

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. II | N. 4 | DEZEMBRO 2012

#8

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 4, dezembro 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 Andriighi, 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 Najjarian
Igor Rodrigues Britto, James Alberto Siano, José Augusto Peres Filho
Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini, Newton de Lucca
Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson 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 de Arrependimento no Âmbito do Comércio Eletrônico**
NEWTON DE LUCCA
- 41 **O Consumidor nas Relações Jurídicas com as Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde**
ROBERTO GRASSI NETO
- 73 **A Turma Recursal Como Elemento de Política e de Administração Judiciária para Gestão do Contencioso de Massa**
FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO
- 85 **Alterações do Código de Defesa do Consumidor: Crítica às Propostas da Comissão Especial do Senado Federal**
JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO
- 129 **A Hipervulnerabilidade e os Direitos Fundamentais do Consumidor Idoso no Direito Brasileiro**
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO
DERLAYNE DETROZ
- 165 **Ensaio sobre a Recuperação de Pessoas Singulares (Sobre-endividamento) na Legislação Portuguesa**
ALEXANDRE CHINI
DIÓGENES FARIA DE CARVALHO
- 179 **Alcance del “Test de Abusividad” de las Cláusulas Contractuales no Negociadas Individualmente: Interpretación del Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE**
GUILLERMO OROZCO PARDO
MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE
- 199 **Las Descargas Ilegales y las Plataformas P2P**
MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ

- 227 **A Autorregulação da Comunicação Comercial em Portugal: Panaceia para a Inoperância do Modelo Regulador Tradicional?**
SUSANA ALMEIDA

PARECER

- 251 **Definição do papel e do regime das acções colectivas no domínio do direito comunitário do consumo**
JORGE PEGADO LIZ

LEGISLAÇÃO

- 287 **Comissão Europeia**
Código da Publicidade

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 293 **Ementário**
Julgados do TJ/PR, do TJ/RS e do TJ/MG

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 299 **Acórdão do Tribunal de Justiça**
Relatora: C. Toader
- 299 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Salazar Casanova

EM DESTAQUE

- 301 **Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças (parecer de iniciativa)**
JORGE PEGADO LIZ
- 311 **Entrevista do conselheiro Jorge Pegado Liz para Netconsumo, portal Direito do Consumo (Brasil) e Revista do Consumidor (digital)**
- 319 **Lançamento no Brasil e em Portugal da obra “Direito, Turismo e Consumo”, de Rafael Augusto de Moura Paiva**

EDITORIAL

Ano do Brasil em Portugal Ano de Portugal no Brasil

Manifestações distintas, em distintos segmentos, vêm ocorrendo tanto no Brasil quanto em Portugal em comemoração à efeméride em epígrafe.

O particular domínio do direito não escapa a um tal desígnio. Ainda que não enxertado nos programas com a chancela oficial.

Relevante se nos afigura que as instituições da sociedade civil se envolvam no escopo traçado, tal como nos propusemos.

No quadro de tais ações, destaque para o Encontro Internacional de Juristas que se realizou em janeiro em Lisboa e em Sintra, sob os auspícios do Centro de Estudos de Direito Europeu, de Brasília, e do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, com um luzidio programa, cujo epílogo decorreu na romântica Sintra.

Mais tarde, em pleno maio, as ações levadas a cabo pela Centro de Estudos de Direito de Consumo de Coimbra e a Curadoria do Consumidor da Paraíba, em João Pessoa, com plúrimas manifestações, que culminaram na presença do diretor do Centro de Estudos na 73.^a reunião do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor do Brasil, a convite da, ao tempo, diretora do DPDC, Juliana Pereira da Silva, na capital do Rio Grande do Norte.

Na segunda metade de julho, particular registo para o Curso de Verão de Direito do Consumo, que o Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra e a Escola Superior de Ciências do Consumo (em formação) promoveram na Lusa-Atenas e que contou com significativa presença de brasileiros. Manifestação ímpar que constitui um marco no intercâmbio Brasil-Portugal em que apostamos.

A missão cultural, entretanto encetada, em outubro/novembro do ano que ora chega a seu termo, e que a diretora do Centro de Formação para o Consumo, de Coimbra, Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, e nós mesmos empreendemos por seis dos estados da federação brasileira, é bem a expressão de um labor incessante em vista permuta de ideias e da consecução de projetos em prol do reforço da cidadania em ambas as ribas do Atlântico.

A celebração de convênios de cooperação técnico-científica do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra – com a Faculdade de Olinda, a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, a Escola Paulista da Magistratura, de São Paulo, a Fundação Procon, de São Paulo, e a Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba, em João Pessoa, constituem o ponto culminante de uma missão bem sucedida, coroada na indignação do editorialista como membro efetivo do Fórum Permanente de Direito do Consumidor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e de cidadão honorário da Paraíba.

As vias para a valorização deste novel ramo de direito percorrem-se destarte com o acrisolado amor de quem faz do direito um apostolado insubstituível!

A revista, cujo número ora se dá à estampa, é parte deste inestimável acervo, na aproximação dos povos, no envolvimento dos seus melhores em missões que da cidadania relevam.

Louvor aos que a edificam com tamanha devoção.

Mário Frota

Coimbra, dezembro de 2012

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO*

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

EXCERTOS

“Um novo tipo de consumidor nasce no mercado de consumo – o do consumidor internauta –, tornando-se necessária a criação de normas com o objetivo de protegê-lo”

“A indiscutível desorientação do homem moderno, inteiramente alienado dos valores fundantes de sua própria natureza, não poderá servir de pretexto para condenar-se o progresso tecnológico e recusar-se à aceitação de novos paradigmas”

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

“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”

I. Considerações introdutórias: o advento da sociedade digital e suas implicações no pensamento jurídico atual

É inquestionável que testemunhamos, no mundo contemporâneo, a ocorrência de profundas modificações, não somente no plano social, como também no campo político e econômico. Vemos surgir 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.

Conforme assinala José de Oliveira Ascensão¹ com a propriedade de sempre, 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 vislumbrar, na era que se acha em formação com o advento 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 inovação. Falar 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.

Em razão dessas inovações tecnológicas, um novo tipo de consumidor nasce no mercado de consumo – o do consumidor internauta –, tornando-se necessária a criação de normas com o objetivo de protegê-lo, como já se mostra tão patente no cenário da economia tradicional, e de forma mais acentuada com relação a esse novo personagem já que ele, aventurando-se por “mares nunca d’antes navegados”, teve a sua vulnerabilidade acentuada⁴.

Por sua vez diz-nos o professor argentino Jorge Mosset Iturraspe: *“Si ser jurista es ‘saber la respuesta que la sociedad necesita’ para una mejor convivencia, hallar el remedio adecuado para los males o carencias, detectar abusos o iniquidades es aquí, en el Derecho del Consumidor, donde debemos encontrarnos. Todos somos consumidores y todos, aunque en medidas muy diferentes, sentimos la necesidad de respuestas apropiadas”*⁵.

Consequentemente, essas “respostas apropriadas” exigem do jurista de vanguarda⁶ não apenas uma presença de espírito infinita, mas também um sentido verdadeiramente espantoso de resposta para dar conta dessa nova realidade que ora se apresenta na sociedade moderna.

Para o universo do direito, e não poderia ser de outra forma, vem à tona a questão de constituir ou não um ramo autônomo esse novo campo de investigações decorrente do fenômeno cibernético. Ricardo Lorenzetti, ministro da Corte Suprema da nação argentina e professor titular de contratos civis e comerciais da Universidade de Buenos Aires afirma, *in verbis*⁷: *“Discute-se se surgirá uma disciplina autônoma já que toda vez que surgiu uma nova tecnologia apareceu também a necessidade de reunir seus problemas em torno de um corpo cognitivo específico. Nessa área de conhecimentos começou-se com a noção de ‘Direito Informático’, o qual dá relevo aos computadores e ao processamento da informação, mas atualmente tem-se difundido a ideia de um ‘Direito do espaço virtual’ que pode abarcar muitos outros aspectos”, citando, nesse último caso, a noção de Cyberspace Law, bastante difundida nos Estados Unidos da América*⁸.

Na sociedade atual tudo parece ocorrer de forma mais célere e dinâmica, parecendo estar caracterizado um processo conhecido por *aceleração histórica*⁹. Com efeito, não será difícil observar-se que a progressão geométrica do

desenvolvimento tecnológico é acompanhada pela efetiva diminuição do tempo que se interpõe entre uma descoberta científica e sua correspondente exploração industrial. Sabe-se que esse tempo foi de 112 anos para a fotografia, 56 para o telefone, 35 para o rádio, 15 para o radar, 12 para a televisão, 6 para a bomba atômica, 5 para o transistor e de apenas 3 anos para o circuito integrado¹⁰.

Por outro lado, nossos antepassados levaram muito tempo para que trocassem o sal pelo trigo, dos quais serviam-se como moeda, para aprender com os sumérios que, para essa mesma finalidade, revelava-se mais adequada a utilização do ouro, da prata e do bronze. Depois foram os chineses que nos legaram, com o mesmo propósito, a possibilidade de uso de papel e tinta. Modernamente, sabemos que o cartão de plástico magnetizado cumpre razoavelmente essa função da moeda, mas a sua provisoriedade é mais do que evidente...

Gostem ou não os saudosistas de ver seu precário conhecimento empalidecer precocemente em razão de um dever que se afigura cada vez mais galopante, mas a tarja magnética também tende a envelhecer muito rapidamente com o advento do *chip* microprocessador, e tal sucedâneo não será nenhum outro *modismo* efêmero ou inconsistente. Os *smart cards*, ou cartões inteligentes, como devem ser designados no idioma pátrio, irão substituir naturalmente os cartões de tarja magnética, quer pela maior segurança que propiciam, quer pela sua capacidade de gravar e armazenar maior quantidade de informações. Caminhamos, assim, para a adoção da *moeda virtual*¹¹, embora ainda não muito usada aqui no Brasil, conforme anotado pela professora Cláudia Lima Marques¹².

Se os que têm por obrigação pensar o direito não atentarem para essa progressiva transformação dos meios de pagamento, causada pelo avanço tecnológico contemporâneo, nossa ciência distanciar-se-á indesejavelmente, cada vez mais, de sua nobre missão antropocêntrica de servir ao homem, tal como a concebo¹³.

Assim sendo, por mais expressivas que sejam as dificuldades para que abduquemos de nossos tradicionais esquemas de pensamento, é necessário fazê-lo o quanto antes.

Para tanto, não serão suficientes, por certo, as virtudes do discernimento intelectual e do acendrado amor à pesquisa jurídica. Tornar-se-á necessária,

O jurista,
com efeito,
é um ser
refratário a toda
inovação

igualmente, grande dose de coragem, pois a petrificação do pensamento em nosso meio, fortemente fomentada pelas pequenas vaidades acadêmicas, conspira consideravelmente contra todo o vigor de ideias, onde quer que estas possam se encontrar...

O mundo contemporâneo parece ter se conscientizado – e Spengler, em profética visão, nos demonstra – de que o fato é que o futuro já não nos chega mais na mesma velocidade de outrora nem do mesmo modo¹⁴. O novo e galopante ritmo da história haveria de colocar em crise o nosso próprio conceito do tempo histórico.

Venho assinalando, de forma até insistente, que a cultura ocidental passou a ter, desde o final do século XVIII, uma nova consciência do tempo, começando a História a ser vista e estudada como um processo universal gerador de problemas. Diz Habermas, em passagem que sempre gosto de citar, que, nesse processo, “*o tempo é entendido como um recurso escasso para a superação prospectiva dos problemas que o passado nos legou*”¹⁵.

A despeito de todas as inesperadas circunstâncias que nos atropelam e nos confundem, o certo é que se torna preciso seguir em frente sem receios, na busca incessante do saber, ainda que o nosso tempo, talvez mais do que qualquer outro, nos tenha mostrado as incríveis limitações do conhecimento científico.

Já tive a oportunidade de destacar, não faz muito, fundamentalmente calcado nas ideias do filósofo francês Georges Gusdorf¹⁶, as consequências para o comportamento humano dos prodígios do progresso científico:

“Essa técnica triunfante parecia fornecer ao homem moderno uma espécie de segunda natureza, transformando-o no chamado homo circulator, capaz de ir a todos os lugares sem lograr, contudo, estar em parte alguma. A teoria desse homo circulator, em última análise, é considerar a mobilidade como um valor em si mesma e, além disso, pela abolição do espaço-tempo da modernidade e da supressão dos horizontes de deslocamento, transformar-se num valor dominante na estranha axiologia da civilização contemporânea, contribuindo ainda mais para a desagregação da imagem do mundo que os nossos antepassados tanto lutaram para salvaguardar.”

A civilização contemporânea – como, de resto, todas as outras que marcaram a história da Humanidade – tanto apresenta progressos assinaláveis quanto retrocessos espantosos... Dir-se-ia, talvez, que o conhecimento científico progride acentuadamente enquanto o filosófico entra em profunda crise. Mas o primeiro, sozinho, não poderá levar o Homem ao estado de bem-estar e da felicidade, como parece ficar cada vez mais demonstrado...¹⁷

A indiscutível desorientação do homem moderno, inteiramente alienado dos valores fundantes de sua própria natureza, não poderá servir de pretexto para condenar-se o progresso tecnológico e recusar-se à aceitação de novos paradigmas¹⁸. O mundo está se transformando do analógico para o digital¹⁹.

Sob esse ângulo, de nada adianta rebelar-se contra a irreversibilidade do celular, da banda larga, da interatividade etc. As informações que nos chegam, diariamente e de todos os lados, são inúmeras e tão rápidas que se torna imperativa a tentativa de disciplinar-se, com algum rigor metodológico, o estado anárquico em que nos encontramos diante do mundo virtual.

Certamente ultrapassaria os limites deste artigo a tentativa de se discutir, por exemplo, o problema das transformações da escrita e da cultura a partir das novas tecnologias da informação e da comunicação. Tal investigação, embora tentadora, estaria além de minhas próprias forças, já de si consumidas em investigações menores...

Até que ponto a característica da interatividade na internet²⁰ poderá ou não diminuir a importância do livro, enquanto veículo de cultura, é algo que não posso responder. Ou, melhor dizendo, essa resposta poderá estar contaminada pela esquálida visão que tenho do mundo que me cerca. Como saber se não me terei deixado abater, igualmente, pela poderosa força dos espíritos jurássicos? Como saber se também eu não terei capitulado?

A visão profundamente desesperançosa que passei a ter, de uns anos para cá, sobre as possibilidades de haver um futuro menos indigno para a humanidade leva-me, talvez, a pensar ainda agarrado às utopias que me alimentaram no passado...

Sempre acreditei, por exemplo, que para penetrar no âmago de uma grande obra haveria de prescindir-se do fenômeno da interatividade. Impressionam-me, com efeito, as seguintes considerações desenvolvidas pelo filósofo Alain Finkielkraut: *“O texto que você lê num livro tem uma ordem, uma autoridade. Você pode rasgar as suas páginas, mas não pode ‘maquinar’ como gostaria selecionando apenas o que lhe interessa, tal ou tal tema dos quais gostaria de obter todas as ocorrências, como permite a multimídia. O livro tem um peso, uma heteronomia, um hieratismo que se impõe a você. O livro não é flexível nem interativo. A interação não deve ser o todo da comunicação. Porque, se ela assim se tornasse, nós nos comunicaríamos apenas com os vivos. O que seria uma barbaridade”*²¹.

A assinatura eletrônica e a certificação digital, exemplificativamente, constituem avanços evidentes e nada têm a ver, para desapontamento e espanto dos apedeutas de plantão, quer com a impressão digital²², quer com o reconhecimento de firmas, respectivamente.

Os erros multiplicam-se como algas quando se está diante do novo. Eu também me deixei levar pelos excessos verborrágicos quando me utilizei da expressão “*impacto*” para designar o título do meu primeiro artigo a respeito da matéria²³, mas tais deslizos são escusáveis, até certo ponto, principalmente quando nos apressamos em reconhecê-los e, com a necessária humildade, cuidamos de nos penitenciar do equívoco.

Assim é que o filósofo francês Pierre Lévy, em uma de suas fundamentais obras sobre o *ciberespaço*²⁴, anotou com precisão a inadequação da metáfora do *impacto* das novas tecnologias na sociedade, fazendo-o nos seguintes termos²⁵:

“Nos textos que anunciam colóquios, nos resumos dos estudos oficiais ou nos artigos da imprensa sobre o desenvolvimento da multimídia, fala-se muitas vezes no ‘impacto’ das novas tecnologias da informação sobre a sociedade ou a cultura. A tecnologia seria algo comparável a um projétil (pedra, obus, míssil?) e a cultura ou a sociedade a algo vivo... Essa metáfora bélica é criticável em vários sentidos. A questão não é tanto avaliar a pertinência estilística de uma figura de retórica, mas sim esclarecer o esquema de leitura dos fenômenos – a meu ver, inadequado – que a metáfora do impacto nos revela.”

Assim, ainda que um tanto serodidamente, escuso-me diante dos meus leitores pela impropriedade cometida e reconheço expressamente a inadequação de tal metáfora, mesmo levando em conta duas circunstâncias que, a meu ver, se não chegam a justificar o seu emprego, pelo menos atenuam parcialmente o deslize dessa utilização.

Refiro-me, em primeiro lugar, ao alto grau de transformação das pessoas em seus hábitos de pensar e de agir em razão da quantidade de oferta de bens e de serviços oriundos da tecnologia digital, não sendo tão exagerado assim, talvez, falar-se num verdadeiro *impacto* sociojurídico e cultural, como o faz exemplificativamente, Andrea Viviana Sarra, *in verbis*²⁶:

“El impacto sociojurídico y cultural deste fenómeno es un tema complejo en virtud de sus implicancias – por su masividad y magnitud – y por las proyecciones que se prevén para el desarrollo de esa red a corto plazo. Su consecuencia fundamental es la de reconfigurar la topologia de un planeta que está se modificando y comienza a desdibujar fronteras.” (grifo meu)

Mesmo não se utilizando, em seu texto, da palavra *impacto*, mas fazendo uma descrição tão penetrante e aguda do fenômeno que o resultado da análise parece indicar algo mais do que aquele vocábulo está a sugerir, diz-nos Esther Morón²⁷:

“Para poder apreciar as vantagens e consequências de ‘ser digital’, deve aconselhar-se reflexionar sobre a diferença entre átomos e bits. Como já

se afirmou, a maior parte da informação nos chega em forma de átomos: livros, periódicos, revistas. O mundo é feito de átomos. Um bit não tem cor, tamanho nem peso. É o DNA da informação. É tão somente um número, cuja representação mais elementar é uma sequência de zeros e uns. Os bits sempre foram o elemento básico da informação, mas nos últimos vinte e cinco anos tem-se conseguido digitalizar cada vez mais tipos de informação, auditiva e visual, por exemplo, reduzindo-os de igual maneira a números.

Digitalizar significa converter em números o que se quer transmitir. A digitalização permite que distintos tipos de dados e de informação, como textos, voz e imagens possam converter-se em números, ser tratados do mesmo modo e transmitidos pelas mesmas linhas. O fenômeno multimídia, ou hipermídia é o resultado da digitalização de todos os tipos de sinais.

A digitalização da informação é um conceito chave para entender as novas tecnologias e sua generalização tem operado uma divisão radical entre o analógico e o digital. O mundo digital é o mundo da informação convertida em dígitos e o mundo analógico é o restante.”

Também me parece pertinente a transcrição do seguinte trecho de Nicholas Negroponte²⁸, a propósito da profunda transformação por que passamos:

“A melhor maneira de avaliar os méritos e as consequências da vida digital é refletir sobre a diferença entre bits e átomos. Embora não haja a menor dúvida de que estamos numa era da informação, a maior parte das informações chega até nós sob a forma de átomos: jornais, revistas e livros (como este aqui)”²⁹. Nossa economia pode estar caminhando rumo a uma economia da informação, mas medimos o comércio e fazemos nossos balanços pensando em termos de átomos. O GATT trata de átomos.”

Relativamente à segunda circunstância, nunca será demais lembrar o misoneísmo inerente ao mundo jurídico – no contexto do qual empreguei a expressão *impacto* –, quiçá, de todos os outros ramos do conhecimento humano, o mais refratário às inovações tecnológicas. Como essa recalitrância parece ultrapassar os limites do inverossímil, o emprego da figura retórica, exatamente para indicar a contraposição dialética entre a velocidade (das inovações) e a inércia (do direito), conquanto impreciso, não deixa de traduzir algo verdadeiro...

O número de consumidores aumentou em razão da contínua entrada da classe C no mercado

De toda sorte, expressamente reconhecida a impertinência do termo *impacto*, parece preferível reconhecer-se a sua impropriedade terminológica à irrisão de confundir, desastradamente, *a assinatura digital* com *a impressão digital*, como já tive o desprazer de ouvir...

Enfim já está mais do que na hora de haver o reconhecimento explícito de que a nova economia estrutura-se a partir do desenvolvimento tecnológico e na forte competição entre os vários agentes econômicos, na busca da informação necessária à promoção daquele... Ou, como oportunamente afirmou o professor Arnoldo Wald³⁰:

“A grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza. E esta concepção da economia tem reflexos em todos os aspectos da sociedade e, inclusive, no direito.”

II. O surgimento do comércio eletrônico

Tema de importância fundamental nos dias de hoje, cumpre ressaltar que o comércio eletrônico 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 tratar do tema ora em discussão, assim discorre Davara Rodriguez³¹:

“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 sinfin de actividades de similares características realizadas por médios electrónicos; pero, para no perdernos en ambigüedades, entenderemos, en un sentido amplio, que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin de realizar una operación comercial y que es electrónico cuando esse 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.”

Esse mesmo autor esclarece, contudo, que inúmeras outras atividades eletrônicas podem ser realizadas sem que intervenham as telecomunicações,

aduzindo ainda que, mesmo que elas não intervenham, não será necessário que a operação ou transação se efetue por meio da *internet*³², 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 designado por comércio eletrônico “*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*”³³.

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 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*³⁴.

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, assim, 32 milhões de consumidores que compraram, ao menos uma vez via *web*.

Ainda de acordo com a *e.bit*, conforme dados publicados na 26ª edição do Webshoppers³⁵, publicada no último mês de agosto, as vendas online no Brasil, no primeiro semestre de 2012, totalizaram o valor de R\$ 10,2 bilhões, o que significou um acréscimo nominal de 21% em relação ao mesmo período de 2011, apesar dos impactos sofridos com a crise mundial e que refletiram na economia do país.

Verificou-se, também, que, no primeiro semestre de 2012, 5,6 milhões de pessoas fizeram a sua primeira compra pela internet. O número de consumidores aumentou em razão da contínua entrada da classe C no mercado, elevando-se, assim, o número total de e-consumidores para 37,6 milhões. Estima-se que o setor cresça, no segundo semestre de 2012, 20% em relação ao mesmo período do ano passado, apresentando um faturamento

de mais de R\$ 12,2 bilhões. Espera-se, assim, que o ano finalize com o faturamento total de R\$ 22,5 bilhões, o que representaria um crescimento nominal de 20% em relação a 2011. Além disso, para o mesmo período, o setor calcula que 5,4 milhões de pessoas comprarão online pela primeira vez, o que significará 11 milhões de novos consumidores, totalizando-se 43 milhões de e-consumidores no final de 2012.

Segundo dados do *e-commerce*³⁶, 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.

Segundo dados divulgados pela Fundação Procon do Estado de São Paulo no Cadastro de Reclamações Fundamentadas, realizado em 2011 e publicado no Diário Oficial do Estado e no site do próprio órgão³⁷, ocorreu um aumento significativo de 86%, em relação a 2010, do número de reclamações relativas ao comércio eletrônico, sendo que a área de produtos, que engloba tais vendas dentre outras (móveis, eletrônicos, vestuário etc.), totalizou 37% do número de reclamações fundamentadas. Lê-se no documento: *“A maior presença de empresas de varejo, em especial as de varejo online 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.”*

III. A proteção ao consumidor no âmbito da internet³⁸

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.

Diz-nos Marco Aurélio Greco, ao tratar das questões decorrentes do avanço tecnológico ora em debate, *in verbis*³⁹:

“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 Tozi⁴⁰: *“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”*.

Assim, cumpre ressaltar que a matéria de proteção ao consumidor, desde a década de sessenta, ganha enorme destaque 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 despidiando 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 fornecedores⁴¹.

Todavia, por outro lado, para que se tenha uma ideia absolutamente indubitável da extrema vulnerabilidade do consumidor no âmbito da internet, vejam-se as seguintes considerações do professor Ricardo Lorenzetti⁴²:

“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 trecho⁴³:

“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 partes⁴⁴.

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 Brasil⁴⁵ –, 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.

O Brasil é o quinto país com maior número de usuários da internet

Nesse 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 distintos⁴⁶.

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)” 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...

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

Trataremos, neste capítulo, da questão central deste artigo, analisando a 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 do ato 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 título, 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*⁴⁷:

“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 retromencionados.

Conforme já assinali em outro artigo⁴⁸: *“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, assumiu 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 táctil) 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 ideia 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 assunto, 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.”

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

Ressalte-se, que o **Projeto de Lei 439/2011**, apresentado pelo senador Humberto Costa e que se encontra na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, com o relator, também regulamenta a matéria, 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 se verifica, *in verbis*:

“Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato no prazo de sete dias a contar do ato de recebimento do produto ou serviço, ou na ausência do recebimento, caso a contratação tenha sido efetuada por meio eletrônico, telefônico, postal ou por qualquer modalidade a distância.

§ 1º A totalidade dos valores pagos pelo consumidor deverá ser devolvidos pelo fornecedor.

§ 2º Caso o fornecedor não devolva o valor no prazo de vinte dias a contar do recebimento de notificação extrajudicial, o valor pago deverá ser devolvido em dobro.

§ 3º *A decisão definitiva e líquida favorável ao consumidor a respeito do disposto neste artigo, exarada por órgão ou entidade estadual de defesa do consumidor, consistirá em título executivo, nos termos do inciso VIII do art. 585 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*

§ 4º *O juiz poderá:*

I – em sede de antecipação de tutela, determinar que administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras descontem o valor devido pelo fornecedor de seus créditos a receber e creditem ao consumidor o valor correspondente; e

II – determinar o bloqueio do domínio da página eletrônica ao órgão de registro responsável pelos endereços na rede mundial de computadores (internet). (NR)”

O Projeto de Lei do Senado 281/2012, que dispõe sobre o comércio eletrônico e que se encontra aguardando o recebimento de emendas, também dá nova redação ao artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, ao determinar:

“Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

§ 1º (...)

§ 2º Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar.

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo.

§ 4º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor;

§ 5º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor;

II – seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação;

III – caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura imediatamente posterior à comunicação.

§ 6º Se o fornecedor de produtos ou serviços descumprir o disposto no § 1º ou no § 5º, o valor pago será devolvido em dobro.

§ 7º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação.

§ 8º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

§ 9º O descumprimento dos deveres do fornecedor previstos neste artigo e nos artigos da Seção VII do Capítulo V do Título I desta lei enseja a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores. (NR)”

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

* O presente texto, com alguns acréscimos e pequenas alterações, origina-se dos artigos do autor: *“Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos”*, publicado no livro *Direito e Internet*, v. II, Aspectos Jurídicos Relevantes, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, pp.25 e ss.; *“Novas Fronteiras dos Contratos Eletrônicos nos Bancos”*, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 6, n. 21, julho/setembro de 2003. Ed. Revista dos Tribunais, pp. 113 a 183; *“Aspectos da responsabilidade civil no âmbito da internet”*, in *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, Coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo: Editora Saraiva – série GVLaw 2009; *“Direito de Arrependimento no Âmbito do Comércio Eletrônico”*, Revista da Academia Paulista de Direito, 03, jan./jun. 2012, coordenação de Rogério Donnini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo, pp. 79 a 111.

** Outras qualificações do autor:

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*, v. 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, consoante se pode ver, a seguir, no texto principal.

³ Cf. Pérez LUÑO, *Cibernética, informática y derecho – un análisis metodológico*, Bolonia: Publicación 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 socioeconômico no qual se inserem, não deveriam ser considerados vulneráveis – nem mesmo hipossuficientes – não carecendo de proteção normativa especial.

⁵ Jorge Mosset ITURRASPE, *Introduction al Derecho del consumidor*, Revista de Derecho Privado y Comunitário, n. 5, pp.10/11.

⁶ San Tiago Dantas fazia interessante distinção entre os juristas de vanguarda e os de retaguarda, considerando estar entre os primeiros aqueles que sempre lutaram contra a petrificação do pensamento jurídico.

⁷ Cf. Tratado de los Contratos, Tomo III, § 249, capítulo LXVII, Informática, Cyberlaw, E-Commerce, p. 835 e posteriormente republicado, no Brasil, em *Internet e Direito – Aspectos Jurídicos Relevantes*, p. 421.

⁸ Menciona o ilustre professor, exemplificativamente, em nota de rodapé: Harvard Law Review, vol.112, nº 7, maio de 1999, “Developments in the Law of Cyberspace”, esclarecendo estarem reunidos, no citado exemplar, vários ensaios formando uma série sobre “essa nova área do Direito”, segundo sua própria expressão. Escusava dizer que estou totalmente de acordo com a posição do eminente ministro e renomado professor e jurista, mundialmente reconhecido – coincidente, aliás, com aquelas defendidas pelas mais expressivas figuras no cenário jurídico internacional – não cabendo discutir, em obra científica de relevo (e mesmo num curso de pós-graduação de excelência como o é o da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e o da UNINOVE, aos quais tenho a honra de dar a minha singela contribuição), a posição daqueles que sustentam a inexistência de nenhum “direito novo” pelo fato de não haver nenhum “novo bem jurídico a ser tutelado...” Considerações de tal jaez, com efeito, devem ser tratadas com o conselho expresso naqueles inolvidáveis versos de Dante Alighieri: *Fama di loro il mondo esser non lassa:/Misericórdia e giustizia li sdegna:/non ragioniam di lor:/ma guarda e passa. Em vernáculo: “Lembrança deles o mundo rechaça:/ Misericórdia e justiça os despreza/Deles não cuides mais,mas olha e passa.”*

⁹ J.B. Terceiro, por exemplo, assinala (Sociedade Digital, Madrid, 1996, p. 29) que a humanidade vem “medindo seu progresso historicamente, em termos de tecnologia, com o resultado de que cada era tem passado mais rapidamente do que as anteriores”.

¹⁰ Newton DE LUCCA, *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.

¹¹ Pode-se definir a moeda virtual como um produto de valor previamente armazenado, destinado a exercer as funções de meio de pagamento nos contratos celebrados por intermédio de terminais ou redes de computadores. Para um estudo mais aprofundado a respeito da matéria, veja-se por todos, Daniel LYNCH e Leslie LUNDQUIST, *Dinheiro digital – o comércio na internet*, São Paulo: Editora Campus, 1996, pp.57 e ss. Nunca será demais relembrar, a propósito das questões monetárias, seja qual for a forma da moeda, aquela famosa lição de Ascarelli (*Obbligazioni Pecuniarie*, Bolonha – Roma: Ed. Zanichelli e Foro Italiano, 1968, p.7) segundo a qual “os problemas monetários encontram-se no centro da fenomenologia jurídica atual e são eles que, talvez, mais vinculam a responsabilidade do jurista”. Para um estudo sobre a contribuição do pensamento ascarelliano sobre o direito monetário brasileiro, v. a conferência de Arnoldo Wald, intitulada “A teoria da moeda de Tullio Ascarelli e suas repercussões no direito brasileiro”, publicada na *Revista de Direito Mercantil*, n. 38, abril-junho/1980, pp. 47 e ss.

¹² Cf. Cláudia Lima MARQUES, Sociedade de Informação e Serviços Bancários: Primeiras Observações, in *Revista de Direito do Consumidor* n. 39, julho/setembro de 2001, p.71. Opina essa ilustre autora, em seguida, no sentido de que “a ‘performance’ ou prestação adequada de serviços de home banking deveria incluir o direito do consumidor de ter a cópia do contrato, da transação ou da ordem dada de uma forma perene”, informando, em nota de rodapé, com base em autores como Oliveira Ascensão, Antonio Pinto Monteiro e Peter Mankowski, já ser assim no continente europeu.

¹³ Quando me refiro à visão antropocêntrica que tenho do Direito, quero diferenciá-la, sobretudo, daquelas “ideologias ou sistemas que consideram o homem enquanto membro de certa comunidade, e visam adaptar esse homem, em particular as normas e os princípios de comportamento jurídico”, conforme memorável aula proferida por San Tiago Dantas, em 1948, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Essa minha concepção corresponde ao *humanismo jurídico* preconizado por esse nosso grande jurista, que passa sobre as “diferenciações grupais ou regionais em que o homem se particulariza, tendendo a adequar os preceitos ao homem, universalmente considerado, partindo – naturalmente – da tese de sua igualdade fundamental”.

¹⁴ Cf. *O homem e a técnica* (tradução de João Botelho, 2. ed. Lisboa: Guimaraes Editores, 1993). Ao conceber o individualismo como espécie de reação contra a psicologia de massas, faz o filósofo a seguinte análise: “É a última rebelião da alma do predador contra o cativo cultural, é a última tentativa para subtrair-se à nivelção anímica e espiritual, de que o fenômeno das ‘massas’ é o agente e o padrão. E assim surgem os tipos de vida do conquistador, do eremita e até de boêmios e criminosos. Para fugir à absorção das massas, ou a fuga perante elas, ou o desprezo por elas. A ideia de personalidade, nas suas mais obscuras origens, é um protesto contra a humanidade enquanto ‘massa’; a tensão entre os antagonistas segue em crescendo, até atingir o seu trágico desenlace.”

¹⁵ Cf. Jürgen HABERMAS. *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, n. 18, Cebræ, setembro de 1987, p.103.

¹⁶ Cf. Georges GUSDORF, *A agonia da nossa civilização*, São Paulo: Editora Convívio, 1978, pp. 80/81, onde se pode ler o seguinte: “O espaço-tempo da modernidade não possui mais centro absoluto,

nem horizonte determinado uma vez por todas: seus horizontes se transferem para mais longe, à medida que o homem se desloca. A ideia de que o destino de cada um é uma peregrinação, uma busca do centro, uma longa caminhada em direção ao lugar santo, o foco de verdade que dá valor à vida perde seu sentido num espaço-tempo dessacralizado. Nunca o homem foi tão móvel como agora; jamais caminhou tanto nas estradas do mundo; mas ele caminha para caminhar. O homo circulator, que substituiu o homo viator, não tem um fim determinado no seu nomadismo através do espaço. O automobilista, o turista do planeta, absorvem-se na procura de uma circulação sem razão e sem fim. Incansavelmente ele empreende vencer a distância que o desafia; sua vida é uma corrida através da distância, sem esperar jamais alcançá-la.”

¹⁷ Cf., a propósito, a interessante investigação de Eduardo Gianetti, levada a cabo em sua obra intitulada *Felicidade*, (São Paulo: Companhia das Letras, 2002) na qual o autor, utilizando-se do método dialógico estabelecido entre quatro amigos, ex-colegas de faculdade, interroga-se instigantemente porque as promessas do iluminismo europeu ficaram apenas a meio caminho de seu cumprimento, já que o progresso técnico não foi acompanhado do aprimoramento ético e político dos homens, como era de se esperar...

¹⁸ A palavra *paradigma* (originária do grego *parádeigma* = modelo ou exemplo), com sua aplicação para o campo do Direito, foi muito bem investigada pelo professor Antonio Junqueira de Azevedo (“Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos”, in *Revista dos Tribunais*, v. 775, ano 89, maio de 2000, pp.11 e ss., especialmente pp. 15/16), sendo inteiramente aplicável ao sentido que lhe emprestarei no presente trabalho. Baseouse o citado professor em obra de Thomaz Kuhn, conhecido historiador das ciências (*A estrutura das revoluções científicas*, p. 262), que assim explicou o paradigma: “É uma espécie de modelo de problema e solução que os operadores de uma determinada área do conhecimento usam para as questões com que se defrontam”.

¹⁹ Sobre a notória inadequação de dar-se ao avanço tecnológico um caráter puramente maniqueísta, assim se manifestou Pierre Lévy (*Cibercultura*, São Paulo: Editora 34, 2ª reimpressão, 2001, p.11): “*Aqueles que denunciam a cibercultura hoje têm uma estranha semelhança com aqueles que desprezavam o rock nos anos 50 ou 60. O rock era anglo-americano, e se tornou uma indústria. Isso não impediu, contudo, de ser o porta-voz das aspirações de uma enorme parcela da juventude mundial. Também não impediu que muitos de nós nos divertíssemos ouvindo ou tocando juntos essa música. A música pop dos anos 70 deu uma consciência a uma ou duas gerações e contribuiu para o fim da Guerra do Vietnã. É bem verdade que nem o rock nem a música pop resolveram o problema da miséria ou da fome no mundo. Mas isso seria razão para ‘ser contra?’*” Em outra passagem dessa mesma obra (p.12) o citado autor assinalou: “*Não quero de forma alguma dar a impressão de que tudo o que é feito com as redes digitais seja ‘bom’. Isso seria tão absurdo quanto supor que todos os filmes sejam excelentes. Peço apenas que permaneçamos abertos, benevolentes, receptivos em relação à novidade. Que tentemos compreendê-la, pois a verdadeira questão não é ser contra ou a favor, mas sim reconhecer as mudanças qualitativas na ecologia dos signos, o ambiente inédito que resulta da extensão das novas redes de comunicação para a vida social e cultural. Apenas dessa forma seremos capazes de desenvolver estas novas tecnologias dentro de uma perspectiva humanista.”*

²⁰ Não deixa de ser curioso assinalar a previsão feita pelo nosso escritor Monteiro Lobato, num romance intitulado *O Presidente Negro*, ao imaginar, para o ano de 2228, numa espécie de antecipação profética, um sistema de comunicação semelhante ao correspondente da *internet* de hoje. Tal observação ganha relevo, a meu ver, pela circunstância de que o citado autor, não obstante o reconhecimento inquestionável de seu talento literário foi sempre apontado como homem de visão conservadora, tendo em vista a sua não adesão e contundente crítica (no ensaio intitulado *Mistificação ou Paranoia?*) ao Movimento Modernista de 1922, liderado pelos nossos grandes poetas Mário de Andrade e Oswald de Andrade. Tempos antes de Monteiro Lobato, porém – mais precisamente no ano de 1863 -, Júlio Verne escreveu, em sua obra *Paris no Século XX*, o seguinte (apud John MALONE, *O futuro ontem e hoje, de Júlio Verne a Bill Gates*, Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p. 2). “*A telegrafia fotográfica, inventada durante o último século por Giovanni Caselli de Florença, permitia a transmissão fac-símile de qualquer forma escrita ou ilustração, de manuscritos ou impressos, e as cartas de crédito ou contratos agora podiam ser assinados a uma distância de cinco mil léguas.*”

²¹ Cf. Revista trimestral de informação do Ministério das Relações Exteriores, intitulada *Label France*, n. 38, janeiro de 2000, p. 3.

²² *Digital*, no campo da informática, significa algo relativo aos valores binários, assim como em aritmética a mesma palavra denota *dígito* ou *número*. *Digitalizar*, então, nada mais é do que transformar os sinais do texto, imagens, sons e vídeo, em linguagem binária, vale dizer, num conjunto de zeros e uns, conforme ensinamento de Andrea Viviana Sarra (*Comercio electrónico y derecho*, Buenos Aires: Ed. Astea, 2000, p. 73). Já no âmbito da anatomia, *digital*, como se sabe, de origem muito mais antiga, deriva do latim *digitus*, que quer dizer dedo, das mãos ou dos pés. A *impressão digital*, destarte, designa o método de identificação que se utiliza da imagem obtida dos dedos. Penso que o esclarecimento – que há de parecer deveras rudimentar a muitos – deve ser necessariamente feito em razão do que já ouvi a respeito. Afinal de contas, como costume dizer muito amiúde, recordando o nosso saudoso Nelson Rodrigues, é preferível repetir o óbvio a elaborar sobre o abstruso...

²³ *Títulos e contratos eletrônicos*: o advento da Informática e seu impacto no mundo jurídico, publicado na obra coletiva *Direito e internet – aspectos jurídicos relevantes*, editados pela Edipro em convênio com o Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor de *Internet* – IBCI, 1a. ed. São Paulo, 2000.

²⁴ Contra uma expressiva maioria, continuo a preferir a expressão *espaço cibernético* a *ciberespaço*, conforme já me manifestara em *Títulos e contratos eletrônicos...*, obra coletiva cit., p. 43, nota de rodapé n. 31. Sem embargo da ampla discussão possível no plano filológico, o fato é que a palavra *ciberespaço* nem era encontrada em nossos dicionários, constituindo-se, pois, num barbarismo. Já em inglês, *cyberspace* é termo dicionarizado e quer dizer *espaço cibernético*. Dizer-se que *ciber* poderia ser usado pelo fato de já existir, como prefixo de *Cibernética*, não aproveita em nada, porquanto essa última palavra deriva do grego, *Kubernetikê*, ou *piloto*, a mesma palavra grega da qual tenha sido derivada, talvez, a palavra *governador*. Não sendo *ciber* ou *cyber* propriamente um prefixo, quer em português, quer em inglês, o uso de *ciberespaço* ou de *cyberspace*, respectivamente, dependerá de sua adoção pela

ortografia oficial. Diz Norbert Wiener (*cibernética e sociedade, o uso humano de seres humanos*, tradução de José Paulo Paes, Editora Cultrix, São Paulo, s/d, p. 15) ter descoberto “casualmente, mais tarde, que a palavra já havia sido usada por Ampère com referência à ciência política e que fora inserida em outro contexto por um cientista polonês; ambos os usos datavam dos primórdios do século XIX”. Não obstante essa minha preferência, porém, estarei me utilizando no decorrer do trabalho e em eventuais traduções da palavra *ciberespaço*, exclusivamente pela circunstância de seu repetido uso entre nós.

²⁵ Cf. *Cibercultura*, cit., p. 21.

²⁶ Cf. Andrea Viviana SARRA, *Comércio eletrônico y derecho*, pp.15/16.

²⁷ Cf. Esther MORÓN, *Internet y derecho penal: ‘hacking’ y otras conductas ilícitas en la red*, in Revista de Derecho y Proceso Penal, p. 79.

²⁸ Cf. Nicholas NEGROPONTE. *A vida digital*. 2. ed. Tradução de Sérgio Tellaroli, São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2001, p.17.

²⁹ Pouco mais adiante (p. 11), esse autor explica que as coisas com as quais interagimos encontram-se, na verdade, apartadas, embora a nossa sensação seja de continuidade. E remata: “Final, este livro (um veículo bastante analógico) cerca de 1 000 000 000 000 000 000 000 000 de átomos” ou, simplesmente, para facilitar a nossa leitura, um septilião deles...

³⁰ Cf. *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, p. 9) e, posteriormente, in *O Direito Civil no Século XXI* (obra coletiva coordenada por Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa, São Paulo: Saraiva, 2003, pp.73 e ss.)

³¹ 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”.

³² 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 comme le téléphone, le minitel, la radio, le telex, ou la télévision” (extrait 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. 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, n. 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*.

³³ 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, n. 36, outubro-dezembro de 2000, p. 105.

³⁴ 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)

³⁵ www.ebitempresa.com.br (acessado em 14.09.2012)

³⁶ www.e-commerce.org.br (acessado em 14.09.2012)

³⁷ www.procon.sp.gov.br (acessado 14/09/2012)

³⁸ 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*.

³⁹ Marco Aurélio GRECO, *Internet e Direito*, São Paulo: Dialética, 2000, p.11.

⁴⁰ 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'informática*, 1999, pp. 591/607.

⁴¹ Cf. Elsa Dias de Oliveira, *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, Ed. Almedina, Coimbra, 2002.

⁴² Cf. *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, pp. 218/219.

⁴³ Primeiramente em *Tratado de los Contratos*, Argentina, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, abril de 2000, Tomo III, Capítulo LXV VII, *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.

⁴⁴ 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*)”.

⁴⁵ 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 Tabelaio, 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, a responsabilidade dos provedores e assim por diante.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ *Curso de direito comercial*, Saraiva, 2000, v. 3, p. 49.

⁴⁸ *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*, v. 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*, v. 775, ano 89, maio de 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

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*, v. 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, n. 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 e 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.

_____. Direito de arrependimento no âmbito do comércio eletrônico. *Revista da Academia Paulista de Direito*, coordenação Rogério Donnini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo, 03, ano 2, jan./jun. 2012, São Paulo: Fiúza, 2012, pp.79 a 111.

FINKIELKRAUT, Alain. *Revista trimestral de informação do Ministério das Relações Exteriores*, intitulada Label France, n. 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: 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*, n. 18, Cebrac, setembro de 1987.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*, São Paulo: Editora 34, 2ª 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 Proceso Penal*, n. 1, Pamplona: Arazandi Editorial, 1999,

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; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão, in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 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.

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, Arnaldo. A teoria da moeda de Tulio Ascarelli e suas repercussões no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 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.

ZANELLATO, Marco Antônio. Condutas ilícitas na sociedade digital, in *Revista do Direito do Consumidor*, n. 44, outubro-dezembro de 2002.

O CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS COM AS OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

ROBERTO GRASSI NETO*

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de
São Paulo (USP)

Professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas
Unidas – FMU

RESUMO

Procura-se abordar no presente artigo a análise da problemática da assistência suplementar à saúde na realidade do consumidor, cuja proteção pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem sido questionada nos tribunais; nas alçadas inferiores tem-se optado por sua primazia, ao passo que as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), excetuando-se o Enunciado 302 de sua Súmula de Jurisprudência, têm privilegiado a aplicação da Lei 9.656/98, sob a justificativa de sua especialidade. Sem deixar de discorrer a respeito do impacto das Leis 9.656/98 (Planos de Saúde) e 10.741/03 (Estatuto do Idoso) nos contratos celebrados anteriormente ao início de suas respectivas vigências, busca-se, ainda, analisar as cláusulas essenciais dos contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde, com especial enfoque no princípio do mutualismo e na disciplina dos reajustes das mensalidades por faixa etária

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze issues related to supplementary health care provision within the consumers' reality, whose protection by the Consumer Defense Code (CDC) has been argued in the courts: lower courts have been applying the CDC, while the decisions of the Superior Court of Justice (STJ), except for Precedent nº 302 of its Case Law Summaries, have rather privileged the application of Act 9.656/98, under the justification of its specialty. Despite not setting aside the impact of Act 9.656 (Health Plans) and Act 10.741/03 (Elderly Act) in agreements made before such laws came into force, the purpose herein is to analyze fundamental cost coverage clauses in welfare and health plan agreements, focusing particularly on the principle of mutualism and on the monthly payment adjustment system according to the age bracket

1. Evolução legislativa no âmbito da saúde suplementar no Brasil

1.1. Antecedentes

A questão da saúde, embora seja uma das mais antigas em nosso país, ganhou regramento oficial pela primeira vez apenas no início do século XX, quando foi editado o Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923, denominado Lei Eloy Chaves, implantando a previdência social no país. Foi por mencionado texto legal que se procedeu à criação das denominadas “caixas de aposentadorias e pensões” para os empregados das empresas ferroviárias, que passaram a ter direito à aposentadoria por invalidez, à aposentadoria por tempo de contribuição (aposentadoria ordinária), à pensão por morte e à assistência médica. Conquanto restrita em seu âmbito de aplicação, a Lei Eloy Chaves teve suma importância, não apenas por possibilitar o surgimento de incontáveis caixas de aposentadoria e pensões, mas também por ter despertado a atenção do legislador para a necessidade de disciplinar o setor previdenciário.

A atividade dos planos de saúde, por sua vez, teve origem na década de 1960, no Estado de São Paulo, como consequência indireta da industrialização, uma vez que o modelo de saúde pública havia se demonstrado insuficiente para atender às necessidades da população. A proposta inicial era extremamente simples e, apesar de ser inovadora no Brasil, lastrava-se em modelo já adotado nos EUA desde a década de 1930. Médicos se reuniam nas então denominadas empresas de medicina de grupo, para prestar cobertura através de pagamento previamente realizado. O êxito com o qual a empreitada foi coroada abriu caminho, então, para o surgimento das cooperativas de serviços médicos, das empresas de autogestão, das seguradoras e das entidades filantrópicas¹. Em julho de 2009, a ANS permitiu, ainda, o surgimento de nova modalidade, correspondente às empresas administradoras de benefícios médicos², pessoas jurídicas que, dentre outras atividades, propõem a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que prestam serviços para outras pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde de natureza coletiva.

Nas décadas seguintes, em especial nas de 1980 e 1990, graças à fragilidade do modelo estatal, conjugada à grande facilidade que as operadoras encontravam para oferecer planos de saúde no mercado, o sistema privado de saúde acabou alcançando grande desenvolvimento no Brasil. Os altos índices inflacionários, por sua vez, asseguravam a possibilidade de serem oferecidos planos com valores de mensalidade extremamente baixos, uma vez que as despesas das operadoras também seriam reduzidas em razão da desvalorização da moeda.

Com grande propriedade, Freire³ observa terem sido, paradoxalmente, esses mesmos fatores os responsáveis pela grande crise que se instalou à época. Em primeiro lugar, a atividade das operadoras perdera seu caráter secundário na área da saúde, para assumir papel essencial, tamanha era a ineficiência do setor público; além disso, inúmeras cláusulas reputadas como abusivas passaram a ser inseridas nos contratos. Contribuiu, ainda, para o quadro desfavorável o fato de a inflação ter chegado a patamares tão elevados a ponto de ensejar a necessidade de correção diária de valores. Mesmo as empresas que haviam se adaptado a tal situação acabaram recebendo novo golpe, agora em razão da estabilização da moeda após a implantação do Plano Real, em 1994. Aquelas que haviam perdido a noção de preço justo e adequado acabaram, com efeito, sendo levadas à quebra com o término do período inflacionário.

Atualmente a atuação das operadoras de plano de saúde encontra seu fundamento legal na CF de 1988, na Lei 9.656/98 (que regula os planos de saúde), na Lei 9.961/00 (que cria e dispõe sobre a ANS), nas resoluções do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) e da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar. Cumpre igualmente ressaltar que o cabimento ou não da aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde é questão das mais controvertidas e vem sendo objeto de intensos debates na doutrina e na jurisprudência.

1.2. A proteção ao consumidor e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e no CDC

A legislação brasileira disciplinando as relações de consumo está consubstanciada, basicamente, na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o denominado Código de Defesa do Consumidor, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”.

Ao contrário do ocorrido com outros tantos diplomas existentes na legislação comparada – como o *Code de la Consommation* francês, compilação de textos legais procedida por determinação da então ministra do consumo, Mme. Lalumière –, o legislador brasileiro empreendeu sua obra no âmbito do direito do consumidor cumprindo vontade manifestada pela Assembleia Nacional Constituinte, no sentido de ter sido feito trabalho efetivo de codificação que dispusesse por completo sobre a matéria.

Ocorre que, tratando da proteção ao consumidor em diferentes dispositivos, a Constituição Federal acabou por dispor sobre a matéria sob enfoques diversos.

O inciso XXXII do art. 5º do texto de 1988, por exemplo, eleva tal proteção à qualidade de direito fundamental⁴.

A “defesa do consumidor” veio novamente mencionada dentre os princípios gerais da atividade econômica, constantes do capítulo I, do título VII, que trata da ordem econômica e financeira⁵. Com efeito, o art. 170 da CF/88 reza deve ser observada, dentre outros princípios, a defesa do consumidor na organização da ordem econômica, objetivando assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Mencionada “defesa do consumidor” deve, pois, ser considerada princípio fundamental⁶ expresso⁷ na Constituição. Esse caráter “fundamental” advém, por um lado, da circunstância de não estar lastrado em princípios ou normas de caráter axiológico que lhe sejam superiores; por outro, do fato de, ao mesmo tempo, direcionar, inspirar e servir de fundamento para as normas que integram o sistema.

O tema foi abordado ainda uma vez mais, por ocasião da elaboração das disposições transitórias, tendo o Congresso Nacional estabelecido no art. 48 do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) prazo de 120 dias, contados a partir da promulgação da Constituição, para a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor⁸.

Materializado na Lei 8.078/90 e regulamentado pelo Decreto 2.181/97, o Código de Defesa do Consumidor nasceu, assim, com matriz constitucional, tendo sido o primeiro regramento específico do mercado de consumo no Brasil.

Consoante seu art. 1º, o CDC estabeleceu normas de ordem pública e interesse social, cujo objetivo primordial era a proteção e a defesa do consumidor, e é reputado pela doutrina como sendo um entrelaçado normativo-principiológico lastrado na Constituição Federal.

Anteriormente à sua edição, as questões concernentes às relações de consumo vinham regidas pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, textos centrados na liberdade contratual e nos interesses do indivíduo. O advento do Código de Defesa do Consumidor correspondeu à mudança de paradigma no ordenamento jurídico infraconstitucional, do individual para o coletivo, que iria consolidar-se apenas doze anos depois, com o advento do CC de 2002.

O legislador do CDC determinou os conceitos de consumidor, de fornecedor, de produto e de serviço, deixando para a doutrina o conceito de relação de consumo.

Consumidor pode ser conceituado como sendo toda pessoa física ou jurídica que, na qualidade de destinatário final, venha a adquirir ou a utilizar bens ou serviços dotados de valor econômico, sem o intuito de empregá-los quer na fabricação, na transformação ou na distribuição de bens, quer na prestação de serviços no âmbito de qualquer atividade empresarial ou profissional. A doutrina acabou, ainda, consolidando-se no sentido de dever tal conceito necessariamente associar a ideia de “destinatário final” àquela de vulnerabilidade, consubstanciada no art. 4º, I, do

CDC, pois a intenção do legislador teria sido de reputar consumidor tão somente aqueles destinatários finais de produto ou serviço que se apresentem mais frágeis.

Fornecedor, por sua vez, será toda pessoa física ou jurídica, de natureza pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolva atividade tipicamente profissional, de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos, ou que desempenhe atividade ofertada ao mercado de consumo, mediante remuneração direta ou indireta.

O art. 3º, § 3º, do CDC, por fim, enuncia o conceito de serviço como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

O CDC, com supedâneo no já mencionado princípio fundamental de defesa do consumidor, reconheceu igualmente a existência de inúmeros outros princípios norteadores das relações de consumo, tais como o princípio da boa-fé objetiva (como tal considerada a lisura na conduta das partes contratantes), o princípio da equidade, o princípio da transparência, bem como aquele que é seu consectário, o princípio da informação⁹. O legislador de 1990 inovou, ainda, no âmbito da responsabilidade civil, que deixou de ser subjetiva e passou a ser objetiva e solidária enquanto regra.

O direito à saúde, por sua vez, foi reputado pelo texto constitucional como direito inalienável, restando previsto no título concernente aos direitos e garantias fundamentais da CF/88 (art. 6º¹⁰).

Em seu art. 196, o texto constitucional estabelece, ainda, ser a saúde direito de todos e dever do Estado, a ser garantido por meio do estabelecimento de políticas sociais e econômicas com vistas à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como objetivando o acesso universal e igualitário às ações e serviços empreendidos para sua promoção, proteção e recuperação¹¹.

Conquanto parta-se do pressuposto de que o Estado deverá prestar, em condição de igualdade, atendimento médico a todos aqueles que dele necessitarem, o legislador constitucional deixou aberta, no art. 199 do texto de 1988¹², a possibilidade para a iniciativa privada atuar de modo complementar, na hipótese do Serviço Único de Saúde não poder, ele próprio, realizar o serviço.

1.3. A reforma da estrutura do Estado e o surgimento das agências reguladoras

Partindo da premissa de que a crise brasileira da década anterior fora também uma crise do Estado, uma vez que este se desviara de suas funções

básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o governo federal decidiu alterar os rumos da política federal e, para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia, determinou, em 1995, a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, definindo objetivos e estabelecendo diretrizes para a reforma da administração pública brasileira, cujo diagnóstico serviu de base para as propostas de emenda constitucional que o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional, com vista às reformas nas áreas administrativa e previdenciária.

Buscando criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais, mencionado Plano Diretor empreendeu a descentralização do setor público não estatal da execução de serviços que não envolvessem “o exercício do poder de Estado”, mas devessem ser por ele subsidiados, “como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica”¹³.

Criou-se, com isso, vasto programa de privatizações pelo qual se transferiu a tarefa da produção para o setor privado, uma vez que este a realiza, em princípio, de forma mais eficiente.

O Estado acabou por reduzir sua função de executor ou de prestador direto de serviços, mantendo-se, entretanto, “no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano”¹⁴.

Abria-se, desse modo, o caminho para a regulamentação do setor de saúde suplementar, que viria a ocorrer três anos depois, em 1998.

1.4. Advento da legislação específica de saúde suplementar (Lei 9.656/98 e medidas provisórias)

Por trazer nova disciplina para o mercado dos planos de saúde, a Lei 9.656/98 é atualmente considerada verdadeiro marco regulador em matéria de saúde suplementar. Ao longo de seus quatorze anos de vigência, sua redação foi profundamente alterada por diversas medidas provisórias, cujo texto, após a EC 32/01, que banuiu a possibilidade de reedição, acabou tendo sua vigência prorrogada indefinidamente¹⁵.

O texto de lei originalmente aprovado pelo Congresso trazia muitas deficiências. O governo, então, optou por, já no dia seguinte à publicação da Lei 9.656/98, de 4 de junho de 1998, editar medida provisória (MP 1.665) que incorporasse ao texto as modificações que o Poder Executivo, os parlamentares e os setores de saúde suplementar haviam acordado como sendo fundamentais para o correto funcionamento do sistema.

A legislação foi inovadora, estabelecendo, dentre outras medidas: a) a necessidade de autorização e obediência a regras uniformes para que as operadoras possam funcionar¹⁶; b) possibilidade de intervenção do poder regulatório junto às operadoras¹⁷; c) exigência de disponibilidade de instalações, de recursos humanos mínimos por parte das operadoras, assim como da viabilidade econômico-financeira dos planos privados por ela propostos, de tal sorte a demonstrar sua capacidade para atendimento e atuação¹⁸; d) imposição de que a assistência à saúde ocorra necessariamente de modo integral¹⁹; e) possibilidade de oferecimento de planos com coberturas diferentes, desde que seja assegurado um padrão mínimo obrigatório de cobertura²⁰; f) vedação ao emprego do procedimento de seleção de risco, considerado discriminatório²¹; g) proibição de denúncia, de suspensão, ou de rescisão unilateral do contrato²²; h) elaboração de definições; i) limitação de carências²³ e; j) controle de reajuste de preços, inclusive no que concerne à adoção do sistema de faixas etárias²⁴.

As principais alterações acrescentadas à legislação de saúde suplementar pelas sucessivas medidas provisórias são as seguintes: a) criou-se o CONSU (Conselho de Saúde Suplementar²⁵); b) condicionaram-se eventuais aumentos das mensalidades dos consumidores com mais de sessenta anos de idade à autorização prévia da ANS²⁶; c) a questão da cobertura de doenças e lesões preexistentes passou a ser objeto de regulamentação específica pela ANS²⁷.

A partir da edição da Lei 10.185/01, transferiu-se para a ANS a competência para supervisionar o seguro-saúde no Brasil que, até então, era da SUSEP²⁸.

1.5. A Lei 9.961/00 e a criação da ANS

Como mencionado anteriormente, a diminuição do inchaço do aparelho estatal, mediante a criação de denominadas agências reguladoras, foi um dos reflexos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Por primeiro, surgiram agências nos segmentos de infraestrutura que haviam sido privatizados (Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica; Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações; e ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis). Em seguida, foram organizadas as agências com função precipuamente social (Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar)²⁹.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem natureza jurídica, consoante dispõe o art. 1º e parágrafo único da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000³⁰, de autarquia de natureza especial, vinculada ao Ministério da Saúde. É destinada a atuar como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades de prestação de serviços complementares à saúde, mediante inibição

de práticas lesivas ao consumidor, e estímulo de comportamentos que reduzam os conflitos de interesse e promovam a estabilidade do setor.

Contando com independência decisória e técnica, e com autonomia financeira, administrativa e gerencial, a ANS é conduzida por diretoria colegiada, cujos cinco integrantes têm mandato fixo, não coincidente e nomeação condicionada à aprovação pelo Senado Federal.

Como mencionado, sua missão consiste em promover, de modo imparcial, a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, inclusive nas relações com prestadores e consumidores, e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

A função regulamentar da ANS vem prevista na Lei 10.185/01, devendo ela pautar o seu próprio agir pela obediência não apenas às regras da Lei 9.656/98, mas também aos princípios e regras contidos no CDC, sob pena de seus atos administrativos serem eivados de nulidade.

Observe-se, porém, que, assim como as demais agências reguladoras, a ANS não é órgão de defesa do consumidor e, portanto, não integra o denominado Sistema de Defesa do Consumidor. Assim, ao exercer sua função de fiscalização, a ANS poderá exigir das operadoras de plano de saúde apenas o cumprimento da legislação específica dos planos de saúde – integrada basicamente pela Lei 9.656/98 e pelas resoluções normativas por ela editadas – e não o que consta na lei do consumidor.

Cumpre igualmente ressaltar que os atos de regulação do mercado de saúde pela ANS, independentemente de sua natureza administrativa, devem ser, em princípio, reputados legítimos e autoaplicáveis. Dotados de força coercitiva, referidos atos são, assim, exigíveis desde logo, exatamente por não dependerem de regulamentação. Sua constitucionalidade, por sua vez, poderá ser analisada de modo incidental apenas por magistrado, em ação proposta pela parte prejudicada.

1.6. A Lei 10.741/03 e a proteção do idoso

Com o advento da Lei 10.741/03, que instituiu o Estatuto do Idoso, o legislador passou a atribuir direitos específicos para as pessoas idosas, assim consideradas aquelas que atingissem idade igual ou superior a sessenta anos. Dentre tais direitos, consoante reza o art. 15, § 3º, estabeleceu-se ser vedada “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

O legislador brasileiro empreendeu sua obra no âmbito do direito do consumidor cumprindo vontade manifestada pela Assembleia Nacional Constituinte

Mencionada regra, que será adiante abordada, implicou, na prática, a proibição de reajustes com base no critério de idade nas mensalidades de planos de saúde, após o consumidor ter completado sessenta anos de idade.

2. Natureza jurídica do contrato de plano de saúde e os princípios básicos do seguro aplicáveis à atividade de saúde suplementar

Os contratos objetivando estabelecer plano privado de assistência à saúde têm natureza jurídica bilateral e aleatória, uma vez impõem obrigações recíprocas entre as partes contratantes e condicionam a cobertura a acontecimento futuro e incerto, consistente na presença de doença ou de lesão por parte do segurado ou beneficiário por ele previamente indicado.

Referidos contratos de plano de saúde constituem exemplo da estrutura “em rede”, utilizada pelos fornecedores na organização de suas cadeias de prestação ao consumidor, com fornecedores diretos e indiretos. Essa rede é caracterizada pelo fato de cada contrato ter por objeto, sucessivamente, a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação.

Pode-se afirmar, ainda, que a obrigação versada na relação jurídica é de trato sucessivo e continuado, já que sua execução protraí-se no tempo para todas as partes envolvidas. Não por outra razão, Cláudia Lima Marques os denomina “contratos cativos de longa duração”³¹, na medida em que envolvem fornecedores e consumidor por muitos anos, em relação que visa assegurar tratamento médico-hospitalar ao consumidor e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo sua saúde, a de sua família e a de dependentes ou beneficiários. Ronaldo Porto Macedo, por sua vez, prefere a expressão “contratos relacionais de consumo”³².

As obrigações decorrentes de contrato firmando plano de saúde são essencialmente idênticas, em sua natureza, àquelas decorrentes do contrato de seguro. Exatamente por tal razão, a instituição tanto de seguro como de plano de saúde estará sujeita sempre ao preenchimento dos mesmos requisitos; de igual modo, em ambas as situações, os contratos são regidos, desde sua formação até sua execução, por princípios comuns.

Dentre as espécies de seguro mais comuns destacam-se, com efeito, o seguro de coisas, o de pessoas e o de responsabilidade civil. O seguro-saúde nada mais é do que uma modalidade particular do seguro de pessoas, pelo qual uma das partes assegura à outra, diretamente ou mediante reembolso, a prestação de serviços médico-hospitalares.

O contrato de seguro vem conceituado no art. 757 do CC de 2002 como sendo o pacto pelo qual uma das partes, o segurador, se obriga, mediante recebimento do prêmio, a garantir interesse legítimo do outro contratante, o segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

A noção acima nos permite destacar a presença de três elementos essenciais do seguro: o risco, a mutualidade e a boa-fé.

A ideia de *risco*, invariavelmente atrelada àquela de perigo, é conceituada pela doutrina como sendo “possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes”³³. O segurador obriga-se, pois, a ser garantidor do risco do segurado, mediante assunção das consequências econômicas da materialização desse mesmo risco em dano, na hipótese de sinistro.

Mencionados riscos contratuais podem ser de ordem objetiva ou subjetiva. Os primeiros envolvem fatos ou situações da vida em geral que possam ensejar a ocorrência de danos; os últimos são aqueles concernentes a situações particulares, concernentes ao perfil de cada um dos segurados.

A *mutualidade*, por sua vez, consiste na ideia de integrantes de um mesmo grupo se assegurarem uns aos outros contra riscos aos quais estão expostos, mediante formação de fundo comum que seja hábil para cobrir prejuízos de eventuais danos que venham a suportar.

Dito elemento (mutualidade) pode ser inferido da afirmação contida no texto do citado art. 757 do CC, no sentido de que o segurador responde tão somente pelos riscos predeterminados no contrato. O legislador, com efeito, ao destacar serem indenizáveis apenas os riscos considerados no cálculo atuarial utilizado para fixar o valor do prêmio a ser pago pelo segurado, procurou manter o equilíbrio econômico contratual. Riscos outros que não os previstos, assim, não poderão ser objeto de cobertura. Não por outra razão, o legislador determinou (art. 760 do CC) que os riscos assumidos, bem como o início e o fim de sua validade e o limite da garantia, constem necessariamente da apólice ou do bilhete de seguro.

Prevista no art. 765 do CC de 2002, a *boa-fé*, por fim, nada mais é do que a exigência de retidão recíproca das partes contratantes em seu proceder na conclusão e na execução do contrato, tanto naquilo que diga respeito a seu objeto, quanto às circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Como já mencionado, além de apresentarem os mesmos elementos, os contratos de seguro e de planos de saúde são regidos por princípios comuns.

Assim sendo, em obediência ao princípio da boa-fé objetiva, o beneficiário de plano de saúde não deverá omitir qualquer tipo de lesão ou doença pré-existente dos quais tenha ciência ao tempo da celebração do contrato. De igual modo, não há como estender a cobertura dos planos de saúde a situações não contempladas no cálculo das mensalidades sem que isso acarrete desequilíbrio contratual.

3. Cláusulas essenciais dos contratos de assistência à saúde

As cláusulas essenciais, que devem vir direta ou indiretamente contidas em um contrato de plano de saúde, vêm enumeradas no art. 16 da Lei 9.656/98 e na IN 22, de 8 de outubro de 2009, da ANS:

A – Condições de admissão em plano de saúde

É descabida qualquer restrição ao ingresso de pessoa natural como beneficiária de plano de saúde; pode ela, pois, estar internada há meses em UTI de hospital e, mesmo assim, pleitear seu ingresso em plano de saúde. Nos contratos coletivos empresariais, porém, apenas poderão ser beneficiárias aquelas pessoas que tenham vínculos estatutários ou empregatícios com a pessoa jurídica (ou dependentes a elas ligados); nos contratos por adesão os vínculos são associativos. Somente poderão ser beneficiárias de plano de saúde empresarial ou por adesão as pessoas que apresentarem essas características de elegibilidade. Aquele que não for empregado, não tiver vínculo estatutário, ou não for tiver ligação com associação não poderá figurar como beneficiário de plano de saúde coletivo; se, contudo, assim mesmo for neste admitido, a ANS determina que seus contratos sejam reputados como sendo individuais.

B – Início de vigência do plano de saúde

O contrato de plano de saúde inicia sua vigência a partir do momento em que tiver sido assinado pelo consumidor, pago seu preço, ou em havendo inclusão de terceiros na qualidade de dependente de um titular, o que ocorrer primeiramente. O contrato, não obstante, pode estar vigente mas não estar com sua eficácia imediata. Isso porque, em decorrência do princípio da boa-fé, as coberturas terão que observar período determinado de tempo após o início de vigência. Estamos diante da questão das carências ou da denominada cobertura parcial temporária.

A legislação prevê que os contratos individuais tenham cobertura³⁴: a) 24 horas após a assinatura para urgências e emergências; b) após 300 dias para parto a termo; c) 180 dias para as demais hipóteses, salvo para doenças preexistentes, quando o prazo será de 24 meses após assinatura.

Nos planos coletivos, a regra é diversa. Se o plano coletivo é empresarial e tiver mais de 30 beneficiários, não é necessário carência. Se o contrato for por adesão, porém, prevê-se prazo de 24 meses para toda e qualquer lesão ou doença preexistente.

Até o ano de 1999, se o consumidor desejasse mudar de plano de saúde precisaria aguardar a fluência de novo período de carência. Com a edição da Resolução Normativa 186/99 da ANS, reconheceu-se ao consumidor de planos de saúde individual ou familiar que tenham sido contratados posteriormente a 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei 9.656/98 o denominado “*direito à portabilidade*”, pelo qual lhes é assegurado migrar de operadora de plano de saúde sem que seja necessário o cumprimento de novos períodos de carência.

O exercício da portabilidade, contudo, ficava condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) adimplência junto à operadora do plano de origem; b) estar vinculado há pelo menos dois anos na operadora de origem ou há três anos caso tenham cumprido a cobertura parcial temporária³⁵; c) o plano de destino estar em tipo compatível com o do plano de origem e ser de faixa igual ou inferior àquela do plano de origem; d) a solicitação ser efetuada apenas no período entre o mês de aniversário do contrato e o mês subsequente³⁶.

O direito à saúde
foi reputado
pelo texto
constitucional
como
direito inalienável

A iniciativa da ANS foi, sem dúvida louvável, sendo particularmente útil para idosos e pessoas portadoras de doenças ou lesões preexistentes.

De início, porém, referida Resolução Normativa 186/99 pouco repercutiu no mercado de planos de saúde em geral, na medida em que a regra não se aplicava à grande massa consumidora, constituída pelos usuários de planos coletivos, nem tampouco àqueles consumidores que haviam optado por não adaptar seus contratos à normatização de 1998. O próprio mercado, ademais, já regulava a matéria de modo indireto, ao oferecer a compra de carência em condições ainda mais vantajosas do que aquelas asseguradas pela resolução da ANS.

Constatando-se a necessidade de normatizar a proposta de modo mais amplo, de tal sorte a permitir que tal direito de escolha passasse a ser assegurado ao mercado consumidor de planos de saúde em geral e não apenas a um segmento seu inexpressivo, nova resolução normativa (Resolução Normativa 252/11) foi editada em abril de 2011, tendo entrado em vigor em de junho do mesmo ano. O novo texto, com efeito, passou a prever que também os beneficiários de planos individuais ou familiares e coletivos por adesão têm o direito de mudar de operadora sem a necessidade de cumprir novas carências.

Além disso, outras mudanças foram introduzidas, dentre as quais se destacam as seguintes: a) deixou de existir a necessidade dos planos possuírem a mesma abrangência geográfica para que o direito à portabilidade pudesse ser reconhecido;

b) o tempo que o consumidor possui para exercer o direito de portabilidade foi ampliado de dois para quatro meses, período que conta o mês do aniversário do contrato e os três meses seguintes; c) o prazo que o usuário tem para realizar a segunda portabilidade do plano foi reduzido de dois anos para um ano. Observe-se não ter havido, contudo, alteração no prazo legal para o cliente portar seu plano pela primeira vez, que continua sendo de dois anos.

Caso corretamente utilizada, a nova regulamentação poderá revelar-se poderoso incentivo à concorrência e à livre iniciativa, o que certamente contribuirá para o aumento da oferta de planos melhores e menos onerosos no mercado.

Cumpre, por derradeiro, mencionar a questão da “portabilidade especial”. Consiste esta na mudança de plano de saúde imposta pela ANS sem que haja necessidade do cumprimento de novos períodos de carência e também sem algumas das restrições impostas para os casos gerais. Seu cabimento dá-se nos casos em que o consumidor não tenha efetuado a transferência de carteira, após ser detectada a alienação compulsória pela ANS (venda da carteira de clientes para outra empresa), ou nos casos nos quais o consumidor figure como dependente de plano de saúde extinto por morte do titular³⁷.

C – Condições de perda da qualidade de beneficiário

A pessoa natural deixa de ser beneficiária de plano de saúde apenas se assim o desejar ou se atrasar o pagamento do contrato, de modo cumulativo ou não, por mais de 60 dias, desde que ela seja notificada 50 dias antes³⁸. Outra hipótese em que a pessoa deixa de ser beneficiária é a de fraude contratual. Salvo essas hipóteses, a legislação prevê que o contrato individual seja mantido indefinidamente, não sendo admitida a denúncia pela operadora.

Nos contratos coletivos, entretanto, a vigência mínima é de um ano, após o que poderão ser denunciados, a qualquer tempo, ainda que sem motivação. Em tais contratos, o beneficiário deixaria de ter a cobertura no curso de vigência, apenas nas hipóteses da empresa assim determinar, ou se verificado que ele cometeu alguma fraude.

D – Eventos cobertos no plano de saúde

Os eventos cobertos pelo plano de saúde são todos aqueles previstos no rol de procedimentos da ANS, consistente em uma listagem mínima de consultas, cirurgias e exames que os planos de saúde devem necessariamente oferecer, *conforme cada tipo de plano de saúde* (ambulatorial; hospitalar com ou sem obstetrícia; referência ou odontológico)³⁹. Consoante previsão da Lei 9.656/98, referido rol deve ser elaborado pela ANS, com base no princípio da razoabilidade⁴⁰.

Não podem, pois, ser excluídas dessa cobertura: a) doenças da classificação internacional de doenças; b) qualquer procedimento previsto no rol da ANS; c) próteses importadas nacionalizadas com registro na Anvisa e utilizadas durante o ato cirúrgico; d) cirurgias plásticas reparadoras ou as complicações dos procedimentos não cobertos, conforme previsão da Súmula 10 da ANS.

A *contrario sensu*, podem ser, pois, excluídos os procedimentos não constantes de aludida relação ou as próteses importadas sem registro, ou ainda aquelas não usadas imediatamente na cirurgia.

O primeiro rol de procedimentos estabelecido pela ANS foi definido pela Resolução de Conselho de Saúde Suplementar (Consu) 10/98, tendo sido desde então atualizado periodicamente. A partir de 2 de janeiro de 2012, nova resolução normativa da ANS (Resolução Normativa 262/12 da Agência Nacional de Saúde Suplementar) expandiu o rol obrigatório de procedimentos e eventos em saúde. A nova lista contempla sessenta e nove itens, com quarenta e um tipos de cirurgia por vídeo, como, por exemplo, a cirurgia bariátrica, pela qual se procede à redução de estômago como forma de tratamento de obesos mórbidos. Foram incluídos, ainda, novos tipos de exames e foi ampliado o número de consultas para nutricionistas e indicações de terapia ocupacional.

E – Regime ou tipo de contratação

Os contratos podem ser individuais ou familiares; coletivos, empresariais ou por adesão. A Resolução 195 da ANS estabelece ser individual ou familiar o contrato que oferecer “cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar”.

Ressalte-se, mais uma vez, poderem ser beneficiárias nos planos empresariais apenas aquelas pessoas que tenham vínculos estatutários ou empregatícios com a pessoa jurídica (ou dependentes a elas ligados).

F – Existência ou não de franquia ou coparticipação

Os contratos podem ainda depender ou não do pagamento de franquia ou de coparticipação.

A coparticipação, segundo Henrique Freire⁴¹, consiste no pagamento a ser realizado pelo beneficiário *à operadora de plano de saúde* toda vez que ele utilizar-se de qualquer serviço de saúde que esteja coberto. A franquia, por sua vez, corresponde ao valor a ser pago pelo beneficiário diretamente *ao prestador de serviço de saúde* coberto, toda vez que o utilizar.

Os mecanismos da franquia ou da coparticipação são plenamente aceitos pela legislação, não se confundindo com a caução, expressamente vedada.

G – Bônus, descontos ou agravamento quanto à prestação pecuniária

Esses bônus, descontos ou agravamentos são admissíveis, desde que não sejam de tal ordem que incentivem o consumidor a não procurar atendimento médico, nem podem ser baseados na idade do beneficiário⁴².

H – Área geográfica de abrangência

Quanto à área de abrangência, os contratos em sua grande maioria podem ser classificados como sendo de validade nacional, estadual ou municipal. São, ainda, comuns os contratos cuja abrangência envolva grupos de municípios, grupo de estados, ou com cobertura internacional.

Diversamente do que ocorria antes da vigência da Lei 9.656/98, ainda que o evento causador da lesão ou da doença no consumidor tenha ocorrido fora da área de abrangência do plano, o beneficiário passará a gozar de cobertura tão logo entre na área geográfica de incidência de seu respectivo plano.

I – Número de registro da ANS

Todas as operadoras devem indicar o número de registro na ANS, pois é por meio dele que se torna possível verificar a situação econômica da operadora, se ela está ou não sob intervenção, bem como conhecer quais os planos registrados.

J – Cláusulas que fixem critérios de reajustes e revisão da contraprestação

Não se deve confundir reajuste com revisão. O primeiro busca manter a integridade do preço fixado inicialmente (seja por índice setorial ou geral) e o segundo busca manter o equilíbrio entre o preço, as coberturas existentes no contrato e a variação do risco. A ANS trata apenas do reajuste, deixando a revisão para ser feita pelas partes ou pelo Poder Judiciário⁴³. A este respeito discorreremos no tópico a seguir.

4. Mutualismo e faixa etária

A formação do preço dos planos de saúde é realizada, como mencionado anteriormente, mediante adoção do mutualismo, princípio que norteia o contrato de seguro e que se lastra na ideia de auxílio recíproco entre as pessoas. No âmbito da saúde suplementar, parte-se do pressuposto de que a contribuição de cada indivíduo será destinada ao custeio tanto de eventuais despesas que venha a efetuar consigo próprio, como daquelas decorrentes de gastos com outras pessoas que integrem o mesmo grupo.

A intensidade pela qual se dá o mutualismo pode ensejar três modelos diversos de financiamento: a) **modelo de preço único**. Em havendo mutualismo em todo o grupo, torna-se possível a fixação de preço único para todos os integrantes do grupo. Embora teoricamente desejável, cuida-se de modelo de difícil aplicação, que se torna viável tão somente se a adesão dos consumidores for compulsória, tal qual foi proposto pelo presidente Barack Obama na reforma do sistema de saúde nos Estados Unidos ocorrida no ano de 2010; b) **modelo de preço por faixa etária**. Cuida-se de proposta na qual o mutualismo é aplicado em subgrupos classificados consoante a faixa etária de seus integrantes. Parte-se da noção de que o preço de cada faixa deve ser calculado com base nos custos a ela inerentes. Conquanto se revele atraente e justa, uma vez que todos dispendem valor equivalente a seu perfil de utilização, a falta de pacto entre as gerações acaba por ensejar dificuldades para a faixa dos consumidores mais idosos, que acabam não tendo capacidade econômica para arcar com o alto custo relativo a seu grupo; c) **modelo de pacto intergeracional**. Trata-se de solução de caráter misto, pela qual os beneficiários mais novos, conseqüentemente de menor custo para o sistema, acabam por arcar, ao menos em parte, com o valor a ser pago pelos consumidores mais velhos, cujo custo é mais elevado.

ANS não é órgão de defesa do consumidor e, portanto, não integra o denominado Sistema de Defesa do Consumidor

A partir da Lei 9.656/98, adotou-se o sistema de *precificação* por faixas etárias, dentro das quais o preço será uniforme.

Conquanto as atividades das seguradoras tivessem disciplina própria, até 1998 não havia lei que regulasse especificamente os planos de saúde. Após o início da vigência da Lei 9.656/98, o CONSU editou a Resolução 06/98, que estabeleceu sete faixas etárias: de 0 a 17, de 18 a 29, de 30 a 39, de 40 a 49 de 50 a 59, de 60 a 69 e a partir de 70 anos de idade⁴⁴.

Com o advento do Estatuto do Idoso, pelo qual vedou-se às operadoras de planos de saúde cobrar dos idosos valores diferenciados em razão de sua idade, a ANS teve que rever as faixas etárias e passou a utilizar dez faixas, sendo a última delas destinada aos consumidores com mais de cinquenta e nove anos de idade⁴⁵.

Buscando evitar saltos bruscos nos valores da mensalidade dos consumidores que atingissem a última faixa, a ANS adotou, ainda, a regra salutar de que a mensalidade da maior faixa etária não pode ser superior ao sêxtuplo do valor cobrado dos integrantes da menor faixa etária; em complemento, ficou estabelecido, igualmente, que metade da variação total do preço cobrado da primeira para a

última faixa etária deveria ser diluída até a sétima, sendo que a metade restante viria distribuída da sétima para décima⁴⁶.

Com isso, o legislador pátrio acabou optando, na prática, pela adoção do denominado “pacto intergeracional”, uma vez que a única solução encontrada pelas operadoras foi repassar ao menos uma parte do custo relativo à última faixa etária aos consumidores mais jovens.

O caminho a ser trilhado, todavia, terá que necessariamente passar por constantes revisões, para contornar as inevitáveis distorções decorrentes do sistema, tais como o fato dos jovens terem passado a adiar sua decisão de aderir aos planos de saúde, ou da constatação, ainda mais grave, de que a massa de consumidores teria envelhecido. Isso é particularmente grave, pois a diminuição do número de jovens aptos a colaborar para o custeio de um crescente número de idosos certamente acabará solapando a base da ideia de mutualidade.

5. Relação de consumo na saúde complementar e os contratos de planos privados de assistência à saúde na Lei 9.656/98

O direito do consumidor, como já observado, corresponde a sistema de natureza, a um só tempo, conceitual, principiológica e normativa. Integram-no concepções jurídicas (elementos conceituais próprios, tais como os concernentes à noção de ‘consumidor’, de ‘fornecedor’, de ‘produto’, de ‘serviço’ e de ‘relação de consumo’) e regras específicas (como as atinentes à responsabilidade por vício e fato do produto ou do serviço), que são norteadas e ligadas entre si por elementos de coesão, os princípios (tais como, dentre outros, aqueles relativos à boa-fé das partes contratantes, à transparência nos contratos, ou à necessidade de proteção ao consumidor hipossuficiente).

No âmbito da saúde suplementar, ‘consumidor’ é não apenas o titular do plano de saúde, mas todos aqueles que deste forem beneficiários, tais como os dependentes. ‘Fornecedores’, por seu turno, são as operadoras de planos privados de assistência à saúde, pessoas jurídicas que poderão ser constituídas por todas as formas previstas em lei, tais como os estabelecimentos de seguro, as cooperativas de serviços médicos, as entidades de medicina de grupo, de odontologia de grupo, de autogestão, ou ainda as entidades filantrópicas. Nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.656/98⁴⁷, o objeto da relação, enfim, é a prestação continuada de serviços de assistência à saúde ou cobertura de custos assistenciais, mediante contraprestações pecuniárias a preços pré ou pós-estabelecidos, por prazo indeterminado.

Essa relação jurídica estabelecida entre as operadoras de planos de saúde e o consumidor ocorrerá mediante estabelecimento de contrato de plano privado de assistência à saúde.

Anteriormente à lei de planos de saúde, tais contratos poderiam ter como objeto um plano ou um seguro-saúde; este último vinha disciplinado pelo Dec.-lei 73/66. Com a edição do texto de 1998 – e das inúmeras medidas provisórias que o modificaram –, o legislador passou a apresentar conceito uno, englobando as duas modalidades, sob a denominação ‘plano privado de assistência à saúde’. É por este motivo que, embora as operadoras ainda empreguem corriqueiramente a expressão ‘seguro-saúde’, a terminologia adequada é a de ‘plano privado de assistência à saúde’.

O plano privado de assistência à saúde poderá ser disponibilizado ao consumidor de modo coletivo ou individual. Nesta última hipótese, decorrido um ano, o contrato terá sua validade automaticamente prorrogada por prazo indeterminado, podendo haver resolução apenas por opção do próprio consumidor, ou na hipótese de inadimplência⁴⁸.

Em se cuidando, porém, de contrato coletivo, a denúncia unilateral por parte da operadora também será possível “por motivos de inelegibilidade, ou de perda dos direitos de titularidade ou dependência, desde que previstos em regulamento e contrato”⁴⁹.

A Lei 9.656/98 disciplinou amplamente os contratos de planos de saúde, enunciando em seu bojo as cláusulas tidas como essenciais para que o negócio jurídico possa ser reputado válido, sobre as quais discorreremos adiante.

Um dos pontos mais debatidos versa sobre a aplicabilidade ou não das normas contidas no CDC a todas as situações de contratos de saúde suplementar. Atente-se para o fato de que as divergências existem mesmo entre aqueles que reconhecem que os princípios e as regras de direito do consumidor devem incidir sobre a matéria. Saber se tal aplicação deve dar-se de modo prevalente ou meramente supletivo, com efeito, é questão de relevo, pois não são poucas as situações de conflito aparente entre a lei do consumidor e aquela especialmente elaborada para reger os planos de saúde.

6. Conflito aparente de normas entre a Lei 9.656/98 e o CDC

Como já dito, o Código de Defesa do Consumidor é reputado pela doutrina como sendo um entrelaçado normativo-principiológico com fundamento expresso na Constituição Federal. Tal característica, segundo a doutrina consumerista, por

si só já faria com que o CDC se distinguísse de outras leis ordinárias, de modo a ingressar no ordenamento jurídico em situação hierarquicamente superior.

Vem se consolidando, pois, o entendimento de que, em matéria de direito do consumidor, em havendo conflito entre dispositivos de lei ordinária porventura emergente e o sistema jurídico de proteção ao consumidor, este último deverá sempre prevalecer⁵⁰. Não por outra razão, a interpretação de quaisquer normativos específicos, tais como a lei de telecomunicações, a lei de mensalidades escolares, a lei de energia elétrica, ou aquela referente a planos de saúde, deverá dar-se sempre à luz dos preceitos estabelecidos não apenas na Constituição, mas também no CDC.

A primazia do CDC diante dos planos de saúde passou a ser, no entanto, questionada diante do texto da Medida Provisória 2.177-44/2001 que, em artigo acrescentado à Lei 9.656/98⁵¹, estabeleceu caber a este último diploma reger os contratos de plano de saúde, reservando-se ao CDC aplicação *meramente subsidiária*.

A doutrina consumerista de pronto se insurgiu, atribuindo ao dispositivo a pecha de inconstitucional, exatamente por desconsiderar que, conquanto específica, a legislação dos planos de saúde não poderia prevalecer sobre o CDC, em razão de ter este sua matriz na Constituição Federal.

Em 28 de maio de 2004, no julgamento da ADI-MC 1931, o STF decidiu suspender a eficácia do mencionado dispositivo, conquanto o tenha feito apenas por entender que sua incidência sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior, violaria o art. 5º, XXXVI, da CF, que assegura respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada⁵².

Autores de renome, como Henrique Freire, Maury Bottesini e Mauro Conti Machado, defendem a aplicação meramente subsidiária do CDC.

Acreditamos, todavia, que o melhor entendimento é no sentido de que todos os contratos firmados a partir de 1998 passaram a receber dupla proteção, devendo-se no diálogo das fontes, na feliz expressão empregada por Cláudia Lima Marques, interpretar-se a legislação dos planos de saúde à luz dos preceitos do direito do consumidor, de modo a fazer prevalecer as disposições que lhe sejam mais benéficas⁵³.

Já tivemos oportunidade de observar em trabalho anterior⁵⁴, no qual se abordou a questão do conflito aparente de normas entre o CDC e o CC de 2002, que nada impediria que o intérprete da lei do consumidor, ao buscar preceitos genéricos que consistam em verdades comuns aos dois sistemas, lançasse mão naturalmente de conceitos básicos contidos no texto civil, que nunca deixou de desempenhar a função de *matriz*. Para tanto, contudo, impor-se-iam as necessárias ressalvas e adições concernentes especificamente à matéria em questão. Ponderou-se, ainda, ser concebível até mesmo a ideia de prevalência da legislação civil sobre o texto do CDC, desde que aquela inovasse com soluções mais benéficas aos consumidores do que as constantes da própria lei especial.

Igual raciocínio deve nesse aspecto ser tecido no que concerne à legislação especial destinada a reger os planos de saúde, cuja prevalência diante do CDC em caso de eventual conflito será admissível apenas e tão somente se seu texto vier mais alinhado com o princípio constitucional de proteção ao consumidor do que aquele do próprio CDC.

Deve-se, ainda, mencionar o entendimento de parte da doutrina no sentido de que um único seguimento das operadoras de plano de saúde – o das autogestões fechadas – estaria fora do alcance da aplicação do CDC. A justificativa seria de que, em tais casos, a prestação não estaria sendo oferecida no mercado de consumo, mas apenas a um grupo fechado de funcionários.

Em novembro de 2010, entretanto, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido da aplicabilidade do CDC aos planos de saúde, ao editar o Enunciado 469 de sua Súmula de Jurisprudência⁵⁵. Com isso, consolidou-se o entendimento de que “a 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”⁵⁶.

7. Conflito de leis no tempo: o impacto da Lei 9.656/98 e da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) nos contratos celebrados anteriormente ao início de sua vigência

A Lei 9.656/98 preceitua, em seu art. 35, serem suas disposições aplicáveis a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, sendo assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema nela previsto.

Acreditamos que os consumidores podem ser estimulados, mas não obrigados, a migrar de um plano para outro. Alguns dos benefícios a eles reconhecidos pela legislação nova, contudo, certamente têm aplicação imediata e valem para todos os contratos, ainda que firmados antes da nova lei. É, assim, proibida a interrupção da internação hospitalar, mesmo em UTI; são igualmente proibidos a suspensão ou o cancelamento do contrato (exceção feita às hipóteses de inadimplência por mais de 60 dias durante um ano e de fraude do consumidor, casos em que poderá haver rescisão ou suspensão); eventual elevação de preço para contratos individuais (não coletivos) acima da inflação acumulada no período de 12 meses poderá ser procedida tão somente em havendo autorização prévia da Susep.

No que concerne à questão dos conflitos de lei no tempo em matéria de planos de saúde, os contratos podem ser classificados em três grandes grupos: a) contratos

celebrados antes da Lei 9.656/98; b) contratos firmados após a Lei 9.656/98 e antes da Lei 10.741/03, que introduziu o Estatuto do Idoso; e c) contratos surgidos após o Estatuto do Idoso.

