com efeito, os contratos celebrados via *internet* costumam ser, indubitavelmente, verdadeiros contratos de adesão, nos quais o consumidor não dispõe de praticamente nenhuma condição de negociar. Os grandes conglomerados empresariais e suas visíveis e invisíveis interligações com o poder político, os mecanismos de controle de preços mefistofelicamente exercidos pelos oligopólios, a sedução

exercida pela publicidade e pelo *marketing* agressivo etc. etc., tudo revela a extrema fragilidade do consumidor diante de tais circunstâncias...

O mesmo professor Ricardo Luis Lorenzetti já se houvera posicionado anteriormente nesse sentido, conforme se depreende do seguinte trecho¹⁵:

“Já há muito tempo a literatura e a filosofia anteciparam seus pronunciamentos em torno da ingênua representação de um mundo tecnologicamente desenvolvido e democrático e assinalaram os enormes riscos em matéria de concentração e controle social. Parece que a novidade e a ingenuidade desconhecaram toda essa bagagem cultural e essa falta nos leva a ignorar que a tendência atual na Rede se orienta no sentido da criação dos grandes grupos que estabelecem alianças que acabam por guiar o ‘navegante’ por caminhos sinalizados segundo conveniências pré-determinadas.”

No que toca à segunda assimetria, de natureza informativa, também é fácil perceber que o consumidor internauta acha-se desamparado, segundo Lorenzetti, seja por causa da intangibilidade e do hermetismo do produto adquirido, seja por este ser alterável e flexível, seja, finalmente, pela sua inserção num “complexo sistema de relações”, composto de múltiplas interações com outros sujeitos e outras partes¹⁶.

Por derradeiro, no que concerne à assimetria tecnológica, o referido autor põe em realce a *diferença cognoscitiva* do meio empregado, mostrando que o *marketing* invasivo acentua-se na internet, por propiciar que se faça publicidade na própria casa do consumidor, induzindo a expectativas irresistíveis de comportamentos de consumo não apenas nele, mas, igualmente, em todos os membros da família, gerando até mesmo conflito entre eles...

Como se já não bastassem todas essas dificuldades para o consumidor internauta – a recomendar que os países editem leis internas sobre o comércio eletrônico, tal como venho apregoando em relação ao Brasil – ¹⁷, o caráter naturalmente cosmopolita existente na internet, com numerosas relações de consumo celebradas entre fornecedores e consumidores domiciliados em diversos países e até em continentes distintos, com delicados e complexos problemas não apenas de legislação aplicável, mas de jurisdição aplicável, torna mais crucial ainda a necessidade de pensar-se, com a urgência possível, numa convenção internacional entre o maior número de países, dada a extrema precariedade das soluções que poderão ser obtidas pela via do direito internacional privado.

Neste sentido duas observações parecem-me pertinentes. Diz respeito a primeira delas, ao que já foi tentado no âmbito do continente europeu, com a edição das Convenções de Bruxelas e de Lugano e da Diretiva 97/7, da Comunidade Econômica Europeia, com caráter vinculante aos países que dela

fazem parte. Segundo tais normas, especialmente pelo art. 2º da Convenção de Bruxelas, serão competentes para julgar demandas os tribunais do domicílio do réu quando a transação efetuada envolver pessoas que tenham domicílio em países distintos¹⁸.

Quanto à segunda observação, é de registrar-se que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, pelo seu Grupo de Trabalho IV, relativo ao comércio eletrônico, durante o 39º período de sessões, realizadas entre 11 e 15 de março de 2002, na cidade de Nova Iorque, elaborou um anteprojeto de convenção internacional versando sobre a contratação eletrônica, revelando certo grau de amadurecimento de tal ideia.

Convém destacar, no entanto, que os debates travados por esse grupo de trabalho parecem revelar avanços consideráveis, de um lado, mas uma situação ainda bastante embrionária, de outro. Exemplo do primeiro caso, sem dúvida, reside no resultado obtido após uma discussão preliminar acerca do âmbito de aplicação do instrumento em estudo. Não obstante uma posição no sentido de que, em razão da urgente necessidade de serem introduzidas normas jurídicas necessárias para trazer segurança e previsibilidade ao regime internacional que rege as transações baseadas na internet e em outras transações comerciais eletrônicas, deveria o grupo de trabalho concentrar seu esforço nas questões surgidas na contratação eletrônica, exclusivamente na esfera da compra e venda internacional de bens corpóreos (A/CN. 9/484, § 95). Terminou por prevalecer o entendimento segundo o qual “*tal vez convendría formular normas armonizadas que rigieran las transacciones internacionales distintas de las compraventas de bienes muebles corporales en el sentido tradicional*” (Ibidem, § 115).

A desprezível
importância que
se dá ao estudo da
relação jurídica de
consumo não é um
fenômeno apenas
brasileiro...

Exemplo da situação ainda embrionária a que se fez referência, de outro lado, estaria, a meu ver, nas exclusões promovidas pelo mencionado grupo de trabalho. Exatamente a contratação eletrônica celebrada entre fornecedores e consumidores, por razões de ordem vária – estando expressamente referida, entre elas, a *dificuldade prática* de distinguir certas transações com consumidores das que são realizadas apenas entre empresários – ficou fora do campo de aplicação do documento em estudo.

Como se percebe, a desprezível importância que se dá ao estudo da relação jurídica de consumo não é um fenômeno apenas brasileiro...

III. A legislação brasileira e os atuais projetos de lei apresentados ao Senado

Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontram-se elencados no art 3º de nossa Constituição os seguintes: construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I): erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III).

Gustavo Tepedino, chamando a atenção para a importância da significação dos artigos iniciais de nossa Constituição Federal, vinculadores do legislador ordinário aos valores consagrados nos balizamentos constitucionais, destaca, com propriedade:

“A Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos de direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar, em seus quatro primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento.”⁹

Relativamente ao consumidor, a Constituição Federal estabelece preceitos da mais alta relevância para a devida compreensão das diretrizes interpretativas de toda a disciplina normativa existente, de natureza infraconstitucional.

O dispositivo constitucional mais importante relacionado à defesa do consumidor na Constituição da República, de 1988, é o que segue:

– art. 5º, inciso XXXII:

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

A par da fundamental norma constitucional constante do artigo acima transcrito, podem ser mencionadas, igualmente, as seguintes disposições do art. 129, inciso III, que dispõe: *“São funções institucionais do Ministério Público :(...) III – promover o inquérito civil e a ação pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”*

Mais adiante temos:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V – defesa do consumidor.”

Por fim, em cumprimento ao disposto no artigo 49 das Disposições Transitórias de referido diploma, foi promulgada a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida por todos como Código de Defesa do Consumidor, o qual passou a regular as relações e contratos de consumo, visando proteger o

consumidor, ou seja, aquele que adquire ou utiliza um produto ou um serviço como destinatário final.

Vale ressaltar, no entanto, que o direito do consumidor, não pode ser compreendido tão somente como uma disciplina tutelar, mas, também, como um elo fundamental do mercado, com função essencial para que se complete o ciclo de relações econômicas, constituindo-se, sob certo ângulo de análise, um objetivo social a ser atingido em razão dos superiores valores da dignidade humana.

Outro passo importante que foi dado na busca da proteção dos direitos dos consumidores e da preservação dos direitos e garantias previstos em nossa Carta Magna foi a elaboração do projeto de lei intitulado Marco Civil na Internet, e que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados sob o nº 2126/2011, o qual prevê importantes determinações relativas aos princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil, como se verifica em seu artigo 2º, *in verbis*:

“Art. 2º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos:

(...)

V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.”

Resta assinalar, por outro lado, que em 14 de março último, foram entregues ao presidente do Senado Federal os projetos de lei que visam a atualização do Código de Defesa do Consumidor, e que introduzem modificações em três áreas específicas: comércio eletrônico, superendividamento e ações coletivas, *“incluindo normas principiológicas sobre a proteção dos consumidores no âmbito do crescente fenômeno do comércio eletrônico”*.

Considerando o tema do presente artigo, é imperioso ressaltar as modificações introduzidas no âmbito do comércio eletrônico, em especial as alterações do art. 49 do CDC, sobre o qual falaremos no capítulo seguinte, em razão das inúmeras discussões que o tema acarreta.

Entre as modificações contidas no referido projeto de lei destacam-se a proposta de criação de uma nova seção no CDC para cuidar do comércio eletrônico, na qual estariam previstas normas assegurando a disponibilização de informações do fornecedor do produto ou serviço, relativas à sua identificação, endereço geográfico etc., em local visível do site, bem como *“a confirmação pelo fornecedor de recebimento de aceitação de oferta, inclusive eletrônica, de produtos e serviços”*.

Outra alteração diz respeito a proibição imposta ao fornecedor de produtos e serviços de enviar *spam* e mensagens eletrônicas não solicitadas a consumidores com os quais não tenham qualquer relação de consumo anterior ou que,

expressamente, manifestaram a sua recusa ou estão inscritos em cadastros de bloqueio de recebimento de oferta ou comunicação telefônica, eletrônica ou de dados.

Por fim, vale ressaltar que foi instituída a pena de suspensão e proibição de oferta e de comércio eletrônico para os fornecedores que cometerem práticas abusivas contra os consumidores.

Em sua justificativa, a Comissão de Juristas alega:

“É imprescindível a atualização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) na matéria, em razão da crescente utilização do meio eletrônico para a aquisição de produtos e serviços. Ademais, os órgãos de defesa do consumidor e o Poder Judiciário, cada vez mais, recebem demandas oriundas de relações de consumo estabelecidas no fornecimento à distância. Torna-se, assim, imperiosa a adoção de normas que possam reforçar direitos e prevenir litígios.”

IV. O direito de arrependimento: a aplicação do artigo 49 do CDC

Trataremos, neste capítulo, de questão que tem gerado muitas discussões no meio jurídico, merecendo, portanto, análise mais detalhada, e que diz respeito à possibilidade de aplicação do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do CDC, nas aquisições de produtos feitas no âmbito da internet.

Referido artigo determina, *in verbis*:

“O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

Para alguns especialistas, o direito de arrependimento previsto no artigo supracitado, não deve ser aplicado ao comércio eletrônico, com base na argumentação de que é o consumidor quem vai ao estabelecimento *virtual* do fornecedor, não havendo venda *fora do estabelecimento comercial*.

Afirmava o professor Fábio Ulhoa Coelho a respeito, *in verbis*²⁰:

“O artigo do CDC não deve ser aplicado ao comércio eletrônico, porque não se trata de negócio concretizado fora do estabelecimento comercial. O consumidor está em casa, ou no trabalho, mas acessa o estabelecimento virtual do empresário;

encontra-se, por isso, na mesma situação de quem se dirige ao estabelecimento físico. O direito de arrependimento é reconhecido ao consumidor apenas nas hipóteses em que o comércio eletrônico emprega marketing agressivo. Quando o website é desenhado de modo a estimular o internauta a precipitar-se nas compras, por exemplo, com a interposição de chamativos ícones movimentados, em que as promoções sujeitam-se a brevíssimos prazos, assinalados com relógios de contagem regressiva, então é aplicável o art. 49 do CDC. Caso contrário, se o website não ostenta nenhuma técnica agressiva, o direito de arrependimento não se justifica.” (grifos do autor).

Nunca foi essa, efetivamente, minha opinião. Inexiste diferença ontológica entre o ato de comprar um produto pela televisão ou mediante um folder que recebo em minha residência e aquela feita pelo monitor de meu computador. Em qualquer um dos casos, não tive acesso *físico* ao produto e, no mundo real, poderá ele não corresponder às expectativas que tinha dele quando o adquiri por qualquer um dos meios retro mencionados.

Conforme já assinalai em outro artigo²¹: *“A posição prevalecente na doutrina, no entanto, é no sentido da aplicabilidade do art. 49 do CDC aos contratos telemáticos porque, na verdade, não se trata, no caso, do problema da chamada compra por impulso, em razão de políticas agressivas de marketing, mas da não correspondência do produto, adquirido por intermédio do monitor – vale dizer, sem o contato com o bem no mundo real –, com as expectativas que dele fazia o consumidor adquirente. Não se cuida na hipótese, do prazo de reflexão propriamente dito, para o qual os sete dias são necessários para que haja a existência de, pelo menos, um fim-de-semana para que o consumidor possa adequadamente refletir sobre a efetiva necessidade de sua aquisição, mas sim de prazo para que ele manifeste a sua não concordância com as expectativas que tinha relativamente ao objeto de sua contratação.”*

O professor Fábio Ulhoa Coelho, revendo a questão, assume nova posição, afirmando: *“Esse dispositivo, se ficarmos em sua literalidade, seria aplicável ao comércio eletrônico. Mas não é apropriado estabelecer que qualquer ato de consumo praticado via Internet poderia ser desfeito pelo consumidor arrependido, no prazo de sete dias. Pense numa operação financeira qualquer, realizada por meio de Internet-banking, como uma aplicação em fundo, transferência de numerário ou contratação de empréstimo. Não é razoável supor que sete dias depois o consumidor pudesse unilateralmente desfazer a operação apenas porque se arrependeu do ato praticado. Por outro lado, é inegável que o contato físico (visual e mesmo tátil) do consumidor com o produto que pretende comprar transmite-lhe informações que nenhuma página na Internet é capaz de fornecer. Por mais que a foto do eletrodoméstico seja*

fiel e apresente detalhes; por mais que ela gire 360º, o contato físico com o produto de mostruário na loja permite ao consumidor ter uma idéia mais completa do que estará adquirindo, se concluir pela compra.

De um modo geral, o artigo 49 do CDC pode ser aplicado ao comércio eletrônico sempre que houver menos informações sobre o produto ou serviço a adquirir nesse canal de venda do que no comércio físico. Quer dizer, não há direito de arrependimento se o consumidor puder ter, por meio da Internet, rigorosamente as mesmas informações sobre o produto ou serviço que teria se o ato de consumo fosse praticado no ambiente físico e não no virtual. Quer dizer, se o site permite ao consumidor ouvir as faixas de um CD e apresenta todas as informações constantes da capa e contracapa (isto é, franquia rigorosamente tudo a que teria acesso o mesmo consumidor se estivesse examinando o produto numa loja física), então não há razões para reconhecer o direito de arrependimento. Por outro lado, por mais informações que preste o site, o usuário da Internet não tem como abrir a porta de geladeira ou “sentir” o tamanho do aparelho televisor. Nesse caso, se o contato físico com o produto, quando da entrega, desperta o sentimento de arrependimento do ato da compra, deve ser reconhecido o direito ao consumidor ao desfazimento do contrato.

Com o enfoque aqui apresentado sobre o art.49 do CDC, revejo, em parte, minha posição sobre o tema.”

Ainda sobre o tema, devemos analisar a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na aquisição de bens que se integram imediatamente ao patrimônio do consumidor (como é o caso dos CDs, programas de computador etc.), o qual, mesmo com a subsequente devolução daqueles, beneficiar-se-á com o enriquecimento sem causa.

A legislação de alguns países (Itália, Portugal, entre outros) está determinando a *impossibilidade* do exercício do direito de arrependimento em tais hipóteses, o que se justifica de certa maneira, tendo em vista a circunstância de que o produto passa a integrar-se, desde logo, no patrimônio do comprador.

Sou partidário, no entanto, da introdução de uma ressalva no sentido de ser possível aquele exercício nos casos de *comprovada boa-fé* por parte do consumidor, harmonizando-se, assim, o disposto no art. 49 do CDC com o princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 4º, III, do mesmo diploma legal.

Sobre a presente discussão, em artigo meu anterior, ressaltei:

“Argumentou-se sem nenhuma razão, que a ampla possibilidade de exercício do direito de arrependimento poderia dar margem a abusos por parte de consumidores destituídos de boa-fé... Aludia-se, então, à existência de caso concreto, ocorrido em São Paulo, em que o consumidor adquirira um automóvel importado, de alto luxo,

pela internet. Convidado, pela própria programação do site da revendedora a realizar o test-drive do veículo na empresa, o comprador se recusara a fazê-lo, conseguindo a entrega do próprio bem em sua casa, após sucessivas “clicações” indicativas da operação final de aquisição do automóvel. Depois de ter rodado com ele mais de mil quilômetros, optou por exercer o direito de arrependimento no último dia do prazo, exigindo a devolução do que havia pago. Tal exemplo, contudo – ainda que verídico –, é imprestável para dizer que a relação não foi de consumo e que a ela não se poderia aplicar a legislação consumerista. Contra-argumentei, então, que se a má-fé estivesse porventura caracterizada – o que, efetivamente, só poderia ser verificado após cuidadoso exame do caso concreto –, aplicar-se-ia a norma principiológica, prevista no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual os fornecedores e consumidores são obrigados a manter a mais estrita boa-fé na relação de consumo, afastando-se, em razão disso, a aplicação do art. 49.”

Ressalte-se, também, que o já mencionado projeto de lei, que visa atualizar o Código de Defesa do Consumidor, no tocante ao comércio eletrônico, introduz modificações no art. 49 do CDC, ora analisado, ao dispor de forma mais detalhada sobre o direito e as obrigações do consumidor e do fornecedor relativos ao exercício do direito de arrependimento, conforme verificamos, *in verbis*:

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

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

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

I – estornar imediatamente o valor;

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

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

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

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

§ 6º É obrigação do fornecedor:

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

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

(...)

Diante do exposto reafirmo a minha posição no sentido da aplicabilidade do art. 49 do CDC ao comércio eletrônico, pois não se trata somente de inibir a compra por impulso, incentivada pela publicidade convincente ou pelo *marketing* agressivo, mas sim, da não correspondência do produto adquirido por meio do monitor do computador – vale dizer, sem o contato com o bem no mundo real –, com as expectativas que dele fazia o consumidor adquirente.

Notas

*Outras qualificações do autor:

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito Gvlaw. Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da UNINOVE. Presidente do TRF da 3ª Região – biênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

¹ Cf. *A Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra editora, 1999, p. 167.

² Numa entrevista levada ao ar pelo Programa Roda Viva, da TV Cultura, no ano 2000, o referido filósofo, com clareza de ideias e fluência verbal impressionantes, expôs, em linhas gerais, a perspectiva dessa sua ideia que, nos anos posteriores, viria confirmar-se plenamente.

³ Cf. Pérez LUÑO, *Cibernética, Informática y Derecho – Un análisis metodológico*, Bolonia: Publicação do Real Colégio de España, p.11.

⁴ Alguns autores, especialmente os que defendem os interesses dos empresários que atuam nas áreas da informática e da telemática, insistem na ideia de que os consumidores internautas, pelo grau de cultura que possuem e pelo nível sócio-econômico no qual se inserem, não deveriam ser considerados vulneráveis – nem mesmo hipossuficientes – não carecendo de proteção normativa especial.

⁵ Cf. *Manual de Derecho Informático*, 3. ed., Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001, pp. 187/188. Teresa Pasquino (Cf. *Comércio eletrônico na União Europeia (Mercado Telemático)*, tradução de Érica de Oliveira Hartmann, edição IBEJ – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 2003,

p. 49, pp. 41 e ss.), em síntese feliz, diz que comércio eletrônico é “o conjunto de relações negociais que se instauram entre sujeitos por meio do uso de instrumentos informáticos e telemáticos”.

⁶ A palavra *internet* será utilizada, ao longo de presente artigo, sempre com o “i” minúsculo, como parece ser mais adequado. Assim me manifestei anteriormente sobre essa escolha (*Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13, nota de rodapé), fundado nas razões expostas pelo professor Le Tourneaux, citado por Christiane Féral-Schuhl, que ora me permito reproduzir: “*Faut-il rappeler, avant de commencer, que le mot ‘internet’ n’est pas une marque, mais un nom générique qui, comme tel, doit recevoir un article (l’internet) et point de majuscule, exactement comme le téléphone, le minitel la radio, le telex ou la télévision*” (extraído de la revue *Expertises*, janvier, 1999, p. 419).” Sendo vários os conceitos possíveis da palavra (rede das redes, meio ou técnica de comunicação à distância, conjunto de redes interconectadas, novo meio de consumo, conjunto de lugares, superautopista, “*ampla reunião de rede de computadores cadeia de redes que convida à troca de diferentes tipos de dados e à prestação de serviços variados no mundo inteiro, a todas as pessoas equipadas de um computador munido de um modem*” etc., forçosa a conclusão de seu caráter polissêmico, como bem anotado por Marco Antônio Zanellato (*Condutas Ilícitas na Sociedade Digital*, in *Revista do Direito do Consumidor* nº 44, outubro-dezembro de 2002, p. 210). Como alguns desses seus vários sentidos apontados são extremamente assemelhados, poder-se-ia dizer que *internet* é um vocábulo *plurívoco analógico*.

⁷ Cf. artigo intitulado *Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão*, de Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi, in *Revista de Direito do Consumidor* nº 36, outubro-dezembro de 2000, p. 105.

⁸ Era escusado chamar a atenção, talvez, para essa distinção, tão clara ela se nos apresenta. Dizem os autores citados na nota de rodapé anterior (idem p. 109): “*Evidentemente, não se pode confundir o contrato eletrônico com o que se denomina de forma genérica por documento eletrônico, até porque o contrato, enquanto categoria jurídica, se distingue do instrumento documental, dos diversos atos preparatórios tendentes à sua formação e dos diversos atos operacionais destinados à sua execução.*” (grifos dos autores)

⁹ (www.procon.sp.gov.br)

¹⁰ Estar-me-ei valendo fundamentalmente, no presente capítulo, da palestra proferida, originalmente, em espanhol, na Universidade Litorânea de Santa Fé, na Argentina, no dia 24 de agosto de 2001, intitulada *La protección del consumidor en el ámbito de la internet*.

¹¹ Marco Aurélio GRECO, *Internet e Direito*, São Paulo: Dialética, 2000, p.11.

¹² Emilio TOZI, Prime osservazioni sull’applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1999, pp.591/607.

¹³ Cf. Elsa Dias de Oliveira, *A proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Coimbra: Almedina, 2002.

¹⁴ Cf. *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, pp. 218/219.

¹⁵ Primeiramente em *Tratado de los Contratos*, Argentina, Santa Fé: Rubinzaul-Culzoni Editores, abril de 2000, Tomo III, Capítulo LXVII, *Informática, Cyberlaw, E-Commerce*, p. 833 (repblicado

no Brasil, em *Internet e Direito – Aspectos Jurídicos Relevantes*, cit., pp. 419 e ss.) e, posteriormente, em *Comercio Electrónico*, cit., p.10.

¹⁶ Marco Antônio Zanellato, entre nós (Condutas Ilícitas na Sociedade Digital, art. cit., pp. 214 e 215), chama a atenção para a “frequente insuficiência de informações essenciais ao consumidor por parte dos provedores de acesso, normalmente sobre a prestação do serviço ofertado, o preço do serviço, informações de ordem técnica sobre os produtos ou serviços etc.”, concluindo, com inteira razão, que “isso equivale a dizer que as ofertas de acesso à Internet carecem de *transparência*, que, no sistema positivo brasileiro, foi elevada à condição de um dos princípios basilares da defesa do consumidor (CDC, art. 4º, *caput*).

¹⁷ Não obstante uma única áspera crítica que fiz ao anteprojeto da Comissão de Informática da OAB-SP, relativa aos arts. 33 e 34 no sentido de que somente a assinatura digital do Tabelião, lançada em cópia eletrônica de documento físico original, teria o valor de autenticação – e que ficou superada tanto com a edição de Medida Provisória 2.200-2, criadora do ICP-Brasil, quanto pelo texto do projeto atualmente em tramitação no Congresso Nacional – sempre defendi ardorosamente a edição de uma lei sobre comércio eletrônico no Brasil, a exemplo do que já ocorreu em outros países. Ao contrário do que sustentam muitos, aliás, não considero condenável a referida MP (ainda que, indubitavelmente, temas como a assinatura eletrônica e certificação digital não possam ser considerados *urgentes* em termos de competência legislativa...) tendo ela apresentado solução *técnica* que me pareceu plenamente acertada, apenas sendo insuficiente para o desenvolvimento global do comércio eletrônico, posto que restrita, exclusivamente, ao âmbito da assinatura digital e da certificação eletrônica. Seria muito interessante, a propósito, que se obtivesse consenso no sentido de um texto legal que abarcasse tanto o conteúdo das normas constantes da MP 2.200-2 quanto todos os demais aspectos fundamentais ao desenvolvimento do comércio eletrônico, tais como a edição de normas complementares à proteção ao consumidor, à responsabilidade dos provedores e assim por diante.

¹⁸ V., no entanto, regras específicas no direito inglês, como o *Sale of Goods Act*, estabelecendo a possibilidade de o autor propor a ação em seu domicílio, por levar-se em consideração, no caso, o lugar onde a imperfeição terá sido descoberta.

¹⁹ Cf. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 205.

²⁰ *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, Saraiva, 2000, p. 49.

²¹ *Aspectos....* cit., pp. 112/113.

Referências

ASCARELLI, Túlio. *Obbligazioni Pecuniarie*, Bolonha-Roma: Ed. Zanichelli e Foro Italiano, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade da Informação*, in *Direito da Sociedade da Informação*, vol. I, Coimbra editora, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, in *Revista dos Tribunais*, vol. 775, ano 89, maio de 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 3, São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*, 3º Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos*, publicado no livro *Direito e Internet*, vol.II, Aspectos Jurídicos Relevantes, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

_____. *Novas Fronteiras dos Contratos Eletrônicos nos Bancos*, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 6, nº 21, julho/setembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet*, in Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo, coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Saraiva – série GVLaw, 2009.

_____. *Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da Informática e suas consequências para a pesquisa jurídica*, in *Direito & Internet*, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da Informática e seu impacto no mundo jurídico*, publicado na obra coletiva *Direito e Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*, editada pela Edipro em convênio com o Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor de *Internet – IBCI*, 1a. ed., São Paulo, 2000.

_____. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*, São Paulo: Saraiva, 2003.

FINKIELKRAUT, Alain. *Revista trimestral de informação do Ministério das Relações Exteriores*, intitulada Label France nº 38, janeiro de 2000.

FONSECA, Eduardo Gianetti. *Felicidade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*, São Paulo: Dialética, 2000.

GUSDORF, Georges. *A Agonia Da Nossa Civilização*, São Paulo: Editora Convívio, 1978.

HABERMAS, Juergen. *A nova transparência. A crise do Estado do Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas* (tradução de Carlos Alberto Marques Novaes), Revista Novos Estudos nº 18, Cebrac, setembro de 1987.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*, São Paulo: Editora 34, 2º reimpressão, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

_____. *Informática, Cyberlaw, E-Commerce*. *Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*, obra coletiva, São Paulo: Edipro, 2000.

LUÑO, Pérez. *Cibernética, Informática y Derecho – Un análisis metodológico*, Bolonia: Publicação do Real Colégio de España, 1976.

LYNCH, Daniel; LUNDQUIST, Leslie. *Dinheiro Digital – O Comércio na Internet*, São Paulo: Campus, 1996.

- MALONE, John. *O futuro ontem e hoje, de Júlio Verne a Bill Gates*, Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.
- MARQUES, Claudia Lima. *Sociedade de Informação e Serviços Bancários: Primeiras Observações*, in Revista de Direito do Consumidor, n. 39, julho/setembro de 2001.
- MORÓN, Esther. *Internet y Derecho Penal: 'hacking' y otras conductas ilícitas en la red*, in Revista de Derecho y Processo Penal, Pamplona: Arazandi Editorial, 1999, n. 1.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Introducción al Derecho del consumidor*, Revista de Derecho Privado y Comunitário, n. 5.
- NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*, tradução de Sérgio Tellaroli, 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- OLIVEIRA, Elsa Dias de. *A proteção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Coimbra: Almedina, 2002.
- PASQUINO, Teresa. *Comércio eletrônico na União Europeia (Mercado Telemático)*, tradução de Érica de Oliveira Hartmann, edição IBEJ – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 2003, p. 49.
- SANTOS, Manoel J. Pereira e ROSSI, Mariza Delapieve. *Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão*, in Revista de Direito do Consumidor nº 36, outubro-dezembro de 2000.
- SARRA, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y derecho – Aspectos Jurídicos de los negocios en Internet*, Buenos Aires: Astea, 2000.
- SPENGLER, Oswald. *O Homem e a Técnica* (tradução de João Botelho), 2. ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 205.
- TERCEIRO J.B.. *Sociedade Digital*, Madrid, 1996.
- TOZI, Emilio. *Prime osservazioni sull'applicabilità della disciplina generale della tutela dei dati personali a Internet e al commercio elettronico*, in Il Diritto dell'informazione e dell'informática, 1999.
- WALD, Arnold. *A teoria da moeda de Tulio Ascarelli e suas repercussões no direito brasileiro*. Revista de Direito Mercantil nº 38, abril-junho/1980.
- _____. *Um novo Direito para a nova Economia: os contratos eletrônicos e o Código Civil*, in Direito e Internet – Relações jurídicas na sociedade informatizada (obra coletiva coordenada por Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001) e, in O Direito Civil no Século XXI, obra coletiva coordenada por Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo: Saraiva, 2003.
- WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade, o uso de seres humanos*, tradução de José Paulo Paes, São Paulo: Cultrix, s/d.
- ZANELATO, Marco Antônio. *Condutas Ilícitas na Sociedade Digital*, in Revista do Direito do Consumidor nº 44, outubro-dezembro de 2002.

DA TUTELA DO CONSUMIDOR EM PORTUGAL E DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JORGE DIAS DUARTE

Procurador-Coordenador dos Juízos e Varas Cíveis de Gaia

EXCEROTOS

“Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”

“Surgindo a intervenção do Ministério Público por impulso próprio ou porque tal intervenção lhe foi solicitada externamente, a sua ação inicia-se, desde logo, pela abertura de um processo administrativo”

“A interpretação da declaração negocial não pode, em negócios formais (caso do contrato de seguro, regulado pela legislação comercial), acolher um sentido que não tenha no texto um mínimo de correspondência”

“Finalmente, não posso deixar de referir o relevantíssimo papel que, também nesta área, o Ministério Público pode/deve desempenhar nas tantas vezes ‘malqueridas’ (porque incómodas) funções de atendimento ao público...”

Referindo-se aos direitos dos consumidores, o artigo 60º da Constituição da República Portuguesa estabelece expressamente que:

«1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.»

Caracterizando-se, tradicionalmente, o Ministério Público português pela riqueza e diversidade das funções que lhe são cometidas, verifica-se que, atualmente, o n. 1 do artigo 221º da Constituição da República Portuguesa, estabelece que “ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar (...)”, sendo que, em paralelo, o artigo 3º, n. 1, alínea e), do Estatuto do Ministério Público¹ dispõe que “competes especialmente ao Ministério Público: (...) assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos²”, acrescentando que, de acordo com a alínea e) do n. 1 do artigo 5º do mesmo estatuto, em tais casos “o Ministério Público tem intervenção principal nos processos”.

Importa, a este propósito, referir que, sob a epígrafe de “Ações para a tutela de interesses difusos”, o artigo 26º-A do Código de Processo Civil dispõe que “Têm legitimidade para propor e intervir nas ações e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, *bem como à proteção do consumo de bens e serviços*, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o *Ministério Público, nos casos previstos na lei*”.

Sendo estas as primeiras normas convocáveis para definirmos a atuação do Ministério Público na tutela dos direitos dos consumidores, importa, no estrito âmbito da presente intervenção, reter dois diplomas que expressamente se referem à intervenção do Ministério Público nesta área, quais sejam, a **Lei de Defesa do Consumidor** (LDC), ou seja, a Lei 24/96, de 31 de Julho, na redação do DL 67/2003, de 8 de Abril, o qual, por sua vez, foi alterado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio, que transpôs para o direito interno a Diretiva 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, e o

Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais³, plasmado no DL 446/85, de 25 de Outubro, sucessivamente alterado pelo DL 220/95, de 31 de Agosto, objeto da Declaração de retificação 114-B/95, de 31 de Agosto, pelo DL 249/99, de 7 de Julho e pelo DL 323/2001, de 17 de Dezembro.

Nos termos do n. 1 do artigo 2º da Lei de Defesa do Consumidor⁴, “*considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”; mas importa referir que o âmbito da Lei em referência se estende, também, aos bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos 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, tal como dispõe o n. 2 do normativo citado.

Continuando a seguir a mesma lei, verifica-se que o consumidor tem os direitos consagrados no respectivo artigo 3º, ou seja:

- direito à qualidade dos bens e serviços (cfr., também, artigo 4º);
- direito à proteção da saúde e da segurança física (cfr., também, artigo 5º);
- direito à formação e educação para o consumo (cfr., também artigo 6º);
- direito à informação para o consumo (cfr., também, artigos 7º e 8º);
- direito à proteção dos direitos económicos (cfr., também, artigo 9º);
- direito à prevenção e reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos (cfr. artigos 10º a 13º);
- direito à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta (cfr. artigo 14º), e
- direito à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses (cfr. artigo 15º).

Reportando-se a minha intervenção ao papel que o Ministério Público português pode/deve desempenhar na defesa do consumidor, impõe-se referir que, quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos e de harmonia com o disposto na alínea c), do artigo 13º da LDC, o *Ministério Público* (tal como o Instituto do Consumidor) *tem legitimidade activa para intentar as ações previstas nos artigos 10º a 12º da mesma lei*, e designadamente a ação inibitória, a qual, como resulta do n. 1 do artigo 10º da lei em referência, se destina “a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;

- b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;
- c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei”.

Retenha-se que, de acordo com o n. 2 da mesma norma, “A sentença proferida em ação inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar”.

Referindo-me, antes do mais, à legitimidade do Ministério Público para intervir e sendo seguro que a mesma apenas se verificará quando estejam em causa *interesses individuais homogêneos*⁵, *coletivos*⁶ ou *difusos* – e sendo certo, todavia, que a maioria das solicitações efetuadas ao Ministério Público se referem a casos individuais em que o consumidor mais não deseja que reclamar uma indemnização – importa repetir que, em tais situações o Ministério Público não atua em representação, mas *em nome próprio*, por a lei lhe impor que assuma um interesse de caráter social que, por natureza, se não mostra determinado do ponto de vista subjetivo, assim se tratando de uma intervenção oficiosa, no exercício de uma competência específica, para agir no interesse da coletividade.

Compete especialmente ao Ministério Público: assumir, nos casos previstos na lei, a defesa de interesses coletivos e difusos

Nestes casos, o Ministério Público exerce um verdadeiro *poder de intervenção* nas relações jurídico-privadas, que o ordenamento jurídico, em certas circunstâncias reserva ao Estado-coletividade. Este vai, pois, atuar através do Ministério Público como verdadeiro substituto processual dos titulares das relações jurídico-privadas controvertidas, solicitando uma providência jurisdicional com reflexo na esfera dos particulares, com vista à realização direta do interesse público (Lopes do Rego, *Revista do Ministério Público*, ano 11º, n. 41, págs. 48 e 49).

A ação inibitória, no âmbito da LDC, visa a defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, com o objetivo de prevenir, corrigir e/ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, sendo admissível procedimento cautelar, nos termos gerais; no que se refere ao tribunal competente, aplicam-se as regras gerais – cfr. artigos 85º, 86º e 87º do Código de Processo Civil.

Conforme resulta do acima referido, as alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n. 1 do artigo 10º da LDC são meramente exemplificativas, existindo uma relação de especialidade entre a alínea *b)* daquele normativo – “práticas lesivas dos direitos dos consumidores (...) que se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas” – e o artigo 25º do RJCCG; importa, a este propósito, referir que pode haver

cumulação de causas de pedir, *maxime* quando estamos perante uma cláusula nula e uma prática comercial proibida por lei⁷.

De harmonia com o disposto no n. 1 artigo 11º da LDC, *a ação inibitória tem o valor equivalente ao da alçada da Relação mais 1\$00 (atualmente, €0,01), seguindo os termos do processo sumário, e estando isenta de custas*, sendo que “A decisão especificará o âmbito da abstenção ou correção, designadamente através da referência concreta do seu teor e a indicação do tipo de situações a que se reporta” – cfr. n. 2 do mesmo normativo; acresce, ainda, que, de harmonia com o n. 3 do normativo em referência, “Transitada em julgado, a decisão condenatória será publicitada a expensas do infrator, nos termos fixados pelo juiz, e será registada em serviço a designar nos termos da legislação regulamentar da presente lei”, sendo que “Quando se tratar de cláusulas contratuais gerais, aplicar-se-á ainda o disposto nos artigos 31º⁸ e 32º⁹ do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de Agosto” – cfr. n. 4 do artigo citado.

Do acima exposto resulta nítida a intenção do legislador em facilitar este tipo de ações, *maxime* ao estabelecer que a ação inibitória segue os termos do processo sumário, estando isenta de custas.

No que estritamente concerne à isenção de custas, afigura-se que, não tendo sido revogada pelo anterior Código das Custas Judiciais, não obstante o disposto no artigo 25º, n. 1¹⁰, do DL 34/2008, de 26 de fevereiro, que aprovou o novo Regulamento das Custas Processuais, à luz do disposto na alínea f)¹¹ do n. 1 do artigo 4º deste regulamento, e sem prejuízo do disposto no artigo 25º, n. 1, do diploma citado, afigura-se que a mesma isenção se manterá ainda nos dias de hoje¹².

Já no que concerne ao Ministério Público dúvidas não há que está isento de custas, pois que nos termos da alínea a) do n. 1 do artigo 4º do Regulamento das Custas Processuais, o Ministério Público está isento de custas “nos processos em que age em nome próprio na defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados por lei”.

Deve, todavia, referir-se que a isenção de custas apenas abrangerá o autor, atenta a especial natureza das entidades que têm legitimidade ativa, aqui se notando, uma vez mais, um “estímulo” do legislador em assegurar a efetiva tutela dos direitos dos consumidores.

Assim sendo, em caso de procedência da ação deverá(ão) o(s) réu(s) pagar as custas da respectiva responsabilidade, não se afigurando que exista base legal nem qualquer motivo que possa(pudesse) justificar tal isenção¹³. Conforme se referiu já, o valor destas ações excede em 0,01 euros o valor da alçada do Tribunal da

Relação com o que se visa possibilitar *sempre* o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça uma vez que está vocacionado para apreciar estas questões, ou seja, matéria de direito.

Tal como também já referido, *transitada em julgado, a sentença condenatória será publicitada a expensas do autor*, nos moldes fixados pelo juiz, cumprindo aqui referir que o Tribunal Constitucional, no Acórdão 360/01¹⁴, de 12 de Julho de 2001, decidiu julgar não inconstitucional a norma do n. 2 do artigo 30º, do Decreto-Lei 446/85, norma esta que prevê, de forma similar, a publicitação da sentença condenatória.

A ação inibitória pode ser acompanhada de **sanção pecuniária compulsória** (artigo 10º, nº 2, da LDC e artigo 829º-A do Código Civil) dado tratar-se de obrigações de *fato* positivo ou negativo infungíveis.

A sanção pecuniária compulsória “*é a ameaça de uma sanção pecuniária, ordenada pelo juiz, para a hipótese de o devedor não obedecer à condenação principal, visando o cumprimento das obrigações e a eficácia da decisão do tribunal*”¹⁵, tendo uma “*dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis*”¹⁶.

O seu objetivo não é o de indemnizar os danos sofridos pelo credor, mas forçar o devedor a cumprir, vencendo a sua oposição, desleixo, indiferença ou negligência, daí se estipular no artigo 10º, n. 2, da LDC (parte final) que será fixada “*sem prejuízo da indemnização a que houver lugar*”, sendo que a sua aplicação pelo juiz dá lugar à obrigação acessória de pagar uma quantia por cada dia de atraso ou por cada infração, com possibilidade de futura execução.

Na fixação do valor da sanção pecuniária compulsória, o artigo 829º-A, n. 2, do Código Civil estipula que “*será fixada segundo critérios de razoabilidade*”, apelando-se, pois, a um juízo de equidade (artigo 4º, alínea *a*), do Código Civil); no entanto, na fixação da quantia deve atender-se à capacidade económico-financeira do réu, nível de resistência, vantagens e lucros resultantes do incumprimento, de forma a dissuadi-lo de pagar a sanção pecuniária compulsória e a indemnização em vez de cumprir a obrigação principal.

O termo inicial da sanção pecuniária compulsória deve ser fixado na data do trânsito em julgado da sentença condenatória, dado o carácter acessório da sanção em relação à condenação principal; atento este mesmo carácter acessório, em caso de verdadeira impossibilidade de cumprimento da obrigação principal (caso fortuito, força maior, imputável ao devedor ou a terceiro), a sanção pecuniária compulsória não produz efeitos.

Em relação ao termo final, não deverá ser fixado pelo juiz dados os objetivos da sanção pecuniária compulsória, sob pena de limitação do seu papel coercivo.

No que se refere às **cláusulas contratuais gerais**¹⁷⁻¹⁸, dispõe a alínea c) do n.1 do artigo 26º do DL 446/85, de 25 de outubro, que o Ministério Público dispõe de legitimidade ativa para intentar “acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais”, assim podendo atuar oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado, afirmando o n. 2 da mesma norma que o Ministério Público (tal como as demais entidades ali referidas) atua em nome próprio, “embora faça[m] valer um direito alheio pertencente, em conjunto aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada”.

À semelhança do que prevê a LDC, o n. 1 do artigo 29º do RJCCG estatui que “a acção destinada a proibir¹⁹ o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais que se considerem abusivas segue os termos do processo sumário e está isenta de custas”, acrescentando o n. 2 do mesmo normativo que “o valor da acção excede (euro) 0,01 ao fixado para a alçada da Relação”.

Também o n. 2 do artigo 30º do mesmo regime prevê que, a pedido do autor, pode o vencido ser condenado a dar publicidade à proibição, pelo modo e durante o tempo que o tribunal determinar, estipulando o artigo 33º do mesmo regime a sanção pecuniária compulsória.

Valendo para a ação inibitória agora em referência, e contemplada no artigo 25º do RJCCG, a generalidade do anteriormente dito quanto a idêntica ação prevista na LDC, refira-se que também aqui o Ministério Público visa a defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, com o objetivo de obter a proibição judicial de cláusulas que violem os artigos 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º da RJCCC, a boa-fé (artigos 22º e 762º, n. 2, do Código Civil), a ordem pública (artigo 280º do Código Civil) e o abuso de direito (artigo 334º do Código Civil).

Realce-se que o artigo 31º do RJCCG expressamente prevê a possibilidade de ser requerida uma *proibição provisória*, seguindo-se, com as necessárias adaptações o regime dos procedimentos cautelares não especificados.

No que toca ao tribunal competente, rege o artigo 28º do mesmo diploma, assim atribuindo competência ao “tribunal da comarca onde se localiza o centro da actividade principal do demandado ou, não se situando ele em território nacional, o da comarca da sua residência ou sede”, sendo que, caso estas se localizem no estrangeiro, será competente o tribunal do lugar em que as cláusulas gerais foram propostas ou recomendadas.

Uma breve referência ao regime da sanção pecuniária compulsória no RJCCG: na verdade, a leitura do teor do artigo 33º do DL 446/85 deixa a impressão que, só depois da violação da obrigação de abstenção de utilizar ou recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva, por decisão transitada em julgado, é que a sanção pecuniária pode ser requerida e decretada. A ser assim, não passaria de uma verdadeira multa, punindo um comportamento ilícito passado.

O Ministério
Público tem
assumido relevante
papel na tutela
dos interesses dos
consumidores

Atento o teor do artigo 10º, n. 2, da LDC, a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada pelo tribunal na própria sentença que iniba o uso ou a recomendação de cláusulas proibidas por lei, assim, “o art. 33º do Decreto-Lei 446/85 deve ter-se por revogado pelos artigos. 10º, n. 2, e 11º, n. 4, da Lei 24/96”.

Em relação à *legitimidade passiva*, e de harmonia com o disposto no n. 1 do artigo 27º do RJCCG, pode a ação inibitória ser proposta contra quem, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos e contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros.

Salienta-se, ainda, neste campo, a possibilidade de a ação poder ser intentada, em conjunto, contra várias entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas substancialmente idênticas, ainda que a coligação implique infração da regra geral que fixa a competência territorial dos tribunais – cfr. n. 2 da norma anteriormente citada.

Facilita-se, assim, a coligação de demandados, o que reduz o risco de haver decisões judiciais contraditórias sobre a mesma matéria.

Surgindo a *intervenção do Ministério Público* por impulso próprio ou porque tal intervenção lhe foi solicitada externamente, a sua ação inicia-se, desde logo, pela abertura de um processo administrativo, o qual mais não é que um dossier de trabalho e no qual são realizadas todas as diligências adequadas a aferir da concreta necessidade de tutela do interesse concretamente em questão, assim como aferir da melhor forma de, em concreto, atuar.

Procurará, assim, o Ministério Público recolher todos os elementos necessários a tomar uma decisão, qual seja a de arquivar o processo administrativo (*maxime* por entender, à luz dos elementos recolhidos, que a pretensão expressa por um particular não é justificada ou que não se justifica dar entrada de uma

ação em juízo, porque, por exemplo, a entidade que usava formulários contendo cláusulas contrárias à lei, entretanto, mudou os mesmos, não mais se verificando qualquer fundamento para eventual interposição da ação de inibição), ou a de introduzir os fatos em juízo.

Todavia, importa reter que, tal como assinala Cunha Rodrigues²⁰, o Ministério Público “*se encontra desprovido de meios, no foro cível, para a realização de diligências de averiguação, pois os particulares não estão obrigados a cooperar. No Brasil, onde o Ministério Público tem funções semelhantes na protecção dos interesses difusos, a ‘ação civil pública’ pode ser antecedida de um ‘inquérito público’, em relação ao qual existe um dever geral de cooperação*”.

Tal situação contrasta fortemente com aquela que é outorgada ao Instituto do Consumidor, que, para a prossecução das suas atribuições, é considerado autoridade pública, assim gozando dos poderes referidos no n. 2 do artigo 21º da LDC, e desde logo o de solicitar e obter informações, elementos e diligências necessários à salvaguarda dos direitos e interesses dos consumidores – cfr. respectiva alínea a) – assim como, e para além do mais, “ordenar medidas cautelares de cessação, suspensão ou interdição de fornecimentos de bens ou prestações de serviços que, independentemente de prova de uma perda ou de um prejuízo real, pelo seu objecto, forma ou fim, acarretem ou possam acarretar riscos para a saúde, a segurança e os interesses económicos dos consumidores” – cfr. alínea d) da norma em referência.

A título histórico importa, também, referir que, pela Circular 3/94, foi veiculado pela PGR um despacho (datado de 15 de março de 1994), de cumprimento obrigatório para todos os magistrados do Ministério Público que, assim, deviam providenciar pelo envio sistemático e expedito, ao seu gabinete, de fotocópias das intervenções processuais do Ministério Público e das decisões judiciais das várias instâncias que fossem sendo produzidas, na área dos interesses difusos, o que deu origem a um *Boletim de Interesses Difusos*, que começou a ser editado em março de 1994, sendo trimestralmente distribuído por todos os magistrados do Ministério Público que tinham, ou podiam vir a ter, intervenção nessa área.

O boletim em referência deixou de ser publicado em outubro de 2001, tendo sido editados 21 números.

Posteriormente e através do despacho de 2006.05.19, a referida *circular* foi revogada (cfr. despacho veiculado pela Circular 6/2006, da Procuradoria-Geral Distrital do Porto) tendo sido criado um «portal denominado “Interesses Difusos” (disponível no endereço electrónico: www.interessesdifusos.com.pt)²¹ constituído por uma área de informação de acesso público, e uma outra, de acesso restrito a

magistrados do Ministério Público, que integre cumulativamente informação sobre processos e peças processuais que se afigurem especialmente significativas, bem como outros elementos de apoio à acção dos senhores magistrados», tendo, simultaneamente, sido criado o Núcleo de Coordenação de Interesses Difusos, sediado no Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC), da Procuradoria-Geral da República.

Não obstante estas notas de “alguma tristeza”, importa realçar que, no terreno, tem, de *fato*, o Ministério Público assumido um muito relevante papel na tutela dos interesses dos consumidores, *maxime* através de inúmeras ações interpostas nas mais diversas comarcas/círculos, aqui me permitindo destacar a ação do “Núcleo de Contencioso do Estado”, da área cível de Lisboa, que tem, frequentíssimamente, interposto ações na concreta tutela/defesa dos interesses dos consumidores.

A este propósito e valendo-me de exemplos coligidos pelo Procurador-geral Adjunto, João Ferreira Pinto, refiro aqui as seguintes situações:

1) Ação inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Oeiras, contra “AGFA – Gevaert, Lda.” e contra “KODAK Portuguesa, Lda.”, na qual estava em causa a utilização de uma cláusula inscrita no verso dos sacos para transporte e identificação dos filmes, dispondo ela que, se as películas se extraviassem ou fossem estragadas pela Kodak, ou por qualquer companhia subsidiária, a sua responsabilidade se limitava, exclusivamente, à substituição por igual metragem de película virgem.

Na perspectiva do Ministério Público, a exclusão ou limitação da responsabilidade, operada pela cláusula citada, violava o disposto na alínea c) do artigo 18º da LCCG, segundo a qual são absolutamente proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou culpa grave.

A ação foi julgada procedente e, em recurso, confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão de 27 de abril de 1999, que considerou que *“o equilíbrio contratual, o princípio da protecção da confiança, o critério da proporcionalidade, a proibição de se convencionar a irresponsabilidade contratual do devedor e a proibição do abuso da posição dominante são princípios que não foram salvaguardados”* na cláusula em causa, e, como tal, a tornam(tornavam) nula.

2) Ação inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra “ Companhia de Seguros Império, S. A.”

Para o Ministério Público a ré incluía, e utilizava, nos seus contratos de seguro, pré-elaborados, cláusulas abusivas, tais como as que lhe permitiam resolver o contrato sem alegação de qualquer motivo justificativo, fundado na lei ou previsto no próprio contrato, e as que predispunham, para as situações em que a resolução contratual ocorresse por iniciativa do tomador do seguro, uma cláusula penal que possibilitava à seguradora reter 50% do prémio correspondente ao período de tempo não decorrido.

As primeiras violavam o artigo 22º, n. 1, alínea *b*), da LCCG, (segundo a qual são proibidas as cláusulas que permitam, a quem as predisponha, denunciar livremente o contrato, sem pré-aviso adequado, ou resolvê-lo sem motivo justificativo, fundado na lei ou em convenção), e as segundas o disposto no artigo 19º, alínea *c*), da mesma lei, (são proibidas as cláusulas que consagram cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir).

A ação foi julgada improcedente, no despacho saneador/sentença, mas o Tribunal da Relação de Lisboa, por acórdão de 4 de fevereiro de 1999, revogou essa decisão e condenou a ré a *“abster-se de utilizar as cláusulas contratuais gerais supra referidas em todos os contratos de seguro (facultativos) por si comercializados e que, de futuro, venha a celebrar com os seus clientes e a dar publicidade, desta proibição, através de anúncio a publicar em dois jornais diários de maior tiragem em Lisboa e no Porto, durante três dias consecutivos”*.

3) Ação inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Benavente, contra a “Caixa de Crédito Agrícola Mútuo”, de Samora Correia, relativa a cláusula inserta em contrato de mútuo, com vista à aquisição de imóveis.

Do clausulado, pré-elaborado, constava a imposição à parte contratante de uma obrigação pecuniária, de montante certo e exagerado, para as despesas relativas ao incumprimento, e impunha-lhe, também, a renúncia a contestar a liquidação da quantia por ela, arbitrariamente, estabelecida.

No entender do Ministério Público, as cláusulas mencionadas violavam o disposto nos artigos 2º, 3º e 50º, todos do Código de Processo Civil (os dois primeiros estabelecem, respectivamente, a garantia de acesso aos tribunais e o direito ao exercício do contraditório e o último diz que os documentos assinados perante notário, e que imponham uma obrigação, só são títulos executivos se forem acompanhados dos correspondentes documentos de despesa), e o disposto nos artigos 67º e 69º do Código Civil (ninguém pode renunciar, no todo ou em

parte, à sua capacidade jurídica, sendo que a renúncia suprarreferida constitui uma limitação da capacidade jurídica dos mutuários), tudo com referência ao artigo 18º, do DL 446/85.

4) Ação inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca do Porto, contra “Removelar” – Centro de compras familiares.

A Removelar foi condenada, por sentença de 23 de março de 1993, a abster-se de usar determinadas cláusulas por serem nulas.

Era o caso das cláusulas em que o cliente se comprometia a fazer compras num valor determinado, em que a Removelar tinha um poder discricionário no que chamava de “concessão de crédito” e em que não admitia a responsabilidade por atos dos seus auxiliares ou representantes em caso de dolo ou de culpa grave.

Tais cláusulas violavam o princípio da boa-fé pelo desequilíbrio das prestações (artigos 9º, n. 2, 14º e 16º, do DL 446/85, na sua primitiva redação) e a cláusula que não admitia a responsabilidade violava, também, o artigo 18º, alínea *d*), do mesmo diploma, segundo a qual são em absoluto proibidas as cláusulas que excluam ou limitem, de modo direto ou indireto, a responsabilidade por atos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave.