Os contratos integrando o primeiro grupo não deram grande margem a dúvidas aos aplicadores do direito, uma vez que, até 1998, não havia previsão de fixação de reajustes das mensalidades com base na faixa etária e que não é admissível a imposição de restrições aos titulares de planos de saúde com base na lei nova⁵⁷.

Com relação ao terceiro grupo, doutrina e jurisprudência se firmaram no sentido de que os contratos posteriores a 2003 deverão necessariamente contemplar a vedação de discriminação ao idoso, assim entendida a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos, em obediência ao que consta do artigo 15, § 3º, da Lei 10.741/03. É exatamente por tal razão que a última faixa etária atualmente prevista é aquela concernente aos consumidores acima de 59 anos de idade.

A grande discussão está na interpretação a ser dispensada aos contratos pertencentes ao segundo grupo, que foram celebrados após a Lei 9.656/98, mas antes do Estatuto do Idoso. A questão que dividiu doutrina e jurisprudência diz respeito à dúvida quanto à possibilidade do Estatuto do Idoso ter ou não o condão de impedir reajustes nesses contratos para os consumidores que viessem a completar sessenta anos de idade.

É evidente que, se o aumento decorrente de ingresso em faixa etária superior aos sessenta anos de idade (a legislação entre 1998 e 2003 permitia reajustes até os setenta anos) ocorreu antes da entrada em vigor do texto de 2003, o reajuste estará protegido pelo manto do ato jurídico perfeito.

A solução, porém, não é tão evidente no que diz respeito à possibilidade de, em contrato celebrado entre 1998 e 2003, ser aplicado reajuste por ter o consumidor ingressado na faixa etária superior prevista na legislação anterior (entre 60 e 70 anos de idade), quando o aniversário do consumidor se dá após o advento do Estatuto do Idoso.

O STF firmou entendimento no sentido de não ser admissível sequer a retroatividade mínima da lei⁵⁸, de tal sorte que, nos contratos de plano de saúde firmados entre 1998 e 2003, tal reajuste seria cabível, mesmo que o consumidor tenha ingressado na antiga faixa dos 60 aos 70 anos após o advento do Estatuto do Idoso, pois tais pactos continuariam sendo regidos pela legislação vigente à época de sua celebração.

Nosso entendimento, não obstante, é diverso. No direito pátrio, a matéria pertinente à vigência das leis no tempo sofreu inúmeras influências da doutrina e oscilações que marcaram a conjuntura política do país ao longo de todo o século XX⁵⁹.

Afastando-se dos textos de 1916 e de 1942, a redação atual do artigo 6º da LICC (atualmente Lei de Introdução às Normas Brasileiras), que data de 1957, adotou fórmula híbrida, que procurou conciliar as doutrinas de Roubier e de Gabba, com acolhimento simultâneo das noções de efeito imediato da lei e de irretroatividade balizada pelo direito adquirido⁶⁰.

No que concerne especificamente à questão da aplicação no tempo das normas de ordem pública, a doutrina nacional dividiu-se, tendo tal discussão particular relevância no que se refere ao direito do consumidor, uma vez que, como já observado, o respectivo código, assim como todas as demais leis que compõem ou venham a integrar o microsistema do consumidor, consiste em lei de ordem pública econômica, com fundamento constitucional.

Cláudia Lima Marques⁶¹, mantendo coerência com linha de pensamento que vem sustentando há anos, entende que “na solução dos casos concretos, deve o CDC receber aplicação imediata ao exame da validade e eficácia atual dos contratos assinados antes de sua entrada em vigor, seja porque norma de ordem pública, seja porque concretiza também uma garantia constitucional, ou simplesmente porque positiva princípios e patamares éticos de combate a abusos existentes no direito brasileiro antes mesmo de sua entrada em vigor”.

Doutrinariamente, nada mais se tem do que a aplicação da teoria de Paul Roubier acerca da progressividade da situação jurídica: equacionam-se as consequências obrigacionais como perfeitas e acabadas se anteriores à vigência da emergente lei de ordem pública; como necessariamente mutáveis, são mudadas na medida da nova norma incidente.

De todo o exposto, concluímos que as diretrizes normativas relativas à defesa do consumidor acabam tendo *efeito imediato*, incidindo sobre os negócios jurídicos de execução prolongada, segundo respeitáveis opiniões, porque está em jogo a ordem pública.

8. Conclusão

O mercado de saúde suplementar é gigantesco. Concentrado de modo esmagador na Região Sudeste do país, abrange atualmente 1.573 operadoras ativas, mais de 57 milhões de consumidores (o que corresponde a aproximadamente um terço da população nacional), 72,8% dos quais estão ligados às operadoras por meio de contratos coletivos.

Conquanto os últimos anos tenham sido certamente marcados pelo avanço no setor de saúde suplementar, muito há, ainda, a ser feito. Por primeiro impõe-se a

necessária adaptação da legislação específica de planos de saúde ao CDC, uma vez que os textos divergem entre si em diversos pontos.

Deve-se, igualmente, buscar a mudança de paradigma contratual, pois a não aplicação de algum tipo de reajuste para compensar o aumento de custos decorrente da ampliação, pelo Judiciário, do leque de procedimentos e doenças a serem cobertos pelas operadoras certamente romperá o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A responsabilidade de cada um dos atores da relação jurídica deve, pois, ser repensada, sob pena de a saúde suplementar tornar-se, em razão do aumento de custos, elitizada.

Não se pode, contudo, superestimar o impacto das ações judiciais no custo dos planos de saúde. Na abertura do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, ocorrido em novembro de 2010, em São Paulo, o conselheiro Milton Nobre, integrante do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e coordenador do evento, defendeu a participação do Poder Judiciário na busca de soluções, tanto para os conflitos dos cidadãos com o Sistema Único de Saúde (SUS), como para aqueles com as operadoras de planos privados. O conselheiro destacou, ainda, ser descabida a afirmação de que estaria ocorrendo uma “judicialização” da saúde, uma vez que o volume de ações judiciais é compatível com a realidade nacional. Em um país de quase 190 milhões de habitantes, aproximadamente 50 milhões de pessoas têm planos privados de saúde, sendo o restante atendido exclusivamente pelo SUS. O conselheiro emendou, outrossim, que pesquisas preliminares teriam demonstrado que, das cerca de 86 milhões de ações judiciais das mais diversas naturezas propostas ao longo do ano de 2009, aquelas relacionadas à saúde não teriam chegado nem a 500 mil⁶².

É igualmente recomendável que as operadoras de planos de saúde sejam incentivadas a atuar como gestoras de saúde, por meio da promoção e prevenção da saúde dos consumidores, mediante a adoção de políticas públicas e privadas para melhorar o comportamento das pessoas e sua qualidade de vida.

Ao Poder Público incumbe, dentre outras medidas, proceder ao cadastro da população idosa com base em critério territorial e tornar efetivo o atendimento geriátrico em ambulatórios. De suma importância, ainda, a criação de unidades geriátricas de referência com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia⁶³ social, bem como a adoção de política que propicie ao idoso atendimento domiciliar incluindo internação nos meios urbano e rural, e que possibilite sua reabilitação orientada pela geriatria e pela gerontologia no intuito de reduzir sequelas decorrentes de agravo. Cumpre, por fim, ao Poder Público legislar acerca do atendimento especializado que terão os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante, como determina a lei⁶⁴.

O aumento da média de idade do consumidor dos serviços de saúde é realidade que não pode ser ignorada. O sistema deve adaptar-se, pois, à situação, sendo perfeitamente lícita e até mesmo elogiável a adoção de medidas preventivas, incentivando a que, ao atingir idade mais avançada, tal consumidor esteja gozando de plena saúde.

Notas

* Outras qualificações do autor:

Membro da Diretoria do Brasilcon (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor); Membro do Conselho Curador da Fundação Procon-SP; Juiz de Direito Titular da Capital do Estado de São Paulo (TJ-SP).

¹ FREIRE, Henrique. *Responsabilidade civil na área da saúde privada*, p. 175.

² Art. 2º da Resolução Normativa ANS n. 196/09: “Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades: I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de julho de 2009; II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar; III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes; IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como: a) negociação de reajuste; b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e c) alteração de rede assistencial”.

Parágrafo único: “Além das atividades constantes do *caput*, a Administradora de Benefícios poderá desenvolver outras atividades, tais como: I – apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano; II – terceirização de serviços administrativos; III – movimentação cadastral; IV – conferência de faturas; V – cobrança ao beneficiário por delegação; e VI – consultoria para prospectar o mercado, sugerir desenho de plano, modelo de gestão”.

³ *Ibidem*.

⁴ Art. 5º da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (...), nos termos seguintes: ... XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a *defesa do consumidor*,” (grifo nosso).

⁵ Art. 170 da CF/88: “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*; ...” (grifo nosso).

⁶ “*Si dicono fondamentali quelle norme che danno fondamento assiologico ad altre norme, senza essere a loro volta fondate su norme assiologicamente superiori*”. (GUASTINI, Riccardo. Norma giuridica (tipi e classificazioni). In *DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, v. XII, p. 161).

⁷ Trata-se, ainda, de princípio expresso da Constituição, na medida em que vem formulado explicitamente em dispositivo constitucional, podendo ser obtido mediante emprego de simples hermenêutica. Nesse sentido, Guastini observa que “*sono principi espressi quelli che sono esplicitamente formulati in una apposita disposizioni*”

costituzionale o legislativa, dalla quale possono essere ricavati (come qualsiasi altra norma) mediante interpretazioni” (GUASTINI, Riccardo. *Principi di Diritto*. In *DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, v. XIV, p. 367). Observe-se, ainda, que para que seja reconhecida a qualidade de expresso a um princípio, é irrelevante o fato de vir ou não ele sob a rubrica formal de “princípio de Direito” para ser como tal considerado, bastando, portanto, possa ser encontrado em dispositivo específico do corpo normativo.

⁸ Art. 48 do ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”.

⁹ A respeito do tema, veja-se a obra de nossa autoria, “Princípios de Direito do Consumidor” (GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de direito do consumidor – elementos para uma Teoria Geral*. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007).

¹⁰ Art. 6º da CF de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹¹ Art. 196 da CF de 1988: “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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹² Art. 199 da CF de 1988: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

§ 1º – “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

§ 2º – “É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

§ 3º – “É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei”.

§ 4º – “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

¹³ BRASIL. Presidência da República e Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1. Introdução*, Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Art. 2º da EC nº 32/2001: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

¹⁶ Art. 8º da Lei 9.656/98.

¹⁷ Em sua redação original, o art. 24 previa a possibilidade de ser nomeado pela SUSEP um direito fiscal pelo prazo não superior a cento e oitenta dias. A partir da edição da Medida Provisória 2.177-44, de 2001, porém, ficou determinado que, uma vez que tenha sido detectada nas operadoras a “insuficiência das garantias do equilíbrio

financeiro”, a presença de anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que “coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde”, poderá a ANS: a) proceder à alienação da carteira; b) estabelecer regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou; c) determinar a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

¹⁸ Art. 8º, III, IV, V e VI, da Lei 9.656/98.

¹⁹ Art. 11 da Lei 9.656/98.

²⁰ Art. 12 e incisos da Lei 9.656/98.

²¹ Art. 14 e art. 18, I, ambos da Lei 9.656/98.

²² Art. 13, parágrafo único, II, “b” e “c”, da Lei 9.656/98. Atualmente, a previsão consta no art. 13, parágrafo único, II e III, da mesma lei.

²³ Art. 13, parágrafo único, I, da Lei 9.656/98.

²⁴ Arts. 15 e 16 da Lei 9.656/98.

²⁵ Art. 35-A da Lei 9.656/98: “Fica criado o Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para: I – estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; II – aprovar o contrato de gestão da ANS; III – supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; IV – fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre: a) aspectos econômico-financeiros; b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas; c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima; d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores; e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras; V – deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões (artigo e incisos incluídos pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”.

²⁶ Art. 35-E, I, da Lei 9.656/98: “A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I – qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; (...)” (inciso incluído pela Medida Provisória 2.177-44, de 2001). O aumento da mensalidade após os 60 anos de idade passou, não obstante, a ser totalmente vedado a partir da edição do Estatuto do Idoso, de 2003.

²⁷ Art. 35-E, II, da Lei 9.656/98: “A alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)”.

²⁸ A classificação das companhias que operam planos de saúde está definida pela RDC 39/00, enquanto a RDC 65/01 estabelece as regras a serem adotadas pelas sociedades seguradoras especializadas em seguros-saúde.

²⁹ Outras agências reguladoras nacionais acabaram surgindo, ainda, no âmbito dos transportes aquaviário e terrestre (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT), de águas (Agência Nacional de Águas – ANA), do cinema (Agência Nacional do Cinema – ANCINE) e dos transportes aéreos (Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC). Atualmente encontra-se, ainda, em processo

de criação a Agência Nacional de Mineração (ANM), que dará lugar ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

³⁰ Art. 1º da Lei 9.961/00: “É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro – RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde”.

Parágrafo único. “A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 514.

³² GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde*, p. 133.

³³ CAVALIERI, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, p. 196.

³⁴ ANS – DIOPE – IN 22 – Anexo II, Tema VI – Períodos de Carência.

³⁵ A partir da segunda portabilidade, o prazo de permanência passa a ser de dois anos para todos os beneficiários.

³⁶ Art. 3º da Resolução Normativa 186/99 da ANS: “O beneficiário de plano de contratação individual ou familiar, contratado após 1º de janeiro de 1999 ou adaptado à Lei nº 9.656, de 1998, fica dispensado do cumprimento de novos períodos de carência e de cobertura parcial temporária na contratação de novo plano de contratação individual ou familiar, na mesma ou em outra operadora de plano de assistência à saúde, desde que sejam atendidos simultaneamente os seguintes requisitos: I – estar adimplente junto à operadora do plano de origem, conforme inciso I do art. 8º; II – possuir prazo de permanência: a) na primeira portabilidade de carências, no mínimo dois anos no plano de origem ou no mínimo três anos na hipótese de o beneficiário ter cumprido cobertura parcial temporária; ou b) nas posteriores, no mínimo dois anos de permanência no plano de origem; III – o plano de destino estar em tipo compatível com o do plano de origem, conforme disposto no Anexo desta Resolução; IV – a faixa de preço do plano de destino ser igual ou inferior à que se enquadra o seu plano de origem, considerada a data da assinatura da proposta de adesão; e V – o plano de destino não estar com registro em situação ‘ativo com comercialização suspensa’, ou ‘cancelado’”.

³⁷ Para exercer referida “portabilidade especial”, o usuário possui sessenta dias, sendo necessário que apresente pelo menos quatro boletos pagos referentes aos últimos seis meses.

³⁸ Art. 13, parágrafo único, da Lei 9.656/98 (Redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 2001): “Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (...) II – a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência; (...)”.

³⁹ Nem todo plano de saúde, assim, tem cobertura hospitalar. Além disso, cada plano dá cobertura a uma rede credenciada específica. Observe-se, porém, que a operadora de plano de saúde poderá descredenciar hospitais tão somente em caráter excepcional. Em tais casos, a operadora deverá obrigatoriamente substituir aludido hospital descredenciado por outro equivalente e comunicar a mudança ao consumidor e à ANS com 30 dias de antecedência.

⁴⁰ Art. 10, § 4º, da Lei 9.656/98: “A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”.

⁴¹ *Responsabilidade civil na área da saúde privada*, p. 214.

⁴² ANS – DIOPE – IN 22 – Anexo II, Tema XIV – Bônus – Descontos.

⁴³ FREIRE, Henrique, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁴ Art. 1º da Resolução Normativa CONSU 06/98: “Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se o máximo de 07 (sete) faixas, conforme discriminação abaixo: I – 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade; II – 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade; III – 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade; IV – 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade; V – 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade; VI – 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade; VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais”.

⁴⁵ Art. 2º da Resolução Normativa 63/03 da ANS: “Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela: I – 0 (zero) a 18 (dezoito) anos; II – 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos; III – 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos; IV – 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos; V – 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos; VI – 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos; VII – 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos; VIII – 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos; IX – 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos; X – 59 (cinquenta e nove) anos ou mais”.

⁴⁶ Art. 3º da Resolução Normativa 63/03 da ANS: “Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições: I – o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária; II – a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas”.

⁴⁷ Art. 1º da Lei 9.656/98: “Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade”.

§ 1º “Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, consideram-se: I – operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros; (...)”.

⁴⁸ Art. 13 da Lei 9.656/98: “Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm *renovação automática* a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação” (*Redação dada pela Medida Provisória 2.177-44, de 2001*).

Parágrafo único. “Os produtos de que trata o *caput*, *contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas...*”.

⁴⁹ Art. 6º da Resolução CONSU 14/98: “Para efeito do art. 13 da Lei nº 9.656/98, no plano ou seguro coletivo, empresarial ou por adesão, poderá também ocorrer a denúncia unilateral por motivos de inelegibilidade, ou de perda dos direitos de titularidade ou dependência, desde que previstos em regulamento e contrato, e ainda ressalvados os dispostos nos artigos 30 e 31 da Lei acima referida”.

⁵⁰ Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 408-9). Com base nessa concepção, conclui apropriadamente o mestre que, ao violar-se um princípio, estar-se-ia perpetrando ofensa muito mais grave do que a simples transgressão a uma norma qualquer; uma vez que tal ataque visaria não apenas a mandamento obrigatório específico, mas antes todo o sistema de comandos em si. Desta feita, prossegue Mello, “o desrespeito ao princípio é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, consoante o escalão do princípio atingido, exatamente por representar insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.

⁵¹ Art. 35-G da Lei 9656/98: “Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”.

⁵² Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Ordinária 9.656/98. Planos de seguros privados de assistência à saúde. Medida Provisória 1.730/98. Preliminar. Ilegitimidade ativa. Inexistência. Ação conhecida. Inconstitucionalidades formais e observância do devido processo legal. Ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. (ADI-MC 1931, *Julgamento: 20/08/2003; Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266; Relator: Maurício Corrêa*).

⁵³ “Particularmente defendendo, em visão contrária, a superioridade hierárquica do CDC. A jurisprudência dos tribunais inferiores tem privilegiado o CDC, enquanto o STJ, fora a Súmula 302, tem privilegiado a lei especial de 1998, inclusive limitando a interpretação a favor do consumidor (art. 47 do CDC), exigindo apenas destaque das cláusulas limitativas” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 656).

⁵⁴ GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de direito do consumidor*. 2. ed. Santo André: ESETec, 2007, p. 80.

⁵⁵ Enunciado 469, da Súmula de Jurisprudência do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

⁵⁶ Resp 267.530/SP, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJe 12/3/2001.

⁵⁷ Maria Stella Gregori (*Planos de saúde*, p. 190-1), contudo, destaca que, mesmo nesse grupo, a questão está longe de ser pacífica quanto aos reajustes anuais, destinados a repor a elevação dos custos decorrente de fatores que não a idade dos segurados. Com a decisão do STF de suspender a eficácia do art. 35-E da Lei 9.656/98, as operadoras viram-se autorizadas a, nos contratos em data anterior à edição da lei, promoverem o reajuste das contraprestações pecuniárias na forma ajustada pelas partes à época da contratação. Com isso, algumas das operadoras procederam a reajustes que chegaram a 81,61%, sem que fossem eles submetidos à análise e aprovação da ANS. A agência de saúde tratou, então de impor multas, sob a justificativa de que tais reajustes não teriam sido lastrados em parâmetros previamente conhecidos pelo consumidor. Firmou-se, então Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TCAC no sentido de que reajustes de 2004/2005 teriam como teto o percentual de 11,75% que a ANS havia estabelecido para os denominado planos novos. Em 2004, a ANS assinou Termo

de Ajustamento de Conduta (TAC) com a operadora SulAmérica, pelo qual reconheceu-se, retroativamente, uma variação de 21,83% dos custos médico-hospitalares referentes ao período 2003/2004, específica para as operadoras SulAmérica e Bradesco. No ano seguinte, a ANS declarou que, no período de 2004/2005, a variação de custos específica para a operadora SulAmérica havia sido de 15,67%, e fixou nesse percentual o reajuste para os seus planos de saúde. A SulAmérica, no entanto, recorreu solicitando que os 9,02% do reajuste que ela perdera no ano anterior, fosse agregado ao novo reajuste. A ANS, então, concordou e autorizou aumento de 26,10%. Todos esses termos acertados com a ANS vem sendo objeto de diversas ações judiciais. O argumento dos consumidores não deixa de ter relevo: “na mesma época em que divulgou que a variação dos custos médico-hospitalares não poderia gerar reajustes de planos de saúde superiores a 11,75%, a ANS apurou uma variação particular que beneficia determinada operadora em detrimento dos consumidores, como se houvesse mais de uma inflação médico-hospitalar no país” (*ANS autoriza aumento que revoga decisão judicial*, Consultor Jurídico, edição de 28 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-28/ans-autoriza-aumento-plano-saude-revoga-decisao-judicial>>. Acesso em: 19 mar. 2012).

⁵⁸ ADIN n. 493, julgada em 4 de setembro de 1992, relator: Min. Moreira Alves; RE n. 204216/BA, julgado em 14 de junho de 2002, relatora: Min. Ellen Gracie.

⁵⁹ A respeito do tema da vigência da lei no tempo em geral consulte-se a monografia de Rubens Limongi França, *A irretroatividade das Leis e o Direito adquirido*, a obra de Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, v.1 e a *Lei de Introdução ao Código Civil*, v. 1, de M. Serpa Lopes. Sobre o Código de Defesa do Consumidor e os conflitos de lei no tempo veja-se Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* e Alberto Amaral Júnior, *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*.

⁶⁰ Art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (redação de 1957, em vigor): “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o *direito adquirido* e a coisa julgada...” (grifos nossos).

⁶¹ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 681.

⁶² BRASIL. CNJ. *CNJ defende direito de o cidadão recorrer à Justiça para garantir atendimento à saúde*, edição de 18 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/10267:cnj-defende-direito-de-o-cidadao-recorrer-a-justica-para-garantir-atendimento-a-saude>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

⁶³ Gerontologia pode ser definida como sendo o ramo da medicina que realiza o estudo conjunto dos fenômenos fisiológicos, psicológicos e sociais relacionados ao envelhecimento do ser humano.

⁶⁴ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*, p. 325.

Referências

BARRETO, Mayara. ANS autoriza aumento que revoga decisão judicial, *Consultor Jurídico*, edição de 28 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-28/ans-autoriza-aumento-plano-saude-revoga-decisao-judicial>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. CNJ. *CNJ defende direito de o cidadão recorrer à Justiça para garantir atendimento à saúde*, edição de 18 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/10267:cnj-defende-direito-de-o-cidadao-recorrer-a-justica-para-garantir-atendimento-a-saude>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. FIPECAFI – Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeira. Parecer técnico. *Diferenciação de risco e mensalidade ou prêmio entre faixas etárias em planos e seguros de saúde*. 2009, disponível em <<http://www.iess.org.br/html/FaixaEtariaParecerTecnicoAtuarial.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

BRASIL. Presidência da República e Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1. Introdução*, Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

CAVALIERI, Sergio. *Programa de direito do consumidor*, São Paulo: Atlas, 2008.

GRASSI NETO, Roberto. *Princípios de direito do consumidor – elementos para uma teoria geral*. 2. ed. Santo André: Esetec, 2007.

GREGORI, Maria Stela. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 31.

GUASTINI, Riccardo. Norma jurídica (tipi e classificazioni). In *DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Torino: UTET, 1980, v. XII, p. 161.

_____. Principi di Diritto. In *DIGESTO delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, Torino: UTET, 1980, p. 367, v. XIV.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 40.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. *A responsabilidade civil na área da saúde privada: operadora de planos de saúde, médicos e hospitais prestadores de serviço*. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.

A TURMA RECURSAL COMO ELEMENTO DE POLÍTICA E DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA PARA GESTÃO DO CONTENCIOSO DE MASSA

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO*

Juiz Titular do II Juizado Especial Cível

Juiz Integrante da 4ª Turma Recursal

EXCERTOS

“A turma recursal dos juizados, pela posição de destaque de órgão revisor dos julgamentos dos juizados, exerce poder quase absoluto na matéria especializada do consumidor, porque é sua a última palavra na aplicação da lei federal (Código do Consumidor) e só é desafiada por recurso extraordinário³ ao STF ou por raros casos de reclamação ao STJ⁴, o que a torna responsável pela aplicação e efetivação do direito do consumidor no país”

“O planejamento estratégico do Judiciário estadual no segmento dos juizados especiais deve compreender e acompanhar essa relação de interligação com o sistema de justiça comum, que é acionado pelos jurisdicionados como alternativa pela migração da demanda dos juizados para as varas cíveis, toda vez que a confiabilidade do microssistema estiver comprometida, o que deve ser objeto de plena atenção da alta administração do tribunal”

“A eficiência e a valorização da turma recursal pelo TJRJ, como peça mestra do sistema dos juizados especiais e de defesa do consumidor no estado, garante a manutenção, redução ou expansão do percentual de 52% de concentração de demandas de consumo de massa nesse segmento especializado”

“Se as pautas de audiências dos juizados são marcadas para datas remotas, se as condenações deixam de ser pedagógicas, se a organização cartorária deixa a desejar, tudo é motivo para que o consumidor opte pelo sistema de justiça comum”

“Os jurisdicionados que migram dos juizados para o cível no procedimento ordinário também almejam valores indenizatórios superiores”

Vivemos no Brasil o fenômeno de judicialização de conflitos, que contabiliza no país oitenta e sete milhões de processos¹, segundo dados do CNJ, em decorrência do fenômeno da judicialização na sociedade brasileira, o que significa a ampliação do campo de atuação do sistema judicial com transferência das decisões relevantes que interessam à sociedade para o eixo judicial. Segundo José Carlos Cavalcanti, professor de Economia da UFPE (Universidade Federal de Pernambuco), a “judicialização pode ser contextualizada como sendo tanto a expansão da área de atuação das cortes judiciais com a transferência de decisões políticas aos tribunais, como a propagação de métodos judiciais de decisão para fora das cortes”². Já nos acostumamos com a judicialização da política, da saúde pública e privada, da violência, inclusive doméstica, das políticas públicas, do trabalho, da moral, da economia, do meio ambiente e especialmente do consumo.

No Estado do Rio de Janeiro, o Judiciário estadual contabiliza um milhão e setecentos mil processos ativos, com 52% dessa demanda concentrada nos juizados especiais, que resolvem questões de consumo em 95% dos processos.

O enfrentamento deste contencioso de massa é condição de sobrevivência para o Judiciário e a gestão de grande volume de processos de fornecedores de serviços e de produtos, necessariamente caracterizada por boa dose de ativismo judicial, exige dos juízes uma postura proativa que interfere de maneira regular e significativa na gestão judiciária e no julgamento da demanda de massa, especializada em consumo, marca característica do sistema de defesa do consumidor brasileiro, que é a área de especialização dos juizados especiais cíveis, cenário este em que a turma recursal exerce papel mais que preponderante e fundamental para definir e orientar uma política judiciária adequada, eficiente e organizada, voltada para a efetividade da jurisdição.

A turma recursal dos juizados, pela posição de destaque de órgão revisor dos julgamentos dos juizados, exerce poder quase absoluto na matéria especializada do consumidor, porque é sua a última palavra na aplicação da lei federal (Código do Consumidor) e só é desafiada por recurso extraordinário³ ao STF ou por raros casos de reclamação ao STJ⁴, o que a torna responsável pela aplicação e efetivação do direito do consumidor no país.

Portanto, o tribunal, como é o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), que consegue estruturar uma turma recursal especializada, com juízes vocacionados, recrutados prioritariamente entre titulares de juizados, com vivência e experiência nesse segmento especializado, assume naturalmente uma liderança na área especializada em direito do consumidor e atrai a confiança das partes, dos consumidores, dos advogados, que optam por resolver seus conflitos de consumo

no segmento especializado dos juizados especiais, o que justifica o percentual significativo de 52% da demanda concentrada nos juizados especiais do Rio de Janeiro, que contabilizam aproximadamente oitocentos e cinquenta mil processos em trâmite. Esta equação singular notabiliza o Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e traça um perfil característico que o diferencia de todos os demais estados da Federação, já que até o Estado do Rio Grande do Sul, que possui volume total de demandas semelhante ao nosso, apresenta percentual bem inferior, de 20%, dessa demanda concentrada nos juizados especiais.

Portanto, a eficiência e a valorização da turma recursal pelo TJRJ, como peça mestra do sistema dos juizados especiais e de defesa do consumidor no estado, garante a manutenção, redução ou expansão do percentual de 52% de concentração de demandas de consumo de massa nesse segmento especializado. Essa equação interessa à organização da Justiça e desafia sua economia e eficiência na medida em que um processo em juizado especial possui custo aproximado de R\$ 1.000,00, só recuperado com o pagamento de custas pela parte vencida em caso de recurso sem êxito, considerando os custos com a estrutura judiciária, servidores, juízes, fóruns em locais nobres, materiais, informática, pessoal terceirizado, ao passo que a eventual migração da demanda para o juízo cível comum, por opção do jurisdicionado ou advogado, eleva o patamar de custo para o próprio Judiciário ao valor aproximado de R\$ 2.500,00, a fundo perdido, já que possivelmente essa migração se dá em 65% dos casos com gratuidade de justiça.

A administração judiciária atenta e eficiente deve monitorar se as demandas de consumo características aos juizados têm perfil migratório para o juízo cível com maior custo e estrangulamento do sistema, na medida em que o tribunal também sofre com a pressão de demanda quando há transferência de processos do microsistema dos juizados, assoberbando as câmaras cíveis, que passam a julgar questões do dia a dia, como, por exemplo, o consumidor que não teve instalada sua banda larga, a cobrança indevida de tarifa bancária, o produto comprado pela internet que não foi entregue, o apagão no serviço público essencial de energia elétrica, a falha na rede de telefonia, o overbooking no transporte aéreo, o extravio de bagagem, questões que deveriam ser resolvidas exclusivamente nos juizados e que não podem sobrecarregar o tribunal, sob pena de desequilibrar a harmonia na organização da Justiça, desafiando a estrutura das câmaras cíveis do tribunal em razão da especialização por competências que passam a receber quase trezentos recursos por mês enquanto as câmaras criminais recebem em torno de sessenta recursos/mês.

Muito embora o conceito de cidadão “consumidor informado” seja uma quimera, basta que os juizados especiais enfrentem problemas para que o processo

migratório de demandas para os juízos cíveis se inicie. Se as pautas de audiências dos juzados são marcadas para datas remotas, se as condenações deixam de ser pedagógicas, se a organização cartorária deixa a desejar, tudo é motivo para que o consumidor opte pelo sistema de justiça comum, mas será sempre preponderante a expectativa do jurisdicionado e do advogado de merecer e alcançar uma reparação adequada, suficiente e proporcional ao dano experimentado.

O quadro descrito desmente inclusive o mito da alegada “industrialização do dano moral”, na medida em que, na verdade, há industrialização da lesão em massa, em razão de milhares de ações judiciais idênticas em face da mesma empresa, equação que permite a conclusão de que “as empresas lesam no atacado e indenizam no varejo”. Tanto é verdade que as pesquisas apontam que o que leva os consumidores a reclamarem no Procon ou no ‘Caderno de Defesa do Consumidor’ *O Globo* é a eficiência da solução para obterem a entrega imediata da geladeira comprada pela internet tão logo seja publicada a reclamação, e o que os leva a reclamarem na ANS contra o aumento abusivo do plano de saúde é a busca da imediata redução da mensalidade, já que a experiência adquirida pelo consumidor orienta e dirige sua conduta para a perseguição do objetivo prático desejado.

A explosão de demandas no segmento de consumo precisa e deve ser concentrada e mantida nos juzados especiais por opção do consumidor

A explosão de demandas no segmento de consumo precisa e deve ser concentrada e mantida nos juzados especiais por opção do consumidor⁵, não por determinação legal, mas sim pela credibilidade no microsistema, e deve ser ampliada de 52% para 70% ou 80%, já que nesse segmento há flexibilidade de gestão com núcleos de 1º atendimento servidos por estudantes através de convênios com as universidades, com a multiplicação de sentenças dos juízes togados por juízes leigos, com a capacitação de estagiários de direito para atendimento cartorário, com centros de conciliação⁶ para priorização e encerramento de processos por acordo judicial ou pré-processual⁷, com ferramentas de gestão modernas e eficientes apropriadas para tratamento de demanda de massa e que enfrentam sem inibição o contencioso gerado pela explosão de demanda de consumo, vencida e superada nos diversos e heroicos enfrentamentos do Judiciário do Rio. Aliás, este, adotando uma política judiciária de valorização do acesso à Justiça, tratou e trata de milhões de casos idênticos em face da mesma empresa: nos planos de expansão de telefonia fixa, no caso do “megabonus”, na assinatura básica, nos apagões de energia elétrica, nas falhas das redes de telefonia celular, nos contratos de banda larga com velocidade

infinitamente inferior à contratada, nas cobranças de tarifas bancárias indevidas, nas compras pela internet que não são entregues, na cobrança abusiva de esgoto sem coleta e tratamento, nos planos de férias enganosos, nas compras coletivas lesivas etc.

O mapeamento das causas de migração de processos de consumidores que optam pelo juízo cível e evitam os juizados tem demonstrado que preferem o juízo comum, no procedimento sumário, os jurisdicionados que buscam valor superior de indenização, por exemplo, no acidente de consumo, do art. 12 do CDC, no transporte rodoviário urbano que, após queda lesiva no coletivo, esperam receber indenização superior àquela garantida nos juizados, considerando que o limite de competência passa a ser de sessenta salários do sumário, e não limitado a quarenta salários como nos juizados. A jurisprudência do TJRJ tem fixado indenizações de R\$ 8.000,00⁸ ou, por um registro desabonador indevido por fraude, o tribunal fixa R\$ 10.000,00⁹, indenizações que poderiam ser fixadas pelos JECs, não se justificando a migração. Os jurisdicionados que migram dos juizados para o cível no procedimento ordinário também almejam valores indenizatórios superiores, por exemplo no atraso de voo internacional com extravio de bagagem, hipótese em que o tribunal pode fixar em R\$ 12.000,00¹⁰, novamente não se justificando a migração porque este valor poderia ser fixado no juizado, que ainda resolve a lide de forma especializada em direito do consumidor, em tempo inferior e com custo reduzido.

E como o Judiciário pode valorizar e credenciar o microsistema dos juizados como o segmento eleito e especializado nas demandas de consumo?

O planejamento estratégico do tribunal deve ser pautado por critérios objetivos baseados em quantificação estatística (lista TOP 30)¹¹ e deve ser orientado para uma política de estruturação dos juizados com planos de investimento de médio e longo prazo para informatização e valorização do servidor e dos juízes togados e especialmente dos juízes leigos que atuam nesse segmento especializado e são responsáveis atualmente por 70% da produção de sentenças no segmento dos juizados e ainda são forçados a produzir 160 sentenças/mês, sem que possam se empenhar e se dedicar à instrução dos processos para redução do tempo da audiência, para fazerem jus a uma bolsa remuneratória razoável, acompanhando as promoções e remoções de escrivães e juízes com comprometimento e perfil de juizado; para o empoderamento das partes com presença obrigatória em audiência e uma política judiciária de valorização das provas extrajudiciais por laudos particulares, na forma do art. 35 da Lei 9.099/95; para o combate ao apego ao formalismo exacerbado¹², com desestímulo à supervalorização do processo em detrimento do direito material do consumidor; e ainda pela valorização do papel do advogado no sistema dos

juizados, com a obrigatoriedade de realização de AIJ (Audiência de Instrução e Julgamento) no 1º grau, sob pena de nulidade e sem aplicação do art. 557 do CPC na turma recursal, não adotando o julgamento monocrático e garantindo o julgamento do colegiado de juízes na turma recursal e sempre permitindo que os advogados possam pedir preferência e sustentar nas turmas recursais, sem exigência de inscrição na véspera ou com antecedência e sem limitação de horário no dia da sessão e permitindo que as próprias partes possam pedir preferência para assistir ao julgamento.

Todas essas características de empoderamento do consumidor e de valorização e de indispensabilidade de participação do advogado têm mantido o percentual de 52% de concentração da demanda nos juizados e pode garantir que se avance nesse percentual até 70% ou 80%, o que permitirá uma gestão flexível da demanda de consumo de massa com auxílio da mão de obra dos juízes leigos, dos contratados/terceirizados, estagiários, ferramentas de gestão como os centros de conciliação e a conciliação pré-processual, que permitem que o sistema possa produzir mais com a mesma estrutura (produzir mais com o mesmo), a fim de atender à explosão de demanda com eficiência.

O planejamento estratégico do Judiciário estadual no segmento dos juizados especiais deve compreender e acompanhar essa relação de interligação com o sistema de justiça comum, que é acionado pelos jurisdicionados como alternativa pela migração da demanda dos juizados para as varas cíveis, toda vez que a confiabilidade do microsistema estiver comprometida, o que deve ser objeto de plena atenção da alta administração do tribunal.

A gestão eficiente do sistema judicial de defesa do consumidor, nessa equação de contencioso de massa, tem inclusive superado seu papel de mero julgador de conflitos individuais, na medida em que tem conseguido através da gestão judiciária eficiente alterar o comportamento dos fornecedores, que também têm buscado mecanismos para responder à explosão de demandas de consumo de massa. Hoje realizam-se mutirões de conciliação com percentuais invejáveis de 90% a 100%, criam-se ilhas de conciliação para propositura de acordos extrajudiciais ao consumidor que já ajuizou sua demanda, expressinhos de conciliação, centrais de atendimento e *hot lines* para soluções de problemas com o Judiciário, Defensoria, Procons, Codecons e outras autoridades do sistema de defesa do consumidor, totens de atendimento presencial por videoconferência, desenvolvendo-se, portanto,

Basta que os
juizados especiais
enfrentem
problemas para
que o processo
migratório de
demandas para os
juízos cíveis se inicie

formas criativas e eficazes de solução dos conflitos de consumo em sede judicial e extrajudicial, que amortecem ou encerram o conflito por acordo, em benefício do mercado de consumo e com valorização do consumidor, com reflexo inclusive na economia, já que o consumidor satisfeito, que conta com uma política eficiente de pós-venda, terá sua decisão de consumo presidida pela confiança no fornecedor e no mercado, e não terá receio em consumir, gerando o efeito positivo de um círculo virtuoso na sociedade.

Notas

*Outras qualificações do autor:

Coordenador do Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis. Gestor do Movimento pela Conciliação do TJRJ.

¹ De acordo com os números, o Brasil tem 86,6 milhões de processos judiciais em tramitação. Do total, 25,5 milhões chegaram à Justiça em 2010. A Justiça Estadual é a mais demandada, com 18,7 milhões de casos novos só em 2009, o que corresponde a 74% dos novos processos que foram ajuizados no país. Na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal aportaram 3,4 milhões de novas ações em cada um destes dois ramos do Judiciário. A taxa de congestionamento de 71% manteve-se estável em relação aos anos anteriores, mas a metodologia de coleta de dados mudou. De acordo com o então presidente do CNJ, ministro Cezar Peluso, antes se considerava as sentenças proferidas para excluir o processo desta taxa. Pelo novo método, consideram-se excluídas da taxa de congestionamento apenas as ações cujas sentenças transitaram em julgado. Ou seja, nas que há decisão definitiva. A Justiça Estadual é a mais congestionada: taxa de 73%. A mais célere é a Justiça do Trabalho, cujo congestionamento é de 49%. Ou seja, mais da metade dos processos trabalhistas são resolvidos no mesmo ano em que ajuizados. <http://www.conjur.com.br/2010-set-14/brasil-866-milhoes-processos-andamento-afirma-cnj>

² <http://www.creativante.com.br/download/Judicializacao.pdf>

³ *Descabimento de recurso especial em sede de Juizados Especiais Cíveis*, conforme verbete da Súmula n. 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.” (STJ – Corte Especial, AgRg no Ag 400.076-BA, j. 23/05/2002)

⁴ *Resolução n. 12 do STJ, de 14/12/09*, que “Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte”.

Decisão do STF reconhecendo o cabimento de reclamação ao STJ “para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional” (STF – Tribunal Pleno – RE 571572 ED/BA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 26/08/09)

Ementa do acórdão da RCL 6.721/MT Reclamação. Resolução/STJ n. 12/2009. Juizados Especiais. Requisitos. Jurisprudência consolidada. Definição. 1. Para que seja admissível o manejo da Reclamação disciplinada pela Res/STJ n.12/2009 é necessário que se demonstre a contrariedade a jurisprudência consolidada desta Corte quanto a matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada: (i) precedentes exarados no

juízo de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC); ou (ii) enunciados de Súmula da jurisprudência desta Corte. 2. Não se admite, com isso, a propositura de reclamações com base apenas em precedentes exarados no julgamento de recursos especiais. 3. Para que seja admissível a reclamação é necessário também que a divergência se dê quanto a regras de *direito material*, não se admitindo a reclamação que discuta regras de processo civil, à medida que o processo, nos juizados especiais, orienta-se pelos peculiares critérios da Lei 9.099/95. 4. As hipóteses de teratologia deverão ser apreciadas em cada situação concreta. 5. Reclamação não conhecida.

⁵ AVISO n. 23/2008 O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro A V I S A aos Senhores Magistrados, Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, Advogados, Serventuários e demais interessados, que foi elaborada a presente CONSOLIDAÇÃO DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS CÍVEIS E ADMINISTRATIVOS 2 – COMPETÊNCIA 2.1 – COMPETÊNCIA – OPÇÃO DO AUTOR A competência em sede de Juizados Especiais Cíveis é opção do autor.

⁶ RESOLUÇÃO TJ/OE n. 20, de 18/07/2011 (ESTADUAL) Art. 1º – Fica criado o Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis – CPC JEC, localizado no Fórum Central da Comarca da Capital, que terá entre outras atribuições previstas em Ato Normativo a ser editado pela Presidência a de possibilitar o primeiro atendimento das partes residentes no território correspondente à competência dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital localizados no Foro Central, realizar as sessões de conciliações antes e após a distribuição dos feitos o implantar mutirões de Conciliação.

RESOLUÇÃO N. 125 DO CNJ DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010 – Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Art. 8º (...) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. § 1º Todas as sessões de conciliação e *mediação pré-processuais* deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, as sessões de conciliação e mediação processuais ser realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º). Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador (...) Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

⁷ http://www.tjrj.jus.br/web/guest/juiz_especiais/conciliacao-pre-processual

⁸ Proc. 0027001-7020058190004, Proc. 0012529-6420058190001.

⁹ Proc. 0268566-6320108190001, Proc. 0027377-5920108190205.

¹⁰ Des. Nagib Slaibi – Julgamento: 29/08/2012 – Sexta Câmara Cível Direito Aeronáutico. Transporte Aéreo Internacional. Perda de conexão por atraso de voo. Passageiros que tiveram de aguardar 28 horas até conseguirem viajar de Miami para o Rio de Janeiro. Transtornos para conseguir pernoite em hotel. Extravio de bagagem. Pedido de reparação por danos morais. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Falha na prestação do

serviço. Sentença de procedência. Recurso. Cabimento parcial. Majoração do valor da condenação por danos morais para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada uma das autoras. Primeiros Embargos de declaração. Empresa aérea. Alegadas omissões. Alegação de que o acórdão deixou de se manifestar sobre a aplicação ao caso de diversos dispositivos legais. Prequestionamento da matéria. Rejeitados. Segundos Embargos de declaração. Autores. Alegação de que houve obscuridade quanto ao pedido de incidência de juros de mora desde a citação. Rejeitados. Aplicação do princípio “in iliquidis non fit mora”. A indenização por danos morais contam-se da data do julgado, momento em que foram reconhecidos, pois não é líquida a obrigação quando paira incerteza do quantum. O enfoque jurídico dado pelo v. acórdão foi suficientemente claro, não se vislumbrando omissão ou contradição a serem sanadas, tendo o acórdão impugnado abordado todos os pontos relevantes para a solução do conflito. Verifica-se imprestável a via declarativa para o atendimento da pretensão do ora embargante; outrossim, não é demais lembrar que os declaratórios não se prestam para questionamentos, mas para dirimir omissões, obscuridades ou contradições, tampouco servem para alterar a decisão, ressalvada a hipótese do excepcional efeito infringente, que in casu não se ostenta razoável. Precedentes citados: Apel. Cív. n. 0047493-19.2010.8.19.0001, Sexta Câmara Cível, rel. Des. Nagib Slaibi, julgamento: 30/11/2011; Apel. Cív. n. 0083196-11.2010.8.19.0001, Décima Primeira Câmara Cível, rel. Des. Adolpho Andrade Mello, julgamento: 04/06/2012. Rejeição dos embargos

Des. José Carlos Paes – Julgamento: 20/09/2012 – Décima Quarta Câmara Cível. Apelações Cíveis. Transporte aéreo. Viagem internacional. Extravio de bagagem. Danos morais. Ocorrência. Quantum debeat. Danos materiais parcialmente comprovados. 1. A relação entabulada entre as partes tem natureza consumerista, uma vez que a autora é destinatária final dos serviços prestados pela ré, enquadrando-se, portanto, na definição de consumidor prevista no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A demandada é a fornecedora, conforme o disposto no artigo 3º do mesmo diploma legal. Precedentes do STJ. 2. Responsabilidade objetiva da prestadora de serviço, a quem cabe demonstrar a existência de causa excludente de sua responsabilidade, ônus do qual não se desincumbiu. 3. Ademais, pela Teoria do Risco, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de sua culpa, pois a responsabilidade decorre do simples fato de alguém se dispor a realizar atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços. 4. Incontroverso nos autos que a bagagem da consumidora foi extraviada, quando em viagem para participar de um projeto de pesquisa promovido por dois laboratórios com sede em Paris. 5. O contrato de transporte aéreo impõe a obrigação do transporte seguro dos passageiros, bem como de seus pertences. Nesse contexto, é evidente a falha na prestação de serviço prestado pela ré, que agiu com negligência no atendimento a sua cliente, causando-lhe dano moral, que ocorre in re ipsa. 6. Indenização extrapatrimonial que foi adequadamente fixada em R\$ 12.440,00 (doze mil, quatrocentos e quarenta reais), em primeiro grau de jurisdição. Correto cotejamento da razoabilidade e proporcionalidade que devem permear as decisões dessa natureza. Precedentes do TJRJ. 7. Danos materiais parcialmente comprovados através das notas fiscais referentes à aquisição de vestuário e artigos de higiene pessoal para possibilitar a permanência da autora no local de destino. Precedente. 8. A correção monetária referente ao dano moral deverá incidir a contar da data da sentença, nos termos da súmula 97 do TJ/RJ. Precedentes. 9. Por seu turno, os juros de mora também referente ao dano moral – incidirão a contar da citação, diante da relação contratual existente entre as partes, na

forma do artigo 405 do Código Civil. Precedentes do TJRJ. 10. Apelo da ré que não segue e apelação da autora parcialmente provida. Alteração de ofício do termo inicial da correção monetária e dos juros de mora referentes aos danos morais.