5) Ação inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra “OMNIVIP – Comercialização de Cartões Turísticos, Lda.”, dadas as cláusulas que certificavam que o adquirente ficava ciente dos aspectos jurídicos e das questões materiais decorrentes do contrato de forma a impedi-lo de, futuramente, invocar a invalidade de alguma das suas cláusulas, que estabeleciam um período longo de vigência do contrato, atendendo ao objeto e à natureza do produto comercializado, e que atribuíam competência exclusiva à comarca de Lisboa para as ações judiciais decorrentes do contrato.

A primeira cláusula violava o disposto no artigo 21º, alínea *e*) (atesta conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em aspectos materiais); a segunda o artigo 22º, alínea *a*) (prevê prazos excessivos para a vigência do contrato), e a última o disposto no artigo 19º, alínea *g*) (estabelece um foro competente que envolve graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem), todos da LCCG.

6) Ação inibitória, proposta pelo Ministério Público, na Comarca de Lisboa, contra a “Caixa Económica Montepio Geral”, por, nos contratos de emissão e de utilização de cartões de débito, aquela utilizar cláusulas abusivas.

As cláusulas foram elaboradas de antemão pela ré, limitando-se cada candidato a preencher, nos espaços em branco a isso destinados e constantes do rosto do impresso, a sua identidade e a assinar o contrato sem que se verificasse qualquer negociação individual, entre a ré e a contraparte, quanto ao teor das “condições gerais de utilização”.

Tendo em conta que algumas dessas cláusulas eram abusivas, o Ministério Público pediu que a ré fosse condenada a abster-se de as utilizar, nomeadamente as que procediam à inversão do regime legal do risco, as que modificavam os critérios legais de repartição do ónus da prova, as que permitiam a resolução do contrato sem motivo justificativo e as que definiam o foro convencional.

Com efeito, elas violavam o disposto no artigo 21º, alínea *f*) (altera as regras respeitantes à distribuição do risco, dado o disposto nos artigos 1205º, 1206º, 1144º, 796º, n. 1, do Código Civil, pois, sendo o depósito bancário um depósito irregular e passando as quantias depositadas a ser propriedade do banco, “o perecimento ou deterioração da coisa, por causa não imputável ao alienante, corre por risco do adquirente”), a segunda o disposto no artigo 21º, alínea *g*), e a terceira o artigo 22º, n.1, alínea *b*) (permite resolver o contrato sem motivo justificativo previamente conhecido pelo outro contraente ou fundado na lei), todos da LCCG.

Outro exemplo²²

No âmbito de um processo administrativo, colocava-se a questão de arquivá-lo, ou de elaborar a pertinente contestação, estando em causa um contrato de seguro, denominado “Lar, multi-riscos habitação”, ao abrigo do DL 446/85, de 25 de outubro.

A questão objeto do requerimento consiste essencialmente em saber se estavam cobertos pelo seguro os danos verificados num veículo que se encontrava na garagem, através da análise do contrato, atentas as respectivas condições particulares e gerais.

No contrato de seguro constava um quadro cuja epígrafe se referia a “Capitais” e, dentro deste, a seguradora especificou quais os objetos abrangidos pela cobertura base, e que eram:

- Edifício;
- Conteúdo.

Seguidamente, era mencionada a expressão “Assistência na Habitação”, por baixo da qual a seguradora especificou as “Coberturas Opcionais”, das quais faziam parte:

- Veículos em Garagem;
- Fenómenos sísmicos.

Contudo, no verso daquele contrato, em letras destacadas, estava escrito como título “Coberturas”, sendo que, por baixo do mesmo título, a seguradora colocou em primeiro lugar “Cobertura Base” e, imediatamente a seguir, identificou uma a uma, as situações que se encontravam abrangidas por ela, sendo que ali constava expressamente “Veículos em Garagem – Valor Venal do Veículo”.

Em segundo lugar, escreveu “Cobertura Opcional”, e dentro desta incluiu uma única situação:

- Fenómenos sísmicos.

Ou seja, no rosto do contrato de seguro identificavam-se como objetos seguros pela cobertura base o edifício e conteúdo e como objectos seguros pelas coberturas opcionais os veículos em garagem e fenómenos sísmicos. Por outro lado, no verso do mesmo contrato eram descritos, de forma detalhada, os riscos abrangidos pela cobertura base e opcional, sendo que na denominada cobertura base se encontrava incluído o risco por veículos em garagem – valor venal.

Em virtude do sinistro ocorrido a seguradora pronunciou-se no sentido de que a “cobertura de «Veículos em Garagem» era uma cobertura de carácter opcional que não foi, na circunstância subscrita pelo segurado, negando o pagamento do dano.

No que respeita à interpretação da declaração negocial, dispõe o artigo 236º do Código Civil que a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal colocado na posição do real declaratório possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. “O alcance decisivo da declaração será aquele que em abstrato lhe atribuiria um declaratório razoável, medianamente inteligente, diligente e sagaz, colocado na posição concreta do declaratório real, em face das circunstâncias que este efetivamente conheceu e das outras que podia ter conhecido.” (J. Calvão da Silva, *Estudos de direito comercial*, 1996, pág. 102 e seg. e 217).

A interpretação da declaração negocial não pode, em negócios formais (caso do contrato de seguro, regulado pela legislação comercial), acolher um sentido que não tenha no texto um mínimo de correspondência (artigo 238º, n. 1, do Código Civil). A interpretação das cláusulas dos contratos de seguro resume-se à descoberta do sentido objetivo da declaração negocial (Acórdão da RC de 16/1/79, CJ, 1979, 1º -19).

Ora, uma pessoa medianamente instruída e diligente, colocada na posição do declaratório real, face ao contrato em referência, onde constava como risco

abrangido na cobertura base “Veículos em Garagem – Valor Venal do Veículo”, iria subscrever uma cobertura opcional para “Veículos em Garagem”?

Tal situação não se afigura crível, pois que o declaratório normal pensaria ser desnecessário subscrever uma cobertura opcional, que implica maiores custos, quando o veículo está(estava) abrangido pela cobertura base.

No entanto, independentemente desta interpretação efetuada ao abrigo dos artigos 236º e seguintes do Código Civil, era aplicável ao caso o artigo 11º do DL 446/85, que no n. 2 estatui que “na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente”. Isto é, em caso de dúvida funciona a regra da interpretação mais favorável à contraparte o utilizador de cláusulas contratuais gerais – *in dubio contra stipulatorem*, já que quem introduz unilateralmente cláusulas contratuais gerais tem que suportar o risco de uma certa ambiguidade.

Primeira conclusão: É(era) juridicamente sustentável, atenta a interpretação efetuada, defender que o risco respeitante ao veículo que se encontrava na garagem estava abrangido pela cobertura base do contrato subscrito.

O expoente defende que o Ministério Público deveria intentar ação inibitória com fundamento no disposto nos artigos 15º e 16º do DL 446/85.

Importa referir que o controlo abstrato (ou preventivo) é levado a cabo independentemente da sua inclusão em contratos singulares, trata-se do recurso à ação inibitória em que se pretende que os utilizadores de cláusulas contratuais gerais sejam condenados a abster-se do seu uso.

A ação inibitória *visa tutelar interesses coletivos e difusos* e tem uma estrutura processual (legitimidade, caso julgado) diferente do regime geral do Código de Processo Civil, pois que pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de fato negativo – não utilização ou não recomendação de cláusulas contratuais gerais proibidas – e, consequentemente, a sentença proíbe, ou não, certa cláusula que o autor sustenta ser ilícita, mas não pode ordenar ou sugerir uma determinada concepção ou redação da cláusula.

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

Segunda conclusão: O Ministério Público não tem(tinha) legitimidade para, por esta factualidade, intentar ação inibitória (aliás, já tinha intentado ação inibitória relativamente às cláusulas nulas constantes das condições particulares e gerais), uma vez que se tratava de um problema de interpretação do contrato em que o lesado teria que intentar a respectiva ação declarativa de condenação

com vista a ser ressarcido dos danos causados ao veículo, e onde invocaria a existência de contrato que cobre o risco, nos termos e segundo a interpretação acima exposta.

O requerente pedia, ainda, que a seguradora fosse condenada em indemnização pelos prejuízos cobertos pelo contrato de seguro. A ação inibitória tem uma finalidade preventiva e não visa dirimir os conflitos suscitados pela efetiva celebração dos contratos que integrem cláusulas contratuais gerais, uma vez que a ação inibitória incide sobre as propostas negociais de adesão e não sobre os contratos singulares e que essas cláusulas contratuais gerais se incluem.

Terceira conclusão: Ainda que, no caso, fosse intentada ação inibitória o Ministério Público não podia deduzir pedido de indemnização atenta a natureza jurídica da ação inibitória. Por outro lado, não existe base legal que permita ao Ministério Público representar o requerente no âmbito da ação declarativa a intentar.

Por tudo o exposto, e uma vez que as cláusulas consideradas nulas nos clausulados constantes dos autos já tinham sido objeto da interposição da respectiva ação inibitória e o novo clausulado apresentado pela seguradora, com exceção da que foi objeto da ação inibitória, não suscitava questões de legalidade, foi o processo administrativo em questão arquivado.

Não queria finalizar esta intervenção sem fazer duas brevíssimas referências ao relevantíssimo papel que, também aqui, o Ministério Público é chamado a desempenhar, em duas vertentes distintas:

– a primeira é o da representação de ausentes, incertos ou incapazes, em sede de ação, contestação ou dedução de embargos – cfr. artigos 15º, 16º e 17º do Código de Processo Civil – (Defesa de interesses individuais. Exemplo: de acordo com o artigo 8º, alínea *d*), do DL 446/85 consideram-se excluídos dos contratos singulares as cláusulas contratuais gerais inseridas em formulários depois da assinatura de algum dos contraentes. Ressalva: Se na defesa de incapazes a defesa poderá ser de *facto* e de direito [podem, por exemplo, ter sido contactados por um familiar que forneceu *factos*], na defesa de ausentes ou incertos a defesa só pode ser de direito).

– a segunda referência que cumpre efetuar reporta-se à ação que, também com incidência nesta temática, o Ministério Público desempenha no foro criminal, designadamente tendo em atenção o regime do DL 28/84 de 20 de janeiro²³, bem como o teor dos artigos 270º (pesos e medidas falsos), 282º

A ação inibitória,
no âmbito da
LDC, visa a defesa
de interesses
individuais
homogêneos,
coletivos e difusos

(corrupção de substâncias alimentares ou medicinais) e 217º (burla) do Código Penal, podendo/devendo ser deduzido pedido de indemnização cível no processo penal (ex. burla através de chamadas telefónicas de valor acrescentado), pedido esse que segue os termos da lei civil e desde que se trate de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos (cfr. artigos 76º, n. 3, do Código de Processo Penal²⁴, artigo 26.-A do Código de Processo Civil, artigos 12º, 13º, alínea c), e 20º, da Lei 24/96).

Finalmente, não posso deixar de referir o relevantíssimo papel que, também nesta área, o Ministério Público pode/deve desempenhar nas tantas vezes “malqueridas” (porque incómodas) funções de atendimento ao público...

Notas

¹ Aprovado pela Lei 47/86, de 15 de Outubro, republicado pela Lei 60/98, de 27 de Agosto, e alterado pelas Leis 42/2005, de 29 de Agosto, 67/2007, de 31 de Dezembro, 52/2008, de 28 de Agosto, 37/2009, de 20 de Julho, e 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

² Da leitura da alínea a) do n. 3 do artigo 52º da Constituição da República Portuguesa resulta que a expressão *interesses difusos integra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural*, “não estando afastada a qualificação como difusos de outros interesses supra-individuais”, como assinala João Pires Cardoso Alves, in “O Ministério Público e a Proteção dos Consumidores – presente e futuro”, em *A Responsabilidade Comunitária da Justiça, O Papel do Ministério Público*, VII Congresso, Edição do SMMP, 2008, pp 191 a 196. Conforme refere Cunha Rodrigues – in “Em Nome do Povo”, Coimbra Editora, 1999, pp. 171 a 172 – “Do ponto de vista subjetivo, os interesses difusos caracterizam-se pela indeterminação e fungibilidade e, na perspectiva do objeto, pela natureza coletiva e infungível do bem. Emergem de do seio de uma coletividade indiferenciada que, pela falta de características de estabilidade, se não configura como uma entidade”, sendo que, segundo o mesmo autor, “O reconhecimento ao Ministério Público de um papel relevante em matéria de defesa dos interesses coletivos e difusos surge na tradição de uma magistratura ligada à promoção de objetivos sociais. Anote-se que as leis têm cometido ao Ministério Público, nos últimos anos, novos papeis na proteção destes interesses, nomeadamente na defesa do ambiente, do património histórico e cultural e dos interesses coletivos dos consumidores”.

³ As CCG são “proposições destinadas à inserção numa multiplicidade de contratos, na totalidade dos quais se prevê a participação como contraente da entidade que, para esse efeito, as pré-elaborou ou adotou” – cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I*, Coimbra, 2000, pág. 118.

⁴ Lei 24/96, de 31 de Julho, na redação do DL 67/2003, de 8 de Abril. Refira-se, também, que o n.1 do artigo 1º da mesma Lei, com a epígrafe de *Dever geral de proteção*, impõe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais o dever de proteger o consumidor, nomeadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo.

⁵ Não obstante a exígua bibliografia existente acerca do conceito de *interesses individuais homogêneos*, vem sendo entendido (cfr. Ac. STJ de 23/9/93, Proc. 503/97, 2ª Seção), que o mesmo representa todos

aqueles casos em que os membros de uma classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de fato, ou de direito, pedindo-se, para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico. Ou seja, com a crescente complexidade da vida social, ganha raízes a autonomização da figura daqueles interesses que naturalmente radicam em *necessidades coletivas individualmente sentidas*, hoje com enfática tradução nos interesses individuais homogêneos, cuja tutela coletiva se justifica pela relevância social que revestem.

Assim, utilizando a delimitação conceptual proposta por Carlos Adérito da Silva Teixeira (*Boletim dos Interesses Difusos*, Procuradoria-Geral da República, n. 14 – Dez. 97, pág. 33) poder-se-á admitir que *interesses difusos* são aqueles que apresentam, no plano da sua titularidade, uma pluralidade de sujeitos, tendencialmente indeterminada e, nessa medida, se distinguindo dos chamados *interesses coletivos*, posicionados na titularidade de uma categoria de pessoas (normalmente) ligadas por um vínculo jurídico, e que se caracterizam, no plano da sua natureza, pela insusceptibilidade de apropriação individual (exclusiva) do bem em causa, distinguindo-se, neste pormenor, dos chamados *interesses individuais homogêneos*, interesses que, apresentando uma origem comum, têm, no entanto, uma tradução concreta individual, dada a divisibilidade do bem, com a correspondente titularidade determinada.

⁶ “Os interesses coletivos dizem respeito a um grupo, uma categoria um conjunto de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica (pertença a uma associação a uma classe, a uma categoria)”, Liz, Jorge Pegado.

⁷ Retenha-se, também, que os direitos dos consumidores assumem *caráter injuntivo*, assim dispondo expressamente o n. 1 do artigo 16º da LDC que “sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula”.

⁸ Proibição provisória.

⁹ Proibição definitiva.

¹⁰ Norma que dispõe que “São revogadas as isenções de custas previstas em qualquer lei, regulamento ou portaria e conferidas a quaisquer entidades públicas ou privadas e que não estejam previstas no presente decreto-lei”.

¹¹ Nos termos da alínea citada, estão isentas de custas as pessoas coletivas privadas sem fins lucrativos, quando atuem exclusivamente no âmbito das suas especiais atribuições ou para defender os interesses que lhes estão especialmente conferidos pelo respectivo estatuto ou nos termos da legislação que lhes seja aplicável.

¹² Salvo melhor opinião, o raciocínio exposto mantém atualidade, mesmo à luz da Lei 7/2012, de 13 de Fevereiro, entretanto entrada em vigor, que procede à sexta alteração ao Regulamento das Custas Processuais.

¹³ Note-se, todavia, que tal não tem sido o entendimento jurisprudencial; embora reportado ao DL 446/85, de 25 de Outubro (diploma que institui o regime das cláusulas contratuais gerais, mas no qual se regulamenta, de forma muito semelhante esta questão) e no âmbito do anterior Código das Custas Judiciais, por acórdão datado de 23 de Novembro de 2000, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que os réus estavam, também, isentos de custas.

¹⁴ Proferido no processo 292/2001 e publicado no DR, IIª Série, n. 264, de 14 de Novembro de 2011, págs. 18789/18790.

¹⁵ Silva, João Calvão da, BMJ 359, pág. 64.

¹⁶ Cfr. n. 5 do preâmbulo do DL 262/83 de 16 de Junho.

¹⁷ Quanto à definição de cláusulas contratuais gerais e âmbito de aplicação do diploma agora em referência, e para além do já adiantado na *Nota 3*, vejam-se os respectivos artigos 1º a 3º.

¹⁸ No que concerne ao uso de CCG podemos encontrar, como *vantagens*, os seguintes pontos: Racionalização e especialização; Eficácia, rapidez e diminuição de custos; Adequação do regime dos contratos à crescente especialização da sua atividade económica, sendo que casos há em que se regista, de fato, a impossibilidade prática de negociação individual por parte de uma empresa que tenha milhões de clientes (ex: Carris, Metro). Paralelamente, do lado das *desvantagens*, verifica-se que a: liberdade da contraparte fica limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder interferir, de forma significativa no conteúdo negocial que lhe é proposto; o anonimato e despersonalização; a dispersão dos enunciados contratuais, assim como o risco de empresas em situação de força no mercado poderem valer-se da situação dominante para inserir cláusulas abusivas ou injustas.

¹⁹ Estamos no âmbito da ação inibitória – cfr. artigo 25º do diploma em referência – que é uma ação de condenação em prestação de fato negativo e atua de modo definitivo, dado que tem como objeto a imposição imediata de um comportamento – cfr. artigo 32º do mesmo diploma. A ação inibitória pretende impedir a utilização futura de cláusulas proibidas por lei, através da condenação em prestação de fato negativo: não utilização ou não recomendação de CCG proibidas. Consequentemente, a sentença proíbe ou não certa cláusula que o autor sustenta ser ilícita, mas não pode ordenar ou sugerir uma determinada concepção ou redação da cláusula. Neste caso, o controlo das CCG deve efetuar-se abstratamente e não em concreto, deve fazer-se tendo em conta as cláusulas em si próprias. “O que está em causa é o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor: é ele que leva à qualificação da cláusula como abusiva.” A consequência da inobservância das regras respeitantes à inclusão das condições gerais no contrato é a exclusão destas do contrato celebrado (artigo 8º do DL 446/85, de 25 de Outubro), permanecendo o contrato válido e eficaz no restante.

²⁰ Op. cit., p. 42.

²¹ Malgrado, a última atualização deste site data de 5 de Abril de 2006.

²² Exemplo colhido de preciosos apontamentos elaborados pelo Exmº Senhor Procurador-Adjunto João Alves, verdadeiro mestre nesta temática e ao qual aqui se presta o mais que devido tributo pela sua persistente ação em prol da defesa dos direitos do consumidor.

²³ Diploma que aprova o regime das Infrações Antieconómicas e Contra a Saúde Pública e no qual se colocam também questões diretamente relacionadas com a proteção de interesses coletivos dos consumidores, tais como a saúde pública, a genuinidade dos produtos, a lealdade nas vendas, a garantia de abastecimento e a correção na formação dos preços.

²⁴ Norma que expressamente dispõe que “Compete ao Ministério Público formular o pedido de indemnização civil em representação do Estado e de outras pessoas e interesses cuja representação lhe seja atribuída por lei”.

EL TURISTA Y LOS PERJUICIOS PROVOCADOS POR EL CONSUMO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS DEFECTUOSOS A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

M^A NIEVES PACHECO JIMÉNEZ¹

Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)

RESUMEN

El turista, en cuanto destinatario final de bienes y servicios durante el desarrollo de su actividad de ocio y tiempo libre, es un consumidor especialmente necesitado de protección. Este especial amparo deriva de circunstancias tales como la lejanía respecto de su residencia habitual, la inmersión en costumbres diferentes a las suyas y un concreto estado de ánimo que le convierten en posible objeto de abuso por parte de las empresas o personas con las que contrata. Así, puede utilizar bienes y servicios defectuosos que le reporten perjuicios, pudiendo pedir responsabilidades por ello. El turista es beneficiario de las normas generales sobre protección al consumidor. De ahí que en este trabajo proceda el estudio del Libro III del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, sobre responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. Finalmente, se realiza un análisis de una selección de sentencias basada en el perfil del turista como consumidor o usuario de productos y servicios defectuosos

I. Integración del turismo con el consumo. El turista consumidor

La Real Academia Española de la Lengua define el turismo como “actividad o hecho de viajar por placer. Por su parte, el Código Ético Mundial para el Turismo², entendido como marco de referencia para el desarrollo responsable y sostenible del turismo, y compuesto de un conjunto amplio de principios cuya finalidad es orientar a los agentes interesados en el progreso del mismo (v. gr., administraciones públicas, sector turístico, profesionales y visitantes), en su art. 7.2 preceptúa el “derecho al turismo” como *“consecuencia del derecho al descanso y al ocio, y en particular a la limitación razonable de la duración del trabajo y a las vacaciones pagadas periódicas, que se garantiza en el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*.

El turista puede y debe ser considerado como un consumidor. Es más, el turista es un consumidor especialmente necesitado de protección, derivando este amparo especial de circunstancias tales como la lejanía respecto de su residencia habitual, la inmersión en costumbres diferentes a las suyas y, la más delicada, una mentalidad y un estado de ánimo (propios de la naturaleza y comportamiento de la figura del turista) que le convierten en posible objeto de abuso por parte de las empresas o personas con las que contrata.

De ahí que la normativa turística sea en algunos de sus aspectos parte integrante de la del consumo y, por tanto, parte informada por el principio de defensa del consumidor, no sólo para los empresarios turísticos sino también para los poderes públicos en virtud de la obligación que se impone al legislador en el artículo 51 de la Constitución Española: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

Concluyendo, el turista, en cuanto destinatario final de bienes y servicios, y expuesto por ello muchas veces a situaciones de indefensión, es beneficiario de las normas tuitivas generales sobre protección al consumidor, pudiendo valerse de ellas. En este punto es de gran importancia aludir a la relevancia de la información³, considerándose la falta de información o la información deficiente del turista-consumidor como factores que contribuyen decisivamente a agravar el elenco de potenciales problemas. Por último, han de añadirse los elementos de premura y brevedad de sus estancias en el destino turístico, lo que habitualmente impide un correcto desarrollo de las reclamaciones pertinentes.

II. El turista como consumidor de bienes y servicios defectuosos: regulación por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)

El turista de nuestros tiempos se ha convertido en un adquirente de productos y servicios prestados por otros (v. gr., transporte, alojamiento, excursiones). Es más, aquél, en el desarrollo de su actividad de ocio y tiempo libre, puede utilizar bienes y servicios defectuosos que le reportarán un potencial perjuicio, pudiendo pedir responsabilidades por ello. Es aquí donde procede el análisis de la normativa sobre protección de consumidores y usuarios: Libro III⁴ del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁵ (en lo sucesivo, TRLGDCU), sobre responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos⁶.

El TRLGDCU deroga, por ser objeto de refundición, la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), y la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Por tanto, no se presenta un sistema de responsabilidad *ex novo*⁷, sino que enlaza con la regulación que sobre la materia contenían tanto la LGDCU, cuyo capítulo VIII versaba sobre “Garantías y responsabilidades”, aplicable a productos y servicios, como la Ley 22/1994, cuyo ámbito de aplicación era el de los productos defectuosos.

Para los daños por productos defectuosos, el TRLGDCU incorpora la regulación contenida en la Ley 22/1994. Ello significa que la indemnización de todos los daños no cubiertos por ella seguirá siendo posible al amparo de las reglas tradicionales de responsabilidad (Código Civil: arts. 1101 y siguientes y art. 1902). Para los daños por servicios defectuosos, el TRLGDCU incorpora la interpretación mayoritaria de las reglas de responsabilidad contenidas en la derogada LGDCU. De ahí que, fuera del ámbito de aplicación de la normativa de protección al consumidor, sea preciso acudir a las reglas generales de responsabilidad por daños⁸.

El TRLGDCU unifica la regulación del ámbito de protección para la responsabilidad por bienes y servicios defectuosos. Ello se plasma en la introducción dentro del libro III de un título I en el que se redactan “Disposiciones comunes en materia de responsabilidad” (arts. 128-134 TRLGDCU), procediendo tanto del derogado capítulo VIII de la LGDCU como de la Ley 22/1994.

Cuando se habla de daños por productos o servicios defectuosos no se trata de problemas por insatisfacción del interés del consumidor derivada de la falta de conformidad con la idoneidad o utilidad del producto o servicio. Para actuar contra el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación debida y contra los defectos o falta de conformidad del propio bien de consumo habrá que atender a la regulación general del Código Civil (arts. 1101 y 1124) y a la regulación específica que aporta el TRLGDCU sobre garantías en la venta de bienes de consumo⁹.

III. Análisis del libro III TRLGDCU

El turista, en el desarrollo de su actividad de ocio y tiempo libre, puede adquirir y utilizar productos y servicios que, por su carácter defectuoso, le irroguen daños, pudiendo reclamar responsabilidades por ello.

Seguidamente procedo a analizar brevemente el contenido del libro III TRLGDCU, estableciendo las premisas básicas sobre las que se asienta la responsabilidad por daños generados por productos y servicios defectuosos, para después estudiar una selección de sentencias sobre esta materia aproximándolas al perfil del turista consumidor o usuario.

III.1. Disposiciones comunes

III.1.1. Indemnización de daños

La Constitución Española declara en su artículo 51 que “*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”. Obedeciendo este mandato constitucional se promulga la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio)¹⁰, cuya propia Exposición de Motivos señala la aspiración por “dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior”. Posteriormente, el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) contempla, en su artículo 8.c), el derecho básico

de los consumidores de obtener “*la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos*”. De ahí que el art. 128 TRLGDCU, que reconoce el derecho de todo perjudicado a ser indemnizado por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios defectuosos, no sea más que una reiteración del citado precepto.

De conformidad con el art. 129 TRLGDCU, este régimen de responsabilidad “*comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado*”¹¹.

A continuación añade un criterio de compatibilidad con otras reglas de responsabilidad contractual y extracontractual para que aquél sea indemnizado por los daños y perjuicios no recogidos por el Texto Refundido. Básicamente se refiere a tres supuestos¹²: a) falta de realización de la prestación (*ex* arts. 1101 y ss del Código Civil) o falta de conformidad del producto (*ex* arts. 114-127 TRLGDCU, sobre garantías de los bienes de consumo); b) daños morales; c) daños materiales en cosas de uso profesional o que no superen la franquicia prevista legalmente.

III.1.2. Ámbito de protección

Otra cuestión interesante, y referida al art. 129 TRLGDCU, es la de los sujetos protegidos. Mientras que la originaria Ley 22/1994 cubría los daños con independencia de que el perjudicado fuera un consumidor, un profesional, un trabajador o un tercero ajeno al consumo, el antedicho precepto ha de relacionarse con el art. 3 del TRLGDCU que, ofreciendo una definición de consumidor¹³, hace la salvedad de “*sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus Libros tercero y cuarto*”. Siendo el libro III el relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, habría de entenderse que el sujeto protegido por ese régimen de responsabilidad no ha de ser necesariamente un consumidor, sino cualquier perjudicado por ese uso del producto o servicio, sea en el marco de una actividad personal, profesional o empresarial¹⁴. Sin embargo, en el ámbito de los daños originados por servicios defectuosos, esta interpretación decae, pues los arts. 147 y 148 TRLGDCU limitan su aplicación a los usuarios y, por tanto, dejaría desprotegidos a los terceros ajenos al consumo¹⁵.

Retomando el tema de los daños indemnizables, en este punto se produce una controversia respecto a los generados por productos defectuosos y los derivados de una prestación defectuosa del servicio. Así, para los daños causados por productos defectuosos, la regulación del TRLGDCU refunde lo dispuesto por la Ley 22/1994; pero para los causados por servicios, y según PARRA LUCÁN¹⁶, la previsión del TRLGDCU debe reputarse nula, debiendo los tribunales inaplicar

el art. 129 TRLGDCU. Y ello porque la refundición de la LGDCU se realizó con infracción de los límites de la delegación y, como consecuencia, restringe la indemnización total de los daños (personales, materiales y morales) que la derogada LGDCU permitía. Por tanto, el consumidor o usuario que sufre un daño en este supuesto debe ser indemnizado por todos los daños que sufra, sin exclusión de ningún daño (v. gr., daños morales).

El art. 129 TRLGDCU distingue entre daños personales y daños materiales. Los primeros acogen la muerte y las lesiones corporales (v. gr., dolor físico, secuelas, perjuicios estéticos), así como los patrimoniales derivados de aquéllos (v. gr., gastos de asistencia médica, sanitaria, farmacéutica, de rehabilitación, de entierro; además de un lucro cesante o beneficio dejado de obtener a consecuencia de las lesiones que impiden trabajar al perjudicado)¹⁷. Los segundos se refieren a aquéllos causados a los “*bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados*” pero excluyendo los ocasionados en el uso o consumo profesional y en el propio producto (*ex* art. 142 TRLGDCU), que se remitirán a las reglas generales de responsabilidad.

El art. 129.1 TRLGDCU no menciona los daños morales entre los que son objeto de indemnización. Es más, el art. 128, en su párrafo segundo, remite su indemnización a lo dispuesto por las reglas generales (“*Las acciones reconocidas en este Libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales*”). Debe tenerse en cuenta que este último precepto pertenece al elenco de “Disposiciones comunes” en materia de responsabilidad tanto para productos como para servicios defectuosos. Y, tal y como se ha señalado anteriormente, para el caso de productos defectuosos el TRLGDCU no hace más que reproducir la regla de la Ley 22/1994; mientras que para el supuesto de servicios defectuosos, tal restricción debe reputarse nula.

III.1.3. Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad

El art. 130 TRLGDCU determina la ineficacia frente al perjudicado de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil atinentes a los productos o servicios defectuosos. De ahí que, cuando la responsabilidad se exija a través de las normas generales, no tenga lugar la referida ineficacia *ex* art. 130.

Este régimen de ineficacia se encuentra estrechamente relacionado con los principios propios de la normativa de protección del consumidor; a saber: a) queda excluida la renuncia previa de los derechos reconocidos a éste (*ex* art. 10 TRLGDCU); b) se consideran abusivas las cláusulas que limiten los derechos del consumidor y usuario (*ex* art. 82.4 b) TRLGDCU); c) son abusivas las

cláusulas que prevean “*la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél*” (ex art. 86.2 TRLGDCU)¹⁸.

En definitiva, el perjudicado, pese a la exclusión o limitación de la responsabilidad establecida por el empresario, puede exigir los derechos que le correspondan conforme al régimen de responsabilidad del libro III TRLGDCU.

III.1.4. Responsabilidad solidaria

El artículo 132 TRLGDCU recoge una regla de responsabilidad solidaria tanto para los daños causados por productos como por servicios. La solidaridad facilita la reclamación de la víctima, que podrá dirigirse contra cualquiera de los agentes responsables del daño (en tanto en cuanto se les pueda imputar la responsabilidad por su contribución al daño y por la concurrencia de los presupuestos legales de responsabilidad) para obtener íntegramente la indemnización.

Esta solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad, con pluralidad de agentes intervinientes y concurrencia causal única, tiene el carácter de “impropia”, siendo admitida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo “por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad”¹⁹. La consecuencia procesal de la solidaridad es la no operatividad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario²⁰.

Tanto en el ámbito de productos como en el de servicios, debe tenerse presente que es necesario ser considerado “responsable del daño”, es decir, que se le pueda imputar responsabilidad por su contribución al daño y por la concurrencia de los presupuestos legales: para el caso de productos defectuosos, “*los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen*” (ex arts. 135 y 138 TRLGDCU); para el supuesto de servicios defectuosos, no mencionando la norma los sujetos que pueden ser responsables (v. gr., proveedor, suministrador, titular del establecimiento, empleados o dependientes), se aplicará el régimen general del art. 147 TRLGDCU o el especial para determinados servicios del art. 148 TRLGDCU.

La segunda parte del art. 132 TRLGDCU dispone una acción de repetición del agente que hubiese respondido ante el perjudicado frente a los otros responsables, atendiendo a su participación en la causación del daño.

III.1.5. Intervención de un tercero

De conformidad con el art. 133 TRLGDCU, si el daño es causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y la conducta de un tercero, la responsabilidad no se reducirá; esto es, la intervención de un tercero se considera irrelevante frente al perjudicado. Este tercero es un sujeto independiente, distinto del productor (caso de responsabilidad por producto defectuoso) y del prestador del servicio (caso de responsabilidad por servicio defectuoso). No obstante lo expuesto, debe entenderse que la responsabilidad del productor quedará excluida cuando la conducta del tercero (bien sujeto ajeno que boicotea el producto bien instalador o proveedor del producto) pueda reputarse la causante del daño, con la consiguiente interrupción de la relación de causalidad entre éste y el defecto del producto. En el supuesto de intervención de un tercero en la causación del daño en el ámbito de los servicios, lo decisivo es la interrupción del nexo causal entre el agente prestador del servicio y el daño, entendiendo la jurisprudencia que no se produce dicha interrupción por la intervención meramente culposa del tercero, sino por injerencia dolosa²¹.

Por último, el art. 133 TRLGDCU “in fine” observa la posibilidad del sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización de *“reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño”*.

III.2. Daños causados por productos

III.2.1. Concepto legal de productor. Principio general de responsabilidad del productor. Responsabilidad del proveedor

El art. 135 TRLGDCU establece la responsabilidad objetiva del productor, prescindiendo de su culpa, por los daños causados por los defectos de sus productos. Esta decisión se basa en las mejores condiciones del productor a la hora de prevenir dichos defectos y en evitar la multiplicidad de seguros de responsabilidad civil entre los diferentes agentes de la cadena de elaboración y distribución²².

Esta responsabilidad objetiva se apoya en dos preceptos más: arts. 139 y 140 TRLGDCU. El primero no exige al perjudicado probar la culpa del demandado por la aparición del defecto causante de daños en su producto; le basta la prueba del defecto, del daño y del nexo causal entre ambos. Por su parte el art. 140 no permite al productor exonerarse de responsabilidad demostrando haber empleado toda la diligencia en el desarrollo de su actividad profesional; lo más cercano a

una posible apreciación de culpa sería lo recogido en los apartados d) y e) de este mismo artículo, en la medida en que aluden a la observancia tanto de las normas imperativas existentes para la elaboración del concreto producto como de los conocimientos científicos y técnicos en el momento de la puesta en circulación.

A los efectos del TRLGDCU, es responsable el productor, refiriéndose al *“fabricante del bien (...), o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”* (ex art. 5 TRLGDCU). Asimismo, y a efectos del concreto capítulo I del título II del libro III, se considera productor *“el fabricante²³ o importador²⁴ en la Unión Europea de: a) un producto terminado; b) cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) una materia prima”* (ex art. 138.1 TRLGDCU).

En virtud del art. 5 TRLGDCU, cuando señala *“... cualquier persona que se presente como tal...”*, se hace responder como fabricante al “productor aparente”, esto es, aquél que, sin ser el verdadero fabricante, hace creer al público que sí los es y comercializa una serie de productos no elaborados por él con una marca que invita a la confusión.

Además de la responsabilidad del productor, fabricante e importador, el TRLGDCU, en sus arts. 138.2 y 146, dispone la responsabilidad subsidiaria del proveedor, entendido como *“el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”* (ex art. 7 TRLGDCU), en dos supuestos: a) si el productor no puede ser identificado y a menos que el proveedor, dentro del plazo de tres meses, indique al perjudicado la identidad del productor, suministrador o importador (ex art. 138.2); b) cuando haya proporcionado el producto *“a sabiendas de la existencia del defecto”*, teniendo la posibilidad de ejercitar la acción de repetición contra el productor (ex art. 146). Tal extensión de responsabilidad se justifica con la existencia de productos “anónimos”, esto es, aquellos que aparecen privados de identificación o que teniéndola no permiten identificar al productor o importador²⁵.

III.2.2. La prueba del defecto, del daño y de la relación de causalidad

En cuanto a la carga de la prueba, el art. 139 TRLGDCU la hace recaer en el perjudicado, que deberá probar *“el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos”*. Ello es consecuencia de un sistema de responsabilidad objetiva, que prescinde del elemento culpa.

En relación a la prueba del defecto, no es preciso individualizar o identificar con exactitud el específico defecto ni cómo ni por qué se ha producido, sino que el producto no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar²⁶.

Una vez acreditados el daño y el defecto del producto, el perjudicado ha de demostrar la existencia de un nexo causal entre ellos, esto es, probar que el daño le fue originado precisamente por el carácter defectuoso del producto.

III.2.3. Concepto legal de producto y de producto defectuoso

El artículo 136 TRLGDCU establece el concepto legal de producto: *“cualquier mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”*. Es evidente que se trata de una noción funcional, en la medida en que pretende la reparación de los daños provocados por los productos fabricados para su puesta en circulación, incluso cuando estén incorporados a un bien inmueble de manera fija y sin poder separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto; así como muy amplia, pudiendo acoger productos acabados, productos semiacabados, materias primas, productos en serie, productos fabricados por encargo, embalajes, recipientes, etc.

Respecto al gas y a la electricidad, que generalmente se consumen a través de servicios, habrá que plantearse si el defecto radica en el servicio o en el producto mismo²⁷, dando lugar a la aplicación del capítulo II o del capítulo I TRLGDCU respectivamente.

Por su parte, el artículo 137 ofrece el concepto legal de producto defectuoso: *“aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación²⁸, el uso razonablemente previsible²⁹ del mismo y el momento de su puesta en circulación³⁰”*. Por tanto, es la falta de seguridad lo que caracteriza a un producto como “defectuoso”, no identificándose dicha carencia con la idoneidad o aptitud del producto para el uso o consumo al que va destinado. Y un matiz más, el concepto “seguridad” –siempre legítima– al que alude el citado precepto, y del que dependerá la aplicación de los correspondientes artículos del TRLGDCU al supuesto concreto, adolece de indeterminación, obligando al juez a valorarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

La noción de defecto que aporta el art. 137.1 TRLGDCU es amplia y englobaría los defectos de diseño, de fabricación y de información³¹: A) Los defectos de diseño tienen lugar cuando la totalidad de una serie productiva presenta un concreto defecto y es atribuible a la proyección, concepción, planificación o configuración del producto. B) Los defectos de fabricación se

originan en la fase de elaboración y suponen una divergencia entre el producto inicialmente diseñado y el producto efectivamente fabricado; se presentan en productos aislados de una serie productiva. C) Los defectos de información se dan por carencias o informaciones inexactas acerca del uso o consumo del producto o sobre los potenciales riesgos que comporta.

Por último, el apartado 3 del art. 137 TRLGDCU diferencia el producto defectuoso del producto perfeccionado, en la medida en que *“un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”*. La evolución de los conceptos científicos y técnicos puede provocar que un determinado producto no defectuoso en el momento de su puesta en circulación se convierta posteriormente en defectuoso como consecuencia de esa evolución³². Básicamente, se trata de evitar la aplicación desafortunada de los estándares de seguridad actuales a los productos de ayer³³. Pero, eso sí, el producto primitivo y el perfeccionado deben ser de la misma especie³⁴.

III.2.4. Causas de exoneración de la responsabilidad. Daños en el propio producto. Culpa del perjudicado en la causación del daño

El art. 140 TRLGDCU establece varias causas que pueden exonerar de responsabilidad al productor en caso de generarse daños derivados del producto defectuoso. La doctrina mayoritaria entiende que la enumeración de dichas causas tiene carácter cerrado. A saber:

A) Que el productor no haya puesto en circulación el producto: Esta causa se encuentra estrechamente relacionada con lo preceptuado por el art. 137.1 TRLGDCU, cuando, a la hora de considerar el carácter defectuoso del producto, acude a la idea de “seguridad que cabría legítimamente esperar”, vinculándola al momento de su puesta en circulación, entre otras circunstancias. Con ello se trata de evitar la aplicación del régimen de responsabilidad en los supuestos en que el producto haya salido del ámbito del productor sin su voluntad³⁵.

B) Que sea posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto: Atendiendo de nuevo al art. 137.1 TRLGDCU, esta causa vuelve a incidir en el momento clave de la puesta en circulación del producto. Así, el demandado habrá de probar la ausencia de defecto en ese preciso momento, valiéndose de cualquier de los medios de prueba admitidos en derecho, y debiendo partirse de “las circunstancias del caso” (*ex art. 140.1 b) TRLGDCU*).

C) Que el producto no haya sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica; ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial: Esta causa se debe poner en relación con lo prevenido en el art. 129.1 TRLGDCU, en tanto en cuanto dispone el régimen de responsabilidad para aquellos daños materiales “*siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumido privados*”. La doctrina resalta el carácter cumulativo de ambas circunstancias, debiendo el demandado probar ambos supuestos³⁶.

D) Que el defecto se haya debido a la elaboración del producto conforme a normas imperativas existentes: Aun estando ante un régimen objetivo de responsabilidad (*ex art. 139 TRLGDCU*), esta causa estaría cercana a una posible apreciación de culpa por parte del fabricante, en la medida en que alude a la falta de observancia de las normas imperativas existentes.

El turista puede
y debe ser
considerado como
un consumidor

E) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no hayan permitido apreciar la existencia del defecto (de fabricación, de diseño o de información): Al igual que en la causa anterior, ésta también se aproximaría a una posible apreciación de culpa por parte del productor, en la medida en que no esté al corriente de los conocimientos científicos y técnicos (bien nacionales bien extranjeros, siempre que estos últimos sean accesibles al fabricante medio especialista en el sector³⁷) del momento. Estamos ante los denominados “riesgos de desarrollo”, esto es, los daños que puede sufrir cualquier consumidor por un defecto del producto que presuntamente no es capaz de detectar la ciencia. Ha de tenerse en cuenta que, para el “*caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables (...)*” no podrán invocar esta concreta causa de exoneración (*ex art. 140.3 TRLGDCU*), estableciéndose así un criterio de responsabilidad objetiva absoluta con la finalidad de acentuar la protección de los consumidores.

F) Que, para el caso del productor de una parte integrante de un producto terminado, éste pruebe que el defecto en cuestión es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto: Teniendo en cuenta que cualquiera que participe en el proceso de fabricación del producto puede ser responsable (*ex art. 138 TRLGDCU*), esta causa de exoneración beneficia al fabricante de un componente integrado en el producto final, siempre que demuestre que el

defecto es imputable bien al diseño del producto al que se ha incorporado, bien a las especificaciones facilitadas por el fabricante de dicho producto.

Por su parte, el artículo 142 TRLGDCU excluye de indemnización los daños materiales en el propio producto por vía del citado TR; lo que no obsta a que tales daños puedan ser indemnizados conforme a la legislación civil y mercantil. La razón de esta exclusión se fundamenta en la responsabilidad contractual del vendedor del producto.

Por último, el art. 145 TRLGDCU contempla el supuesto de concurrencia de un producto defectuoso y un acto culpable del perjudicado como causa de reducción, así como el supuesto de culpa exclusiva de la víctima (o, en su caso de una persona de la que éste deba responder civilmente) como causa de supresión de responsabilidad por ruptura del nexo causal. La carga de la prueba de la concurrencia de causa reductora o exoneradora de responsabilidad incumbe al productor.

III.2.5. Prescripción de la acción de reparación. Extinción de la responsabilidad

El art. 143 TRLGDCU regula un doble supuesto de prescripción de acciones: por un lado, el de la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios; por otro, el de la acción de regreso.

Para el supuesto de la acción indemnizatoria, se prevé un plazo de tres años, *“a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio”*. El problema surge aquí dependiendo de si se trata de daños corporales o continuados³⁸. Respecto a los primeros, el Tribunal Supremo, en sede de responsabilidad por daños derivados de lesiones, tiene declarado que el plazo no comienza hasta que el perjudicado no tiene un conocimiento certero de la entidad del daño sufrido; generalmente este momento se identifica con el alta médica definitiva³⁹, aunque otros autores no entienden como “dies a quo” la fecha del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, ya que hasta que no se conoce su alcance no podrá reclamarse con base en ellas⁴⁰. En relación a los daños continuados, la jurisprudencia mantiene que el cómputo del plazo de prescripción no se iniciará hasta la producción del resultado definitivo.

No obstante, puede suceder que, aun no habiendo transcurrido los tres años desde que la víctima tuvo efectivo conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del responsable, ya no pueda reclamar. Ello obedece a lo

preceptuado en el art. 144 TRLGDCU, en tanto en cuanto considera como causa de extinción de responsabilidad, cuya prueba incumbirá al fabricante o importador, el transcurso de diez años desde la puesta en circulación del producto, a menos que, durante ese período, se hubiese planteado la correspondiente reclamación judicial⁴¹.

Para el supuesto de la acción de regreso del que satisfizo la indemnización contra los demás responsables, se establece el plazo de un año, “*a contar desde el día del pago de la indemnización*”.

III.3. Daños causados por servicios

III.3.1. Contextualización normativa

Partiendo de la base de que las disposiciones comunes en materia de responsabilidad (arts. 128 a 134 TRLGDCU) son aplicables también a los servicios, el capítulo II del título II del libro III TRLGDCU establece un régimen general (*ex art. 147*) y un régimen especial (*ex art. 148*) de responsabilidad civil por la prestación defectuosa de servicios.

En este punto, el TRLGDCU incorpora el régimen previsto por la derogada LGDCU de 1984, pretendiendo superar las dificultades prácticas que conllevaba la aplicación de esa regulación, pensada básicamente para los productos, y que coexistía con otros regímenes de responsabilidad. Así las cosas, el TRLGDCU se centra en los daños provocados por aquellos servicios que, al prestarse defectuosamente, afectan a la seguridad del usuario y le ocasionan daños.

III.3.2. Concepto legal de servicio, de prestador de servicios y de usuario de servicios

A diferencia de lo que sucede en el apartado dedicado a los productos, en el relativo a servicios no se ofrece ningún concepto de “servicio” ni de “prestador de servicio”. La doctrina se decanta por una definición amplia que incluiría toda actividad económica realizada por una persona que no sea el propio usuario, y que no esté sometida a una relación de subordinación con éste, a cambio de una remuneración; esto es, actividades de construcción, de arrendamientos de bienes, de reparación, de limpieza, de transporte, de hostelería, de banca, de seguros, así como las profesiones liberales⁴². Por su parte, el “prestador de servicios” sería aquel profesional que se compromete a una obligación de hacer frente al usuario⁴³, y sujeto al que el art. 147 TRLGDCU imputa responsabilidad.

El sujeto protegido será el usuario de servicios que, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional⁴⁴, satisface sus necesidades personales, domésticas o privadas gracias a dichos servicios, viéndose afectado por una prestación defectuosa de éstos.

III.3.3. Regímenes de responsabilidad: general y especial

A) Régimen general de responsabilidad

El artículo 147 TRLGDCU contempla un régimen general de responsabilidad por prestación defectuosa de servicios. Así, hace responsable al “prestador de servicios”, tanto por sus propios actos como por los de sus dependientes o auxiliares. Se trata de una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, pues aquél responderá por los daños irrogados a los usuarios al no cumplir las exigencias y requisitos reglamentariamente previstos ni actuar con los cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. El perjudicado, por tanto, habrá de probar su carácter de usuario del servicio, el daño y la relación de causalidad entre la prestación defectuosa del servicio y el daño; no estando obligado a la prueba de la culpa o negligencia del prestador de servicio, quien, para exonerarse de responsabilidad, deberá probar que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente previstos y que ha actuado con el cuidado y diligencias propios de la naturaleza del servicio en cuestión.

B) Régimen especial de responsabilidad

El artículo 148 TRLGDCU dispone un régimen especial de responsabilidad por los daños causados en el usuario de los servicios, siendo necesario que éstos incluyan (bien por su naturaleza, bien por prescripción reglamentaria) la garantía de ciertos niveles de eficacia o seguridad, predeterminados y objetivables, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Se trata de un régimen de responsabilidad objetiva ya que el prestador de servicios responderá de los daños sufridos por el usuario, siempre que éste haya hecho un correcto uso del servicio⁴⁵; y sólo podrá eximirse mediante la prueba de un uso no adecuado del servicio, y, consiguientemente, por culpa de la víctima⁴⁶.

Este mismo precepto recoge una serie de servicios, no taxativa, a los que “*en todo caso*” les es de aplicación el régimen especial: servicios sanitarios; de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor; de rehabilitación y reparación de viviendas; servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad⁴⁷; y servicios relativos a medios de transporte⁴⁸. No obstante, cualquier otro servicio que, por su naturaleza o por exigencia reglamentaria, deba reunir las referidas condiciones de seguridad o eficacia, quedará incluido en el ámbito de responsabilidad del art. 148 TRGLDCU⁴⁹.

Entre los servicios enumerados, se echan en falta otros, de importancia para el tema objeto de este estudio, en la medida en que el turista consumidor o usuario se encuentra con ellos en el desarrollo de su actividad turística. Estaríamos hablando de servicios tales como los recreativos (conciertos, discotecas), de ocio (parques acuáticos y de atracciones, ferias), deportivos (cursos de buceo, centros de esquí, piscinas) y de hospedaje (campings, hoteles), entre otros. Es cierto que todos ellos cuentan, generalmente, con reglamentación de seguridad de carácter técnico, de formación de personal y de cumplimiento de autorizaciones; pero ello no obsta a que el servicio en cuestión pueda quedar sometido al régimen previsto por el art. 148 TRLGDCU. Y ello será así en base al cumplimiento de la preceptiva reglamentación o que, de la naturaleza del servicio, se deduzca que deba reunir necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad⁵⁰.

III.3.4. Prescripción de la acción de responsabilidad por servicios

El TRLGDCU no recoge ningún plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por prestación defectuosa de servicios. Aunque la mayoría de la doctrina estima un plazo de prescripción doble (de quince años cuando exista relación contractual entre las partes -*ex* art. 1964 Código Civil-; de un año cuando no concurra tal relación -*ex* art. 1968 Código Civil-), existen voces que rechazan el brevísimo plazo de un año y defienden la aplicación del plazo general de prescripción de quince años⁵¹.

IV. Análisis jurisprudencial

Las sentencias detalladas a continuación obedecen a unos criterios de búsqueda basados en el perfil del turista como consumidor de productos o usuario de servicios en el desarrollo de su actividad turística de ocio y tiempo libre. Básicamente se pueden incardinar en tres grupos: medios de transporte, productos alimentarios y actividades de ocio.

A) Medios de transporte:

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 21 ene. 2005: Accidente por fractura de la horquilla de la bicicleta, producida por un defecto del material o incluso por una fisura originada durante el montaje o proceso de fabricación, ocasionando lesiones al consumidor que le acarreen incapacidad temporal para trabajar y secuelas (desviación del tabique nasal y necesidad de intervención

quirúrgica). Se responsabiliza al vendedor y a la suministradora de la bicicleta y se las condena a la indemnización por el valor de la bicicleta, por incapacidad temporal y por las secuelas.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 13 may. 2011: Accidente de circulación con motocicleta por defecto de fabricación de la “junta tórica”, ubicada en el intercambiador de aceite, que privaba a la máquina de la seguridad que cabría legítimamente esperar, ocasionando lesiones y posteriores secuelas al piloto. Se estima la responsabilidad de la empresa fabricante y se fija una indemnización.

B) Productos alimentarios

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 17 mar. 2010: Intoxicación alimentaria con cuadro médico de gastroenteritis padecido por menor de edad, de diecinueve meses, causada por el mal estado del agua embotellada. Se aprecia responsabilidad del fabricante, condenándosele al pago de una indemnización.

– Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares (Madrid) 22 mar. 2011: Patología de estrés y gastroduodenitis crónica por haber consumido frutos secos de una lata donde se halló un ratón muerto. Se estima la responsabilidad de la empresa productora y se fija una indemnización.

C) Actividades de ocio

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 11 dic. 2009: Accidente por manipulación de un cartucho de serpentina, sin indicación alguna sobre el modo, riesgos y precauciones de utilización, causando pérdida de visión. Se estima la responsabilidad del importador.

Notas

¹ Outras qualificações da autora:

Profesora en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Marianieves.pacheco@uclm.es

Miembro del Centro de Estudios de Consumo (CESCO). <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

² Adoptado por la Resolución A/RES/406 (XIII) de la decimotercera Asamblea General de la OMT (Santiago de Chile, 1 de octubre de 1999).

³ El art. 1.6 del Código Ético Mundial para el Turismo observa que “*los turistas y visitantes tienen la responsabilidad de recabar información, desde antes de su salida, sobre las características del país que se dispongan a visitar. Asimismo, serán conscientes de los riesgos de salud y seguridad inherentes a todo desplazamiento fuera de su entorno habitual, y se comportarán de modo que minimicen esos riesgos*”.

⁴ Este Libro III (arts. 128-149) se compone de dos títulos: título I, “Disposiciones comunes en materia de responsabilidad”; título II, “Disposiciones específicas en materia de responsabilidad”, diferenciando entre “daños causados por productos” (capítulo I) y “daños causados por otros bienes y servicios” (capítulo II).

⁵ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁶ Sus antecedentes directos son: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984) y Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

⁷ PARRA LUCÁN, M^a A.: “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *et al*: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, 2009, p. 1610.

⁸ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1611.

⁹ El TRLGDCU impone una garantía legal mínima en la compraventa de productos de consumo de dos años desde la entrega (*ex art.* 123.1), que amplía las garantías tradicionales del comprador otorgando al consumidor los derechos a la reparación del bien o a su sustitución o a la rebaja del precio o a la resolución del contrato (*ex art.* 118), con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios (*ex art.* 117). Además, contempla la posibilidad de una garantía comercial adicional, que prescribirá a los seis meses desde la finalización del plazo de garantía legal (*ex art.* 126).

¹⁰ BOE núm. 175, de 24 julio de 1984.

¹¹ Si, siendo debida una cantidad líquida como indemnización, se produjese un retraso en su pago efectivo, el art. 134 TRLGDCU impone una compensación por los daños contractuales y extracontractuales ocasionados.

¹² PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, pp. 1616 y 1617.

¹³ Definición, a mi juicio, escasa y vaga con respecto a la que recogía la derogada LGDCU en su artículo 1.2: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

¹⁴ Así lo interpreta PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1622, atendiendo a la exégesis de la Directiva 85/374/ CEE.

¹⁵ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1623.

¹⁶ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1624.

¹⁷ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1625. En idéntico sentido, GONZÁLEZ POVEDA, P.: “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., DE ÁNGEL YAGÜEZ, R, GONZÁLEZ POVEDA, P y MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 836.

¹⁸ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1632.

¹⁹ Esta solidaridad impropia es muy habitual en el contexto del proceso constructivo.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 19 abr. 1995: “La institución del llamado litisconsorcio pasivo necesario, de configuración jurisprudencial, tiene por finalidad esencial evitar que la sentencia que recaiga en un proceso pueda afectar directa y perjudicialmente, con los consiguientes efectos de la cosa juzgada, a

alguna persona que no haya sido parte en dicho proceso, ni haya tenido, por tanto, la posibilidad de ser oída y de defenderse en el mismo, y eliminar, al mismo tiempo, la posibilidad de sentencias contradictorias sobre un mismo asunto”.

²¹ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1647. En idéntico sentido, GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 841.

²² PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1679.

²³ PARRA LUCÁN estima responsable a cualquiera que participe en el proceso de fabricación del producto (PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1681).

²⁴ El TRLGDCU equipara al fabricante a quien importa un producto en la Unión Europea. Se trataría del importador que, desarrollando una actividad empresarial económica y lucrativa, introduce en el ámbito comunitario el producto defectuoso, interviniendo en la distribución del producto y conociendo las exigencias de seguridad aplicables. Si se tratase de un importador de materia prima o de componente con la finalidad de integrarlo en su producto acabado, responderá no como importador sino directamente como fabricante.

²⁵ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 848.

²⁶ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, pp. 872-875.

²⁷ Gas: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 9 mar. 2000 establece la distinción entre servicio y producto cuando señala que “... el suministro de butano, en lo que éste tiene de comprobación y vigilancia de la seguridad de las instalaciones (...), no puede considerarse comprendido dentro del concepto de producto de la Ley 22/1994, sino en el de “servicio” a que alude el art. 28 de la Ley 26/1984 (...). Por el contrario, el gas propiamente dicho y las botellas de butano (como cosa mueble), con sus accesorios, están en todo caso comprendidos en el art. 2 de la Ley 22/1994, dentro de la cual corresponde al perjudicado la prueba del defecto del producto”.

Electricidad: Es preciso diferenciar entre daños causados por una defectuosa prestación del servicio (cortes del suministro) y los ocasionados por la electricidad como producto (alteraciones en la tensión). *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 24 sep. 2003: “Quien contrata el suministro eléctrico lo hace con la finalidad de hacer funcionar todo tipo de aparatos de uso ordinario (...), y que tiene derecho a esperar y exigir que tal suministro se comporte con la estabilidad suficiente para que tales aparatos no resulten dañados, de manera que un suministro eléctrico que presenta subida de tensión susceptible de causar daños a los aparatos de uso ordinario que funcionan con electricidad encaja perfectamente dentro del concepto de producto defectuoso, del que debe entenderse responsable a la empresa que lo llevó a cabo”.

²⁸ La presentación de un producto engloba la forma de comercialización, las instrucciones y la información que se suministra al destinatario; incluso la publicidad. (PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1670).

²⁹ La noción de “uso razonablemente previsible” constituye un concepto jurídico indeterminado, de ahí que la expectativa de uso sea la resultante de un cálculo razonable basado en una objetiva valoración de las funciones del producto en cuestión y atendiendo a todas las circunstancias. (GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 868).

³⁰ La ley española no precisa ese momento. De ahí que haya que acudir, por un lado, a la Exposición de Motivos de la Directiva 85/374/CEE, refiriéndose a la puesta en el mercado de los productos a través de la cadena de distribución, haciéndolos accesibles a los consumidores; y por otro a la jurisprudencia, concretamente a la STJCE 9 feb. 2006, que estima que un producto se pone en circulación cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido. (PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1671).

Ha de resaltarse que debe obedecer a un acto voluntario del fabricante, por lo que si se prescindiese de su consentimiento no constituiría “puesta en circulación” en sentido estricto; objetivamente sólo se entiende puesto en circulación el producto cuando abandona el señorío de hecho el fabricante y se transmite a otro sujeto. (GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 869).

³¹ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, pp. 862-864.

PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, pp. 1673-1676.

³² GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, pp. 870.

³³ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1671.

³⁴ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, pp. 871.

³⁵ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1695.

³⁶ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 877.

³⁷ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 879.

³⁸ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 885.

³⁹ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1711.

⁴⁰ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 885.

⁴¹ Tal como expone PARRA LUCÁN, se trataría de un plazo traído de la experiencia angloamericana, concretamente de la figura “statute of limitation” que, basándose principalmente en razones de carácter económico, establece un máximo temporal de responsabilidad de los productores, considerando que si en un período prolongado de tiempo el producto ha resultado seguro, es bastante probable que, producido un daño después de ese período, su origen no obedezca ya a un defecto del producto, sino a su obsolescencia o desgaste. (PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1714).

⁴² PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1726.

La Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, ofrece las definiciones de “servicio” y “prestador de servicio”, que pueden ser empleadas para configurar dichos conceptos en el ámbito de los servicios del TRLGDCU.

⁴³ Art. 4 TRLGDCU: “*A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada*”.

⁴⁴ Quedando excluidos los propios técnicos y otros profesionales de la empresa que presta el servicio.

⁴⁵ Por correcto uso debe entenderse básicamente la falta de contribución del usuario en el daño, y ha de tener en cuenta todas las circunstancias (v. gr., riesgos previsibles, características físicas y habilidades del usuario). (PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1746).

⁴⁶ GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, p. 890.

⁴⁷ Debe recordarse que el art. 136 TRLGDCU mencionaba el gas y la electricidad como productos. Salvo que el daño tenga su origen en un defecto del producto en sí (v. gr., defecto de la bombona, defecto de la tensión eléctrica), cualquier otro daño debería regularse por el régimen del art. 148 TRLGDCU. (PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1752).

⁴⁸ Cuando se trate de transportes públicos se aplicarán las reglas de responsabilidad patrimonial de la Administración.

⁴⁹ El límite de responsabilidad establecido por este precepto para las responsabilidades derivadas de la prestación defectuosa de servicios de 3.005.060,52 Euros, aunque la Disposición Final Primera TRLGDCU autoriza al Gobierno a modificar la cuantía teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo. Y ello sin perjuicio de lo que dispongan otras disposiciones legales. Así, para reclamar una cantidad superior a este límite global, el usuario de servicios puede acudir a otras reglas de responsabilidad.

⁵⁰ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1742.

⁵¹ PARRA LUCÁN, M^a A., *op. cit.*, p. 1734.

Referencias

BLANQUER CRIADO, D: *Derecho del turismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DÍAZ ALABART, S. y GÓMEZ LA PLAZA, M. C.: “Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”, *Actualidad Civil*, XXV, 1995.

GONZÁLEZ POVEDA, P.: “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en SANTOS BRIZ, J., SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., GONZÁLEZ POVEDA, P. y MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Bosch, Barcelona, 2008.

MELGOSA, F. J. *et al*: *Derecho y Turismo*, Ediciones Universidad Salamanca, 2004.

PARRA LUCÁN, M^a: “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *et al*: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, 2009.

QUINTANA CARIO, I.: “La protección del consumidor como turista”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 2 – julio, 1984.

REGLERO CAMPOS, F. *et al*: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2008.

SEUBA TORREBLANCA, J. C. y RAMOS GONZÁLEZ, S.: “Guía de la jurisprudencia española sobre productos defectuosos”, *Indret*, Barcelona, julio 2002.

TORRES LANA, J. A.; TUR FAÚNDEZ, M^a N.; JANER TORRENS, J. D.: *La protección del turista como consumidor*, Tirant lo Blanch, 2003.

NUTRACÊUTICA

PRECAUÇÕES EM VISTA DAS ALEGAÇÕES NUTRICIONAIS E DE SAÚDE

ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA
Diretora do Centro de Formação para o Consumo de Coimbra

EXCERTOS

“A nutracêutica é considerada por alguns como uma nova disciplina científico-terapêutica: alicamentos ou nutracêuticos são alimentos com compostos bioativos como: ômega 3 e 6, fitoesteróis, probióticos, fibras, vitamina C, betacaroteno, magnésio”

“Nutracêutico pode ser definido como ‘um alimento (ou parte de um alimento) que fornece benefícios médicos ou de saúde, incluindo a prevenção e/ou tratamento de uma doença’”

“Alegação de redução de um risco de doença’ é qualquer alegação de saúde que declare, sugira ou implique que o consumo de uma categoria de alimentos, de um alimento ou de um dos seus constituintes reduz significativamente um fator de risco de aparecimento de uma doença humana”

“O consumidor pode ser levado a considerar que os alimentos promovidos por meio de alegações possuem vantagem nutricional, fisiológica ou outra para a saúde se comparados com outros produtos ou produtos semelhantes a que não se adicionaram nutrientes e outras substâncias”

“No mercado interno europeu (delimitado pelas fronteiras exteriores dos Estados que integram o Espaço Económico Europeu), para que qualquer produto alimentar dotado de alegações nutricionais seja lançado no mercado, terá necessariamente de ser submetido a uma avaliação científica”

As alegações nutricionais apostas na rotulagem e veiculadas pela publicidade dos alimentos, hoje em circulação no mercado, são motivos de grande preocupação, não só por parte dos consumidores como ainda por especialistas de diferentes países, entre eles os que constituem a União Europeia.

Verifica-se uma preocupação crescente à medida que as denúncias são cada vez em maior número e crescem exponencialmente os perigos para a saúde pública bem como os prejuízos económicos.

Essa preocupação está espelhada no Regulamento da União Europeia, n. 382/2010, de 5 de maio, publicado no Jornal Oficial da União Europeia a 6 de maio de 2010.

Atente-se no que segue:

(...)

“(5) No seguimento de um pedido da The Natural Push-Up Company apresentado em 28 de Novembro de 2008, nos termos do artigo 13º, nº 5, do Regulamento (CE) nº 1924/2006, a Autoridade foi instada a emitir um parecer sobre uma alegação de saúde relacionada com os efeitos dos comprimidos Natural Push-Up® e das cápsulas Natural Push-Up® no aumento dos seios femininos. A alegação proposta pelo requerente tinha a seguinte redacção: «Os comprimidos NPU copiam o processo de aumento dos seios femininos graças à 8-PN (8-Prenilnaringenina)».

(6) Em 5 de Junho de 2009, a Comissão e os Estados-Membros receberam o parecer científico da Autoridade, no qual esta conclui que, com base nos dados apresentados, não ficou demonstrada uma relação de causa e efeito entre o consumo de comprimidos Natural Push-Up® e cápsulas Natural Push-Up® e o efeito alegado. A alegação não deve, pois, ser autorizada, dado que não cumpre os requisitos do Regulamento (CE) nº 1924/2006.

(7) No seguimento de um pedido da empresa Clasado Ltd., apresentado em 29 de Dezembro de 2008, nos termos do artigo 13º, nº 5, do Regulamento (CE) nº 1924/2006, a Autoridade foi instada a emitir um parecer sobre uma alegação de saúde relacionada com os efeitos do Bimuno BT (BGOS) Prebiotic na manutenção de uma boa função. A alegação proposta pelo requerente tinha a seguinte redacção: «Ajuda a manter uma função gastrointestinal saudável».

(8) Em 7 de Julho de 2009, a Comissão e os Estados-Membros receberam o parecer científico da Autoridade, no qual esta conclui que, com base nos dados apresentados, não ficou demonstrada uma relação de causa e efeito entre o consumo de Bimuno BT (BGOS) Prebiotic e o efeito alegado. A alegação não

deve, pois, ser autorizada, dado que não cumpre os requisitos do Regulamento (CE) nº 1924/2006.

(9) No seguimento de um pedido da empresa Clasado Ltd., apresentado em 15 de Julho de 2008, nos termos do artigo 13º, nº 5, do Regulamento (CE) nº 1924/2006, a Autoridade foi instada a emitir um parecer sobre uma alegação de saúde relacionada com os efeitos do Bimuno BT (BGOS) Prebiotic no reforço do sistema imunitário (Pergunta nº EFSA-Q-2009- -00230). A alegação proposta pelo requerente tinha a seguinte redacção: «Reforça as defesas naturais».

(10) Em 7 de Julho de 2009, a Comissão e os Estados-Membros receberam o parecer científico da Autoridade, no qual esta conclui que, com base nos dados apresentados, não ficou demonstrada uma relação de causa e efeito entre o consumo de Bimuno BT (BGOS) Prebiotic e o efeito alegado. A alegação não deve, pois, ser autorizada, dado que não cumpre os requisitos do Regulamento (CE) n. 1924/2006.

(11) No seguimento de um pedido da empresa Sunstar Suisse S.A., apresentado em 4 de Fevereiro de 2009, nos termos do artigo 13º, nº 5, do Regulamento (CE) nº 1924/2006, a Autoridade foi instada a emitir um parecer sobre uma alegação de saúde relacionada com os efeitos dos comprimidos e das pastilhas elásticas Gum Periobalance TM na saúde oral. A alegação proposta pelo requerente tinha a seguinte redacção: «Gum Periobalance TM, associado a uma higiene oral correcta, ajuda a reequilibrar a microflora oral e a melhorar a saúde oral».

(12) Em 20 de Julho de 2009, a Comissão e os Estados-Membros receberam o parecer científico da Autoridade, no qual esta conclui que, com base nos dados apresentados, não ficou demonstrada uma relação de causa e efeito entre o consumo de comprimidos e pastilhas elásticas Gum Periobalance TM e o efeito alegado. A alegação não deve, pois, ser autorizada, dado que não cumpre os requisitos do Regulamento (CE) nº 1924/2006.”

A engenharia alimentar tem vindo, ao longo dos anos, a lançar no mercado “Novos alimentos”.

É um novo conceito de alimentos cuja função é a de promover uma vida mais saudável ao consumidor.

Introduz a necessidade de um maior consumo dos nutrientes tradicionais, como vêm estabelecendo ao longo dos anos os estudos levados a cabo sobre nutrição.

No entanto, de salientar que muito se tem vindo a ampliar o conceito de “nutrientes preventivos”.

É sabido que os nutrientes são necessários para o desenvolvimento harmonioso e crescimento normais dos indivíduos.

Os nutrientes encontram-se, desde sempre, nos alimentos tradicionais e devem fazer parte da dieta regular dos consumidores.

A alimentação preventiva deve começar com o aumento do consumo de frutas e verduras a fim de se reduzirem os riscos de diversas doenças degenerativas.

Existem altíssimas correlações de efeitos benéficos de nutrientes essenciais, ou não, que podem modificar processos celulares, com efeitos fisiológicos protetores.

Obviamente, que não se está contra o consumo dos “novos alimentos”. Recomenda-se, isso sim, moderação e, de preferência se consulte o médico ou o nutricionista, a fim de se evitarem interações ou doses excessivas que sejam prejudiciais à saúde.

Os “Novos Alimentos”, também chamados de “Alimentos Funcionais” ou “Nutracêuticos”, são *“alimentos ou componentes alimentares que fornecem benefícios para a saúde para além da sua função nutritiva básica”* ou *“alimentos que fornecem benefícios para a saúde, para além da nutrição básica”*.

“**Nutracêutico**” significa que é um produto nutricional que se alega ter valor terapêutico – “**nutri**” (nutriente) + “**cêutico**” (farmacêutico)

A **nutracêutica** é considerada por alguns como uma nova disciplina científico-terapêutica: *alimentos* ou *nutracêuticos* são alimentos com compostos bioativos como: ômega 3 e 6, fitoesteróis, probióticos, fibras, vitamina C, betacaroteno, magnésio.

Aditivos alimentares com potencial funcional	Efeito atribuído
fibra de soja, bactérias probióticas, pectina	Redução do colesterol
B-caroteno, extratos de alho, esteróides, compostos Fenólicos, “psyllium”	Combate a problemas cardíacos
alho, chá verde, bactérias probióticas. “psyllium”	Anti-cancerígenos
ácido g-aminobutírico, pectina	Anti-hipertensivo
cálcio, boro, fosfopeptídios de caseína	Prevenção da osteoporose
ácidos graxos -3, extratos de gengibre, colágeno	Prevenção da artrite
licopeno, frutas e verduras contendo anti-oxidantes	Alteração do dano oxidativo
bactérias probióticas, zinco ionizado, extrato de “elderberry”	Agentes anti-infecciosos

Fonte: Adaptado de Sanders, 1998.

O conceito de nutracêutico não é inteiramente novo, embora tenha evoluído consideravelmente nos últimos anos. No início de 1900, os fabricantes de alimentos nos Estados Unidos começaram a adicionar iodo ao sal, num esforço para evitar o bócio (disfunção da glândula tireóide), representando uma das primeiras tentativas de criação de um componente funcional. Os investigadores identificaram, até aos nossos dias, centenas de compostos funcionais com qualidades preventivas, e continuam a fazer novas descobertas em torno do complexo de benefícios dos fitoquímicos (substâncias químicas não nutritivas de plantas que têm propriedades preventivas) nos alimentos.

O termo **alimento funcional** aparece em 1980 no Japão, quando o governo japonês se propôs reduzir os custos com os seguros saúde.

Pretendia reduzir-se as despesas com os medicamentos. Para tal implantou-se um programa denominado FOSHU (sigla em inglês, que quer dizer “*comida com fim específico de melhorar a saúde*”), que consistia em avaliar se os alimentos enriquecidos trariam benefícios comprovados para a saúde da população, cumprindo funções específicas no organismo.

O termo foi cunhado no final de 1980 por Stephen DeFelice, MD, fundador e presidente da Fundação para a Inovação em Medicina.

De acordo com DeFelice, nutracêutico pode ser definido como “*um alimento (ou parte de um alimento) que fornece benefícios médicos ou de saúde, incluindo a prevenção e/ou tratamento de uma doença.*” No entanto, o termo nutracêutico comumente utilizado em marketing não tem uma definição regulamentar.

Importa, no entanto, dar exemplos de algumas definições, ínsitas no regulamento editado pelo Parlamento Europeu, que ajudam a clarificar o tema.

“**Alegação nutricional**” é qualquer alegação que declare, sugira ou implique que um alimento possui propriedades nutricionais benéficas particulares devido à energia (valor calórico) que fornece, fornece com um valor reduzido ou aumentado, ou não fornece, e ainda aos nutrientes ou outras substâncias que, igualmente contém, contém em proporção reduzida ou aumentada, ou não contém;

“**Alegação de saúde**” é qualquer alegação que declare, sugira ou implique a existência de uma relação entre uma categoria de alimentos, um alimento ou um dos seus constituintes e a saúde.

“**Alegação de redução de um risco de doença**” é qualquer alegação de saúde que declare, sugira ou implique que o consumo de uma categoria de alimentos, de um alimento ou de um dos seus constituintes reduz significativamente um fator de risco de aparecimento de uma doença humana.

Estudos promovidos pela União Europeia vieram revelar que são falsas determinadas alegações nutricionais, o que induz em erro os consumidores.

Refira-se, a título de exemplo

Os *bífidos* ajudam o sistema imunitário? **Falso**. (Cada empresa usa distintas bifidobactérias, mas a UE analisou várias estirpes e chegou à conclusão geral de que não há provas que demonstrem uma relação entre estas bactérias e a diminuição de agentes patogénicos no sistema digestivo).

As *isoflavonas* de soja ajudam a controlar o colesterol, a reduzir os sintomas vasculares da menopausa, a manter a mineralização óssea e a proteger o ADN, as proteínas e os lípidos da oxidação? **Falso**.

A *coenzima Q10* estimula o metabolismo a produzir mais energia? **Falso** (é usada em inúmeros suplementos dietéticos e desportivos, e em produtos de beleza, como o creme Nívea Q10).

O *beta-glucano de aveia e de centeio* reduzem o colesterol? **Ausência de provas científicas**.

Os *polifenóis do azeite* ajudam a manter a concentração de colesterol bom? **Os estudos são inconsistentes**.

Os *mirtilos* reduzem as infeções no sistema urinário das mulheres? **Provas insuficientes**.

A *capsaicina* ajuda a manter o peso? **Falso**.

Eis algumas, dentre milhares de alegações de saúde, feitas em campanhas publicitárias de alimentos e suplementos nutricionais, analisadas pela União Europeia (UE).

A esmagadora maioria (80%) não tem sustentação científica ou é demasiado genérica para receber o selo de aprovação das instituições de saúde europeias.

Ao longo do estudo se analisou 2758 substâncias, para verificar se produzem ou não os benefícios alegados na publicidade.

A Agência Europeia de Segurança Alimentar (EFSA, sigla em inglês), responsável pelo relatório, baseou todas as suas decisões em conhecimentos científicos atuais e concluiu que cerca de 80% das alegações analisadas não têm sustentação científica...

A Agência Europeia de Segurança Alimentar justifica que são ALEGAÇÕES INFUNDADAS porque:

– Os **bífidos** *ajudam o sistema imunitário*? Como já se significou, cada uma das empresas usa distintas bifidobactérias: a UE analisou várias estirpes e chegou à conclusão geral de que **não há provas** que demonstrem uma relação entre estas bactérias e a diminuição de agentes patogénicos no sistema digestivo.

Em Portugal disponíveis no mercado há distintos produtos com adição de bífidos, como os iogurtes Activia e Actimel, da Danone, e as várias ‘imitações’ comercializadas com marcas dos *hiper e supermercados*, os iogurtes Bifidus Sonatural, o leite Bem Especial Bifidus, da Mimosa, entre outros.

– As **isoflavonas de soja** ajudam a controlar o colesterol, a reduzir os sintomas vasculares da menopausa, a manter a mineralização óssea e a proteger o ADN, as proteínas e os lípidos da oxidação (?): eis **um rol de alegações falsas** que constam de produtos à venda em muitas dietéticas e até nos lacticínios, como o leite UHT Isoflavonas de Soja Mimosa; os ensaios em humanos não sustentam estas alegações, assevera peremptoriamente a UE.

– A **coenzima Q10** *estimula o metabolismo a produzir mais energia*: de novo uma **alegação falsa**, mas que é usada em inúmeros suplementos dietéticos e desportivos, porque, ao que asseguram os produtores, a coenzima ajuda a queimar calorias, e até em produtos de beleza, como o creme Nívea Q10.

– A **capsaicina** *ajuda a manter o peso*: há um único estudo humano com esta substância, o picante dos pimentos, e **daí não se prova as alegações** produzidas em muitos produtos dietéticos disponíveis em farmácias, ervanárias e supermercados.

– **Beta-glucano de aveia e de centeio** *reduzem o colesterol*: **inexistem provas científicas** que sustentem uma tal alegação.

– Os **polifenóis do azeite** *ajudam a manter a concentração de colesterol bom*: os **estudos são inconsistentes**, garante a UE.

– Os **mirtilos** *reduzem as infeções no sistema urinário das mulheres*: **provas insuficientes** a suportar uma alegação do jaez destas.

Refira-se que estudos já efetuados permitem asseverar que avultam **alegações verdadeiras** apostas na rotulagem dos alimentos, a saber:

- O **azeite** ajuda a controlar os níveis de colesterol mau (o LDL): tal efeito é provocado pelos ácidos gordos monoinsaturados e polinsaturados que já vêm naturalmente com o azeite e não resultam de qualquer aditivo introduzido de novo pelos fabricantes.

- As **nozes** ajudam a controlar os níveis de LDL, pelos mesmos motivos que o azeite.

- Os **esteróis vegetais**, ou **fitoesteróis**, presentes em produtos como a pasta para barrar Becel, ajudam a reduzir os níveis de LDL, mas tem de se consumir **0,8 gramas/dia** (desde que não haja uma sobredosagem com a toma de medicamentos prescritos, e crianças ou indivíduos sãos não os devem ingerir).

- A **creatina** aumenta o efeito do exercício físico, aumentando a criação de músculo: a agência determina que a dose diária deve ser de três gramas, *mas não encontrou qualquer prova de que a creatina aumente a resistência durante o exercício.*

- A **cafeína** aumenta a resistência durante o exercício físico: a substância reduz a sensação de cansaço, mas tem de se tomar 3mg por quilo de peso, uma hora antes do exercício, proclama a agência.

- Trocar o **açúcar por edulcorantes**, como o xilitol ou o sorbitol, reduz as cáries, pois a falta de glucose diminui a quantidade de bactérias que provocam cáries.

Mas o que apregoa a publicidade que enxameia distintos suportes, com particular destaque para os órgãos de comunicação social?

- Que são alimentos que contêm substâncias químicas com propriedades benéficas ao nosso organismo

- Que são alimentos de ingestão segura

- Que são considerados alimentos e não medicamentos

- O seu consumo não necessita de supervisão médica

- Os efeitos benéficos só aparecem com o consumo rotineiro

Mas o que vem impor o Regulamento (CE) 1924/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de dezembro de 2006 – relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos?

Para os que estão menos familiarizados com o modo de legislar (*modus legiferandi*) da União Europeia, refira-se que, ao contrário do que ocorre com as diretivas, em que se pré-estabelece um período dentro do qual os diferentes Estados-membros terão imperativamente de operar a

sua transposição para os respectivos ordenamentos jurídicos, por meio dos modelos legislativos regulares (lei, decreto-lei, decreto...), sob pena de sanções cominadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o regulamento, que uniformiza o direito em todo o espaço económico europeu, não carece de transposição, passando a vigorar na ordem interna dos Estados da União logo que publicado no Jornal Oficial da União Europeia.

O regulamento em vigor neste particular, de uma densidade considerável, e nem sempre de fácil interpretação, é o 1924/2006, e aplica-se:

- a todas as alegações nutricionais e de saúde feitas em comunicações comerciais, nomeadamente na publicidade genérica dos alimentos e em campanhas de promoção, incluindo as patrocinadas total ou parcialmente pelas autoridades públicas,

- às marcas de fabrico e outras marcas comerciais susceptíveis de ser interpretadas como alegações nutricionais ou de saúde.

Só não se aplica

- às alegações em comunicações não comerciais, como as orientações ou os conselhos dietéticos emanados das autoridades e organismos de saúde pública,

- as comunicações e informações não comerciais inserida nos órgãos de comunicação social e de publicações científicas,

- às alegações sobre efeitos nutricionais não benéficos.

O consumidor pode ser levado a considerar que os alimentos promovidos por meio de alegações *possuem vantagem* nutricional, fisiológica ou outra para a saúde se comparados com outros produtos ou produtos semelhantes a que não se adicionaram nutrientes e outras substâncias.

Os *consumidores podem efetuar escolhas erradas* que influenciem diretamente a quantidade total dos vários nutrientes ou outras substâncias que ingerem de uma forma contrária ao que é cientificamente aconselhável

É importante que as alegações relativas aos alimentos possam ser entendidas pelo consumidor e é conveniente proteger todos os consumidores de alegações enganosas.

Há uma grande variedade de alegações atualmente utilizadas na rotulagem e na publicidade dos alimentos em determinados Estados-membros.

Não se provou que as substâncias referenciadas na rotulagem sejam benéficas ou que para as quais não existe, na atualidade, consenso científico suficiente.

É necessário assegurar que as substâncias alvo de uma qualquer alegação hajam provado possuir um efeito nutricional ou fisiológico benéfico.

Existem muitos fatores, para além dos associados ao regime alimentar, que podem influenciar as funções psicológicas e comportamentais.

A comunicação acerca destas funções é muito complexa. É difícil transmitir de modo exaustivo e autêntico e em linguagem clara a alegação curta, breve, a empregar na rotulagem e na publicidade dos alimentos.

Dada a enorme complexidade de que se tece a matéria, necessário se torna exigir prova científica inatacável aquando da utilização de alegações psicológicas e comportamentais.

O fundamento científico é o aspecto principal a ter em conta pelos operadores das empresas do setor alimentar na adoção de alegações nutricionais e de saúde, tornando-se imperioso que sejam integralmente fundamentadas.

No mercado interno europeu (delimitado pelas fronteiras exteriores dos Estados que integram o Espaço Económico Europeu), para que qualquer produto alimentar dotado de alegações nutricionais seja lançado no mercado, terá necessariamente de ser submetido a uma avaliação científica.

O conceito de
nutracêutico não
é inteiramente
novo, embora
tenha evoluído
consideravelmente
nos últimos anos

Essa avaliação científica está a cargo do *Comité Científico da União Europeia*, que efetuará análises especializadas, avaliará os relatórios apresentados pela empresa proponente e *elaborará parecer* que submete à *Comissão Europeia*, a que incumbe aprovar ou não a entrada no mercado do produto com a sobredita alegação.

Nenhuma alegação nutricional ou de saúde poderá ser incompatível com os princípios de nutrição e saúde geralmente aceites, incentivar ou justificar o consumo excessivo de um alimento ou depreciar as boas práticas alimentares.

A *rotulagem* tem de ser feita de forma a garantir que as alegações de saúde são verdadeiras, claras, fiáveis e úteis para o consumidor na escolha de um regime alimentar saudável, a redação e a apresentação de tais alegações deverão ser tidas em conta no parecer da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e no processo de autorização subsequente.

Por uma questão de transparência e por forma a evitar pedidos múltiplos para alegações que já foram avaliadas, a Comissão deverá criar

e manter atualizado um *Registo Público* que contenha as listas de tais alegações.

O registo deve incluir os seguintes elementos:

- as alegações nutricionais e as condições que se lhes aplicam;
- as restrições aprovadas;
- as alegações de saúde autorizadas e as condições que se lhes aplicam;
- uma lista das alegações de saúde rejeitadas e os fundamentos da rejeição.

As alegações nutricionais e de saúde não devem, por seu turno:

- ser falsas, ambíguas ou enganosas;
- suscitar dúvidas acerca da segurança e/ou da adequação nutricional de outros alimentos;
- incentivar ou justificar o consumo excessivo de um dado alimento;
- declarar, sugerir ou implicar que um regime alimentar equilibrado e variado não pode fornecer, em geral, quantidades adequadas de nutrientes;
- referir alterações das funções orgânicas que possam suscitar receios no consumidor ou explorar esses receios, quer textualmente, quer através de representações pictóricas, gráficas ou simbólicas.

No caso de nutrientes que não possam ser fornecidos em quantidade suficiente por um regime alimentar equilibrado e variado, podem ser adotadas derrogações, incluindo os termos da sua aplicação, tendo em conta as condições específicas existentes nos Estados-membros.

São proibidas as alegações de saúde que sugiram que a saúde:

- pode ser afetada pelo fato de não se consumir o alimento;
- façam referência ao ritmo ou à quantificação da perda de peso;
- façam referência a recomendações de médicos ou de profissionais da saúde e de associações caritativas da área da saúde.

Como proceder para a obtenção do pedido de autorização

O agente económico que pretenda inserir as alegações nos produtos que lança no mercado submete o pedido à autoridade nacional competente de um Estado-membro.

O pedido deve incluir os seguintes elementos:

- Nome e endereço do requerente;
- Designação do nutriente ou outra substância ou do alimento ou categoria de alimentos a que corresponde a alegação de saúde, bem como as suas características específicas;
- Cópia dos estudos efetuados, incluindo, se existirem, os pareceres independentes e revistos por pares, no que se refere à alegação de saúde,

assim como de qualquer outro material que comprove que a alegação de saúde cumpre os critérios previstos no presente regulamento;

- Se for caso disso, indicação das informações que devam ser consideradas dados de propriedade industrial, acompanhada de justificações verificáveis;
- Cópia de outros estudos científicos relevantes para a alegação de saúde;
- Proposta de redacção da alegação de saúde para a qual se solicita autorização, incluindo, se for o caso, condições específicas de utilização;
- Resumo do pedido.

A *Autoridade Nacional* competente deve:

- Acusar a recepção do pedido por escrito, no prazo de 14 dias após a sua recepção. A confirmação deve indicar a data de recepção do pedido;
- Informar imediatamente a Autoridade Europeia; e
- Facultar à Autoridade o pedido, bem como qualquer informação complementar apresentada pelo requerente;
- Informar imediatamente os restantes Estados-membros e a Comissão Europeia acerca do pedido, o qual lhes deve ser facultado, juntamente com qualquer informação complementar apresentada pelo requerente;
- Tornar público o resumo do pedido.

A Autoridade deve emitir o seu parecer no prazo de cinco meses a contar da data de recepção de um pedido válido.

A Autoridade, em certos casos, poderá solicitar informações complementares ao requerente, o que prorrogará o prazo até ao limite de dois meses a contar da data de recepção das informações solicitadas e enviadas pelo candidato.

A Autoridade ou, através dela, uma autoridade nacional competente pode, se necessário, exigir que o requerente complete num determinado prazo os dados que acompanham o pedido.

Para elaborar o seu parecer, a Autoridade deve verificar:

- se a redacção proposta para a alegação de saúde se fundamenta em provas científicas;
- se a redacção da alegação de saúde é conforme com os critérios estabelecidos no regulamento vigente.

Caso seja favorável à autorização da alegação de saúde, o parecer deve incluir os seguintes dados:

- o nome e o endereço do requerente;
- a designação do nutriente ou outra substância ou do alimento ou categoria de alimentos acerca do qual irá ser feita a alegação de saúde, bem como as suas características específicas;

– uma proposta de redação da alegação de saúde em questão, incluindo, se for caso disso, as condições específicas de utilização;

– se for caso disso, as condições ou restrições relativas à utilização do alimento e/ou uma declaração ou advertência adicional que deverá acompanhar a alegação de saúde no rótulo e na publicidade.

A Autoridade deve enviar o seu parecer à Comissão, aos Estados-membros e ao requerente e incluir um relatório em que descreva a sua avaliação da alegação de saúde e apresente os motivos do seu parecer, bem como as informações em que este se baseia.

A Autoridade deve tornar público o seu parecer.

Tanto o requerente como qualquer outra pessoa podem enviar observações à Comissão no prazo de trinta dias a contar da data da referida publicação.

A Comissão Europeia deve informar, sem demora, o requerente da decisão tomada e publicar a informação detalhada da decisão no Jornal Oficial da União Europeia.

Há, no entanto, que referir que não basta haver legislação adequada que evite a entrada indiscriminada de produtos alimentares enriquecidos – os nutracêuticos.

Os Estados não se podem demitir do seu papel fiscalizador e repressor, uma vez que, no mundo global em que ora se vive, tudo entra fronteiras dentro sem qualquer ou com um diminuto ou distraído controlo.

Se juntarmos a tudo isto a publicidade extremamente agressiva e fraudulenta que pelos meios de comunicação social nos entra porta adentro e a falta de educação para o consumo, desde a mais tenra idade, tudo se complica exponencialmente.

Muitos dos produtos nutracêuticos não têm qualquer comprovativo científico que leve à melhoria da saúde dos consumidores, leva, isso sim, ao empobrecimento das famílias, por serem muito mais caros que os normais, com efeitos, quiçá, perniciosos, cuja erradicação é ainda mais onerosa.

Afigura-se-nos que os benefícios que de tais produtos poderão advir, dada a complexidade de todos os processos, deveriam constituir parte integrante do monopólio da prescrição que cabe indubitavelmente aos médicos.

Os nutracêuticos são mais medicamentos que alimentos. Daí o serem conhecidos, em certos círculos, como *alimentos* (alimento + medicamento) e deveriam ser sujeitos a prescrição médica com dispensa em farmácia comunitária ou de oficina sob controlo farmacêutico.

Refira-se, a título de exemplo, o que se passa com os alimentos enriquecidos com a bactéria *L. Casei* (Género *Lactobacillus*) considerado um *probiótico* que pode ser benéfica em doenças gastrointestinais de origem bacteriana.

O termo *probiótico* é de origem grega e significa ‘para a vida’. Tem sido empregue das maneiras mais diversas ao longo dos últimos anos.

Richard Parker, professor de microbiologia da Oregon Medical (1974), definiu probiótico como sendo “*organismos e substâncias que contribuem para o equilíbrio microbiano intestinal*”.

Roy Fuller (1989) considerou que os probióticos são *suplementos alimentares que contêm bactérias vivas que produzem efeitos benéficos no hospedeiro, favorecendo o equilíbrio microbiológico intestinal*.

Havenaar & Huis in’t Veld (1992) consideraram que são *culturas únicas ou mistas de microrganismos que, administrados a animais ou humanos, produzem efeitos benéficos no hospedeiro por incremento das propriedades da microflora indígena*.

O *Lactobacillus* foi isolado pela primeira vez por Moro (1900) a partir das fezes de lactentes amamentados ao peito materno; este investigador atribuiu-lhes o nome de *bacillus acidophilus*, designação genérica dos *lactobacilos intestinais*.

Esta bactéria existe no intestino humano. O organismo apenas cria as condições necessárias para que se multipliquem e exerçam a sua ação benéfica, não as produz.

Se um organismo saudável tem todas as condições para que esta bactéria permaneça no intestino e esteja a cumprir eficazmente o seu papel, qual a necessidade de ingestão de alimentos enriquecidos com função análoga?

O efeito será nefasto.

Vejamos.

Numa zona do litoral foi construída uma fábrica de transformação de peixe. Os rebotalhos do pescado eram lançados ao mar e serviram de alimento, ao longo de anos, a pelicanos e gaivotas.

A fábrica fechou. As gaivotas e os pelicanos, por não saberem pescar, morreram.

O termo *alimento funcional* aparece em 1980 no Japão, quando o governo japonês se propôs reduzir os custos com os seguros saúde

O exemplo serve na perfeição para alertar para o perigo da ingestão de suplementos desnecessários.

O organismo não produz essas e outras bactérias, mas dá-lhes condições de vida.

Se artificialmente as fornecermos, o organismo deixa de criar condições para a sua proliferação.

De notar que as grávidas não devem fazer uso desses probióticos sem consultar um médico.

Todos os excessos de probióticos, sais minerais, flúor, entre outros, são prejudiciais à saúde dos consumidores quando tomados indiscriminadamente e por longos períodos de tempo.

Há que temer, que desconfiar da publicidade que enaltece o poder benéfico dos produtos. A publicidade visa escoar produtos, sem curar, na generalidade, de cumprir a soma de princípios que nela se imbricam e presidem: a licitude, a veracidade, a identificabilidade, o respeito sacrossanto pelos direitos do consumidor, tal como o prescreve o Código Português da Publicidade.

SEGURANÇA ALIMENTAR NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO E DA UNIÃO EUROPEIA

parte final

ANA CAROLINA HASSE DE MORAES

Bacharel em Direito/PR

EXCERITOS

“O princípio da transparência se trata de uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”

“O fornecedor tem a obrigação de informar ao consumidor tanto as características do produto/serviço, bem como sobre o conteúdo do contrato, sendo que desta maneira evita-se qualquer tipo de lesão ao consumidor”

“É justamente o princípio da segurança que gera a obrigação de indenizar caso o produto ou serviço não responda às expectativas do consumidor, sendo defeituoso, conforme os artigos mencionados acima”

“Através do princípio da precaução, ao restringir certo produto, primeiramente se deve mostrar o dano que o mesmo pode gerar, uma vez que sua aplicação enseja a simples existência de indícios de dano”

“Caso a informação não esteja disponível ao consumidor ou mesmo não esteja clara, não há então transparência na relação de consumo”

“A segurança dos alimentos, para a União Europeia e os Estados-membros, faz parte de uma das maiores prioridades da agenda política da Comunidade, em razão do intuito de assegurar um alto nível de saúde pública”

4. Princípios do direito do consumidor relativos à segurança alimentar

4.1. No ordenamento brasileiro

4.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Consiste no principal direito constitucionalmente garantido, uma vez que é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, como ensina Rizzatto Nunes, o qual também leciona que é um fundamento que “funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional”³¹.

Todo e qualquer ser humano apenas pelo fato de ser pessoa já possui dignidade, uma vez que a dignidade humana se trata de valor desde logo preenchido *a priori*. É, igualmente, um valor supremo, máximo que tange o valor moral, ético e espiritual.

O direito a dignidade é inalienável, irrenunciável e acima de todo o modelo constitucional, de forma que serve de fundamento ao próprio sistema jurídico. Pode-se dizer que é um princípio que se estabelece como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, servindo de critério e parâmetro de valoração a nortear a interpretação do sistema normativo. Assim, dá-se como sendo o respeito à integridade física e moral da pessoa, às condições fundamentais de liberdade e igualdade, bem como a admissão da existência de pressupostos materiais mínimos a fim de que se possa viver.

Encontra-se disposto no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que é instituído como fundamental. Destarte, pode-se ver o princípio da dignidade humana sob a égide do direito do consumidor, haja vista que se encontra protegido pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro no seu artigo 4º, no *caput*:

*“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.”*³²

4.1.2. Princípio da proteção à vida, saúde e segurança

O princípio da proteção à vida, saúde e segurança tem seu nascedouro no princípio maior da dignidade, já que a dignidade da pessoa humana pressupõe um piso vital mínimo³³.

Do mesmo modo é tratado no artigo 4º, *caput*, do CDC e tem o objetivo de garantir de modo expreso a sadia qualidade de vida com saúde do consumidor e sua segurança, os quais são direitos básicos do consumidor assegurados no artigo 6º, inciso I, do mesmo *Codex*, assim como consistem em condições morais e materiais ao consumidor.

José Geraldo Filomeno afirma que, com base na doutrina de Eduardo Polo:

“(...) tudo hoje em dia é direito do consumidor: o direito à saúde e à segurança; o direito a defender-se contra a publicidade enganosa e mentirosa; o direito de exigir as quantidades e qualidades prometidas e pactuadas; o direito de informação sobre os produtos, os serviços e suas características, sobre o conteúdo dos contratos e a respeito dos meios de proteção e defesa; o direito à liberdade de escolha e igualdade na contratação, o direito de intervir na fixação do conteúdo do contrato; o direito de não se submeter às cláusulas abusivas; o direito de reclamar judicialmente pelo descumprimento ou cumprimento parcial ou defeituoso dos contratos; o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos; o direito de associar-se para a proteção de seus interesses; o direito de voz e representação em todos os organismos cujas decisões afetem diretamente seus interesses; o direito, enfim, como usuários, a uma eficaz prestação dos serviços públicos e até mesmo à proteção do meio ambiente.”³⁴

4.1.3. Princípio da proteção e da necessidade

O caráter protecionista e de interesse social do Código de Defesa do Consumidor brasileiro se faz presente imediatamente no artigo 1º da lei. Tal fato se dá em razão da própria necessidade da proteção do consumidor face o fornecedor em uma relação jurídica consumerista, sendo que este acontecimento é uma das razões pelas quais se criou a referida lei.

Destarte, há intervenção estatal no domínio econômico, pois o Estado age diretamente a fim de garantir o suprimento de produtos necessários ao consumidor, como por exemplo, nos casos de suprimento de alimentos.

4.1.4. Princípio da transparência e da informação

Ambos os princípios são fundamentais no direito do consumidor brasileiro.

O princípio da transparência se trata de uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor, como ensina Cláudia Lima Marques³⁵. Por transparência, deve-se entender informação clara e correta em relação ao produto ou serviço a ser adquirido, isto é, consiste na ideia de respeito e lealdade nas relações consumeristas.

Destarte, o fornecedor tem a obrigação de informar ao consumidor tanto as características do produto/serviço, bem como sobre o conteúdo do contrato, sendo que desta maneira evita-se qualquer tipo de lesão ao consumidor, o qual poderia se sujeitar a uma obrigação que não suporta ou não deseja. Faz-se, desta maneira, a aplicação do princípio da informação, previsto no inciso IV do artigo.

Outrossim, adquirindo um produto/serviço sem dispor de informações claras e precisas sobre suas qualidade e características, poderia se submeter à aquisição de um produto que não é apropriado para aquilo que intenciona ou não obtém as qualidades que o fornecedor assegura possuir.

O princípio da transparência se trata de uma exigência do princípio de boa-fé objetiva e proteção da confiança³⁶, também é princípio geral do próprio Código e se correlaciona a outro princípio mencionado igualmente no artigo 4º, o respeito à dignidade do consumidor.

Para Roberto Senise Lisboa, a transparência é:

“(...) clareza qualitativa e quantitativa da informação que incumbe às partes conceder, reciprocamente, na relação jurídica, o qual só é possível de ser realizado pela adoção de medidas que importem no fornecimento de informações verdadeiras, objetivas e precisas ao consumidor, bem como ao fornecedor, por parte do destinatário final do produto e serviço.”³⁷

Já o princípio da informação faz sua primeira aparição no art. 6º, inciso II, do CDC. Trata-se da obrigação por parte do fornecedor de oferecer ao consumidor todas as informações relativas ao produto ou serviço, tais como características, riscos, qualidade, preços, entre outros. Ao informar, deve o fazer de forma clara e precisa e deve ser feito mesmo antes da realização do contrato.

Ensina Rizzatto Nunes que “A informação não pode faltar com a verdade daquilo que informa de maneira alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação”³⁸.

A informação consiste em um dos mais vastos e importantes princípios das relações consumeristas, haja vista possuir caráter norteador e seu principal fundamento é a educação e a harmonia entre fornecedor e consumidor,

O princípio da proteção à vida, saúde e segurança tem seu nascedouro no princípio maior da dignidade

visando o melhoramento do mercado, conforme determina o art. 4º, inciso IV, do CDC.

Trata-se, portanto, o dever de informar em dever essencial (art. 6º, III, CDC), para que possa ocorrer a harmonia e a transparência na relação, fato este que enseja ao art. 31 do Código.

4.1.5. Princípio da proteção aos interesses econômicos

O princípio da proteção aos interesses econômicos do consumidor consiste na informação correta e bem como na aceitação do consumidor. O próprio CDC, em seu artigo 4º, determina:

*“(...) a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.”*³⁹

Consiste em direito que visa precaver possíveis abusos por parte dos fornecedores, sobrepondo-se nas relações jurídicas consumeristas a igualdade material, lealdade e boa-fé em todas as etapas do contrato. Um exemplo deste princípio seria se um consumidor fosse exigido de pagar por um bem ou serviço pelo qual não requisitou. Ou mesmo quando as empresas se juntam de maneira a ambicionar seus interesses, os quais, na maioria das vezes, são prejudiciais aos interesses econômicos dos consumidores.

Destarte, trata-se de direito protetor dos interesses econômicos do consumidor que almeja o equilíbrio nas relações de consumo e para que o consumidor não sofra prejuízos.

4.1.6. Princípio da segurança

O princípio da segurança se faz presente nos artigos 12 e 14 do CDC e é um dos mais importantes no direito do consumidor em razão de servir de estrutura para todo o sistema de responsabilidade civil das relações de consumo, assim como entende Sergio Cavalieri Filho⁴⁰.

A sua importância se deve ao fato de que, anteriormente ao Código, não havia legislação competente a fim de proteger e defender o consumidor contra os possíveis riscos da relação de consumo. Implica dizer, deste modo, que o consumidor era o responsável por esses riscos e arcava com os mesmos, exceto no caso em que o fornecedor respondia por culpa ou dolo, porém comprovar essa ocorrência era extremamente difícil.

Entretanto, com o advento do CDC, esse quadro foi invertido levando à transferência dos riscos do consumo para o fornecedor, não mais o consumidor.

É justamente o princípio da segurança que gera a obrigação de indenizar caso o produto ou serviço não responda às expectativas do consumidor, sendo defeituoso, conforme os artigos mencionados acima.

Por meio desse princípio, o fornecedor ficou obrigado a somente colocar o produto ou serviço em circulação no mercado caso seja seguro ao consumidor, ou seja, sem defeito. Caso contrário, em havendo defeito, haverá “violação do dever jurídico de zelar pela segurança dos consumidores”⁴¹. Esta segurança deve corresponder aos padrões da expectativa dos consumidores, dentro de uma concepção de coletividade, em um todo. Desta sorte, a segurança é um dever jurídico assegurado por lei.

4.2. No ordenamento da União Europeia

4.2.1. Princípios da preservação da vida e da saúde humana

A União Europeia tem como uma de suas prioridades a proteção à saúde e à vida dos seus cidadãos. Em razão disso, determina em suas legislações que essa proteção seja garantida, como o fez no Regulamento 178/02, no âmbito da segurança alimentar.

No n. 2 do referente regulamento, dispõem sobre como deve ser garantido o direito dos cidadãos europeus a um elevado nível de proteção de vida e saúde humanas no que diz respeito às relações consumeristas. Nas relações de consumo na área de segurança alimentar, pode-se encontrar essa proteção assegurada no n. 10, o qual determina que, para resolver o problema de riscos alimentares, foi necessário tomar medidas no caráter de criar sistemas para identificar e resolver os mesmos, tudo com o intuito de garantir a vida e a saúde humanas. Em razão dos repetitivos eventos danosos concernentes à segurança alimentar, o n. 60 de igual modo constatou essa necessidade de garantir medidas eficazes e rápidas à proteção da saúde humana. Fato é que, praticamente todo o Regulamento 178/02 demonstra essa preocupação, de modo que muitos de seus dispositivos são relativos a esse princípio.

Portanto, ao comprar um produto do gênero alimentício, tem-se a certeza de que, antes de ser comercializado, este deve passar por normas obrigatórias de segurança a fim de evitar efeitos nocivos ao consumidor.

4.2.2. Princípio da proteção da saúde e bem-estar animal

Não é somente a saúde humana que deve ser protegida, porém também a dos animais. Esta é uma matéria que consiste em uma importante prioridade na UE, uma vez que ajuda a prevenir a ocorrência de doenças animais contagiosas, como a peste suína, a gripe aviária e febre aftosa.

A UE explica que as medidas concernentes ao bem-estar dos animais ajudam a garantir melhores condições para os mesmos, de maneira que há regras específicas em relação à composição das rações destinadas a eles. Ora, os alimentos somente serão seguros se os animais que provêm forem saudáveis, caso contrário, crises alimentares estariam suscetíveis de ocorrer.

Gêneros alimentícios prejudiciais à saúde do animal não devem ser dados a eles, uma vez que esses alimentos podem encadear um efeito nocivo à saúde humana ou ao próprio animal.

Existe na UE um Comitê Permanente da Cadeia Alimentar e da Saúde Animal, composto por representantes dos Estados-membros e cujo presidente é o representante da Comissão.

O Regulamento 178/02, em seu n. 7, dispõe sobre a proteção do bem-estar animal quando dos alimentos destinados aos animais, dispondo:

*“No contexto de legislação alimentar, é conveniente incluir requisitos relativos aos alimentos para animais, incluindo à sua produção e utilização sempre que se destinem a animais produtores de gêneros alimentícios, sem prejuízo dos requisitos semelhantes que tem sido aplicado até a data e que serão aplicados no futuro na legislação relativa aos alimentos para animais aplicável a todos eles, incluindo os animais de estimação.”*⁴²

O Tratado de Amsterdam, no “Protocolo relativo à proteção e ao bem-estar dos animais”⁴³, instituiu novas normas em relação à ação da União Europeia neste campo. Sendo assim, o que se buscou na legislação comunitária referente à proteção dos animais foi evitar que passassem por sofrimento inútil no que diz respeito à criação, ao transporte e ao abate. Ocorre que, segundo estudos, os animais são mais saudáveis e possibilitam gerar melhores alimentos, ou seja, de melhor qualidade, quando são bem tratados. Caso o animal sofra de *stress* físico em razão de más condições da criação, transporte ou abatimento, este terá sua saúde prejudicada, o que ocasionará numa carne ou produto de qualidade inferior.

Destarte, o Serviço Alimentar e Veterinário (SAV), juntamente com as autoridades competentes de cada Estado-membro, realiza controles nos locais a fim de garantir o cumprimento de forma devida dessa legislação.

Destarte, visando impedir que animais contaminados ingressem na cadeia alimentar, todo e qualquer animal ou produto de origem animal deve observar as normas de exigência sanitária que existem na União Europeia, a fim de poderem ser comercializados ou importados pela Comunidade.

Igualmente, a União Europeia, através de sua regulamentação, determina a identificação de animais de criação, com o intuito de assegurar a sua rastreabilidade.

4.2.3. Princípio da preservação do ambiente

O princípio da preservação do ambiente baseia-se no princípio da precaução, uma vez que a preservação do meio ambiente prevenirá no futuro possíveis problemas ambientais. O princípio da precaução advém do direito ambiental alemão, sendo aplicado desde 1970 em políticas de gestão ambiental e é ele quem leva a ideia de preservação do meio ambiente, ainda que afete os interesses econômicos de certos mercados.