¹¹ <http://srv85.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>

¹² Quase metade dos brasileiros apoia tortura para obter provas 6 de junho de 2012. Pavarini Publicado originalmente na *Folha.com* Caiu nos últimos dez anos o número de pessoas que são totalmente contrárias a aceitação de provas obtidas com tortura nos tribunais, segundo pesquisa do NEV (Núcleo de Estudos da Violência) da USP divulgada hoje. Ao todo, foram ouvidos moradores de 11 capitais brasileiras. Segundo os dados de 2010, 52,5% dos ouvidos discordam totalmente com o uso de tortura para obter provas e 47,5% concordam totalmente, em parte ou discordam apenas em parte com a prática. Em 1999, a mesma pesquisa apontava 71,2% dos brasileiros totalmente contrários à tortura e 28,8% concordavam totalmente, em parte ou discordavam em partes. Na análise por cidades, Goiânia é o que tem maior percentual de moradores que discordam totalmente com a tortura, seguido por Belo Horizonte e São Paulo. Já entre os que concordam totalmente, em parte ou discordavam em partes com a prática, o destaque é de Porto Velho, com 75,3% das pessoas com essa opinião. Sobre a ação policial, caiu o percentual de pessoas que desaprovam o uso da força. Apesar disso, a maioria ainda é contrária. O número de pessoas que discordam totalmente com a invasão de residência caiu de 78,4% para 63,8%, com o ato de atirar em suspeito caiu de 87,9% para 68,6%, e quanto a agressão de suspeito caiu de 88,7% para 67,9%. <http://www.pavablog.com/2012/06/06/quase-metade-dos-brasileiros-apoia-tortura-para-obter-provas/>

O antropólogo e ex-secretário nacional de Segurança Pública Luiz Eduardo Soares, em sua casa no Rio. Após o 11 de Setembro, em vários países, as questões da segurança pública e da defesa nacional atropelaram os direitos humanos. E o fizeram, lamentavelmente, com apoio popular. Os EUA são um exemplo paradigmático disso. O presidente [George W.] Bush chegou a enviar ao Congresso e obter aprovação de algumas práticas de tortura como justificáveis em determinadas circunstâncias. [O presídio de] Guantánamo continua existindo, assim como outras prisões que se multiplicaram fora dos EUA e que estão alheias aos princípios que valem no interior do país. É a criação de uma espécie de purgatório global, para além de qualquer controle judicial e democrático. O mundo passou a girar em torno do eixo do medo, do terror e da segurança. Então o primeiro passo interpretativo é o de evitar uma avaliação isolacionista do Brasil. Temos de pensar o quadro mundial. Nós estamos falando de um novo tempo, de um outro espírito do tempo. Esse avanço das posições contrárias a valores de respeito humano é mundial ou pelo menos supranacional. Mas eu gostaria de comparar esses dados com os de outros países. Eu ousaria imaginar que talvez tenha ocorrido nos EUA uma degradação valorativa quanto aos direitos humanos maior do que essa verificada no Brasil. Talvez isso traria um raio de esperança no fim do túnel. É importante salientar que a maioria continua sendo contrária a essas práticas todas que você mencionou. A maioria decresceu muitíssimo, o que é lastimável e muito significativo. Mas a maioria continua firme no propósito de valorização da dignidade humana.

ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: CRÍTICA ÀS PROPOSTAS DA COMISSÃO ESPECIAL DO SENADO FEDERAL

JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO*

Advogado, consultor jurídico, membro da Academia Paulista de Direito e da Comissão Geral de Ética do Governo do Estado de S. Paulo (Brasil)
Professor especialista, por notório saber, pela Faculdade de Direito da USP
em Direito do Consumidor

EXCERTOS

“No que tange à tutela coletiva do consumidor, percebe-se que o anteprojeto é muito mais direcionado aos magistrados, na medida em que pretende tornar mais explícita e didática a classe dos chamados interesses e direitos individuais homogêneos de origem comum”

“Avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados”

“Como se verifica do caput do art. 39 do CDC, a enumeração relativa às chamadas práticas abusivas é meramente exemplificativa, e não taxativa”

“Aberta a possibilidade de revisão do CDC, qualquer interessado se arvorará no direito e oportunidade de não apenas não aceitar as supostas inovações que se lhe querem atribuir, como também de retirar-lhe conquistas de há mais de vinte anos”

“É de se salientar que embora tenhamos já instrumentos adequados, como já visto, para tratamento do propalado superendividamento, economistas esclarecem que o nosso comprometimento de ganhos com relação a obtenção de créditos é consideravelmente menor do que em outros países, sobretudo os mais desenvolvidos”

“Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte”
(RICHELIEU, 1585-1642, in *Memórias*)

“A lei tem duas, e só duas bases: a equidade e a utilidade”
(BURKE, 1729-1797, in *Discurso de Bristol*)

1. Introdução

As considerações a seguir são decorrentes: **a)** de reunião cognominada de *audiência técnica* proposta e conduzida por comissão especial de juristas designada pela presidência do Senado Federal¹, em 2 de setembro de 2011, nas dependências da AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, e à qual comparecemos a convite de seu presidente, Arystóbulo Freitas, e do presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, Eduardo Tavolieri; **b)** da análise de três anteprojetos entregues pela Comissão Especial do Senado Federal ao seu presidente, no dia 14 de março de 2012.

Os trabalhos finais da referida comissão resultaram em três projetos de lei, os quais consistem em ANEXOS a estas considerações (A – *Comércio Eletrônico*, B – *Superendividamento*, e C – *Tutela Coletiva*).

A sessão da audiência do dia 2 de setembro de 2011 foi copresidida pelo ministro Hermen Benjamin, do STJ, e pelo presidente da AASP, Arystóbulo Freitas, reservando-nos, por razões de ordem lógica e de argumentações, a sistemática de nos referirmos a manifestações exaradas quando de cada apreciação de nossa parte.

Nossa posição foi mantida a mesma quando nos manifestamos em trabalhos anteriores, e será sumariada em seguida.

2. Posicionamento a priori

Durante o transcorrer do ano de 2010, em que se comemoraram os vinte anos de sanção do Código de Defesa do Consumidor, nos quase trinta simpósios de que participamos, ora como palestrante, ora como debatedor, deixamos claro nossa posição no sentido de que o mesmo código não estaria a demandar qualquer tipo de alteração, ainda que a título de *melhorá-lo* ou *atualizá-lo*. Aliás, tal posicionamento já ficara claro em artigo de nossa autoria, publicado na revista da Associação dos Advogados de São Paulo², em comemoração aos 15 anos do CDC, ocasião em que essas questões já eram ventiladas.

Côncio das limitações destas apreciações, até por razões de ordem pragmática e de clareza, informamos que a primeira versão de nossa apreciação, antes mesmo da designação da referida comissão de juristas revisora do CDC, foi elaborada em maio de 2010, e encaminhada sob forma de artigo a respeito de eventuais alterações ao Brasilcon – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, para ser publicada, comentada e criticada no seu *site*, o que não ocorreu até o presente momento, nem tendo seus dirigentes sequer a cortesia de informar-nos o porquê da não publicação.

Para aqueles que pretendam tomar conhecimento do respectivo texto na íntegra, certamente mais alentado e aperfeiçoado posteriormente, indicamos os *sites* www.cognitiojuris.com e www.oab.org.br – *Revista Eletrônica de Atualidades Jurídicas*” n. 13 – CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (vide resumo abaixo)³.

Nossa contrariedade a qualquer alteração no CDC pode ser assim sumariada:

a) o Código de Defesa do Consumidor, embora concebido há mais de vinte anos, continua tão atual quanto àquela época;

b) cuida-se, com efeito, de uma lei de cunho principiológico⁴, de caráter multi e interdisciplinar, o que fica claro pelo enunciado de seu art. 7º, *caput*⁵, na medida em que se relaciona com todos os ramos do direito, e, ao mesmo tempo, contempla em seu bojo institutos que caberiam, como de resto couberam, em outros diplomas legais como, por exemplo, a responsabilidade civil objetiva, hoje constante, também, do Código Civil, no parágrafo único do art. 927, o princípio de boa-fé objetiva, bem como a interpretação mais favorável a um dos contratantes nos contratos de adesão (arts. 113, 421 e 422 do Código Civil, *e.g.*); isto sem se falar de legislações relativas à qualidade, metrologia e normalização de produtos e serviços, concorrência, propriedade industrial, atividades bancárias, securitárias, serviços públicos essenciais prestados por empresas permissionárias ou concessionárias, educação e previdência privadas etc.

c) sua maior e melhor implementação depende, isto sim, da atuação mais incisiva, mas ponderada e objetiva, dos órgãos públicos e das entidades não governamentais de proteção e defesa do consumidor, bem como, e principalmente, dos operadores do direito, com especial ênfase dos órgãos do poder judiciário, não ainda, em grande parte, aptos e preparados para cuidarem dos direitos e interesses abrigados pelo referido código;

d) se a *internet*, por exemplo, não fora antevista à época da concepção do Código (1988-89), referido instrumento, embora certamente tenha

surpreendentes peculiaridades, no âmbito das relações de consumo, não passa de um meio a mais, eletrônico, tanto de veiculação eletrônica de ofertas e mensagens publicitárias, quanto de negociação e contratação; entretanto, o art. 49 do CDC já contempla a hipótese de negociação dita *virtual*, quando feita fora do estabelecimento comercial do fornecedor de produto ou serviço, resguardando o consumidor, inclusive, com o direito de desistência da compra assim efetuada; entretanto, o chamado *marco regulatório* dos múltiplos processos e aplicações de informática não se resume, apenas, à oferta, publicidade e contratos firmados entre consumidores e fornecedores, mas vai muito além, no que tange a negócios entre fornecedores, crimes cibernéticos, chaves públicas e privadas, por exemplo, meandros das comunicações, concessões, permissões etc. E fica a indagação: é oportuno e conveniente a regulação parcial numa lei de defesa do consumidor?

e) por outro lado, e não menos importante: sabendo-se que neste país, embora bafejado pelo processo legislativo democrático, há mais de vinte e seis anos, até esta parte, os interesses e *lobbies* são dos mais variados matizes, nem sempre condizentes com os anseios consumeristas, não se verão tentados, por intermédio de congressistas, a se aproveitarem da ocasião e subtraírem conquistas tão dura e custosamente conseguidas? Vide o caso, por exemplo, do Código Florestal que, no enfoque dos ecologistas, estará a implicar perigoso retrocesso ao vigente, ainda que concebido na década de 60 do século passado.

Dentro ainda desta última perspectiva, ponderamos que, sabendo-se que há em tramitação no Congresso Nacional mais de cinco centenas de projetos de lei modificando aqui e ali o Código de Defesa do Consumidor, aos quais se juntarão as propostas ora analisadas, sem se falar do projeto de Código de Processo Coletivo e estudos visando a incluir novos livros no Código Penal quanto à sua parte especial definidora de delitos e penas, tudo aliado à circunstância de que o próprio Código Civil, em matéria de responsabilidade civil e tutela contratual, iguala todos os sujeitos de direito, antevemos a pura e simples extinção do Código de Defesa do Consumidor.

Sim, até porque, se suas pedras angulares são a *vulnerabilidade* de uma das partes das relações de consumo, *encimadas pelo princípio secular da boa-fé e a destinação final de produtos e serviços*, circunstâncias essas, bem ou mal,

O Código de Defesa do Consumidor, embora concebido há mais de vinte anos, continua tão atual quanto àquela época

já contempladas no Código Civil, pergunta-se: para que um Código do Consumidor, então, se todos são – agora – iguais perante a lei?

f) Quanto à tutela processual coletiva, como se verá no anexo respectivo, além de haver projeto para a sua disciplina geral para todos os tipos de interesses difusos, coletivo e individuais homogêneos de origem comum, as sugestões em pauta somente se aplicariam ao consumidor, e não aos demais interesses coletivos, *lato sensu*.

Ainda no que tange à tutela coletiva do consumidor, percebe-se que o anteprojeto é muito mais direcionado aos magistrados, na medida em que pretende tornar mais explícita e didática a classe dos chamados interesses e direitos individuais homogêneos de origem comum. Ou seja, parte-se do pressuposto de que os magistrados, em especial, não apenas não sabem a distinção entre os três tipos de tutela coletiva (difusa, coletiva *stricto sensu* e individuais homogêneos), decidindo como se se cuidasse de interesses meramente individuais, ou se equivocando quanto às características de uns e outros, como têm decidido como se direitos individuais puros fossem.

Seu único dado positivo foi a proposta da criação de cadastro geral das ações coletivas e compromissos de ajustamento de conduta nos âmbitos dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no que se refere ao consumidor.

Referida iniciativa, entretanto, além de não ser original, já que as mencionadas instituições já baixaram a *Resolução Conjunta 02/2011-CNMP-CNJ*, não contempla: nem os outros interesses e direitos difusos e coletivos, além dos do consumidor, nem tampouco a resolução de conflitos de atribuições entre os diversos órgãos do Ministério Público, hoje dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando, na verdade, se trataria de questão de interesse específico, de cunho administrativo, dos referidos órgãos. Aliás, a esse respeito propusemos tese específica em congresso nacional do Ministério Público, em 1996, mas acometendo essa atribuição ao Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, depois reformulada para que tal atribuição fosse acometida ao Conselho Nacional do Ministério Público⁶.

g) Igualmente quanto à tutela penal, e conforme já programado pela comissão originária do anteprojeto de que redundou a Lei 8.078/90, os delitos aí previstos, apenados mui brandamente, e embora assecuratórios ou garantidores dos preceitos dispositivos de cunho civil e administrativo, certamente serão transpostos para uma futura parte especial de um novo Código Penal⁷, ou, simplesmente derogados; ou, na melhor das hipóteses, absorvidos pela Lei 8.137/90.

3. Metodologia: para que tais modificações, afinal de contas? Qual a sua razão de ser?

Feitas estas considerações, passaremos a analisar cada um dos três anteprojeto e expor nossa opinião.

E, fiel à *teoria tridimensional do direito*, do saudoso professor Miguel Reale (*fato + valor = norma*), porém parafraseada, ou seja, no tocante: **a) à questão política** (= conveniência e oportunidade); **b) ideológica** (postulados consumeristas); **c) de conteúdo**, passaremos a analisar cada um dos anteprojeto em pauta, não necessariamente nessa ordem. Até porque, desde a mencionada *audiência técnica*, os textos originais sofreram modificações.

A primeira apreciação dos três então anteprojeto foi por nós feita e publicada no site *www.cognitiojuris.com.br* bem como na revista da Academia Paulista de Direito⁸.

A seguir, passamos à análise dos anteprojeto que foram efetivamente entregues à presidência do Senado Federal e já transformados em projeto de lei, formalmente.

ANEXOS 'A', 'B', e 'C':

texto dos anteprojeto com nossos comentários e observações⁹

CDC – Alterações Propostas pela Mesa do Senado Federal SENADO FEDERAL – PRESIDÊNCIA – COMISSÃO DE JURISTAS – “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR”

ANEXO 'A' COMÉRCIO ELETRÔNICO

(Minuta)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 281, DE 2012

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 1º** (...)”

Parágrafo único. As normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor.”

Nossos comentários

Ref. Art. 1º, § único – Os atributos de *ordem pública e interesse social* evidentemente já consideram implícita a verdadeira *lição de ética kantiana* ao

Poder Judiciário, além de ser o referido parágrafo absolutamente supérfluo no que concerne à interpretação mais favorável dos dispositivos do CDC, norma estampada em seu art. 47 e repetida pelo Código Civil vigente.

“Art. 5º (...)

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

VII – a interpretação e a integração das normas e negócios jurídicos da maneira mais favorável ao consumidor.

(...) (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 5º, VI e VII – Restou evidenciada neste passo a absoluta confusão entre *princípios, direitos e instrumentos de implementação da Política Nacional de Relações de Consumo*. Ora, os incisos propostos se referem a verdadeiro *wishful thinking* (boas intenções), ou, na melhor das hipóteses, de obrigações impostas ao judiciário e órgãos da administração pública.

“Art. 6º (...)

XI – a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico;

XII – a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 6º, XI e XII – Resta evidente que se a enumeração do art. 6º é uma extensão da célebre declaração do presidente Kennedy, a seu turno ampliada pela Resolução 39/248 da ONU sobre os direitos universais do consumidor, parece-nos que essa matéria é específica de norma que diga respeito ao chamado *comércio por meio eletrônico*, mediante projetos já em trâmite no Congresso Nacional e medida provisória de 2001. O CDC, nunca é demais repetir, é um *microssistema jurídico, inter e multidisciplinar*, o que pressupõe sua convivência com outros diplomas legais, sob pena de arvorar-se em verdadeira panaceia para tudo, o que não foi a ideia central de sua criação. Por outro lado, tanto a *autodeterminação* como a *liberdade de escolha* já estão previstas nos incisos III (informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços) e IV (proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços).

“Art. 7º (...)

§ 1º (...)

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

Nossos comentários

Ref. Art. 7º, § 2º – Proposta de caráter supérfluo, à vista do já estatuído com clareza pelo art. 47 do CDC.

“Seção VII

Do Comércio Eletrônico

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar.

Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto nos arts. 31 e 33, o fornecedor de produtos e serviços que utilizar meio eletrônico ou similar deve disponibilizar em local de destaque e de fácil visualização:

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

II – seu endereço geográfico e eletrônico, bem como as demais informações necessárias para sua localização, contato e recebimento de comunicações e notificações judiciais ou extrajudiciais.

III – preço total do produto ou do serviço, incluindo a discriminação de quaisquer eventuais despesas, tais como a de entrega e seguro;

IV – especificidades e condições da oferta, inclusive as modalidades de pagamento, execução, disponibilidade ou entrega;

V – características essenciais do produto ou do serviço;

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

VII – prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.

Art. 45-C. É obrigação do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar:

I – manter disponível serviço adequado, facilitado e eficaz de atendimento, tal como o meio eletrônico ou telefônico, que possibilite ao consumidor enviar e receber comunicações, inclusive notificações, reclamações e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos;

II – confirmar imediatamente o recebimento de comunicações, inclusive a manifestação de arrependimento e cancelamento do contrato, utilizando o mesmo meio empregado pelo consumidor ou outros costumeiros;

III – assegurar ao consumidor os meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento;

IV – dispor de meios de segurança adequados e eficazes;

V – informar aos órgãos de defesa do consumidor e ao Ministério Público, sempre que requisitado, o nome e endereço eletrônico e demais dados que possibilitem o contato do provedor de hospedagem, bem como dos seus prestadores de serviços financeiros e de pagamento.

Art. 45-D. Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor:

I – confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta, inclusive em meio eletrônico;

II – via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução.

Art. 45-E. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la;

II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou

III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.

§ 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I – o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas; e

II – o modo como obteve os dados do consumidor.

§ 3º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las.

§ 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.

§ 5º É também vedado:

I– remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária.

II– veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais.”

(...)

Nossos comentários

As questões aqui tratadas devem ser feridas em projetos que tenham a ver com a *internet*, notadamente com relação aos provedores, chaves públicas e privadas, assinatura digital, enfim, que se refiram a essa modalidade de comércio. Até porque essa mesma modalidade de comunicação não interessa apenas às relações de consumo e é mundialmente abrangente, donde a premente necessidade de um marco regulatório específico. Aliás, o art. 33 do CDC já ganhou nova redação no sentido de que qualquer tipo de oferta feita à distância por meio de qualquer tipo de comunicação traga os dados identificadores do ofertante/fornecedor, bem como abrangendo a vedação de cobranças de chamadas telefônicas dos consumidores (cf. Lei 11.989/09).

“**Art. 49.** O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

§ 1º (...)

§ 2º Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por meio eletrônico ou similar.

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no § 2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo.

§ 4º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor;

§ 5º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que:

I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor;

II – seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação;

III – caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura imediatamente posterior à comunicação.

§ 6º Se o fornecedor de produtos ou serviços descumprir o disposto no § 1º ou no § 5º, o valor pago será devolvido em dobro.

§ 7º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação.

§ 8º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

§ 9º O descumprimento dos deveres do fornecedor previstos neste artigo e nos artigos da Seção VII do Capítulo V do Título I desta lei enseja a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 49 – O projeto desce a detalhes com relação à execução do estatuído já pelo art. 49 do CDC, que garante a desistência pelo consumidor dos contratos firmados fora dos estabelecimentos físicos comerciais, o que não nos parece necessário. Aliás, dará ensejo a inúmeras discussões dos setores comerciais, de modo geral, e, em especial, do comércio por meio eletrônico, uma vez que cada setor econômico tem suas peculiaridades.

O CDC é um
microssistema
jurídico,
inter e
multidisciplinar

“**Art. 56.** (...)”

XIII – suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico.

(...) (NR)”

Nossos comentários

Art. 56, XIII – O rol do art. 56, quanto às infrações de cunho administrativo, não é exaustivo. Antes, até, é absolutamente exemplificativo porquanto, afóra a contrapropaganda – nunca regulamentada, aliás –, é matéria que refoge ao âmbito da tutela específica do consumidor. Que órgão ou órgãos serão incumbidos da aplicação dessa sanção? Não seria o aso de se aguardar um marco regulatório total das comunicações via *internet*? Aliás, o Procon de São Paulo aplicou essa medida a *sites* de compras, sendo repreendido pelo Judiciário. Também o Ministério Público do Rio de Janeiro tomou atitude semelhante via inquérito civil e depois ação civil pública. Ora, a questão administrativa das telecomunicações não é matéria afeta a agência reguladora, no caso a Anatel?

“**Art. 59.** (...)”

“§ 4º Caso o fornecedor por meio eletrônico ou similar descumpra a pena de suspensão ou de proibição de oferta e de comércio eletrônico, sem prejuízo de outras medidas administrativas ou judiciais de prevenção de danos, o Poder Judiciário determinará, a pedido da autoridade administrativa ou do Ministério Público, no limite estritamente necessário para a garantia da efetividade da sanção, que os prestadores de serviços financeiros e de pagamento utilizados pelo fornecedor, de forma alternativa ou conjunta, sob pena de pagamento de multa diária:

I – suspendam os pagamentos e transferências financeiras para o fornecedor de comércio eletrônico;

II – bloqueiem as contas bancárias do fornecedor. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 59 – Aqui nos reportamos aos comentários anteriores, porquanto se cuida de complemento à nova projetada infração e respectiva sanção administrativa, que caberiam à agência reguladora competente.

“**Art. 72-A.** Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

Nossos comentários

Ref. Art. 72-A – Como se sabe, além de projetos para um marco regulatório abrangente para as telecomunicações via processos de informática (p. ex., a Medida Provisória 2.200/01), há alentado projeto de lei no Congresso Nacional de que é relator o senador Eduardo Azeredo e que cuida de crimes praticados via meios eletrônicos.

“**Art. 101.** Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título:

I – será competente o foro do domicílio do consumidor, nas demandas em que o consumidor residente no Brasil seja réu e que versem sobre relações de consumo;

II – o consumidor, nas demandas em que seja autor, poderá escolher, além do foro indicado no inciso I, o do domicílio do fornecedor de produtos ou serviços, o do lugar da celebração ou da execução do contrato ou outro conectado ao caso;

III – são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor.

Parágrafo único. Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou a norma estatal escolhida pelas partes, desde que mais favorável ao consumidor, assegurando igualmente o seu acesso à Justiça. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 101 – São dispositivos manifestamente supérfluos: a uma, porquanto o inciso I já é uma conquista prevista pelo inc. I do art. 101 do CDC, versão original, aplicando-se, por razões óbvias, tanto no que diz respeito a fornecedor nacional como internacional, a menos que não tenha representante no Brasil, sem o que, por razões também óbvias, todo e qualquer litígio será inócuo; a duas, porquanto o inc. VII do art. 51 do CDC veda a estipulação de cláusula compulsória de arbitragem, o mesmo ocorrendo com a imposição e foro (inc. I, ainda do art. 51).

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Resumo

Impressionaram-nos, sobremaneira, as ponderações feitas na reunião técnica do dia 2 de setembro passado pelo advogado especialista em direito cibernético Renato Ópice Blum e pelo professor Newton de Luca, igualmente especialista, ambos autores de obras específicas sobre o tema.

Ponderaram, em síntese, e com efeito, que embora haja diversos projetos com vistas à fixação do marco regulatório brasileiro para as comunicações cibernéticas, em todos os sentidos, os projetos mal caminham no Congresso Nacional. Mesmo a medida provisória à qual nos referimos atrás está parada há quase onze anos.

Destarte, justificar-se-ia uma disciplina, ainda que não abrangente, no Código de Defesa do Consumidor, ao menos para as questões ditas *B to C* (*business to consumer*) e não propriamente *B to B* (*business to business*).

Como não somos especialista nessa matéria, caso se entenda oportuna e conveniente essa disciplina específica pelos renomados especialistas, dado o atraso na tratativa em projetos outros estagnados, então se poderia pensar na adoção dos projetados dispositivos cujo mérito, todavia, contestamos, pelas razões já atrás expostas.

Newton Lima e Luiza Erundina, contudo, ambos deputados federais pelo Estado de São Paulo, ponderam (jornal *Folha de S. Paulo*, ed. de 3.10.2011, p. A-3) que: “*Há 15 anos, tramitam no Congresso Nacional do país projetos de lei que dispõem sobre a regulamentação do uso*

da internet em território nacional. O mais adiantado, o PL 84/1999, tem o deputado Eduardo Azeredo (PSDB-MG) como relator. No intuito sincero de coibir a criminalidade na internet, o texto acaba avançando sobre os direitos fundamentais de liberdade de expressão, de informação e de privacidade dos cidadãos. Além disso, no que diz respeito ao direito do consumidor, o PL inverte a lógica da boa-fé, criando, no entendimento do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) a figura da 'presunção de culpa', que se contrapõe ao princípio constitucional da 'presunção da inocência' (...) De outra parte o governo enviou há pouco ao Congresso sua proposta de marco civil da internet (o PL 2.126/1), que pretende harmonizar a interação entre o direito e a chamada cultura digital. Ele define um leque de direitos e garantias do usuário, provisão de conexão e de aplicações da internet e diretrizes para a atuação do poder público”.

Pelo que se observa, portanto, fica o questionamento: será que é mesmo necessário prever-se alguma coisa do CDC, já que o chamado *marco regulatório* da informática é muitíssimo mais amplo do que a questão dos contratos via meios eletrônicos, quando já existe uma medida provisória em vigor a respeito de chaves públicas e privadas, bem como o art. 49 do mesmo CDC?

Justificação

O projeto de lei objetiva atualizar a Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a fim de aperfeiçoar as disposições do capítulo I e dispor sobre o comércio eletrônico. A crescente complexidade das relações de consumo demanda a previsão de princípios que reforcem a proteção do consumidor frente a novos desafios, principalmente os relacionados com o diálogo com outras fontes normativas, a segurança nas transações, bem como a proteção da autodeterminação e privacidade de seus dados. É igualmente imprescindível a introdução de uma seção específica sobre a proteção dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, em razão da sua expressiva utilização. Se, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, atualmente é o meio de fornecimento a distância mais utilizado, alcançando sucessivos recordes de faturamento. Porém, ao mesmo tempo ocorre o aumento exponencial do número de demandas dos consumidores. As normas projetadas atualizam a lei de proteção do consumidor a esta nova realidade, reforçando, a exemplo do que já foi feito na Europa e nos Estados Unidos, os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico. Busca-se ainda a proteção do consumidor em relação a mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de disciplinar o exercício do direito de arrendimento.

A evolução do comércio eletrônico, se, por um lado, traz inúmeros benefícios, por outro amplia a vulnerabilidade do consumidor. Assim, é essencial que se cumpra o comando constitucional do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, da Constituição Federal, e se criem normas que, efetivamente, ampliem a sua proteção no comércio eletrônico, a fim de que a evolução tecnológica alcance os objetivos que todos desejam: o desenvolvimento social e econômico, o aperfeiçoamento das relações de consumo e a prevenção de litígios.

Sala das Sessões,
Senador JOSÉ SARNEY

ANEXO 'B'

SUPERENDIVIDAMENTO

(Minuta)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 283, DE 2012

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 5º** (...)”

VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 5º – Já se não bastasse, conforme assinalado por nós, a introdução de propósitos em outros incisos do art. 5º que, como se sabe, cuida de instrumentos efetivos de implementação da política nacional de relações de consumo, notadamente instituições do Judiciário, Ministério Público, Polícia Civil, entidades públicas de proteção e defesa do consumidor e defensoria públicas, o projeto agora nos traz outro propósito de ideias, ou seja, “mecanismos” de prevenção e tratamento do superendividamento. Esse fenômeno, de extensão mundial, responsável, aliás, pelo grande *débâcle* econômico de 2008, tem no nosso ordenamento jurídico instrumentos adequados tanto para sua prevenção, como para seu tratamento (v. arts. 30 a 33 e 52 do CDC e arts. 783 e ss. do Código de Processo Civil). Além disso, alguns tribunais de justiça do país, como, por exemplo, dos estados do Paraná e Rio Grande do Sul, instituíram mecanismos mais simples para a resolução de problemas que atingem os superendividados. Por outro lado, ao contrário do que dispõe lei francesa sobre essa questão, não se faz distinção entre o *superendividado passivo* (em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, como, por exemplo, desemprego, doença grave etc.) e o *superendividado ativo* (aquele que se endivida, voluntária e conscientemente, muito além dos seus meios e capacidade de pagamento).

“**Art. 6º** (...)”

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 6º, XI – Aqui também, como já asseveramos noutro passo acerca

do art. 6º do CDC (desdobramento da famosa declaração do presidente norte-americano John Kennedy e da Resolução 39/248 da ONU), parece-nos não propriamente a declaração de um *direito*, mas de um *propósito*, meramente. Até porque o inc. V do mesmo art. 6º em sua versão original prevê, aí sim, como *direito fundamental* ou *básico* do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Além disso, também como *direito básico* ou *fundamental*, o art. 6º, incisos III e IV, como já assinalado aliás, figuram, respectivamente: *a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; e a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.*

“**Art. 27-A** As pretensões dos consumidores não reguladas nesta seção prescrevem em dez anos, se a lei não estabelecer prazo mais favorável ao sujeito vulnerável.

§ 1º O termo inicial da prescrição é a data de conhecimento inequívoco do fato pelo consumidor, e, nos contratos de trato sucessivo, a data da quitação anual de dívidas ou da última prestação mensal contestada.

§ 2º Prescreve em dez anos a pretensão de direito patrimonial do consumidor de crédito e de poupança, veiculada em ações individuais ou coletivas.”

Nossos comentários

Ref.: Art. 27-A – Obs.: A matéria comporta duas abordagens. A) Em primeiro lugar, não vemos qualquer motivo para este dispositivo. Até porque a questão da prescrição/decadência, pelo CDC, foi concebida em face de razões peculiares, sobretudo porque coincide com a temática da *garantia legal* (i.e., trinta dias para produtos não duráveis e noventa para duráveis). Desta forma, todo e qualquer tipo de prescrição e decadência, afora as hipóteses específicas do CDC, devem ser buscadas no regime do vigente Código Civil. Até porque o CDC é interdisciplinar (*ex vi* do § único do art. 7º). Aliás, o prazo de dez anos passou a ser a regra geral para as obrigações, substituindo a prescrição vintenária. Em nosso *Manual de direitos do consumidor* (11ª ed., Atlas, SP), dedicamos um item especial para esta matéria, inclusive no tocante aos prazos intercorrentes, em face da entrada em vigor do Código Civil de 2002. As únicas polêmicas envolvendo o tema referem-se aos prazos de prescrição que dizem respeito a defeitos na construção civil, por exemplo. B) Por outro lado, o projetado § 2º do art. 27-A traz à baila manifesto casuísmo, ou seja, a questão das milhares de ações visando à indenização pelo expurgo de correções dos diversos planos econômicos, sobretudo na modalidade de investimento *caderneta de poupança*.

Conforme deixamos também claro em nosso *Manual de direito do consumidor*, ao tratarmos da análise dos conceitos de *consumidor* e de *atividades* sob a rubrica de *serviços, investidor* – pouco importa em que tipo de ativo financeiro – não é consumidor. Tanto assim que há uma lei específica para o tratamento dessa questão: a Lei 7.913/89, que *dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários*. A questão, aliás, é ao menos polêmica, conforme se verifica da leitura do acórdão proferido pela 2ª Seção do STJ, no REsp. n. 106.888-PR (1996/000056344-6), tendo como relator o ministro César Asfor Rocha (no nosso *Manual*, p. 58-61).

“CAPÍTULO VI

(...)

Seção IV

Da Prevenção do Superendividamento”

“**Art. 54-A** Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana.

“**Art. 54-B** Além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, no fornecimento de crédito e na venda a prazo, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato, sobre:

I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II – a taxa efetiva mensal de juros, a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de dois dias;

IV – o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;

V – o direito do consumidor à liquidação antecipada do débito.

§ 1º As informações referidas no art. 52 e no *caput* deste artigo devem constar em um quadro, de forma resumida, no início do instrumento contratual.

§ 2º O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor, para efeitos deste Código, sem prejuízo do cálculo padronizado autoridade reguladora do sistema financeiro, consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37, a publicidade de crédito ao consumidor e de vendas a prazo deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 4º É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicidade ou não:

I – formular preço para pagamento a prazo idêntico ao pagamento à vista;

II – fazer referência a crédito ‘sem juros’, ‘gratuito’, ‘sem acréscimo’, com ‘taxa zero’ ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;

III – indicar que uma operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;

IV – ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente.

§ 5º O disposto nos incisos I e II do § 4º deste artigo não se aplica ao fornecimento de produtos ou serviços para pagamento do preço no cartão de crédito em parcela única.”

“**Art. 54-C.** Sem prejuízo do disposto no art. 46, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas:

I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;

II – avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III – informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados uma cópia do contrato de crédito.

§ 1º A prova do cumprimento dos deveres previstos neste Código incumbe ao fornecedor e ao intermediário do crédito.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo, no art. 52 e no art. 54-B, acarreta a inexigibilidade ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

Nossos comentários

Art. 54-A a C – A nosso ver cuida-se de dispositivo supérfluo, já que não apenas o art. 31 complementa a ordem de ideias do *caput* do art. 30, no que tange a informações de oferta e publicidade, tratando, inclusive, de sua forma, como o art. 52 do CDC trata, objetivamente, dos requisitos específicos no que diz respeito ao consumo de produtos ou serviços mediante outorga de crédito. Resta evidente, outrossim, que os dispositivos do CDC devem ser sempre analisados e interpretados em conjunto e de forma sistêmica, e não isoladamente. Ajunte-se a estes argumentos que o § 1º do art. 37 do mesmo CDC, ao cuidar da publicidade enganosa, no sentido genérico, igualmente prevê essa modalidade lesiva na forma comissiva (afirmação de circunstâncias falsas sobre produtos e serviços) e omissiva (ausência de informações reputadas relevantes).

“**Art. 54-D** Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, para preservar o mínimo existencial.

§ 1º Exclui-se da aplicação do *caput* o débito em conta bancária de dívidas oriundas do uso de cartão de crédito para pagamento do preço em parcela única.

§ 2º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata ao dever de revisão do contrato ou sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, as seguintes medidas:

I – dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no *caput* deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor;

II – redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor;

III – constituição, consolidação ou substituição de garantias.

§ 3º O consumidor poderá, em sete dias, desistir da contratação de crédito consignado de que trata o *caput* deste artigo, a contar da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, sem necessidade de indicar o motivo.

§ 4º Para o exercício do direito a que se refere o § 3º deste artigo, o consumidor deve:

I – remeter, no prazo do § 3º deste artigo, o formulário ao fornecedor ou intermediário do crédito, por carta ou qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônico, com registro de envio e recebimento;

II – devolver ao fornecedor o valor que lhe foi entregue, acrescido dos eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução, no prazo de sete dias após ter notificado o fornecedor do arrependimento, caso o consumidor tenha sido informado, previamente, sobre a forma de devolução dos valores.

§ 5º O fornecedor facilitará o exercício do direito previsto no § 3º deste artigo, mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato e com todos os dados relativos à identificação do fornecedor e do contrato, assim como a forma para a devolução das quantias em caso de arrependimento e endereço eletrônico.

§ 6º O disposto neste artigo não prejudica o direito de liquidação antecipada do débito.

§ 7º Para efeito do disposto neste artigo, o nível de endividamento do consumidor poderá ser aferido, entre outros meios, mediante informações fornecidas por ele, consulta a cadastros de consumo e bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados.

§ 8º O disposto no § 2º deste artigo não se aplica quando o consumidor houver apresentado informações incorretas e o fornecedor não puder apurá-las por outros meios.”

Nossos comentários

Art. 54-D – Estamos aqui diante de verdadeiro preciosismo, burocratização e determinações que seriam da alçada do Banco Central do Brasil e do próprio Congresso Nacional, à vista do estatuído pelo art. 192, *caput*, da Constituição Federal, e não de um casuísmo consumerista, apenas.

“**Art. 54-E** São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e os acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento, quando o fornecedor de crédito:

I – recorre aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a conclusão ou a preparação do contrato de crédito;

II – oferece o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor do produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal foi celebrado; ou

III – menciona no contrato de crédito especificamente o produto ou serviço financiado, a constituir uma unidade econômica, em especial quando este lhe serve de garantia.

§ 1º O exercício dos direitos de arrependimento previstos neste Código, seja no contrato principal ou no de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo.

§ 2º Nos casos dos incisos I a III do *caput*, havendo a inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produtos ou serviços, o consumidor poderá invocar em juízo, contra o fornecedor do crédito, a exceção de contrato não cumprido.

§ 3º O direito previsto no § 2º deste artigo caberá igualmente ao consumidor:

I – contra o portador de cheque pós-datado, emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo;

II – contra o administrador ou emitente de cartão de crédito ou similar, salvo na hipótese em que tenha sido utilizado exclusivamente como meio de pagamento à vista.

§ 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do *caput* deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores pagos, inclusive relativamente a tributos.

§ 5º Nos casos dos incisos I a III do *caput*, havendo vício do produto ou serviço, a responsabilidade do fornecedor de crédito será subsidiária, no limite do valor do financiamento, sem prejuízo do disposto no § 2º e do direito de regresso.”

Nossos comentários

Art. 54-E – Aqui também há superfluidade de dispositivo, na medida em que, partindo-se das tão detalhadas considerações acima, quanto à interpretação dos dispositivos do CDC, a *solidariedade* entre os vários participantes das relações de consumo, no vértice *fornecedor*, já está presente na regra geral do parágrafo único do art. 7º, e, posteriormente, de forma específica, por exemplo, nos arts. 18 e 20, sem se falar no concurso de pessoas para efeitos penais do art. 75. Se os operadores de direito, notadamente os órgãos do judiciário, não reconhecem, ou, então, ignoram estes aspectos, essas circunstâncias não decorrem de omissão ou obscuridade da lei, mas de falta de informação e análise mais acurada de seus dispositivos. Por outro lado, fazem-se considerações evidentes quanto ao princípio de que *o acessório segue o principal*, em matéria de contratos financeiros. As questões já são tratadas, não de forma tão explícita e detalhista, é certo, como se pretende, pelo art. 52 original, o qual, a nosso ver, entretanto, já contém as principais limitações e requisitos de proteção ao consumidor de crédito. Com efeito, o art. 52 do nosso Código de Defesa do Consumidor cumpre aquele requisito, e com vantagem pela clareza, ao estabelecer que: “*No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – preços do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III – acréscimos legalmente previstos; IV – número e periodicidade das prestações; V – soma total a pagar, com e sem financiamento*”. Importante, ainda, a garantia

do § 2º do referido art. 52 do nosso Código de Defesa do Consumidor, ao dizer que: “É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”. Da mesma forma, no que toca ao contrato de adesão (§ 3º do art. 54), quanto à sua redação, de forma clara, nossa lei tem traços de semelhança com a francesa. Na ordem jurídica francesa, entretanto, o formalismo é ainda mais acentuado: a oferta estabelecida segundo modelos típicos, fixados pelo comitê de Regulamentação Bancária, deve mencionar, segundo o art. L.311-10 do *Code de la Consommation*, a identidade das partes e, sendo o caso, dos fiadores. Ela deve precisar o montante do crédito e eventualmente de suas frações periodicamente disponíveis, a natureza, o objeto e as modalidades do contrato, sendo o caso, as condições do seguro, o custo total do crédito, sua taxa efetiva global, as despesas de dossiês, as despesas das prestações. Por outro lado, a proposta avança em questões que dizem mais respeito às atribuições sancionatórias do Banco Central, em face das instituições financeiras, e não propriamente de tutela específica do consumidor. Muitas das propostas, aliás, estão contidas no chamado *Código de Proteção ao Cliente do Sistema Bancário*, objeto de duas portarias do Banco Central do Brasil (cf. nosso *Manual de direitos do consumidor*, Atlas, SP, 10ª edição, no item que cuida dos *Serviços*, como objeto das relações de consumo).

Ora, a questão administrativa das telecomunicações não é matéria afeta a agência reguladora, no caso a Anatel?

“**Art. 54-F** Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e da legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam crédito, entre outras condutas:

I – realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compras realizadas com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos três dias da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte;

II – recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível e, após a conclusão, cópia do contrato;

III – impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou meio similar, que o consumidor peça e obtenha a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos;

IV – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio;

V – condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência relativas a demandas judiciais.

Parágrafo único. Sem prejuízo do dever de informação e esclarecimento do consumidor e de entrega da minuta do contrato, no empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável.”

Nossos comentários

Art. 54-F – Como se verifica do *caput* do art. 39 do CDC, a enumeração relativa às chamadas *práticas abusivas* é meramente exemplificativa, e não taxativa. Observamos, desta forma, que embora os novos incisos propostos se tenham inspirado na doutrina e jurisprudência, estender o rol exemplificativo teria tão somente efeito didático. Na primeira versão da Comissão Especial, havia a proposta da inserção de um inciso XV, retirado desta nova versão. Rezava ele, com efeito, que é prática abusiva “*inscrever o consumidor em banco de dados de proteção ao crédito no caso previsto no inciso XIV ou quando a dívida estiver sob discussão judicial, salvo em caso de uso abusivo de medidas judiciais*”. Essa matéria foi objeto de representação que fizemos ao Ministério Público de São Paulo, para fins de propositura de ação civil pública em face da Serasa e SPC, mas frustrada, pelo arquivamento, homologado pelo respectivo Conselho Superior. Na verdade não haveria necessidade de sua inserção, já que nossa tese baseou-se não apenas nos princípios gerais do CDC, como também em lei específica sobre a tiragem de protestos, e por ela reconhecidos como os únicos meios hábeis para a negativação de devedores (cf. Lei 9.492, de 1997, art. 29). Mais uma lei, aliás, ignorada, e que *não pegou*.

“**Art. 54-G** Sem prejuízo do disposto no art. 51 e da legislação aplicável à matéria, são também absolutamente nulas e assim devem ser declaradas de ofício, pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, garantido o contraditório, as cláusulas contratuais, entre outras, que:

- I – de qualquer forma condicionem ou limitem o acesso aos órgãos do Poder Judiciário;
- II – imponham ou tenham como efeito a renúncia à impenhorabilidade do bem de família do consumidor ou do fiador;
- III – estabeleçam prazos de carência na prestação ou fornecimento de serviços ou produtos, em caso de impontualidade das prestações mensais, ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e seus meios de pagamento, a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores, observado o disposto no art. 104-A, § 3º, inciso III;
- IV – considerem o simples silêncio do consumidor como aceitação dos valores cobrados, em especial nos contratos bancários, financeiros, securitários, de cartões de crédito ou de crédito em geral, das informações prestadas nos extratos, de modificação de índice ou de alteração contratual;
- V – estabeleçam, no contrato de compra e venda de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves;
- VI – proíbam ou dificultem a revogação, pelo consumidor, da autorização, de consignação ou débito em conta;
- VII – prevejam a aplicação de lei estrangeira que limite, total ou parcialmente, a proteção assegurada por este Código ao consumidor domiciliado no Brasil.

Parágrafo único. O disposto no inciso VI deste artigo somente se aplica ao crédito consignado autorizado em lei se houver descumprimento, pelo fornecedor dos direitos previstos neste Código, de requisitos legais previstos para a contratação ou violação do princípio da boa-fé.”