Para a União Europeia, tal princípio encontra-se no Tratado de Lisboa, no art. 174. O objetivo é a preservação, proteção e melhoria da qualidade do ambiente, e igualmente a proteção da saúde humana. Visa utilizar os recursos naturais de forma racional, sábia e prudente. No âmbito internacional, colabora para promover medidas designadas a encarar os problemas regionais ou mundiais ambientais, bem como o combate às alterações climáticas.

Igualmente faz parte deste princípio o fato de que a atividade agrícola, ademais de gerar alimentos, recursos energéticos e fibras, deve se ater a regenerar solo, água e biodiversidade.

4.2.4. Princípio da precaução

Este princípio apenas possui uma referência explícita no Tratado CE, o qual se encontra no título referente à proteção do ambiente. Entretanto, o que ocorre, na prática, é a observância deste princípio tanto na política dos consumidores quanto na saúde humana, animal ou vegetal, haja vista a amplitude de seu campo de aplicação.

Em razão de não haver uma definição certa sobre o princípio da precaução no próprio tratado ou mesmo em outros textos comunitários, o Conselho resolveu fazer pedido, através da resolução de 13 de abril de 1999, à Comissão com a finalidade de elaborar diretrizes claras e eficazes visando à possibilidade de aplicação deste instituto. Portanto, o documento da Comissão Europeia intitulado Comunicação da Comissão se trata da resposta a tal pedido. Assim, o princípio adotado em diversas convenções

internacionais e seu conceito se faz presente no acordo referente às disposições sanitárias e fitossanitárias (SPS), bem como na esfera na Organização Mundial do Comércio (OMC).

Para a Comissão, deve-se evocar o princípio em havendo evento perigoso gerador de efeitos, ou ainda em havendo produto ou procedimento em que, mesmo depois de avaliados científica e objetivamente, não seja possível medir os riscos com plena certeza. Destarte, apenas se deve fazer utilização de tal princípio caso haja risco potencial.

Para tanto, há três condições prévias que devem ser atendidas, quais sejam: identificação dos efeitos potencialmente negativos, avaliação de dados científicos disponíveis e extensão de incerteza científica.

O princípio da
transparência
se trata de uma
exigência do
princípio de boa-fé
objetiva e proteção
da confiança

Da mesma sorte, outros cinco princípios gerais serão aplicados: proporcionalidade entre as medidas tomadas e o nível de proteção procurado; não discriminação na aplicação das medidas; coerência das medidas com as anteriormente tomadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares; exame das vantagens e desvantagens provenientes da ação ou da não ação; e reexame das medidas à luz da evolução científica.

Sendo assim, condizente a este estudo, pode-se dizer que esse princípio se relaciona aos gêneros alimentícios e seus riscos. O documento que estipula os princípios e normas gerais da legislação alimentar na Comunidade Europeia, o Regulamento CE 178/02 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2002, também criou a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos, bem como determina procedimentos no âmbito de segurança dos gêneros alimentícios.

A ligação entre as duas matérias se dá sempre que houver a probabilidade de um alimento gerar efeitos prejudiciais à saúde, sendo uma maneira de possibilitar a agilidade de se tomar medidas necessárias. Será, destarte, aplicado quando houver incerteza ou não existir informações científicas completas em relação ao risco potencial.

Este princípio ficou mais evidente depois das grandes crises sanitárias, como a encefalopatia espongiforme bovina e os organismos geneticamente modificados. Através do princípio da precaução, ao restringir certo produto, primeiramente se deve mostrar o dano que pode gerar, uma vez que sua aplicação enseja a simples existência de indícios de dano.

Também se encontra presente no texto do Livro Branco Sobre a Segurança dos Alimentos, de janeiro de 2000, tendo grande relevância neste documento.

4.2.5. Princípio da transparência

É um dos princípios mais importantes, uma vez que se faz essencial que a informação seja completa para que o consumidor possa fazer sua escolha com base em todo o conhecimento de causa. É este princípio quem coopera para o reforço da eficiência geral das relações de consumo. O preço a ser pago pelo consumidor depende do curso de câmbio, pois para a maioria dos consumidores às vezes se torna difícil identificar o produto ou serviço menos caro.

Este princípio pode ser de grande serventia, por exemplo, para um consumidor que adquire produto importado. Natural é que o tal produto venha com suas informações escritas no idioma de origem e que o adquirente dele não possua conhecimentos sobre o idioma uma vez que não é o seu original. Portanto, segundo o princípio da transparência, essas informações devem ser claras, de modo que o fornecedor deverá provê-las na língua do país onde está sendo vendido, não importando se é produto de outro país, facilitando, assim, o acesso do consumidor ao bem, bem como a compreensão das informações.

A não aplicação deste princípio pode desencadear uma série de desvantagens e prejuízos ao consumidor, haja vista que pode fazer um mau emprego de seus recursos em razão de um conhecimento escasso sobre a realidade. Caso a informação não esteja disponível ao consumidor ou mesmo não esteja clara, não há então transparência na relação de consumo. A transparência do mercado se faz condição necessária para o funcionamento de um mercado competitivo. Claro que há certa responsabilidade de cada parte para ir em busca das informações, no entanto, também é óbvio que ao consumidor, na sua hipossuficiência, é impossível achar informações de todos os âmbitos. Destarte, ele tem a possibilidade de procurar pela informação, porém não tem a obrigação, pois esta deve estar disponível. Entretanto, em caso de má escolha e estando o produto com todas as informações disponíveis bem como sem defeito, ele deverá arcar com as consequências.

Faz-se presente nos princípios orientadores da abordagem da Comissão para o Livro Branco, onde é princípio norteador para a criação e aplicação das políticas públicas referentes aos serviços de interesse geral. Garante às autoridades públicas se tornar possível desempenhar suas responsabilidades bem como fazer e acatar escolhas democráticas.

Por isso, é em razão do princípio da transparência que se pode ter notícia dos perigos, aos consumidores, no âmbito da saúde e segurança, como ensina Mário Frota⁴⁴. Também em matéria de rotulagem e informações que garantam o domínio das características essenciais de produtos e serviços, tendo como objetivo proteger o consumidor contra riscos capazes de comprometer sua saúde e segurança.

Existe na UE uma regulamentação concernente à rotulagem dos produtos alimentícios, a qual põe em prática o princípio da transparência, uma vez que permite ao consumidor ter acesso a todas as informações, quais sejam, composição, fabricante, métodos de armazenagem e preparação.

A preocupação da Europa em relação ao consumo de alimentos seguros é tão grande que os consumidores querem saber a procedência da carne que comprem, por exemplo, em razão do medo da encefalopatia espongiforme bovina. Sendo assim, atualmente, as carnes bovinas devem indicar em seus rótulos o local de nascimento, de criação, de engorda, de abate e de desmancha.

Outra preocupação existente é em relação aos organismos geneticamente modificados (OGMs) – o produto que o contiver de igual forma deve indicar em seu rótulo sua existência.

Por fim, é dizer que este princípio está para informar os consumidores sobre os riscos do contrato a ser selado, estando ele consciente do que virá a adquirir.

4.2.6. Princípio da salvaguarda dos interesses econômicos do consumidor

O princípio da proteção dos interesses econômicos veio aparecer no Segundo Programa, o qual só veio reforçar o Programa Preliminar. As regras designadas a tal proteção foram estipuladas pela União Europeia. Ademais, este princípio faz partes dos cinco direitos básicos dos consumidores, sendo os demais: o direito à proteção da saúde e da segurança; à proteção dos interesses jurídicos; à representação e à participação; e à informação e à educação.

Igualmente se faz presente no art. 153 (129-A) do Tratado de Amsterdam e a Constituição da República Portuguesa também estipulou no seu n. 1, art. 60, que os consumidores têm direito à proteção de seus interesses econômicos, bem como no art. 3º, “e”, da Lei do Consumidor de Portugal, a Lei 24/96, de 31 de julho.

Todos os contratos de relação de consumo podem se tornar prejudiciais aos interesses econômicos do consumidor, de modo que este terá o direito

de suspendê-lo se assim ocorrer, ou seja, se perceber que a continuidade do contrato lhe gera lesão econômica, uma vez que não satisfaz seus anseios.

Ficaram estipuladas pela União Europeia as regras designadas para proteger os interesses econômicos, bem como jurídicos, dos consumidores. Destarte, ficaram proibidas pela União práticas comerciais estimadas como desleais, assim como facilitou a resolução de conflitos e pequenos litígios através da conciliação.

Ademais dessas ações, foi criada uma rede europeia de informação e uma rede de autoridades nacionais com a finalidade de garantir a eficaz aplicação da legislação concernente aos consumidores.

4.2.7. Princípio da partilha da responsabilidade

Determina o Livro Branco que a responsabilidade dos serviços de interesse geral deve ser partilhada entre a União Europeia e seus Estados-membros, baseado no art. 16 do Tratado da CE, o qual comete à Comunidade Europeia e Estados-membros a responsabilidade de garantir “que as suas políticas permitam aos operadores de serviços de interesse econômico geral desempenhar as missões de que estão incumbidos”⁴⁵. No art. 86, n. 2, do Tratado da CE, encontra-se disposto o direito dos Estados-membros de atribuir certos encargos de serviços públicos para os operadores econômicos, bem como garantir sua execução. Da mesma forma se faz presente no Livro Branco, n. 88⁴⁶:

“A responsabilidade pela produção de alimentos seguros é partilhada entre os operadores, as autoridades nacionais e a Comissão Europeia. Aos operadores compete respeitar as disposições legislativas e minimizar os riscos por sua própria iniciativa. Às autoridades nacionais compete garantir que as normas de segurança dos alimentos sejam respeitadas pelos operadores. Essas autoridades devem estabelecer sistemas de controlo para garantir a observância das regras comunitárias e, se for necessário, impor a sua aplicação. Os sistemas em questão devem ser desenvolvidos a nível comunitário, para que seja seguida uma abordagem harmonizada.”

5. Segurança alimentar

O consumidor, tanto o brasileiro quanto o europeu, deve ter o direito de acesso a uma alimentação saudável, de qualidade e diversificada, isto é dizer que todo cidadão deve ter ao seu dispor toda e qualquer informação nutricional, sobre a composição, processos de fabricação, entre outras informações sobre

o produto que está para adquirir; por exemplo, saber se está obtendo um produto transgênico, orgânico, diet ou então se o produto ainda se encontra no prazo de validade ou se possui alguma substância específica causadora de reação alérgica.

Assim, como ensina a professora Ângela Frota⁴⁷, “a segurança alimentar assenta essencialmente nas regras de higiene escrupulosamente respeitadas desde a aquisição de matérias-primas, preparação, confecção, transformação, embalagem, armazenagem, conservação, transporte, distribuição, manipulação, exposição, até à comercialização”.

Ocorre que o risco dos alimentos e sua conservação são eminentes ao nosso dia a dia e podem afetar consideravelmente a vida de qualquer ser humano de maneira prejudicial tanto à saúde quanto a outros danos que por ventura venham a surgir.

A segurança dos alimentos, para a União Europeia e os Estados-membros, faz parte de uma das maiores prioridades da agenda política da Comunidade, em razão do intuito de assegurar um alto nível de saúde pública.

Muitas competências essenciais da UE são afetadas de maneira mais direta, como é o caso da Política Agrícola Comum (PAC), a concretização do mercado interno, a defesa do consumidor (a qual não se encontrava prevista no Tratado de Roma, porém, surgiu mais tarde com o Conselho Europeu de Paris de 1972 e com o Ato Único, o qual tornou possível a introdução da noção de consumidor no Tratado), a saúde pública e as ações a favor do ambiente.

Ato contínuo, preocupados com as crises alimentares que foram se alastrando pela década de 90, viu-se a necessidade, em 1997, de instituir o Livro Verde sobre os princípios gerais da legislação alimentar da União Europeia. Alguns anos mais tarde, em janeiro de 2000, este instrumento conduziu à criação do Livro Branco sobre a segurança dos alimentos, o qual visava colocar à disposição dos consumidores uma informação clara e precisa sobre a qualidade, os possíveis riscos e a composição dos alimentos. Igualmente visava uma uniformização desse sistema no território comunitário.

Dois anos mais tarde, a UE criou o já então citado Regulamento 178/02, em janeiro de 2002, o qual contém o texto base da nova legislação relativa à segurança dos alimentos que possui o intuito de evitar sérios riscos à saúde humana, animal e ao ambiente.

Atualmente, um sistema americano criado pela empresa Pillsbury em 1960 chamado Hazard Analysis and Critical Control Points (HACCP), usado pela NASA, também é utilizado por várias empresas alimentícias ao redor do mundo, tanto nos países europeus quanto no Brasil, através da

norma NBR 149000 lançada em 2002. Trata-se de um sistema que assegura a segurança alimentar, pois sua finalidade é analisar cada etapa da produção dos alimentos e perceber se há riscos à saúde dos consumidores. Para que tal ocorra, a HACCP determina medidas preventivas para controlar tais riscos por meio de pontos críticos de controle.

A economia europeia tem como um dos seus grandes protagonistas os setores agrícola e alimentar, uma vez que a UE é a segunda exportadora mundial de produtos agrícolas e conta com um mercado de cerca de 500 milhões de consumidores, ou seja, um dos maiores mercados mundiais. No entanto, esses consumidores são diferenciados, uma vez que suas exigências são grandes e incisivas no que diz respeito à qualidade e segurança dos produtos que consomem, de maneira que se torna praticamente impossível para os fornecedores e produtores ignorar esse quadro.

A informação
consiste em um
dos mais vastos
e importantes
princípios
das relações
consumeristas

O Brasil é atualmente um dos grandes exportadores de carne de gado e aves, sendo que também é autossuficiente e tem a fronteira agropecuária que mais cresce a nível mundial, de modo que quase 20% de todas as terras agricultáveis do mundo lhe pertencem. Destarte, sofre as exigências feitas pelos outros países importadores de seus alimentos. Por exemplo, a UE é o maior mercado do mundo no que diz respeito às importações de bens alimentícios originários de países em desenvolvimento. Sendo assim, as explorações e produtores agrícolas que a ela exportam devem obedecer aos mesmos princípios de segurança que os impostos na Comunidade.

Em 2006, no Brasil, foi sancionada a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan) (Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006)⁴⁸, a qual possibilitou a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan). Esta lei visa garantir aos cidadãos brasileiros uma alimentação mais adequada, embora seu enfoque maior seja em relação à segurança alimentar no âmbito quantitativo. No entanto, vale ressaltar seu art. 4º, inciso IV:

“Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange:

*IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.”*⁴⁹

Óbvio que a segurança alimentar não depende tão somente do fornecedor, mas também do consumidor, no cuidado que este tem ao conferir datas de validade nas embalagens, na higiene tanto do produto quanto do estabelecimento comercial, no cozimento que se faz imprescindível em alguns alimentos, no ato de evitar a compra de produtos amassado e bem como deixar ou armazenar produtos em locais inóspitos ou inapropriados, ou seja, onde as características do lugar não são adequadas ao tipo de produto, como por exemplo, temperaturas elevadas ou não arejado.

5.1. Conceito

Segundo a definição dada pela Cúpula Mundial de Alimentação:

*“A Segurança Alimentar e Nutricional significa garantir, a todos, condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, com base em práticas alimentares saudáveis, contribuindo, assim, para uma existência digna, em um contexto de desenvolvimento integral da pessoa humana.”*⁵⁰

Esse é o conceito mais recente no Brasil no que diz respeito à segurança alimentar e foi elaborado por representantes do governo bem como pela sociedade civil. Trata-se de uma ideia ampla, uma vez que esta pode ter caráter de disponibilidade em termos de suficiência, acesso, continuidade, preços estáveis e compatíveis ao poder aquisitivo do consumidor, porém, principalmente ao que interessa a esse estudo, caráter da importância da qualidade para o requisito da própria cidadania.

Para a II Conferência Nacional de SAN:

*“Segurança Alimentar e Nutricional é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo com base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis.”*⁵¹

Os cidadãos, ora consumidores, devem ter direito ao acesso a alimentos nutricionalmente apropriados, assim como seguros quanto à sua qualidade, de modo que possam ter uma vida saudável, ou seja, livre de doenças. É dizer que os alimentos que consumimos devem se achar disponíveis de maneira que haja uma preocupação em relação à existência de qualidade e segurança nos mesmos ainda que produzidos ou importados, tanto no âmbito internacional quanto local.

Consiste em direito fundamental o acesso à alimentação, estando estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Deve, portanto,

o poder público, criar políticas e ações que tenham por finalidade assegurar e promover a segurança alimentar em seu país.

Segundo o Programa Preliminar de Ação, proveniente da Resolução do Conselho das Comunidades Europeias, alguns princípios e ações têm caráter extremamente prioritário, dentre eles a proteção eficaz contra os riscos suscetíveis de afetar a saúde e a segurança do consumidor.

Outro fator que garante a segurança dos alimentos é justamente a exigência dos consumidores em relação a eles, de modo que obriga os agentes econômicos e manipuladores de alimentos a fazerem mudanças caso seja preciso. O consumidor adquire esse poder ao recusar ou reclamar sobre o alimento não estando este em conformidade com seus anseios ou mesmo com os padrões normais de aceitação.

Não é somente a
saúde humana que
deve ser protegida,
porém também a
dos animais

Deste modo, pode-se dizer que a segurança alimentar é um conjunto de regras que possibilitam adquirir alimentos que não acarretarão danos ao consumidor se preparados ou ingeridos conforme a utilização presumida.

Para a professora Ângela Frota⁵², apenas através da educação para a segurança e a qualidade dos agentes econômicos e dos consumidores que se pode desejar a consecução de tal aspiração.

Na União Europeia, pode-se destacar alguns dos principais regulamentos concernentes à segurança alimentar, quais sejam: O Regulamento 178/02, já citado; o Regulamento 852/04 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, referente à higiene dos gêneros alimentícios em geral; o Regulamento 853/04 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, referente às regras específicas estabelecidas de higiene aplicáveis aos gêneros alimentícios de origem animal; e o Regulamento 854/04 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, referente às regras específicas estabelecidas de organização dos controles oficiais de produtos de origem animal destinados ao consumo humano.

No Brasil, a adoção de boas práticas agropecuárias está começando a ser disseminada por meio de alguns programas que visam à preservação da saúde do consumidor, entre um desses programas está o Programa Integrado de Frutas (PIF).

A saúde pública, portanto, é assunto de grande relevância, pois não podemos viver em uma sociedade que ignora os erros relativos aos alimentos, uma vez que sobrevivemos deles. Tais erros vêm a gerar grandes males e

prejuízos à sociedade, dado o fato de que provavelmente insignificantes, porém repetitivos.

É certo que diversos problemas de saúde são originados em razão de precárias condições de cozinhas domésticas, não observância das regras impostas para a segurança alimentar, adulteração de alimentos, entre tantos outros. Sendo assim, faz-se necessária a existência de órgãos competentes para fazer a fiscalização da segurança dos alimentos que consumimos.

5.2. Importância do controle de alimentos para os consumidores

Atualmente, os casos de intoxicação alimentar já se tornaram tão corriqueiros que as pessoas já não lhes dão mais a devida importância. Não é raro ouvir surtos sendo noticiados frequentemente.

Em razão desses eventos que, na União Europeia, foi criado o Livro Branco da Segurança Alimentar e o Regulamento 178/02, de 28 de janeiro de 2002, os quais têm a finalidade de proteger os consumidores europeus desses acontecimentos.

Podemos citar inúmeros episódios como o surto da BSE, encefalopatia espongiforme bovina, mais conhecida como doença das vacas loucas; as dioxinas nos suínos, aves e nos refrigerantes da marca Coca-Cola; a febre aftosa; a presença de nitrofuranos em aves (proibido seu uso pela UE em 2002 e exigiu que 10% dos frangos exportados pelo Brasil fossem submetidos à detecção da substância, a qual pode ser cancerígena); e outros.

No Brasil, há algum tempo houve em Santa Catarina o episódio da doença de chagas causada pela ingestão de caldo de cana. Pesquisas também demonstram que a maionese é uma das campeãs em número de intoxicações e, outrossim, muito se houve falar da salmonella. Recentemente, um estudo feito pela Anvisa mostrou que o pimentão foi o alimento que apresentou maior índice de resíduos de agrotóxicos, seguido pelo morango, uva e cenoura. Ressalta-se que a segunda causa de intoxicação se dá em razão dos agrotóxicos e podem causar intoxicações agudas e crônicas. Do mesmo modo que a UE proibiu o uso de nitrofuranos, o Brasil também o fez através do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento em maio de 2003.

Outro produto também passível de causar sérios danos à saúde humana e aos animais é a micotoxina, a qual é substância tóxica originada por fungos que crescem em produtos agrícolas e alimentos. Podem causar câncer hepático e encontram-se presentes em amendoins, milho, centeio, cevada e tantos outros alimentos.

Destarte, o risco na ingestão de alimentos ocorre por causa de alergias, substâncias disruptoras do sistema endócrino, agentes biológicos (bactérias, vírus, parasitas etc.), químicos (agrotóxicos, metais pesados, toxinas etc.) ou físicos (sujeira, substâncias estranhas, radiação etc.) presentes nos mesmo que podem gerar efeitos contrários na saúde dos consumidores.

Portanto, o controle dos alimentos é importante uma vez que possibilita proteger a saúde humana e animal, aumentar a confiança dos consumidores, aperfeiçoar a qualidade higiênica dos alimentos, diminuir o número de casos de doenças geradas pelo consumo de alimentos infectados e aumentar a confiança dos países importadores dos produtos alimentícios de maneira a melhorar a economia nacional.

Só para se ter uma ideia do quanto a União Europeia se preocupa com a segurança alimentar, o orçamento para a investigação no âmbito de qualidade e segurança dos alimentos entre os anos de 2002 e 2006 foi de 685 milhões de euros.

5.3. Elementos da segurança alimentar

Os elementos que compreendem a segurança alimentar são: a saúde pública, a segurança dos produtos e a qualidade dos mesmos.

5.3.1. Saúde pública

A saúde pública consiste na ação do Estado para, através de conhecimentos, sendo estes médicos ou não, organizar sistemas e serviços de saúde, com a finalidade de controlar ou evitar doenças por meio de vigilância e intervenções governamentais.

A definição mais conhecida é a que foi citada por Charles-Edward Amory Winslow em 1920, quando disse que:

*“A arte e a ciência de prevenir a doença, prolongar a vida, promover a saúde e a eficiência física e mental mediante o esforço organizado da comunidade. Abrangendo o saneamento do meio, o controle das infecções, a educação dos indivíduos nos princípios de higiene pessoal, a organização de serviços médicos e de enfermagem para o diagnóstico precoce e pronto tratamento das doenças e o desenvolvimento de uma estrutura social que assegure a cada indivíduo na sociedade um padrão de vida adequado à manutenção da saúde.”*⁵³

Inicialmente introduzida através do Tratado de Maastricht, a matéria foi posteriormente reforçada pelo Tratado de Amsterdam. A saúde pública encontra-se também prevista no art. 152 do Tratado de Lisboa, determinando

que essa incide na prevenção de doenças, devendo ser promovida a informação e a educação no domínio da saúde.

5.3.2. Segurança de produtos

A segurança dos produtos só pode ser obtida se houve uma obrigação geral de segurança por parte dos produtores, a qual define que só devem ser postos à disposição do consumidor produtos seguros.

Um produto seguro consiste em um produto que está de acordo com as normas legais ou regulamentares do país seguindo os requisitos os quais devem ser obedecidos, de modo a visar à proteção da saúde e assim como a segurança dos próprios consumidores. Outrossim, é um produto que não apresenta riscos à saúde na sua utilização.

Faz parte da responsabilidade dos produtos e fornecedores garantir a segurança dos produtos, uma vez que obviamente a segurança dos consumidores depende dessa ação. Porém, também é preciso que haja uma efetiva fiscalização e vigilância a nível nacional.

Na UE a segurança dos produtos se dá pela legislação vigente e igualmente pelo uso do The Rapid Alert System for Food and Feed (RASFF), ou seja, um sistema de alerta rápido para os produtos que apresentam risco grave à saúde humana e animal, de maneira que esses produtos, caso acionado o RASFF, serão imediatamente retirados do mercado.

5.3.3. Qualidade

A qualidade dos produtos de gênero alimentícios depende da segurança dos mesmos. Destarte, deve o consumidor exigir constantemente que essa qualidade seja assegurada, uma vez que esta envolve certos aspectos fundamentais para uma compreensão global ou sistêmica do processo.

De fato, analisar e comparar a qualidade entre um produto e outro não é tarefa fácil, no entanto, possibilita uma probabilidade maior de se eleger um alimento mais apropriado para a saúde, haja vista que consumir um alimento de qualidade inferior pode acarretar graves danos à saúde e ocasionar sérios problemas no futuro.

No Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, de Portugal, em seu artigo 75, está disposto que “os produtos e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer as legítimas expectativas do consumidor”⁵⁴.

5.4. Gêneros alimentícios

São gêneros alimentícios quaisquer substâncias ou produtos em natureza, sejam estes total ou parcialmente modificados, cuja destinação seja a ingestão pelo homem, ou seja, produtos que servem para o consumo e alimentação do ser humano.

Para a UE, a definição de gêneros alimentícios se encontra no art. 2º do Regulamento 178/02, de 28 de janeiro. Nele está disposto que:

“Para efeitos do presente regulamento, entende-se por ‘gênero alimentício’ (ou ‘alimento para consumo humano’), qualquer substância ou produto, transformado, parcialmente transformado ou não transformado, destinado a ser ingerido pelo ser humano ou com razoáveis probabilidades de o ser. Este termo abrange bebidas, pastilhas elásticas e todas as substâncias, incluindo a água, intencionalmente incorporadas nos gêneros alimentícios durante o seu fabrico, preparação ou tratamento. A água está incluída dentro dos limiares de conformidade referidos no artigo 6º da Diretiva 98/83/CE, sem prejuízo dos requisitos das Diretivas 80/778/CEE e 98/83/CE.

O termo não inclui:

- a) alimentos para animais;
- b) animais vivos, a menos que sejam preparados para colocação no mercado para consumo humano;
- c) plantas, antes da colheita;
- d) medicamentos, na aceção das Diretivas 65/65/CEE (1) e 92/73/CEE (2) do Conselho;
- e) produtos cosméticos, na aceção da Diretiva 76/768/CEE do Conselho (3);
- f) tabaco e produtos do tabaco, na aceção da Diretiva 89/622/CEE do Conselho (4);
- g) estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, na aceção da Convenção das Nações Unidas sobre Estupefacientes, de 1961, e da Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971;
- h) resíduos e contaminantes.”⁵⁵

5.5. Organismos geneticamente modificados

Os organismos geneticamente modificados, ou OGMs, são aqueles que, através de técnicas da engenharia genética, são manipulados geneticamente, de maneira que proporcionam ao organismo as características desejadas.

A Lei 11.105, de 24 de março de 2005 diz no seu art. 3º que OGM é:

“Organismo cujo material genético (DNA/RNA) tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética, excluídos desta classificação aqueles organismos “resultantes de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de DNA/RNA recombinante ou OGM, tais como: fecundação in vitro, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural”.”⁵⁶

A polêmica sobre os OGMs decorre do fato que, por ser uma matéria nova, pouco se sabe sobre seus efeitos no ser humano. Deste modo, podem ocasionar irreversíveis efeitos prejudiciais em longo prazo. Há quem diga que o seu consumo pode causar graves danos à saúde bem como ocasionar reações alérgicas e possivelmente o câncer. Até mesmo a UE proibiu sua circulação há alguns anos e posteriormente, depois de legalizar sua circulação, promoveu uma barreira contra a soja transgênica, determinando sua clara identificação na embalagem do produto, observado, destarte, o princípio da transparência. De acordo com recente pesquisa, 76% dos europeus são contra ou evitam o uso de produtos transgênicos e a identificação na embalagem dá ao consumidor o direito de escolha, de modo que não compraria um transgênico sem saber.

O consumidor, tanto o brasileiro quanto o europeu, deve ter o direito de conhecer aquilo que está para consumir e ingerir, sendo assim, a rotulagem dos alimentos transgênicos ou mesmo alimentos que o contenham em sua matéria prima se faz essencial.

Aqueles que defendem seu uso dizem que as vantagens dos OGMs são de aumentar a produtividade, por serem mais resistentes a insetos e pragas, por se adaptarem a diferentes climas, por serem resistentes a herbicidas, a metais tóxicos do solo, fungos, amadurecimento precoce, possuir maior teor protéico e proteínas mais completas e reduzir a utilização de agrotóxicos. Entretanto, uma pesquisa feita pela Universidade de Kansas, nos EUA, mostrou que a soja transgênica produz em torno de 10% menos que o convencional. Da mesma sorte, não ha nenhum estudo científico que prove a segurança no seu consumo.

Diversas organizações ambientais protestam contra o uso dos OGMs alegando serem danosos ao meio ambiente e à saúde humana, igualmente em razão de muitas das avaliações sobre os impactos dos transgênicos serem feitos pelas próprias empresas que os produzem. Alguns Estados-membros como Itália e Áustria criticaram o Painel OGM, responsável pela avaliação dos transgênicos, alegando-o ser um resultado de cientistas de parcialidade.

O Brasil é o terceiro maior produtor de alimentos transgênicos, atrás de Estados Unidos e Argentina, porém, ainda está cauteloso quanto à expansão das autorizações para produção de produtos transgênicos.

É através da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança que se dá a implementação da Política Nacional de Biossegurança concernente aos OGMs. A CTNBio também estabelece normas técnicas de segurança e pareceres técnicos relativos à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente em atividades que envolvam os OGMs.

Ocorre que o consumidor pode consumir transgênicos sem nem mesmo saber: alguns produtos que contêm matéria prima OGM são a batata Pringles, o sorvete Häagen Dazs, os chocolates M&M, e outros.

No Brasil, há uma lei de rotulagem em vigor, a Resolução-RDC 360, de 23 de dezembro de 2003, a qual determina que os fabricantes de gêneros alimentícios devem rotular as embalagens de todo produto que usa 1% ou mais de matéria-prima transgênica. Entretanto, ocorre que somente duas empresas de óleo de soja obedecem ao dispositivo, porém foi necessário o Ministério Público as ter acionado. O órgão responsável por aprovar os OGMs no Brasil é a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).

Na UE, desde 1998 há legislação comunitária referente aos OGMs. Esta ação tem por finalidade proteger a saúde humana e o ambiente. Sua incidência se dá sobre a utilização, disseminação, comercialização e rastreabilidade dos OGMs, tanto para alimentos de consumo humano quanto animal.

Antes de 2004, a circulação dos OGMs era proibida pela UE, porém, depois de uma moratória de cinco anos, a Comissão Europeia aprovou a comercialização e produção.

No entanto, a Comissão determina que para poderem ser postos no mercado, os OGMs dever se sujeitar primeiramente a um processo de avaliação para então, posteriormente, obterem uma autorização, serem rotulados e ser feita a rastreabilidade dos produtos.

O Centro Comum de Investigação da Comissão (CCI) é o laboratório de referência para serem feitas as avaliações dos OGMs e sua função é detectar, identificar e quantificar os OGMs presentes nos alimentos. E, como já dito anteriormente, a AESA também formula pareceres científicos referente aos OGMs.

A transparência
do mercado se
faz condição
necessária para o
funcionamento
de um mercado
competitivo

6. Considerações finais

Conforme pudemos observar neste estudo, a segurança alimentar é direito fundamental do consumidor e deve ser assegurado de maneira que o acesso a uma alimentação saudável, de qualidade e diversificada se faça possível, tanto no âmbito brasileiro quanto na Comunidade Europeia.

Porém, este é um ato conjunto, que só é viável se instituições governamentais, produtores de gêneros alimentícios e consumidores atuarem juntos. As instituições governamentais, através de leis, regulamentos e fiscalização; os produtores, pela observância dessas regras; e os consumidores no ato de exigir seu direito ao acesso a alimentos seguros e através de uma participação ativa.

No Brasil, quando se fala em segurança alimentar, o primeiro pensamento que ocorre é sobre a quantidade de alimentos, ou seja, imagina-se inicialmente a má distribuição de alimentos à população, ademais de que os esforços governamentais estão realmente mais voltados para este enfoque. Ocorre que de igual forma se pode falar da segurança alimentar no caráter de qualidade, o qual foi o objeto de estudo deste trabalho. Este é um tema que não se pode ignorar, uma vez que além de fazer parte do cotidiano de todo cidadão, inúmeras crises alimentares podem ser causadas e gerar diversos prejuízos, tanto econômicos quanto sociais.

Óbvio que a preocupação não atinge somente aos consumidores, porém igualmente às próprias empresas que são uma das mais interessadas no sucesso deste mercado. Estas empresas não podem medir esforços para atingir o nível de qualidade almejado pela sociedade e obedecer aos padrões estabelecidos tanto no âmbito nacional quanto mundial, uma vez que muitas delas também são empresas exportadoras.

De mesma sorte, não se pode esquecer de observar a informação aos consumidores, direito essencial que deve ser respeitado, pois este deve dispor de todas as informações necessárias e as quais almeja sobre o produto que está prestes a consumir.

Quando se diz que a segurança alimentar deve ser assegurada, quer se dizer que a dignidade da pessoa humana deve ser assegurada por consequência, haja vista uma levar à outra, pois a dignidade da pessoa humana não poderá ser garantida se os consumidores não dispuserem de alimentos saudáveis e livres de riscos para sua alimentação.

Por fim, o maior desafio, portanto, é reconquistar a confiança dos consumidores, que em sua maioria não confia na qualidade e na segurança dos produtos alimentícios.

Destarte, apesar de todos os esforços que se tem aplicado no Brasil e na União Europeia, e em razão de tudo que foi discutido, a segurança alimentar é assunto que sempre estará em voga e a busca pela sua garantia será igualmente sempre constante.

Notas

³¹ NUNES, op. cit., p. 24-25.

³² ORCAIO, op. cit., p. 653.

³³ NUNES, op. cit., p. 127.

³⁴ FILOMENO apud CARVALHO, José Carlos Maldonado. *Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

³⁵ 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, p. 595.

³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código brasileiro do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 245.

³⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 101.

³⁸ NUNES, op. cit., p. 53.

³⁹ ORCAIO, op. cit., p. 653.

⁴⁰ CAVALIEIRI FILHO, op. cit., p.43.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 44.

⁴² 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 gêneros 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.

⁴³ TRATADO DE AMSTERDAM, de 2 de 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.

⁴⁴ FROTA, op. cit., p.12.

⁴⁵ 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

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ FROTA, Ângela Maria Marini Simão Portugal. *O regime da segurança alimentar na União Europeia*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 79.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 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/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 15 abr. 2009.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ 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.

⁵¹ MALUF, Renato Sérgio Jamil. *Segurança alimentar e nutricional*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 17.

⁵² FROTA, op. cit., p.15.

⁵³ SAÚDE Pública. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sa%C3%BAdade_p%C3%BAblica>. Acesso em: 2 jun. 2009

⁵⁴ CÓDIGO do Consumidor: anteprojeto. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006, p. 47.

⁵⁵ REGULAMENTO (CE) n. 178/2002..., op. cit.

⁵⁶ _____. Lei n. 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 nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 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.

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 dá 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/Lei/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, Sergio. *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%BAblica>. 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.

SOC/455
REGULAMENTO GERAL
SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS
Bruxelas, 23 de maio de 2012

PARECER
DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU SOBRE A

PROPOSTA DE REGULAMENTO DO
PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO
RELATIVO À PROTEÇÃO DAS PESSOAS
SINGULARES NO QUE DIZ RESPEITO AO
TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E À
LIVRE CIRCULAÇÃO DESSES DADOS
(REGULAMENTO GERAL SOBRE A
PROTEÇÃO DE DADOS)

COM(2012) 11 FINAL – 2012/011 (COD)

RELATOR-GERAL: JORGE PEGADO LIZ

EXCEROTOS

“O Comité considera que devem ser incluídos certos elementos que a Comissão não ponderou, nomeadamente o alargamento do âmbito de aplicação, o tratamento de dados sensíveis ou as ações coletivas”

“O CESE gostaria que a Comissão tivesse adotado uma abordagem mais adaptada às necessidades e aspirações dos cidadãos e mais sistematizada de acordo com a natureza de certos domínios da atividade económica e social, como, por exemplo, o comércio em linha, o marketing direto, as relações laborais, os órgãos de poder público, a vigilância e a segurança, o ADN, etc., distinguindo o regime jurídico consoante estes aspectos muito diferentes do tratamento de dados”

“Importa especificar que as redes sociais se incluem no âmbito de aplicação, e não apenas nos casos em que praticam a definição de perfis para fins comerciais”

“O Comité partilha a opinião da Comissão de que «as pessoas singulares têm o direito de exercer um controlo efetivo sobre os seus dados pessoais»”

“A intenção da Comissão é atualizar e modernizar os princípios inscritos na Diretiva 95/46/CE consolidada relativa à proteção dos dados”

“O Comité saúda também a preocupação da proposta de criar um quadro institucional eficaz para garantir o funcionamento efetivo das disposições jurídicas”

“Convém também introduzir o princípio da não discriminação no tratamento dos dados sensíveis para fins estatísticos”

O Parlamento Europeu, em 16 de fevereiro de 2012, e o Conselho, em 1 de março de 2012, decidiram, nos termos do artigo 304º 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 proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados)

COM(2012) 11 final – 2012/011 (COD).

Em 21 de fevereiro de 2012, a Mesa do Comité decidiu incumbir da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada de Emprego, Assuntos Sociais e Cidadania.

Dada a urgência dos trabalhos, o Comité Económico e Social Europeu, na 481.^a reunião plenária de 23 e 24 de maio de 2012 (sessão de 23 de maio) designou relator-geral Jorge Pegado Liz e adotou, por 165 votos a favor, 34 votos contra e 12 abstenções, o seguinte parecer.

1. Conclusão e recomendações

1.1 O CESE saúda a orientação geral da Comissão, manifesta o seu acordo quanto à escolha da base de habilitação proposta, e aprova, em princípio, os objetivos da proposta, que seguem de perto um parecer do Comité. No atinente ao estatuto jurídico da proteção de dados, entende que o tratamento e transferência de dados no âmbito do mercado único devem ser limitados pelo direito à proteção de dados pessoais decorrente do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais e do artigo 16º, nº 2, do TFUE.

1.2 O CESE está dividido quanto à escolha de um regulamento como o instrumento jurídico mais adequado face aos objetivos em vista e solicita à Comissão que demonstre melhor e justifique por que motivos este instrumento é preferível a uma diretiva, ou é indispensável.

1.3 O Comité lamenta as exceções e restrições, demasiado numerosas, que afetam os princípios afirmados do direito à proteção dos dados pessoais.

1.4 No novo contexto da economia digital, o Comité partilha a opinião da Comissão de que «as pessoas singulares têm o direito de exercer um controlo efetivo sobre os seus dados pessoais» e solicita que esse direito se alargue também às diversas utilizações para as quais são criados perfis individuais a partir dos dados recolhidos por uma vasta quantidade de meios (legais e, por vezes, ilegais), bem como ao tratamento dos dados obtidos.

1.5 No que toca aos direitos fundamentais, a harmonização, através de um regulamento, em domínios específicos deveria, no entanto, permitir que os Estados-Membros adotem, no seu direito nacional, disposições não incluídas no regulamento em análise, ou mais favoráveis do que as aí previstas.

1.6 Além disso, o Comité não pode aceitar as referências quase sistemáticas a atos delegados que não decorrem expressamente do artigo 290º do TFUE.

1.7 O Comité saúda, todavia, a preocupação de criar um quadro institucional eficaz para garantir o funcionamento efetivo das disposições legais, tanto ao nível das empresas (delegados para a proteção de dados) como ao nível das administrações públicas dos Estados-Membros (autoridades de controlo independentes). Teria, no entanto, apreciado que a Comissão tivesse escolhido uma abordagem mais adaptada às necessidades e aspirações reais dos cidadãos, e mais sistematizada segundo a natureza de certos domínios da atividade económica e social.

1.8 O CESE entende que há várias melhorias e precisões a fazer ao texto proposto e dá exemplos concretos em relação a vários artigos, no sentido de promover uma melhor definição dos direitos, reforçar a proteção dos cidadãos em geral e dos trabalhadores em particular, esclarecer a natureza do consentimento, a licitude do tratamento e, em particular, as funções dos delegados de proteção dos dados e o tratamento dos dados em matéria de emprego.

1.9 O Comité considera também que devem ser incluídos certos elementos que a Comissão não ponderou, nomeadamente o alargamento do âmbito de aplicação, o tratamento de dados sensíveis ou as ações coletivas.

1.10 Assim, o CESE é de opinião de que os motores de pesquisa cujas receitas provêm, na sua maioria, de publicidade dirigida especificamente ao seu público graças à recolha de dados pessoais sobre os visitantes ou à definição de perfis devem ser abrangidos *expressis verbis* pelo regulamento. O mesmo deve ser válido para os sítios de servidores que oferecem espaço para armazenamento de dados, bem como para certos criadores de *software* (computação em nuvem, ou *cloud computing*), que recolhem dados sobre os seus utilizadores para fins comerciais.

1.11 As mesmas disposições devem valer ainda para as informações pessoais publicadas nas redes sociais, que deveriam permitir que, ao abrigo do direito a ser esquecido, a pessoa em causa modifique ou elimine as informações ou, a seu pedido, suprima a sua página pessoal e as ligações que remetam para outros sítios Web muito frequentados onde essas informações são reproduzidas e comentadas. O artigo 9º deveria ser alterado nesse sentido.

1.12 Por fim, o CESE solicita à Comissão que reconsidere certos aspectos da proposta que, na sua opinião, são inaceitáveis para matérias sensíveis como a proteção das crianças, o direito de oposição, a definição de perfis, certos limites aos direitos, o limite de 250 trabalhadores para designar um delegado para a proteção de dados ou a forma como está regulamentado o «balcão único».

2. Introdução

2.1 O CESE foi agora consultado a respeito da «Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados)¹».

2.2 Todavia, assinala que esta proposta faz parte de um «pacote» que inclui uma comunicação introdutória², um proposta de diretiva³ e um «Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões com base no artigo 29º, n.º 2, da Decisão-Quadro do Conselho, de 27 de novembro de 2008⁴». O CESE não foi

consultado sobre o conjunto das ações legislativas, mas apenas sobre o projeto de regulamento, embora devesse ter sido consultado também a respeito do projeto de diretiva.

2.3 A proposta sobre a qual o CESE foi consultado situa-se, segundo a Comissão, na intersecção de duas das mais importantes orientações jurídico-políticas e político-económicas da UE.

2.3.1 Por um lado, o artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o artigo 16º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) consagram a proteção dos dados como um direito fundamental que deve ser protegido como tal. As comunicações da Comissão Europeia sobre o programa de Estocolmo e o plano de ação para a sua aplicação baseiam-se neste princípio⁵.

2.3.2 Por outro lado, a estratégia digital para a Europa e, de forma mais geral, a Estratégia Europa 2020, promovem a consolidação da dimensão «mercado único» da proteção dos dados, bem como a redução dos encargos administrativos que pesam sobre as empresas.

2.4 A intenção da Comissão é atualizar e modernizar os princípios inscritos na Diretiva 95/46/CE consolidada relativa à proteção dos dados, com vista a garantir, no futuro, os direitos das pessoas no que toca ao respeito da vida privada na sociedade digital e nas suas redes. O objetivo é reforçar os direitos dos cidadãos, consolidar o mercado interno da UE, assegurar um nível elevado de proteção de dados pessoais em todas as áreas (incluindo no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal), garantir uma correta aplicação das regras definidas para esse efeito, facilitar o tratamento transfronteiriço de dados e estabelecer normas universais para a proteção de dados.

3. Observações na generalidade

3.1 No novo contexto da economia digital, o Comité partilha a opinião da Comissão de que «as pessoas singulares têm o direito de exercer um controlo efetivo sobre os seus dados pessoais» e preconiza que esse direito se alargue também às diversas utilizações para as quais são criados perfis individuais a partir dos dados recolhidos por uma vasta quantidade de meios (legais e, por vezes, ilegais), bem como ao tratamento dos dados obtidos. O CESE considera também que o tratamento e transferência de dados no âmbito do mercado único devem ser limitados pelo direito à proteção decorrente do artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais. Este é um direito fundamental inscrito no direito institucional da União e na maioria dos direitos nacionais dos Estados-Membros.

3.2 Todos os cidadãos ou residentes da União dispõem, enquanto tal, de direitos fundamentais inscritos na Carta e nos tratados. Esses direitos são também reconhecidos no direito dos Estados-Membros, por vezes mesmo a nível constitucional. Outros direitos, como o direito à imagem ou o direito à proteção da vida privada, completam e reforçam o direito à proteção de dados. É importante que seja possível assegurar o respeito destes direitos solicitando a um sítio Web que modifique ou retire do servidor um perfil pessoal ou um ficheiro e, em caso de incumprimento, obter em tribunal uma injunção para tal.

3.3 A conservação de ficheiros que contêm dados individuais é indispensável à administração pública⁶, à gestão dos recursos humanos nas empresas, aos serviços comerciais, às associações e sindicatos, aos partidos políticos ou aos sítios Web sociais ou motores de pesquisa da Internet. No entanto, para proteger a vida privada das pessoas legalmente inscritas nos ficheiros, convém que estes, que se destinam a diversos fins, contenham apenas os dados essenciais aos seus objetivos e que não estejam interligados, graças às TIC, sem que tal interligação seja necessária ou objeto de uma proteção legal. A existência de uma autoridade que tenha acesso ilimitado a todos os dados constituiria um risco para as liberdades cívicas e para a vida privada.

3.4 As pessoas afetadas devem ter direito a aceder, corrigir ou mesmo retirar os ficheiros detidos por pessoas de direito privado, quando se trata de ficheiros de prospeção comercial ou dos sítios Web sociais.

3.5 Quanto aos ficheiros detidos por entidades administrativas públicas ou privadas e que respondem a obrigações legais, as pessoas devem dispor do direito a aceder e a corrigir os dados em caso de erro, ou a retirá-los caso a inscrição da pessoa no ficheiro se tenha tornado inútil, por exemplo, em caso de uma amnistia num ficheiro judicial ou no caso de termo de um contrato de trabalho, expirado o prazo legal de conservação dos dados.

3.6 O CESE saúda a orientação geral adotada pela Comissão, reconhecendo que os objetivos da Diretiva 95/46/CE consolidada continuam a ser atuais, ainda que, após 17 anos e com todas as transformações tecnológicas e sociais que se verificaram no domínio do ambiente digital, se revele indispensável proceder a uma revisão profunda. Por exemplo, a Diretiva 95/46/CE não abrangia determinados aspectos das trocas transfronteiras de informações e de dados entre administrações encarregadas da repressão da delitos penais e da execução de sentenças no quadro da cooperação policial e judiciária. Esta questão é tratada no projeto de diretiva incluído no pacote «proteção de dados» a respeito do qual o Comité não foi consultado.

3.7 O CESE aprova, em princípio, os objetivos da proposta, que se inscrevem na proteção dos direitos fundamentais e seguem de perto um anterior parecer do comité , nomeadamente nos seguintes domínios:

- criação de um único «corpus» de regras relativas à proteção dos dados, válidas em toda a União e que garantem o mais elevado nível de proteção possível;
- reafirmação explícita da liberdade de circulação de dados pessoais na União Europeia;
- supressão de diversas obrigações administrativas inúteis, o que, segundo a Comissão, representará uma poupança anual de cerca de 2 300 milhões de euros para as empresas;
- obrigação de as empresas e organizações comunicarem à autoridade nacional de controlo as violações graves dos dados pessoais, com a maior brevidade (se possível, no espaço de 24 horas);
- possibilidade de os cidadãos recorrerem à autoridade encarregada da proteção dos dados do seu país, mesmo que os seus dados sejam tratados por uma empresa sediada fora do território da UE;
- facilitação do acesso das pessoas aos seus dados, bem como da transferência de dados pessoais de um prestador de serviços a outro (direito à portabilidade dos dados);
- «direito a ser esquecido», para garantir aos cidadãos a melhor gestão possível dos riscos associados à proteção dos dados em linha, com a possibilidade de cada pessoa solicitar a eliminação dos dados que lhe dizem respeito, caso a conservação desses dados não tenha justificação legítima;

– reforço, relativamente à situação atual, do papel das autoridades nacionais independentes encarregadas da proteção dos dados, para que possam fazer cumprir e respeitar melhor as regras da UE no território do seu Estado-Membro, em particular mediante a concessão do direito de aplicar multas às empresas que violem as regras, multas essas que podem ascender a um milhão de euros ou a 2% do volume de negócios anual da empresa;

– neutralidade tecnológica e sua aplicação a todo o tratamento de dados, quer seja automatizado ou manual;

– obrigação de proceder a avaliações de impacto sobre a proteção de dados.

3.8 O CESE saúda a ênfase dada à proteção dos direitos fundamentais e manifesta o seu total acordo com a escolha da base jurídica proposta, utilizada pela primeira vez na legislação. Salienta igualmente a grande importância desta proposta para a realização do mercado único, bem como os seus efeitos positivos no âmbito da Estratégia Europa 2020. No que toca à escolha de um regulamento, uma parte dos membros do CESE, independentemente do grupo a que pertencem, está de acordo com a Comissão e entende que este é o instrumento jurídico mais adequado para garantir uma aplicação uniforme e um nível igual de proteção de dados em todos os Estados-Membros. Outra parte dos membros considera que uma diretiva seria o melhor instrumento para salvaguardar o princípio da subsidiariedade e para melhorar a proteção dos dados, especialmente nos Estados-Membros que já garantem um nível de proteção mais elevado do que o definido na proposta da Comissão. O CESE está ciente de que os Estados-Membros estão também divididos a este respeito. Assim, solicita que a Comissão fundamente melhor a sua proposta, clarificando a sua compatibilidade com o princípio da subsidiariedade e esclarecendo por que motivo a escolha de um regulamento é indispensável para alcançar os objetivos visados.

3.8.1 Uma vez que se trata de um regulamento aplicável imediatamente e na sua totalidade em todos os Estados-Membros, sem carecer de transposição, o CESE chama a atenção da Comissão para a necessidade de zelar pela coerência das traduções em todas as línguas – o que não acontece com a proposta.

3.9 O Comité entende, por um lado, que a proposta poderia ter ido mais longe na proteção de certos direitos, que são praticamente esvaziados do seu conteúdo pelas inúmeras exceções e restrições e, por outro lado, que a proposta deveria equilibrar melhor os direitos das várias partes. Assim, arrisca-se a existir um desequilíbrio entre os objetivos do direito fundamental à proteção dos dados e os objetivos do mercado único, em detrimento dos primeiros. O CESE partilha, essencialmente, a opinião da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados⁸.

3.10 O CESE gostaria que a Comissão tivesse adotado uma abordagem mais adaptada às necessidades e aspirações dos cidadãos e mais sistematizada de acordo com a natureza de certos domínios da atividade económica e social, como, por exemplo, o comércio em linha, o marketing direto, as relações laborais, os órgãos de poder público, a vigilância e a segurança, o ADN, etc., distinguindo o regime jurídico consoante estes aspectos muito diferentes do tratamento de dados.

Dados fornecidos voluntariamente pelas próprias pessoas, como por exemplo, no Facebook, não devem ser excluídos das regras de proteção

3.11 No que diz respeito às diversas disposições incluídas na proposta (e que estão referidas no artigo 86º), certos aspectos cruciais do instrumento jurídico e do funcionamento do sistema ficam dependentes de futuros atos delegados (26 delegações de poder por um período indeterminado). O CESE entende que estas delegações ultrapassam largamente os limites estabelecidos no artigo 290º do Tratado e definidos na Comunicação da Comissão Europeia relativa à aplicação do artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁹, o que tem consequências para a segurança e certeza jurídicas do dispositivo. O CESE é de opinião que o legislador europeu poderia regular diretamente um número determinado de delegações de poder. Outras delegações poderiam competir às autoridades nacionais de supervisão ou às suas associações ao nível europeu¹⁰. Isto reforçaria a aplicação do princípio da subsidiariedade e contribuiria para maior segurança e certeza jurídicas.

3.12 O CESE compreende que as razões que levaram a Comissão, nesta proposta, a debruçar-se exclusivamente sobre os direitos das pessoas singulares, dada a sua natureza jurídica específica, mas solicita que os dados relativos às pessoas coletivas, especialmente as dotadas de personalidade jurídica, sejam também objeto da atenção da Comissão.

4. Observações na especialidade

Aspectos positivos

4.1 A proposta está conforme com o objeto e os objetivos da Diretiva 95/46/CE, especialmente no que diz respeito a certas definições, a aspectos essenciais dos princípios relativos à qualidade dos dados e à legitimidade do seu tratamento, ao tratamento de dados relativos a certas categorias específicas e a certos direitos de informação e de acesso aos dados.

4.2 A proposta é até inovadora em aspectos fundamentais relativos a novas definições, a uma maior precisão das condições de consentimento, especialmente quando se trata de crianças, e à categorização de novos direitos, como o direito de retificar e eliminar dados, o direito a ser esquecido, o direito de oposição e a definição de perfis. A proposta estabelece ainda obrigações muito pormenorizadas para os responsáveis pelo tratamento de dados e os seus subcontratantes, para além de medidas relativas à segurança dos dados e ao quadro geral de sanções, que são, essencialmente, de natureza administrativa.