(...)

Nossos comentários

Ref. Art. 54-G – 1. Em primeiro lugar, entendemos que a atribuição de declaração de nulidade absoluta de cláusulas contratuais reputadas abusivas à *administração pública* é inconstitucional, à vista do dispositivo constitucional que veda a subtração de quaisquer questões da apreciação do Poder Judiciário (*ex vi* do inc. XXXV, art. 5º). Por outro lado, não se esclarece quais órgãos da administração pública teriam tão relevante tarefa. 2. Num segundo aspecto, observe-se que aqui também a enumeração do art. 51 quanto às chamadas *cláusulas abusivas* é meramente exemplificativa e não taxativa. Desta forma, o rol de novas hipóteses deveria continuar a ser feito pela Secretaria de Direito Econômico, à vista do que dispõe o art. 56 do Decreto Federal 2.181/97. Até porque tem maior flexibilidade, o que não ocorre com a lei. Como essa inserção se baseia na experiência dos órgãos de defesa do consumidor e na jurisprudência, a qual é variável, corre-se o risco de engessamento do dispositivo. 3. A proposta de um então inc. XVI ao art. 51 do CDC que dizia respeito, em última análise, ao *direito de retenção de benfeitorias úteis ou necessárias* em decorrência de contrato de locação, foi eliminado, a nosso ver corretamente. Com efeito, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do lusitano, por exemplo, a chamada relação *ex locato* não é abrangida pelo CDC, mas sim por diploma legal próprio. Aliás, diga-se de passagem, que a chamada *Lei do Inquilinato* é da mesma categoria do CDC, ou seja, ambos são leis de ordem pública e interesse social. E certamente aquela já provê a proteção do inquilino, tido também, à semelhança do CDC, como *vulnerável*.

“CAPÍTULO V

DA CONCILIAÇÃO NO SUPERENDIVIDAMENTO”

“**Art. 104-A** A requerimento do consumidor superendividado pessoa física, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos, preservado o mínimo existencial.

§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.

§ 2º O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o *caput* deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora.

§ 3º No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

§ 4º Constará do plano de pagamento:

I – referência quanto à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;

II – data a partir da qual será providenciada exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;

III – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

§ 5º O pedido do consumidor a que se refere o *caput* deste artigo não importa em declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de dois anos, contados da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.”

Nossos comentários

Ref. Art. 104-A – Referido dispositivo seria o corolário lógico da seção específica que cuida do superendividamento, ou seja, cria-se um procedimento próprio para tratar esse fenômeno de maneira mais singela, é certo, do que a *insolvência civil*, do art. 783 e seguintes do Código de Processo Civil. Todavia, parece-nos que o caminho mais apropriado, guardadas as peculiaridades de cada unidade da federação brasileira, é que cada uma adote, mediante provimentos dos respectivos Conselhos Superiores da Magistratura ou órgão equivalente, a adaptação da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais). É o que fizeram, por exemplo, os tribunais de justiça dos estados do Paraná e do Rio Grande do Sul. Com efeito, no artigo intitulado *Mercosul e o Desafio do superendividamento*, Clarissa Costa de Lima (*Revista Direito do Consumidor* n. 73, janeiro/março de 2010, págs. 11-50) cita o provimento gaúcho a respeito: “O art. 1.040-A da *Consolidação Normativa Judicial* do Estado do Rio Grande do Sul, de 2006, dispõe que: ‘*Nas hipóteses de superendividamento, resta possibilitada a promoção da fase de conciliação prévia ao processo judicial, instaurando-se situação de concurso de credores, mediante remessa de carta-convite aos credores declarados, por interesse da parte devedora, para a composição das dívidas civis. § 1º – A decisão judicial de homologação da conciliação obtida em audiência designada para esta finalidade terá força de título judicial executivo independentemente da representação das partes por advogados. § 2º – A ausência de conciliação no feito não importará em reconhecimento judicial de uma declaração de insolvência por parte do devedor (art. 753, II, do CPC), havendo arquivamento do expediente por simples ausência de acordo entre os interessados e registro de informações com mero caráter estatístico. § 3º – O controle estatístico dos expedientes será efetuado pro sistema informatizado, cabendo ao Poder Judiciário a gestão de tal banco de dados*”.

Art. 2º O art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), passa a vigorar acrescido do § 3º, com a seguinte redação:

“Art. 96 (...)

§ 3º Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Estatuto do Idoso – Nada a comentar, já que se refere especificamente a outro diploma legal.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Parágrafo único. A validade dos negócios e demais atos jurídicos de crédito em curso, constituídos antes da entrada em vigor desta lei, obedece ao disposto no regime anterior, mas os seus efeitos produzidos após a sua vigência aos preceitos dela se subordinam.

Resumo

Conforme nos é dado observar da ‘Justificação’ abaixo, em síntese, tratar-se-ia de um *aggiornamento*, atualização, do CDC, decorridos já vinte anos de sua entrada em vigor. Ora, o CDC não envelheceu. Ao contrário, muitos dos dispositivos considerados *revolucionários* no Código Civil de 2002 foram claramente inspirados nos corajosos e pioneiros dispositivos do CDC. Se a intenção, outrossim, é meramente dar melhor redação ou explicitação aos dispositivos, sobretudo quando se cuida do consumo mediante outorga de crédito, por exemplo, corre-se o risco de não apenas não serem acolhidos pelas casas legislativas, como também dar-se azo a que se retirem do texto original a própria proteção prevista pelo art. 52, por exemplo, como decorrência, aliás, do tão questionado § 2º do art. 3º, alvo de ação direta de inconstitucionalidade. Ou seja: aberta a possibilidade de *revisão do CDC*, qualquer interessado se arvorará no direito e oportunidade de não apenas não aceitar as supostas inovações que se lhe querem atribuir, como também de retirar-lhe conquistas de há mais de vinte anos. Por fim, é de se salientar que embora tenhamos já instrumentos adequados, como já visto, para tratamento do propalado *superendividamento*, economistas esclarecem que o nosso comprometimento de ganhos com relação a obtenção de créditos é consideravelmente menor do que em outros países, sobretudo os mais desenvolvidos¹⁰. Cuida-se, em última análise de modismo e superfetação inútil, à luz de diretivas da União Europeia e da lei francesa que cuida especificamente da matéria, conforme deixamos claro no artigo publicado no site www.cognitiojuris.com.br.

Justificação

O projeto de lei ora apresentado objetiva atualizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC), incluindo normas principiológicas referentes ao importante tema da concessão de crédito ao consumidor – que é base das economias de consumo nos países industrializados e agora está em ascensão no Brasil – e ao consequente tema da prevenção do superendividamento dos consumidores, problema comum em todas as sociedades de consumo consolidadas e saudáveis. Trata-se de temas novos, oriundos do pujante e consistente crescimento econômico brasileiro e da democratização do acesso ao crédito e aos produtos e serviços em nosso mercado. As normas propostas visam a preparar o mercado e a sociedade brasileira para os próximos anos e reforçam os direitos de informação, de transparência, de lealdade e de cooperação nas relações

que envolvem crédito, direta ou indiretamente, para o fornecimento de produtos e serviços a consumidores, assim como impõem um *standard* atualizado de boa-fé e de função social destes contratos, em virtude da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

A proposta atualiza as normas já existentes no CDC quanto aos direitos do consumidor e à prescrição e complementa as já existentes, incluindo nova seção no Capítulo V: da Proteção Contratual. Esta nova seção do CDC tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial. Sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana, a proposta regula o direito à informação, a publicidade, a intermediação e a oferta de crédito aos consumidores. Garantem-se a entrega de cópia do contrato e informações obrigatórias que permitam aos consumidores decidir de maneira refletida sobre a necessidade do crédito. A proposta abarca ainda normas para facilitar a negociação com os fornecedores em caso de cobrança de valores contestados, erro ou fraude cometidos em seus cartões de crédito e meios de pagamento. Cria também a figura do assédio de consumo, protegendo de forma especial os consumidores idosos e analfabetos, estabelecendo regras básicas para a publicidade de crédito, ao proibir a referência a crédito “sem juros”, “gratuito” e semelhantes, de forma que a publicidade não oculte os ônus da contratação a crédito.

A proposta reforça o vínculo de solidariedade entre os fornecedores de crédito e seus intermediários, no cumprimento dos deveres de informação e cooperação, bem como de coligação entre o contrato principal de fornecimento de produtos e serviços e o contrato, dependente, de crédito ao consumidor. Esclarece também sobre a nulidade absoluta de algumas cláusulas contratuais. Garante a preservação de parte da remuneração do consumidor que represente o “mínimo existencial”, em especial se o pagamento do crédito envolver autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta-corrente, consignação em folha de pagamento, ou qualquer modo que implique reserva de parte da remuneração. Por fim, institui a possibilidade de o consumidor arrepender-se do crédito consignado, sob determinadas condições, como novo instrumento para evitar o seu superendividamento.

Na parte processual do CDC, cria Capítulo V: da Conciliação no Superendividamento, prevendo a conciliação com todos os credores do consumidor superendividado. Inspiram a presente proposição legislativa as normas já existentes em outros sistemas jurídicos e as pioneiras dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Paraná, Pernambuco e São Paulo, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e da Fundação Procon de São Paulo, nas quais o procedimento de conciliação se dá em audiências globais entre consumidores e fornecedores, o que facilita a elaboração de plano de pagamento para a quitação das dívidas, com preservação do mínimo existencial, permitindo a reinclusão do consumidor no mercado e o avanço da cultura do adimplemento das dívidas. Em estudo premiado pelo Prêmio Innovare, o índice de êxito dos acordos, em algumas cidades, atinge a relevante marca de noventa e um, vírgula seis por cento, a demonstrar sua alta relevância para credores e consumidores na nova sociedade brasileira.

Em resumo, a proposta cria patamares de boa-fé e de conduta responsável dos fornecedores e intermediários na concessão de crédito ao consumidor e seu pagamento. Além desses aspectos fundamentais de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, a proposta fornece ao aplicador da lei importantes princípios e instrumentos para realizar, de forma eficiente, o imperativo constitucional de promoção da defesa do consumidor.

Pelo exposto, contamos com o apoio dos nobres Pares para aprovação do projeto.

Sala das Sessões,

Senador JOSÉ SARNEY

ANEXO 'C'
TUTELA PROCESSUAL COLETIVA
(Minuta)

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 282, DE 2012

Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 81.** (...)”

§ 1º A ação coletiva, que caberá para a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza, indicados nos incisos deste parágrafo, será exercida quando se tratar de:

(...)

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.

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

§ 3º As ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, excetuadas a ação popular e as de alimentos.

§ 4º A constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

§ 5º As pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular. (NR)”

Nossos comentários

Ref. Art. 81 – O dispositivo em questão é claramente inspirado no *Federal Rule of Civil Procedure # 23* norte-americano, o qual, todavia, apresenta sérias dificuldades no que tange aos seus requisitos e pressupostos com vistas à propositura das chamadas *class actions*. Além disso, há considerável autonomia dos Estados-membros da federação norte-americana, o que torna a norma geral extremamente flexibilizada e diferenciada em cada uma das 50 unidades federadas. O princípio fundamental, todavia, é de que, considerando-se um grupo titular de um direito violado, deve ele ser tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros em uma única ação seria impraticável (*joinder impracticability*);

Seus *pressupostos*, em suma, são os seguintes:

A) existência de uma questão comum, de ato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme (*common question*);

B) que o representante tenha as mesmas pretensões dos demais membros do grupo, sendo um representante típico dos interesses do grupo (*typicality*);

C) que o autor represente adequadamente os interesses dos demais membros do grupo (*adequacy of representation*) e que a propositura de ações individuais separadas possa criar riscos de decisões inconsistentes ou conflitantes, prejudicando outros interessados não abrangidos pelas ações individuais;

D) que a parte contrária ao grupo tenha agido ou deixado de agir de maneira uniforme em face de todo o grupo, o que exigiria uma decisão coletiva de cunho mandamental ou declaratório para beneficiar todo o grupo;

E) que o juiz considere que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre os interesses individuais.

Conforme por nós já assinalado no introito desta apreciação, no que tange à tutela coletiva do consumidor, mormente quando se trata dos chamados *interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum*, o projetado dispositivo tem o mérito se servir como *explicação didática* para os operadores do direito, mormente os senhores magistrados, que, não raro, confundem as três categorias de direitos e interesses coletivos, quais seja, os *difusos*, os *coletivos propriamente ditos* e os *individuais homogêneos de origem comum*.

Na verdade ao contrário do que ocorre com as *class actions* do direito norte-americano, nosso ordenamento jurídico, num primeiro momento, previu as ações civis públicas de tutela dos interesses manifestamente *difusos*, editando-se a Lei 6.938/81 de política ambiental. E, assim mesmo, tratava ela tão somente da proteção do meio ambiente natural, ao mesmo tempo em que apenas legitimava o Ministério Público para a sua tutela.

Posteriormente sobreveio a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que não apenas ampliou o espectro dos interesses a serem tutelados (*i.e.*, acrescentando ao meio ambiente natural também o cultural e artificial além dos interesses do consumidor), além de haver aumentado o rol de entes legitimados para sua tutela.

Coube à Constituição Federal, ao fixar as funções institucionais do Ministério Público, estabelecer a classe dos chamados *direitos e interesses coletivos* e, finalmente, ao Código de Defesa do Consumidor a dos *interesses individuais homogêneos de origem comum*.

E a diferença é sensível entre as três categorias de interesses, a começar pelas suas características, definidas pelo parágrafo único do art. 81 do Código do Consumidor, passando pelos pedidos que possam ser formulados nas ações respectivas, e, finalmente, no que concerne aos provimentos jurisdicionais.

Com efeito, enquanto que nos *interesses ou direitos difusos e coletivos propriamente ditos* o provimento é quase sempre a imposição de uma obrigação de fazer ou não fazer sob pena de multa diária, nos *interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum* a tutela é condenatória. Exemplo

disso foi a paradigmática ação civil pública movida pela Promotoria de Justiça do Consumidor de Osasco em face das empresas proprietária e administradora do Plaza Shopping Center Osasco, palco de violenta explosão em 1996 que causou a morte de 42 pessoas, e ferimentos graves e danos materiais a outras 300. A sentença, como não poderia deixar de ser, reconheceu o defeito na prestação do serviço (*i.e.*, a má instalação do encanamento de gás que provocou seu vazamento por meses) de que resultou a explosão, causadora dos referidos danos e prejuízos, ficando a execução a cargo do Ministério Público e das vítimas.

Na esmagadora maioria das ações propostas, entretanto, ao menos no âmbito do Ministério Público, no qual militamos por 30 anos, 15 deles só na área específica de defesa do consumidor, grande parte dos provimentos jurisdicionais obtidos referem-se à imposição de prestações de fato ou abstenção de ato (vide nosso *Manual de direitos do consumidor*, Ed. Atlas, SP, 10ª edição, capítulo relativo exatamente à tutela coletiva do consumidor).

Destarte, o único mérito, a nosso ver, do proposto dispositivo, é de cunho didático e pedagógico.

“**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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 81-A – Referido dispositivo, pelo que se observa, refere-se aos chamados *interesses e direitos difusos*, bem como aos *interesses propriamente coletivos*. Até porque o art. 93 fala, expressamente, em matéria de competência judicial dos *interesses individuais homogêneos de origem comum*. Ao contrário daqueles, como se sabe, os interesses ou direitos prejudicados por um único fato desencadeador dos danos (p. ex., no caso do Shopping Plaza de Osasco, conforme já assinalamos noutro passo) não são indivisíveis nem metaindividuais,

mas um feixe de interesses manifestamente individuais, mas que podem ser tutelados de forma coletiva por algum dos legitimados do art. 82 do CDC. Deriva daí um tratamento especial quando, por exemplo, pelo fato do produto (p. ex., o defeito em um tipo de veículo fabricado em série causando mortes, danos físicos e materiais), os danos são verificados em localidades diferentes no país. Esta a razão pela qual o foro competente será o do local do dano ou, se de âmbito nacional ou regional, os foros da capital de um estado ou do Distrito Federal. Quanto aos *interesses/direitos difusos/coletivos*, entretanto, *a regra geral está estampada na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)*, em seu art. 2º, de forma sintética mas bastante clara. O proposto § 2º contraria frontalmente a política, por exemplo, dos órgãos estaduais e distrital do Ministério Público, porquanto, sabendo-se que cerca de 95% das ações civis públicas consumeristas são propostas pelo órgão ministerial, a tendência é a descentralização, até para que não se sobrecarreguem algumas promotorias de justiça mais movimentadas, exatamente as de entrâncias mais elevadas. Por outro lado, a ser aprovada essa proposta, membros do ministério público de entrâncias inferiores acabarão não se especializando nesses misteres consumeristas.

“**Art. 82.** Para os fins do art. 81, § 1º, são legitimados concorrentemente:

(...)

V – a Defensoria Pública.

(...)

(...) (NR)”

(...)

Nossos comentários

Ref. Art. 82 – A missão institucional precípua da Defensoria Pública, colocada em primeiro lugar, aliás, como um dos instrumentos de implementação da política nacional de relações de consumo (cf. o art. 5º do CDC), é a *prestação de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente*. Ora, ao menos no que diz respeito ao Estado de São Paulo, a defensoria pública formalmente existe há pouco mais de cinco anos, contando com pouco mais de 400 membros. Se já lhe é extremamente difícil cumprir a sua missão institucional específica, qual seja, a assistência jurídica individual ao cidadão carente, como também se lhe atribuir a missão da tutela coletiva?

“**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)”

(...)

Nossos comentários

Ref. Art. 87 – A questão honorária já é tratada pelo Código de Processo Civil e certamente cada questão apreciada terá um tratamento levando-se em conta a complexidade da demanda para fins de fixação dos honorários advocatícios. Ademais disso, trata-se de matéria que interessa diretamente às instâncias da Ordem dos Advogados do Brasil.

“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. ”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-A – O projetado § 2º do projetado Art. 9-A parece útil, já que efetivamente se tem observado litispendência relativa a ações civis públicas ou, antes, até, conflito de atribuições em decorrência da instauração de inquéritos civis sobre os mesmos fatos pelos diversos ministérios públicos. Aliás, a este

respeito, apresentamos tese em congresso nacional do Ministério Público em Goiânia, em 1996, publicada em seus anais, e, mais recentemente, republicada com modificações em face da instituição do Conselho Nacional do Ministério Público (cf. Revista do TRF da 3ª Região, n. 89, *Conflitos de atribuições civis entre ministérios públicos*, e o site do Ministério Público do Estado de São Paulo, www.mp.sp.gov.br, página do Centro de Apoio Cível – Consumidor – doutrina). *Ressalva*: referidos dispositivos propostos, todavia, deveriam ser inseridos na Lei 7.347/85, já que o fenômeno não parece ser unicamente da área consumerista, como de resto, aliás, demonstrou nossa experiência como procurador geral de justiça na resolução de conflitos de atribuições entre as diversas promotorias de justiça especializadas como, por exemplo, de defesa da cidadania e do consumidor. Por outro lado, conforme já salientado na introdução a esta apreciação, já sobreveio a Resolução Conjunta n. 02 do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, em julho de 2011, tratando exatamente do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, Inquéritos Cíveis e Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Não houve, todavia, preocupação com a criação de um instrumento hábil e adequado com vistas à resolução e conflitos entre os diversos órgãos do Ministério Público, conflitos esses, repita-se, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, quando se cuidam de questões de interesses administrativos e de economia interna dos mencionados ministérios públicos.

Seção II

Da Conciliação

“Art. 90-B. O juiz, apreciando 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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-B – Não se sabe até que ponto este dispositivo faria alguma diferença concreta. Para quem trabalhou e trabalha na prática efetiva com as ações coletivas, como nós, a esmagadora maioria das questões atinentes às relações de consumo, sobretudo se objeto de inquérito civil, redundam em termos de compromisso de ajustamento de conduta. Igualmente nas ações propostas sempre tem havido a oportunidade aberta pelo judiciário no sentido da composição amigável entre as partes, o que na sua maioria também termina em acordo judicial. Em termos de tutela de urgência, entretanto, não vemos a utilidade da audiência prévia, já que, muitas das vezes, pode, efetivamente, haver o perecimento do direito, donde a necessidade premente da concessão da tutela antecipada, *inaudita altera parte*.

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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-C – Não sabemos dizer qual o princípio inspirador desta proposta, já que a questão do prazo para a resposta não tem sido, pela nossa experiência prática, questionada.

“**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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-D – Parece que aqui também a analogia é com a apreciação dos pressupostos e requisitos do prosseguimento ou não, bem como o desdobramento em outras ações individuais ou litisconsorciais feitos pelo juiz norte-americano quanto às *class actions*. Parece-nos, uma vez mais, todavia, que o nosso Código de Processo Civil já resolve a contento essas controvérsias, sobretudo no que tange às condições da ação e aos pressupostos processuais.

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.

Nossos comentários

Ref. Art. 90-E – Dispositivo repetitivo do seu respectivo no Código de Processo Civil, que determina que o juiz, em não havendo provas a serem produzidas, ou em se tratando de matéria de direito, passe diretamente à apreciação do pedido e sua contrariedade para chegar à sua decisão.

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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-F – Aqui igualmente observamos que o Código de Processo Civil já trata da prova pericial de maneira bastante percuciente. Lembramos, por outro lado, que conforme estatuído pelo inciso XXIX do art. 115 da Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, as universidades públicas deverão fornecer ao Ministério Público os elementos técnicos, inclusive periciais, nas demandas por ele movidas, dispositivo esse que não tem sido aplicado, mas do qual lançamos mão frequentemente quando promotor de justiça do consumidor e coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado. Sem isso teria sido impossível, por exemplo, aquilatar os das condições precárias de casas em conjuntos habitacionais populares, obrigando as empresas públicas, no caso, a procederem à sua reforma e adequação.

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

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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-G – Não se sabe exatamente qual é a justificativa para esse dispositivo, porquanto a questão da inversão do ônus da prova tem suscitado apenas discussão em torno do momento de sua aplicação pelo juiz da causa. A não ser que a questão se resume a fixar esse marco regulatório da oportunidade processual para tanto.

“**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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-H – A matéria em pauta já é prevista pela Lei 7.347/85, art. 14, com equilíbrio. Ou seja, deixando a critério do juiz o recebimento em ambos os efeitos ou apenas no devolutivo.

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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 90-I – Referido dispositivo também é baseado na lei norte-americana, segundo a qual, fixado o *quantum* da indenização global que constitui o chamado *fluid recovery*, é designada uma comissão (*board*) gestora dos recursos a serem distribuídos aos membros da classe de vítimas, ou então de um *trustee* (comissário). O CDC fala dos legitimados à propositura da ação coletiva, como também legitimados à liquidação e execução dos valores depositados pelo réu, por exemplo. Não julgamos conveniente que terceiro, alheio à causa, faça as vezes dos legitimados. Mais uma vez trazendo à baila o caso do Shopping de Osasco, coube à Promotoria de Justiça do Consumidor local, responsável e vitoriosa na demanda coletiva, a coordenação das liquidações individuais, em verdadeiro mutirão entre Ministério Público, a então Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado, a Procuradoria do Município, bem como advogados de muitas das vítimas.

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*.”

(...)

Nossos comentários

Ref. Art. 90-J – Dispositivo certamente inovador, mas de difícil implementação, sobretudo em face do acúmulo de questões nos órgãos judiciários. Quanto ao parágrafo único, esse procedimento tem sido empregado nas pendências consumeristas de grande relevo, como no caso, por exemplo, da ADI 2.491-SP, em que se discutiu a constitucionalidade da segunda parte do § 2º do art. 3º 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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 95-A – A questão comporta duas ponderações: A) Conforme já por nós assinalado, a esmagadora maioria dos pedidos formulados no que tange aos chamados *interesses* ou *direitos difusos* ou *coletivos*, mais acentuadamente nos primeiros, referem-se à imposição de obrigações de fazer ou não fazer. O que alguns ministérios públicos têm feito é acrescentar aos pedidos com preceito cominatório também o de indenização por danos coletivos e sociais, como, por exemplo, na hipótese de uma publicidade enganosa ou abusiva. Na verdade os pedidos de prestação de fato, especialmente, já contemplam a reconstituição ou compensação do bem lesado (vide diversos exemplos práticos de ações colacionados no nosso *Manual de direitos do consumidor*, Ed. Atlas, SP, 11ª edição); B) ora, em se tratando de *interesses individuais homogêneos de origem comum*, conforme por nós já asseverado linhas atrás, são eles manifestamente *divisíveis* e, por consequência, *individualizáveis*, cabendo aos liquidantes chegarem a um *quantum* relativamente aos prejuízos experimentados por cada uma das vítimas do evento danoso. Resta evidenciado, por conseguinte, que a liquidação dependerá do pedido formulado pelo legitimado proponente da ação coletiva. No caso, por exemplo, de ação civil pública ajuizada pela Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo, Capital, em face de laboratório farmacêutico acusado de abuso do poder econômico consistente na sonegação de medicamentos de uso contínuo, *o pedido cingiu-se a um quantum uniforme para cada uma das vítimas que se fizessem representar, oportunamente, dada a impossibilidade absoluta de quantificar os danos experimentados por cada uma delas* (p. ex., agravamento das doenças crônicas controladas pelos citados medicamentos, mortes etc.) – vide o referido caso no nosso *Manual de direitos do consumidor*, Ed. Atlas, SP, 11ª edição, p. 547 e seguintes.

“**Art. 102.**(...)”

§ 3º Proposta a ação prevista no *caput*, a Advocacia Pública poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar como litisconsorte do autor, desde que compatível com o interesse público. (NR)”.

(...)

Nossos comentários

Ref. Art. 102 – Essa questão competiria ser encaminhada e ponderada pelas instituições que exercem a advocacia pública nos âmbitos da União, dos estados, Distrito Federal e dos municípios, por se cuidar de tema institucional. No âmbito tributário, por exemplo, ao que se saiba, ao menos no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, o procurador do estado é obrigado a cumprir todo o trâmite processual, inclusive até o Superior Tribunal de Justiça e/ou Supremo Tribunal Federal.

“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

Nossos comentários

Ref. Art. 104-A – Aqui, semelhantemente à hipótese anterior, cuida-se de matéria que compete aos órgãos dos judiciários determinarem por meio de provimentos ou resoluções, por dizer respeito à sua economia interna.

“CAPÍTULO V

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA”

“Art. 104-B. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os colegitados 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.”

Nossos comentários

Ref. Art. 104-B – Conforme já expusemos em comentários anteriores, realmente se tem observado litispendência relativa a ações civis públicas ou, antes, até, instauração de inquéritos civis sobre os mesmos fatos pelos

diversos ministérios públicos. Aliás, a esse respeito, apresentamos tese em congresso nacional do Ministério Público em Goiânia, em 1996, publicada em seus anais e, mais recentemente, republicada com modificações em face da instituição do Conselho Nacional do Ministério Público (cf. Revista do TRF da 3ª Região, n. 89, *Ação coletiva consumerista: conflitos de atribuições entre ministérios públicos*).

Observação: Essa questão está, entretanto, já superada, em face do advento da Resolução Conjunta 02/2011, do CNJ e CNMP, que já criaram o referido cadastro, mas não os instrumentos de resolução de conflitos de atribuições entre ministérios públicos, razão pela qual remetemos os interessados à nossa tese acima referida.

Ressalva – Como este fenômeno da superposição de inquéritos civis sobre os mesmos fatos, ou então a litispendência judicial propriamente dita, não é exclusivo da área consumerista, mas sim extensivo a todos os demais interesses e direitos difusos coletivos e individuais homogêneos de origem comum (meio ambiente natural, cultural, artificial, urbanismo e loteamentos, idosos, pessoas portadoras de necessidades especiais, infância e juventude, direitos do cidadão em face da educação e saúde públicas etc.), os projetados dispositivos estariam melhor colocados na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), cujos procedimentos são comuns àquelas áreas de tutela.

Art. 2º O § 5º do art. 5º e o art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

§ 5º Independentemente da justiça competente, admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei (NR)”.

(...)

Nossos comentários

Ref. Art. 5º da Lei 7.347/85 – Referida proposta, aliás, de nossa autoria quando da elaboração do anteprojeto do vigente CDC, decorrência de questão prática surgida no âmbito da Justiça Federal em que propusemos ação civil pública em conjunto com a Procuradoria da República em São Paulo, batizando, por assim dizer, o *litisconsórcio facultativo entre ministérios públicos*, parece-nos merecer a mesma *ressalva* quanto à Defensoria Pública. Ou seja, não é missão institucional constitucional dessa a propositura de ações coletivas, mas o atendimento do cidadão, não apenas no âmbito do direito consumerista, como também em qualquer questão jurídica, *no âmbito individual*. A nosso ver, portanto, e tomando-se por base o Estado de São Paulo, em que a Defensoria Pública conta com não mais do que 400 membros, para uma população de

milhões de habitantes em potencial, seria desperdiçar recursos públicos fazer com que se dedicassem também às questões de cunho coletivo, e, ao mesmo tempo, descuidarem-se dos atendimentos individuais.

“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)”

Nossos comentários

Ref. Art. 16 da Lei 7.347/85 – Nada temos de opor a essa proposta, que restaura redação anterior à Lei 9.494/97, por força da qual a coisa julgada *erga omnes* foi relativizada no que concerne ao âmbito territorial, o que nos parece *contradictio in re ipsa*.

Art. 3º Revogam-se:

I – o art. 93 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);

Nossos comentários

Ref. Art. 93 – A revogação do art. 93 tem a ver com fazer tábula rasa de todo e qualquer interesse coletivo *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos de origem comum), quando, na verdade, conforme já comentamos, guardam peculiaridade, sobretudo no que concerne ao foro competente para o julgamento de causas judiciais que os contemplam.

II – o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Nossos comentários

Ref. Art. 2º, Lei 9.494/97 – Correta a proposta, em consonância com a modificação da redação do art. 16 da Lei 7.347/85.

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

Resumo

Conforme já assinalamos passos atrás, bem como na introdução a esta apreciação, somente achamos conveniente e oportuno que se estabeleçam os cadastros nacionais de ações civis públicas e inquéritos civis, com vistas a evitarem-se litispendências e conflitos de atribuições entre os diversos ministérios públicos e entidades e órgãos legitimados à propositura das primeiras. E, mesmo assim, seu local correto, conforme assinalado antes, seria a Lei 7.347/85, e não o Código de Defesa do Consumidor apenas. Conforme assinalamos acima, todavia, mesmo este aspecto se encontra *superado* com a superveniência da Resolução Conjunta 02/2011 do Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público (vide anexo ‘D’)

Quanto aos demais dispositivos propostos, apontamos ora a sua superfluidade, repetição de dispositivos já existentes, ora a não conveniência, devendo-se unicamente atribuir-se sua instituição, salvo melhor juízo, a uma necessidade de se tornar mais claros os dispositivos, sobretudo quando se trata das ações coletivas que propugnam por interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum. Só encontramos essa justificativa.

Por outro lado, lamentamos constatar que o Código de Defesa do Consumidor será, mais dia, menos dia, fragmentado e esgarçado. Com efeito, o projetado Código Geral das Ações Coletivas lhe subtrairá toda a parte de que ora se cuida; igualmente no que toca à tutela penal, em futuro próximo os delitos assecuratórios dos dispositivos de cunho civil e obrigacional, se assim se julgar oportuno, certamente serão introjetados em livro próprio da parte especial de futuro Código Penal, de há muito, aliás, projetado, sob a rubrica genérica de *crimes econômicos*, ou, na melhor das hipóteses, *crimes contra as relações de consumo*. Isto se não forem absorvidos pela Lei 8.137/90, que, como sabido, cuida de crimes contra as ordens tributária, econômica e relações de consumo, especificamente. Aliás, lembramos que, de acordo com o critério fixado pela comissão original de concepção do anteprojeto de que resultou o código vigente, cuidou-se, nesta parte, de verdadeira *obsolescência programada*.

Finalmente, no âmbito civil, particularmente no que concerne aos aspectos da responsabilidade objetiva em razão do risco criado pela presença de produtos e serviços no mercado de consumo, bem como às obrigações e contratos, o Código Civil já açambarcou questões que o Código do Consumidor antecipou.

Fica a pergunta: para que, então, um Código de Defesa do Consumidor?

Para defender o consumidor, desde que nele não mexam e tratem de melhor implementá-lo.

Justificação

O projeto de lei ora apresentado constitui instrumento para o aperfeiçoamento do acesso do consumidor à justiça.

A proposta cuida de desjudicializar os conflitos entre consumidor e fornecedor, reforçando a utilização de outras vias e, no plano do processo, implementando os meios consensuais de solução de controvérsias.

Além disso, ao valorizar a ação coletiva, previne a multiplicidade de demandas individuais que assoberbam o Poder Judiciário e inviabilizam a adequada prestação jurisdicional.

Algumas das soluções apresentadas visam a superar dificuldades e dúvidas que se estabeleceram no manejo do processo coletivo, tudo em homenagem à segurança jurídica de consumidores e fornecedores.

Sala das Sessões,
Senador JOSÉ SARNEY

Notas

* Outras qualificações do autor:

Foi Procurador Geral de Justiça do Estado de S. Paulo, primeiro Promotor de Justiça do Consumidor do país (1983), instituidor das Promotorias de Justiça do Consumidor, do seu Centro de Apoio Operacional, e vice-presidente da comissão de elaboração do anteprojeto original de Código de Defesa do Consumidor.

¹ Composta pelo ministro do STJ Hermen Benjamin, seu presidente, professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Roberto Castellanos Pfeiffer, presentes ao evento, bem como pela professora Cláudia Lima Marques e por Leonardo Roscoe Bessa.

² “Perspectivas de Modificações nas Relações de Consumo no Brasil: alteração legislativa – avanços ou retrocessos”, *Revista do Advogado*, da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXVI, n. 89, de 2006, p. 58-66.

³ Atualidade do Direito do Consumidor no Brasil – *Resumo*: Aos problemas atualmente diagnosticados e enfrentados pelos agentes de proteção e defesa do consumidor (superendividamento, alimentos transgênicos, comércio por meio eletrônico, consumo sustentável), há ainda o enfrentamento dos que já haviam sido previstos há mais de 20 anos (planos de saúde, contratos bancários, informatização, cartões de crédito, telefonia celular e fixa, serviços públicos, alimentos). Apesar disso, contudo, o CDC-Código de Defesa do Consumidor, continua tão atual quanto há 20 anos atrás, porquanto aqui se cuida, basicamente, de uma lei principiológica, inter e multidisciplinar; recentes modificações foram meramente cosméticas e inócuas, não estando a demandar, portanto, qualquer modificação. Não obstante a atualidade de nossa lei especial, tem havido tentativas no sentido de “atualizá-lo”. Com esse intuito institui-se comissão para tanto no âmbito do Senado Federal. Assim, por exemplo, o superendividamento, conquanto seja uma questão relevante, não está a ensejar a edição de uma lei específica; até porque o próprio CDC já prevê questões que envolvem a oferta e a publicidade, aí incluída, obviamente, a de crédito, salvaguardas contratuais (em face de práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas), bem como mecanismos de tutela (revisão contratual e declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas); além disso há, no Código de Processo Civil, procedimento próprio para a declaração de insolvência, que traz instrumentos adequados, inclusive, para a conciliação entre credores e o devedor insolvente; o que falta é vontade político-judiciária no sentido de preparar magistrados, defensores públicos, membros do Ministério Público, advogados e outros operadores do Direito, no sentido de procederem a atividades de conciliação, sobretudo nos juizados especiais de pequenas causas; há, por fim, instrumentos judiciais de adequação de cobranças abusivas previstas em medida provisória, que modificou preceitos da antiga lei de crimes contra a economia popular. O comércio eletrônico --- na verdade comércio por meio eletrônico --- é apenas uma maneira diversa de contratação e, embora possa merecer uma disciplina específica, designadamente no que diz respeito a formas seguras de manifestação de vontade dos contratantes, sua assinatura eletrônica, não é diferente de outros meios de contratação; até porque se enquadra perfeitamente em contratação feita fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Com relação aos PROCON's, cujas atribuições se visaria reforçar, compete-lhes a orientação dos consumidores quanto aos seus direitos, os diversos produtos e serviços colocados no mercado, e ao atendimento de suas reclamações; com o CDC passaram a ter também legitimação para a propositura de ações coletivas; cabe aos PROCON's, ainda, a tarefa de polícia administrativa das relações de consumo, nos termos do Decreto Federal 2.181/97. Em complementação ao aspecto anterior, entretanto, é de se ponderar que, em decorrência de uma falta de coordenação e distribuição de atribuições entre os diversos órgãos de defesa do consumidor bem como dos ministérios públicos, têm havido não raramente superposições dessas atribuições, como na instauração de procedimentos fiscais, inquéritos civis e ações coletivas, do que resultam não apenas desgastes e prejuízos injustos aos investigados e réus, como também decréscimo de credibilidade dos órgãos fiscalizadores, investigadores e autores de ações coletivas. É de todo desejável, por conseguinte, que haja uma melhor coordenação e troca de informações entre os referidos órgãos e instituições, para que se racionalizem melhor seus recursos e esforços em prol do consumidor; insta igualmente haver a fixação de prioridades como no caso dos chamados planos de atuação anuais dos ministérios públicos;

sugere-se a análise de questões que envolvem relações de consumo relativamente aos macrotemas como: a) saúde; b) segurança; c) quantidade; d) qualidade; e) oferta e publicidade; f) práticas abusivas; g) cláusulas contratuais abusivas. E nesse sentido, deve-se restabelecer o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, como órgão consultivo e deliberativo, e que venha a coordenar as atividades de todos os entes, órgãos e instituições envolvidos com essa temática de proteção e defesa do consumidor. As agências reguladoras, instituídas para disciplinar as atividades das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos essenciais, inclusive no que toca aos respectivos contratos, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro das concessões e permissões, devem, contudo, ter mais atenção a um dever básico e constitucional, qual seja, garantir o direito dos usuários (*i.e.*, consumidores), inclusive no que toca à modicidade das tarifas e à qualidade e adequação dos serviços prestados; entretanto, conforme pesquisas realizadas pelos órgãos específicos de defesa e proteção ao consumidor, têm deixado muito a desejar nesse segundo mister. Enfim: o propósito fundamental deste artigo é demonstrar o que é o CDC e que não há qualquer razão para sua modificação --- as questões aqui tratadas poderão sê-lo a lareira do CDC que deverá conviver, como de resto tem convivido, com as demais normas do nosso ordenamento jurídico.

⁴ Terminologia cunhada por nós e utilizada, aliás, ao contrário do aduzido pelo ministro Benjamin, que a atribuiu equivocadamente no evento ao professor Néilson Nery Jr., e isto desde sempre, mas mais particularmente em simpósio realizado em agosto de 2010 no Ministério da Justiça, exatamente sobre os vinte anos do Código do Consumidor e, posteriormente, em outro simpósio na Faculdade de Direito da USP.

⁵ Art. 7º – Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

⁶ Cf. “Ação Civil Pública Consumerista: conflitos de atribuições entre ministérios públicos”, *Revista do Tribunal Regional Federal da 3a. Região*, n. 84, julho/agosto de 2007, São Paulo, págs. 89-124.

⁷ O Congresso Nacional já discute o projeto de um novo Código Penal Brasileiro, que cuida, especificamente, dos chamados *crimes contra as relações de consumo*, a partir do art. 427.

⁸ Coordenação de Rogério Donnini e Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Editora Fiuza, SP, ano 1, n. 2, jul./dez. 2011, p. 117-152.

⁹ No dia 2 de agosto de 2012 a Mesa do Senado Federal deliberou dar andamento aos projetos apresentados, numerando-os da seguinte maneira: PLS n. 281/2012 (*Comércio Eletrônico*); PLS n. 282/2012 (*Ações Coletivas*); PLS n. 283/2012 (*Superendividamento*).

¹⁰ SUPERENDIVIDAMENTO E O PIB – Fonte: *Folha de S. Paulo*, edição de 6.7.2011, pág. B-4 VINICIUS TORRES FREIRE: “O BRASILEIRO está superendividado? A pergunta se tornou assunto na mídia econômica do mundo. A opinião mais ‘pop’ e frequente diz que sim. Os mais alarmistas, em geral mais ignorantes do Brasil, acreditam que a parte da renda dedicada ao pagamento dos empréstimos teria chegado a um nível semelhante ao de países que viveram estouro de bolhas de crédito. Antes de mais nada, note-se que os dados disponíveis para comparações internacionais sobre o peso da dívida na renda das famílias são precários. Mesmo que as metodologias sejam ajustadas, ainda assim é preciso comparar contextos (evolução de renda, prazos e juros das dívidas, se as taxas de juros são flutuantes ou fixas etc.). Em

seguida, observem-se dados menos incertos. O total da dívida em relação ao PIB é de 54% no Brasil. No vizinho Chile, 98%; na China, 112%; nos EUA, 203%; no Reino Unido, 214% (inclui dinheiro captado no mercado de capitais doméstico, dados do Banco Mundial, tirados de estudo do banco HSBC). O endividamento das famílias (‘pessoa física’) é de 42% da renda líquida no Brasil, segundo dados da OCDE, apresentados ontem no Congresso pelo presidente do Banco Central, Alexandre Tombini. Nos EUA, é de 104%; no Japão, 126%; no Reino Unido, 171%. A medida mais precisa para avaliar o endividamento das famílias, seria o peso da dívida: a parcela da renda mensal dedicada ao pagamento de juros e principal. A depender do método, a média brasileira estaria entre 20% e 30%. Fora dos bancos, inexistente informação sobre a distribuição da dívida: quanta gente está mais endividada do que a média. Um estudo do HSBC, junho passado, resume assim a situação: 1) O Brasil vive um boom, não uma bolha de crédito – o total do crédito em relação ao tamanho da economia (estoque de crédito-PIB) cresceu rápido, mas era e ainda é baixa; 2) O perfil da dívida das famílias tem melhorado desde 2004. As taxas de juros são cadentes, o crédito migra para modalidade mais seguras e baratas (imóveis, consignado, veículos, em vez de cartão de crédito e cheque especial); 3) Medidas macroprudenciais limitaram a aceleração do endividamento (mais exigências de capital bancário, limitações de prazos, mais exigência de pagamento da dívida do cartão etc.); 4) A renda das famílias está crescendo; 5) A dívida está mais pesada para as famílias, ‘mas longe de ser uma situação alarmante nos níveis atuais. ‘Desde que os salários cresçam no ritmo da inflação, não se espera nenhuma deterioração além do movimento cíclico’ (decorrente de altas e baixas de juros, em suma do crescimento do PIB). Note-se, de resto, que para o bem ou para o mal faltam ou são raros no Brasil os instrumentos financeiros que permitem alavancagem excessiva de dívida; inexistem securitizações malucas e em massa de dívida bancária. A regulação bancária do país é forte (a capitalização dos bancos está acima da média global). Enfim, há muita provisão nos bancos para créditos duvidosos – a banca é conservadora no crédito ao consumidor (ou parece ser, segundo os dados disponíveis no Banco Central)”.

A HIPERVULNERABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO*

Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná
Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil

DERLAYNE DETROZ**

Professora Titular de Direito Constitucional II da
Faculdade Guilherme Guimbala
Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia –
Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil

RESUMO

Este artigo trata da hipervulnerabilidade e direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo. Partindo da evolução do direito privado, desde a subjetividade abstrata à subjetividade concreta, encontram-se subsídios para fundamentar a necessidade de tutela da categoria do idoso na condição de consumidor. Em nível constitucional observam-se princípios que fazem referência ao idoso e se propõem ao dever de ampará-lo; em nível infraconstitucional analisam-se conteúdos normativos do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, delineando-se a hipervulnerabilidade fundamentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, visando o alcance do objetivo do Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

This article deals with “hyper-vulnerability” and fundamental rights of the elderly within consumer relations. It finds subsidies to support the need to protect the category of the elderly as a consumer, based on the evolution of private law from abstract subjectivity to concrete subjectivity. The study inquires, on a constitutional level, the principles that make reference to the elderly and that propose the obligation to sustain them. At the “infra-constitutional” level the research analyzes normative contents of the Code of Consumer Rights and the Elderly, outlining “hyper-vulnerability”, based on fundamental rights and the dignity of the human person, both directed towards a more democratic state

Introdução

A introdução da pessoa no centro das relações jurídicas faz com que as diferenças sejam identificadas e valorizadas, e, sob esta ótica, pretende-se verificar a existência da hipervulnerabilidade dos consumidores idosos nas relações de consumo e quais os fundamentos que sustentam tal afirmação. A vulnerabilidade física, psíquica e social do idoso justifica uma vulnerabilidade especial e, portanto, um tratamento especial uma vez que aos considerados diferentes precisa ser assegurada igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade material. Para isso o direito deve conter instrumentos suficientes para o restabelecimento da isonomia e reafirmação da dignidade dos idosos marginalizados pela sociedade.

No mercado de consumo deve-se lembrar que o idoso encontra-se em situação mais fraca, desvantajosa, vulnerável; primeiramente por ser um consumidor vulnerável, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor e em condição social e biológica mais frágil, repisada no Estatuto do Idoso. A vulnerabilidade do idoso, considerada de forma especial e exacerbada neste trabalho, é decorrente de fatores que lhe acompanham, como eventuais problemas de saúde, condição física, dificuldade de ler e interpretar contratos, mudanças repentinas na sociedade, termos técnicos de difícil compreensão, fraudes etc. Em face de sua condição biológica, física e social, deve ser analisada e verificada a necessidade de tutela especial destes que tanto fizeram em sua vida, que não podem ser deixados à margem do sistema jurídico.