4.3 O Comité saúda também a preocupação da proposta de criar um quadro institucional eficaz para garantir o funcionamento efetivo das disposições jurídicas, tanto ao nível das empresas (delegados para a proteção de dados) como ao nível das entidades administrativas públicas dos Estados-Membros (autoridades de controlo independentes), para além do reforço da cooperação entre estas entidades, por um lado, e entre estas e a Comissão, por outro (criação do Comité Europeu para a Proteção de Dados). Assinala, no entanto, a necessidade de respeitar as competências dos delegados nacionais e, em certos casos, regionais para a proteção de dados existentes nos Estados Membros.

4.4 Por fim, considera positivo o incentivo à elaboração de códigos de conduta, bem como o papel da certificação e dos selos e marcas de proteção de dados.

Aspectos que podem ser melhorados

4.5 Artigo 3º – Âmbito de aplicação territorial

4.5.1 As condições de aplicação previstas no nº 2 são demasiado restritivas. Convém lembrar o caso das empresas farmacêuticas sedeadas fora da Europa que pretendem, para ensaios clínicos, aceder a dados clínicos de pessoas residentes na UE.

4.6 Artigo 4º – Definições

4.6.1 A definição de «consentimento», que está, essencialmente, na base de todo o sistema de proteção de dados, deveria ser mais precisa nos elementos que a compõem e, sobretudo, na sua caracterização de «ato positivo inequívoco» (nomeadamente na versão francesa).

4.6.2 A noção de «transferência de dados», que não está definida em lado algum na proposta, deveria ser objeto de uma definição no artigo 4º.

4.6.3 A noção de «lealdade», referida no artigo 5º, alínea a), deveria ser objeto de definição.

4.6.4 A noção de dados «manifestamente tornados públicos» (artigo 9º, nº 2, alínea e), deveria também ser objeto de definição precisa.

4.6.5 A noção de «definição de perfis», utilizada ao longo de todo o documento, deve igualmente ser definida.

4.7 Artigo 6º – Licitude do tratamento

4.7.4 Na alínea f), a noção de «interesses legítimos do responsável pelo tratamento» não abrangidos por todas as alíneas precedentes parece vaga e subjetiva e deveria ser definida de forma mais precisa no próprio texto, em vez de ser confiada a um ato delegado (nº 5), especialmente porque o nº 4 não refere a alínea f) (isto é importante, por exemplo, para os serviços postais e de marketing direto¹¹).

A maioria das violações dos direitos à proteção de dados tem um carácter coletivo

4.8 Artigo 7º – Consentimento

Importa indicar, no nº 3, que a retirada do consentimento impede qualquer tratamento posterior dos dados e que só compromete a licitude do tratamento efetuado a partir do momento em que o consentimento foi retirado.

4.9 Artigo 14º – Informações

4.9.1 No nº 4, alínea b), importa fixar um prazo máximo.

4.10. Artigo 31º – Notificação da violação de dados pessoais à autoridade de controlo

4.10.1 A notificação de toda e qualquer violação arrisca-se a comprometer o funcionamento do sistema e, no fim de contas, a entravar a responsabilização efetiva dos culpados.

4.11 Artigo 35º – Delegados para a proteção de dados

4.11.1 Importa esclarecer as condições relativas à função do delegado para a proteção de dados, nomeadamente a proteção contra despedimento, que deve estar claramente definida e alargar-se para além do período durante o qual a pessoa em causa assume esta função; as condições de base e os requisitos claros necessários ao exercício desta atividade; a exoneração do delegado para a proteção de dados de quaisquer responsabilidades caso assinala irregularidades ao empregador ou às autoridades nacionais de proteção de dados; o direito à participação direta de

representantes do pessoal no processo de designação do delegado; e o direito destes representantes a serem periodicamente informados¹² sobre os problemas verificados e sua resolução. Convém também esclarecer a questão dos recursos afetados a esta função.

4.12 Artigo 39º – Certificação

4.12.1 A certificação deve ser uma das tarefas da Comissão.

4.13 Artigos 82º e 33º – Tratamento de dados em matéria de emprego

4.13.1 Falta uma referência explícita, no artigo 82º, à avaliação do desempenho (que também não é referida no artigo 20º relativo à «definição de perfis»). Além disso, também não se esclarece se este poder dos Estados-Membros se aplica também à formulação das disposições relativas ao delegado para a proteção de dados. Também a proibição da «definição de perfis» em matéria de emprego deveria ser esclarecida no que diz respeito à avaliação de impacto sobre a proteção de dados (artigo 33º).

4.14 Artigos 81º, 82º, 83º e 84º

4.14.1 Onde se afirma «Nos limites do presente regulamento» deveria afirmar-se «Nos termos do presente regulamento».

Aspectos que deveriam ser incluídos

4.15 Âmbito de aplicação

4.15.1 No que toca aos direitos fundamentais, a harmonização em domínios específicos deveria permitir que os Estados-Membros adotem, no seu direito nacional, disposições não incluídas no regulamento em análise, ou mais favoráveis do que as aí previstas, à semelhança do que se prevê para os domínios abrangidos pelos artigos 80º a 85º.

4.15.2 Os endereços IP individuais deveriam ser expressamente incluídos no corpo do regulamento, e não apenas nos considerandos, como um dos dados pessoais a proteger.

4.15.3 Os motores de pesquisa cujas receitas provêm, na sua maioria, da publicidade e que recolhem dados pessoais sobre os seus utilizadores e lhes dão uma utilização comercial devem ser incluídos no âmbito de aplicação do regulamento, em vez de figurarem apenas nos considerandos.

4.15.4 Importa especificar que as redes sociais se incluem no âmbito de aplicação, e não apenas nos casos em que praticam a definição de perfis para fins comerciais.

4.15.5 Certos métodos de controlo e de filtragem da Internet que pretendem combater a contrafação e têm como efeito a definição de perfis de certos utilizadores da rede, a elaboração de ficheiros a seu respeito e a vigilância de todos os seus movimentos, na ausência de uma autorização judicial específica, devem também ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do regulamento.

4.15.6 Seria igualmente desejável que as instituições e órgãos da União fossem abrangidos pelas obrigações fixadas no regulamento.

4.16 Artigo 9º – Categorias especiais de dados pessoais

4.16.1 A melhor forma de proceder seria definir regimes especiais em função das circunstâncias, das situações e da finalidade do tratamento dos dados. Importa aditar uma proibição da definição de perfis nestes domínios.

4.16.2 Convém também introduzir o princípio da não discriminação no tratamento dos dados sensíveis para fins estatísticos.

4.17 Deveria incluir-se possibilidades (não exploradas) nos seguintes domínios:

- participação de representantes do pessoal a todos os níveis nacionais e europeus na elaboração de «regras vinculativas para empresas» que deveriam, a partir de agora, ser aceites como condição para a transferência internacional de dados (artigo 43º);
- informação e consulta do Conselho de Empresa Europeu por ocasião de transferências internacionais de dados dos trabalhadores, especialmente para países terceiros;
- informação e participação dos parceiros sociais europeus e das ONG europeias de consumidores e de defesa dos direitos humanos na designação dos membros do Comité Europeu para a Proteção de Dados, que deverá substituir o «Grupo de Trabalho do artigo 29º»;
- informação e participação destes parceiros e ONG a nível nacional na designação dos membros das autoridades nacionais de proteção de dados, disposição essa que também não está prevista na proposta de regulamento.

4.18 Artigos 74º a 77º – Ações coletivas em matéria de ficheiros ilegais e de indemnizações por perdas e danos

4.18.1 A maioria das violações dos direitos à proteção de dados tem um carácter coletivo. Quando tal acontece, não há apenas uma pessoa afetada por uma infração mas sim um grupo de pessoas, senão mesmo todas as pessoas inscritas no ficheiro. As vias tradicionais para ações judiciais individuais não são adequadas para reagir a este género de violação. O artigo 76º autoriza qualquer organismo, organização ou associação encarregada da proteção dos direitos das pessoas afetadas a dar início, em nome de uma ou várias pessoas afetadas, aos procedimentos referidos nos artigos 74º e 75º. No entanto, tal não é o caso quando se trata de pedir uma indemnização ou reparação por danos sofridos, já que, nesse caso, o artigo 77º só prevê essa possibilidade para pessoas individuais e não admite que se aplique um processo de representação coletiva ou de ação coletiva.

4.18.2 A este propósito, o CESE reafirma o que vem dizendo há anos em vários pareceres quanto à necessidade e à premência de a UE se dotar de um instrumento judicial harmonizado de ação coletiva a nível europeu, que é necessário em muitos domínios do direito da UE e que seria semelhante aos instrumentos já existentes em vários Estados-Membros.

Aspectos inaceitáveis

4.19 Artigo 8º – Crianças

4.19.1 Visto que por criança se entende qualquer pessoa com menos de 18 anos (artigo 4º, nº 18), em conformidade com a convenção de Nova Iorque, não é aceitável que, no nº 1 do artigo 8º, se preveja a possibilidade de crianças de 13 anos darem o seu «consentimento» ao tratamento dos seus dados pessoais.

4.19.2 Apesar de o CESE compreender a necessidade de definir regras específicas para as PME, não é aceitável que a Comissão possa, através de um ato delegado, pura e simplesmente isentar as PME da obrigação de respeitar os direitos das crianças.

4.20 Artigo 9º – Categorias especiais

4.20.1 Também não se justifica que, nos termos do artigo 9º, nº 2, alínea a), crianças possam dar o seu «consentimento» ao tratamento de dados que digam respeito à sua nacionalidade, opiniões políticas, religião, saúde, vida sexual ou condenações penais.

4.20.2 Os dados fornecidos voluntariamente pelas próprias pessoas, como por exemplo, no Facebook, não devem ser excluídos das regras de proteção, como se infere da alínea e) do nº2 do artigo 9º. Estes dados devem, no mínimo, beneficiar do direito a ser esquecido.

4.21 Artigo 13º – Direitos relativos aos destinatários

4.21.1 A exceção prevista no fim do artigo («salvo se tal comunicação se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado») não é aceitável nem justificável.

4.22 Artigo 14º – Informações

4.22.1 A exceção, idêntica, prevista no nº 5, alínea b) é igualmente inaceitável.

4.23 Artigo 19º, nº 1 – Direito de oposição

4.23.1 A formulação vaga utilizada para referir a exceção («razões imperiosas e legítimas») não é aceitável e torna o direito de oposição vazio de sentido.

4.24 Artigo 20º – Definição de perfis

4.24.1 A proibição da definição de perfis não deveria cingir-se apenas ao tratamento «automatizado» de dados¹³.

4.24.2 No nº 2, alínea a), a expressão «se tiverem sido apresentadas medidas» deve ser substituída por «se tiverem sido aplicadas medidas».

4.25 Artigo 21º – Limitações

4.25.1 A redação da alínea c) do nº 1 é totalmente inaceitável por conter expressões vagas e indefinidas como «interesse económico e financeiro», «domínios monetário, orçamental ou fiscal» e até «estabilidade e integridade dos mercados», expressão que foi aditada à Diretiva 95/46.

4.26 Artigos 25º, 28º e 35º – Limite de 250 trabalhadores

4.26.1O número limite de 250 trabalhadores, que determina a aplicabilidade de certas disposições de proteção, como por exemplo a nomeação de um delegado para a proteção de dados, levaria a que apenas pouco menos de 40% dos trabalhadores beneficiassem dessa disposição. O mesmo limite aplicado à obrigação de documentação levaria a que a grande maioria dos trabalhadores não teria a possibilidade de vigiar a utilização dos seus dados pessoais, pelo que deixaria de haver qualquer controlo. O Comité sugere que se preveja a possibilidade de fixar um limiar mais baixo, por exemplo, o número de trabalhadores necessários, na maioria dos Estados-Membros, para criar uma representação dos interesses dos trabalhadores na empresa. Também se poderia adotar uma outra abordagem, baseada em critérios objetivos, que assentasse, por exemplo, no número de ficheiros sujeitos às regras de proteção de dados tratados durante um período de tempo a determinar, independentemente da dimensão da empresa ou do serviço em causa.

4.27 Artigo 51º – Balcão único

4.27.1 Apesar de se conceber um balcão único para facilitar a vida das empresas e tornar mais eficazes os mecanismos de proteção de dados, este conceito é, todavia, suscetível de provocar uma considerável deterioração da proteção dos dados relativos aos cidadãos em geral, em particular os dados pessoais dos trabalhadores, uma vez que anula a obrigação atual de as transferências de dados pessoais serem objeto de um acordo de empresa e de serem aprovadas por uma comissão nacional para a proteção de dados¹⁴.

4.27.2 Além disso, esse sistema parece contrário à preocupação de uma gestão de proximidade e arrisca-se a privar o cidadão da possibilidade de ver o seu pedido tratado pela autoridade de controlo que lhe é mais próxima e mais acessível.

4.27.3 Existem, portanto, motivos para defender que a autoridade do Estado-Membro de residência do queixoso continue a ser a entidade competente.

Bruxelas, 23 de maio de 2012

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

Staffan Nilsson

N.B.:Segue-se Anexo

ANEXO
ao parecer
do Comité Económico e Social Europeu

A seguinte proposta de alteração foi rejeitada em reunião plenária, tendo recolhido, contudo, pelo menos um quarto dos sufrágios expressos (artigo 54º, nº 3, do Regimento):

Suprimir os pontos 4.25 e 4.25.1

«4.25 Artigos 25º, 28º e 35º = Limite de 250 trabalhadores

4.25.1 O número limite de 250 trabalhadores, que determina a aplicabilidade de certas disposições de proteção, como por exemplo a nomeação de um delegado para a proteção de dados, levaria a que apenas pouco menos de 40% dos trabalhadores beneficiassem dessa disposição. O mesmo limite aplicado à obrigação de documentação levaria a que a grande maioria dos trabalhadores não teria a possibilidade de vigiar a utilização dos seus dados pessoais, pelo que deixaria de haver qualquer controlo. O Comité sugere que se preveja a possibilidade de fixar um limiar mais baixo, por exemplo, o número de trabalhadores necessário, na maioria dos Estados-Membros, para criar um comité de empresa, uma comissão de trabalhadores ou um conselho de fiscalização. Também se poderia adotar uma outra abordagem, baseada em critérios objetivos, que assentasse, por exemplo, no número de ficheiros sujeitos às regras de proteção de dados tratados durante um período de tempo a determinar, independentemente da dimensão da empresa ou do serviço em causa.»

Votação:

A favor: 87

Contra: 89

Abstenções: 26

Notas

¹ COM(2012) 11 final.

² COM(2012) 9 final.

³ COM(2012) 10 final.

⁴ COM(2012) 12 final.

⁵ Estes documentos insistem na necessidade de a União «[se] dotar de um regime completo de proteção dos dados pessoais que abranja o conjunto das competências da União» e «assegurar que o direito fundamental à proteção de dados é aplicado de forma sistemática», para que as pessoas singulares tenham o direito de exercer um controlo efetivo sobre os dados que lhe dizem respeito.

⁶ Ver parecer do CESE 1055/2012 sobre a «Reutilização de informações do setor público» (relatora: Isabel Caño Aguilar), que aguarda publicação no Jornal Oficial.

⁷ Ver parecer do CESE, JO C 248 de 25.8.2011, p. 123.

⁸ Parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados sobre o «Pacote para a proteção de dados», 7 de março de 2012.

⁹ COM(2009) 673 final de 9.12.2009.

¹⁰ Ver a objeção por não conformidade com o princípio da subsidiariedade formulada pelo Senado francês.

¹¹ Importa esclarecer melhor a questão da prospeção através de cartas endereçadas a pessoas específicas, uma vez que a aplicação do regulamento, na sua forma atual, levaria à interdição desta prática que, não obstante, constitui um método pouco intrusivo e bem direcionado de prospeção de novos clientes.

¹² Por exemplo, envio de um relatório periódico sobre as atividades do delegado para a proteção de dados aos representantes do pessoal ou aos representantes dos trabalhadores eleitos para o conselho de administração ou para o conselho de fiscalização nacional e/ou europeu, sempre que existam tais representantes.

¹³ Ver recomendação CM/Rec(2010)13 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 23 de novembro de 2010.

¹⁴ Em particular, as autoridades administrativas independentes encarregadas de autorizar e controlar a criação de ficheiros de nome individual. Pelo contrário, as suas competências deveriam ser alargadas de forma a abrangerem a sociedade digital e as redes sociais, especialmente dado o valor das trocas comerciais de perfis individuais para fins de prospeção comercial.

COMISSÃO EUROPEIA

PROPOSTA DE
REGULAMENTO DO
PARLAMENTO EUROPEU
E DO CONSELHO
RELATIVO AO PROGRAMA
CONSUMIDORES PARA
2014-2020*

EXCEROTOS

“A capacitação não é apenas uma questão de direitos dos consumidores; mas implica também criar um ambiente global que permita aos consumidores fazer uso desses direitos e beneficiar deles”

“A política europeia dos consumidores apoia e complementa as políticas nacionais, procurando garantir que os cidadãos da UE possam usufruir plenamente das vantagens do mercado único e que, para o efeito, a sua segurança e interesses económicos sejam devidamente protegidos”

“Embora o âmbito dos problemas enfrentados pela política dos consumidores seja muito vasto, a dimensão relativamente modesta do Programa Consumidores implica que as ações a financiar ao abrigo do mesmo se devam centrar em domínios nos quais a intervenção a nível da UE pode fazer uma diferença e trazer valor acrescentado”

“O objetivo do Programa Consumidores consiste em apoiar o objetivo político de colocar no centro do mercado único o consumidor no pleno uso dos seus direitos”

“O processo de financiamento deve ser simplificado, em especial através da utilização de acordos de parceria e do apoio prestado ao órgão de coordenação criado a nível da UE para a fiscalização do mercado em matéria de segurança”

“As iniciativas de informação e de formação dos consumidores à escala da UE melhoram os conhecimentos e a confiança dos consumidores nas transações transfronteiras, contribuindo, assim, para a realização do mercado único”

“A rede de Centros Europeus do Consumidor contribui para a realização do mercado único, prestando aconselhamento e apoio aos consumidores em questões de âmbito transfronteiras, coisa que as autoridades e organizações de consumidores nacionais não estão, na maior parte das vezes, em condições de fazer”

“É importante melhorar a defesa do consumidor. Para atingir este objetivo geral, devem ser fixados objetivos específicos em matéria de segurança, informação e educação dos consumidores, direitos e reparação, bem como no que diz respeito à aplicação dos direitos dos consumidores”

COMISSÃO EUROPEIA

Bruxelas, 9.11.2011
COM(2011) 707 final
2011/0340 (COD)

Proposta de **REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**

relativo ao Programa Consumidores para 2014-2020

{SEC(2011) 1320 final} {SEC(2011) 1321 final}

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DA PROPOSTA

A Estratégia Europa 2020 preconiza que «deve ser dada aos cidadãos a possibilidade de participarem plenamente no mercado único, o que implica aumentar as possibilidades e a confiança na aquisição de bens e serviços transfronteiras».

Cada vez se torna mais evidente que, numa altura em que a Europa necessita de novas fontes de crescimento, a política dos consumidores é um domínio capaz de dar um contributo significativo para a realização dos objectivos da Estratégia Europa 2020. Há na Europa 500 milhões de consumidores, representando as despesas de consumo 56% do PIB da UE. Quanto mais os consumidores forem capazes de tomar decisões informadas, maior será o seu impacto no reforço do mercado único e a sua capacidade de estimular o crescimento. Consumidores no pleno uso dos seus direitos, bem protegidos e em condições de beneficiar do mercado único podem, assim, estimular a inovação e o crescimento ao exigir valor, qualidade e serviço. As empresas que correspondam a estas expectativas estarão mais bem posicionadas para lidar com as pressões do mercado global.

A capacitação não é apenas uma questão de direitos dos consumidores; mas implica também criar um ambiente global que permita aos consumidores fazer uso desses direitos e beneficiar deles. Significa que é necessário criar um quadro que permita aos consumidores confiar no princípio básico de que a segurança está garantida e de que existem instrumentos para detectar lacunas nas normas e práticas e para as colmatar de modo eficaz em toda a Europa. Significa ainda que é necessário criar um ambiente em que os consumidores – através da educação, da informação e da sensibilização – saibam como navegar no mercado único de forma a beneficiar das melhores ofertas de produtos e serviços. Por último, a capacitação requer que os consumidores possam exercer com confiança os seus direitos em toda a Europa e que, se algo correr mal, possam contar tanto com a aplicação eficaz desses direitos como com um acesso fácil a mecanismos de reparação eficazes.

A Comunicação «Um orçamento para a Europa 2020»¹, de 29 de Junho de 2011, destinou 175 milhões de euros (a preços constantes de 2011) ao Programa Consumidores para o período de 2014-2020.

Neste contexto, a presente proposta tem por objectivo estabelecer um Programa Consumidores para o período 2014-2020, sucessor do programa de acção comunitária no domínio da política dos consumidores (2007-2013).

O novo Programa Consumidores irá apoiar o objectivo geral da futura política dos consumidores que consiste em colocar no centro do mercado único o consumidor no pleno uso dos seus direitos. A política europeia dos consumidores apoia e complementa as políticas nacionais, procurando garantir que os cidadãos da UE possam usufruir plenamente das vantagens do mercado único e que, para o efeito, a sua segurança e interesses económicos sejam devidamente protegidos.

A fim de contribuir de forma importante para atingir o objectivo da UE de relançar o crescimento, há que estimular a grande força económica que são as despesas de consumo (que representam 56% do PIB da UE).

Contexto geral

Os principais problemas que se pretende resolver através do financiamento de acções ao abrigo do novo Programa estão agrupados nas quatro categorias seguintes:

i) Segurança: diferenças entre os Estados-Membros na aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos e presença de produtos não seguros no mercado único; riscos ligados à globalização da cadeia de produção; segurança dos serviços; falta de uma estrutura de coordenação adequada a nível da UE capaz de garantir o melhor valor para o co-financiamento da UE.

ii) Informação e educação: falta de dados e análises fiáveis e de boa qualidade sobre o funcionamento do mercado único para os consumidores; insuficiente capacidade das organizações de consumidores, incluindo falta de recursos e de conhecimentos especializados, nomeadamente nos novos Estados-Membros; falta de informações transparentes, comparáveis, fiáveis e de fácil utilização para os consumidores, em particular para os casos transfronteiras; falta de conhecimentos e de compreensão, tanto pelos consumidores como pelos retalhistas, dos principais direitos dos consumidores e das principais medidas de protecção; insuficiência dos actuais instrumentos da UE em matéria de educação do consumidor, especialmente no que diz respeito à evolução no ambiente digital.

iii) Direitos e reparação: protecção inadequada dos direitos dos consumidores, em especial em situações transfronteiras; necessidade de melhorar a integração dos interesses dos consumidores nas políticas da UE; problemas com que se deparam os consumidores ao tentar obter reparação, nomeadamente em situações transfronteiras.

iv) Aplicação da legislação: a rede CDC (Cooperação no domínio da Defesa do Consumidor) (rede de autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação nesta matéria) não é plenamente utilizada; insuficiente sensibilização dos consumidores para a rede CEC (Centros Europeus do Consumidor) e necessidade de reforçar a sua eficácia.

Ao mesmo tempo, o novo Programa, com as suas quatro prioridades – segurança, informação e educação, direitos e reparação, e aplicação da legislação (SIDE) –, precisa de ter em conta os novos desafios societais que têm vindo a adquirir maior importância nos últimos anos. Entre eles incluem-se: a crescente complexidade do processo de tomada de decisão dos consumidores, a necessidade de adoptar padrões de consumo mais sustentáveis, as oportunidades e ameaças representadas pela digitalização, o aumento da exclusão social e do número de consumidores vulneráveis, e o envelhecimento da população.

Tónica das acções a realizar no âmbito do Programa Consumidores

Embora o âmbito dos problemas enfrentados pela política dos consumidores seja muito vasto, a dimensão relativamente modesta do Programa Consumidores implica que as acções a financiar ao abrigo do mesmo se devam centrar em domínios nos quais a intervenção a nível da UE pode fazer uma diferença e trazer valor acrescentado. Os domínios de acção seleccionados são de três tipos:

i) Acções correspondentes às obrigações jurídicas impostas à UE e aos Estados-Membros pelo Tratado e pelo acervo da UE em vigor no domínio da defesa do consumidor:

- financiamento da manutenção e do bom funcionamento da rede RAPEX², da rede CDC de autoridades responsáveis pela aplicação da legislação e das bases de dados sobre produtos cosméticos.

ii) Acções que não são ou não podem ser realizadas a nível nacional, em razão do seu carácter europeu:

- Apoio aos consumidores em questões de âmbito transfronteiras, através de:
- co-financiamento da exploração da rede de Centros Europeus do Consumidor (CEC). As autoridades nacionais e as organizações de consumidores não estão geralmente em condições de prestar aconselhamento e apoio aos consumidores sobre questões transfronteiras;
- apoio ao desenvolvimento de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União que trate igualmente dos casos transfronteiras;
- Desenvolvimento da cooperação com parceiros internacionais para lidar com o impacto da globalização da cadeia de produção sobre a segurança dos produtos;
- Apoio à produção de dados sobre os mercados de consumo que sejam comparáveis a nível da UE, permitam estabelecer comparações entre Estados-Membros e contribuam para a elaboração das políticas à escala da UE;

– Assegurar a representação dos interesses do consumidor a nível da UE, apoiando financeiramente as organizações de consumidores à escala da UE.

iii) Acções que complementem e reforcem a eficácia das medidas tomadas a nível nacional:

– Coordenação e co-financiamento de acções conjuntas no domínio da segurança dos produtos e da aplicação dos direitos dos consumidores;

– Apoio, em colaboração com os Estados-Membros e outras partes interessadas, a campanhas de sensibilização sobre temas relacionados com o consumo e cooperação com intermediários a fim de contribuir para o fornecimento de informação clara, transparente e fiável aos consumidores;

– Apoio à formação ministrada às organizações nacionais de consumidores, que seria muito mais dispendiosa se fosse ministrada a nível nacional e sem economias de escala;

– Criação de uma plataforma para intercâmbio e partilha de boas práticas no domínio da educação dos consumidores.

Objectivos da proposta

O objectivo do Programa Consumidores consiste em apoiar o objectivo político de colocar no centro do mercado único o consumidor no pleno uso dos seus direitos. Para alcançar este objectivo, o Programa irá contribuir para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, para além de promover o direito destes à informação, à educação e à organização em defesa dos seus interesses. O Programa irá complementar, apoiar e monitorizar as políticas dos Estados-Membros.

As acções empreendidas permitirão apoiar os quatro objectivos específicos seguintes:

i) Segurança: consolidar e reforçar a segurança dos produtos, através de uma fiscalização eficaz do mercado em toda a UE;

ii) Informação e educação: melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores;

iii) Direitos e reparação: consolidar os direitos dos consumidores, em particular através da acção regulamentar e da melhoria do acesso à reparação, incluindo a mecanismos de resolução alternativa de litígios.

iv) Aplicação da legislação: reforçar a aplicação dos direitos dos consumidores, melhorando a cooperação entre os organismos nacionais responsáveis pela aplicação da legislação e prestando aconselhamento aos consumidores.

Estes objectivos estão em plena consonância com a Estratégia Europa 2020 no que diz respeito ao crescimento e à competitividade e integram algumas das preocupações específicas desta Estratégia, como as relacionadas com a *agenda digital* (garantir que a digitalização efectivamente gera um aumento do bem-estar dos consumidores), o *crescimento sustentável* (adoptar padrões

de consumo mais sustentáveis), a *inclusão social* (tendo em conta a situação específica dos consumidores vulneráveis e as necessidades da população envelhecida) e a *regulamentação inteligente* (monitorização do mercado de consumo de forma a contribuir para a concepção de regulamentos «inteligentes» e específicos).

2. RESULTADOS DAS CONSULTAS DAS PARTES INTERESSADAS E AVALIAÇÕES DE IMPACTO

Consulta das partes interessadas

Uma avaliação intercalar da actual base jurídica, o programa de acção comunitária no domínio da política dos consumidores (2007-2013), foi realizada entre Maio de 2010 e Fevereiro de 2011³. Neste contexto, foram consultadas as principais partes interessadas (Estados-Membros, autoridades nacionais envolvidas nas políticas dos consumidores, organizações de consumidores da UE e nacionais, e empresas) sobre as acções levadas a cabo no âmbito do programa actual.

A avaliação evidenciou o valor acrescentado do programa, não obstante o facto de a política europeia dos consumidores ser um domínio relativamente novo e de o nível de financiamento do programa pela UE ser relativamente modesto. A avaliação salientou também que as acções no âmbito da estratégia e dos programas contribuem para o objectivo consagrado na Estratégia Europa 2020 de alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo.

Os resultados foram globalmente positivos no que respeita à pertinência dos objectivos do Programa, ao seu impacto e ao seu valor acrescentado. Além disso, a avaliação concluiu igualmente que o Programa terá efeitos a longo prazo sobre a defesa do consumidor. As autoridades nacionais confirmaram, em geral, que a Estratégia e o Programa foram complementares das políticas nacionais em matéria de consumidores. Contudo, a avaliação concluiu que os desafios sociais e ambientais emergentes só parcialmente foram abordados na Estratégia e no Programa actuais.

Além disso, tiveram lugar debates subsequentes com as partes interessadas aquando da preparação do novo Programa Consumidores, nomeadamente na Cimeira do Consumidor realizada em Abril de 2011, e no contexto das seguintes redes de consumidores: rede para a política dos consumidores (CPN – *Consumer Policy Network*), composta por representantes das autoridades nacionais; rede de cooperação no domínio da defesa do consumidor (CPC – *Consumer Protection Cooperation Network*), composta por representantes das autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação; e Grupo Consultivo dos Consumidores Europeus (GCCE), composto por organizações de consumidores europeias e nacionais.

Foram igualmente solicitados os contributos das três principais organizações empresariais horizontais (BusinessEurope, UEAPME e EuroCommerce).

Apesar das diferenças de ênfase, os contributos das autoridades nacionais e das organizações de consumidores foram, de um modo geral, favoráveis às questões prioritárias propostas pela DG SANCO e pertinentes para o programa. As organizações empresariais concordaram, em geral, com as prioridades propostas pela Comissão, sublinhando que deve ser encontrado um equilíbrio adequado entre a defesa do consumidor e a competitividade.

Além disso, o Parlamento Europeu publicou, nos últimos anos, uma série de relatórios directamente pertinentes para as actividades realizadas no âmbito do Programa⁴.

Avaliação de impacto

A Direcção-Geral da Saúde e dos Consumidores realizou, entre Fevereiro e Julho de 2011, uma avaliação de impacto, a qual considerava quatro opções:

Opção 0 – corresponde ao mínimo absoluto de acções a financiar em resultado das obrigações jurídicas impostas pelo Tratado e pelo acervo da UE em vigor no domínio da defesa do consumidor.

Opção 1 – corresponde ao cenário de referência. No âmbito desta opção, as acções realizadas ao abrigo do Programa para 2007-2013 são, na sua maioria, continuadas, mas com algumas adaptações. Algumas acções são substancialmente reduzidas ou abandonadas, dado que deixaram de ser pertinentes, ao passo que outras, novas, são lançadas com um nível de ambição reduzido (por exemplo, em matéria de reparação). Esta opção corresponde a um orçamento igual ou inferior ao previsto no âmbito do programa actual.

Opção 2 – corresponde a uma abordagem mais ambiciosa, em consonância com as prioridades da Comissão (Europa 2020, Acto para o Mercado Único) e com a reflexão em curso sobre o futuro da política dos consumidores⁵. O orçamento anual para esta opção é de cerca de 25 milhões de euros.

Opção 3 – exigiria um reforço do orçamento em comparação com o actual programa para algumas acções adicionais, tais como: desenvolvimento de uma base de dados pública sobre a segurança dos produtos de consumo; reparação: criação de um fundo destinado a financiar acções de reparação transfronteiras.

A avaliação de impacto concluiu que a opção 2 é a melhor do ponto de vista da relação custo/benefício. O orçamento para esta opção seria de cerca de 25 milhões de euros anuais, o que está em conformidade com a proposta de dotação orçamental para o Programa Consumidores referido na Comunicação «Um orçamento para a Europa 2020», de Junho de 2011.

Simplificação do processo de financiamento

O processo de financiamento deve ser simplificado, em especial através da utilização de acordos de parceria e do apoio prestado ao órgão de coordenação criado a nível da UE para a fiscalização do mercado em matéria de segurança⁶.

Sempre que tal seja possível, será examinada a possibilidade de recorrer a montantes fixos, com o intuito de reduzir os encargos administrativos.

Se a Comissão decidir recorrer a uma agência para a execução do Programa Consumidores, tal contribuirá igualmente para a simplificação dos procedimentos no âmbito do processo de financiamento.

Valor acrescentado das acções

O Programa irá apoiar os objectivos da futura política dos consumidores, colocando os consumidores da UE no centro do mercado único. O valor acrescentado das acções levadas a cabo no âmbito dos quatro objectivos específicos é resumido em seguida.

i) Segurança

No domínio da segurança, as acções a nível da UE e a cooperação através da directiva relativa à segurança geral dos produtos permitem obter melhores resultados do que uma série de acções empreendidas individualmente pelos Estados-Membros, uma vez que aquelas colmatam lacunas de informação, podendo inclusivamente utilizar informação recolhida por outros países, e evitam disparidades no mercado único.

ii) Informação e educação

A monitorização do mercado de consumo ajuda a identificar insuficiências nos mercados nacionais e os obstáculos no mercado interno que podem ser eliminados com reformas que estimulem a inovação e a concorrência. Em geral, os dados são concebidos com suficiente solidez e representatividade para poderem ser utilizados não só na UE mas também a nível nacional, comportando assim alguns ganhos de eficiência à escala da UE e permitindo aos Estados-Membros proceder a avaliações comparativas.

Encorajar uma representação forte e coerente do movimento dos consumidores a nível da UE permite a consolidação do contributo dos consumidores para a elaboração das políticas da UE, para as instituições da UE e para os diálogos à escala da UE. Ao mesmo tempo, garante a capacitação directa de organizações particularmente frágeis dos novos Estados-Membros e o apoio a estas organizações. As acções de reforço das capacidades das organizações nacionais de consumidores contribuem para o desenvolvimento de redes transnacionais entre os participantes, nomeadamente no que diz respeito à tutoria e à avaliação pelos pares.

As iniciativas de informação e de formação dos consumidores à escala da UE melhoram os conhecimentos e a confiança dos consumidores nas transacções transfronteiras, contribuindo, assim, para a realização do mercado único. Estas iniciativas facilitam a partilha de boas práticas entre Estados-Membros e contribuem também para a criação de uma fonte fidedigna e coerente de informação/educação a nível da UE.

iii) Direitos e reparação

Os mecanismos de resolução alternativa de litígios (RAL) constituem uma forma barata, rápida e fácil de obter reparação em todo o território da UE, garantindo a existência de condições

equitativas. A RAL constitui uma das principais acções previstas no Acto para o Mercado Único. O desenvolvimento de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União irá permitir uma abordagem coordenada e criar economias de escala e sinergias.

iv) Aplicação da legislação

A rede de Centros Europeus do Consumidor contribui para a realização do mercado único, prestando aconselhamento e apoio aos consumidores em questões de âmbito transfronteiras, coisa que as autoridades e organizações de consumidores nacionais não estão, na maior parte das vezes, em condições de fazer. As acções conjuntas em matéria de controlo da aplicação da legislação coordenadas com a rede de autoridades nacionais responsáveis nesta matéria – como, por exemplo, as acções de fiscalização exaustiva (*sweeps*) – são uma forma muito eficaz de abordar questões com uma dimensão transfronteiras na UE.

3. ELEMENTOS JURÍDICOS DA PROPOSTA

A base legal da proposta é o artigo 169º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). As medidas adoptadas ao abrigo do artigo 169º do TFUE devem ter como objecto a promoção dos interesses dos consumidores e um elevado nível de defesa destes. A presente proposta pretende apoiar financeiramente as acções da UE e dos Estados-Membros que visam a protecção da segurança dos consumidores, a melhoria do acesso destes à informação e o reforço dos seus direitos. A escolha do artigo 169º do TFUE como base jurídica é, portanto, justificada tanto pelo objectivo como pelo conteúdo da proposta. A presente proposta deve ser adoptada de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta do Comité Económico e Social Europeu.

4. INCIDÊNCIA ORÇAMENTAL

As dotações financeiras para a execução do Programa no período compreendido entre 1 de Janeiro de 2014 e 31 de Dezembro de 2020 ascendem a 197 milhões de euros a preços correntes. Tal corresponde à dotação do orçamento proposto para o Programa Consumidores na Comunicação «Um orçamento para a Europa 2020», de Junho de 2011.

Proposta de
**REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO
CONSELHO**

relativo ao Programa Consumidores para 2014-2020

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o artigo 169º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Após transmissão do projecto de acto legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu⁷,

Tendo em conta o parecer do Comité das Regiões⁸,

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário,

Considerando o seguinte:

(1) A Comunicação da Comissão «Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo»⁹ preconiza que deve ser dada aos cidadãos a possibilidade de participarem plenamente no mercado único, o que implica aumentar as possibilidades e a confiança na aquisição de bens e serviços transfronteiras, principalmente em linha.

(2) A União deve contribuir para colocar os consumidores no centro do mercado interno, apoiando e complementando as políticas dos Estados-Membros no sentido de garantir que os cidadãos possam usufruir plenamente das vantagens desse mercado, e assegurando, através de acções concretas, uma protecção adequada da sua segurança e dos seus interesses económicos.

(3) O presente regulamento tem em conta o ambiente económico, social e técnico e os desafios emergentes concomitantes. As acções financiadas ao abrigo do presente programa procurarão, designadamente, resolver problemas relacionados com a globalização, a digitalização, a necessidade de adoptar padrões de consumo mais sustentáveis, o envelhecimento da população, a exclusão social e a vulnerabilidade dos consumidores. Nos termos do artigo 12º do TFUE, há que atribuir a mais alta prioridade à integração dos interesses dos consumidores em todas as políticas da União. A coordenação com outras políticas e programas da União é essencial para garantir que os interesses dos consumidores são plenamente tomados em consideração noutras políticas. A fim de promover sinergias e evitar duplicações, é importante que os outros fundos e programas da União prestem apoio financeiro à integração dos interesses dos consumidores nos seus respectivos domínios de intervenção.

(4) Estas acções devem ficar decididas no Programa Consumidores para 2014-2020 (a seguir, «Programa»), que cria um quadro para o financiamento das acções a nível da União. Nos termos do artigo 49º do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias¹⁰, o presente regulamento estabelece a base jurídica para a acção e a execução do Programa. O presente regulamento baseia-se nas acções financiadas ao abrigo da Decisão nº 1926/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, que institui um programa de acção comunitária no domínio da política dos consumidores (2007-2013)¹¹, e dá-lhes seguimento.

(5) É importante melhorar a defesa do consumidor. Para atingir este objectivo geral, devem ser fixados objectivos específicos em matéria de segurança, informação e educação dos consumidores, direitos e reparação, bem como no que diz respeito à aplicação dos direitos dos consumidores. O valor e o impacto das acções executadas ao abrigo do Programa devem ser regularmente monitorizados e avaliados. É necessário desenvolver indicadores que permitam avaliar a política dos consumidores.

(6) É igualmente necessário prever as acções elegíveis através das quais esses objectivos devem ser atingidos.

(7) Há ainda que definir as categorias dos potenciais beneficiários elegíveis para subvenções.

(8) O Programa deve ter uma duração de sete anos, de forma a alinhá-lo com a duração do quadro financeiro plurianual previsto no artigo 1º do Regulamento do Conselho que estabelece o quadro financeiro plurianual para o período de 2014-2020.

(9) O presente regulamento deve estabelecer, para a totalidade do período de vigência do Programa, um enquadramento financeiro que constitua a referência privilegiada, na acepção do ponto [17] do Acordo Interinstitucional de XX/YY/201Y entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão sobre a cooperação em matéria orçamental, a disciplina orçamental e a boa gestão financeira¹², para a autoridade orçamental no âmbito do processo orçamental anual.

(10) O Acordo relativo ao Espaço Económico Europeu (a seguir, «Acordo EEE») prevê a cooperação no domínio da defesa do consumidor entre a União Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e os países da Associação Europeia de Comércio Livre que participam no Espaço Económico Europeu («países da EFTA/EEE»), por outro. Convém igualmente prever a abertura do Programa à participação de outros países, nomeadamente dos países vizinhos da União Europeia, dos países que solicitam a adesão, dos países candidatos à adesão ou dos que se encontram em vias de adesão à União Europeia.

(11) No contexto da execução do Programa, há que incentivar, se for caso disso, a cooperação com países terceiros que nele não participam, tendo em consideração quaisquer acordos pertinentes aplicáveis entre esses países e a União.

(12) A fim de alterar certos elementos não essenciais do presente regulamento, devem ser delegados na Comissão poderes para adoptar actos nos termos do artigo 290º do TFUE no que se refere à adaptação dos indicadores referidos no anexo II. É especialmente importante que, durante os trabalhos preparatórios, a Comissão proceda às consultas adequadas, incluindo a peritos. Na preparação e elaboração de actos delegados, a Comissão deve assegurar a transmissão simultânea, atempada e adequada dos documentos pertinentes ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

(13) A fim de garantir condições uniformes para a execução do presente regulamento, devem ser conferidas à Comissão competências de execução no que diz respeito à adopção de programas de trabalho anuais. Essas competências devem ser exercidas em conformidade com as disposições do Regulamento (UE) nº 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão¹³. Dado que o Programa não define critérios para a segurança dos produtos, visando antes prestar apoio financeiro aos instrumentos de aplicação de políticas de segurança dos produtos, e dada a dimensão relativamente reduzida do montante em causa, há que aplicar o procedimento consultivo.

(14) Importa assegurar a transição entre o programa de acção comunitária no domínio da política dos consumidores (2007-2013) e o presente Programa, designadamente no que diz respeito à continuação das medidas plurianuais e à avaliação dos êxitos do programa precedente e dos domínios que requerem maior atenção. A partir de 1 de Janeiro de 2021, as dotações para a assistência técnica e administrativa abrangerão, se necessário, as despesas relativas à gestão das acções que não tenham sido concluídas até ao final de 2020.

(15) Uma vez que os objectivos visados pelo presente regulamento não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, devido à natureza transfronteiras das questões envolvidas, e podem, pois – graças ao maior potencial da acção da União para defender, de forma eficaz e efectiva, a saúde, a segurança e os interesses económicos dos cidadãos –, ser mais bem alcançados ao nível da União, a União pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, o presente regulamento não excede o necessário para atingir aqueles objectivos.

(16) Por conseguinte, a Decisão nº 1926/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2006, que institui um programa de acção comunitária no domínio da política dos consumidores (2007-2013) deve ser revogada.

(17) Os interesses financeiros da União devem ser salvaguardados através de medidas proporcionadas aplicadas ao longo do ciclo de despesa, nomeadamente por meio da prevenção,

detecção e investigação de irregularidades, da recuperação de fundos perdidos, pagos indevidamente ou utilizados incorrectamente e, se for caso disso, da aplicação de sanções,

ADOPTARAM O PRESENTE REGULAMENTO:

Artigo 1º

Instituição

O presente regulamento institui o Programa Consumidores, um programa plurianual para o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2014 e 31 de Dezembro de 2020, a seguir designado por «Programa».

Artigo 2º

Objectivo geral

O objectivo do Programa consiste em apoiar o objectivo político de colocar no centro do mercado interno o consumidor no pleno uso dos seus direitos. Para alcançar este objectivo, o Programa irá contribuir para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, para além de promover o direito destes à informação, à educação e à organização em defesa dos seus interesses. O Programa irá complementar, apoiar e monitorizar as políticas dos Estados-Membros.

Artigo 3º

Objectivos específicos e indicadores

1. O objectivo geral referido no artigo 2º deve ser prosseguido através dos seguintes objectivos específicos:

(a) Objectivo 1 – segurança: consolidar e reforçar a segurança dos produtos, através de uma fiscalização eficaz do mercado em toda a União. Este objectivo será medido em especial através da actividade do sistema de alerta rápido da UE para produtos de consumo perigosos (RAPEX).

(b) Objectivo 2 – informação e educação: melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores.

(c) Objectivo 3 – direitos e reparação: consolidar os direitos dos consumidores, em particular através da acção regulamentar e da melhoria do acesso à reparação, incluindo a mecanismos de resolução alternativa de litígios.

Este objectivo será medido designadamente através do recurso à resolução alternativa de litígios para resolver litígios transfronteiras e através da actividade de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União.

(d) Objectivo 4 – aplicação da legislação: reforçar a aplicação dos direitos dos consumidores, melhorando a cooperação entre os organismos nacionais responsáveis pela aplicação da legislação e prestando aconselhamento aos consumidores.

Este objectivo será medido nomeadamente através do nível do fluxo de informações e de cooperação no seio da Rede de Cooperação no Domínio da Defesa do Consumidor e da actividade dos Centros Europeus do Consumidor.

A descrição dos indicadores é apresentada no anexo II.

Nos termos do artigo 15º, a Comissão tem o poder de adoptar actos delegados para adaptar os indicadores estabelecidos no anexo II.

Artigo 4º

Acções elegíveis

Os objectivos específicos referidos no artigo 3º devem ser atingidos por meio das acções previstas na lista seguinte e em conformidade com as prioridades estabelecidas nos programas de trabalho anuais a que se refere o artigo 12º:

(a) no âmbito do objectivo 1 – segurança:

(1) aconselhamento científico e análise de risco pertinente para a saúde e a segurança dos consumidores relativamente a produtos e serviços não alimentares, incluindo apoio às tarefas dos comités científicos independentes instituídos pela Decisão nº 2008/721/CE da Comissão, que cria uma estrutura consultiva de comités científicos e de peritos no domínio da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente¹⁴;

(2) coordenação das acções de fiscalização do mercado e de controlo da aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos no que diz respeito à Directiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à segurança geral dos produtos¹⁵, e acções destinadas a melhorar a segurança dos serviços aos consumidores;

(3) manutenção e desenvolvimento das bases de dados sobre produtos cosméticos;

(b) no âmbito do objectivo 2 – informação e educação:

(4) reforço da base de informações para a elaboração de políticas em domínios que afectam os consumidores;

(5) apoio às organizações de consumidores;

(6) reforço da transparência dos mercados de consumo e da informação aos consumidores;

(7) melhoria da educação dos consumidores;

(c) no âmbito do objectivo 3 – direitos e reparação:

(8) preparação pela Comissão de legislação em matéria de defesa do consumidor e outras iniciativas regulamentares, monitorização da transposição das mesmas pelos Estados-Membros e subsequente avaliação do impacto, e promoção de iniciativas de co-regulação e de auto-regulação;

(9) facilitação do acesso e monitorização do funcionamento e da eficácia dos mecanismos de resolução de litígios destinados aos consumidores, em particular os sistemas de resolução alternativa de litígios, incluindo aqueles que funcionam em linha, inclusivamente através do desenvolvimento e da manutenção de ferramentas informáticas úteis;

(d) no âmbito do objectivo 4 – aplicação da legislação:

(10) coordenação das acções de fiscalização e de controlo da aplicação no que respeita ao Regulamento (CE) nº 2006/2004, de 27 de Outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor¹⁶;

(11) contribuições financeiras para acções conjuntas com organismos públicos ou sem fins lucrativos que constituam redes da União de prestação de informação e assistência aos consumidores com o objectivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios, incluindo a mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios em linha (a rede de Centros Europeus do Consumidor).

Uma descrição mais pormenorizada do conteúdo que essas acções podem ter encontra-se no anexo I.

Artigo 5º

Beneficiários elegíveis para subvenções

1. Podem ser concedidas subvenções ao funcionamento das organizações de consumidores à escala da União que satisfaçam todas as condições seguintes:

(a) sejam organizações não governamentais sem fins lucrativos, independentes da indústria, do comércio, das empresas e de outros interesses incompatíveis e cujos objectivos e actividades primordiais sejam a promoção e a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e jurídicos dos consumidores da União;

(b) tenham sido mandatadas para representar os interesses dos consumidores à escala da União por organizações de, pelo menos, metade dos Estados-Membros que, em conformidade com as regras ou práticas nacionais, sejam representativas dos consumidores e estejam activas a nível regional ou nacional.

2. Podem ser concedidas subvenções ao funcionamento de organismos internacionais que promovam princípios e políticas susceptíveis de contribuir para a realização dos objectivos do Programa e que satisfaçam todas as condições seguintes:

(a) sejam organizações não governamentais sem fins lucrativos, independentes de empresas e de outros interesses incompatíveis e cujos objectivos e actividades primordiais sejam a promoção e a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e jurídicos dos consumidores;

(b) que realizem todas as actividades seguintes: proporcionem um mecanismo formal que permita aos representantes dos consumidores da União e de países terceiros contribuir para o debate político e para as decisões políticas; organizar reuniões com os responsáveis políticos e os reguladores para promover e defender os interesses dos consumidores junto dos poderes públicos; identificar as questões e os desafios comuns dos consumidores; promover os pontos de vista dos consumidores no contexto das relações bilaterais entre a União e países terceiros; contribuir para o intercâmbio e a divulgação de competências e de conhecimentos em matéria de questões relacionadas com os consumidores, na União e em países terceiros; e elaborar recomendações políticas.

Podem ser concedidas subvenções ao funcionamento de organismos estabelecidos à escala da União para a coordenação de acções de aplicação da legislação no domínio da segurança dos produtos, reconhecidos para o efeito pela legislação da União.

Podem ser concedidas subvenções às acções de organismos estabelecidos à escala da União para o desenvolvimento de códigos de conduta, guias de boas práticas e orientações em matéria de comparação de preços, de qualidade e de sustentabilidade dos produtos, caso esses organismos satisfaçam todas as condições seguintes:

(a) sejam organismos não governamentais sem fins lucrativos, independentes de produtores de bens, de prestadores de serviços e de outros interesses incompatíveis, e cujos objectivos e actividades primordiais sejam a promoção e a defesa dos interesses dos consumidores;

(b) estejam activos em, pelo menos, metade dos Estados-Membros.

Podem ser concedidas subvenções às acções de autoridades dos Estados-Membros responsáveis pelas questões relacionadas com os consumidores e de autoridades correspondentes em países terceiros, se essas autoridades tiverem sido notificadas à Comissão em conformidade com o Regulamento (CE) nº 2006/2004 ou com a Directiva 2001/95/CE por um Estado-Membro ou por um país terceiro referido no artigo 7º do presente regulamento.

Podem ser concedidas subvenções aos funcionários responsáveis pela aplicação da legislação pertencentes a autoridades dos Estados-Membros e de países terceiros notificadas à Comissão Europeia para efeitos do Regulamento (CE) nº 2006/2004 e da Directiva 2001/95/CE por um Estado-Membro ou por um país terceiro referido no artigo 7º do presente regulamento.

Podem ser concedidas subvenções às acções de organismos públicos ou de organismos sem fins lucrativos, seleccionados através de um procedimento transparente e designados por um Estado-Membro ou um país terceiro referido no artigo 7º do presente regulamento. O organismo designado deve fazer parte de uma rede da União que preste informação e assistência aos consumidores com o objectivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios (Rede de Centros Europeus do Consumidor).

Podem ser concedidas subvenções às acções de organismos de tratamento das queixas que estejam estabelecidos e operem na União e nos países da Associação Europeia de Comércio Livre que participem no Espaço Económico Europeu, que sejam responsáveis pela recolha das queixas dos consumidores, pela tentativa de resolução dessas queixas, pela prestação de aconselhamento ou pelo fornecimento de informações aos consumidores sobre as queixas ou os pedidos de informação, e que intervenham como terceiros nas queixas ou pedidos de informação apresentados por consumidores relativamente a comerciantes. Não se incluem os mecanismos de tratamento de queixas dos consumidores a cargo de comerciantes que visem responder directamente a pedidos de informação e a queixas dos consumidores nem mecanismos que prestem serviços de tratamento de queixas explorados por um comerciante ou em nome dele.

Artigo 6º

Quadro financeiro

O enquadramento financeiro para a execução do Programa é de 197 milhões de euros a preços correntes.

Artigo 7º

Participação de países terceiros no Programa

O Programa está aberto à participação de:

- (a) países da Associação Europeia de Comércio Livre que participem no Espaço Económico Europeu, nos termos das condições estabelecidas no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu;
- (b) países terceiros, em particular países em vias de adesão e países candidatos, bem como potenciais candidatos, e países abrangidos pela Política Europeia de Vizinhança, em conformidade com os princípios gerais e os termos e as condições gerais para a sua participação em programas da União, estabelecidos nos respectivos acordos-quadro, decisões do Conselho de Associação ou acordos similares.