Pode a hipervulnerabilidade ser o fundamento capaz de perfazer os direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo, assegurando a dignidade da pessoa humana? É esta a indagação trazida pelo trabalho, com vistas a assegurar a eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional.

1. De consumidor a consumidores: a hipervulnerabilidade do consumidor idoso

1.1. Da subjetividade abstrata à subjetividade concreta: a vulnerabilidade do consumidor

A formação do Estado de Direito e a monopolização da produção jurídica fizeram parte da mentalidade de grande parte dos juristas do final do

século XVIII e século XIX na Europa, principalmente na França, em razão da Revolução Francesa e em virtude da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É o período das codificações e da consolidação do direito em textos rígidos, visando a segurança e previsibilidade do direito almejadas pela burguesia.

O positivismo teve grande influência na construção do direito moderno. Com isso, algumas das consequências foram a abstração do direito e o formalismo exacerbado, o que acabou por afastar o direito da realidade social¹.

A codificação do direito acabou por representar a unificação política dos Estados modernos na Europa continental, sendo a unidade a sua característica principal. A generalidade e a abstração acabam por submeter os indivíduos a uma única ordem jurídica, fazendo com que a diversidade dos direitos particulares de cada classe fosse substituída por um “estatuto de sujeitos iguais”. Desta forma, surge um novo desenho entre a codificação e o princípio da igualdade, uma vez que rompe com a desigualdade jurídica suscitada pela pluralidade de fontes outrora existentes².

O que predomina neste período é a liberdade formal, e, no âmbito político, o Estado de Direito Liberal é pouco intervencionista. Isso fez com que na esfera jurídica prevalecesse o individualismo, com o aprimoramento das figuras do sujeito de direito e do direito subjetivo. Os códigos deste período caracterizam-se por estarem voltados para a propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual e na igualdade meramente formal.

A subjetividade moderna e o processo de abstração do direito e do sujeito de direito nada mais são do que a supervalorização do critério formal, em detrimento do material, tanto na concepção do homem – reduzido ao ‘eu’ pensante – quanto na construção jurídica. O homem foi abstraído em sua natureza racional, delineando-se um sujeito de direito abstrato, dotado de capacidade para estabelecer relações jurídicas no âmbito de uma liberdade autônoma. Assim, aos poucos, o direito deixa de tratar de homens concretos, existentes, de carne e osso, e passa a tratar de conceitos generalizados. Michel Miaillle³ indica que o real torna-se real jurídico, do concreto passa-se para as questões de direito, apresentam-se soluções de direito para que possa regressar ao real.

Por conta disso, no século XX, o Estado Social de Direito parte em busca de uma igualdade substancial, capaz de corrigir as desigualdades do liberalismo. De simples garantidor, o Estado passa a intervir na economia.

Após a codificação, segue-se um novo período histórico: a “descodificação”⁴. O Estado, por meio de leis especiais, retira a codificação do lugar de centro da regulamentação unitária e generalizante da vida privada e volta sua atenção para os grupos da sociedade, perfazendo igualdade substancial⁵. Trata-se da substituição de uma subjetividade abstrata por uma subjetividade concreta, apta a excluir as diferenças materiais. Sob esta ótica o homem deixa de ser compreendido em sua abstração para ser considerado em seu grupo social. O Estado, por sua vez, despede-se do caráter liberal e passa a social e democrático⁶.

No âmbito privado, esse período tem como característica a limitação da vontade das partes. Essa limitação ocorre principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Abandona-se a ética do individualismo pela ética do solidarismo; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.

O positivismo teve grande influência na construção do direito moderno

Aquele sujeito abstrato das codificações oitocentistas cedeu lugar para o sujeito visto em sua concretude, como locatário, trabalhador, consumidor etc. Perceberam-se as peculiaridades de cada uma destas situações, cada qual devendo receber um tratamento jurídico próprio, visando a compensação jurídica do desequilíbrio das partes.

Do sistema monolítico, representado pelos códigos do século XIX, passou-se a um polissistema ou plurissistema. Diversamente do período anterior, em que os códigos representavam o centro do ordenamento jurídico privado, intencionando disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato, neste novo período existem legislações extravagantes regulamentando a matéria. São os microssistemas, que buscam proteger determinadas categorias de pessoas, que deixam de ser consideradas abstratamente para se destacar como concretas e que, dadas as condições especiais, merecem tratamento específico⁷.

O que se verifica com o surgimento da sociedade de consumo é uma crescente despersonalização das relações contratuais; já não se vislumbra a formatação de um contrato específico para cada indivíduo, com conteúdo personalizado e previamente discutido, em decorrência da incompatibilidade de tal procedimento frente à celeridade exigida por um sistema de produção

e distribuição de bens e serviços em larga escala; pelo contrário, formula-se com precedência o conteúdo de instrumentos contratuais que serão ofertados a uma pluralidade de consumidores ainda desconhecidos. Deste modo é que os contratos padronizados⁸ passam a predominar nas relações contratuais entre fornecedores e consumidores. Judith Martins-Costa assim ressalta:

Não se pode enquadrar esses 'conjuntos humanos' uniformes e padronizados em seus estilos de vida, em seu comportamento social, em seu raciocínio, nas formas de sua vestimenta e nas necessidades criadas ou dirigidas pelo mercado de consumo, na mesma moldura recortada por séculos ao indivíduo, homem isolado em sua singularidade, sobre o qual se assentou, com base ou justificativa, o padrão de igualdade formal e de liberdade inscrito no substrato político do dogma da livre manifestação da vontade...⁹

Não seria demasiado afirmar que está enfraquecido o caráter sinalagmático dos contratos por uma utilização cada vez maior de contratos de adesão¹⁰. Em termos jurídicos, pode-se dizer que, quando a bilateralidade de qualquer contratação deixa de ser verificada, a igualdade se enfraquece, evidenciando a vulnerabilidade do consumidor. Desse cenário retira-se a necessidade de proteção dos consumidores. As regras de sua proteção surgem, basicamente, da necessidade de obtenção de igualdade entre aqueles que eram naturalmente desiguais¹¹.

A nova realidade social, industrializada e massificada em suas relações, vem provocar as exigências de normas de tutela específica do consumidor, de uma ética social, e da intervenção do Estado, no sentido de amparar os mais fracos¹².

O princípio da vulnerabilidade, instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, aflora como tentativa de dirimir os efeitos da predominância da vontade de uma das partes. Essa fragilidade e impotência frente ao poder econômico é que caracteriza a vulnerabilidade do consumidor, assim considerado:

O princípio do qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação¹³.

O princípio da vulnerabilidade está diretamente relacionado com o outro princípio que lhe é pressuposto, o da igualdade. Aquele que é vulnerável necessariamente se encontra em situação desigual. Pode-se afirmar que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio, derivado do princípio

constitucional da igualdade, expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Cláudia Lima Marques¹⁴ indica que a vulnerabilidade é filha da igualdade:

A igualdade é uma visão macro do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas: aos iguais trata-se igualmente, aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidada a qual apresenta traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Rippert, La règle morale, p. 153), e uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter Boulevard, Rapport, p. 328), é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

O Código de Defesa do Consumidor regula a relação de consumo na busca do reequilíbrio entre consumidor e fornecedor, seja reforçando a posição do consumidor, seja limitando certas práticas abusivas impostas pelo fornecedor. Desta forma, importante é a preocupação do Código em tutelar a parte mais fraca na relação consumeirista, conforme indica Cláudia Lima Marques:

O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta ideia básica de proteção de apenas um sujeito 'diferente' da sociedade de consumo: o consumidor. É um Código especial para 'desiguais', para 'diferentes' em relações mistas entre um consumidor e um fornecedor.¹⁵

1.2. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso

Simone de Beauvoir escreveu um dos mais complexos ensaios sobre a velhice, no qual aponta aspectos biológicos e sociológicos do envelhecimento. Seu relato perpassa a história e acaba por se valer da experiência de artistas, filósofos e de pessoas desconhecidas, delineando a pessoa idosa.

Segundo a autora¹⁶, o que caracteriza fisiologicamente o homem na senescência é o que o doutor Destrem chama de uma “*transformação pejorativa dos tecidos*”; a debilidade fisiológica, cujo declínio é assim comentando:

A massa dos tecidos metabolicamente ativos diminui, enquanto aumenta a dos tecidos metabolicamente inertes: tecidos intersticiais e fibroesclerosados;

elas são objeto de uma desidratação e de uma degeneração gordurosa. Há uma diminuição marcada da capacidade de regeneração celular. O progresso do tecido intersticial sobre os tecidos nobres é principalmente surpreendente no nível das glândulas e do sistema nervoso. Ele acarreta uma involução dos principais órgãos e um enfraquecimento de certas funções que não cessam de declinar até a morte. Fenômenos bioquímicos se produzem: aumento do sódio, do cloro, do cálcio; diminuição do potássio, do magnésio, do fósforo e das sínteses protéicas.¹⁷

Tais alterações fisiológicas, muitas vezes imperceptíveis às pessoas próximas, ocasiona alterações físicas aparentes. É inevitável o envelhecimento físico, a aparência da pessoa muda, seus traços, a cor dos seus cabelos, a pele. Este novo período da vida passa a ser perceptível por todos; as alterações do avanço da idade são consideradas por muitas pessoas como cruéis e, apesar de tentativas da medicina de torná-las menos evidentes, são inevitáveis. A respeito narra Simone de Bouavoir:

A aparência do indivíduo se transforma e permite que se possa atribuir-lhe uma idade, sem muita margem de erro. Os cabelos embranquecem e se tornam rarefeitos, não se sabe por quê: o mecanismo da despigmentação do bulbo capilar permanece desconhecido; os pêlos embranquecem também, enquanto em certos lugares – no queixo das mulheres velhas por exemplo – começam a proliferar. Por desidratação e em consequência da perda de elasticidade do tecido dérmico subjacente, a pele se enrugam. Os dentes caem (...) A perda dos dentes acarreta um encolhimento da parte inferior do rosto, de tal maneira que o nariz – que se alonga verticalmente por causa da atrofia de seus tecidos elásticos – aproxima-se do queixo. A proliferação senil da pele traz um engrossamento das pálpebras superiores, enquanto se formam papos sob os olhos. O lábio superior minguar; o lóbulo da orelha aumenta. Também o esqueleto se modifica. Os discos da coluna vertebral empilham-se e os corpos vertebrais vergam: entre 45 e 85 anos o busto diminui dez centímetros nos homens e quinze nas mulheres. A largura dos ombros se reduz e bacia aumenta; o tórax tende a tornar uma forma sagital, sobretudo nas mulheres. A atrofia muscular e a esclerose das articulações acarretam problemas de locomoção. O esqueleto sofre de osteoporose: a substância compacta do osso torna-se esponjosa e frágil; é por este motivo que a ruptura do colo do fêmur, que suporta o peso do corpo, é um acidente frequente¹⁸.

Características físicas e biológicas fazem com que a capacidade dos idosos seja diminuída, o raciocínio seja afetado pela debilidade do cérebro, redução da vitalidade do coração, perda de capacidade respiratória pela redução da força muscular do pulmão, diminuição da acuidade visual. Isso reflete em um cenário pessoal complexo e digno de atenção. Essas alterações abalam física

e emocionalmente as pessoas idosas, tornando-as vulneráveis física, psíquica e socialmente. Esta vulnerabilidade pode ser identificada como inversa à da infância, pois na infância é o momento em que se ganha força, desenvolve-se a inteligência. Já na idade avançada é inevitável a perda de força, ou pode-se afirmar que há uma espécie de involução. Neste sentido Ana Amélia Camarano:

Assume-se que a idade traz vulnerabilidades, perda de papéis sociais com a retirada de atividade econômica, aparecimento de novos papéis (ser avós), agravamento de doenças crônicas e degenerativas, perdas de parentes e amigos entres outras. (...) Pode-se dizer que as principais características do grupo são o crescimento, proporcional à idade, das suas vulnerabilidades físicas e mentais e a proximidade da morte¹⁹.

Não é difícil afirmar que a fragilidade psíquica dos idosos acarreta uma vulnerabilidade especial para lidar com situações que antes eram identificadas como corriqueiras, e que na idade avançada acabam por ter uma dimensão alargada, gerando uma vulnerabilidade mais acentuada.

Na busca pelo tratamento com igualdade, a vulnerabilidade física, psíquica e social fundamentam uma vulnerabilidade jurídica. Quando existe desigualdade constatada, as normas jurídicas não podem ser iguais para todos. Aos que são considerados diferentes, em razão do envelhecimento, precisa ser assegurada a igualdade jurídica com o objetivo de mitigar sua desigualdade material em relação aos demais cidadãos²⁰. Cuidou, então, o ordenamento jurídico de definir quem é o idoso para fins de sua tutela. O Estatuto do Idoso optou por definir como tal a pessoa que possui mais de sessenta anos, em seu art. 1º: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”²¹.

Diante desta realidade, impõe-se o reconhecimento de uma hipervulnerabilidade do consumidor idoso. Em se tratando de relação de consumo, a igualdade a ser buscada pelo microsistema do CDC em conjunto com o Estatuto do Idoso passa pela necessidade de reconhecimento do idoso como consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo. Deve-se-lhe aplicar as normas que regem as relações de consumo, e verificar o grau de vulnerabilidade do idoso, buscando subsídios no Estatuto do Idoso a fim de que seja alcançada a realização final de justiça. Sustenta Cláudia Lima Marques:

Tratando-se de consumidor ‘idoso’ (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade

*potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de 'planos' de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.*²²

Em amparo a esta perspectiva, colaciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual prevalece a vulnerabilidade agravada pela condição de idoso:

*Apelação cível. Consumidor. Serviços de telefonia móvel. Falha na prestação dos serviços. Cobranças abusivas. Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso. Consideração. Rescisão do contrato determinada. Devolução de valores. Danos morais. Não configuração. Considerando a verossimilhança das alegações do autor, no sentido de que o serviço de telefonia móvel contratado para utilização no exterior mostrou-se defeituoso, culminando com cobranças abusivas, bem como tendo em vista a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, é de se julgar procedente o pedido de rescisão de contrato, sem o pagamento de multa, tornando-se inexigíveis os valores a título de ligações internacionais, determinando-se, outrossim, a devolução do valor pago pelo aparelho celular. Danos morais não configurados, na medida em que os incômodos vivenciados pelo autor não feriram sua dignidade a ponto de gerar direito à indenização. Apelo parcialmente provido. (TJRS Apelação Cível, Nona Câmara Cível, nº 70025289943, Comarca de São Leopoldo, Aniballe Tiso apelante, TIM Celular S.A e Global Celulares TIM apelados).*²³

No corpo da decisão o desembargador sustenta seu entendimento indicando que a vulnerabilidade, de um modo geral, nas relações de consumo é presumida, ao passo que quando se trata de relação com idosos é agravada. Complementa apontando que a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais:

a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores;
*b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.*²⁴

Arremata a decisão, ao sustentar que em relação ao idoso “deve-se dar a este fato o peso merecido, a fim de compreender a questão partindo-se da premissa de uma maior fragilidade deste consumidor para realizar verdadeira justiça no caso concreto”²⁵. Em outra decisão do mesmo tribunal, que trata

sobre a negativa de aceitação de pessoa por operadora de plano de saúde em virtude da idade, o desembargador indica a existência de “presunção de vulnerabilidade ainda maior em função de sua idade avançada”²⁶. E tal reconhecimento deve ser levado em consideração na análise dos casos envolvendo tais pessoas.

A hipervulnerabilidade propõe-se como um critério jurídico a ser utilizado no exame das relações de consumo dos idosos, em face da tutela da dignidade da pessoa humana. Necessária é a criação de uma nova consciência, que permeie a dogmática e informe a atividade jurisdicional, refletindo-se na legislação positiva e viabilizando a instauração de um regime jurídico diferenciado. Trata-se de uma mudança de paradigmas:

*Por meio do paradigma da essencialidade – distinguindo-se os interesses existenciais dos interesses apenas patrimoniais e submetendo estes àqueles –, o direito civil e o seu estudioso talvez possam contribuir para a construção de um sistema jurídico voltado para a pessoa e para a satisfação de suas necessidades básicas.*²⁷

A ordem contratual contemporânea é sensível à disparidade de poder negocial entre os contratantes e procura compensá-la pela imposição de um regime de proteção à parte vulnerável²⁸, no caso em tela, proteção especial do consumidor idoso²⁹. Deixa-se de ter um grupo único inscrito no Código de Defesa do Consumidor a que se chama de consumidor, em favor de diversos grupos de consumidores que anseiam por tutelas diferenciadas, o que não impede as diferenças entre os próprios consumidores. Com vistas a delinear a passagem da categoria de consumidor para a categoria de consumidores, os direitos fundamentais desempenham papel relevante, na medida em que incidem nas relações privadas.

2. Alcance e incidência dos direitos fundamentais nas relações de consumo

2.1. A discussão teórica acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é fruto da transformação destes direitos ao longo da história, e da ruptura com uma teoria liberal clássica levada a efeito pelo Estado de Direito Liberal, cogitando-se do princípio intervencionista nas relações privadas. Neste percurso, entrelaçam-se uma dimensão subjetiva e outra objetiva dos direitos fundamentais.

Segundo a dimensão subjetiva, não é possível qualquer influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois se rompe com a tradicional concepção liberal do constitucionalismo, construída para proteger o indivíduo contra o Estado. Bilbao Ubillos³⁰ afirma que as teorias negadoras da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares afirmam que isto representaria um risco à liberdade contratual e à segurança jurídica. Aqueles que comungam desta opinião consideram a teoria um ‘cavalo de troia’ capaz de destruir o sistema privado cujo eixo gira em torno da autonomia privada. Representante desta teoria, Forsthoff³¹ afasta a interpretação dos direitos fundamentais como sistema de valores, pois provocariam a insegurança e provável dissolução da Constituição. Eis que o direito privado é apto para solucionar os conflitos instaurados em sua seara.

Opondo-se a tais considerações, Hans Carl Nipperdey³² e Walter Leisner³³ proclamaram a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Segundo Nipperdey³⁴ a defesa da liberdade individual não pode ser a única função dos direitos fundamentais, pois não estaria sendo levado a efeito o real significado e a finalidade das constituições democráticas modernas. Continua o autor indicando que o fenômeno do poder privado não pode ser ignorado, pois se assim o fosse estaria se admitindo violações aos direitos fundamentais entre particulares.

Tal teoria afirma a vinculação direta e imediata dos atos praticados pelos particulares aos direitos fundamentais. Ela defende que independentemente da mediação do legislador, ou do juiz, mediante o atendimento de um dever de proteção do mais fraco na relação jurídica, os direitos fundamentais vinculam os particulares. Não indica a necessidade de interpretação das normas de direito privado conforme os direitos fundamentais, mas a possibilidade destes direitos exercerem influência direta nos atos dos particulares, impondo-lhes a obrigação de respeitar estes direitos em suas relações³⁵.

Bilbao Ubillos³⁶ defende a tese de Nipperdey afirmando que, com ou sem desenvolvimento de lei específica, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora. Diante desta realidade, a existência de norma regulamentadora não é empecilho para aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Continua o autor indicando que o papel do legislador é meramente declaratório, uma vez que os direitos fundamentais já estão positivados na Constituição. Citando Lombardi³⁷, afirma ainda que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas pode ser entendida como uma espécie de fechamento do sistema de proteção dos direitos fundamentais, pois derivando da Constituição

serviria para suprir falhas existentes no ordenamento privado e resolveria os casos eventualmente não previstos pelo legislador.

Venegas Grau indica que na resolução de um caso envolvendo direitos fundamentais entre sujeitos privados, a decisão final deve levar em conta tanto o direito fundamental em questão quanto a liberdade negocial das partes. Desta forma, a vinculação direta não corre o risco de transformar os direitos fundamentais em deveres fundamentais, destruindo a autonomia privada³⁸. Tal princípio continua sendo um dos pilares do direito privado. No entanto, a materialização do direito privado, ou seja, a superação da igualdade apenas formal nas relações entre particulares, é substituída por uma igualdade material, revisando aquele princípio. Chega-se à conclusão que só existe liberdade quando ao indivíduo é garantida a possibilidade real de fazer ou não fazer³⁹.

No Tribunal Constitucional Federal alemão, o caso Lüth suplantou essa discussão, remontando à Constituição como uma ordem objetiva de valores, passível de alcançar toda a sociedade. Para tanto, Günther Düring afirmou que os direitos fundamentais operariam no âmbito privado através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos preenchidos valorativamente.

Konrad Hesse⁴⁰ é adepto da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas por acreditar que cabe ao legislador a tarefa constitucional de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em direito vinculante aos indivíduos⁴¹. Caberia ao legislador infraconstitucional dar corpo às múltiplas introduções indicadas pela influência dos direitos fundamentais, não podendo, todavia, mutilar a autodeterminação e a responsabilidade individual sob pena de se esvaziar a autonomia privada.

A legislação é que passa a vincular os particulares nas relações jurídicas e não os direitos fundamentais. Por conseguinte, o papel do intérprete é tão somente reinterpretar⁴² o direito privado a partir de suas próprias normas, como função social, bons costumes e boa-fé. As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados serão interpretados à luz dos direitos fundamentais como uma espécie de filtro que permitirá a vinculação dos particulares aos mencionados direitos sem prejuízo para a ordem privada, uma vez que tais cláusulas e conceitos são introduzidos pelo próprio legislador a fim de ampliar a margem de ponderação judicial⁴³.

Aquele sujeito
abstrato das
codificações
oitocentistas
cedeu lugar para
o sujeito visto em
sua concretude,
como locatário,
trabalhador,
consumidor etc.

Segundo os defensores desta teoria, os direitos fundamentais na versão subjetiva continuam sendo oponíveis apenas ao Estado, como direitos de defesa. Já na perspectiva objetiva, permitem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sem que haja ofensa à autonomia privada. Em síntese, os direitos fundamentais vinculam os indivíduos, mas não diretamente, e sim pelo filtro da legislação privada, mantendo-se a autonomia dos indivíduos que também é constitucionalmente tutelada⁴⁴.

Como uma terceira via, a teoria dos deveres de proteção foi desenvolvida na Alemanha por Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris⁴⁵, sendo ainda conhecida como imperativos de tutela. Confere-se ao Estado a obrigação de promover a proteção dos direitos fundamentais frente às lesões e ameaças provenientes de particulares, e não apenas de abster-se de violá-los⁴⁶.

Ao Poder Legislativo cumpre o dever de proteção aos direitos fundamentais no âmbito privado, mediante a disciplina do negócio jurídico, dos atos jurídicos, dos contratos e da responsabilidade civil. Já ao Poder Judiciário cumpre o dever de interpretação e aplicação das normas de natureza privada conforme preceituam os direitos fundamentais, devendo, no caso de omissão legislativa, integrar essas normas valendo-se do próprio direito constitucional, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁴⁷.

Segundo esta teoria, muito embora tenha ela inspiração contida na aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dispensa-se a tradicional técnica de utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, obrigando os poderes públicos, em especial o legislativo e o judiciário, a afirmarem os direitos fundamentais nas relações interprivadas⁴⁸. Contudo, os particulares não estão sujeitos à vinculação dos direitos fundamentais em razão do exercício da autonomia privada, de modo que os atos privados não teriam a obrigação de se conformar com os direitos fundamentais, de acordo com o texto constitucional. Em verdade, a conduta dos entes privados deveria se pautar nos parâmetros ditados pelo Poder Legislativo, que, no exercício do seu dever de proteção, optou pela implementação dos direitos fundamentais nas normas de caráter privado⁴⁹. Outro aspecto relevante desta teoria é que ela viabiliza tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no direito privado, pois admite o dever de intervenção do Estado nas relações interprivadas, muito embora seja apenas em casos excepcionais e justificados⁵⁰.

2.2. A hipervulnerabilidade e o direito fundamental à defesa do consumidor

A hipervulnerabilidade não é um conceito formulado pela doutrina estrangeira ou nacional, nem mesmo uma categoria jurídica que se encontra expressa na legislação consumerista. Delineada por termos como “vulnerabilidade potencializada”, trata-se de um conceito implícito no ordenamento jurídico brasileiro que se recolhe de princípios constitucionais. Neste momento, desce-se aos seus fundamentos, com a finalidade de imprimir-lhe a função de realizar os direitos fundamentais do consumidor idoso.

Considerando a busca de princípios que possam servir de fundamento às decisões judiciais em que se promove a efetivação das necessidades humanas fundamentais, justificadas na valorização da pessoa e manutenção da dignidade humana, “procura-se oferecer como solução a tutela da pessoa no contrato em face do mínimo existencial”⁵¹.

Pretende-se que, com a aceitação da hipervulnerabilidade do consumidor idoso, tenha êxito a aplicação do fundamento da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana. A hipervulnerabilidade tem fundamento na Constituição, uma vez que esta institui cláusula geral de tutela da dignidade de pessoa humana, impondo o reconhecimento e influência de interesses não patrimoniais sobre as relações interprivadas, e que estabelece também uma tutela especial aos idosos, além de prever o respeito às diferenças.

Ao contrário do que sugere o art. 4º, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, que expressa uma pressuposição indiscriminada, o regime de tutela indicado se regeria por critérios de aplicação que se nutririam da situação real do idoso contratante, não sendo possível uma decisão ser alcançada sem antes se ponderar as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido. Com base na aplicação de uma vulnerabilidade especial dos idosos, que se chama de hipervulnerabilidade, quer-se resgatar a dignidade da pessoa humana desta categoria quando se trata de relação de consumo.

É no Superior Tribunal de Justiça que a hipervulnerabilidade é expressamente acolhida. Ao julgar a suficiência ou não dos dizeres ‘contém glúten’, veiculados em embalagens de alimentos industrializados considerando os riscos à saúde e segurança de consumidores celíacos, o ministro Herman Benjamin proferiu voto no Recurso Especial 586.316-MG, fundamentando-se na hipervulnerabilidade. Para julgamento do recurso em comento foi necessária a identificação e indicação de consumidores hipervulneráveis, no caso em tela, os celíacos:

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.⁵²

Do mesmo modo que certos grupos de consumidores são hipervulneráveis, merecendo tutela especial por parte do ordenamento jurídico, é possível identificar outros grupos que estão em situação semelhante. É o caso dos idosos. Ocorre que este grupo da sociedade já se encontra amparado por uma tutela especial, representada pelo Estatuto do Idoso, que lhe outorga direitos fundamentais. Resta saber como esses direitos podem encontrar lugar nas relações de consumo, amparando-se, para tanto, na ideia de hipervulnerabilidade.

O princípio tutelar constitucional de defesa do consumidor deve atuar sempre em conjunto e permeando o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, como uma verdadeira cláusula geral que vigora em todos os atos de consumo. Ricardo Weber afirma que “o princípio constitucional de defesa do consumidor percorre o ordenamento jurídico irradiando seu objetivo de proporcionar um tratamento compensador e protetivo na desigualdade inerente na relação de consumo”⁵³.

A intenção do constituinte brasileiro de inserir a norma fundamental de defesa do consumidor, fixando-a no centro do ordenamento, é fazê-la um instrumento jurídico para amenizar e atenuar as desigualdades, promovendo a igualdade. O direito fundamental de defesa do consumidor pode ser anunciado como um modo de mitigar a desigualdade existente entre as partes da relação de consumo. Na seara de direito fundamental, a defesa do consumidor tem a precípua finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

3. Os direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo: a hipervulnerabilidade contratual

3.1. Do abandono à proteção integral: a tutela estatutária do idoso

Em 4 de janeiro de 1994 entrou em vigor a Lei 8.442, que dispunha sobre a política nacional do idoso, criava o Conselho Nacional do Idoso e

dava outras providências. Pouco tempo depois se percebeu que o diploma legal criado era insuficiente, pois não continha instrumentos específicos de tutela judicial e administrativa e, portanto, carecia de efetividade. Surge então a doutrina de proteção integral do idoso, enunciada pelo Estatuto do Idoso, a Lei 10.741, de 2003.

O Estatuto do Idoso quebrou a barreira de uma proteção exclusivamente patrimonial, enunciada pelo Código Civil⁵⁴, pois nele a proteção é integral⁵⁵, abrange a todos os idosos e em tudo aquilo que se refere à vida em sociedade. A proteção econômica não é única; a manutenção da dignidade da pessoa humana passa a ser regra, pelo resgate da inclusão social.

A legislação vigente tenta proteger a dignidade da pessoa do idoso com conjunto de ações voltadas para a integração social do idoso, reconhecendo-lhe a hipervulnerabilidade diante da dinâmica social capitalista. Em um mundo contemporâneo, competitivo e excludente, o idoso, em face de suas diferenças físicas, é visto como um *déficit* econômico e social. Em atenção aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a proteção integral pressupõe o atendimento a todas as necessidades do ser humano idoso.

O Estatuto do Idoso encontra-se inserido em um sistema cuja fonte hierárquica superior é a Constituição Federal, na qual a norma infraconstitucional existe para exercer sua função em conjunto ao ordenamento vigente, diretamente orientado pelo conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana. A tutela estatutária surgiu para dar concretude à proteção da pessoa do idoso, evitando, desta forma, que a ausência de regulamentação esvaziasse o conteúdo da norma constitucional, tornando ainda mais grave a exclusão social e marginalização. Wladimir Novaes Martinez⁵⁶ comenta:

Os idosos, vítimas do desrespeito por parte dos que os cercam, têm na Lei n. 10.741/2003 um conjunto de medidas estatais para resguardá-los, providências de variada ordem que visam a resgatar-lhe o respeito e, principalmente, a viabilizar-lhe o exercício da cidadania. Por isso são-lhes assegurados ou declarados novos significativos direitos. Toda a sociedade é convocada para reconhecer e a reaculturar-se, passando a tributar a reverência devida àqueles que fazem por merecer a consideração humana, familiar e social.

O Estatuto do Idoso almeja resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social. Tal instrumento visa estabelecer vantagens concretas ao idoso tão somente para suprimir as diferenças concretas e manter a igualdade. Neste sentido, Patrícia Albino Galvão Pontes comenta: “Ora, se aquela pessoa já não tem mais tantas forças para lutar, vamos conferir-lhe uma

proteção maior, porque se necessária. Esta é a legítima tradução do princípio da igualdade”⁵⁷.

O resgate da igualdade e da dignidade da pessoa idosa é imperativo que pressupõe uma forte intervenção estatal, especialmente pela via da tutela jurisdicional. A criação de um sistema nacional tutelar do idoso é imperativo da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Destinados a tutelar a pessoa idosa, três princípios são extraídos do Estatuto do Idoso, iluminados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São os subprincípios da proteção integral⁵⁸ e da absoluta prioridade⁵⁹, que se conformam com o princípio do melhor interesse do idoso⁶⁰.

A proteção integral pode ser identificada pela exegese do art. 2º do Estatuto do Idoso, que assim dispõe:

*O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.*⁶¹

Diante do texto pode-se indicar que o estatuto pretende, além da preservação da saúde psicofísica do idoso, seu aperfeiçoamento em nível intelectual, moral e social, pois desta forma poderá gozar de todos os direitos de ser humano com a proteção integral estabelecida no estatuto que, de início, assegura a liberdade e dignidade das pessoas idosas.

As oportunidades e facilidades atribuídas à pessoa idosa aparecem no Estatuto do Idoso como direitos fundamentais, nos quais se edifica sua proteção integral. São eles o direito à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, o direito aos alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito à profissionalização e ao trabalho, à previdência ou à assistência social, à habitação e ao transporte. Com efeito, substitui-se o preconceito à pessoa idosa pela compreensão de que ela faz *jus* a um cuidado distinto como um fundamento que nos “possibilita dotar a existência humana do seu caráter essencialmente humano”⁶².

O princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição, no sentido de que os direitos e garantias nela não excluem outros que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados, recebendo, pois, a natureza de fundamental. Sobre o assunto Heloisa Helena Barboza escreve: “O princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, é consectário de cláusula geral de tutela da pessoa humana e, por excelência, fonte de proteção integral que é devida ao idoso”⁶³.

Assim, o direito à proteção integral, com absoluta prioridade, e o princípio do melhor interesse são garantidos pela Constituição, na medida em que o idoso é pessoa mais vulnerável, e seu tratamento especial decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Há de se esclarecer ainda que, pelo fato do consumidor idoso ter reconhecidas suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico, deve merecer tutela amparada em sua hipervulnerabilidade. Para tanto, submetem-se à análise de situações à luz da realização de seus direitos fundamentais.

3.2. Os direitos fundamentais do idoso nos contratos de consumo: uma aproximação na jurisprudência brasileira

Dentre as várias modalidades de contratos existentes, chamam atenção os contratos de consumo em que os idosos figuram como parte, como os empréstimos consignados e planos de saúde. É notório em propagandas televisivas e de rádio que as instituições bancárias descobriram nos idosos uma segura e importante fonte de ganhos, em razão dos rendimentos da aposentadoria.

Visando facilitar e dar mais segurança às operações apresentadas pelas financeiras, criou-se o empréstimo consignado, mediante a promulgação da Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003. A obtenção de empréstimos passou a ocorrer de forma simplificada, sem garantias e/ou avalistas, o que, somado ao custo de vida, gerou um superendividamento da população idosa. O contrato de empréstimo consignado atesta a vulnerabilidade do idoso, que tem reduzida sua capacidade de discernimento e escolha quando se depara com termos técnicos e cláusulas contratuais que muitas vezes são ininteligíveis. É o que assevera Cláudia Lima Marques:

Tratando-se do consumidor 'idoso' (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços (...).

Ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Distrito Federal contra o Banco Bradesco S.A considerou tais fatos ao decidir que a prática adotada pelo banco atinge o sentimento de dignidade dos idosos:

É que, como cediço, o principal destinatário do crédito consignado é o consumidor idoso, in casu, os aposentados e pensionistas do INSS, os quais, por notório, dada à, no mais das vezes, sua fragilidade na estrutura social aliada à sua idade, mostram-se mais suscetíveis de serem vulneráveis a procedimentos

agressivos de marketing combinado a facilitação de acesso ao crédito (...) Tal fato potencializa-se com as freqüentes, e, repito – para o público alvo.

Ressalta-se a descrição de utilização da fraqueza ou ignorância do consumidor idoso em decorrência não só de sua idade, mas ainda de sua saúde e conhecimento, sendo prática comum pelas instituições financeiras. Isto caracteriza a sua condição especial de hipervulnerável, se realizada a interpretação sistemática do Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal, sendo possível a realização do reequilíbrio contratual.

Os princípios constitucionais de igualdade, dignidade e aqueles ligados direta e indiretamente aos direitos fundamentais sobrepõem-se, hierarquicamente, aos demais princípios no ordenamento vigente. A aplicação das normas constitucionais aos direitos dos idosos dá-se inicialmente pela inclusão destes no capítulo constitucional que trata da família, e ainda por princípios inerentes aos direitos humanos, e, por fim, devido à positivação, por princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, direito à vida, à igualdade, à cidadania, dentre outros.

Sendo assim, repisa-se que nada impede a aplicação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, via princípios e preceitos constitucionais, na busca pelos direitos do consumidor idoso como pessoa hipervulnerável. Neste contexto, os direitos fundamentais atuam com uma incidência indireta nas relações privadas.

Ciente da dificuldade de se implementar um sistema de saúde gratuito para todos no contexto econômico e social brasileiro, a Constituição Federal, no art. 199, previu a assistência à saúde livre à iniciativa privada, de forma complementar ao SUS, mas segundo diretrizes traçadas pelo Estado⁶⁴. Diante desta realidade, o poder público regula e fiscaliza a assistência privada à saúde, que se dá por meio dos chamados planos de saúde, que, pagos por seus usuários, complementam o SUS.

A assistência privada à saúde teve importante marco no ano de 1998, com a promulgação da Lei 9.656, que legisla especificamente sobre os planos de saúde. Outro marco nesta matéria foi a entrada em vigor da Lei 9.961, de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS, lei que estabelece sua competência e finalidade.

Nesse cenário, embora o Estatuto do Idoso preveja que ninguém pode ser impedido de participar desses contratos, a adesão aos planos de saúde após sessenta anos de idade torna-se difícil em decorrência dos altos valores cobrados. Outro problema destacado é o excesso de negativas abusivas

quanto à cobertura de determinadas enfermidades, que acabam gerando um excessivo desgaste pessoal do consumidor, em especial os idosos, em busca de respaldo judicial que garanta o tratamento de que necessita⁶⁵. Revela-se um contexto discriminatório, que acentua a condição de vulnerabilidade do idoso, reafirmando a sua condição de fragilidade exacerbada na relação contratual em decorrência da idade.

Há precedentes que negam a vigência do Estatuto do Idoso no caso de reajustes por mudança de faixa etária; e, por outro, julgados que por unanimidade compreendem o direito intertemporal desta matéria sendo plenamente favoráveis ao melhor interesse do idoso⁶⁶.

O Superior Tribunal de Justiça⁶⁷ consolidou entendimento no sentido de que a aplicação do Estatuto do Idoso em contratos firmados antes do seu advento não desconsideram o ato jurídico perfeito, resultando nula a cláusula contratual que prevê tais reajustes⁶⁸. A justificativa do STJ tem por fundamento o fato de que o plano de assistência à saúde apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, que envolve a transferência de riscos. Como característica principal de tais contratos está o fato de envolver execução periódica ou continuada, caracterizando-se como contrato de longa duração, destacado pela catividade, que gera expectativas ao consumidor no sentido de manutenção e equilíbrio econômico além da qualidade dos serviços:

O que se verifica com o surgimento da sociedade de consumo é uma crescente despersonalização das relações contratuais

Direito civil e Processual civil. Estatuto do Idoso. Plano de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. Decisão agravada. Manutenção.

– O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

– Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

– Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.

– O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.

– Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.

– Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

– Agravo Regimental improvido⁶⁹.

O surgimento de norma cogente posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como aconteceu com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações cuja execução contratual realizaram-se a partir da sua vigência, ainda que firmados anteriormente⁷⁰.

Em síntese, tanto a eficácia horizontal irradiante do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas quanto a lesão como técnica de repressão das cláusulas abusivas relativizam a esfera de autonomia privada nos negócios jurídicos no sentido de poder visualizá-la não mais em sentido meramente individuocentrista, mas também em perspectiva funcional. O interesse social que subjaz ao Estatuto do Idoso, reafirmando o previsto na Constituição, assegura ao idoso o direito prioritário à saúde, dada sua condição especial, como direito fundamental e acima disso assegura a manutenção da dignidade da pessoa humana.

3.3. O reconhecimento da hipervulnerabilidade do idoso

Na doutrina, mostra-se implícita a ideia de uma vulnerabilidade mais acentuada de determinadas categorias de consumidores. Cláudia Lima Marques assim comenta quanto à vulnerabilidade dos idosos:

Efetivamente o art. 230 da Constituição Federal brasileira identifica também a necessidade de ‘amparar as pessoas idosas (...) defendendo sua dignidade e bem estar’. O grupo de pessoas maiores de 60 anos é definido pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, como sendo de ‘idosos’. Apesar de o CDC não mencionar

expressamente os idosos, o art. 39, IV, menciona expressamente a ‘fraqueza’ relacionada à idade, da mesma forma que o art. 37 menciona as crianças como um consumidor especial. A jurisprudência brasileira já identificou que a igualdade teórica de direitos e de chances entre consumidores ‘jovens’ e consumidores ‘idosos’ não estaria sendo realmente alcançada na contratação e na execução de contratos de consumo, daí a preocupação em proteger de forma especial este grupo vulnerável. Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (home banking, relações com máquina, uso necessário da internet, etc.); sua vulnerabilidade fática quanto a rapidez das contratações, sua saúde debilitada; a solidão de seu dia-a-dia, que transforma um vendedor de porta-em-porta, um operador de telemarketing, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria única no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida⁷¹.

Ao contrário do que sugere o art. 4º, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, que expressa uma pressuposição indiscriminada, o regime de tutela indicado se regeria por critérios de aplicação que se nutririam da situação real do idoso contratante, não sendo possível uma decisão ser alcançada sem antes se ponderar as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido. Neste sentido Teresa Negreiros comenta:

(...) ao contrário do que poderia sugerir uma primeira leitura do CDC – onde a vulnerabilidade, no art. 4º, I, é expressa em termos de uma pressuposição indiscriminada –, o regime de tutela aí instituído se rege por critérios de aplicação que se nutrem da situação real das partes contratantes, não sendo possível alcançar-se uma decisão sem antes ponderar as circunstâncias concretas do conflito dirimido. Isto ocorre seja no que se refere à aplicação das cláusulas gerais, como é o caso da cláusula geral de boa-fé prevista no CDC, seja no que se refere à própria concretização da hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII e art. 39, IV), seja, sobretudo, em relação à concretização do desequilíbrio contratual (art. 51, part. 1º, II, por exemplo), hipóteses – todas elas – em que a lei faz remissão ora as condições pessoais das partes, ora a natureza e ao conteúdo do contrato em causa⁷².

Ronaldo Porto Macedo Jr. também indica a ausência de homogeneidade dos consumidores, pois “o próprio conceito genérico de consumidor vai perdendo sua funcionalidade em determinados contextos de uso nos quais se torna necessária uma distinção entre tipos de consumidor”⁷³.

Não se pode negar a existência das diferenças existentes entre os próprios consumidores. Necessária compreensão de que não se trata de consumidores,

mas de consumidor em sua individualidade considerada⁷⁴, e, por conseguinte, há de se compreender a existência de consumidores hipervulneráveis. Teresa Negreiros comenta sobre as diferenças existentes entre os consumidores: “o fato é que não se pode, sob tal pretexto, desconhecer a relevância jurídica de que se revestem certas diferenças existentes entre os consumidores”⁷⁵.

O regime tutelar proposto implica considerável nível de discernimento do juiz, o que não o faz perder sua credibilidade e o coloca cada vez mais próximo da realidade do direito civil contemporâneo. Isso porque o direito civil vem se mostrando cada vez mais sensível à ponderação concreta das especificidades dos casos reais. Isso tem sido importante, pois, caso o ordenamento jurídico desconsiderasse fundamentos decisórios em condições específicas, não haveria subsídios para defender a hipervulnerabilidade dos consumidores idosos⁷⁶, nem estaria sendo assegurada a igualdade material prevista na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Na jurisprudência brasileira, a hipervulnerabilidade encontra lugar em decisões que se referem a uma vulnerabilidade mais acentuada ou potencializada quando pessoa idosa está presente em relações de consumo. Neste sentido transcreve-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Consumidor. Serviços de telefonia móvel. Falha na prestação dos serviços. Cobranças abusivas. Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso. Consideração. Rescisão do contrato determinada. Devolução de valores. Danos morais. Não configuração. Considerando a verossimilhança das alegações do autor, no sentido de que o serviço de telefonia móvel contratado para utilização no exterior mostrou-se defeituoso, culminando com cobranças abusivas, bem como tendo em vista a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, é de se julgar procedente o pedido de rescisão de contrato, sem o pagamento de multa, tornando-se inexigíveis os valores a título de ligações internacionais, determinando-se, outrossim, a devolução do valor pago pelo aparelho celular. Danos morais não configurados, na medida em que os incômodos vivenciados pelo autor não feriram sua dignidade a ponto de gerar direito à indenização. Apelo parcialmente provido⁷⁷.

Outra decisão no mesmo sentido:

Agravo de instrumento. Seguro de vida. Renovação do contrato. Recusa da seguradora. Antecipação de tutela. Deferimento. Presença da verossimilhança das alegações e necessidade de urgência na concessão do provimento. Art. 273 do CPC. 1. Presentes os requisitos autorizadores da tutela concedida, a teor do que estabelece o art. 273 do Código de Processo Civil, consubstanciados na

verossimilhança das alegações da parte agravante, decorrentes da lei consumerista aplicável ao caso, as quais vão ao encontro da jurisprudência majoritária desta Corte, bem como o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação. 2. Assim, vislumbra-se no caso em tela o fundado receio de dano irreparável, porquanto a rescisão unilateral do contrato tem o potencial concreto de afastar o consumidor do sistema securitário, sem oportunizar a discussão do pacto e deixando a parte beneficiária sujeita a suportar os riscos até então garantidos. 3. Denota-se a necessidade de intervenção judicial a fim de coibir possível abusividade no agir da seguradora de forma unilateral, mostrando-se plenamente justificável a manutenção das condições do contrato em discussão, a fim de averiguar a legalidade da rescisão levada a efeito. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento⁷⁸.

Todavia, como antes apresentado, foi no Superior Tribunal de Justiça que a hipervulnerabilidade foi expressamente acolhida quando do julgamento da suficiência ou não dos dizeres ‘Contém Glúten’, veiculados em embalagens de alimentos industrializados considerando os riscos à saúde e segurança de consumidores celíacos.

Em suas razões o ministro Herman Benjamin indica que a alegação apresentada pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação de que somente deveriam haver inscrições de advertência no que diz respeito àquelas substâncias que fizessem mal à saúde dos consumidores em geral é deficiente. Isso porque, afirma o ministro, se comungasse deste entendimento “cairia por terra a justificativa de exigir dos agentes econômicos a garantia de acessibilidade a pessoas portadoras de deficiências”⁷⁹. Complementa indicando o caso da reserva de cotas nas universidades, ou investimento em UTIs e serviços especiais de alto custo. Segundo o ministro, em todos estes casos a lei é direcionada precisamente à proteção de uma minoria da população, e que justamente por ser minoria é que tem a “mais poderosa justificativa – política e ética – para a intervenção de reequilíbrio do legislador”⁸⁰.