Artigo 8º

Tipos de intervenção e nível máximo de co-financiamento

1. Em conformidade com o Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002, as contribuições financeiras da União podem assumir a forma quer de subvenções quer de contratos públicos quer ainda de quaisquer outras intervenções necessárias à realização dos objectivos referidos nos artigos 2º e 3º

2. As subvenções concedidas pela União e os níveis máximos correspondentes são os seguintes:

- (a) subvenções ao funcionamento de organizações de consumidores à escala da União, tal como definidas no artigo 5º, nº 1, não superiores a 50% dos custos elegíveis;
- (b) subvenções ao funcionamento de organismos internacionais que promovam princípios e políticas susceptíveis de contribuir para os objectivos do Programa, tal como definidos no artigo 5º, nº 2, não superiores a 50% dos custos elegíveis;
- (c) subvenções ao funcionamento de organismos estabelecidos à escala da União para a coordenação de acções de aplicação da legislação no domínio da segurança dos produtos, reconhecidos para o efeito pela legislação da União, tal como definidos no artigo 5º, nº 3, não superiores a 95% dos custos elegíveis;
- (d) subvenções às acções de organismos estabelecidos à escala da União para o desenvolvimento de códigos de conduta, guias de boas práticas e orientações em matéria de comparação de preços, de qualidade e de sustentabilidade dos produtos, tal como definidos no artigo 5º, nº 4, não superiores a 50% dos custos elegíveis;

(e) subvenções às acções de autoridades dos Estados-Membros responsáveis pelas questões relacionadas com os consumidores e de autoridades correspondentes de países terceiros participantes no Programa nos termos do artigo 7º, tal como definidas no artigo 5º, nº 5, não superiores a 50% dos custos elegíveis, excepto no caso das acções de utilidade excepcional, tal como definidas nos programas de trabalho anuais, caso em que a contribuição da União para as despesas não excede 70%;

(f) subvenções ao intercâmbio de funcionários responsáveis pela aplicação da legislação de Estados-Membros e de países terceiros participantes no Programa nos termos do artigo 7º, tal como definidos no artigo 5º, nº 6, abrangendo as despesas de viagem e de estadia;

(g) subvenções às acções de organismos designados por autoridades dos Estados-Membros responsáveis pelas questões relacionadas com os consumidores e por autoridades correspondentes em países terceiros, participantes no Programa nos termos do artigo 7º, tal como definidos no artigo 5º, nº 7, não superiores a 70% dos custos elegíveis;

(h) subvenções ao funcionamento de organismos nacionais de tratamento das queixas dos consumidores, tal como definidos no artigo 5º, nº 8, não superiores a 50% dos custos elegíveis.

Artigo 9º

Assistência técnica e administrativa

A dotação financeira do programa pode cobrir igualmente as despesas relativas às actividades de preparação, monitorização, controlo, auditoria e avaliação necessárias à gestão do Programa e à consecução dos seus objectivos; nomeadamente as despesas com estudos, reuniões de peritos, acções de informação e de comunicação – incluindo comunicação institucional das prioridades políticas da União, na medida em que estejam relacionadas com os objectivos gerais do presente regulamento –, despesas ligadas às redes de tecnologias da informação destinadas ao tratamento e intercâmbio de informação, bem como quaisquer outras despesas com a assistência técnica e administrativa realizadas pela Comissão para a gestão do Programa.

Artigo 10º

Modalidades de execução

A Comissão executa o Programa recorrendo às modalidades de execução referidas no artigo 53º do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002.

Artigo 11º

Coerência e complementaridade com outras políticas

Em cooperação com os Estados-Membros, a Comissão assegura a coerência global e a complementaridade entre o Programa e outras políticas, instrumentos e acções pertinentes da União.

Artigo 12º

Programas de trabalho anuais

A Comissão executa o Programa através da adopção de programas de trabalho anuais sob a forma de actos de execução que estabeleçam os elementos previstos no Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002, em especial:

(a) as prioridades da execução e as acções a realizar, incluindo a afectação dos recursos financeiros;

(b) os critérios essenciais de selecção e de atribuição a utilizar para a selecção das candidaturas que irão receber contribuições financeiras;

(c) o calendário previsto para os anúncios de concurso e para os convites à apresentação de candidaturas;

(d) se for caso disso, a autorização para utilizar montantes fixos, escalas normalizadas de custos unitários ou financiamentos a taxa fixa, em conformidade com o Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002;

(e) os critérios que permitam avaliar se é ou não aplicável o critério da utilidade excepcional.

Os referidos actos de execução são adoptados nos termos do procedimento consultivo a que se refere o artigo 16º

Artigo 13º

Avaliação e divulgação dos resultados

1. Mediante pedido da Comissão, os Estados-Membros prestam-lhe informações sobre a execução e o impacto do Programa.

2. Até meados de 2018, a Comissão elabora um relatório de avaliação sobre a realização dos objectivos de todas as medidas (relativamente aos resultados e aos impactos), a eficácia da utilização dos recursos e o seu valor acrescentado europeu, tendo em vista uma decisão sobre a renovação, a alteração ou a suspensão das medidas. A avaliação deve ainda abordar as possibilidades de simplificação, a coerência interna e externa e a pertinência constante de todos os objectivos, bem como a contribuição das medidas para as prioridades da União em matéria de crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Tem ainda em conta os resultados da avaliação sobre o impacto, a longo prazo, do programa anterior. Os impactos a longo prazo e a sustentabilidade dos efeitos do Programa devem ser avaliados na perspectiva de uma decisão sobre a eventual renovação, alteração ou suspensão de um programa subsequente.

3. A Comissão disponibiliza ao público os resultados das acções empreendidas nos termos do presente regulamento.

Artigo 14º

Salvaguarda dos interesses financeiros da União

No quadro da execução das medidas financiadas ao abrigo do presente regulamento, a Comissão deve tomar medidas adequadas que garantam a salvaguarda dos interesses financeiros

da União mediante a aplicação de medidas preventivas contra a fraude, a corrupção e outras actividades ilegais, a realização de verificações eficazes, a recuperação dos montantes pagos indevidamente e, se for caso disso, a aplicação de sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

A Comissão, ou seus representantes, e o Tribunal de Contas dispõem de poderes para auditar, com base em documentos ou no local, os beneficiários de subvenções, contratantes e subcontratantes que tenham recebido fundos da União.

O Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) pode efectuar inspecções e verificações no local em relação aos operadores económicos abrangidos directa ou indirectamente por tais financiamentos, em conformidade com os procedimentos estabelecidos no Regulamento (Euratom, CE) nº 2185/96¹⁷, a fim de verificar a existência de fraudes, actos de corrupção ou quaisquer outras actividades ilegais que prejudiquem os interesses financeiros da União e estejam ligados a uma convenção ou decisão de subvenção ou a um contrato relativo a um financiamento concedido pela União.

Sem prejuízo do primeiro e do segundo parágrafos, os acordos de cooperação com países terceiros e organizações internacionais, assim como as convenções e decisões de subvenção e os contratos resultantes da execução do presente regulamento devem habilitar expressamente a Comissão, o Tribunal de Contas e o OLAF a proceder a essas auditorias, inspecções e verificações no local.

Artigo 15º

Exercício da delegação

O poder de adoptar actos delegados conferido à Comissão está sujeito às condições estabelecidas no presente artigo.

A delegação de poderes referida no artigo 3º é conferida à Comissão durante a vigência do Programa para 2014-2020.

A delegação de poderes referida no artigo 3º pode ser revogada a qualquer momento pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho. A decisão de revogação põe termo à delegação dos poderes nela especificados. Esta decisão entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* ou numa data posterior nela especificada. A decisão de revogação não afecta a validade dos actos delegados já em vigor.

Logo que adopte um acto delegado, a Comissão notifica-o simultaneamente ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

Um acto delegado adoptado nos termos do artigo 3º apenas entra em vigor se nem o Parlamento Europeu nem o Conselho manifestarem a sua oposição no prazo de dois meses a contar da notificação do referido acto ao Parlamento Europeu e ao Conselho ou se, antes do termo desse período, o Parlamento Europeu e o Conselho tiverem ambos informado a Comissão de que não se oporão. Por iniciativa do Parlamento Europeu ou do Conselho, esse prazo é prolongado por dois meses.

Artigo 16º

Procedimento de comité

A Comissão é assistida por um comité nos termos do Regulamento (UE) nº 182/2011.

Sempre que se faça referência ao presente parágrafo, é aplicável o artigo 4º do Regulamento (UE) nº 182/2011.

Artigo 17º

Medidas transitórias

O artigo 6º da Decisão nº 1926/2006/CE continua a aplicar-se às acções abrangidas por essa decisão que não tenham sido completadas em 31 de Dezembro de 2013. Por conseguinte, a dotação financeira do programa pode cobrir igualmente as despesas com a assistência técnica e administrativa necessárias para garantir a transição entre as medidas adoptadas ao abrigo da Decisão nº 1926/2006/CE e o Programa.

Se necessário, podem ser inscritas no orçamento dotações para execução posterior a 2020, de forma a abranger as despesas previstas no artigo 9º, a fim assegurar a gestão das acções não concluídas até 31 de Dezembro de 2020.

Artigo 18º

Revogação

A Decisão nº 1926/2006/CE é revogada com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2014.

Artigo 19º

Entrada em vigor e data de aplicação

O presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia após a data da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

É aplicável a partir de 1 de Janeiro de 2014.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Feito em Bruxelas,

Pelo Parlamento Europeu
O Presidente

Pelo Conselho
O Presidente

ANEXO I – Tipos de acções

Objectivo I – Segurança: consolidar e reforçar a segurança dos produtos, através de uma fiscalização eficaz do mercado em toda a UE

1. Aconselhamento científico e análise dos riscos para a saúde e a segurança dos consumidores no domínio dos produtos e serviços não alimentares

Apoio às tarefas dos comités científicos independentes criados pela Decisão 2004/210/CE da Comissão que institui comités científicos no domínio da segurança dos consumidores, da saúde pública e do ambiente¹⁸.

2. Coordenação das acções de fiscalização do mercado e de aplicação da legislação em matéria de segurança dos produtos no que diz respeito à Directiva 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à segurança geral dos produtos, e acções destinadas a melhorar a segurança dos serviços aos consumidores:

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) organização de seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos sobre os riscos e a aplicação da legislação no domínio da segurança dos produtos;

(c) intercâmbio de funcionários responsáveis pela aplicação da legislação e formação;

(d) acções de cooperação específicas no domínio da segurança dos produtos e serviços não alimentares, nos termos da Directiva 2001/95/CE;

(e) monitorização e avaliação da segurança dos produtos e serviços não alimentares, incluindo a criação de uma base de informações para o estabelecimento de normas futuras ou a definição de outros critérios de referência para a segurança;

(f) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros para além dos abrangidos pelo artigo 7º;

(g) apoio a organismos reconhecidos pela legislação da União responsáveis pela coordenação das acções dos Estados-Membros em matéria de aplicação da legislação.

3. Manutenção e desenvolvimento das bases de dados sobre produtos cosméticos

(a) manutenção do portal de notificação de produtos cosméticos criado ao abrigo do Regulamento (CE) nº 1223/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativo aos produtos cosméticos¹⁹;

(b) manutenção da base de dados sobre os ingredientes dos produtos cosméticos, no contexto da aplicação do Regulamento (CE) nº 1223/2009.

Objectivo II – Informação e educação: melhorar a educação e a informação dos consumidores e sensibilizá-los para os seus direitos, com o intuito de desenvolver uma base de informações para a política dos consumidores e de prestar apoio às organizações de consumidores

4. Criação de uma base de informações para a elaboração de políticas em domínios que afectam os consumidores

Criar uma base de informações para o desenvolvimento da política dos consumidores e para a integração dos interesses dos consumidores noutras políticas da União, nomeadamente através de:

- (a) estudos e análises sobre os consumidores e os mercados de consumo à escala da União;
- (b) desenvolvimento e manutenção de bases de dados;
- (c) desenvolvimento e análise de estatísticas nacionais e de outros dados pertinentes.

A recolha de dados e de indicadores nacionais sobre os preços, as queixas, a aplicação da legislação, a reparação, etc., será efectuada em colaboração com as partes interessadas a nível nacional.

5. Apoio às organizações de consumidores

(a) contribuições financeiras para o funcionamento das organizações de consumidores que representem os interesses dos consumidores à escala da União, em conformidade com o disposto no artigo 5º, nº 1;

(b) reforço da capacidade das organizações de consumidores regionais, nacionais e europeias, nomeadamente através de acções de formação e do intercâmbio de boas práticas e de conhecimentos especializados para os membros do pessoal, em especial no que diz respeito às organizações de consumidores dos Estados-Membros em que a monitorização dos mercados de consumo e do ambiente de consumo nos Estados-Membros demonstre existir um nível relativamente baixo de confiança e sensibilização dos consumidores;

(c) apoio a organismos internacionais que promovam princípios e políticas coerentes com os objectivos do Programa.

6. Reforço da transparência dos mercados de consumo e da informação aos consumidores

(a) campanhas de sensibilização sobre questões que afectam os consumidores, designadamente através de acções conjuntas com os Estados-Membros;

(b) acções que reforcem a transparência dos mercados de consumo, no domínio, por exemplo, dos produtos financeiros de retalho, da energia, das tecnologias digitais e de telecomunicações, e dos transportes;

(c) acções destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação pertinente sobre produtos e mercados;

(d) acções destinadas a melhorar o acesso dos consumidores a informação sobre o consumo sustentável de bens e serviços;

(e) apoio a acontecimentos relativos à política dos consumidores da União organizados pela Presidência da União sobre determinadas questões, em conformidade com as prioridades políticas da União;

(f) contribuições financeiras para os organismos nacionais de tratamento das queixas dos consumidores, a fim de os auxiliar com a utilização de uma metodologia harmonizada para a classificação e comunicação das queixas e dos pedidos de informação dos consumidores;

(g) apoio a organismos estabelecidos à escala da União para o desenvolvimento de códigos de conduta, guias de boas práticas e orientações em matéria de comparação de preços/qualidade/sustentabilidade dos produtos;

(h) apoio à comunicação sobre questões relativas aos consumidores, nomeadamente ajudando os meios de comunicação social a promover a capacitação dos consumidores e a aplicação da legislação neste domínio.

7. Melhoria da educação dos consumidores

(a) desenvolvimento de uma plataforma interactiva para o intercâmbio de melhores práticas e de materiais didácticos em matéria de educação do consumidor destinados aos principais grupos-alvo, designadamente os jovens consumidores, em sinergia com o programa de financiamento europeu em matéria de educação e formação;

(b) elaboração de medidas e materiais relativos, por exemplo, aos direitos dos consumidores – incluindo as questões transfronteiras –, à saúde e à segurança, à legislação da União em matéria de consumo, ao consumo sustentável e à literacia financeira.

Objectivo III – Direitos e reparação: consolidar os direitos dos consumidores, em particular através da acção regulamentar e da melhoria do acesso à reparação, incluindo a mecanismos de resolução alternativa de litígios

8. Preparação, avaliação da transposição, monitorização, avaliação, execução e controlo da aplicação, pelos Estados-Membros, de iniciativas legislativas e regulamentares para a defesa do consumidor e promoção de iniciativas de coregulação e auto-regulação, nomeadamente:

(a) estudos, avaliações *ex ante* e *ex post*, avaliações de impacto, consultas públicas, avaliação da legislação existente;

(b) seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos;

(c) desenvolvimento e manutenção de bases de dados públicas e facilmente acessíveis que abrangam a aplicação da legislação da União em matéria de defesa do consumidor;

(d) avaliação das acções desenvolvidas no âmbito do Programa.

9. Facilitação do acesso e monitorização do funcionamento e da eficácia dos mecanismos de resolução de litígios destinados aos consumidores, em particular os sistemas alternativos de resolução de litígios, incluindo aqueles que funcionam em linha, inclusivamente através do desenvolvimento e da manutenção de ferramentas informáticas úteis

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas;

(b) apoio ao desenvolvimento e à manutenção de um sistema de resolução de litígios em linha à escala da União, incluindo no que diz respeito a serviços conexos, como a tradução.

Objectivo IV – Aplicação da legislação: reforçar a aplicação dos direitos dos consumidores, melhorando a cooperação entre os organismos nacionais responsáveis pela aplicação da legislação e prestando aconselhamento aos consumidores

10. Coordenação das acções de fiscalização e de controlo da aplicação no que respeita ao Regulamento (CE) nº 2006/2004, de 27 de Outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, incluindo:

(a) desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação);

(b) acções destinadas a melhorar a cooperação entre as autoridades e a coordenação das actividades de monitorização e de aplicação da legislação, tais como o intercâmbio de funcionários responsáveis por essa aplicação, as actividades comuns e as acções de formação para esses funcionários e para os magistrados;

(c) organização de seminários, conferências, *workshops* e reuniões com as partes interessadas e com peritos em matéria de aplicação da legislação;

(d) cooperação administrativa e em matéria de aplicação da legislação com países terceiros que não participam no Programa.

11. Contribuições financeiras para acções conjuntas com organismos públicos ou sem fins lucrativos que constituam redes da União de prestação de informação e assistência aos consumidores com o objectivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios, incluindo a mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios em linha (a rede de Centros Europeus do Consumidor), nomeadamente

desenvolvimento e manutenção de ferramentas informáticas (por exemplo, bases de dados ou sistemas de informação e comunicação) necessárias ao bom funcionamento da rede de Centros Europeus do Consumidor.

Esta lista pode ser completada com medidas adicionais do mesmo género e com o mesmo impacto, em conformidade com os objectivos específicos referidos no artigo 3º.

(...)*

Notas

* A íntegra desta lei encontra-se à disposição no site www.direitodoconsumo.com

¹ COM(2011)500.

² RAPEX: Sistema de alerta rápido da UE sobre todos os produtos de consumo perigosos (com excepção dos alimentos para consumo humano, dos alimentos para animais, dos produtos farmacêuticos e dos dispositivos médicos).

³ Conjuntamente com a avaliação *ex post* do programa anterior e com a avaliação intercalar da Estratégia da Política dos Consumidores para 2007-2013.

⁴ Relatórios Grech, Hedh e Arias, em 2010, e relatórios Schaldemose e Kalniete, em 2011. O relatório Svensson/Triantaphyllides encontra-se em fase de conclusão.

⁵ que poderá vir a assumir a forma de uma Agenda do Consumidor, a publicar em 2012.

⁶ Este órgão à escala da UE deve ser instituído no âmbito da revisão da directiva relativa à segurança geral dos produtos (DSGP), a fim de garantir a racionalização dos procedimentos de financiamento, a melhoria do planeamento, a coordenação e a partilha de informação entre as autoridades dos Estados-Membros. Não irá revestir a forma de uma agência.

⁷ JO C [...] de [...], p. [...].

⁸ JO C [...] de [...], p. [...].

⁹ COM(2010) 2020 final, de 3 de Março de 2010.

¹⁰ JO L 248 de 16.9.2002, p. 1.

¹¹ JO L 404 de 30.12.2006, p. 39.

¹² ...

¹³ JO L 55 de 28.2.2011, p. 13.

¹⁴ JO L 241 de 10.9.2008, p. 21.

¹⁵ JO L 11 de 15.1.2002, p. 4.

¹⁶ JO L 364 de 9.12.2004, p. 1.

¹⁷ JO L 292 de 15.11.1996, p. 2.

¹⁸ JO L 66 de 4.3.2004, p. 45.

¹⁹ JO L 342 de 22.12.2009, p. 59.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Sergipe

Relatora: **Iolanda Santos Guimarães**

Acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

Relator: **Divoncir Schreiner Maran**

Ementário

Julgados do TJ/PR, do TJ/RS e do TJ/MG

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Sergipe – Acórdão 1 (11.06.2012)

“Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”

“Registre-se que a responsabilidade civil dos laboratórios por suposto defeito na prestação de serviços sujeita-se à norma disposta no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor”

“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”

“Neste toar, examinando as provas carreadas aos autos, observa-se que o defeito na prestação do serviço não restou configurado, tendo em vista a ausência de indícios suficientes para caracterizar erro de diagnóstico cometido pela Clínica Apelada”

Do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Acórdão 2 (06.06.2012)

“Operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota”

“Exsurge evidente a atitude abusiva da apelante que não autorizou a colocação do stent recomendado pelo médico responsável na especialidade expressamente coberta pelo plano de saúde, na medida em que restringiu direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual”

“Se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato”

“A abusividade da cláusula reside, pois, exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno e adequado do momento em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa”

ACÓRDÃO 1

APLICABILIDADE do CDC em ERRO DE DIAGNÓSTICO em EXAME CLÍNICO

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Período de divulgação: **2º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/SE**

Órgão Julgador: **1a. Câm. Cív.**

Relatora: **Iolanda Santos Guimarães**

EMENTA: Apelação cível – ação de indenização – danos morais – exame clínico – erro de diagnóstico – acervo probatório insuficiente para demonstração do dano – aplicabilidade do código de defesa do consumidor – não configuração de abalo moral – recurso conhecido e improvido – decisão unânime.

ACÓRDÃO: 20128095 ANO: 2012

DECISÃO: 11 06 2012

TURMA: 01 ÓRGÃO JULGADOR: 1a. CÂMARA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 11 06 2012

JUIZ RELATOR: DR IOLANDA

SANTOS GUIMARÃES

APELANTE JACQUELINE DEIZE DE ANDRADE SANTOS

APELADO CLIMEDI CLINICA DE

MEDICINA NUCLEAR DE SERGIPE

EMENTA: Apelação cível – ação de indenização – danos morais – exame clínico – erro de diagnóstico – acervo probatório insuficiente para demonstração do dano – aplicabilidade do código de defesa do consumidor – não configuração de abalo moral – recurso conhecido e improvido – decisão unânime.

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Grupo I, da 1a. Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso interposto para lhe NEGAR PROVIMENTO, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por JACQUELINE DEIZE DE ANDRADE SANTOS contra a sentença prolatada pelo M.M. Juiz de Direito da 7a. Vara Cível desta Capital, nos autos da Ação de Reparação por Danos Morais movida em face de CLIMEDI-CLÍNICA DE MEDICINA NUCLEAR DE SERGIPE, que julgou improcedente o pleito autoral. (fls. 83-85) Em suas razões recursais, sustenta a Apelante/ JACQUELINE DEIZE DE ANDRADE SANTOS, a comprovação do dano moral mesmo com o direito à inversão do ônus da prova, ante o erro de diagnóstico indicado no exame de fl.14, que apontou existência de patologias cardíacas graves. Pontua que, foi aconselhada pela médica ginecologista que iria realizar sua cirurgia, para procurar um especialista que solicitou o segundo exame que apresentou resultado divergente do anteriormente realizado. Diz ainda que, mesmo ciente do problema, a clínica manteve-se inerte, o que comprova desídia no trato com seus clientes. Tece considerações acerca da responsabilidade objetiva da Recorrida para, ao final, requer o provimento do recurso. Contrarrazões

apresentadas às fls. 92-96, ao tempo em que a CLIMEDI afirma que a Autora apenas realizou o segundo exame quase um mês depois da ciência do resultado do exame acostado à fl.14, o que denota a inexistência de urgência ou abalo para saber se realmente era portadora de alguma doença cardíaca. Segue afirmando que não há nos autos manifestação do cardiologista de que o exame realizado posteriormente em outra clínica, era incompatível com o realizado na CLIMEDI. De igual forma, diz que em nenhum momento afirmou a ocorrência de doença cardíaca grave, o que foi feito pela Médica Ginecologista, conforme afirmou a própria autora na inicial e em depoimento, o que desconfigura a responsabilidade da Recorrida. Consigna que a única prova apresentada pela parte autora foi o segundo exame, denominado Teste ergométrico, que não serve de parâmetro para o Ecocardiograma realizado na Clínica Recorrida, por serem completamente diferentes, conforme demonstrado através da documentação apresentada. A Procuradoria de Justiça instada a se manifestar, no Parecer da lavra do Promotor de Justiça Convocado Felix Carballal, opinou pelo improvimento do recurso. (fls. 101-105) Em síntese, é o Relatório.

VOTO

Juíza Convocada IOLANDA SANTOS GUIMARÃES (Relatora): – O recurso apresenta os requisitos de admissibilidade, pelo que merece conhecimento.

Colhe-se dos autos que JACQUELINE DEIZE DE ANDRADE SANTOS ajuizou Ação de Reparação por Danos Morais em face da CLIMEDI-CLÍNICA DE MEDICINA NUCLEAR DE SERGIPE, em razão de

resultado do exame que apontou alterações cardíacas.

O douto Processante julgou improcedente o pleito autoral, o que motivou o ajuizamento do presente recurso de Apelação que passo a analisar.

Para análise meritória, pertinente fazer referência a lição ensinada pelo Prof. Sérgio Cavalieri Filho ao conceituar dano, in Programa de Responsabilidade Civil, 6a. edição, Malheiros, 2005, *in verbis*:

“(...). Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.” (p. 96)

Neste contexto, tem-se que o dano sofrido pelo autor/vítima deve ser demonstrado, assim como a ocorrência do ato, sua ilicitude e o nexo causal.

Registre-se que a responsabilidade civil dos laboratórios por suposto defeito na prestação de serviços sujeita-se à norma disposta no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

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

Já o § 3º do citado dispositivo legal, regula hipótese de inversão do ônus da prova, incumbindo ao prestador de serviço provar a excludente de sua responsabilidade.

Ocorre que, mesmo em demandas cuja responsabilidade seja objetiva, o autor da demanda não está dispensado de forma absoluta de demonstrar o fato constitutivo de seu direito, sendo necessário o mínimo de prova para que esteja configurada.

Segundo narra a exordial, a Autora procurou a Clínica Recorrida para realizar exame pré-operatório denominado Eletrocardiograma. Ao retornar ao consultório da médica ginecologista solicitante, com o resultado do exame, foi surpreendida com a informação de que seu exame tinha apresentado alterações, sendo encaminhada com urgência a um especialista.

Diz que, ao repetir o exame em uma outra clínica, nada de anormal foi detectado, restando claro que foi vítima de erro de diagnóstico.

Já a Clínica Recorrida, diz que em nenhum momento afirmou a ocorrência de doença cardíaca grave, o que foi feito pela Médica Ginecologista, conforme afirmou a própria autora na inicial e em depoimento, o que desconfigura a responsabilidade da Recorrida.

Consigna que a única prova apresentada pela parte autora foi o segundo exame, denominado Teste ergométrico, que não serve de parâmetro para o Ecocardiograma realizado na Clínica Recorrida, por serem completamente diferentes, conforme demonstrado através da documentação apresentada.

Analisando detidamente o caso em apreço, observo tratar de exames médicos distintos. O primeiro, denominado Eletrocardiograma, segundo o qual a Recorrente afirma apresentar erro de diagnóstico, foi solicitado pela médica ginecologista Dra. Selda Paiva M. Lopes e realizado na CLIMEDI.

Tal exame apresentou o seguinte resultado: Bradicardia sinusal, desvio do eixo elétrico ventricular para a esquerda e alteração difusa da repolarização ventricular. (fl.14)

Já o segundo exame pré-operatório, denominado Teste Ergométrico, diante do resultado acima, foi solicitado por um Cardiologista e realizado em uma outra clínica, não apresentando qualquer anormalidade nas funções cardíacas da Recorrente.

Resta claro, portanto, tratar-se de exames distintos, o que não revela de pronto resultado equivocado. Frise-se que em nenhum momento o Médico especialista levantou a possibilidade de erro de diagnóstico no primeiro exame realizado, nem tal exame restou desmerecido por quaisquer dos elementos probatórios existentes nos autos.

E, como bem asseverou o Juízo *a quo*;

De mais a mais, não há nada nos autos que demonstre que a CLIMEDI ou seus prepostos informaram à requerente que a mesma estava acometida de grave doença cardíaca, ao contrário, a própria requerente em sua inicial, afirma de forma expressa que esta informação equivocada lhe foi fornecida pela ginecologista, Dra. SELDA PAIVA.

Diante deste contexto, mostra-se bastante temerária qualquer conclusão no sentido de reconhecer responsabilidade civil indenizatória da CLIMEDI, pois não há como este juízo, diante do que consta dos autos, reconhecer que as conclusões do laudo de fls.14 indicam três graves alterações cardíacas.

Neste toar, examinando as provas carreadas aos autos, observa-se que o defeito na prestação do serviço não restou configurado, tendo em vista a ausência de indícios suficientes para caracterizar erro de diagnóstico cometido pela Clínica Apelada.

Destarte, a despeito do que foi relatado nos autos pela parte autora, ora Apelante, *in casu*, ausente a conduta ilícita e o nexo de causalidade, não há espaço para condenação em eventuais danos morais.

Sobre o tema eis os seguintes precedentes, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. EXAME LABORATORIAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ART. 14, § 3º, LEI N. 8.078/90. ERRO NA CONCLUSÃO DO DIAGNÓSTICO. INOCORRÊNCIA. I – O juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele avaliar a necessidade de outros elementos para formar seu convencimento. Ao entender que a lide está em condições de julgamento, sem dilação probatória, a prolação da sentença constitui obrigação. II – O art. 14, § 3º, da Lei nº 8.078/90 regula hipótese de inversão do ônus da prova, incumbindo ao prestador de serviço provar a excludente de sua responsabilidade. III – Se o réu logrou êxito em provar a inexistência de defeito na prestação do serviço, a excludente de sua responsabilidade está configurada. IV – Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão nº 504366, 20060110123899APC, TJ/DF, Relator Des. JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6a. Turma Cível, julgado em 11/05/2011, DJ 19/05/2011 p. 168)

ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. IMPROPRIEDADE NO RESULTADO DE EXAME DE ECOGRAFIA. INDICAÇÃO DE ABORTAMENTO RETIDO. POSSIBILIDADE DE SUPERFECUNDAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ERRO NO DIAGNÓSTICO. CULPABILIDADE DO

CLÍNICO. PROVA. AUSÊNCIA. ÔNUS.

1. A responsabilidade civil em face de erro médico tem natureza subjetiva, pressupondo prova do prejuízo, do agir indevido do réu e do nexo de causalidade entre o ato alegado impróprio e o dano. Na ausência de quaisquer desses requisitos, a responsabilidade não há de ser declarada, pois a culpa não decorre de forma objetiva a partir do eventual insucesso no diagnóstico ou do tratamento, seja clínico ou cirúrgico. 2. Caso em que a autora foi submetida a ecografia em duas oportunidades, apontado como resultado do exame a ausência de evidência de atividade cardíaca, sugestiva de abortamento retido. 3. Provas documental, testemunhal e técnica que dão amparo à tese de ocorrência de superfecundação – dois embriões em idades gestacionais distintas compartilhando ou não o mesmo saco gestacional – onde um embrião apresenta gestação inviável e o segundo óvulo, fecundado em momento posterior, se desenvolve. 4. Ausência de demonstração de erro no diagnóstico. Inexistência de indicação de terapêutica por parte do médico ecografista. Ônus probatório. Julgamento desfavorável àquele sobre quem recaía a incumbência de demonstrar o direito alegado. Sentença de improcedência confirmada. Recurso improvido. Unânime. (Apelação Cível nº 70018793265, TJ/RS, Relator Des. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA, julgado em 06/03/2008)

Forte nessas considerações, conheço do recurso, mas para lhe negar provimento, mantendo *in totum* a sentença fustigada.

É como voto.

Aracaju, 11 de junho de 2012.

Juíza Convocada IOLANDA SANTOS GUIMARÃES
Relatora

ACÓRDÃO 2

ABUSIVIDADE de CONDOTA de OPERADORA DE SAÚDE que não autoriza o FORNECIMENTO do *STENT* mais adequado para a REALIZAÇÃO de PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO de ESPECIALIDADE COBERTA pelo CONTRATO e sem CLÁUSULA expressa excludente

Julgados: **ACÓRDÃOS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **114088**

Período de divulgação: **2º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/MS**

Órgão Julgador: **1a. Câm. Cív.**

Relator: **Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA: Apelação cível – ação de indenização por danos materiais e morais c.c. repetição de indébito – operadora plano de saúde – aplicação do código de defesa do consumidor – limitação de tratamento – cobertura de especialidade assegurada no contrato – impossibilidade – tratamento adequado eleito pelo médico – responsabilidade da contratada para prestar o serviço de saúde adequado – exclusão não expressa – artigo 54, § 4º, CDC – prequestionamento desnecessário – recurso não provido. Evidencia-se abusiva a atitude da operadora de saúde que não autoriza o fornecimento do *stent* mais adequado para a realização de procedimento terapêutico de especialidade coberta pelo contrato e sem cláusula expressa excludente, findando por restringir direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, e 54, § 4º, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa

do Consumidor). Apelação cível – ação de indenização por danos materiais e morais c.c. repetição de indébito – plano de saúde – nota fiscal – sem especificação de data e despesas realizadas – documento inservível para o fim ressarcitório – danos materiais devem ser comprovados – artigo 333, I, CPC – quantum indenizatório – danos morais – montante insuficiente – majorado – recurso parcialmente provido. À luz do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, ademais se considerado que o prejuízo material apontado não pode ser presumido, devendo ser devidamente comprovado nos autos. A negativa injustificada de cobertura pela operadora de plano de saúde, desvirtuando a natureza do contrato de prestação de serviços médicos-hospitalares, enseja a reparação por danos morais. Ponderando os fatores orientadores para a fixação do quantum indenizatório, há de se majorar a quantia para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) de modo a atender o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.

ACÓRDÃO: 2012.012016-5 ANO: 2012

DECISÃO: 06 06 2012

TURMA: 01 ÓRGÃO JULGADOR: 01a.

CÂMARA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 15 06 2012

JUIZ RELATOR: DR DIVONCIR

SCHREINER MARAN

APELANTE: UNIMED CAMPO GRANDE

MS COOPERATIVA DE TRABALHO

MÉDICO, ROBERTO BRANDÃO DE

SOUZA NETO E OUTRO.

APELADO: UNIMED CAMPO GRANDE

MS COOPERATIVA DE TRABALHO

MÉDICO, ROBERTO BRANDÃO DE

SOUZA NETO E OUTRO.

EMENTA: Apelação cível – ação de indenização por danos materiais e morais c.c. repetição de indébito – operadora plano de saúde – aplicação do código de defesa do consumidor – limitação de tratamento – cobertura de especialidade assegurada no contrato – impossibilidade – tratamento adequado eleito pelo médico – responsabilidade da contratada para prestar o serviço de saúde adequado – exclusão não expressa – artigo 54, § 4º, CDC – prequestionamento desnecessário – recurso não provido. Evidencia-se abusiva a atitude da operadora de saúde que não autoriza o fornecimento do *stent* mais adequado para a realização de procedimento terapêutico de especialidade coberta pelo contrato e sem cláusula expressa excludente, findando por restringir direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, e 54, § 4º, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Apelação cível – ação de indenização por danos materiais e morais c.c. repetição de indébito – plano de saúde – nota fiscal – sem especificação de data e despesas realizadas – documento inservível para o fim ressarcitório – danos materiais devem ser comprovados – artigo 333, I, CPC – quantum indenizatório – danos morais – montante insuficiente – majorado – recurso parcialmente provido. À luz do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, ademais se considerado que o prejuízo material apontado não pode ser presumido, devendo ser devidamente comprovado nos autos, a negativa injustificada de cobertura pela operadora de plano de saúde, desvirtuando a natureza do contrato de prestação de

serviços médicos-hospitalares, enseja a reparação por danos morais. Ponderando os fatores orientadores para a fixação do quantum indenizatório, há de se majorar a quantia para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) de modo a atender o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Unimed Campo Grande-MS – Cooperativa de Trabalho Médico e dar parcial provimento ao recurso interposto por Adelina Menezes de Mattos e Roberto Brandão de Souza Neto, nos termos do voto do relator.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran Adelina Menezes de Mattos, representada por Magali Menezes de Mattos Brandão, e Roberto Brandão de Souza Neto apelam da sentença, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c.c. Repetição de Indébito ajuizada em face de Unimed Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial.

Sustentam, em síntese, que não se afigura crível reconhecer a ilegalidade da negativa de cobertura perpetrada pela apelada sem determinar, contudo, o ressarcimento integral das despesas havidas para o tratamento necessitado.

Asseveram a idoneidade da Nota Fiscal de Serviços n. 2136 emitida pela Procardio Diagnóstico (CNPJ 02.391.109/0001-22), a qual expressa a quantia de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) e corresponde ao período de internação, cujos procedimentos médicos estão descritos no prontuário acostado. Ponderam, assim, que incumbia a apelada desconstituir referido documento, porém não fez, mostrando-se hábil a ensejar a indenização pleiteada.

Esclarecem que a manifesta hipossuficiência foi a razão da contratação de empréstimos bancários ante o ataque cardíaco sofrido por Adelina Menezes de Mattos e a recusa de tratamento da apelada, de modo que demonstrado o nexo de causalidade.

Obtemperam que a quantia fixada a título de danos morais não atenua o sofrimento suportado, ademais se considerado o entendimento já externado pelo Superior Tribunal de Justiça em caso análogo, motivo pelo qual pugnam pela majoração do quantum indenizatório.

Ao final, requerem o provimento recursal.

Resposta às f. 393-409.

Igualmente irressignada, Unimed Campo Grande/MS – Cooperativa de Trabalho Médico também apela, aduzindo que foi oferecida a migração para todos os beneficiários do plano empresarial a que pertencem os apelados para o plano regulamentado pela Lei n. 9.656/1998, mediante custo adicional. Entretanto, optaram por permanecerem vinculados ao plano com menor amplitude de cobertura e menor custo.

Defende, assim, a validade da cláusula contratual que exclui a cobertura de órteses e próteses de qualquer natureza (cláusula VI, item 6.3, alínea “n”) e a possibilidade,

consequentemente, da limitação, consoante, inclusive, assegurado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Rebate a condenação à reparabilidade indenizatória, visto que não houve qualquer ato ilícito que ensejasse reparação por dano material ou moral, porquanto a negativa de cobertura foi fundamentada em disposições contratuais avençadas e entender de modo contrário representa enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 884 do Código Civil.

Por fim, prequestiona dispositivos legais e constitucionais e pleiteia o provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos deduzidos.

Resposta às f. 412-419.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Por ordem de prejudicialidade, analiso os apelos manejados.

Do recurso da UNIMED Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico:

Compulsando os autos, extrai-se que a relação jurídica existente no caso é oriunda da contratação de serviços de saúde comprovadamente pactuada em 1 de setembro de 1998 (f. 242-245-verso).

Dos documentos de f. 24-104, emitidos por profissionais médicos credenciados da UNIMED, dessome-se que à apelada Adelina, na qualidade de beneficiária, foi prescrita a colocação de *stent* com substância medicamentosa (*stent* farmacológico) pelo procedimento cirúrgico de angioplastia, em 07 de janeiro de 2009, mediante o diagnóstico de infarto agudo de miocárdio somado a edema agudo de pulmão, sendo que para o quadro particular da paciente:

idosa, diabética (f.27-28), foi recomendado o mencionado *stent* e não o convencional.

Ao solicitar a autorização para a realização do procedimento, apenas o *stent* convencional foi autorizado (f. 25-26), sob o argumento de que não havia cobertura contratual, motivo pelo qual a responsável pela apelada autorizou a colocação daquele necessário ao ajuste de complementar a diferença entre os dois.

É possível vislumbrar também, dentre os documentos colacionados, recibos de pagamento das mensalidades, referentes a meses dos anos de 2009 e 2008 (f. 20-23).

Ajuizaram, então, ambos beneficiários, em dois de julho de 2009 (f. 02), a presente ação, pleiteando o ressarcimento dos gastos despendidos, bem como a indenização por danos morais, em virtude da recusa indevida da cooperativa de saúde.

Feitos esses esclarecimentos, oportuno apontar, *prima facie*, que operadora de serviços de assistência à saúde que presta serviços remunerados à população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor, pouco importando o nome ou a natureza jurídica que adota[1]. A teor, inclusive, do recente enunciado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Súmula n. 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Elucidada a aplicação da norma consumerista, passa-se à análise dos deveres da apelante.

Sobressai relevante que o contrato de assistência médico-hospitalar (f. 125-128) *sub judice* abarcou, conforme cláusula III, item 3.2, a cobertura de serviços complementares de diagnóstico e terapia, “mediante requisição expedida pelo médico cooperado e com a apresentação da carteira de beneficiário, os

usuários obterão, nos serviços especializados credenciados, consultas, exames e tratamentos a seguir discriminados: r) Módulo Coração (conforme cobertura contratual)”. Na cláusula V consta os serviços assegurados, englobando a assistência hospitalar e serviços auxiliares de diagnóstico e terapia, na especialidade cardiologia.

Exsurge evidente, assim, a atitude abusiva da apelante que não autorizou a colocação do *stent* recomendado pelo médico responsável na especialidade expressamente coberta pelo plano de saúde, na medida em que restringiu direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente.

A abusividade da cláusula reside, pois, exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno e adequado do momento em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa, aliás não acentuada no contrato, pois lá não consta a vedação específica a tal procedimento e *stent*

(vide cláusula VI – serviços não cobertos), até porque o *stent* convencional foi autorizado, em manifesta discrepância com o preceituado no artigo 54, § 4º[2], da Lei n. 8.078/1990. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é o responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor[3].

Em casos semelhantes, inclusive, a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça se orientou no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, sendo vedado obstaculizar o acesso ao procedimento elencado como mais eficiente se admitida a cobertura da doença ou da especialidade como no caso em comento.

A respeito, profícuos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. COBERTURA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7 DO STJ. (...) 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag 1350717/PA, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 31/03/2011) (g.n.)

“Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como cirurgia de redução de estômago, sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e

não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de cirurgias gastroenterológicas para a presente hipótese.— O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão.— A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.— Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições — aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.— Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.— Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.— A ausência de adaptação do contrato às

disposições da Lei n. 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei. – A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor. – É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 1106789/RJ – Ministra NANCY ANDRIGHI – TERCEIRA TURMA – DJe 18/11/2009) (g.n.)

Cumprido destacar, ainda, que a saúde é direito constitucionalmente assegurado[4]. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contrapartida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

Assim sendo, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário para tanto.

Oportuna, ainda, a elucidação emanada do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania:

Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidez.

– O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde.

– Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.

– Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos.

– Cercar o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de “seguro-saúde”; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado.

(...)

– A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

– O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.

– Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro.

– Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar

necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico. Recurso especial conhecido, mas, não provido. (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010)

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as cooperativas, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas sim a este se adaptar.

Ressalte-se, ademais, que a divergência acerca da aplicabilidade ou não da Lei n. 9.656/1998 é impertinente à espécie, porquanto se trata de contrato de trato sucessivo e renovação continuada, ao que se aplica as disposição do novo diploma aos fatos ocorridos sob sua vigência, mormente se nada dá conta nos autos de que o contrato em questão não foi adaptado ao regime previsto na lei de 1.998 (STJ, REsp 700100/RS, Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 29/03/2010).

Diante dessas considerações, irreprimível a sentença *a quo*.

Finalmente, em atenção ao prequestionamento arguido, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais e constitucionais invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além

do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado (STJ, EDcl no RMS 22067/DF, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 06/03/2008).

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Do recurso de Adelina Menezes de Mattos e Roberto Brandão de Souza Neto:

Insurgem-se os apelantes contra a desconsideração da nota fiscal de f. 105 que expressava o valor de R\$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais) referente a “despesas hospitalares” que afirmam foram realizadas no período em que a apelante esteve internada e que é objeto de análise.

De fato, o documento apresentado se mostra inservível à pretendida restituição, já que não se desincumbiram os autores de demonstrar quando foi emitida e especificamente acerca de quais despesas se tratava, pois de um exame detido da mencionada nota não está estampada em seu teor a data da emissão nem sobre o quais despesas se referia.

À luz do que dispõe o artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito. Não provados, a consequência é improcedência do pedido contido na peça vestibular.

Oportuna, a propósito, a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra “Teoria Geral do Processo”, 18a. edição, 2002, Editora Malheiros, p. 350:

“A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento

uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção).

O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa”.

Pertinente, aliás, a orientação exarada pela jurisprudência desta Egrégia Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RECUSA NA CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – EXISTÊNCIA DE SUPOSTA DÍVIDA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA, DO DANO MORAL ALEGADO E DO NEXO CAUSAL – MERO ABORRECIMENTO – DANO MATERIAL – NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) Vigê em nosso direito a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, afirmando que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo

do direito do autor. (...) Recurso conhecido e improvido. (TJ/MS, Apelação Cível n. 2010.022749-4, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Terceira Turma Cível, Julgamento: 10.8.2010) (g.n.)

Compete, então, ao condutor do processo, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco acaso não se produza.

Ao contrário do dano moral, o prejuízo material apontado não pode ser presumido, devendo ser devidamente comprovado nos autos, sob pena de improcedência da pretensão reparatória[5].

Destarte, não procede o fim ressarcitório colimado.

No que tange o quantum fixado a título de danos morais, melhor sorte assiste aos apelantes.

Com efeito, a situação a que foram expostos os apelantes não se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento, ao contrário, a sua delicada condição de saúde aliada à negativa de uma contraprestação contratada, apesar de adimplidas a parte que lhe cabia, pois o oposto não foi arguido, deflagra atitude relevante da apelada que expôs à angústia e ao vexame da beneficiária de plano de saúde e seu esposo, também beneficiário, justificando, pois, a compensação econômica.

Não há falar, ademais, que o inadimplemento contratual não induz a reparação civil. Conquanto remanesça alguma alguma controvérsia em função da topologia do instituto, é certo que a mesma tende a esmaecer-se, com o reconhecimento de que o dano subjetivo se dá tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual; se indubitado que o mesmo se

apresenta com maior difusão no âmbito dos atos ilícitos em geral, nem por isso se exclui a sua aplicação em sede de responsabilidade contratual[6].

Percuciente, a propósito, o magistério de Yussef Said Cahali[7]:

“No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana. Uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de ato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; do direito à reparação pode projetar-se por áreas as mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual: assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre caluniador e o caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente o ofensor”. (g.n.)

Bem se vê, a distinção que se pode fazer é de natureza fática, exigindo-se a prova, em cada caso, da perturbação da esfera anímica do lesado. Aliás, assentada por contrato, uma relação obrigacional convencionada nasce para ser cumprida e cria compreensivelmente a expectativa psicológica desse cumprimento, causando com mais força, a frustração do ajuste inadimplido, sentimentos angustiantes ou psicologicamente sensíveis à parte inocente.

A Corte Superior de Justiça não discrepa:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.

CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que há direito ao ressarcimento do dano moral oriundo da injusta recusa de cobertura securitária médica, pois esta conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já fragilizado em virtude da doença. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1236875/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 24/02/2012) (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL. CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. (...) II. Conforme precedentes das Turmas que compõem a Segunda Seção, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1172778/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 31/05/2010) (g.n.)

Irrefutável, portanto, o direito à reparação por danos morais.

É certo que o montante deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte econômico das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida,

notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso[8].

Ensina Washington de Barros Monteiro[9] que inexiste, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro. Mas será sempre possível arbitrar um *quantum*, maior ou menor, tendo em vista o grau de culpa e a condição social do ofendido”.

Assim, o juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de “justiça no caso concreto”.

Ponderando todos esses fatores, afigura-se realmente ínfima a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), de modo que a majoro para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante esse que repara proporcionalmente os danos sofridos, observando o caráter compensatório e ao mesmo tempo punitivo a que se destina a indenização.

A respeito:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA EM NOME DE TERCEIRO – INCLUSÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA – REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – PROVIMENTO PARCIAL A AMBOS OS RECURSOS. (...) O dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, com seu subjetivismo e ponderação, de forma a compensar o dano e desencorajar reincidências do ofensor, sem locupletar ilicitamente a vítima, levando-se em consideração as condições financeiras das partes. O valor da indenização por danos morais atribuído na inicial pelo ofendido é apenas estimativo, razão pela qual a condenação do ofensor em valor inferior ao pretendido na inicial não configura sucumbência recíproca”. (TJ/MS, Apelação Cível n. 2007.021143-9, Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Quinta Turma Cível, Julgamento: 23.4.2009) (g.n.)

Diante dessas considerações, dou parcial provimento ao recurso para majorar a verba indenizatória por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Mantenho, no mais, a sentença tal como prolatada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIMED CAMPO GRANDE-MS – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR ADELINA MENEZES DE MATTOS E ROBERTO BRANDÃO DE SOUZA NETO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 6 de junho de 2012.

[1] Inteligência do STJ, REsp 267530/SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/03/2001 p. 147.

[2] Art. 54, § 4º, CDC: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

[3] Inteligência do STJ, REsp 668216/SP, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 02/04/2007 p. 265.

[4] Art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

[5] Inteligência do TJ/MS, Apelação Cível n. 2009.020986-3, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro, Quarta Turma Cível, Julgamento: 25.8.2009.

[6] CAHALI, Yussef Said apud GONÇALVES, Carlos Roberto in Direito Civil Brasileiro – volume IV – Responsabilidade Civil, 4a. edição, 2009, Editora Saraiva, p. 394-395.

[7] *in op. cit.*, p. 395.

[8] Inteligência do STJ, REsp 214381/MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 29/11/1999 p. 171.

[9] *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA Filho, Rodolfo in Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil – volume III, 2a. edição, 2004, Editora Saraiva, p. 400.

EMENTÁRIO

1) INDENIZAÇÃO decorrente da ausência de entrega de DIPLOMA após a conclusão do CURSO SUPERIOR

Julgados: EMENTAS

Área: CIVIL E COMERCIAL

Número: 113726

Período de divulgação: 2º Trimestre de 2012

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 1a. T. Rec.

Relator: Leo Henrique Furtado Araujo

Recurso inominado. Indenização por danos morais e materiais. Programa especial de capacitação e formação de professores em nível superior, oferecido pela Faculdade Vizivali em parceria com o IESDE – legitimidade passiva das recorrentes. Conclusão do curso – ausência de entrega do diploma – alteração dos requisitos exigidos para público alvo do curso – parecer do conselho estadual de educação – somente para os profissionais com vínculo empregatício. Restrição de interpretação dada após a conclusão do curso pela autora. Rompimento do nexo de causalidade. – excludente de responsabilidade – culpa exclusiva de terceiro (art. 14, §3º, II, CDC). Ausência de defeito na prestação do serviço. Decisão : Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Paraná, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. (TJ/PR – Rec. Inominado n. 20110014615-2 – Comarca de Foz do Iguaçu – 1a. T. Rec. – Rel.: Des. Leo Henrique Furtado Araujo – j. em 19.01.2012 – Fonte: DJ, 27.01.2012).

2) COBERTURA do SEGURO para ROUBO do VEÍCULO durante TEST DRIVE

Julgados: EMENTAS

Área: CIVIL E COMERCIAL

Número: 113629

Período de divulgação: 2º Trimestre de 2012

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 8a. Câm. Cív.

Relator: Guimarães da Costa

Apelação cível. Ação de cobrança de indenização securitária. Veículo roubado durante realização de “test-drive”. Falta de cobertura para evento ocorrido no exterior do imóvel. Improcedência do pedido. Formal inconformismo. Interpretação da cláusula de cobertura da forma mais favorável ao consumidor. Congruidade. Evento danoso ocorrido, em parte, no interior do estabelecimento. Inexistente, ademais, cláusula excludente quanto ao teste de direção. Indenização integral. Impertinência. Exclusão da franquia. Recurso parcialmente provido. Considerando que os atos preparatórios à conduta delituosa ocorreram ainda no interior do imóvel, pertinente o reconhecimento de que a cobertura contratada se estende ao evento danoso. Diferente seria se a interceptação delituosa, início da execução do crime, tivesse ocorrido em local distinto do estabelecimento comercial em questão, “v.g”, em qualquer das artérias públicas da cidade. (TJ/PR – Ap. Cível n. 591212-1 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 8a. Câm. Cív. – maioria – Rel.: Des. Guimarães da Costa – j. em 10.11.2011 – Fonte: DJ, 27.01.2012).

3) ALTERAÇÃO do PLANO de PECÚLIO mediante ASSINATURA falsa gera DANO MORAL

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **113508**

Período de divulgação: **2º Trimestre de
2012**

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **5a. Câm. Cív.**

Relator: **Jorge Luiz Lopes do Canto**

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Ausência de contratação. Plano de pecúlio. Alteração. Assinaturas falsas. Dano moral caracterizado. Quantum indenizatório reduzido. 1.A parte autora logrou comprovar os fatos articulados na exordial, no sentido de que o contrato de pecúlio n. 880639 foi levado a efeito com assinatura falsa, bem com o pacto n. 880117 entabulado mediante engodo do consumidor, no qual houve o induzimento doloso deste à erro substancial quanto a constituição do contrato avençado pela parte, vício de vontade que torna aquele anulável, atendendo ao disposto no art. 333, I, do CPC. 2. Comprovada negligência da empresa-ré, esta deve ser responsabilizada pelas alterações indevidas efetuadas sem autorização da parte autora, conduta abusiva na qual assumiu o risco de causar lesão a parte autora, mesmo os de ordem extrapatrimonial, daí ensejando o dever de indenizar. 3. Situação que se amolda ao dano moral puro, o qual prescinde da prova do prejuízo, na medida em que restou incontroverso a prática do ato ilícito, o qual importou na alteração ilícita do plano de pecúlio, presumindo-se

que tal fato ocasionou mais do que meros transtornos, pois influi diretamente na subsistência do postulante e de sua família.