A justificativa do ministro decorre da característica do Estado Democrático de Direito, que deve reconhecer a igualdade de todos, mas cuja função não fica adstrita a isso, devendo também oferecer mecanismos para que seja assegurada a igualdade material.

Não é difícil afirmar que a fragilidade psíquica dos idosos acarreta uma vulnerabilidade especial para lidar com atividades corriqueiras

Do mesmo modo que certos grupos de consumidores são hipervulneráveis, merecendo tutela especial por parte do ordenamento jurídico, é possível identificar outros grupos que estão em situação semelhante: é o caso dos idosos. Ocorre que este grupo da sociedade já se encontra amparado por uma tutela especial, representada pelo Estatuto do Idoso, que lhe outorga direitos fundamentais. Estes direitos encontram lugar nas relações de consumo, amparando-se na ideia de hipervulnerabilidade.

Considerações finais

A hipervulnerabilidade deve ser um fator que deve influenciar a proteção contratual das relações de consumo e assegurar a dignidade da pessoa humana. Assim, as relações de consumo nas quais figuram os idosos devem ser diferenciadas daquelas outras em que as partes não são idosos. Tais contratos merecem uma tutela especial⁸¹.

Ao contrário do que sugere o art. 4º, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, que expressa uma pressuposição indiscriminada, o regime de tutela indicado se regeria por critérios de aplicação que se nutrem da situação real do idoso contratante, não sendo possível uma decisão ser alcançada sem antes se ponderar as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido⁸².

Aceita a hipervulnerabilidade da pessoa idosa, na medida em que estiver em risco a dignidade da pessoa humana, isso se reflete na relação de consumo. Trata-se então de uma proposta de sistematização, baseada na identificação de um novo critério de diferenciação.

Lembra-se que os consumidores não são uma categoria homogênea⁸³, e o direito do consumidor reconhece as diferenças, é parte de um sistema de direito social que tem duplo caráter distributivo, tanto entre consumidores e fornecedores, quanto entre consumidor e consumidores.

Diante da afirmação acima é que elementos e circunstâncias da realidade, especialmente os fatores que determinam a desigualdade, devem ser incorporados às categorias teóricas utilizadas na resolução de conflitos, inspirando a formulação de novas classificações com o objetivo de assegurar um permanente comprometimento do direito com a valorização da pessoa humana⁸⁴.

O fato de colocar-se a pessoa humana no centro da análise das situações significa que está sendo levada em consideração a dignidade humana e seu alcance à condição de necessário parâmetro de interpretação e aplicação das

normas de direito. Sob a ótica proposta, e segundo as novas tendências do direito, a pessoa humana é o centro do sistema jurídico em substituição ao patrimônio, o que faz com que seja possível a melhor tutela da pessoa em uma visão solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração.

Esta socialização serve para uma reorientação do direito, pois o reconhecimento das desigualdades entre os sujeitos jurídicos e, acima de tudo, o reconhecimento de que o direito pode coibir tais desigualdades auxiliarão na manutenção da dignidade da pessoa humana.

A identificação de abusos dos fornecedores em situações como saúde, empréstimo, planos funerários pode ser mais facilmente resolvida à luz da hipervulnerabilidade e aceitação das diferenças. De interpretação jurisprudencial um pouco mais solidarista⁸⁵, como identificado nos casos de seguro de vida, percebe-se que o idoso encontrou uma via de tutela mais adequada aos seus direitos fundamentais, sendo nesses casos muitas vezes o idoso considerado em sua vulnerabilidade especial frente às operadoras de planos de saúde.

Diante da realidade, o direcionamento dos esforços para a identificação de que há distinção nas relações jurídicas, aceitando a hipervulnerabilidade do idoso, aliado ao princípio da proteção integral do idoso justificaria a tutela específica desta categoria.

Acredita-se que desta forma o direito alcançará o seu papel último de tutela da dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fim do Estado Democrático de Direito.

Notas

Outras qualificações das autoras:

* Professora da Universidade Federal do Paraná. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba.

** Especialista em Direito Societário pela FIC, Pós-graduada em Direito e Gestão Empresarial pela FCJ.

¹ “Todos estes factos, que antes de serem jurídicos são civilizacionais, modificaram de forma decisiva as bases do direito actual. Só muito simplifadamente – e de forma cada vez mais irrealista – é que este pode continuar a ser identificado com a lei. Esta profunda modificação na natureza do direito contemporâneo implica na modificação, igualmente profunda, na sua teoria e na dogmática, não sendo mais possível continuar a utilizar conceitos e fórmulas que foram cunhados num período de monopólio legislativo do direito para descrever um direito que se afasta progressivamente da lei.” (HESPANHA, António Miguel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo hoje*. 2. ed. (O tempo e a norma). Edições Almedina, 2009, p. 29.)

² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 51.

³ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 181.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Ensaio inserido em obra do mesmo autor denominada *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11.

⁵ PINHEIRO. *Contrato e...*, p. 53.

⁶ PINHEIRO. Autonomia privada e estado democrático de direito. In *Direitos humanos e democracia*. Coordenadores: Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Couto Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 498.

⁷ “Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 53.)

⁸ NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996, p. 94.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez., 1992, p. 136.

¹⁰ “A crise da massificação dos contratos levou a alguns a afirmarem ‘a morte do contrato’, reabsorvido no *mainstream* dos atos ilícitos. A massificação dos contratos de adesão e das condições gerais contratuais foi o primeiro fenômeno da despersonalização do contrato, por meio de uma nova pluralidade e objetividade. Os consumidores são o exemplo desta pluralidade, mas também os fornecedores se organizaram em cadeias de fornecimento, não sendo sempre possível identificar com quem exatamente é a relação de consumo.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.)

¹¹ BONATO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor – cláusulas abusivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

¹² “A efetiva proteção aos consumidores surgiu após a segunda metade do século XX, devido à expansão da massificação dos produtos em decorrência do modelo capitalista, surgindo, assim, a preocupação do Estado no controle das relações de consumo devido ao desequilíbrio entre poder econômico dos fornecedores frente aos consumidores.” (GÓNGORA. Cláudia. *O direito do consumidor e o Mercosul, relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001, p. 15.)

¹³ MORAES. Paulo Valerio dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p. 53.

¹⁶ DE BEAUVOIR. Simone. *A velhice*. Tradução de MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 33.

¹⁷ DE BEAUVOIR. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁸ DE BEAUVOIR. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁹ CAMARANO, Ana Amélia e PASIANTO, Maria Teresa. Introdução in: *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004, p. 2-3.

²⁰ “Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.)

²¹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

²² MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 194.

²³ Transcreve-se trecho da decisão que trata sobre o tema: “(...) A questão posta em exame também deve ser vista à luz do princípio da vulnerabilidade, o qual fundamenta a própria existência de uma proteção especial ao consumidor, dado o desequilíbrio nas relações estabelecidas entre os agentes econômicos. A vulnerabilidade, que nas relações de consumo se presume de forma absoluta, é agravada em relação ao consumidor idoso, como ocorre no caso dos autos. Na dicção do promissor jurista Bruno Miragem “a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.” *Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 66 (BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 – Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.)

²⁴ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 – Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

²⁵ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 – Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. em 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

²⁶ (...) Note-se que no caso em tela, a parte agravante vai fazer sessenta (60) anos de idade no final de 2009, portanto, trata-se de consumidor idoso, existindo uma presunção de vulnerabilidade ainda maior em função de sua idade avançada, de sorte que a toda evidência não pode ser atingido por práticas comerciais abusivas, (...) (BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70029810108 – Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto – j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.)

²⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 518.

²⁸ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 389.

²⁹ “... 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG – Min. Rel. Hermann Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2011.)

³⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de La jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 119.

³¹ UBILLOS. *Op. cit.*, p. 278-279.

³² Hans Carl Nipperdey iniciou seus estudos e publicou “Die Würde des Menschen” em 1954 e “Grundrechte und Privatrecht” em 1962. Na primeira obra o autor defende que algumas normas de direitos fundamentais não se aplicam somente as relações entre particulares, aonde nascem posições jurídicas de particulares frente a particulares. Já na segunda obra Nipperdey rebate Düring indicando que os direitos fundamentais modificam normas de direito privado existentes.

³³ SARLET. *Op. cit.*, p. 121.

³⁴ GRAU, Maria. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 180.

³⁵ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 179.

³⁶ BILBAO. *Op. cit.*, p. 327.

³⁷ BILBAO. *Op. cit.*, p. 327.

³⁸ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 186.

³⁹ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 149-150.

⁴¹ “A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida.” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.)

⁴² SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

⁴³ BILBAO. *Op. cit.*, p. 303.

⁴⁴ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁵ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 132.

⁴⁶ “Conforme se reconheceu entretentes na Alemanha, essa função desempenha um papel central também no que diz com a pergunta em torno dos efeitos dos direitos fundamentais no Direito Privado, pois aqui os direitos fundamentais amiúde não são aplicáveis na sua função de proibição de intervenção e direitos de defesa contra o Estado, já que, conforme foi exposto, eles de regra, não se dirigem diretamente contra o cidadão, e o assunto em pauta é justamente o controle da constitucionalidade dos atos dos particulares.” (CANARIS, Claus-Wilhelm, A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.)

⁴⁷ STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. *Revista de Direito Privado*, n. 23, jun./set. 2005, p. 294.

⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 256-57.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR. Fredie (org.) *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 172.

⁵⁰ SARLET. *Op. cit.*, p. 140.

⁵¹ PINHEIRO. *Contrato...*, p. 121.

⁵² BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

⁵³ WEBER, Ricardo Henrique. *O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas*. 2009, 113f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 90.

⁵⁴ O Código Civil apresenta disposição paradigmática nesse sentido: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;”

⁵⁵ “No novo diploma legal, o idoso passa a ter direitos específicos e diferenciados em relação às demais pessoas, haja vista merecer da sociedade uma proteção especial em função da sua idade já avançada. Em virtude do próprio processo natural e biológico do envelhecimento, a pessoa idosa se torna mais frágil, os problemas de saúde aparecem com mais frequência, já não possui mais tanto vigor, implicando, assim, maiores dificuldades. Desta maneira, é preciso adotar medidas, a fim de que seja possível equilibrar as condições e possibilidades desses cidadãos em relação aos demais.” (PONTES, Patrícia Galvão. *Estatuto do idoso comentado*. Naide Maria Pinheiro (organizadora). São Paulo: LZN, 2006, p. 16.)

⁵⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 14.

⁵⁷ PONTES. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ A proteção integral do idoso, na forma do art. 2º do seu Estatuto condiz expressamente com a “preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade”. (BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.)

⁵⁹ Nos termos do parágrafo único do art. 3º da Lei. 10.741/2003 “A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações.” Enfim, cabe indicar que cada um desses preceitos individualiza a pessoa idosa no sentido de lhe garantir prioridade em vários setores da vida pública e privada.

⁶⁰ “Entende-se que o princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, § 2º. Da Constituição, no sentido de que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, recebendo, pois, a natureza de fundamental.” (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa*, 2008, 287. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento da PUC-Rio) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 91.)

⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

⁶² PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. Promoção da saúde. In *Tempo de envelhecer: percursos e dimensões psicossociais*. Organizadores: PY, Lígia, DE SÁ, Janete Lisch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004, p. 274.

⁶³ BARBOZA. *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁴ “Os planos de saúde se inserem num nicho criado pelo descompasso entre a necessidade de uma prestação universal à saúde e assistência médico-hospitalar, instituído com um direito de todos e dever do Estado pelo art. 196 da CF, e a carência de recursos públicos necessários para garantirem a execução eficiente das políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e outros agravos.” (BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.)

⁶⁵ SCHMITT. *Op. cit.*, p. 321.

⁶⁶ “A única matéria a ser dirimida, diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 15, § 3º, da Lei n. 10.741/03, que, assim dispõe: ‘É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade’. Cabe dirimir se esta disposição legal, posterior à avença das partes, tem incidência no contrato, objeto da demanda (...). Há que se distinguir, como referido, entre os atos jurídicos instantâneos e aqueles em que a relação jurídica é continuativa. Nessa segunda modalidade, ao menos no tocante a relações jurídicas de tempo indeterminado, a lei nova atingirá o período da avença sob a vigência, inexistindo qualquer discussão doutrinária a este respeito, inclusive no concernente a suposta inconstitucionalidade. A lei nova, pois, não incide sobre o ato, mas atinge os seus efeitos futuros, de sorte que se preserva o dogma do respeito ao ato jurídico perfeito. Ora, o

Estatuto do Idoso veio, na verdade, a tingir os efeitos futuros à sua vigência do contrato firmado pelas partes.” (BRASIL. TJRJ. Apelação Cível n. 2006.001.17477 – Des. Rel. Carlos Eduardo da Fonseca Passos – Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2011.)

⁶⁷ A partir deste momento simplesmente denominado STJ.

⁶⁸ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ – Min. Rel. Sidnei Beneti – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

⁶⁹ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ – Min. Rel. Sidnei Beneti – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

⁷⁰ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 989.380/RN (2007/021617-5) – Min. Rel. Nancy Andrighi – J. 08.11.2008 – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código...*, p. 563.

⁷² NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 490.

⁷³ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, p. 85. *Apud* NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 491.

⁷⁴ “Finalmente, importa ressaltar que as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’ (art. 1º, do CDC). São indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social. Partem da afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, como mecanismo que propicia igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem necessidade ou benefício, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. É esse o pano de fundo do direito-dever de informação, no microsistema do CDC.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.)

⁷⁵ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 489.

⁷⁶ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 470.

⁷⁷ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 – Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. em 18.02.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan. 2011.

⁷⁸ BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº. 70029810108 – Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto – j. 12.05.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 09 jan. de 2011.

⁷⁹ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

⁸⁰ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

⁸¹ “Uma vez posta a dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem constitucional, o direito dos contratos a ela necessariamente se curva: as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passa a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos.” (NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 488.)

⁸² “O contrato estabelecido neste âmbito deverá, então, ser examinado consoante os diferentes graus de publicismo e privatismo a fim de que a assimetria entre as partes, a ser concretamente verificada, seja reequilibrada conforme os princípios materiais do sistema.” (COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127-154, p. 140.)

⁸³ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 85. *Apud* NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 491.

⁸⁴ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 495.

⁸⁵ MARQUES. *Contratos...*, p. 394.

Referências

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor. V. 37).

BONATO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor – Cláusulas abusivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ – Min. Rel. Sidnei Beneti – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 989.380/RN (2007/021617-5) – Min. Rel. Nancy Andrighi – J. 08.11.2008 – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

BRASIL. TJDF. Autos 2006.07.1.015598-0 – Juiz Clóvis de Moura Sousa – Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.

BRASIL. TJRJ. Apelação Cível n. 2006.001.17477 – Des. Rel. Carlos Eduardo da Fonseca Passos – Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2011

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento n. 70029810108 – Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto – j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 – Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi – j. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

CAMARANO, Ana Amélia e PASIANTO, Maria Teresa. Introdução *in: Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?* Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DE BEAUVOIR, Simone. *A velhice*. Tradução de MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

GÓNGORA, Cláudia. *O direito do consumidor e o Mercosul, relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001.

GRAU, Maria. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

HESPANHA, Antônio Miguel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo hoje*. 2. ed. (O tempo e a norma). Edições Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, *in SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa*. 2008, 287. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento da PUC-Rio) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1992.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MORAES, Paulo Valerio dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996.

PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. Promoção da saúde. In *Tempo de envelhecer: percursos e dimensões psicossociais*. Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Janete Lisch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Autonomia privada e estado democrático de direito. In *Direitos humanos e democracia*. Coordenadores: Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Couto Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PONTES, Patrícia Galvão. *Estatuto do idoso comentado*. Naide Maria Pinheiro (organizadora). São Paulo: LZN, 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR. Fredie (org.) *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado*, n. 23, jun./set. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de La jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

WEBER, Ricardo Henrique. *O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas*. 2009, 113f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

ENSAIO SOBRE A
RECUPERAÇÃO DE PESSOAS
SINGULARES
(SOBRE-ENDIVIDAMENTO)
NA LEGISLAÇÃO
PORTUGUESA¹

ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

Professor universitário

Mestre em Direito e doutorando em Psicologia

EXCERTOS

“Uma pessoa em situação de superendividamento é, em primeira linha, alguém que necessita de auxílio para reconstruir a sua situação financeira e poder voltar a honrar seus compromissos”

“A criação de um plano de pagamentos por acordo entre a pessoa sobre-endividada e os seus credores traduz-se numa situação mais vantajosa para estes, uma vez que possibilita novamente a recuperação de créditos, o que, de outra forma, seria muito difícil”

“Os sistemas de apoio ao superendividamento no direito português constituem um conjunto de mecanismos colocados à disposição de pessoas superendividadas por entidades habilitadas a prestar esses serviços e que têm como objetivo aconselhar, informar e acompanhar qualquer pessoa em situação de sobre-endividamento na elaboração de um plano de pagamento, através de procedimentos conciliatórios ou através da mediação”

“Considera-se em “situação econômica difícil” aquele devedor que enfrenta dificuldades sérias e não consegue cumprir pontualmente as suas obrigações, por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter mais crédito”

“O devedor, bem como seus administradores de direito ou de fato, é solidariamente e civilmente responsável pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas, correndo autonomamente ao presente processo de revitalização a ação intentada para apurar as aludidas responsabilidades”

“Cabe ao devedor comunicar ao juiz competente a sua pretensão em dar início às negociações conducentes à sua recuperação”

1. Introdução

De acordo com a Portaria 1.039/2004 e com a aprovação do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) pelo Decreto-Lei 53/2004 e pela Lei 16/2012², reformou-se profundamente o direito falimentar português, ocorrendo várias modificações na estrutura do processo, como também a introdução de novas figuras com ele relacionadas. Uma dessas figuras é o plano de pagamento, que, todavia, se aplica nos casos em que o devedor seja uma ‘pessoa singular’, ou um pequeno empresário³, desde que tenha menos de 20 credores, não tenha dívidas laborais e tenha menos de € 300.000 de passivo.

Assim, o plano de pagamentos consiste numa proposta de satisfação dos direitos dos credores que acautele devidamente os seus interesses e que poderá conter garantias reais ou privilégios creditórios existentes. Cuida-se de um programa calendarizado de pagamento ou o pagamento numa só prestação. O plano de pagamento é apresentado pelo devedor, conjuntamente com a petição inicial do processo de insolvência, ou após a sua citação no caso de o pedido de insolvência ter sido requerido por terceiro. Desta forma, o plano de pagamentos é um instrumento útil para imprimir celeridade ao processo de insolvência e obter a satisfação dos direitos dos credores.

2. A reforma da ação executiva

O Decreto-Lei 226/2008, de 20 de novembro⁴, introduziu diversas medidas destinadas a aperfeiçoar o modelo adotado pela designada Reforma da Ação Executiva: em conjugação com as medidas adotadas para evitar ações judiciais desnecessárias, foram introduzidos mecanismos destinados a apoiar os executados em situação de superendividamento, procurando desta forma criar a ligação que faltava entre o judiciário e as entidades que prestam apoio ao superendividado.

Considerando os processos executivos, que se destinam à cobrança judicial de dívidas muito frequentes e que constituem uma boa parte do sistema de justiça, são criadas duas novas medidas destinadas a detectar e apoiar pessoas em situação de superendividamento.

Em primeiro lugar, nas execuções extintas por não terem sido encontrados bens penhoráveis, é dada aos executados em situação de sobreendividamento, como dizem os portugueses, a possibilidade de suspender

a inclusão do registro do seu nome na lista pública de execuções quando aderirem a um plano de pagamento elaborado por uma entidade específica e enquanto estiverem a cumprir as obrigações acordadas.

Em segundo lugar, no caso dos processos de execução submetidos a centros de arbitragem em que o executado seja uma pessoa em situação de sobre-endividamento, é dada a possibilidade de suspensão do processo por acordo entre as partes, se o executado aderir a um plano de pagamento elaborado por uma entidade específica e enquanto estiver a cumpri-lo.

Registre-se que a importância destas medidas se situa em dois planos. Por um lado, uma pessoa em situação de superendividamento é, em primeira linha, alguém que necessita de auxílio para reconstruir a sua situação financeira e poder voltar a honrar seus compromissos. Daí que surge a preocupação essencial de criar condições para ajudar o cumprimento de um plano de pagamento com os seus credores. Por outro lado, a criação de um plano de pagamentos por acordo entre a pessoa sobre-endividada e os seus credores traduz-se numa situação mais vantajosa para estes, uma vez que possibilita novamente a recuperação de créditos, o que, de outra forma, seria muito difícil.

Os sistemas de apoio ao superendividamento no direito português constituem um conjunto de mecanismos colocados à disposição de pessoas superendividadas por entidades habilitadas a prestar esses serviços e que têm como objetivo aconselhar, informar e acompanhar qualquer pessoa em situação de sobre-endividamento na elaboração de um plano de pagamento, através de procedimentos conciliatórios ou através da mediação.

3. A finalidade do processo especial de revitalização⁵

O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que comprovadamente se encontre em situação econômica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com eles acordo tendente à sua revitalização.

Trata-se de um processo de caráter urgente e pode ser usado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne condições necessárias para a sua recuperação. Considera-se em “situação econômica difícil” aquele devedor que enfrenta dificuldades sérias e não consegue cumprir pontualmente as suas obrigações, por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter mais crédito.

Assim, cabe ao devedor comunicar ao juiz competente a sua pretensão em dar início às negociações conducentes à sua recuperação. Logo após, qualquer credor dispõe de vinte dias para reclamar créditos, devendo as reclamações ser remetidas ao administrador judicial provisório, que, no prazo de cinco dias, elabora a lista provisória de créditos. Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva.

Com o fim do prazo para impugnações, os declarantes dispõem de dois meses para concluir as negociações, durante as quais o devedor presta toda a informação pertinente aos seus credores e ao administrador judicial provisório, para que se possa realizar de forma transparente e equitativa o plano de revitalização.

O devedor, bem como seus administradores de direito ou de fato, é solidariamente e civilmente responsável pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas, correndo autonomamente ao presente processo de revitalização a ação intentada para apurar as aludidas responsabilidades.

4. Efeitos da recuperação

O despacho de nomeação do administrador provisório obsta a instauração de ações para cobranças de dívidas contra o devedor, seja qual for a sua natureza. Contudo, obsta a instauração apenas no que se refere ao devedor, pois se forem vários executados/réus e requeridos, os processos seguem normalmente.

Caso o juiz nomeie administrador judicial provisório, o devedor fica impedido de praticar atos de especial relevo, tal como definidos no art. 161, sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida por parte do administrador judicial provisório.

Entre a comunicação do devedor ao administrador judicial provisório e a resposta, previstas no número anterior, não podem passar mais de cinco dias, devendo, sempre que possível, recorrer-se a comunicações eletrônicas.

A falta de resposta do administrador judicial ao pedido formulado pelo devedor corresponde à declaração de recusa de autorização para a realização do negócio pretendido.

Concluindo-se as negociações com a aprovação unânime do plano de recuperação à revitalização do devedor, em que intervenham todos os seus

credores, o instrumento deve ser assinado por todos, acompanhado da documentação que comprova a sua aprovação, atestada pelo administrador judicial provisório nomeado, produzindo tal plano de recuperação, em caso de homologação, de imediato os seus efeitos.

Após as negociações, com aprovação do plano de recuperação, o devedor remete o plano de recuperação aprovado ao tribunal. Considera-se aprovado o plano que reúna a maioria dos votos, sendo o quórum deliberativo calculado com base nos créditos relacionados na lista de crédito a que se referem os números 3 e 4 do artigo 17D⁶, podendo o juiz computar os créditos que tenham sido impugnados se considerar que há probabilidade séria de serem reconhecidos, caso a questão ainda não se encontre decidida.

O juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação. A decisão do juiz, depois de publicada, vincula os credores, mesmo que não hajam participado das negociações.

Toda a percepção do endividamento se deu fundada no princípio da boa-fé

Caso o devedor ou a maioria dos credores conclua antecipadamente não ser possível cumprir o acordo, ou caso seja ultrapassado o prazo previsto no art. 17 n. 5⁷, o processo negocial é encerrado, devendo o administrador judicial provisório comunicar tal fato no processo, se possível, por meios eletrônicos e publicá-lo no portal *Citius*⁸.

Nos casos em que o devedor ainda não se encontre em situação de insolvência, o encerramento do processo especial de revitalização acarreta a extinção de todos os seus efeitos. Estando, porém, o devedor já em situação de insolvência, o encerramento do processo acarreta a insolvência do devedor, devendo ela ser declarada pelo juiz no prazo de três dias úteis.

As garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor.

Os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade do devedor disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de privilégio creditório geral, graduado antes do privilégio creditório concedido aos trabalhadores.

Caso o juiz não homologue o acordo, os credores dispõem de vinte dias para reclamar o crédito, que poderá ser impugnado no prazo de cinco dias úteis, e dispendo, em seguida, o juiz de idêntico prazo para decidir sobre

as impugnações formuladas. Não sendo impugnada a lista provisória de créditos, esta converte-se de imediato em lista definitiva.

5. Anteprojeto da Comissão de Juristas do Senado Federal brasileiro sobre crédito ao consumidor e prevenção do superendividamento

No campo do crédito ao consumo e no superendividamento, o direito estrangeiro avançou muito nos últimos anos. Deste modo, a Comissão de Juristas do Senado reconheceu a essencialidade do crédito ao consumidor e identificou a necessidade de se estabelecer um pacto mínimo de boas práticas que favoreçam a transparência e a boa-fé nesse assunto.

Assim, optou a comissão pela sistematização do tema com enfoque também na prevenção do superendividamento do consumidor. No âmbito do tratamento do superendividamento, foi previsto exclusivamente procedimento consensual dentro da seara de composição pacífica dos conflitos. Dessa forma, a inserção de procedimento judicial litigioso foi relegada à elaboração de legislação especial ou à inserção de regramento na reforma do Código de Processo Civil.

Toda a percepção do endividamento se deu fundada no princípio da boa-fé, endereçando a possibilidade de atuação judicial casuística no tratamento do superendividamento, a exemplo dos julgados envolvendo ações declaratórias de superendividamento com pedido de renegociação de dívidas, revisionais de contratos, ações envolvendo concessão abusiva de crédito, entre outras⁹.

O reforço a essa exegese é encontrado na leitura da proposta de artigo 5º, VI, do mencionado projeto, ao revelar que a atuação do Estado-juiz não deverá estar limitada à prevenção do superendividamento, notadamente quando em sua redação expressa necessidade de tratamento judicial com preservação do mínimo existencial e da dignidade humana. Vejamos: “*instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. (NR)*” Nessa esteira, esta interpretação é reforçada pelo texto da proposta contida no artigo 6º, inciso XI¹⁰, vez que a garantia da atuação responsável do fornecedor de crédito, da prevenção e do tratamento do superendividamento na forma exposta no texto será alcançada mediante a prestação jurisdicional.

Ademais, não obstante a ausência de criação de procedimento judicial específico para o tratamento das situações de superendividamento do consumidor, o texto do artigo 54-A reconhece o endividamento excessivo como fenômeno de exclusão social¹¹.

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário para dirimir os conflitos envolvendo crédito abusivo ou desequilíbrio contratual resultante de fato superveniente e involuntário refletirá a concreção do próprio mandamento previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Significa dizer que cumprirá ao Estado-juiz assegurar o direito fundamental da dignidade humana através da preservação do mínimo existencial.

O artigo 54-B¹², em diálogo com o atual artigo 52 da Lei 8.078/90, destinou critérios para a concretização do dever de informação pelo fornecedor ou intermediário, exigindo que as informações sejam prestadas tanto na oferta como no contrato. Percebe-se uma preocupação da comissão em vedar práticas desleais e incentivadoras do ilusório aumento do poder aquisitivo da população.

Na mesma linha de entendimento, o texto do § 4º, inciso III, do artigo 54-B reproduz prática de prevenção do superendividamento através da concessão responsável do crédito, vedando a oferta e veiculação de publicidade de crédito “sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor”. Em verdade, mensagens publicitárias desta natureza já são vedadas em alguns países¹³, dado o estímulo aos consumidores já endividados a comprometer ainda mais seu orçamento familiar.

A concepção mais social do contrato com a exigência de conduta leal e cooperativa das partes, iluminada pelo princípio da boa-fé, é identificada no conteúdo do artigo 54-C¹⁴. São os deveres anexos de aconselhamento e de cuidado, decorrentes da boa-fé, que impõem a adoção de critérios para a concessão responsável do crédito.

O texto do artigo 54-D¹⁵ introduz ainda a regulamentação sobre as situações de crédito consignado, estipulando limite para a consignação em conta bancária, folha de pagamento ou benefício previdenciário, imprescindível à preservação do mínimo existencial, permitindo, ainda, que o consumidor possa adimplir os demais credores que não contam com essa garantia de pagamento.

6. Conclusão

Nas últimas décadas, dezenas de milhões de brasileiros abriram sua primeira conta bancária e adquiriram seu primeiro cartão de crédito. Caminhamos para a verdadeira democratização do crédito, fenômeno que não só amplia as facilidades de acesso a produtos e serviços, como também gera emprego, crescimento econômico e bem-estar social. Daí, o aperfeiçoar dos mecanismos de concessão e democratização do acesso ao crédito e aos produtos e serviços em nosso mercado de consumo – que é a base da ascensão da economia no Brasil – revela-se um problema comum a todos nós.

Com efeito, os atuais mecanismos disponíveis em nossa legislação, como a proibição de penhora de salário (art. 649 do CPC); a proibição de penhora de bem de família (Lei 8.009/90); as restrições impostas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, V, 42, 43 e 71); a vedação de débito superior a 30% do salário ou pensão do funcionário público (Lei 10.820/03); o procedimento de insolvência civil (arts. 748 a 785 do CPC), não possibilitam ao devedor sobre-endividado reabilitar-se financeiramente.

A jurisprudência vem nesse particular adaptando os mecanismos existentes no sentido de tornar o resgate da dignidade do devedor mais viável¹⁶; assim, a adoção de uma norma que tenha a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, e que promova o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana, mostra-se necessária.

Portanto, destacar a relevância do estudo da legislação portuguesa como forma de investigação sobre os potenciais benefícios e prejuízos de uma futura regulamentação do assunto no Brasil e do projeto de reforma do Código de Defesa do Consumidor brasileiro é imprescindível ao aperfeiçoamento do nosso sistema.

Notas

¹ Resultado da experiência do Primeiro Curso de Verão Luso-brasileiro de Direito do Consumo e discussões sobre o superendividamento dos consumidores na Associação de Direito de Consumo em Coimbra – Portugal – junho de 2012.

² A presente lei procede à sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n. 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos-Leis n. 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho,

e 185/2009, de 12 de agosto, simplificando formalidades e procedimentos e instituindo o processo especial de revitalização. Artigo 2º Alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Os artigos 1º, 10º, 18º, 23º, 35º, 36º, 37º, 39º, 50º, 52º, 53º, 55º, 59º, 64º, 65º, 75º, 76º, 82º, 84º, 88º, 93º, 120º, 125º, 128º, 129º, 136º, 146º, 147º, 158º, 172º, 182º, 188º, 189º, 191º, 192º, 230º, 232º, 233º, 248º, 259º e 297º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos-Leis 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, e 185/2009, de 12 de agosto.

³ Artigo 249 do Decreto-Lei 53/2004. Âmbito de aplicação 1 – O disposto neste capítulo é aplicável se o devedor for uma pessoa singular, e, em alternativa: a) Não tiver sido titular da exploração de qualquer empresa nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) À data do início do processo: i) Não tiver dívidas laborais; ii) O número dos seus credores não for superior a 20; iii) O seu passivo global não exceder €300 000. 2 – Apresentando-se marido e mulher à insolvência, ou sendo o processo instaurado contra ambos, nos termos do artigo 264º, os requisitos previstos no número anterior devem verificar-se relativamente a cada um dos cônjuges.

⁴ Altera os artigos 15º, 46º, 47º, 233º, 234º, 239º, 240º, 241º, 242º, 252º-A, 261º, 280º, 376º, 467º, 801º, 803º a 811º, 811º-A, 814º, 816º, 820º, 824º, 827º, 828º, 831º, 832º, 834º, 837º a 840º, 842º-A, 843º, 845º, 847º, 848º, 851º, 854º, 856º, 857º, 859º a 861º, 861º-A, 862º, 864º, 864º-A, 866º, 869º a 872º, 875º, 878º, 882º, 886º, 886º-A, 886º-C, 890º, 891º, 897º, 898º, 901º-A, 904º, 905º, 906º, 907º-A, 908º, 913º, 916º, 917º, 919º a 921º, 936º, 937º, 941º e 990º do Código de Processo Civil.

⁵ Aditamento ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. São aditados ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos-Leis 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, e 185/2009, de 12 de agosto, os artigos 17º -A a 17º -I, com a seguinte redação: «Artigo 17º -A Finalidade e natureza do processo especial de revitalização 1 – O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização. 2 – O processo referido no número anterior pode ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação. 3 – O processo especial de revitalização tem carácter urgente.

⁶ Art. 17 D. n. 3 A lista provisória de créditos é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal publicada no portal *Citius*, podendo ser impugnada no prazo de cinco dias úteis e dispondo, em seguida, o juiz de idêntico prazo para decidir sobre as impugnações formuladas.

Art. 17 n. 4 – Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva.

⁷ Art. 17 D n. 5 – Findo o prazo para impugnações, os declarantes dispõem do prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez e por um

mês, mediante acordo prévio e escrito entre o administrador judicial provisório nomeado e o devedor, devendo tal acordo ser junto aos autos e publicado no portal *Citius*.

⁸ O *Citius*, é um Portal na internet que concentra, num só local, informação sobre o sistema de justiça português, de uma forma mais completa.

⁹ LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren RickDanilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.131-268.

¹⁰ “XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas (NR).”

¹¹ “Art. 54-A. Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana.”

¹² Art. 54-B. Além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, no fornecimento de crédito e na venda a prazo, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato, sobre:

I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II – a taxa efetiva mensal de juros, a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de dois dias; IV – o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V – o direito do consumidor à liquidação antecipada do débito. § 1º As informações referidas no art. 52 e no *caput* deste artigo devem constar em um quadro, de forma resumida, no início do instrumento contratual. § 2º O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor, para efeitos deste Código, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro, consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor. § 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37, a publicidade de crédito ao consumidor e de vendas a prazo deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento. § 4º É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: I – formular preço para pagamento a prazo idêntico ao pagamento à vista; II – fazer referência a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero” ou expressão de sentido ou entendimento semelhante; III – indicar que uma operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; IV – ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente. § 5º O disposto nos incisos I e II do § 4º deste artigo não se aplica ao fornecimento de produtos ou serviços para pagamento do preço no cartão de crédito em parcela única”.

¹³ Artigo 8º da Diretiva Europeia sobre crédito ao consumo do Ano de 2008.

¹⁴ “Art. 54-C. Sem prejuízo do disposto no art. 46, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas: I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II – avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III – informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados uma cópia do contrato de crédito. § 1º A prova do cumprimento dos deveres previstos neste Código incumbe ao fornecedor e ao intermediário do crédito. § 2º O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo, no art. 52 e no art. 54-B, acarreta a inexigibilidade ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.”

¹⁵ Art. 54-D Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, para preservar o mínimo existencial.

§ 1º Exclui-se da aplicação do *caput* o débito em conta bancária de dívidas oriundas do uso de cartão de crédito para pagamento do preço em parcela única. § 2º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata ao dever de revisão do contrato ou sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, as seguintes medidas: I – dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no *caput* deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor; II – redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor; III – constituição, consolidação ou substituição de garantias. § 3º O consumidor poderá, em sete dias, desistir da contratação de crédito consignado de que trata o *caput* deste artigo, a contar da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, sem necessidade de indicar o motivo. § 4º Para o exercício do direito a que se refere o § 3º deste artigo, o consumidor deve: I – remeter, no prazo do § 3º deste artigo, o formulário ao fornecedor ou intermediário do crédito, por carta ou qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônico, com registro de envio e recebimento; II – devolver ao fornecedor o valor que lhe foi entregue, acrescido dos eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução, no prazo de sete dias após ter notificado o fornecedor do arrependimento, caso o consumidor tenha sido informado, previamente, sobre a forma de devolução dos valores. § 5º O fornecedor facilitará o exercício do direito previsto no § 3º deste artigo, mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato e com todos os dados relativos à identificação do fornecedor e do contrato, assim como a forma para a devolução das quantias em caso de arrependimento e endereço eletrônico. § 6º O disposto neste artigo não prejudica o direito

de liquidação antecipada do débito. § 7º Para efeito do disposto neste artigo, o nível de endividamento do consumidor poderá ser aferido, entre outros meios, mediante informações fornecidas por ele, consulta a cadastros de consumo e bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados.

¹⁶ Destacamos os seguintes julgados: 1– Décima Primeira Câmara Cível do TJRJ, Apelação Cível n. 0091664-61.2010.8.19.0001, Relator: Des. Claudio de Mello Tavares e 2 – Quinta Câmara Cível do TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0037828-11.2012.8.19.0000, Relator: Antonio Saldanha Palheiro.

Referências

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. O direito de arrependimento do consumidor de crédito: evolução no direito comparado e oportunidade/conveniência da regulamentação nos contratos de crédito consignado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, São Paulo, p.261-290, jan./mar./2012.

CARVALHO, Diógenes Faria de. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: PUC Editora, 2011.

CAVALLAZZI *et alii*. in Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário. *Revista de Direito do Consumidor*, v.76, out./dez.2010, p.74-111.

LIMA, Clarissa Costa de. Bertoncello, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al*. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Luís M. *Recuperação de pessoas singulares: comentários às disposições relativas ao processo especial de revitalização, exoneração do passivo restante e plano de pagamentos aos credores previstas no código da insolvência e da recuperação de empresas*. Coimbra: Almedina, 2012.

SENADO FEDERAL – Relatório-Geral Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor – Antonio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, BRASÍLIA – 2012.

ALCANCE DEL “TEST
DE ABUSIVIDAD”
DE LAS CLÁUSULAS
CONTRACTUALES
NO NEGOCIADAS
INDIVIDUALMENTE:
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO
6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Granada

ABSTRACTO

El presente trabajo aborda la cuestión planteada por la STJCE de 14 de junio de 2012 en orden a la aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/13 en relación con las competencias integradoras conferidas al juez por el derecho español – TRLLGDCU RDL 1/2007 – al calificar como abusiva una cláusula introducida en el contrato como condición general de la contratación. Supone un importante avance frente a la indefensión causada por el proceso monitorio, aunque crea un problema de difícil solución para el legislador

EXCERTOS

“La ‘homologación’ administrativa no debe suponer en todo caso la ‘licitud’ de la cláusula, pues ésta puede ser abusiva pese a cumplir ese requisito de inclusión”

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”

“Las condiciones generales han de estar redactadas de forma clara y comprensible, pues si hay duda se interpreta en favor del consumidor; si ello es posible se anula la cláusula abusiva y se mantiene la validez del resto del contrato”

“Basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de las cláusulas redactadas previamente, concepto ‘amplísimo’ de cláusula abusiva, que convierte, en realidad, a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”

“Pero el hecho de que se considere que el proceso monitorio vulnera el derecho del consumidor a su defensa frente a una cláusula abusiva, puede tener consecuencias importantes en cuanto al problema planteado por las ejecuciones hipotecarias y la solución dada por el TC a las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon al efecto”

1. El equilibrio contractual como fundamento del “test de abusividad”

El derecho, en cuanto instrumento de *coordinación ética* entre los miembros de una comunidad en aras de la convivencia, debe asegurar unos *mínimos de justicia* en las relaciones contractuales por vía de la igualdad para que esa relación sea éticamente admisible, valiéndose para ello de los principios constitucionales que han de inspirar a las normas del derecho privado, por medio de las llamadas “*bases de las obligaciones contractuales*” que la Constitución enuncia y consagra en su artículo 149.1.8. Para ello el contenido preestablecido de las reglas o cláusulas que disciplinan las relaciones contractuales ha de ser claro, conocido y conforme a la buena fe y a la equidad. El principio de autonomía privada no es absoluto, sino que debe respetar unas exigencias éticas ineludibles consagradas en las normas imperativas y en los principios generales del derecho; frente a ello no cabe tan siquiera alegar una norma consuetudinaria o usual pues estas han de respetar siempre aquellos límites¹.

Por tanto, toda estipulación contractual “*impuesta*” al consumidor que suponga la infracción de estos principios o implicase una renuncia a los derechos del consumidor, es declarada nula ex art. 10 del TRDCU, pues se entiende que es contraria a la naturaleza o al equilibrio del contrato que la *buena fe*² consagra como exigencia imperativa del artículo 1258 CC³.

A nuestro entender esta cuestión cobró nueva vitalidad merced a la influencia directa de la Constitución de 1978 sobre el derecho civil y, en concreto, sobre las materias relativas a la teoría general del contrato. Si partimos del análisis del artículo 14 CE que consagra el principio/derecho a la igualdad y lo conectamos con el artículo 9.2 del mismo texto, según el cual “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”, obtendremos un principio fundamental del sistema contractual, que impone el equilibrio de las prestaciones y la igualdad de las partes como exigencia *irrenunciable* en el seno del contrato.

Como afirma Suárez Pertierra, este precepto pretende del Estado una actitud específica para la correcta realización de la libertad y la igualdad, de tal suerte que ese Estado se convierte en social⁴ en la medida en que dota a la igualdad de un contenido de redistribución y de compensación para enriquecer

los derechos de los menos dotados y se limitan los de aquellos que poseen una superioridad social o económica para compensar las discriminaciones reales que proceden del modelo social imperante⁵.

Con ello se convierte aquél principio formalista a la igualdad del Antiguo Régimen en un factor transformador de la sociedad, de suerte que, en palabras de Sánchez Agesta, el principio de igualdad jurídica se convierte en “*principio de desigualdad jurídica que proteja a la parte natural o socialmente más débil*”, y ello porque no se puede tratar igual a los desiguales⁶. Esto supone aplicar este principio/mandato constitucional a los diversos órdenes de la vida social, pues no se trata simplemente de una igualdad formal ante la ley, sino de una efectiva igualdad entre los ciudadanos en el seno de las relaciones sociales que cristaliza en un derecho subjetivo a la igualdad constitucionalmente consagrado, según ha afirmado el Tribunal Constitucional (STC 311/2000 de 18 de diciembre). Es por ello por lo que no se puede admitir la existencia de una ética para las relaciones regidas por el derecho público, distinta substancialmente a la que ha de regir en el campo de las relaciones sometidas al derecho privado, máxime cuando la frontera entre ambos tiende a *difuminarse*, no sólo en el derecho de familia, sino en ámbitos tradicionalmente reservados a la autonomía privada como los derechos reales y la teoría de las obligaciones y los contratos⁷.

Todo lo que antecede ha de ser puesto en conexión con el referido artículo 149.1.8 C.E. que confiere al Estado la competencia exclusiva “*en todo caso*” sobre las reglas relativas a las bases de las obligaciones contractuales y con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, pues el derecho civil patrimonial ha de conectarse ahora con los principios y valores constitucionales⁸.

Rodrigo Bercovitz mantiene que las bases de las relaciones contractuales se encuentran o inducen a partir del propio Código Civil, libro IV, títulos 1º y 2º, y demás normas conexas como aquellas que regulan tipos concretos de contratos o aspectos determinados de la contratación⁹. La STC 71/82 de 30 de noviembre sostuvo que dichas bases se relacionan con las exigencias de la unidad de mercado y abarcan cuestiones capitales como el régimen general de la responsabilidad civil, las limitaciones a la autonomía privada, la regulación general de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas y su sanción y la unidad del mercado nacional¹⁰.

Estas bases, merced a su papel vertebrador de tan importante sector de la vida económica y social, han de estar necesariamente imbuidas de los principios constitucionales y, en concreto, del *principio/mandato* de igualdad como exigencia impuesta por vía de la seguridad jurídica, que sirve a la vez de

criterio/valor para determinar el control de “*calidad*” de una norma y, también, de una estipulación contractual que funciona como “*ley entre partes*”¹¹.

Esta exigencia se acentúa en los casos en que dicha estipulación forma parte de un contrato de adhesión normado, razón por la cual la legislación sobre esta materia impone unos controles previos y un principio de “*desequilibrio equitativo*” cual es el “*contra stipulatorem*” recogido en artículo 10.2 de la *derogada* Ley de Consumidores, a cuyo tenor “*las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado*” y hoy plasmado en el artículo 80.2 TRDCU. El artículo 6 de la Ley 7/98 L.C.G. impone que tales dudas se resuelvan en favor del adherente, dando preferencia a las cláusulas *particulares* sobre las generales, salvo que esta sea más beneficiosa para el adherente, y se remite a las disposiciones del Código civil sobre interpretación de los contratos para lo no previsto en ella.

Ha de prevalecer,
en caso de duda,
la condición más
beneficiosa para el
consumidor

Incluso se impone una norma “*de cierre*” que asegura el equilibrio, pues el artículo 83.2 TRDCU establece la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual que no pueda ser subsanada por el juez, lo que debemos conectar con la integración positiva favorable al deudor del artículo 65 del mismo TRDCU¹². Es por ello que la aplicación de los principios constitucionales a este campo se materializa por medio de nuevas normas o mediante la utilización de aquellos principios como criterios interpretativos e integradores y ello porque, como afirma Díez Picazo “*la defensa de la equidad contractual y de la corrección en la ejecución de los contratos masificados, es claro (...) que no puede resolverse con los esquemas e instrumentos jurídicos tradicionales*”¹³.