4.O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum reduzido diante das peculiaridades do caso. 5.Descabe a condenação da demandada em litigância de má-fé, ante a ausência dos requisitos previstos no art. 17 do Código de Processo Civil. Ademais, a parte ré limitou-se a exercer o seu direito constitucional de ampla defesa, de sorte a resolver situação que reputava injusta e contraditória, o que é assegurado a todo o litigante. Dado parcial provimento ao apelo. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70045521358 – Comarca de Porto Alegre – 5a. Câm. Cív. – Rel.: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto – j. em 14.12.2011 – Fonte: DJ, 16.12.2011).

4) SEGURADORA que resiste ao PAGAMENTO da INDENIZAÇÃO deve comprovar a SITUAÇÃO EXCLUDENTE nos termos do CONTRATO

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **113800**

Período de divulgação: **2º Trimestre de
2012**

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **11a. Câm. Cív.**

Relator: **Marcelo Rodrigues**

Apelação cível – Seguro de vida – Sinistro – Morte por suicídio – Premeditação não comprovada – Ônus da seguradora – Indenização devida – Recurso provido. A teor do que dispõe o art. 333, do Código de Processo Civil, o ônus probatório é bipolar, cabendo ao beneficiário do seguro de vida, provar a contratação do seguro e conseqüente falecimento do segurado, e à seguradora que resiste ao pagamento da indenização, comprovar a situação excludente nos termos do contrato. Inexistindo elementos indicativos de que o ato de suicídio do segurado tenha sido cometido de maneira premeditada, não se mostra razoável presumi-la para fins de inibir o direito do beneficiário à indenização securitária contratada. (TJ/MG – Ap. Cível n. 1.0024.09.519243-1/001 – Comarca de Belo Horizonte – 11a. Câ. Cív. – ac. unân. – Rel.: Des. Marcelo Rodrigues – j. em 18.01.2012 – Fonte: DJ, 24.01.2012).

5) PLANO DE SAÚDE não pode interferir no TRATAMENTO utilizado pelo MÉDICO

Julgados: **EMENTAS**

Área: **CIVIL E COMERCIAL**

Número: **113814**

Período de divulgação: **2º Trimestre de 2012**

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **12a. Câ. Cív.**

Relator: **Domingos Coelho**

Ação cominatória – Plano de saúde – Tratamento de infecção no fêmur – Implantação de espaçador – Tratamento experimental não configurado. O plano de saúde não pode interferir na escolha da técnica a ser utilizada pelo médico que atende o paciente e tampouco impor àquele profissional qual a orientação terapêutica a ser seguida. (TJ/MG – Ap. Cível n. 1.0145.08.434649-6/001 – Comarca de Juiz de Fora – 12a. Câ. Cív. – ac. unân. – Rel.: Des. Domingos Coelho – j. em 18.01.2012 – Fonte: DJ, 30.01.2012).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: **Serra Baptista**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: **Garcia Calejo**

EXCERTOS

Do Supremo Tribunal de Justiça (24.05.2012)

“O promotor imobiliário é aquele que constrói, por conta própria ou mediante contrato de empreitada, o prédio e promove a sua venda, antes ou depois da respectiva construção”

“Assim se aplicando ao caso, desde logo, o regime a propósito traçado no Código Civil para a má execução do dever de cumprimento da prestação, já que a coisa, como é sabido, para ser conforme ao contrato, deve, desde logo, e além do mais, ser entregue sem vícios, ou seja, sem defeitos intrínsecos inerentes ao seu estado material”

“A recente jurisprudência espanhola, italiana e alemã com o apoio da doutrina, tem considerado que, a tais contratos de transferência de propriedade são de aplicar as regras da empreitada”

“O regime civilístico tradicional relativo às perturbações na prestação no contrato de compra e venda tem vindo sucessivamente a perder aplicação no âmbito das relações de consumo”

“Sendo a caducidade uma forma de ineficácia, é no momento da celebração do contrato de compra e venda que, em regra se gera a obrigação da entrega da coisa correspondente às características acordadas ou legitimamente esperadas pelo comprador, ou seja, sem vícios materiais ou físicos, vale dizer, defeitos intrínsecos inerentes ao seu estado material”

Do Supremo Tribunal de Justiça (29.05.2012)

“O titular dos direitos do contrato é o tomador”

“Nos seguros de grupo, o tomador do seguro deve obrigatoriamente informar os segurados sobre as coberturas e exclusões contratadas, as obrigações e direitos em caso de sinistro e as alterações posteriores que ocorram neste âmbito, em conformidade com um espécimen elaborado pela seguradora”

“Não basta alegar que a omissão de remessa deriva de não ter esses elementos na sua posse. Se não os detém, é sua obrigação, face à cláusula contratual, procurar consegui-los”

“Será que o demandante tinha conhecimento, de antemão, que a causa de morte do progenitor não estava abrangida pela cobertura do seguro?”

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2565/10.0TBSTB.S1

2ª SECÇÃO
SERRA BAPTISTA

CONTRATO DE COMPRA E VENDA
VENDA DE COISA DEFEITUOSA
BEM IMÓVEL
DEFESA DO CONSUMIDOR
DIREITOS DO CONSUMIDOR
CADUCIDADE
PRAZO DE CADUCIDADE
PRAZO DE PROPOSITURA DA
ACÇÃO
DIRECTIVA COMUNITÁRIA
APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO
RETROACTIVIDADE DA LEI
ALTERAÇÃO DO PRAZO

Data do Acórdão: 24-05-2012

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA

Decisão: CONCEDIDA A REVISTA

Área Temática: DIREITO CIVIL – LEIS,
SUA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

– RELAÇÕES JURÍDICAS– DIREITO
DAS OBRIGAÇÕES

Doutrina: – Alessandra da Silveira,
Princípios de Direito da União Europeia,
pág. 115 e ss..

– Aníbal de Castro, a Caducidade, pág. 25.

– Armando Braga, A Venda de Coisas
Defeituosas no C.C., A Venda de Bens de
Consumo, pág. 47.

– Calvão da Silva, Compra e Venda de
Coisas Defeituosas, Conformidade e
Segurança, págs. 77, 172; Venda de Bens
de Consumo, p. 122 e 123.

– Menezes Leitão, Direito das Obrigações,
vol. III, págs. 149 e 150, 176/177.

– Mota Pinto, Teoria Geral do Direito
Civil, pág. 606; O Direito, 121º, pág. 292.

– Nuno M. Pinto de Oliveira, Contrato de
Compra e Venda, Almedina.

– Oliveira Ascensão, Direito Introdução e
Teoria Geral, pág. 405.

– Pereira Coelho, RLJ, Ano 118º, pág. 50,
nota (2).

– Pedro Romano Martinez, Cumprimento
Defeituoso em Especial na Compra e
Venda e na Empreitada, págs. 153 a 156,
170, 413.

– Pires de Lima e Antunes Varela, C. C.
Anotado, vol. II, pág. 228.

– Vital Moreira e Gomes Canotilho,
Constituição da República Portuguesa,
Anotada, 1º vol., págs. 263/264.

Legislação Nacional: CÓDIGO CIVIL
(CC): – ARTIGOS 12º, Nº2, 297º, 879º,
AL. B), 913º, 914º, 916º, 917º, 1225º.

D.L. Nº 67/03, DE 8-4 (VENDA
DE BENS DE CONSUMO E DAS
GARANTIAS A ELA RELATIVAS).

D.L. Nº 68/04, DE 25-3.

D.L. Nº 24/08, DE 21-5 (ALTEROU E
REPUBLICOU A LDC).

D.L. Nº 84/08, DE 21-5 (ALTEROU E
REPUBLICOU O DL 67/03, E ENTROU
EM VIGOR EM 20 DE JUNHO DE
2008): – ARTIGO 5º-A.

LEI Nº24/96, DE 31-7 (LEI DE DEFESA
DO CONSUMIDOR).

Legislação Comunitária: DIRECTIVA
Nº 1999/44/CE DO PARLAMENTO
EUROPEU E DO CONSELHO, DE
25/5/1999.

Jurisprudência Nacional: ACÓRDÃOS
DO SUPREMO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA:

– DE 3/4/98, BOL. 476, 289;
 – DE 15/6/2000, PROCESSO Nº 443/00, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 18/2/2003, PROCESSO Nº 4587/02, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 18/10/2007, PROCESSO Nº 2467/07, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 13/12/2007, PROCESSO Nº 3944/07, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 29/1/2008, PROCESSO Nº 4592/07, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 29/4/2008, PROCESSO Nº 367/08, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 12/1/2010, PROCESSO Nº 2212/06.4TBMAL.P1.S1, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 11/10/2011, PROCESSO Nº 409/08.1TBVIS.C1.S1, IN WWW.DGSI.PT,
 – DE 13/10/2011, PROCESSO Nº 1127/07.3TCSNT.C1.S1, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 24/4/2012, PROCESSO Nº 904/06.TBSSB.L1.S1, EM WWW.DGSI.PT;
 – DE 19/4/2012, PROCESSO Nº 9870/05.STBBRG.G1.S1, EM WWW.DGSI.PT.

Sumário :

(art. 713º, nº 7 *ex vi* art. 726º, ambos do CPC)

1. O promotor imobiliário é aquele que constrói, por conta própria ou mediante contrato de empreitada, o prédio e promove a sua venda, antes ou depois da respectiva construção.

2. O art. 917º do CC deve ser interpretado extensivamente, no sentido de abranger todas as acções baseadas no cumprimento defeituoso, tendo o prazo de seis meses aí aludido sido substituído pelo

prazo de um ano, quando o vendedor do imóvel tenha sido também o seu construtor.

3. O regime civilístico tradicional relativo às perturbações na prestação no contrato de compra e venda tem vindo sucessivamente a perder aplicação no âmbito das relações de consumo, nas quais a tutela do consumidor é assegurada de uma forma distinta da que corresponde ao modelo clássico do cumprimento defeituoso (cfr. Directiva nº 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25/5/1999, Lei 24/96, de 31 de Julho (Lei de Defesa do Consumidor), DL 67/03, de 8 de Abril (Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas) e DL 24/08, de 21 de Maio, que alterou (e republicou) este último e a LDC).

4. Sendo menor o prazo concedido pelo DL 67/03 para o exercício dos direitos por banda do comprador de imóvel (no âmbito das relações de consumo), pode o mesmo intentar a acção na medida em que o direito comum lhe seja mais favorável, pela previsão de prazo mais longo para esse efeito, como acontece na empreitada (art. 1225º do CC).

5. Mesmo entendendo que a Directiva comunitária nº 1999/44/CE tem aplicação directa na nossa ordem jurídica interna, mesmo entre os particulares (efeito horizontal), prescreve a mesma apenas quanto aos móveis (com excepções).

6. O DL 84/08, que alterou e republicou o DL 67/03, e que entrou em vigor em 20 de Junho de 2008, cujo art. 5º-A estabelece prazos mais longos de caducidade, em conformidade com a Directiva comunitária, não é de aplicação retroactiva – está aqui em causa a compra e venda de um imóvel com alegados defeitos – quanto ao prazo de caducidade do exercício de direitos por banda do comprador, não se aplicando, assim, aos

contratos celebrados antes do início da sua vigência.

7. Com efeito, ao não regular só para os móveis, mas também para os imóveis, a alteração do citado DL 84/08 deve ser considerada inovadora e não correctiva relativamente ao disposto na Directiva.

8. O art. 297º do CC, que prescreve sobre a alteração de prazos, consagra uma regra de direito transitório que visa esclarecer a lei aplicável aos prazos em curso, sempre que estes sejam alterados. Sendo o prazo relevante o novo prazo mais longo, desde que o antigo não esteja transcorrido à data da entrada em vigor da nova lei.

Decisão Texto Integral:

ACORDAM NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

AA veio intentar acção, com processo ordinário, contra BB – INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO, S. A., pedindo que:

a) seja a ré intimada a proceder às intervenções correctivas de que necessita o imóvel do autor (de acordo com o descrito no art. 45º da p. i.), no prazo máximo de 60 dias a contar do trânsito em julgado da decisão;

b) seja a ré condenada, a título de sanção pecuniária compulsória, no pagamento de quantia pecuniária, em montante a determinar pelo Tribunal, por cada dia de atraso, e depois disso de interrupção, no cumprimento da intimação que, nos termos da alínea anterior, lhe seja dirigida pelo Tribunal;

c) seja a ré condenada no pagamento de indemnização ao autor por danos patrimoniais por este sofridos, no montante de € 3 600, acrescida de juros de mora vincendos, desde a data da citação até integral pagamento, bem como nos custos com o patrocínio;

d) seja a ré condenada no pagamento de indemnização ao autor por danos não patrimoniais por este sofridos, no montante de € 5 000, acrescidos de juros de mora vincendos, desde a data da sentença que o determine, até integral pagamento.

Alegando, para tanto, e em suma:

No exercício da actividade comercial da ré, vocacionada que está para a promoção imobiliária, foi entre ela, na qualidade de vendedora, e o autor, na qualidade de comprador, celebrado um contrato de compra e venda, em 31 de Maio de 2007, de um prédio urbano melhor descrito na p. i..

A partir de Outubro de 2008 começaram a surgir no imóvel algumas patologias (defeitos), que também melhor descritos são no petítório inicial, tendo o autor solicitado a eliminação dos mesmos, em 18 de Janeiro de 2009.

A ré não procedeu às reparações devidas.

A descrita situação causou ao autor despesas, que ora reclama.

Bem como danos de carácter não patrimonial, que também melhor descreve, tudo nos montantes peticionados.

Citada a ré, veio contestar, defendendo-se por excepção, invocando a caducidade da acção e a inadmissibilidade legal dos pedidos formulados atinentes aos gastos com o patrocínio e com o engenheiro contratado, e por impugnação.

Replicou o autor quanto à matéria das excepções arguidas.

Foi proferido o **despacho saneador, que, julgando procedente a excepção da caducidade do autor, absolveu a ré do pedido.**

Inconformado, **veio o autor interpor recurso de revista per saltum** para este Supremo Tribunal de Justiça, tendo

formulado, na sua alegação, as seguintes **conclusões**:

1ª – Aos presentes autos aplica-se não só o disposto nos artigos 914.2, 916.2 e 917.2 do Código Civil e na Lei da Defesa do Consumidor, como também o disposto no Regime da Venda de Bens de Consumo e das Garantias a Ela Relativas (criado através do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril).

2ª – Estabelece a primeira parte do número 2 do artigo 12.2 do C. C. que “Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos”.

3ª – No caso concreto, o facto jurídico em causa – o aparecimento dos defeitos do imóvel é posterior à entrada em vigor da redacção trazida pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio, sendo que o acto jurídico de denúncia desses defeitos também o é.

4ª – No mais, dispõe a segunda parte do citado número 2 do artigo 12º do C. C. que “quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”.

5ª – Precisamente a *ratio legis* que está na base desta regra da aplicação imediata é: por um lado, o interesse na adaptação à alteração das condições sociais, tomadas naturalmente em conta pela lei nova, o interesse no ajustamento às novas concepções e valorações da comunidade e do legislador, bem como a existência de unidade do ordenamento jurídico (...); por outro lado, o reduzido ou nulo valor da expectativa dos indivíduos que confiaram, sem bases, aliás,

na continuidade do regime estabelecido pela lei antiga, uma vez que se trata de um regime puramente legal, e não de um regime posto na dependência da vontade dos mesmos indivíduos” (*in* Parecer da Procuradoria Geral de República, de 21 de Dezembro de 1977, publicado na IIª Série do Diário da República de 30 de Março de 1978, pág. 1804).

6ª – Também a jurisprudência se pronunciou quanto a esta matéria, sustentando que “A lei nova abstrai dos factos constitutivos de uma situação jurídica contratual quando for dirigida à tutela dos interesses de uma generalidade de pessoas que se encontram ou possam a vir a encontrar ligadas por certa relação jurídica, de modo a que se possa dizer que a lei nova atinge as pessoas, não enquanto contratantes, mas enquanto pessoas ligadas por certo vínculo contratual” (*in* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1994, Boletim do Ministério da Justiça, nº 437, página 477).

7ª – “II – Deve, no entanto, distinguir-se as leis que dispõem sobre o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos que a tais situações deram origem (2ª parte do nº 2 do art. 12 citado), que se aplicam a situações jurídicas constituídas antes da nova lei, mas subsistentes ou em curso à data da sua entrada em vigor. III – Funda-se essa regra na aplicação imediata da lei nova no interesse no ajustamento às novas concepções e valorações da comunidade e do legislador, bem como a exigência de unidade do ordenamento jurídico, que seria posta em causa e com ela a segurança do comércio jurídico pela subsistência de um grande número de situações jurídicas duradouras (...)” (*in* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1994, Boletim do Ministério da Justiça, nº 438, página 440).

8ª – Conforme resulta do preâmbulo do Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio, foi precisamente o interesse na adaptação da legislação em vigor à realidade do mercado e o colmatar das deficiências verificadas que motivaram o legislador a alterar o Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, abstraindo-se dos factos que deram origem às relações jurídicas subsistentes, focando-se nos aspectos sociais e de mercado dessas relações, dispondo directamente sobre o respectivo conteúdo.

9ª – Conforme se pode ler no acórdão do Tribunal Constitucional nº 287/90 (*in* acórdãos do Tribunal Constitucional, 17º vol., pág. 159), “Haverá, assim, que proceder a um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva do legislador, também ele democraticamente legitimado, legislador ao qual, inequivocamente, há que reconhecer a legitimidade (senão mesmo o dever) de tentar adequar as soluções jurídicas às realidades existentes, consagrando as mais acertadas e razoáveis, ainda que elas impliquem que sejam “tocadas” relações ou situações que, até então, eram regidas de outra sorte”.

10ª – Tendo o legislador, através do Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio, vindo transpor para a ordem jurídica interna – para o que aqui releva – os prazos de caducidade para o exercício dos direitos pelos consumidores em cumprimento do disposto na Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio, resulta evidente que estes novos prazos em nada contendem com a legítima expectativa dos cidadãos.

11ª – Com referência à aplicação no tempo do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, refere o Ilustre Professor Pedro Romano

Martinez que “A responsabilidade por cumprimento defeituoso inclui na expressão “conteúdo de certas relações jurídicas” (art. 12º, nº 2, do CC), pelo que a lei nova se lhe aplica; deste modo, a responsabilidade emergente da falta de conformidade de uma obra cujos prazos de exercício estivessem em curso a 9 de Abril de 2003 – data de entrada em vigor do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril – fica sujeita ao regime da lei nova (Decreto-Lei nº 67/2003)” (*in* Estudos do Instituto do Direito do Consumo, Almedina, Vol. 11, pág. 24).

12ª – A argumentação expendida na conclusão anterior será aplicável aos presentes autos, porquanto, na data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio – 20 de Junho de 2008 – ainda estava em curso o prazo de garantia do imóvel objecto dos presentes autos – 5 anos a contar da entrega do imóvel –, sendo que o Apelante apenas procedeu à denúncia dos defeitos existentes no aludido imóvel em 2 de Abril de 2009.

13ª – Resulta, pois, manifestamente evidente que, por força do disposto no artigo 12º, nº 2 do Código Civil, é aplicável aos presentes autos o disposto no Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio.

14ª – Por outro lado, será plausível considerar que o Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio mais não é do que uma legislação correctiva do anterior Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril, porquanto visou corrigir um lapso de transposição da Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio para este diploma.

15ª – A este respeito, refira-se o douto aresto do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05.04.2011, *in* www.dgsi.pt no qual se

pode ler que “A falta de transposição dos prazos constantes no artigo 5º da Directiva 1999/44/CE para o DL nº 67/2003 determinou que o legislador fizesse uma interpretação correctiva através do DL nº 84/08, de 21/05, que veio alterar aquele diploma legal, aditando-lhe norma que estabelece os prazos de caducidade em conformidade com a directiva”.

16ª – Mais se pode ler no referido aresto que “Enquadrado o DL nº 84/2008 de 21.5 como norma correctiva seguimos o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça vazado no acórdão de 12 de Janeiro de 2010, relatado pelo Exmo. Juiz Conselheiro João Camilo segundo o qual se torna inútil a sua apreciação à luz de norma interpretativa, já que se limitou a dar corpo à redacção que decorria de tal directiva” (...), pelo que foi “pela via da regra correctiva – vazar no ordenamento interno o que determinava a directiva – que se considerou aplicável aos contratos firmados antes da sua entrada em vigor”.

17ª – “No seguimento de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sobejamente identificado o aditamento do artigo 5ª da Directiva ao DL nº 67/2003, por via do DL nº 84/2008, tratou de corrigir lapso de transposição e não de norma nova que não sendo interpretativa violaria o nº 1 do artigo 12º do CC. O que os tribunais fizeram no respeito pelo quadro legal emergente do órgão com competência legislativa foi aplicá-lo aos contratos firmados quando vigorava o DL nº 67/2003, funcionando as alterações introduzidas pelo DL nº 84/2008, como, repetimos, correctivas e por isso aplicáveis aos contratos firmados em data anterior à data da sua entrada em vigor” (cfr. acórdão supra mencionado).

18ª – Face à natureza correctiva do DL nº 84/2008, de 21 de Maio, o qual se limitou a completar a transposição da Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio para a ordem jurídica interna, será de considerar que não estamos perante uma norma nova e, nessa medida, será imediatamente aplicável às relações constituídas anteriormente à sua entrada em vigor.

19ª – Tal como vem referido na douda sentença de que ora se recorre, não tendo sido transpostos, no prazo concedido para o efeito, para o Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril os prazos mencionados no artigo 5º da Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio, esta, nesta parte, passou a aplicar-se directamente no ordenamento jurídico interno.

20.1 – A este respeito, refira-se o douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.01.2010, no qual se pode ler que “ (...) contendo a referida directiva norma precisa, clara, incondicional e não carecida da adopção de medidas complementares por parte do Estado Português para a sua aplicação, entrou em vigor na ordem portuguesa expirado que foi o prazo para o Estado Português proceder à sua transposição. É o que resulta do princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno (...)” (in www.dgsi.pt).

21ª – Ora, verificando-se que o prazo mínimo estabelecido na aludida Directiva é de “dois anos a contar da data da entrega” (cfr. artigo 5º), nunca o prazo para o exercício do direito de acção a estabelecer no Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de Abril poderia ser inferior a 2 anos a contar da data da denúncia.

22ª – Com efeito, podendo o consumidor detectar e denunciar o defeito existente num bem no exacto momento em que o mesmo lhe é entregue, para que o

disposto na Directiva fosse respeitado, o prazo para o exercício do direito de acção tinha que ser, no mínimo, de 2 anos a contar da data da denúncia.

23ª – Aliás, basta atentar no disposto no artigo 5º-A do Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio, para se constatar que foi esse o prazo mínimo estabelecido pelo legislador.

24ª – Nos termos do disposto no artigo 297º, nº 2 do C. C. “A lei que fixar um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, mas computar-se-á neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial”.

25ª – Quer isto significar que os prazos de caducidade para o exercício do direito de acção previstos no artigo 5º-A do Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de Maio têm aplicação imediata a partir da entrada em vigor deste diploma legal (20 de Junho de 2008).

26ª – Neste sentido, veja-se o douto acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03.02.2011, *in* www.dgsi.pt, onde se pode ler que “Por outro lado, tendo o DL 84/2008 entrado em vigor a 20 de Junho de 2008, é aplicável ao caso o novo prazo de 3 anos nele previsto, pois no que respeita à alteração de prazos, rege o disposto no artigo 297º do CC, aplicando-se a lei que fixar um prazo mais longo aos prazos que estejam em curso (. . .) embora se compute neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial”.

27ª – O artigo 297º do CC é “aplicável a todos os prazos legais, judiciais e administrativos, estabelecidos para qualquer efeito” (João Calvão da Silva, *in* Venda de Bens de Consumo, Almedina, 4.ª edição, pág. 172).

28ª – Nos termos do disposto no artigo 725º do Código de Processo Civil, e por se verificarem, na totalidade, os requisitos

indicados nas alíneas a) a d) do número 1 do referido preceito legal, requer-se a V. Exa. se digne admitir a subida imediata do presente recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, processando-se o mesmo como revista (salvo no que respeita aos efeitos, a que se aplica o disposto para a apelação).

O recorrido não contra-alegou.

Corridos os vistos legais, cumpre, agora, apreciar e decidir.

São, como é bem sabido, as conclusões da alegação do recorrente que delimitam o objecto do recurso – arts 684º, nº 3 e 690º, nº 1 e 4 do CPC, bem como jurisprudência firme deste Supremo Tribunal.

Sendo, pois, as questões atrás enunciadas e que pelo recorrente nos são colocadas que cumpre apreciar e decidir.

As quais se resumem à de saber se o direito do autor à propositura da presente acção, tendo em conta a data em que a mesma foi intentada, já caducou.

Tendo sido dados como assentes os seguintes factos, com interesse para a decisão:

Entre A. e ré foi celebrado um contrato de compra e venda de imóvel – lote de terreno para construção urbana, no qual foi construída uma moradia unifamiliar – em 31/5/2007.

Pelo menos desde Outubro de 2008, o A. tem conhecimento dos vícios que alega na p. i..

O A. comunicou à ré a existência dos alegados vícios em 2/4/2009^[1].

A presente acção foi intentada em 20/4/2010.

Entendeu a senhora Juíza, no seu despacho saneador-sentença recorrido, que a acção caducou.

Pois, pese embora, diz, se mostre respeitado o prazo para a denúncia dos

defeitos, a verdade é que a acção deveria ter sido proposta até ao dia 2/4/2010, ao invés de ter sido intentada no dia 20 seguinte.

Assim sucedendo quer se aplique o art. 917º do CC^[2], quer haja lugar à aplicação do art. 5º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 24/96, de 31 de Julho), na redacção do DL 67/03, de 8 de Abril, aplicável ao contrato em apreço por força do art. 12º.

Sustentando o recorrente não ser assim.

Sendo a questão em apreço apreciada ao abrigo do preceituado nos arts 916º, 917º e 914º, sendo-lhe, ainda, aplicável o regime de venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, criado pelo DL 67/2003, de 8 de Abril, estando em causa um contrato de compra e venda celebrado entre um profissional e um consumidor.

Tendo sido no interesse na adaptação da legislação em vigor à realidade do mercado e o colmatar de deficiências verificadas que levaram o legislador a alterar o mencionado DL 67/2003, abstraindo-se dos factos que deram origem às relações jurídicas subsistentes, focando-se nos aspectos sociais e de mercado dessas relações, dispondo directamente sobre o respectivo conteúdo.

Tal fazendo através do DL 84/2008, de 21 de Maio, que transpôs para a ordem jurídica interna – no que aqui releva – os prazos de caducidade para o exercício dos direitos dos consumidores em cumprimento da Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio, que em nada contendem com as legítimas expectativas dos cidadãos.

Sendo certo que tal prazo de caducidade tem natureza legal e não convencional.

Sendo, assim, aqui aplicáveis, por força do preceituado no art. 12º, nº 2, as alterações introduzidas pelo referido DL 84/2008 ao anterior DL 67/2003.

E, por outro lado, tal diploma legal mais não é do que uma alteração correctiva do anterior DL 67/2003, visando corrigir um lapso de transposição para o mesmo da Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio, designadamente no que diz respeito aos prazos de caducidade do direito de acção. Aditando-lhe norma que estabelece os prazos de caducidade em conformidade com tal directiva (cfr. art. 5º-A).

Pelo que, sendo tais alterações correctivas – não se tratando, assim, de norma nova – são as mesmas aplicáveis aos contratos firmados em data anterior à da sua entrada em vigor.

E, de qualquer modo, diz, ainda o recorrente:

Mesmo que se considere que aos presentes autos é aplicável o disposto no DL 67/2003, na sua redacção originária, sempre o prazo de exercício do direito de acção na sequência da denúncia dos defeitos será o de dois anos, constante da mencionada Directiva 1999/44/CE, a qual, sem que os seus prazos tivessem sido transpostos para aquele diploma legal, passou a aplicar-se directamente no nosso ordenamento jurídico. É o que resulta do primado do direito comunitário sobre o direito interno.

Tendo, também por isto, o prazo para o exercício do direito de acção que ser, no mínimo, de dois anos a contar da data da denúncia.

Sucedendo, ainda, que, por força do prescrito no art. 297º, nº 2, sempre seria aplicável a redacção dada pelo referido DL 84/2008 ao DL 67/2003 e o prazo de três anos nele constante.

Vejamos:

Dá-se de barato – e nem as partes, nem a senhora Juíza dão relevo a esta questão – que

a ré vendedora do imóvel, vocacionada para a promoção imobiliária^[3], foi a sua construtora – cfr. arts 1º e 2º da p. i.

Aparecendo-nos o promotor imobiliária, na nossa lei, definido como a pessoa singular ou colectiva, privada ou pública, que, directa ou indirectamente, decide, impulsiona, programa, dirige e financia, com recursos próprios ou alheios, obras de construção ou reconstrução de prédios urbanos destinados à habitação, para si ou para aquisição sob qualquer título – art. 3º, nº 1, al. a) do DL 68/04, de 25 de Março^{[4]/[5]}.

Assim se aplicando ao caso, desde logo, o regime a propósito traçado no Código Civil para a má execução do dever de cumprimento da prestação, já que a coisa, como é sabido, para ser conforme ao contrato, deve, desde logo, e além do mais, ser entregue sem vícios, ou seja, sem defeitos intrínsecos inerentes ao seu estado material (arts 879º, al. b) e 913º a 922º).

Não havendo necessidade de nos embrenharmos na total problemática da compra e venda de coisas defeituosas, já que aqui (nesta revista) apenas está em causa o prazo para o exercício da respectiva acção judicial, aceite que está que a denúncia dos defeitos foi realizada em tempo.

Defendendo o comum dos autores e a jurisprudência que julgamos uniforme deste Supremo Tribunal a interpretação extensiva do art. 917º, no sentido de abranger todas as acções baseadas no cumprimento defeituoso, incluindo, naturalmente, aquelas em que se peça a reparação da coisa e indemnização^[6], tendo o prazo de seis meses aí aludido sido substituído pelo prazo de um ano, quando o vendedor do imóvel tenha sido também o seu construtor (art. 1225º, nºs 2 e 3 aplicável por força do nº 4 do mesmo normativo).

Referindo a propósito o Professor Romano Martinez que: “Com respeito à relação existente entre estes dois contratos (compra e venda e empreitada) é de mencionar os problemas suscitados com os contratos de compra e venda de edifícios (andares e moradias) em que o vendedor é um promotor imobiliário. (...)”.

A recente jurisprudência espanhola, italiana e alemã com o apoio da doutrina, tem considerado que, a tais contratos de transferência de propriedade são de aplicar as regras da empreitada.

(...) Mas, mesmo quando a obra é vendida depois de terminada, a solução mais justa consiste em aplicar as regras da empreitada. (...) Assim será de admitir a existência de uma lacuna no contrato de compra e venda, pois não está prevista solução para o caso de venda de edifícios e outros imóveis destinados a longa duração, construídos ou reparados pelo vendedor, e a aplicação das regras gerais leva a resultados injustos. Perante a lacuna da lei, deverá ter-se em conta o disposto no contrato de empreitada (art. 1225º), em razão da similitude existente entre as duas situações. Justifica-se o recurso à analogia, porque, no caso omissio, procedem as razões que estão na base da regulamentação estabelecida no artigo 1225º (art. 10º, nº 2).^{”[7]}

E, assim, sem necessidade de mais delongas, de acordo com o citado regime legal o prazo para a propositura da acção decorreria no ano seguinte à denúncia, terminando, pois, como refere a senhora Juíza recorrida, em 2 de Abril de 2010^[8].

Contudo, o regime civilístico tradicional relativo às perturbações na prestação no contrato de compra e venda tem vindo sucessivamente a perder aplicação no âmbito das relações de consumo.

Sucedendo que, nos negócios jurídicos de consumo a tutela do consumidor^[9]/^[10] é assegurada de uma forma distinta da que corresponde ao modelo clássico do cumprimento defeituoso^[11].

Prescrevendo o art. 5º do DL 67/2003, de 8 de Abril (Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas), na redacção originária, que o comprador (consumidor) pode exercer o direito de reposição da falta de conformidade do bem com o contrato, por meio de reparação ou de substituição, além do mais, dentro do prazo de cinco anos a contar da data da entrega do imóvel, devendo denunciar ao vendedor tal defeito no prazo de um ano a contar da data em que o tenha detectado, caducando os direitos conferidos ao consumidor findos qualquer destes prazos sem que o mesmo tenha feito a denúncia ou decorridos seis meses sobre esta^[12].

Ora, sendo menor o prazo concedido por este diploma legal para o exercício dos direitos por banda do comprador, poderá o mesmo, contudo, intentar a acção na medida em que o direito comum lhe seja mais favorável pela previsão de prazo mais longo para esse efeito, como acontece na empreitada (art. 1225º).

Assim sucedendo dada a natureza da protecção mínima estabelecida pelo citado DL 67/2003, interpretado em conformidade com a Directiva nº 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 (art. 8º)^{[13]/[14]}.

Pelo que, por via desta lei especial (DL 67/2003), também caducado está o exercício do direito de acção por parte do autor.

Mas, será que não se deve aplicar directamente a citada Directiva comunitária, entendendo-se que a mesma tem aplicação

directa na ordem jurídica interna, mesmo entre particulares, assim tendo efeito horizontal^[15]?

Sendo certo que, nesse caso, prevê tal diploma comunitário o prazo de dois anos a contar da entrega do bem, quando o vendedor for responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade que exista no momento em que o bem é entregue, não podendo tal prazo ser inferior a este se, por força de legislação nacional, tal direito estiver sujeito a prazo de caducidade – art. 5º, nº 1 da Directiva^[16].

Tal Directiva foi transporta para o nosso Direito interno através do referido DL 67/2003, o qual, como vimos manteve o prazo de seis meses^{[17]/[18]}, que já vinha da LDC, para o exercício dos direitos ou faculdades colocadas à disposição do consumidor perante o vendedor de coisa defeituosa.

Todavia, a Directiva ora em questão, como já vimos (última nota de rodapé) apenas prescreve quanto aos móveis^[19] (e com excepções), pelo que não há que a aplicar ao caso em apreço^[20].

Mas, sustenta o recorrente, que serão aqui aplicáveis, por força do preceituado no art. 12º, nº 2, as alterações introduzidas pelo também já referido DL 84/2008.

Sendo certo que, diz ainda, e por outro lado, tal diploma legal mais não é do que uma interpretação correctiva do anterior DL 67/2003, visando corrigir um lapso de transposição para o mesmo da Directiva nº 1999/44/CE, de 25 de Maio, designadamente no que diz respeito aos prazos de caducidade do direito de acção. Aditando-lhe norma que estabelece os prazos de caducidade em conformidade com tal directiva (cfr. art. 5º-A).

Vejamos, então:

O presente contrato de compra e venda do imóvel com alegados defeitos foi celebrado em 31/5/2007 e, pelo menos desde Outubro de 2008, o A. tem conhecimento dos vícios que alega. Tendo comunicado à ré a sua existência em 2/4/2009.

O DL 84/2008 entrou em vigor no dia 20 de Junho de 2008 (art. 5º do citado diploma legal).

Sendo certo que, em princípio, a lei só dispõe para o futuro (art. 12º, nº 1).

Sendo este o princípio tradicional da não retroactividade das leis, no sentido de que elas só se aplicam para o futuro.

E que, também em princípio, os efeitos do contrato são regulados pela lei vigente no momento da sua conclusão^[21], ou seja, no que aqui pode interessar, da LDC e DL 67/2003.

Reportando-se os denunciados defeitos à data da celebração do negócio e da entrega do bem.

Na verdade, sendo a caducidade uma forma de ineficácia^[22], é no momento da celebração do contrato de compra e venda que, em regra se gera a obrigação da entrega da coisa correspondente às características acordadas ou legitimamente esperadas pelo comprador, ou seja, sem vícios materiais ou físicos, vale dizer, defeitos intrínsecos inerentes ao seu estado material – arts 879º, al. b) e 913º.

Não se devendo sustentar, na hipótese vertente, quanto ao conteúdo do respectivo direito que à nova lei reguladora da protecção do comprador consumidor é indiferente o facto que lhe deu origem.

Não sendo, pois, caso de aplicação retroactiva da lei (art. 12º, nº 2, última parte).

Não sendo, assim, caso de aplicação do DL 84/2008 (das suas alterações) ao caso

vertente por força do referido art. 12º, nº 2, ou seja, por força dos princípios de aplicação das leis no tempo previstos no nosso CC.

Mas, será que o art. 5º-A^[23] do citado DL 84/2008 deve, de qualquer modo, ser aqui aplicado face à sua função correctiva do anterior DL 67/2003, por ele alterado, assim nele se integrando – cfr. art. 13º?

Também não, pois que o actual diploma legal que rege sobre a venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, por alteração do mencionado DL 67/2003 – que, recordemos, procedeu à transcrição da Directiva para a nossa ordem jurídica interna –, é a respeito dos prazos para o exercício de direitos do consumidor, no atinente aos imóveis, inovador (art. 5º – A)^[24], não lhe sendo imposta qualquer correcção pela aludida Directiva, que, como já dito, não englobava os imóveis.

Sendo, assim, insusceptível de aplicação retroactiva^[25].

Ora, se o referido DL 84/2008 não deve ser aplicado retroactivamente, quer face ao preceituado no art. 12º, quer pela sua alegada função correctiva, que se não verifica, mas tendo em conta a alteração dos prazos para o exercício do direito de acção por banda do comprador consumidor, prescritos, primeiramente no DL 67/2003 (prazo mais curto), depois naquele mencionado diploma legal (prazo mais longo), que alterou este, resta, então, saber da relevância do tempo nas relações jurídicas – Livro I, Título II, Subtítulo III, Capítulo III do Código Civil.

Consagrando o art. 297º uma regra de direito transitório que visa esclarecer a lei aplicável aos prazos em curso, sempre que estes sejam alterados.

Sendo certo que, de acordo com o nº 2 de tal preceito legal, a lei que fixar um prazo

mais longo é aplicável aos prazos que estejam em curso, computando-se neles todo o tempo decorrido desde o momento inicial.

Ou seja, se a lei nova alongar o prazo anteriormente estabelecido, aplicar-se-á a nova lei, ponderando-se, no entanto, o tempo decorrido na vigência da lei antiga.

Sendo o prazo relevante o novo prazo mais longo, desde que o antigo não esteja transcorrido à data da entrada em vigor da nova lei (20 de Junho de 2008)^[26].

Ora, o autor comunicou á ré a existência dos alegados vícios em 2/4/2009.

Só a partir daí se começando a contar o prazo para a propositura da acção em que pretenda exercer os seus direitos (cfr. arts 4º e 12º da LDC e arts 2º, 3º, 4º e 5º do DL 67/2003, nas redacções anteriores às alterações providas do DL 84/2008).

Prazo esse que, não estando transcorrido à data da entrada em vigor do referido DL 84/2008, é de três anos.

Sendo consequentemente tempestivo o exercício do direito de acção por banda do autor, para defesa dos seus arrogados direitos.

Não havendo, assim, decorrido o prazo de caducidade em apreço.

Face a todo o exposto, acorda-se neste Supremo Tribunal de Justiça em, na concessão da revista, se revogar o despacho saneador recorrido, na parte em que, julgando procedente a excepção da caducidade do direito do autor, absolveu a ré da instância. Com as legais consequências.

Custas pela recorrida.

Serra Baptista (Relator)

Álvaro Rodrigues

Fernando Bento

^[21] No email de 2/4/2009, o autor refere um anterior email de 18/1/2009 a dar conhecimento

dos vícios no imóvel, aludindo à vistoria feita pela ré no dia 11 de Março de 2009 (e, assim, em data anterior àquela que a senhora Juíza dá como assente em relação à comunicação dos defeitos).

^[22] Sendo deste diploma legal todas as disposições legais a seguir citadas sem outra referência.

^[23] O autor apenas alega a respeito que a ré é uma sociedade comercial vocacionada para a promoção imobiliária, que se dedica à comercialização e desenvolvimento de empreendimentos residenciais e turísticos, bem como dos respectivos serviços integrados e outros equipamentos conexos e que no âmbito dessa sua actividade vendeu o questionado prédio ao autor, que o comprou – arts 1º e 2º da p. i.

^[24] Diz-nos o Prof. Pedro R. Martinez que se considera promotor imobiliário aquele que constrói, por conta própria ou mediante contrato de empreitada, o prédio e promove a sua venda, normalmente por andares, antes ou depois da respectiva construção (Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda ena Empreitada, p. 170

^[25] Sobre o conceito de promotor imobiliário, vide, ainda, ac. do STJ de 19/4/2012 (Maria dos Prazeres Beleza), Pº 9870/05.5TBBERG.G1.S1.

^[26] Na doutrina, P. Romano Martinez, ob. cit., p. 413, Calvão da Silva, Compra e Venda de Coisas Defeituosas, Conformidade e Segurança, p. 77, Mota Pinto, O Direito, 121º, p. 292, Armando Braga, A Venda de Coisas Defeituosas no CC, A Venda de Bens de Consumo, p. 47, Nuno M. Pinto de Oliveira, Contrato de Compra e Venda e P. Lima e A. Varela, CCAnotado, vol. II, p. 228. Na jurisprudência, entre outros, acs do STJ de 3/4/98 (Torres Paulo), Bol. 476, 289, de 15/6/2000 (Ferreira de Almeida), revista nº 443/00, de 18/2/03 (Garcia Marques), revista nº 4587/02, de 18/10/07 (Alberto Sobrinho), Pº 2467/07, de 13/12/07 (J. Bernardo), Pº 3944/07,

de 29/1/08 (Silva Salazar), Pº 4592/07, de 29/4/08 (Mário Mendes), de 12/1/2010 (João Camilo), Pº 2212/06.4TBMAI.P1.S1 e de 13/10/11 (O. Vasconcelos), Revista nº 1127/07.3TCSNT. C1.S1– resenha jurisprudencial fornecida pelo Gabinete de Assessoria Jurídica do STJ – e de 19/4/2012, antes citado.

[7] Pedro R. Martinez, ob. cit, p.153 a 156. Cfr., ainda, ac. do STJ de 24/4/2012 (Gabriel Catarino), Pº 904/06.rBSSB.L1.S1.

[8] E a presente acção só foi intentada em 20/4/2010.

[9] “Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios” – art. 2º, nº 1 da Lei 24/96, de 31 de Julho, a partir de agora designada por LDC (Lei de defesa do consumidor). Entendendo-se por “bem de consumo” qualquer imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão – art. 1º– B do DL 67/03, de 8 de Abril (Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas), alterado e republicado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio.

[10] A protecção do consumidor, imperativo constitucional desde 1976, encontra guarida no art. 60º da CRP.

[11] Menezes Leitão, Direito das Obrigações, vol. III, p. 149 e 150.

[12] Pelo DL 67/2003 foram eliminados os prazos de denúncia e de propositura de acção que estavam previstos nos nºs 2 e 3 da Lei 24/96, fazendo-os incluir no seu art. 5, mantendo a mesma duração no que toca ao prazo de seis meses para a propositura da acção.

[13] Calvão da Silva, Venda de Bens de Consumo, p. 122 e 123.

[14] Tal Directiva, no seu considerando (1), e fazendo apelo aos nºs 1 e 3 do art. 153º do Tratado,

prescreve que a Comunidade deve contribuir para a realização de um nível elevado de defesa dos consumidores.

[15] Ac. do STJ de 12/1/2010 (João Camilo), Pº 2212/06.4TBMAI.P1.S1, *in* www.dgsi.pt, aderindo a jurisprudência nesse sentido do Tribunal de Justiça das Comunidades. Referindo que tal posição é a que resulta do princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno, tal como é defendido por Alessandra da Silveira, *in* Princípios de Direito da União Europeia, p. 115 e ss. Citando, também, nesse sentido, Vital Moreira e Gomes Canotilho, Constituição da República Portuguesa, Anotada, 1º vol., p. 263/264.

[16] Este prazo material relativo à manifestação da falta de conformidade não é um prazo de caducidade, embora se admita a hipótese, de acordo com as legislações nacionais, esse prazo funcionar igualmente como prazo de caducidade para o exercício dos respectivos direitos (art. 5º, nº 1), podendo, ainda, tais legislações estabelecer obrigatoriamente um prazo para a denúncia da falta de conformidade a partir do momento em que ela é detectada. Afastando-se a Directiva, em termos de prazos, quer do regime do CC, quer do da LDC – Menezes Leitão, ob. cit., p. 176/177.

[17] Tal prazo, recordemos, acrescia ao da denúncia do defeito detectado (cfr. art. 5º do DL 67/2003).

[18] O nosso legislador exorbitou da mera transcrição da Directiva quanto à protecção dos consumidores, já que a mesma apenas prescreve quanto às coisas móveis (art. 1º, nº 2, al. b), ao invés do DL 67/2003 que também engloba os imóveis como objecto do protegido consumo.

[19] Cfr. art. 205º.

[20] Sendo certo que se aplicada fosse também por ela caducado estava o direito do autor a intentar a presente acção.

[21] No que respeita aos negócios jurídicos a valoração da sua validade e eficácia deve fazer-se à luz da lei vigente no tempo em que foram praticados – Oliveira Ascensão, Direito Introdução e Teoria Geral, p. 405.

[22] Aníbal de Castro, a Caducidade, p. 25, Pereira Coelho, RLJ Ano 118º, p. 50, nota (2) e Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, p. 606.

[23] Tal preceito, tratando-se de um imóvel, fixa agora o prazo de três anos a contar da denúncia da desconformidade que deve ser efectuada no prazo de um ano a contar da data em que tenha sido detectada.

[24] Pretendendo tal diploma, como resulta da respectiva exposição dos motivos, em relação ao anterior DL 67/2003, decorridos que foram cinco anos da sua vigência, ajustar o regime à realidade do mercado e colmatar as deficiências que a aplicação daquele diploma revelou.

[25] Ac. do STJ de 11/10/2011 (Gabriel Catarino), Po 409/08. 1TBVIS.C1.S1, in www.dgsi.pt, que trata, com aplauso nosso, desenvolvidamente o tema ora em apreço e cuja doutrina, por isso, aqui se acolheu.

[26] Calvão da Silva, Venda de Coisas Defeituosas, p. 172

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7615/06.1TBVNG.P1.S1

1.^a SECÇÃO
GARCIA CALEJO
SEGURO DE GRUPO
FORMAÇÃO DO NEGÓCIO
TOMADOR DO SEGURO
OBRIGAÇÃO DE INFORMAÇÃO
CONTRATO DE ADESAO
CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS
LEI ESPECIAL
REGIME APLICÁVEL

29-05-2012

Votação:

DIREITO CIVIL – DIREITO DAS
OBRIGAÇÕES
DIREITO DOS SEGUROS –
CONTRATO DE SEGURO
DIREITO DO CONSUMO –
CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS
Legislação Nacional: CÓDIGO CIVIL
(CC): – ARTIGO 428º

D.L. Nº 176/95, DE 26-07: – ARTIGOS
1º ALÍNEAS G) E H), 4º, NºS 1 E 2
DL Nº 446/85, DE 25-10 (CLÁUSULAS
CONTRATUAIS GERAIS): – ARTIGOS
1º, 5º

Jurisprudência Nacional: ACÓRDÃOS
DO SUPREMO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA:

-DE 22-1-2009, EM [WWW.DGSI.PT/
JSTJ.NSF](http://WWW.DGSI.PT/JSTJ.NSF);

-DE 11-3-2010, EM [WWW.DGSI.PT/
JSTJ.NSF](http://WWW.DGSI.PT/JSTJ.NSF);

-DE 17-6-2010, EM [WWW.DGSI.PT/
JSTJ.NSF](http://WWW.DGSI.PT/JSTJ.NSF);

-DE 12-10-2010, [WWW.DGSI.PT/JSTJ.
NSF](http://WWW.DGSI.PT/JSTJ.NSF).

Sumário:

I – A formação de um contrato de seguro de grupo estabelece-se em dois momentos distintos: num primeiro, o contrato é celebrado entre a seguradora e o tomador do seguro, estando prevista a possibilidade de virem a existir pessoas seguras, que serão aquelas que vierem a aderir e que terão o seguro com as coberturas e nos termos que

foram contratados; num segundo momento, o tomador de seguro promove a adesão ao contrato junto dos membros do grupo, começando o contrato a produzir efeitos, como seguro, no momento da primeira adesão, ou num momento posterior se tal for acordado pelas partes.

II – De acordo com o art. 4º, nºs 1 e 2, do DL nº 176/95, de 26-07, compete ao tomador do seguro (e não à seguradora) a obrigação de informação das cláusulas contratuais constantes do seguro e o ónus da prova do cumprimento desse dever.

III – Embora as “Condições Gerais” e as “Condições Particulares” do contrato de seguro de grupo sejam cláusulas contratuais gerais – cf. art. 1º do DL nº 446/85, de 25-10 –, resultando do art. 5º desse diploma a obrigação da sua comunicação em determinados termos, estas normas, de carácter geral, devem ter-se afastadas pela norma especial constante do art. 4º nº 1 do DL nº 176/95, que tem aplicação expressa aos contratos relativos a seguros de grupo.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I – Relatório:

1-1 – AA, representado por sua mãe, BB, propôs a presente acção com processo ordinário contra ... – **Companhia de Seguros SA**, *pedindo* que esta seja condenada a pagar ao Banco ... Imobiliário SA, a quantia de 84.644,89 €, a ele, A., a quantia de 14.000 € respeitante às prestações pagas ao Banco ... Imobiliário SA até à data da propositura da acção acrescida de juros de mora vencidos e vincendos até integral pagamento e ainda o montante que vai continuar despende no pagamento das prestações vincendas ao Banco

... SA, até sentença proferida com trânsito em julgado.

Alegou, em síntese que é o único e universal herdeiro do seu pai CC, sendo que o seu pai celebrou dois contratos de mútuo para aquisição de uma habitação com o Banco ... Imobiliário SA. No âmbito desse contrato celebrou com a R. um “seguro de vida” nos termos do qual o beneficiário é o Banco ... Imobiliário SA no caso da sua morte. O seu pai faleceu em Novembro de 2003 mas a R. recusa-se a pagar o capital em dívida ao Banco. Aquando do celebração do contrato de seguro a R. não deu a conhecer ao pai do A. as condições gerais ou as especiais que regem o mesmo, desrespeitando assim os deveres de transparência e informação a que a R. se encontra obrigada por força do art. 171º do DL 102/94 de 20/4 e do art. 2º do DL 176/95 de 26/7.

A R. contestou, alegando em resumo, que não pagou o montante do crédito concedido e ainda em dívida à data da morte do pai do A. porque os herdeiros, apesar de para tal solicitados, nunca lhe enviaram a documentação necessária para o efeito – certificado de óbito da pessoa segura, comprovativo da qualidade de beneficiário e atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que lhe causou a morte – face ao disposto no art. 23º das condições gerais da apólice. A não entrega de tais documentos constitui condição resolutiva da regularização do sinistro. Pode haver uma causa de nulidade do contrato de seguro uma vez que o falecido, na data de outorga do contrato, declarou que não sofria de qualquer doença. Só o empréstimo relativo à quantia de 12.500.000\$00 está abrangido pelo contrato de seguro, uma vez que só esse empréstimo se destinou à aquisição de habitação. Desde o

início que o pai do A. foi informado do teor do contrato de seguro.

Na réplica o A. alegou que entregou à R. todos os documentos que tinha na sua posse e que esta nunca lhe comunicou a intenção de resolver o contrato de seguro.

O processo seguiu os seus regulares termos posteriores, tendo-se proferido o despacho saneador, após o que se fixaram os factos assentes e se organizou a base instrutória, se realizou a audiência de discussão e julgamento, se respondeu à dita base instrutória e se proferiu a sentença.

Nesta julgou-se a acção improcedente por não provada.

1-2 – Não se conformando com esta decisão, dela recorreu o A. de apelação para o Tribunal da Relação do Porto tendo-se aí, por acórdão de 21-11-2011, julgado improcedente o recurso, confirmando-se a sentença recorrida.

1-3 – Irresignado com este acórdão, dele recorreu o A. para este Supremo Tribunal, recurso que foi admitido como revista e com efeito devolutivo.

O recorrente alegou, tendo das suas alegações retirado as seguintes conclusões:

I – Vai o presente recurso do, aliás douto, Acórdão do Venerando Tribunal da Relação do Porto, que decidiu julgar improcedente o recurso de apelação interposto pela Recorrente da sentença proferida a 16/9/2010, pela 2ª Vara Mista de Vila Nova de Gaia.

II – No presente processo o contrato de seguro celebrado em virtude do crédito à habitação, é um contrato de adesão, integrado por cláusulas contratuais gerais, sujeitas ao regime do Dec-Lei nº 446/85, de 25/X, sendo certo que, por esse facto, devem considerar-se excluídas as cláusulas contratuais gerais

contidas no contrato, limitativas dos direitos da Recorrente, quando não tenha sido cumprido o dever de informação resultante, quer do regime do contrato de seguro, quer do regime instituído pelo Dec-Lei nº 446/85, como foi o caso.

III – Isto é, estamos perante um seguro de grupo contributivo, tendo o falecido pai do Recorrente aderido ao mesmo, com recurso a cláusulas padronizadas, previamente elaboradas pela seguradora, que o falecido pai do Recorrente se limitou a aceitar, sendo aplicável aos autos o regime jurídico instituído pelo Dec-Lei 446/85, de 25/10, com as alterações introduzidas pelo Dec-Lei 220/95, de 31 /08 e Dec-Lei 249/99 de 07/07, uma vez que é o segurado – e não a entidade bancária – que contribui com o pagamento do prémio do contrato, regendo-se, em primeiro lugar, pelas condições (gerais, especiais e particulares) da respectiva apólice e na sua falta ou insuficiência, pela lei comercial – art. 427º do Cód. Comercial – e pela lei civil, relevando, ainda, o disposto no Dec-Lei 176/95 de 26 de Julho, com as alterações e aditamento introduzidos pelo Dec-Lei 60/2004 de 22 de Março [Não é aplicável aos autos o novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro (RJCS) introduzido pelo Dec-Lei 72/2008 de 16 de Abril que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2009. Assinala-se, no entanto, que não se encontram diferenças significativas no conceito de seguro de grupo, como resulta do confronto do art. 76º do novo diploma com o art. 1º, alínea g) do Dec-Lei 176/95].

IV – E, não sendo o contrato em discussão nos presentes autos, um seguro facultativo, constitui um contrato de adesão, sujeito, genericamente, ao regime da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, ou seja, aqueles

cujas cláusulas são elaboradas sem prévia negociação individual e que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a subscrever ou aceitar.

V – Nos contratos de adesão, onde vigoram as cláusulas contratuais gerais, uma das partes tem uma posição social ou económica mais relevante, que lhe serve de justificação para impor a situação à outra parte; Nas cláusulas contratuais gerais é manifesta a impossibilidade fáctica de uma das partes exercer a sua liberdade de estipulação, que fica assim apenas na mão da outra parte.

VI – No que respeita ao risco de desconhecimento das cláusulas pelo aderente -, que e o que importa in casu, a fim de o combater impõe o artigo 5º do citado DL 446/85 o dever de comunicação prévia, e na íntegra, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda fazer inserir no contrato (nº 1).

VII – Esta comunicação deve ser feita de modo adequado e com a devida antecedência, procurando o legislador, deste modo, possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento diligente (nº 2).

VIII – Para além da exigência de comunicação adequada e efectiva, surge ainda a exigência de informar a outra parte, de acordo com as circunstâncias, de todos os aspectos compreendidos nas cláusulas contratuais gerais cuja aclaração se justifique (artigo 6º, nº 1) e de prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados (artigo 6º, nº 2).

IX – Aqui chegados, ao indubitável dever de informação, recorde-se que o artigo 4º da douda Base Instrutória, que continha a

seguinte materialidade “Desde o início que o falecido foi informado do teor do contrato de seguro de vida celebrado com a Ré”, mereceu a resposta de “Não Provado”.

X – A ausência de regulamentação específica (o facto de não haver qualquer referência alusiva ao dever de comunicação e de informação), remete-nos para as estipulações da lei e, de harmonia com a jurisprudência e doutrina citadas entre a demais abundante no mesmo sentido, a obrigação de informar/comunicar os segurados sobre as cláusulas constantes da Condições Gerias e da Condições Particulares do seguro de grupo em questão, incumbia à Recorrida/ Seguradora – tal como estatui o nº 3 do supra citado art. 5 do DL 446/85, “o ónus de prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”.

XI – Ónus de prova esse que, aliás, é uma decorrência do regime geral consagrado no art. 342, nº 1, do CC.

XII – Ora, retomando a perspectiva a que acima nos referimos, quanto à relação tripartida que caracteriza o contrato de seguro de grupo, temos que o preceito aludido tem a virtualidade de definir a carga de quem – entre o tomador de seguro e a seguradora – fica o dever de informação sobre as coberturas abrangidas, no que ao caso interessa.

XIII – Sendo que, no caso em apreço, não se apurou que a cláusula em causa cláusula 5º das Condições Particulares da apólice -, tenha sido comunicada ao falecido pai do Recorrente, existindo, por isso, manifesta violação do disposto nos arts. 5º e 6º do Decreto Lei que regula as cláusulas contratuais gerais, sendo certo ainda que tal dever de informação incumbia, indubitavelmente à Recorrida/ Seguradora, e que não o fez, colocando, assim,

o falecido pai do Recorrente numa posição que o impossibilitou um efectivo conhecimento do contrato – cujas condições não negociou e que lhe foram apenas apresentadas, não tendo, como mero aderente, o poder de conformar de forma diferente o conteúdo contratual, temos que, a dita violação de tal dever de informação, determina a exclusão das respectivas cláusulas do contrato, nos termos do art. 8º alíneas a) e b), vigorando na parte afectada as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos, nos termos do art. 9º, nº 1.

XIV – Isto é, in casu, não se tendo provado que o conteúdo da cláusula aludida foi comunicado ao segurado, tem de concluir-se pela exclusão da cláusula respectiva e, consequentemente, pela inoponibilidade da mesma ao segurado.

XV – Por outro lado, e no que concerne à alegada e apreciada excepção de não cumprimento, é jurisprudencial e doutrinariamente pacífico que só é possível a aplicação deste instituto aos casos em que a prestação em falta (dentro do feixe dos direitos e deveres contratuais em concreto) se mostre e emerja como essencial e já não como acessória.

XVI – Todavia, tal excepção prevista no artigo. 428º do C.C. é aplicável a todos os contratos bilaterais, independentemente da estrutura particular assumida pelo sinalagma em algumas categorias desses contratos, só que, apenas pode ser invocada entre obrigações não abrangidas pela relação sinalagmática, sendo que, a falta de apresentação de parte da documentação mencionada em cláusula especial (não dada a conhecer nem explicada ao falecido pai do Autor, recorde-se), não legitima a recusa da seguradora em pagar o capital seguro, (tal qual não se mostrava

legítima a recusa do segurado em pagar o prémio por falta de pagamento de qualquer indemnização por parte da seguradora).

XVII – De facto, salvo o devido respeito, parece-nos que não pode a falta de cumprimento de uma servir de fundamento para a recusa no cumprimento da outra. Não se mostra como elo de ligação e interdependência entre as duas prestações.

XVIII – Por tudo o exposto se conclui que, ao decidir como decidiu, violou o Venerando Tribunal da Relação do Porto o disposto nos arts. 1º, 5º, 6º e 8º do DL nº 446/85, de 25/10 (diploma a que pertencerão os demais preceitos legais a citar nesta questão sem outra indicação de origem), na redacção introduzida pelos DL nº 220/95, de 31/01, e na 249/99, de 7/7, arts. 1º e 9º do D.L. 222/2009, de 11/09 e 342º, 227º, 762º, e 428º do Código Civil.

Nestes termos, e nos melhores de direito que V^{as} Exas. melhor suprirão, deve ser dado provimento ao presente recurso e, por via disso, ser revogada a douda decisão recorrida, substituindo-a por outra que contemple as conclusões supra aduzidas, tudo com as legais consequências.

A recorrida contra-alegou^[1], pronunciando-se pela confirmação do acórdão recorrido.

Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir:

II – Fundamentação:

2-1 – Uma vez que o âmbito objectivo dos recursos é balizado pelas conclusões apresentadas pelo recorrente, apreciaremos apenas as questões que ali foram enunciadas (arts. 690º nº 1 e 684º nº 3 do C.P.Civil).

Nesta conformidade, serão as seguintes as questões a apreciar e decidir:

– Se deve ter aplicação ao presente caso o regime jurídico do Dec-Lei 446/85, de 25/10 (cláusulas contratuais gerais).

– Se o dever de informação incumbia à recorrida/Seguradora.

– Se não ocorre a excepção de não cumprimento por parte da R. Seguradora.

2-2 – Vem fixada das instâncias a seguinte matéria de facto:

1 – No dia 30 de Novembro de 2003, faleceu CC.

2 – CC é o pai do A. AA.

3 – CC, adquiriu por escritura celebrada no dia 25 de Maio de 1999 no, então, 2º Cartório Notarial do Porto, a fracção autónoma designada pela letra “AD”, 2º andar esquerdo, bloco 5, do prédio sito à ..., Vila Nova de Gaia, destinada a habitação, descrito na competente Conservatória do Registo Predial sob o número zero mil trezentos e vinte e oito, pelo preço de Esc. 12.500.000\$00/€ 62.349,74, conforme resulta da escritura pública de compra e venda junta a fls. 22 e ss.

4 – Tal habitação foi adquirida com recurso a empréstimo bancário com hipoteca registada a favor do Banco ... Imobiliário S.A., conforme resulta do documento de fls. 30 e ss.

5 – No âmbito da aquisição referida em 3), CC contraiu dois empréstimos, ambos no Banco ... Imobiliário, um no valor de Esc. 12.500.000\$00/€ 62.349,74 e outro no valor de Esc. 7.200.000\$00/€ 35.913,45.

6 – No âmbito daquela aquisição o CC celebrou um contrato de seguro com a R. titulado pela apólice 2-1-04-190353/02 – certificado nº 205489, do ramo vida, com cobertura sobre a morte ou invalidez absoluta e permanente daquele CC, com o capital global de Esc. 19.700.000\$00 e tomador o “Banco ... Imobiliário, S.A”, com início em 25-05-99,

tudo conforme consta do documento de fls. 55 aqui reproduzido.

Tal contrato está submetido às condições particulares de fls. 124 e ss. e gerais de fls. 127 e ss.

7 – O prémio correspondente a tal apólice foi pontualmente pago até à morte do CC.

8 – A morte do CC foi comunicada à R. e à administração do Banco ... Imobiliário S.A. através de carta de 18 de Dezembro de 2003.

9 – Em resposta a R. escreveu, em 2 de Janeiro de 2004 aos herdeiros do CC, a carta na qual solicita o envio dos seguintes documentos:

– certificado de óbito, donde constem as causas da morte;

– relatório do médico assistente donde conste a data do início e a evolução da patologia que levou ao falecimento.

ou

– auto de ocorrência ou relatório de autópsia com indicação da taxa de alcoolemia (se acidente de viação);

– cópia da habilitação de herdeiros da pessoa segura, bem como fotocópias dos BI e dos CC dos respectivos herdeiros.

10 – Em resposta apenas foi enviada à R. o assento de óbito.

11 – As quantias referidas em E) destinaram-se, ambas, à aquisição da fracção referida em 3).

12 – O montante em dívida relativamente aos empréstimos referidos em E) era, em 14-09-2006, de euros 54.531,96 e euros 31.462,12 respectivamente e, em 5-09-2009, era de euros 50.865,54 e 29.444,15.

13 – Os representantes do A. não enviaram os documentos solicitados referidos em 9), para além do assento de óbito, em virtude de não os terem na sua posse. -----

2-3 – No douto acórdão recorrido, de essencial, considerou-se que a adesão de CC, pai do A., ao seguro de grupo em questão, ocorreu em 25/05/1999, pelo que ao presente litígio será aplicável o DL 176/95 de 26 de Julho (alterado pelos DL 60/2004 de 22/3 e 357-A/2007 de 31/10)^[2]. Trata-se de um seguro de grupo contributivo, sendo que resulta do contrato que as «Condições Gerais» e as «Condições Particulares» estavam já elaboradas quando CC aderiu ao seguro, não podendo influenciar o seu conteúdo, pelo que se estava perante cláusulas contratuais gerais (art. 1º do DL 446/85 de 25/10). Nos termos do art. 5º deste diploma, as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las, sendo que a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência e sendo que o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante determinado que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais. De acordo com o art. 8º al. a) do mesmo diploma legal consideram-se excluídas dos contratos singulares as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do art. 5º. Acrescentou-se que, no caso concreto, não está provado que as cláusulas constantes das Condições Gerais e das Condições Particulares deste contrato de seguro de grupo não tenham sido comunicadas ao aderente CC mas também não está provado que tenham sido comunicadas. Também não resulta do aludido contrato de seguro que a obrigação de informar os segurados tenha sido assumida pela seguradora. Porém, o tomador, Banco ...

Imobiliário SA não foi demandado nestes autos pelo que obviamente não pôde fazer prova do eventual cumprimento daquela obrigação. Ora, existindo norma especial sobre o dever de informação nos contratos de seguro de grupo e sobre o respectivo ónus da prova é a ela que haverá a atender para se poder, ou não, opor à seguradora a sua violação. No caso, caberia, nos termos do art. 4º nº 1 do dito Dec-Lei 176/95, ao tomador a informação sobre as coberturas e exclusões contratadas, não podendo, assim, ser imputada à seguradora – nem ser-lhe oposta – a violação do dever de comunicação. Por isso, se concluiu não se ver como responsabilizar a seguradora por um acto ilícito cometido pelo tomador do seguro. Acrescentou-se que a haver violação desse dever de informar, pode o A. pedir responsabilidades a quem o não cumpriu, demandando-o. No sentido indicado referenciou vários acórdãos deste STJ. Em consequência, a Seguradora pode opor ao recorrente a falta de cumprimento, por parte deste, da obrigação prevista no art. 23º das Condições Gerais do contrato de seguro de entregar atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que causou o falecimento.

A estes fundamentos contrapõe o recorrente que o presente processo o contrato de seguro, celebrado em virtude do crédito à habitação, é um contrato de adesão, integrado por cláusulas contratuais gerais, sujeitas ao regime do Dec-Lei nº 446/85, de 25/X, sendo certo que, por esse facto, devem considerar-se excluídas as cláusulas contratuais gerais contidas no contrato, limitativas dos direitos do recorrente, quando não tenha sido cumprido o dever de informação resultante, quer do regime do contrato de seguro, quer do regime instituído pelo Dec-Lei nº 446/85, como foi o caso. Estamos perante um seguro

de grupo contributivo, tendo o falecido pai do recorrente aderido ao mesmo, com recurso a cláusulas padronizadas, previamente elaboradas pela seguradora, que o falecido se limitou a aceitar, sendo, assim, aplicável aos autos o regime jurídico instituído pelo Dec-Lei 446/85, de 25/10, com as alterações introduzidas pelo Dec-Lei 220/95, de 31 /08 e Dec-Lei 249/99 de 07/07. É o segurado – e não a entidade bancária – que contribui com o pagamento do prémio do contrato, regendo-se, em primeiro lugar, pelas condições (gerais, especiais e particulares) da respectiva apólice e na sua falta ou insuficiência, pela lei comercial – art. 427º do Cód. Comercial – e pela lei civil, relevando, ainda, o disposto no Dec-Lei 176/95 de 26 de Julho, com as alterações e aditamento introduzidos pelo Dec-Lei 60/2004 de 22 de Março. Não sendo o contrato em discussão nos presentes autos, um seguro facultativo, constitui um contrato de adesão, sujeito, genericamente, ao regime da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, ou seja, aqueles cujas cláusulas são elaboradas sem prévia negociação individual e que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a subscrever ou aceitar. Nestes contratos e no que respeita ao risco de desconhecimento das cláusulas pelo aderente, impõe o artigo 5º do citado DL 446/85 o dever de comunicação prévia e na íntegra, ao aderente, das cláusulas contratuais gerais que a empresa pretenda fazer inserir no contrato (nº 1), sendo que esta comunicação deve ser feita de modo adequado e com a devida antecedência, procurando o legislador, deste modo, possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência das condições gerais que irão integrar o contrato, bem como o conhecimento do seu conteúdo, exigindo-lhe, para esse efeito, também a ele, um comportamento diligente (nº 2). Para

além da exigência de comunicação adequada e efectiva, surge ainda a exigência de informar a outra parte, de acordo com as circunstâncias, de todos os aspectos compreendidos nas cláusulas contratuais gerais cuja aclaração se justifique (artigo 6º, nº 1) e de prestar todos os esclarecimentos razoáveis solicitados (artigo 6º nº 2). O artigo 4º da dita Base Instrutória, que continha a seguinte materialidade “Desde o início que o falecido foi informado do teor do contrato de seguro de vida celebrado com a Ré”, mereceu a resposta de “Não Provado”, pelo que a ausência de regulamentação específica (o facto de não haver qualquer referência alusiva ao dever de comunicação e de informação), remete-nos para as estipulações da lei e, assim, incumbia à Seguradora – tal como estatui o nº 3 do supra citado art. 5 do DL 446/85, “o ónus de prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”, sendo que, no caso em apreço, ela, Seguradora, o não fez, colocando, assim, o falecido pai do recorrente numa posição que o impossibilitou um efectivo conhecimento do contrato, pelo que se terá de concluir-se pela exclusão dessa cláusula respectiva e, consequentemente, pela inoponibilidade da mesma ao segurado.

Vejamos:

Demonstrou-se que no âmbito da aquisição da indicada habitação, o dito CC celebrou o contrato de seguro com a R. titulado pela apólice 2-1-04-190353/02 – certificado nº 205489, do ramo vida, com cobertura sobre a morte ou invalidez absoluta e permanente daquele CC, com o capital global de Esc. 19.700.000\$00, sendo tomador o “Banco ... Imobiliário, S.A”, contrato que está submetido às condições particulares de fls. 124 e ss. e gerais de fls. 127 e ss (facto nº 6 acima referido).

O tomador de seguro foi o “Banco ... Imobiliário, S.A”, estando em causa um Seguro de Vida de para Crédito à Habitação.

Como resulta dos termos das condições de seguro, o beneficiário das garantias conferidas pela apólice é do tomador do seguro pelo valor em dívida, sendo este, igualmente, o responsável pelo pagamento do prémio, pese embora o prémio seja totalmente contributivo (vide art. 7º nº 1 da apólice)^[3].

Trata-se de um seguro de grupo, cuja formação se estabelece em dois momentos distintos. Num primeiro momento, como se refere no acórdão deste STJ de 11-3-2010 (www.dgsi.pt/jstj.nsf), “*o contrato de seguro é celebrado entre a seguradora e o tomador do seguro que estabelecem, entre si, as condições de inclusão no grupo, as relações entre seguradora e tomador de seguro, com específicos direitos e obrigações recíprocos, as condições dos seguros para os aderentes, incluindo as condições gerais e especiais do seguro, que contêm as coberturas e os direitos e obrigações recíprocas da seguradora e do membro do grupo aderente*”. No contrato é, desde logo, prevista a possibilidade de virem a existir pessoas seguras, que serão aquelas que vierem a aderir e que terão o seguro com as coberturas e nos termos que foi contratado entre seguradora e o tomador. Já no segundo momento “*o tomador de seguro promove a adesão ao contrato junto dos membros do grupo. Estes dois momentos são complementares e indissociáveis. Enquanto não se der a primeira adesão, o contrato celebrado entre seguradora e tomador de seguro não produz efeitos enquanto seguro*” (vide mesmo acórdão). O contrato só começará a produzir efeitos como seguro no momento da primeira adesão, ou num momento posterior se tal for acordado pelas partes.

Como refere o Dec-Lei 176/95 de 26/7 (regime jurídico do contrato de seguro aplicável ao caso, dado o momento em que os factos em causa tiveram lugar)^[4], no seu art. 1º al. g), “*seguro de grupo (é) o seguro de um conjunto de pessoas ligadas entre si e ao tomador do seguro por um vínculo ou interesse comum*”. No caso, o mutuário do crédito à habitação concedido pelo Banco tomador (o falecido CC), cobrindo os riscos decorrentes da morte ou de certas incapacidades deste e em que é beneficiário o tomador. Assim, verificando-se o risco coberto pelo contrato, a Seguradora pagará ao tomador o capital seguro.

Afirma-se no acórdão deste STJ de 17-6-2010 (www.dgsi.pt/jstj.nsf), “*sendo o Banco o Beneficiário é ele o responsável pelo pagamento do prémio à Seguradora, prémio que cobrará ao Segurado nos termos com ele convencionados, bem como o titular do direito ao recebimento do capital seguro em caso de verificação de sinistro coberto pela garantia do seguro*”. Nesta conformidade o segurado é, tão só, o objecto do risco, não assumindo a titularidade dos direitos do contrato. O titular dos direitos do contrato é o tomador. Daí que o pedido do A., de forma adequada, tenha sido formulado no sentido da condenação da R. a liquidar ao Banco tomador o capital em dívida no contrato de mútuo.

No contexto de um seguro de grupo, poderá ser celebrado um seguro de grupo contributivo que o art. 1º al. h) daquele Dec-Lei 176/95 define como o seguro “*em que os segurados contribuem no todo ou em parte para o pagamento do prémio*”, situação que ocorre no caso vertente pois, como se assinala no douto acórdão recorrido “*do «Certificado Individual» de fls. 55*” resulta “*que o segurado CC ficou obrigado a pagar prémios durante 30 anos*”.

Em relação a este tipo de contratos, estabelece o art. 4º nº 1 do referido Dec-Lei 176/95 que *“nos seguros de grupo, o tomador do seguro deve obrigatoriamente informar os segurados sobre as coberturas e exclusões contratadas, as obrigações e direitos em caso de sinistro e as alterações posteriores que ocorram neste âmbito, em conformidade com um espécimen elaborado pela seguradora”*, acrescentando o nº 2 da disposição que *“o ónus da prova de ter fornecido as informações referidas no número anterior compete ao tomador do seguro”*. Por sua vez o nº 4 do mesmo artigo afirma que *“o contrato poderá prever que a obrigação de informar os segurados referidos no nº 1 seja assumida pela seguradora”*.

Como da facticidade assente isto não consta (nem sequer foi isso alegado pelas partes), tem que se considerar como excluído que a Seguradora tenha, no caso vertente, assumido a obrigação de informação a que alude esta disposição.

Temos pois que, face àquele nº 1 do art. 4º, competia ao tomador do seguro (o Banco ...) a obrigação de informação de que fala a disposição, competindo-lhe o ónus da prova do cumprimento desse dever (nº 2 da mesma disposição). Isto é, no caso, a quem competia a obrigação de informação das cláusulas contratuais ao segurado^[5] (o CC) era ao Banco ..., como tomador do seguro. Neste sentido e em idêntico caso referiu-se no acórdão deste STJ de 12-10-2010 (também em www.dgsi.pt/jstj.nsf) que *“tratando-se de seguro de grupo, o ónus de informação sobre o conteúdo e alcance das cláusulas contratuais gerais recai sobre o tomador, que não sobre a seguradora”*.

Quer isto dizer que a argumentação do recorrente no sentido de fazer impender a obrigação de informação à R., Seguradora, é inconcludente. A ter existido qualquer

omissão no âmbito da informação sobre as coberturas e exclusões contratadas e sobre as obrigações e direitos em caso de sinistro^[6], a falta será do tomador, o Banco ..., e já não da Seguradora, a R.. Ora, como o Banco ... não foi demandado na presente acção e porque à R. Seguradora não será possível imputar a omissão pelo cumprimento do dever de informação, não poderá o A. sustentar, perante a R., a invalidade das cláusulas contratuais em questão por não comunicadas e informadas. Como se diz adequadamente no acórdão deste STJ de 22-1-2009 (igualmente em www.dgsi.pt/jstj.nsf) *“Se há violação desse dever de informar, pode a A. pedir responsabilidades a quem o não cumpriu, demandando-o, com a observância do princípio do contraditório, mas não à R. sobre a qual não impedia esse dever”*. No mesmo sentido, em jeito de conclusão, refere-se no já referenciado acórdão de 17-6-2010 que *“assim sendo, não se vê como responsabilizar a Seguradora, fazendo-a responder por um facto ilícito cometido pela outra Parte, ao qual foi e, tanto quanto se conhece, se manteve alheia”*.

É certo que, como se refere no douto acórdão recorrido, porque resulta do contrato que as «Condições Gerais» e as «Condições Particulares» estavam já elaboradas quando CC aderiu ao seguro, não podendo este influenciar o seu conteúdo, estamos perante cláusulas contratuais gerais (art. 1º do DL 446/85 de 25/10). E nos termos do art. 5º nº 1 deste diploma, *“as cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las, sendo que “a comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo*

por quem use de comum diligência” (nº 2) e que “o ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante determinado que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais” (nº 3).

Porém, estas normas, de carácter geral, devem ter-se como afastadas por aquela norma especial (art. 4º nº 1 do Dec-Lei 176/95), norma que, como se viu, tem aplicação (expressa) aos contratos relativos a seguros de grupo. Neste sentido refere-se no acórdão do STJ de 12-10-2010 já referenciado que “... existindo lei especial para os contratos de seguro não há que lançar mão do regime geral do citado Decreto-Lei nº 446/85, designadamente do nº 3 do seu artigo 1º, por não ser caso omissio”.

Em síntese: O recorrente não pode colocar, perante a R. Seguradora, a questão da invalidade das cláusulas em questão (5ª e 23ª das condições especiais e gerais da apólice)^[7]. Assim, a Seguradora poderá opor ao A., recorrente, a falta de cumprimento da obrigação prevista no art. 23º das Condições Gerais do contrato de seguro, designadamente a omissão de entrega do atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que causou o falecimento^[8].

Como consta dos factos provados, o A. pediu à R. Seguradora o pagamento do capital em dívida, em razão da morte do referido CC, tendo aquela, em resposta, solicitado aos herdeiros do falecido, o envio dos documentos acima indicados. Apenas, de volta, foi enviada à R. o assento de óbito, não sendo remetidos os outros documentos solicitados por, como se demonstrou, os representantes do falecido não os terem na sua posse.

Já se viu que perante as ditas cláusulas (não consideradas inválidas), o A., como herdeiro do falecido, tinha a obrigação de enviar os elementos documentais solicitados, à

Seguradora (alegadamente para «regularização do sinistro»). Porém, não o fez.

Em relação a esta omissão de remessa (por os representantes do falecido os não terem os documentos na sua posse), referiu-se na sentença de 1ª instância que “*para afastar a necessidade do cumprimento da obrigação de apresentação do documento em causa, não basta ao A. alegar e demonstrar que o não possui sendo-lhe exigível, também, que alegasse e demonstrasse que o não logrou obter apesar de ter desenvolvido todos os esforços nesse sentido. De facto, é o A. (através dos seus representantes legais) na qualidade de herdeiro do falecido que, em primeira linha, está em condições de obter tais documentos. É certo que pode dar-se o caso de que tal ou tais documentos serem de obtenção difícil ou impossível sendo que, no entanto e nesse circunstancialismo, era ao A. que competiria invocar e demonstrar tais factos*”, o que não fez.

Esta argumentação é absolutamente certa, não se vendo que o recorrente a tenha colocado em dúvida. Na verdade, não basta alegar que a omissão de remessa deriva de não ter esses elementos na sua posse. Se não os detém, é sua obrigação, face à cláusula contratual, procurar consegui-los. A razão só seria válida caso alegasse e provasse ter sido impossível a sua obtenção. Só então se poderia ponderar na hipótese de dispensa do cumprimento do estipulado.

Assim, se conclui, como igualmente se refere na douta sentença de 1ª instância, que “*o A. não deu cumprimento à obrigação de apresentar os documentos prevista no contrato de seguro em causa*”.

Não poderemos deixar de assinalar que a falta de apresentação do documento em questão (atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que causou

o falecimento)^[9] se revela surpreendente e estranha, não se nos afigurando compreensível ter-se optado pela propositura da presente acção, ao invés de se ter diligenciado pela (manifestamente) muito mais fácil, muito menos morosa e custosa consecução e remessa de tal documento à Seguradora. Será que o demandante tinha conhecimento, de antemão, que a causa de morte do progenitor não estava abrangida pela cobertura do seguro? Salvo o devido respeito pela opinião contrária, só desta forma logramos entender a instauração desta acção e a consequente demanda até este Supremo Tribunal. A ser assim, a consideração de uma litigância de má fé impunha-se, diligência que nos abstermos, contudo, de promover por não estarmos perante os necessários elementos que a tal deveria conduzir.

Por fim, sustenta o recorrente que, no que concerne à alegada e apreciada excepção de não cumprimento, é jurisprudencial e doutrinariamente pacífico que só é possível a aplicação deste instituto aos casos em que a prestação em falta (dentro do feixe dos direitos e deveres contratuais em concreto) se mostre e emerja como essencial e já não como acessória. Todavia, tal excepção prevista no artigo. 428º do C.Civil é aplicável a todos os contratos bilaterais, independentemente da estrutura particular assumida pelo sinalagma em algumas categorias desses contratos, só que, apenas pode ser invocada entre obrigações não abrangidas pela relação sinalagmática, sendo que, a falta de apresentação de parte da documentação mencionada em cláusula especial, não legitima a recusa da seguradora em pagar o capital seguro, (tal qual não se mostrava legítima a recusa do segurado em pagar o prémio por falta de pagamento de qualquer

indenização por parte da seguradora). De facto, não pode a falta de cumprimento de uma servir de fundamento para a recusa no cumprimento da outra. Não se mostra como elo de ligação e interdependência entre as duas prestações.

Esta questão já havia sido colocada, em termos idênticos, na Relação.

No acórdão recorrido, respondeu-se à observação, dizendo-se, designadamente que *“a excepção de não cumprimento está prevista no art. 428º do Código Civil”*... sendo que *“mesmo estando o cumprimento das prestações sujeito a prazos diferentes, a exceptio poderá ser invocada pelo contraente cuja prestação deva ser efectuada depois da do outro, apenas não podendo ser oposta pelo contraente que devia cumprir primeiro (cfr Pires e Lima e Antunes Varela, «Código Civil anotado, Vol I, 4ª ed, pág. 405). Não há dúvida que estamos perante um contrato bilateral ou sinalagmático, pois existe um nexo de correspectividade entre a obrigação de pagamento do prémio e a de entrega dos documentos acima mencionados em caso de sinistro por um lado e a obrigação da seguradora de proceder ao pagamento do capital seguro, pois foi expressamente clausulado no art. 5º das Condições Particulares que «A liquidação do capital por morte, garantido pela presente apólice, é efectuada mediante apresentação dos documentos indicados no Art. 23º das Condições Gerais». Conclui-se, como na sentença recorrida, que a seguradora tem a faculdade de recusar o pagamento enquanto o recorrente não cumprir a sua obrigação de entrega do atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que causou o falecimento do segurado CC”*.

Esta posição é certa pelo que se irá confirmar. Evidentemente que não tendo o A. cumprido a obrigação prévia de entrega

dos documentos solicitados, possibilitou e permitiu à R. a recusa do cumprimento da sua obrigação.

Acrescente-se que, a nosso ver, nem seria necessário as instâncias socorrerem-se do instituto da excepção do não cumprimento do contrato, pois a recusa do cumprimento por parte da Seguradora justifica-se, nos termos da apólice, pelo incumprimento da prévia obrigação prevista nos arts. 5º das condições particulares e 23º das condições gerais do contrato de seguro (a omissão de entrega do atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que causou o falecimento).

O recurso improcede, por conseguinte.

III – Decisão:

Por tudo o exposto, nega-se a revista, confirmando-se o douto acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente.

Garcia Calejo (Relator)

Helder Roque

Gorgório Silva Jesus

[1] Nas suas contra-alegações a recorrida, para além de responder às alegações do recorrente, sustenta que o facto nº 5 da sentença deve ser alterado, pretensão a que não acedemos não só porque a impugnação foi feita de modo formalmente incorrecto, mas também porque a modificação querida revelase inútil, dada a solução que será dada à questão.

[2] Sublinhou-se que o regime actual aprovado pelo DL 72/2008 de 16/4 – que revogou, designadamente o art. 4º do DL 176/95 – só entrou em vigor em 01/01/2009, isto é, posteriormente à situação a que se reportam os autos.

[3] Esta disposição está aliás em consonância com o disposto no art. 1º al. b) do Dec-Lei 176/95 de 26/7 que define como tomador do seguro

“a entidade que celebra o contrato de seguro com a seguradora, sendo responsável pelo pagamento do prémio”.

[4] Actualmente este regime foi revogado pelo DL 72/2008 de 16/4, mas este só entrou em vigor em 01/01/2009 (art. 2º deste diploma legal).

[5] “Pessoa no interesse da qual o contrato é celebrado ou pessoa (pessoa segura) cuja vida ou integridade física se segura” – art. 1º al. c) do Dec-Lei 176/95 de 26/7.

[6] Sublinhe-se que contra o que parece defender o recorrente, da resposta negativa ao facto nº 4 da base instrutória, não será possível retirar que a R. não comunicou ao pai do A. o teor do contrato de seguro. É que de um facto não provado, não se pode extrair o circunstancialismo contrário. Um facto não provado redunda em um facto não alegado ou inexistente.

[7] Na cláusula 5ª exarou-se que *“a liquidação do capital por morte, garantido pela presente apólice, é efectuado mediante a apresentação dos documentos indicados no art. 23º das Condições Gerais”*, sendo que no art. 23º se referenciou que *“1– Em caso de sinistro, o tomador do seguro ou o beneficiário deverão entregar na seguradora o certificado individual, a certidão de nascimento, o certificado de óbito da pessoa segura, documento comprovativo da qualidade de beneficiário e atestado médico indicando as causas e evolução da doença ou lesão que causou o falecimento. 2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, a seguradora reserva-se o direito de pedir outros elementos justificativos que considere necessários para a regularização do sinistro”*.

[8] Como se refere na sentença de 1ª instância, o outro documento solicitado (habilitação do A. como herdeiro do falecido CC) foi junto no decurso da acção.

[9] Documento notoriamente essencial e prévio no sentido da concretização das garantias do seguro.

I CURSO DE VERÃO NO LAVAR DOS CESTOS...

O I Curso Luso-Brasileiro de Verão de Direito do Consumo, promovido pelo CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra e Escola Superior de Ciências do Consumo (em processo de formação), no Auditório da Ordem dos Advogados, em Coimbra, de 16 a 21 de Julho de 2012, chegou a seu termo com grande sucesso.

Foi uma atividade exaltante, que reuniu 12 consumeristas brasileiros (dos 16 inscritos), dentre professores universitários, magistrados judiciais, advogados e investigadores, 2 participantes de Angola, 1 de São Tomé e 2 de Portugal.

Foi uma semana muito intensa – com atividades letivas programadas das 09:00 às 19:00, de segunda a sábado – e com um excepcional nível dos preletores e do tratamento dos temas, como o reconheceram unanimemente os qualificados participantes do Curso.

Sexta-feira última reuniram-se em um jantar de confraternização, em que se distribuíram os diplomas de participação, de dedicação e de mérito (estes do **Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo**, criado em Coimbra).

Foram distinguidos com **DIPLOMAS DE MÉRITO** por se terem destacado em atividades de cooperação luso-brasileira,

- *Glauber Bezerra*, curador do Consumidor na Paraíba (Ministério Público Estadual),
- *Luiz Fernando de Queiroz*, advogado, presidente do *Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris*, de Curitiba, editor da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*,
- *Adriana Burger*, defensora Pública no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), professora universitária e diretora-executiva cessante do Procon Estadual/RS, sediado em Porto Alegre.

Em resumo, o curso teve os seguintes preletores e os módulos que lhes corresponderam, para além da sessão inaugural, do repasto de confraternização e da sessão de encerramento:

SESSÃO INAUGURAL

1. *Mário Frota*, presidente da Comissão Organizadora do I Curso de Verão de Direito do Consumo, “*Da Formação e Da Informação para o Consumo Como Imperativo de Cidadania, sessão solene de abertura*”
2. *Amaro Jorge*, presidente, substituto, da Ordem dos Advogados, “*O Papel da Ordem dos Advogados na Formação para o Direito do Consumo de Estagiários e Advogados*”
3. *Barbosa de Melo*, presidente da Câmara Municipal de Coimbra, “*Coimbra, a Sociedade Civil e o Papel da apDC no Cumprimento da Sua carta de Missão*”

4. *Almeida Henriques*, secretário de Estado Adjunto da Economia e Desenvolvimento Regional, *“Por um Incremento da Política de Consumidores em Portugal”*

ORAÇÕES DE ABERTURA

5. *Glauber Bezerra*, Curador do Curador da Paraíba, *“A Segurança como Direito Fundamental do Consumidor”*

6. *Paulo Morais*, Vice-presidente Transparência e Integridade, *“Serviço Público e Probidade dos Titulares de Cargos Políticos”*

SESSÕES DE TRABALHO (PARTICIPATIVAS)

7. *Susana Almeida*, professora do Instituto Politécnico de Leiria, *“Direito da União Europeia: instituições, fontes”*

8. *Mário Frota*, Director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, *“Direito Europeu do Consumo: Linhas Gerais”*

9. *Susana Almeida*, professora do Instituto Politécnico de Leiria, *“Comunicação Comercial”*

10. *Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota*, diretora do Centro de Formação para o Consumo de Coimbra, *“Consumo e Criança – Comunicação Comercial Infanto-Juvenil: permitir, restringir ou proibir?”*

11. *Rute Couto*, professora do Instituto Politécnico de Bragança, *“Das Práticas Negociais”*

12. *Ângela Frota*, Sub-diretora do Centro de Estudos de Direito do Consumo, *“Condições Gerais dos Contratos: os contratos pré-elaborados”*

13. *Rute Couto*, professora do Instituto Politécnico de Bragança, *“Contratos de Compra e Venda de Consumo”*

14. *Mário Frota*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, *“Contratos de Consumo e Garantias de Coisas Móveis e Imóveis”*

15. *Rute Couto*, professora do Instituto Politécnico de Bragança, *“Contratos ao Domicílio”*

16. *Marisa da Conceição Dinis*, professora do Instituto Politécnico de Leiria, *“Contratos à Distância em Geral e de Serviços Financeiros em Especial”*

17. *Cristina Rodrigues de Freitas*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, *“Contratos de Fornecimento de Serviços Públicos Essenciais”*

18. *Susana Ferreira dos Santos*, professora do Instituto Politécnico de Bragança, *“Contratos de Crédito ao Consumidor”*

19. *Mónica Pereira Ferreira Gomes*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, *“Contratos de Promoção Imobiliária e Mediação Imobiliária”*

20. *Fernando Gonçalves de Oliveira*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, *“Contratos de Seguro”*

21. *Rafael Moura de Paiva*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, “*Contratos de Viagens Turísticas*”

22. *Rafael Moura de Paiva*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, “*Contratos de Time-Share*”

23. *Diógenes de Carvalho*, professor da Universidade Federal de Goiás e da Universidade Salgado Oliveira, Rio de Janeiro, “*Do Princípio da Boa-Fé*”

24. *Mário Frota*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, “*Da Responsabilidade Emergente de Actos de Consumo*”

25. *Ana Filipa da Conceição*, professora do Instituto Politécnico de Leiria, “*Superendividamento: O Processo de Insolvência*”

26. *Mário Frota*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, “*Direito Judiciário do Consumo*”

27. *Cátia Marques Cebola*, professora do Instituto Politécnico de Leiria, “*Direito Extrajudiciário de Consumo em Portugal: Meios Alternativos de Resolução de Litígios*”

28. *Mário Frota*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo, “*Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*”

29. *Mário Frota*, CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo – “*Da Cooperação no Espaço Geográfico da Língua Portuguesa e da Capacitação Formativa dos Jusconsummeristas e dos Técnicos de Informação para o Consumo*”

Ante o sucesso do I Curso, novos projetos se desenharam, em particular já para janeiro/fevereiro, em aproveitamento das férias de verão no Brasil e em Angola, com uma organização diferente: em obediência a um só tema, cujo desbravamento se fará à exaustão.

Certo que este curso foi dominado pela temática dos contratos de consumo, contratos típicos que na Europa se apresentam com uma imensa variedade, mas de futuro eleger-se-á um tema e desenvolver-se-á a discussão em seu derredor, como por exemplo

- CRÉDITO E SUPERENDIVIDAMENTO,
- CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS E CLÁUSULAS ABUSIVAS,
- AÇÕES COLETIVAS OU DE GRUPO,
- EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO,
- DA INFORMAÇÃO PARA O CONSUMO EM GERAL
- DA OBRIGAÇÃO (GERAL, ESPECIAL E ESPECÍFICA) DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO...

O primeiro curso nestes moldes principiará já em janeiro, aproveitando-se o entusiasmo gerado em torno da atividade ora finda para se promover algo que marcará significativos pontos no âmbito das ações de cooperação entretecidas com os países de língua portuguesa.

O signatário manifesta o seu fundo reconhecimento a quantos tornaram possível o I Curso – docentes, participantes, entidades presentes.

Uma palavra especial a Mário Diogo, a Amaro Jorge e a quantos integram os quadros permanentes do Conselho Distrital de Coimbra da Ordem dos Advogados – do agente adstrito a uma empresa de segurança que ali presta serviço à sua secretária-geral – pela forma insuperável com que acolheram a iniciativa e se mostraram disponíveis a cada instante para suprir as insuficiências com que aqui e além nos confrontámos.

Uma outra e merecida palavra aos dedicados colaboradores da apDC que, mau grado as dificuldades por que passa a instituição, se mantêm firmes nos seus postos, revelando uma dedicação ímpar, o que prestigia, a todos os títulos, este projeto que dura há já 25 anos, fruto de uma intensa paixão pela Cidadania, enquanto Ideal que não esmorece.

Justo será nomeá-los para que não caia em olvido o *facto*, que cumpre enaltecer, louvando a todo o transe a sua consequente e persistente atuação:

Sara Videira

Francisco Oliveira

Susana Videira

Dr.^a Teresa Madeira

Dr.^a Sofia Pita e Costa

Dr.^a Paula Frota

Jorge Frota

Uma palavra de louvor aos formadores, docentes do ensino superior ou afetos ao CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra – que, identificados *supra*, foram, na realidade, o *alfa* e o *ómega* do projeto ora concretizado.

Por último, uma mensagem a quantos se propuseram vir a Coimbra e dignificaram este I Curso de Verão, que ficará imorredoiamente plasmado nos anais da instituição:

Adriana Fagundes Burger (Porto Alegre – Brasil)

Alexandre Chini Neto (Rio de Janeiro – Brasil)

Ana Beatriz Ituamba (Luanda – Angola)

André Campos (Águeda – Portugal)

Daniel Simoni (Rio de Janeiro – Brasil)

Diógenes de Carvalho (Goiânia – Brasil)

Geison de Oliveira Rodrigues (Curitiba – Brasil)

Ilidia Bernardete Vaz Domingos Ferreira (Luanda – Angola)

Joaquim Miguel Almeida (Águeda – Portugal)

Luiz Fernando de Queiroz (Curitiba – Brasil)
Maria Helena Campos de Carvalho (Campinas – Brasil)
Meyre Elizabeth Carvalho Santana (Goiânia – Brasil)
Moacir Reis Fernandes Filho (Salvador – Bahia)
Nathalie Almeida Fonseca (São Tomé)
Nicia Olga Andrade de Souza Dantas (Salvador – Bahia)
Rogério Carlos Pedroso Travassos (Rio de Janeiro – Brasil)
Wallace Salgado Oliveira (Rio de Janeiro – Brasil)

E ainda a Elísio da Costa Amorim (membro do Conselho Geral da Ordem dos Advogados e presidente da assembleia geral da apDC) e a Joaquim de Almeida (delegação de Águeda da Ordem dos Advogados e membro da apDC) pelo inestimável concurso prestado ao brilho da iniciativa pelos brindes doados e se destinaram a convidados, preletores e formandos.

O nosso bem-hajam!

Praza a Deus que os nossos projetos continuem a encontrar eco no espírito dos que creem no denodado esforço que pomos em quanto fazemos e nos nobres propósitos que nos animam, a despeito das contínuas contrariedades que se nos antepõem e visam travar o nosso perturbante labor para os que se postam na trincheira oposta – a da não-Cidade.

Coimbra e Villa Cortez, aos 23 de julho de 2012.

Mário Frota
Diretor

SERVIÇO PÚBLICO E PROBIDADE

comunicação proferida
no

ENCONTRO INTERNACIONAL DE JURISTAS

(Congresso Luso-Brasileiro de Juristas)
No Palácio Valenças em Sintra a 12 de Janeiro de 2012

Paulo Teixeira de Moraes
Professor da Universidade Lusófona do Porto

As entidades públicas só prestam um verdadeiro serviço público se este tiver, para além da sua utilidade intrínseca, condições de escrutínio permanente por parte dos cidadãos; este escrutínio deve ser inerente aos próprios serviços, pelo que os mecanismos de transparência, auditoria e garantia de honestidade devem-se também constituir como integrantes de todas as políticas públicas.

O que encontramos infelizmente um pouco por todo o mundo não são verdadeiros serviços públicos, mas muitas das vezes apenas negócios privados travestidos de aparentes serviços públicos.

Não por acaso, muitos países são ricos em recursos, mas verdadeiramente são países pobres. Países pobres que geram muitos ricos mas pouca riqueza para os seus povos; continuamos a assistir, em pleno século XXI, à existência de enormes bolsas de pobreza ao lado de fortunas obscenas que crescem com recursos que eram originalmente destinados a serviços públicos.

A corrupção domina de *facto* o mundo. Os valores do Índice de Percepção de Corrupção dos diversos países, divulgados em dezembro último pela Transparency International, são desoladores. Cerca de dois terços dos países obtêm nota negativa, numa escala que vai de zero (os mais corruptos) a dez (os países mais “limpos”). E falamos de um índice sintético consolidado, comumente aceite pela comunidade internacional e adotado pelos organismos como banco Mundial ou a OCDE que também eles contribuem com dados para a produção daquele indicador.

No espaço europeu em que nos integramos, os piores *scores* verificam-se nos países cujos estados estão mais endividados e dependentes de apoios externos, como Portugal, Itália ou Grécia. E isto não sucede por acaso. A corrupção surge assim como uma das principais causas das dívidas públicas que nos asfixiam, que minam a soberania dos países, a sua saúde financeira, sustentabilidade e mesmo o seu crescimento económico.

A posição de Portugal no ranking é preocupante. Deveria ser até objeto duma atenção bem particular por parte das políticas públicas e em especial daquelas que são conduzidas nestes tempos de crise que nos atormentam.

Em termos do espaço europeu ocidental, Portugal está apenas à frente de Itália, Grécia e Malta. Esta é uma posição relativa que se vem consolidando ao longo dos últimos anos, com a corrupção a transformar-se numa das doenças crónicas do nosso regime.

O avanço da corrupção é assustador e constitui, aliás, uma preocupação que partilhamos com o Brasil. Ainda de acordo com os mesmos dados da Transparency Internacional, enquanto na última década, o nosso país perdeu dez posições no ranking, tendo passado da 23^a para a 32^a posição; a posição obtida em 2011 pelo Brasil é o 73^o lugar, quando em 2001 ocupava o 46^o lugar do ranking. A situação é equivalente nos dois países se considerada em termos relativos e representa para ambos um *down grade* superior a 30%.

Como foi possível deixarmo-nos chegar aqui em democracia? Porque, no caso específico de Portugal, a vida política se veio a transformar numa grande central de negócios. Em sistemas marcadamente partidocráticos, só os partidos escolhem os dirigentes da administração pública e é nesta que se desenvolvem os maiores e piores vícios.

Fiéis a quem os nomeou, os membros da classe política prestam vassalagem e submetem-se aos interesses do diretório partidário, ou até de quem manda neste. No momento de decidir em nome do estado, muitos abdicam da lealdade ao povo que os elegeu, a troco duma fidelidade aos grupos empresariais que lhes pagam e financiam a vida político-partidária. Há ainda o caso de dirigentes dos partidos que são recrutados para lugares nos mais diversos grupos empresariais que assim aumentam a sua capacidade de influência sobre as decisões de estado.

Com este nível de proximidade, direi promiscuidade, entre negócios e política, a corrupção é inevitável. Faz-se sentir em todas as áreas de negócio em que intervém um estado enorme e fraco, que dispense cerca de metade do produto interno bruto. Os exemplos de delapidação do património público são inúmeros. Quanto maior é o estado, mais fraco e mais vulnerável este se torna; e porque maior, tanto mais apetecível o exercício de influência sobre os decisores de estado.

As consequências são o empobrecimento e a crise.

Pelo que, aqui chegados, o combate à corrupção deve ser entendido como um combate duro, muito duro, mas igualmente urgente.

Importará atuar ao nível das consequências da corrupção, mas também nas suas causas. No que diz respeito às primeiras, importa reorganizar o aparelho de justiça, de forma a dispormos de tribunais atuantes com magistraturas dotadas de meios e verdadeiramente independentes. Que a nível criminal, investiguem, acusem e condenem corruptos e corruptores.

Complementarmente, é fundamental uma intervenção dos tribunais administrativos, no sentido de promover a devolução à comunidade dos bens que a corrupção lhes subtrai. Como? Sentenciando, por exemplo, a demolição de edifícios que não cumpram os instrumentos de planeamento, que confiscem algumas das fortunas que cresceram à custa de favores concedidos pelo estado.

Mas há sobretudo que atuar nas causas deste flagelo. A simplificação legislativa é a primeira das tarefas. Revogue-se toda a legislação confusa, com muitas regras e inúmeras exceções para beneficiar os poderosos. E erradiquem-se os diplomas que conferem um poder discricionário ilimitado a quem administra as leis, a quem as intermedeia com os cidadãos e as empresas.

Há ainda que aumentar a transparência da vida pública. A lista dos maiores fornecedores do estado deve ser pública, as ligações empresariais dos ministros e deputados devem poder ser facilmente escrutinadas – tornar isto possível é que é um verdadeiro serviço público.

É que a transparência deve ser o espelho da integridade. É de atentar ao exemplo dado pela Presidente do Brasil, que no seu ainda curto consulado publicou já legislação sobre liberdade de informação que permite aos cidadãos poderem saber como funciona o governo e como este gasta o dinheiro dos seus impostos. Dilma Rousseff promete assim a promoção de um governo aberto, disponibilizando informações sobre a administração pública, incentivando a participação popular e usando as novas tecnologias para prestação de contas.

Foi este também caminho trilhado, há já alguns anos, pelo então senador Barack Obama que criou o site *usaspending.gov*, que ainda hoje constitui referência em matéria de transparência e no qual se podem consultar todos os contratos celebrados pela administração federal americana, bem como acompanhar a sua execução, os pagamentos efetuados e até fornece uma medida do impacto socio económico de cada investimento.

Haja vontade de adotar este tipo de boas práticas. Não posso também aqui deixar de referir aquele que é o seu parente (ou equivalente) brasileiro o “*portaldatransparencia.gov.br*”.

Minhas Senhoras, Meus Senhores:

Hoje, aqui em Portugal, mais do que nunca, importa combater eficazmente a corrupção. A implementação do memorando de entendimento assinado no âmbito do plano de ajuda financeira externa, obriga a cuidados especiais em algumas áreas mais susceptíveis de gerarem fenómenos de corrupção. A renegociação das parcerias público-privadas (PPPs) e a alienação de capital do estado em empresas, vulgo privatizações, são áreas que requerem a maior atenção.

A reavaliação das parcerias público-privadas constitui já uma emergência. Este modelo de negócio dá garantias de rentabilidade em regra superiores a 14% aos concessionários, e transfere todos os riscos do negócio para o estado. Privatiza lucros e socializa riscos, duma forma inaceitável. A renegociação é tecnicamente muito simples, haja vontade política!

A alienação de capital de empresas por parte do estado constitui entre nós outro processo particularmente delicado, pois vender empresas em tempo de crise obriga a vender barato. E uma venda barata de empresas valiosas e liderantes em setores estratégicos representa uma enorme tentação. Todo o cuidado é pouco nestas matérias!

Em tempo de crise, os cuidados devem ser redobrados. Mau seria que, no âmbito dum processo de ajuda financeira para fugir da pobreza, se gerassem fenómenos de corrupção e, consequentemente, de maior miséria.

Mas também em tempos de desenvolvimento como os que experimenta o Brasil, a corrupção se pode apresentar como uma enorme ameaça. Péssimo seria que os ganhos de crescimento não gerassem mais educação, mais saúde, mais riqueza, mais desenvolvimento, para todos os cidadãos brasileiros.

Como todos sabemos, o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) apresenta anualmente os números, as tabelas e os mapas do desenvolvimento humano, em que se sintetiza a informação do desenvolvimento, que é função da riqueza, mas também dessas outras grandezas que a geram, a saúde e a educação. Os nossos países ocupam na tabela lugares de que não podemos orgulhar-nos, o 41º para Portugal e 84º para o Brasil.

Também todos os anos a Transparency International apresenta o seu mais famoso índice, o Índice de Percepção da Corrupção, que pode ser graficamente representado no mapa do mundo.

E o que é curioso, ou talvez não, é que os dois referidos mapas – o do desenvolvimento e o da corrupção – decalcam inversamente um no outro:

Esta é uma verdade irrefutável: não há países corruptos desenvolvidos, nem países desenvolvidos corruptos.

A conclusão é pois simples: se querem desenvolvimento, acabem com a corrupção. Talvez mesmo o verdadeiro combate à fome tenha sucesso quando as Nações Unidas trocarem – quem sabe? – os programas de apoio alimentar por estratégias efetivas de combate à fraude.

Finalmente, a probidade é pois condição *sine qua non* para a existência dum verdadeiro serviço público. Pois quando a corrupção mina um regime, português, brasileiro ou outro, deixamos de ter um verdadeiro estado de direito. E um estado, se não é de direito não é democrático e não persegue aquele que deve ser o maior dos seus objectivos: governar em nome do povo, pelo povo e para o povo.

Como diria o português Padre António Vieira em terras do Brasil, se é certo que “para alimentar um peixe grande são precisos muitos peixes pequenos” também é verdade que “esse mesmo peixe grande pode alimentar muitos peixes pequenos”.

As opções estão claras. Já só falta a vontade.