La STC 71/1982 afirma el *carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección al consumidor*; además, pone de manifiesto que la *técnica legislativa a aplicar en este campo implica la plural inclusión de una regla en sectores distintos*. Al abordar la cuestión de la competencia legislativa sobre la materia afirma que *la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad del mercado y la afectación de intereses que exceden al ámbito autonómico, son, según entendemos, límites que deben tenerse presentes*.

En relación con la materia concreta relativa a las cláusulas abusivas, esta sentencia ya consideraba esta cuestión como un *fenómeno capital* para la

defensa de los consumidores y usuarios, razón por la cual *el tratamiento de la materia y las soluciones al respecto, deben ser una, y la misma, para cualquier parte del territorio del Estado*. Por tanto, la decisión de la técnica a emplear corresponde al Estado, pues se requiere una *regulación uniforme*, ya que no sería lógico admitir la existencia de un catálogo distinto de cláusulas abusivas en las distintas comunidades o una sanción diferente por su aplicación.

Estas condiciones generales son redactadas de forma previa y unilateral por la entidad *predisponente* e integran el contenido básico del contrato al que el consumidor se adhiere. Por tanto, como dice la ley 7/98 L.C.G. son cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es exclusivamente imputable a una de las partes. Como afirma Albiez, sus notas características son la *predisposición*, la *imposición* y la pluralidad de contratos y por ello han de ser objeto de un control formal y material, sean o no aplicadas, porque inciden directamente en la fase de formación y en la ejecución del contrato: cómo se presentan, quién las formula y cómo se incorporan al contrato¹⁴.

Esta “*predisposición unilateral*” conlleva de salida una posición de dominio entre entidad y consumidor, razón por la cual se ha de someter a un control muy estrecho a los contratos de adhesión y a las condiciones que los integran. Generalmente, se trata de contratos redactados uniformemente, es decir contratos *standard*, con un margen de negociación mínimo preestablecido por el *predisponente*, donde la aceptación es imprescindible para obtener el producto o servicio en un sector con una competencia muy restringida. A tal extremo llegó ese desequilibrio que algunos autores le negaron naturaleza contractual a estos negocios jurídicos y los entendieron como *actos unilaterales impuestos*.

Los abusos a que da lugar esta práctica han llevado a una intervención administrativa, de control previo e inspección, legal, imponiendo límites y contenidos, y judicial, declarando nulas las condiciones abusivas. Por tanto, tienen naturaleza contractual, pero actúan como *lex privata* entre las partes configurando una suerte de “ordenamiento contractual”, predispuesto por una de ellas y aceptado por la otra. Lógicamente, han de cumplir unos requisitos que se deducen de la ley y que la doctrina sintetiza, de acuerdo con el artículo 80 y siguientes del TRDCU, de la siguiente forma:

1º – *Requisitos de inclusión*: han de plasmarse en el contrato o referirse a un documento que se facilita, ponerse a disposición del adherente un ejemplar del mismo y han de formularse de forma clara, legible y comprensible. Es importante destacar que no se admite el reenvío a textos o documentos que no se facilitan previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. En este sentido, es doctrina reiterada de la jurisprudencia que las condiciones generales

que utilicen las empresas públicas y los concesionarios de servicios públicos – en los contratos “normados” administrativamente – han de someterse a un control previo de licitud por parte de la Administración competente, so pena de nulidad por abusiva. Ello es lógico porque viene impuestas por la parte *fuerte* del contrato, no se negocian y el consumidor debe *acatarlas* pues el predisponente suele tener *de facto* el monopolio de un bien de primera necesidad, y el usuario o se allana lisamente o no accede al suministro. Así lo ha reflejado el artículo 81 TRDCU como “requisito de validez”¹⁵.

No obstante, la “homologación” administrativa no debe suponer en todo caso la “licitud” de la cláusula, pues ésta puede ser abusiva pese a cumplir ese requisito de inclusión¹⁶.

En los principios del *Acquis communautaire*, se extrema la diligencia del predisponente en orden a la utilización de las medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento del contenido de las cláusulas no negociadas individualmente antes o en el momento de la conclusión del contrato¹⁷. Ello porque inciden directamente sobre el derecho a la información previa que asiste al consumidor que no es advertido de la existencia de la cláusula o sobre su alcance.

2º – *Requisitos de interpretación*: ha de prevalecer, en caso de duda, la condición más beneficiosa para el consumidor; prevalece una cláusula particular frente a la general y la regla *contra proferentem* que impide que la cláusula obscura se interprete en favor del *predisponente*.

3º – *Requisitos de contenido*: han de respetar los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

4º – *Requisitos de exclusión*: supone la exigencia de que se cumplan los requisitos de conocimiento, claridad, firma, etcétera así como la existencia de listas o categorías de condiciones que se declaran nulas o que no pueden ser incluidas en ningún caso: incrementos de precios no justificados, inversión de la carga de la prueba o condiciones abusivas de crédito, serían algunas de ellas. Se recogen en el artículo 7 de la Ley 7/98 L.C.G. que proscribía las no conocidas o firmadas por el adherente, las ambiguas, oscuras, ilegibles o incompresibles y las del catálogo recogido en los artículos 85 a 90 TRDCU¹⁸.

Estos requisitos de *incorporación* venían ya consagrados en el artículo 5 de la Ley 7/98 L.C.G. y a su tenor tales condiciones generales han de ser aceptadas por el adherente con su firma en el contrato, salvo ciertas excepciones en la contratación electrónica o telefónica, y para ello previamente han de serle facilitadas o se dispondrán los medios precisos para que puedan ser conocidas¹⁹, y han de redactarse de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.

Y concluye la Ley²⁰: “Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas”, y ello porque según el legislador el concepto de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito propio en relación con los consumidores y puede darse tanto en condiciones generales, como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse, lo cual se predica de los casos en que no ha habido una negociación individual. Es por ello que cuando existe una relación entre consumidor y el profesional o empresario, es cuando cobra verdadero sentido la aplicación de la lista de cláusulas abusivas que consagra la ley²¹.

2. El equilibrio contractual en materia de consumo: su dimensión europea

Esta protección del equilibrio contractual que impone la buena fe y que se ha convertido en uno de los principios capitales de sistema jurídico-privado, ha adquirido una dimensión extranacional como lo demuestra la política de la Unión Europea en esta materia. Para ello se consagran los principios antes enunciados y que inspiran a la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril sobre cláusulas contractuales abusivas²² de la que trae causa nuestra L.C.G. La Ley se aplica a los contratos que contienen condiciones generales, celebrados entre un profesional – *predisponente* – “persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada” y un adherente que puede ser cualquier persona física o jurídica, incluido un profesional aunque no actúe en el marco de su actividad. La directiva hacía referencia a contratos entre consumidores (“*persona física que actúa en tales contratos con un propósito ajeno a su actividad profesional*”) y el profesional (“*persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*”). En su artículo 3 la norma comunitaria dispone: “*Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se dispone que: Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas...

A este respecto, la Sentencia del TJCE de 4 de junio de 2009 sienta una serie de conclusiones fundamentales: *“la importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional «no vincularán» al consumidor”*. El Tribunal de Justicia puso de relieve que se trata de una disposición imperativa que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. En el apartado 37 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia añadió que la directiva, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra *t*), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.

En esta misma línea, aunque con *significativas* variaciones, el actual artículo 82 TRDCU dispone que *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. Así mismo, *el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato*. *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*.

No obstante, conviene recordar la afirmación del Tribunal Supremo de que *“la contratación por adhesión no es, por si misma, una fuente automática de nulidades”*. (Cfr. STS 29/6/95 y Exposición de Motivos de la Ley 7/98 L.C.G.)

En el artículo 82.3 TRDCU, que trae causa del 10 bis de la Ley 26/84 que siguió al artículo 4 de la directiva, se establecen los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula: se tiene en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que éste dependa. En definitiva: se analiza todo el contexto negocial²³. Las condiciones generales han de estar redactadas de forma clara y comprensible, pues si hay duda se interpreta en favor del consumidor; si ello es posible se anula la cláusula abusiva y se mantiene la validez del resto del contrato, integrándose por el juez

sobre la base del artículo 1258 CC y aplicando sus facultades moderadoras, pero si pese a ello persiste la situación no equitativa de las partes, la parte perjudicada puede pedir la ineficacia total del contrato. Además, el hecho de que existiera una negociación parcial no es obstáculo para que se aplique este el artículo 82 TRDCU al resto del contrato; así mismo, repetimos, si el profesional pretende que ha existido negociación, ha de probarlo²⁴.

Igualmente, es interesante la STS del 20/11/96 que analizaba el diferente criterio del artículo 3 de la directiva y el antiguo 10.2 de la Ley 26/84. Según el tribunal a tenor de aquél *“basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de las cláusulas redactadas previamente, concepto ‘amplísimo’ de cláusula abusiva, que convierte, en realidad, a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado artículo 3”*. En cambio, continúa la sentencia, *“el artículo 10.2 de nuestra Ley 26/84 requiere que la aplicación – de la cláusula abusiva – no la pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La LGDCU se muestra sí más restrictiva, no basta que existan cláusulas redactadas unilateralmente, y cualquiera que fuese la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad”*.

Realmente, la directiva no se circunscribió a un solo criterio pues atendía a la falta de negociación previa, que afecta al libre consentimiento, y a la posición de desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, en lo tocante a los derechos y obligaciones de las partes, que afecta a las exigencias de la buena fe y, por ende, al principio de igualdad que inspira a las bases de las obligaciones contractuales que, en nuestro caso, la Constitución “confía” al Estado. Además, se ha de atender a la *naturaleza* de los bienes o servicios objeto del contrato y a las *circunstancias* que concurran en su celebración, así como al resto de las cláusulas y a los contratos conexos con este.

3. Alcance del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el derecho español

Como hemos expuesto, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que: *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que*

figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

La doctrina ya puso de relieve que la impugnación de las cláusulas abusivas puede tener un coste económico superior a al que implique su cumplimiento para el consumidor, además de la *inseguridad* del resultado de un proceso judicial. La STJCE de 27 de junio de 2000 puso de relieve esta circunstancia pues entendió que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la directiva no se podría lograr si los consumidores tuvieran que correr con la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de tales cláusulas: los costes procesales y de defensa letrada serían mayores a los beneficios obtenidos. Sumemos a ello la ignorancia o falta de preparación del consumidor para detectar ese posible carácter abusivo. Es por tanto lógico permitir que sea el juez quien pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, pues solo así se logra el objetivo de protección pretendido. En el mismo sentido se pronunció la STJCE de 21 de noviembre de 2002 entendiendo que la protección de la directiva se extiende a los casos en los que el consumidor ha celebrado un contrato con profesional que contenga una cláusula abusiva y no invoque éste carácter, bien por ignorancia²⁵ o por el efecto disuasorio de los costes del proceso judicial.

La impugnación de las cláusulas abusivas puede tener un coste económico superior a al que implique su cumplimiento para el consumidor

Por su parte, en nuestro derecho interno, el artículo 83 del TRDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, dice que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y habilita a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo que: a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

La materia ha venido a modificarse sustancialmente a raíz de la reciente Sentencia TJUE de 14 junio 2012, que establece: “*El artículo 6, apartado*

1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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 complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

Es interesante profundizar en el caso concreto objeto de juicio, resumidamente: Un consumidor suscribió una póliza de préstamo por importe de 30000 euros con una entidad de crédito para la adquisición de un vehículo para uso familiar. El prestatario dejó de cumplir su obligación de pago durante siete mensualidades, por lo que el banco resolvió anticipadamente el crédito, reclamando las cantidades debidas así como sus intereses por los trámites del juicio monitorio.

El Juzgado de Primera Instancia dictó un auto en el que constataba, por una parte, que el contrato controvertido era un contrato de adhesión, por haberse celebrado sin posibilidades reales de negociación e incluir condiciones generales impuestas, y, por otra parte, que la fijación del tipo de interés de demora del 29% figuraba en una cláusula mecanográfica que no se distinguía del resto del texto en cuanto al tipo o cuerpo de letra o a su aceptación específica por parte del consumidor.

Dadas estas circunstancias, y tomando en consideración el tipo de interés Euribor (*Euro interbank offered rate*) y el del Banco Central Europeo (BCE), así como el hecho de que el interés de demora en cuestión sobrepasaba el interés retributivo en más de 20 puntos, el Juzgado de Primera Instancia declaró de oficio nula de pleno derecho la cláusula de intereses moratorios controvertida, por estimarla abusiva, remitiéndose a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. Además, fijó el interés de demora en un 19%, basándose en el interés legal y en el interés de demora establecidos en las Leyes de Presupuestos de 1990 a 2008, y requirió al banco para que procediera a un nuevo cálculo del importe de los intereses para el período que se discutía en el litigio del que estaba conociendo.

El banco interpuso recurso de apelación contra dicho auto ante la Audiencia Provincial, alegando esencialmente que el Juzgado de Primera Instancia no podía, en esa fase del proceso, ni declarar de oficio la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora, considerada por él abusiva, ni modificar dicha cláusula.

En una resolución, la Audiencia Provincial señala varias cuestiones, por lo que nos interesa: en primer lugar, que la normativa española sobre protección de los intereses de los consumidores y usuarios no faculta a los jueces del proceso monitorio para declarar de oficio, e *in limine litis*, la nulidad de las cláusulas abusivas, pues la legalidad de tales cláusulas ha de ventilarse en el correspondiente proceso declarativo, que únicamente se inicia en caso de oposición del deudor; en segundo lugar, por lo que respecta al derecho de la Unión, se indica que es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que obliga a los jueces nacionales a examinar de oficio la nulidad y la inaplicabilidad de las cláusulas abusivas, incluso en el caso de que las partes en el contrato no lo hayan solicitado.

En estas circunstancias, la Audiencia Provincial, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del derecho de la Unión, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, entre otras, las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) ¿Es contrario al derecho comunitario, en especial respecto al derecho de los consumidores y usuarios, que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio y *ab limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una cláusula de intereses moratorios (en este caso del 29%), en un contrato de préstamo al consumo? ¿Puede el tribunal optar, sin alterar los derechos del consumidor de la legislación comunitaria, por deferir el posible análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora (mediante la oportuna oposición procesal)?

2) A la luz del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 2 de la Directiva 2009/22/CE, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el art. 83 del TRDCU a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”?

3.1. El proceso monitorio es insuficiente para un test de abusividad efectivo

Respecto a la primera cuestión prejudicial planteada, dada la negativa en interpretación del derecho interno, se alude la virtualidad del conocimiento o no del juez en un proceso declarativo especial como es el proceso monitorio de reclamación de deudas, sin oposición, de la actuación de oficio y/o la calificación de abusividad de una cláusula contractual, en interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE. El TJUE es claro: “*Pues bien, en este contexto, procede*

declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio – in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento – el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 35).”

Es decir, es contrario a la directiva la imposibilidad del examen de oficio por el juzgador, y la calificación de abusividad de una cláusula, cuando las partes se conformen como empresario/consumidor, en el proceso monitorio sin oposición. Lo que viene a poder interpretarse que la instancia europea se muestra partidaria de un examen del asunto más allá de los límites del principio dispositivo que rige los procesos civiles, haciéndose participe a jueces y tribunales de la revisión contractual de oficio.

La razón del tribunal es más que elocuente, de otra forma: *“bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 34)”* .

La solución pasa por una revisión normativa del proceso monitorio a la luz de los considerandos 56 y 57 de la sentencia: *“En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos (...) se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.”*

No vamos ahora a profundizar más en este tema, pero el hecho de que se considere que el proceso monitorio vulnera el derecho del consumidor a su defensa frente a una cláusula abusiva, puede tener consecuencias importantes en cuanto al problema planteado por las ejecuciones hipotecarias y la *solución* dada por el TC a las cuestiones de inconstitucionalidad que se plantearon al efecto.

3.2. La consecuencia de la cláusula abusiva es la no vinculación del consumidor

Como se ha reiterado, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

En nuestro derecho interno, el artículo 83 del TRDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, dice que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y habilita a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo que: a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

A raíz de estas disposiciones se plantea la segunda cuestión prejudicial que la sentencia en cuestión viene a interpretar, y que se resume en si los efectos contemplados en el artículo 83 del TRDCU se amoldan a lo preceptuado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a los puntos de conexión de ambas normas, podemos decir que una cláusula contractual calificada como abusiva debe de entenderse como *no puesta* y, por tanto, no vinculará al consumidor o, dicho de otra manera, éste no la deberá cumplir; solo si la cláusula configura el “núcleo contractual”, será motivo de nulidad absoluta del contrato en toda sus extensión; si bien, se ha de procurar el mantenimiento del vínculo contractual.

Pero la cuestión es determinar es si basta con la consideración de la cláusula como *no puesta* y, consecuentemente, la no vinculación a la misma por parte del

consumidor; o se puede ir más allá, de acuerdo con el artículo 83, habilitando a los jueces para interpretar e *integrar* el contrato conforme al artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

En principio, en cuanto a los fines de la norma europea, dice el considerando 40 que: *“se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénczügyi Lízing, C-137/08 (LA LEY 195036/2010), Rec. p. I- 0000, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, Perenič ová y Perenič, C- 453/10 (LA LEY 18968/2012), Rec. p. I- 0000, apartado 28) –y el considerando 64- “el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas.”*

La esencial diferencia de normas viene determinada porque en nuestro derecho interno se habilita al juez para interpretar e integrar la cláusula y el contrato en general conforme a los postulados del artículo 1258 del Código Civil y la buena fe; lo cual, según dispone la sentencia en cuestión, es contraria del derecho comunitario: *“71. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (...) 73. A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (LA LEY 11922/2007), que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (...) Fallo: 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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 (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.*

La cuestión no es baladí, pues viene a modificar en profundidad las bases de nuestro derecho de contratos y, necesariamente habrá de ser objeto de un sustancial estudio, más allá de este trabajo.

De acuerdo con la doctrina, hasta ahora, asentada, artículo 1258 CC otorga a la naturaleza del contrato un papel fundamental en cuanto medio de integración, positiva y negativa, del mismo pues afirma que éste, una vez perfecto, obliga a las partes, no sólo a lo expresamente pactado, sino también *“a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”*. Esa buena fe está referida, principalmente, al modo de obrar en la ejecución y cumplimiento de los contratos²⁶ y proscrib el abuso del derecho y su ejercicio antisocial. En su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin presupuesto, por lo que deben estimarse comprendidos en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento para satisfacer los intereses de las partes. (Cfr. STS 9/12/1963). En cuanto a sus efectos, la cláusula abusiva – incumple un *requisito* – tiende a ser declarada sin efecto por la ley, optando por la nulidad parcial y manteniendo el contrato, en aras del principio de conservación del negocio jurídico, salvo que del resto del contrato se deduzca una situación no equitativa de las posiciones de las partes, en cuyo caso de declara ineficaz todo el contrato, según disponen el artículo 83 TRDCU y 8.1 de la LCG. En caso de nulidad de una cláusula abusiva, acudiremos al criterio “integrador” que resulte aplicable por la vía del artículo 1258 CC, pero si interpretamos este “a sensu contrario”, la buena fe, los usos normativos de carácter necesario y la ley imperativa, de acuerdo con la naturaleza del contrato, deben servirnos para considerar inadmisibles una cláusula contractual que les sea contraria.

De esta forma, el artículo 6.1 debe ser interpretado, conforme a la sentencia que se comenta, en sus justos términos, con amplias facultades para la aplicación del “test de abusividad” pero con límites sustanciales, ya que, en cuanto que dicho “test”, tendrá, en exclusiva, la consecuencia de no vinculación al consumidor, sin más; no pudiéndose integrar el negocio conforme a los postulados tradicionales de nuestro derecho de contratos amparados en el artículo 1258 del Código Civil. Ello crea un problema de difícil solución dado que serían las partes las que deben integrar el contrato con una nueva cláusula “sustitutoria” de la anulada por abusiva, salvo que el contrato no pueda subsistir sin ella y no quepa ninguna vía de integración. En cualquier caso, es un difícil reto para nuestro legislador, que deberá afrontarse mediante el análisis comparado y la discusión doctrinal.

Notas

¹ Cfr. STS 30/4/93 y 29/6/95.

² Sobre la relevancia de este precepto y su aplicación en este campo véase García Amigo, M: *Consideraciones a la buena fe contractual*. Revista Actualidad Civil, n. 1, de 2000.

³ Esta “preocupación” por el equilibrio contractual no es nueva, puesto que ya se encontraba en el Código civil como principio inspirador de varios de sus preceptos tales como el 1091, 1255, 1256, 1258 y 1269, entre otros, pues como afirmaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 23/11/1962, se ha de tener en cuenta cualquier evento que afecte “*al elemento de justicia objetivo implícito en la exigencia de causa en los contratos y a la equivalencia de las prestaciones*” (Cfr. STS 17/1/86; 21/10/86; 21/10/90 y 31/10/92, entre otras.

⁴ Sobre las consecuencias de la proyección del sistema de economía social de mercado y sus repercusiones en el moderno Derecho de contratos véase Santos Briz, J.: “*Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*”. Granada, Comares, 1992.

⁵ Vid. “*Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*”. Dir. O. Alzaga, EDERSA, Madrid, 1985, Tomo II. Véase así mismo Fernández Rodríguez, A.: “*Grandes directrices y principios informadores del Código civil. Estimación conjunta*”. En: “*El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*”. Mº de Justicia, Madrid, 1989, pág.49 y siguientes.

⁶ Citado por Suárez Pertierra en op. cit., pág. 291.

⁷ Sobre las relaciones entre Constitución y Derecho civil véase Arce y Flores-Valdés, J. “*El Derecho civil constitucional*”. Cívitas, Madrid, 1986.

⁸ Tal y como afirma Perlinger: “*Las cláusulas generales que caracterizan la conducta del deudor y del acreedor en su relación de cooperación, y sobre todo los principios de la buena fe y de la diligencia en el cumplimiento de la obligación, no pueden ya ser dotados de contenido a la luz de una concepción meramente productivista de las relaciones intersubjetivas patrimoniales, sino que deben asumir, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, contenidos diferentes, más adecuados a los valores fundamentales del ordenamiento*”. Vid. “*Por un Derecho civil constitucional español*”. ADC, 1983, p. 5. Sobre la seguridad jurídica véase Mezquita del Cacho, J.L.: “*Seguridad Jurídica y sistema cautelar*” Barcelona, Bosch, 1989.

⁹ Vid. “*Las Bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución*”. En: “*Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*”. Coord. B. Moreno Quesada. Técno, Granada, 1989.

¹⁰ Sobre esta sentencia véase Bercovitz y Rodríguez Cano, R.: “*La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. En: “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”. Técno, Madrid, 1987. Sobre el diseño constitucional Vid. “*Por un Derecho civil constitucional español*”. ADC, 1983, p. 5. Sobre la seguridad jurídica véase Mezquita del Cacho, J.L.: “*Seguridad Jurídica y sistema cautelar*” Barcelona, Bosch, 1989.

¹¹ Vid. “*Las Bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución*”. En: “*Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*”. Coord. B. Moreno Quesada. Técno,

Granada, 1989. Sobre esta sentencia véase Bercovitz y Rodríguez Cano, R.: “*La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional*”. En: “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”. Tecnos, Madrid, 1987.

¹² Así Arce y Flores-Valdés, siguiendo a Larenz, entiende que tales bases proscriben los *contratos leoninos* “*cuyas condiciones someten a una de las partes a una completa dependencia de la otra*”. Vid. op. cit., p. 77. La L.C.G. sanciona en su artículo 8 la nulidad de las condiciones generales que contravengan lo dispuesto en ella o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. En cualquier caso, declara nulas las condiciones abusivas según lo establecido en el *derogado* artículo 10.biss y la disposición adicional 1ª de la L.G.C.U., que contenían un *catálogo* de cláusulas abusivas, que ahora se recogen en los artículos 85 y siguientes del TRDCU y que será modificado si se aprueba la Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores con su actual redacción.

¹³ Vid. “*Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos)*”. Cívitas, Madrid, 1979.

¹⁴ Vid. *la incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea*. En la obra: *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Atelier, Madrid, 2011. Páginas 194 y siguientes.

¹⁵ Tal ha sido la postura de la sentencia del Juzgado de primera Instancia de Córdoba de 30 de julio de 2003, confirmada por la de la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 25 de febrero de 2004, que declaró nulas por abusivas – pues no reúnen el requisito de inclusión de la *homologación* – a las cláusulas que imponen el pago del “coste de alta e inspección” y por “el uso y utilización de las instalaciones” a los usuarios de Gas Natural de Andalucía y entiende como *consecuencia lógica y directa* la obligación de devolver lo cobrado por este concepto. Vid. SAP Burgos de de 17/02/2000; 2/2004. y Zamora 6/9/2000. Cfr. Artículo 7 Ley 7/1998 de LCG: No incorporación. *No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

¹⁶ Sobre el control de contenido y prohibición de cláusulas abusivas véase la jurisprudencia reseñada en *Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*. La Ley, Madrid, 2005. E. Llamas Pombo Coord. Páginas 254 y siguientes.

¹⁷ Vid. ADC Tomo LXI de 2008. Así mismo, Albiez Dhorman en op. cit., loc. cit.

¹⁸ Vid. O’Callaghan, X.: *Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas*. Estudios Homenaje al Profesor B. Moreno Quesada. Almería, 2000, vol. III, página 1361 y siguientes. Sobre la *cognoscibilidad* objetiva como exigencia del control de inclusión, véase el artículo 5 L.C.G. y Coca Payeras, M.: “*La regulación de las condiciones generales de la contratación en nuestro ordenamiento jurídico*”. En “*Comentarios...*”. Cívitas, cit., página 223 y siguientes.

¹⁹ Como hemos visto, para este supuesto el artículo 801.b del TRDCU dispone: *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63.1, en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente. El cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor y usuario en la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en los supuestos en que reglamentariamente esté previsto, se regirá por lo dispuesto en el artículo 71.*

²⁰ Vid. Serra Rodríguez, A. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. En *Derecho Privado de Consumo...*cit. Páginas 332 y siguientes.

²¹ Albiez Dorhmann alude a otros criterios generales de control de contenido como la transparencia material o las buenas prácticas comerciales. Vid. Op. cit. Páginas 226 y siguientes.

²² Esta Directiva fue calificada como una norma de *mínimos*, de carácter *experimental* y *general*, que pretendía una armonización parcial y supranacional. Vid. Pagador López, J. *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. M. Pons, Barcelona, 1998. Páginas 28 y siguientes.

²³ El artículo 32.2 de la Propuesta de Directiva @@ sobre derechos de los consumidores dispone: *No obstante lo dispuesto en los artículos 34 y 38, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los productos objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración y todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Para evaluar la equidad de una cláusula contractual, la autoridad nacional competente tendrá también en cuenta la forma en que el comerciante ha redactado y comunicado el contrato al consumidor con arreglo al artículo 31.*

²⁴ Sobre el tema, véase Blandino Garrido, A. *La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato*. En la obra *Derecho Privado europeo...*cit., páginas 239 y siguientes.

²⁵ Vid. Pipaón Pulido. G: *Derechos de los consumidores y usuarios*. Lex nova, Madrid, 2009. Páginas 176 y siguientes.

²⁶ Aquí podríamos hacer referencia a los sistemas de amortización de créditos hipotecarios, que quedan a elección de la entidad financiera y pueden ocasionar perjuicios para el consumidor. La *Recomendación* de la Comisión de 1 de marzo de 2001 *relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos de vivienda* (D. O. L 069 de 10/03/2001) obliga informar sobre ello, lo que clarifica esta cuestión.

LAS DESCARGAS ILEGALES Y LAS PLATAFORMAS P2P

MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ

Licenciada en Derecho y Master en Derecho de los Negocios

EXCERTOS

“Su carácter gratuito, tanto en la descarga del software como en su uso, crea un innegable daño en los derechos de autor de los creadores de esas obras objeto de tráfico”

“Analizando los distintos tipos de archivos, cabe comentar que es fácil reconocer entre, por ejemplo, los videojuegos y las canciones más pirateadas, la coincidencia con aquellos que figuran en las listas de los más vendidos”

“Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias”

“La directiva precisa que las exenciones de responsabilidad en ellas contenidas, sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente”

“Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón”

Introducción

La sociedad actual no conoce fronteras ni límites, ignora barreras temporales y físicas, y se mueve a tal velocidad que lo que ahora es actualidad, dentro de tan solo minutos pasará a ser “pasado”, todo queda obsoleto a un ritmo mucho más rápido de lo que antes ni siquiera se podía imaginar. Nos encontramos con lo que hoy conocemos como sociedad de la información, donde estamos informados en todo momento de cualquier cuestión acaecida en cualquier parte del mundo por muy lejana que ésta sea. Todos nosotros, de un modo u otro, formamos parte y participamos de ella, ya sea a través de las redes sociales, foros de opinión, prensa, televisión, y este sólo es el comienzo de un largo etcétera. Así nuestra vida e información forman parte de un imparable torrente de datos que fluye en incontables sentidos y que puede ser usada, consultada o básicamente conocida por cualquier sujeto en cualquier parte del globo a cada momento. Pero esa amplia autopista de miles de carriles que supone internet, no sólo es empleada en el intercambio de información entendida por datos o información en el sentido estricto de la palabra, sino que también, por supuesto, da cabida a millones de archivos y documentos, que son intercambiados sin control por millones de habitantes a lo largo y ancho del mundo. El tráfico de estos archivos, que puede ser legal o ilegal, viaja a la velocidad de la luz, y se propaga sin control sobre todo ahora gracias a las astronómicas velocidades que alcanzan las conexiones de banda ancha a internet. De este modo, millones de direcciones IP están conectadas a la vez a una red mundial, que no conoce de límites, y cuyo control es prácticamente imposible. Como defiende en España el Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre, *“la revolución digital está suponiendo una oportunidad formidable para la creación y la difusión de los contenidos culturales, pero también ha hecho surgir y continúa haciendo aparecer, en paralelo, nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual a través de los propios servicios de la sociedad de la información, que intentan obviar que la puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas sólo es lícita –también en Internet– cuando cuenta con autorización por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual o con amparo en algún límite legal de éstos. Este conjunto de circunstancias está ocasionando, además de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante páginas de Internet, cuantiosas pérdidas al sector de las industrias culturales con la consiguiente destrucción de empleo y riqueza de un sector que genera cerca del 4 por 100 del Producto Interior Bruto español. Asimismo, la competencia desleal que supone este tráfico ilegal de contenidos no sólo dificulta notablemente las posibilidades de desarrollo de nuevos modelos de negocio, limitando una indudable vía de expansión económica, sino que también está afectando a agentes*

claves en el mundo de las industrias culturales, dificultando la producción y creación musical, audiovisual, literaria o multimedia, y perjudicando con ello el ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente nuevas creaciones”.

Es en este marco donde se encuadra la problemática del intercambio masivo de archivos, dentro del cual, en concreto, me referiré a aquellos de contenido audiovisual y documental, de modo ilegal, a través de las llamadas plataformas P2P (*peer-to-peer*, que viene a significar “de punto a punto” o “entre iguales”), que permiten la descarga de música, películas y documentos, en la mayoría de los casos sujetos a derechos de autor, desde cualquier lugar y en cualquier momento a miles de usuarios, mediante un sistema descentralizado, que vincula los ordenadores de los suscriptores de estas plataformas.

Con todo ello, al fenómeno conocido por “Top Manta”, muy extendido hasta la actualidad le ha nacido hace unos años un poderoso rival, en cuanto la piratería de archivos protegidos ya no es cosa de mafias sino que extiende sus lazos hacia cada ciudadano potencial de todo el mundo con un ordenador. Hoy en día ya no es necesario invertir directamente en el CD deseado adquiriéndolo en una calle, sino que se puede descargar cómoda y rápidamente desde la propia casa, o incluso lugar de trabajo, con solo descargarse en el ordenador la oportuna aplicación de software y seleccionando el archivo/s deseado/s o accediendo a los links de descarga disponibles en numerosos portales de internet; con ello los archivos quedan almacenados en el disco duro del ordenador y pueden transferirse fácilmente a cualquier dispositivo externo, ya sea un disco duro externo, reproductor de DVDs o CDs o un MP3, o incluso, adaptándose a las más últimas tecnologías, a un *smartphone*, *tablet* o *ebook*, y puede reproducirse y transferirse cuantas veces se desee. Los programas de descargas basados en la tecnología peer-to-peer pueden encontrarse en numerosas páginas de descargas de software de modo gratuito y son de muy fácil instalación. Su método se basa en la creación en el ordenador del usuario, durante su instalación, de una carpeta que pasará a ser compartida y accesible a los restantes usuarios de la aplicación mientras que el usuario esté conectado, y esos archivos que almacena podrán ser transferidos a los ordenadores de aquellos que, estando conectados, inicien su descarga. De este modo el software P2P sólo funciona como nexo de conexión de los ordenadores de los cibernautas conectados, creando así un sistema descentralizado, de modo que no alberga ni las direcciones de sus usuarios ni tampoco los archivos.

Su carácter gratuito, tanto en la descarga del software como en su uso, crea un innegable daño en los derechos de autor de los creadores de esas obras objeto de tráfico, puesto que esos archivos se transfieren, graban y reproducen sin control y evadiendo los derechos patrimoniales de los autores, y violando sus derechos morales del mismo modo. Dicho perjuicio no se repara completamente por la

imposición de un canon a los medios de reproducción y grabación, puesto que, entiendo, que haber pagado cierta cantidad en la adquisición de un aparato de reproducción de mp3s no cubre el daño que produce la descarga en sí del archivo de modo ilegal, ya que, además, no se trata de una descarga aislada, sino que permite la descarga simultánea en pocos minutos de varios archivos de distinta dimensión.

Se trata por tanto, como vemos, de un incontable caudal de información que se transfiere en cuestión de segundos de manera silenciosa y cuyo seguimiento es prácticamente imposible, no sólo por el volumen de datos y de usuarios, sino también y sobre todo por su anonimato, ya que los sujetos quedan enmascarados tras direcciones IP, cambiantes en muchos casos, y cuyos datos se encuentran amparados por la legislación vigente que protege el secreto de las comunicaciones y sobre todo la legislación de protección de datos, que restringe la obligación de la cesión de los datos a casos estrictamente tasados y de elevada gravedad.

Las plataformas P2P actuales son cada vez más perfectas y rápidas, y presentan múltiples formas y nombres, habiendo evolucionado desde el primitivo y famoso *Napster* hasta los más recientes como *Ares*, *Kazaa*, *Emule*, ect., cuyo uso es cada vez más sencillo, permiten realizar varias búsquedas y descargas simultáneamente, y emplean sistemas tan avanzados que su rastreo resulta casi imposible. Pese a que en un principio los archivos más reclamados eran, casi de modo exclusivo, los musicales, o fonogramas como se refiere a ellos la legislación española y europea, en la actualidad son reclamados casi por igual que los de contenido audiovisual, y, en los últimos tiempos, se ha visto incrementada la búsqueda de libros en formato electrónico por la amplia difusión que han protagonizado los *tablets* y *e-books*. En este punto, no obstante, es necesario mencionar que ciertos estudios parecen mostrar que el auge de las descargas de tipo ilegal, en los últimos tiempos, han permitido un cierto avance en la adquisición “legal” de las producciones artísticas, actuando a modo de primer acercamiento a las obras, para luego adquirir en el mercado aquellas en las que se está interesado. Sin embargo es evidente que ello no justifica ni palia el inicial daño.

Los últimos datos de descargas muestran una preocupante tendencia que no hace sino evidenciar la rápida aceptación y extensión que está alcanzado este fenómeno; así, un 70% de los usuarios de la web no aprecian nada malo en la descarga ilegal por internet, el 67% de los portales de descargas ilegales se

Los servidores P2P
serán responsables
cuando tengan
conocimiento de
la realización de
actividades ilícitas
a través de sus
programas

encuentran hospedados en EE.UU. y Europa, el 22% del ancho de banda de internet es usado para/por la piratería informática. Además, el 98.8% de los datos transferidos utilizando plataformas P2P está protegido por copyrights, el 91.5% de los archivos disponibles para descarga en los sitios webs de descarga de datos por links (del tipo *rapidshare*, *megaupload*, etc.) están protegidos por derechos de autor, el 95% de la música descargada por internet es ilegal y las pérdidas ocasionadas en la industria musical por la descarga ilegal de archivos se valoran en unos 12.5 millones de dólares anuales. Los resultados de estos estudios en escala mundial desglosados por regiones demuestran que los índices de piratería por internet se presenta Europa en un 34% en el año 2011 mientras que en Latinoamérica se presenta en un 64%; dentro del Top 10 en descargas ilegales por países, en 2011 China ocupa la primera posición con un 91%, ocupando la octava posición Brasil con un 35%, y siendo el único país europeo en este “ranking” Italia con un 20% en la décima y última posición.

Acerca de estos datos, analizando los distintos tipos de archivos, cabe comentar que es fácil reconocer entre, por ejemplo, los videojuegos y las canciones más pirateadas, la coincidencia con aquellos que figuran en las listas de los más vendidos; sin embargo, resulta sorprendente que no ocurre lo mismo en el caso de los libros, no apareciendo entre los anteriores ninguno de los *best-sellers* de los últimos tiempos, por lo que no se repite la tendencia anterior, y debemos suponer que en el caso de las obras literarias existe una mayor concienciación, o al menos, una preferencia por poseer los originales, ya sea en formato papel o electrónico.

Todo ello afecta directamente, como se ha comentado, a los derechos de varios colectivos, por un lado los autores, de otro los productores de los fonogramas y, por último, los intérpretes de los mismos (en el caso de que los haya). No obstante, no toda la circulación de archivos en formato digital ha supuesto un ataque a estos derechos, pues en la actualidad, en el caso concreto de los archivos musicales, existen otros medios del todo legales, como resalta el autor español Álvarez Álvarez¹, que serían, de un lado, a través de las páginas en las que sus titulares cuelgan dichos archivos, de modo completo o fraccionado, poniéndolas a disposición de cualquier usuario, y, en segundo lugar, mediante plataformas legales de descargas, como *iTunes*, que funcionan a modo de tienda online, tratándose de “un sistema de licencias de uso en las que el usuario no adquiere la propiedad de la copia, sino sólo el uso personal de la misma, de modo temporal o permanente”. Con ello se observa que el principal obstáculo se presenta en las redes P2P objeto de comentario, campo de batalla en el que se enfrentan los autores y demás titulares de los derechos de propiedad intelectual y las miles de copias ilegales que proliferan.

Derechos de autor

Dentro de los llamados derechos de propiedad intelectual o derechos de autor, como menciona Graciano Regalado², se aglutinan diferentes figuras legales, concentrándose en dos grandes grupos: por un lado, los derechos personales, también denominados derechos morales de autor, y, por otro, los derechos económicos o de explotación.

Así, los derechos morales de autor, como los define el profesor Lasarte³, “*tienen por finalidad fundamental que la obra creada no pueda ser objeto de divulgación, alteraciones o modificaciones que no sean consentidas por el autor. En definitiva, se trata de proteger que «su obra» no acabe siendo «una obra desfigurada» por la actuación de terceros. (...) Se trata de un conjunto de derechos atribuidos a los autores relacionados fundamentalmente con su propia dignidad o buen nombre de creadores, con su personalidad o su ser moral, pero que no por ello excluyen su ejercicio ante los Tribunales de Justicia en caso de que sean vulnerados o desconocidos por terceras personas que, indebidamente, invadan la esfera propia de respeto que merece el autor*”, y vienen contemplados en el artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Se trata de derechos perpetuos, es decir que pueden ser ejercitados sin límite temporal, en el caso de los derechos de paternidad e integridad de la obra, que no se extinguen con el fallecimiento de su titular, y que por lo tanto, pasan a sus herederos. Ello no ocurre con los restantes derechos contemplados en el artículo 14, que si se caracterizan por su temporalidad. El carácter de la irrenunciabilidad viene reconocido por el propio precepto en la ley de propiedad intelectual, derivándose de su cualidad de derechos personales del autor, y se presenta en distintas intensidades en los distintos derechos contenidos en este grupo, alcanzando su mayor grado en el derecho de paternidad y al nombre, los cuales no se agotan nunca. Por último, la normativa reconoce su carácter de inalienables, de modo que no pueden ser transferidos a un tercero, existiendo sólo vinculados al autor.

Dentro de este tipo de derechos, la ley de propiedad intelectual recoge los siguientes:

“Artículo 14. Contenido y características del derecho moral.

Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

- 1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- 2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- 3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*
- 4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*

5. *Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*

6. *Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.*

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

7. *Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.*

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.”.

En segundo lugar, nos encontramos con los *derechos patrimoniales o de explotación económica*, que no son otra cosa que las facultades de carácter económico o pecuniario que asisten al titular de los derechos de propiedad intelectual en relación con la explotación de la obra. Vienen recogidos en la Ley de Propiedad

Intelectual, en sus artículos 17 a 23, ambos inclusive, y son los siguientes:

En primer lugar el “derecho de reproducción”, recogido en el artículo 18 LPI, que consiste en la “fijación directa o indirecta, provisional o duradera, por cualquier medio y forma de toda la obra o parte de ella, de manera que permita su comunicación o la obtención de copias”.

A continuación recoge el “derecho de distribución”, contemplado en el artículo 19 LPI, que se basa en “la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”. Se trata de la fase de “mercantilización” de la obra, y, como bien resalta Lasarte, suele ser transferido a un tercero especialista en esta materia, para que sea éste quien lleve a cabo toda la labor de comercialización de ésta, por la complejidad, y los elevados costes, que comporta.

En tercer lugar se reconoce el “derecho de comunicación pública”, que regula la LPI en su artículo 20, y que se define como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación

No existe una
unanimidad que
permita calificar
las descargas
en plataformas
P2P como copias
ilegales

cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Entre los actos de comunicación pública más habituales tenemos la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones, la proyección de obras audiovisuales, la transmisión de obras por radiodifusión, por vía satélite, por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, o, especialmente relevante ahora, la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos *alámbricos* o *inalámbricos*, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

En penúltimo lugar nos encontramos con el “derecho de transformación” que, tal y como refleja el artículo 21 LPI “comprende su traducción, adaptación y cualquier modificación en su forma de la que resulte una obra diferente, (...) y, en el caso de las bases de datos” añade también se considerará como tal “la reordenación de la misma”, requiriéndose, no obstante, la pertinente previa autorización del titular de la obra original. Unido a ello, es necesario añadir que la obra resultante de la transformación generará unos correlativos derechos de autor que corresponderán al titular de ésta última, co-existiendo de manera separada con los derechos de autor correspondientes a la obra original.

La ley de propiedad intelectual impone una serie de límites a estos derechos en los artículos 31 a 40, siendo la más relevante para el tema que nos ocupa la regulación de la copia privada. Dicha excepción viene regulada en el artículo 31, que establece que *“no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.”*

Plataformas P2P o peer-to-peer

Las plataformas P2P o *peer-to-peer* son en la actualidad una herramienta de uso habitual en internet y ello es lo que ha facilitado su auge y desarrollo en los últimos años, encontrando hábilmente cualquier resquicio que tanto la red como la normativa dejan libre para escurrirse de los filtros y controles impuestos para evitar el fraude para con los derechos de autor.

Es por ello que entiendo de gran importancia conocer con precisión qué son las plataformas P2P, su funcionamiento, tipologías, y el régimen de responsabilidad de sus usuarios y administradores.

Una red *peer-to-peer*, red de pares, red entre iguales, red entre pares o red punto a punto es “una red de ordenadores que no tiene clientes y servidores fijos, sino una serie de nodos que se comportan a la vez como clientes y servidores de los demás nodos de la red. Así, en una red P2P todos los nodos se comportan igual y pueden realizar el mismo tipo de operaciones, pudiendo no obstante diferir en configuración local, velocidad de proceso, ancho de banda de su conexión a la red y capacidad de almacenamiento. Típicamente, la computadora que realiza algunas tareas en beneficio de otras aplicaciones llamadas clientes (*clients*) es el denominado servidor (*host*). Algunos servidores habituales son los servidores de archivos, que permiten a los usuarios almacenar y acceder a los archivos de un ordenador, y los servidores de aplicaciones, que realizan tareas en beneficio directo del usuario final”⁴.

La clasificación de estas redes más habitual es la que se centra en su nivel de centralización, de modo que se encuentran las plataformas o redes centralizadas, las descentralizadas y las híbridas o mixtas, tal y como lo recoge Álvarez Álvarez.

Como esta misma autora menciona, en primer lugar, las redes centralizadas funcionan de modo que “los usuarios que quieren intercambiar música se conectan entre sí a través de un servidor central administrado por la red P2P, a través del cual pueden buscar las canciones que les interesan. Todas las transacciones de música se realizan a través de un único servidor, que sirve de enlace entre los usuarios. Cada uno de los ordenadores miembros de la red P2P es no sólo emisor, sino también receptor de ficheros de música. El usuario solicita una canción al programa y éste se encarga de buscar, entre otros internautas conectados en cualquier parte del mundo, la canción solicitada, que la guardan en su disco duro. Se tiene acceso a las carpetas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado el programa P2P. El servidor P2P no incluye ninguna canción, lo único que hace es funcionar como un puente entre dos ordenadores conectados a Internet. Pero todas las comunicaciones dependen de la existencia del servidor”. Son ejemplos de éstas *Napster* o *AudioGalaxy*.

Por otro lado, las redes descentralizadas se caracterizan por que “los usuarios pueden conectarse entre sí sin que sea preciso utilizar un servidor u ordenador central que haga de intermediario o que maneje las conexiones de red. Por ello, a diferencia de los sistemas centralizados, si un ordenador falla o se estropea, el sistema no se ve afectado. En los sistemas descentralizados, al contrario de lo que sucede con los sistemas centralizados, no existe un sistema de índice central

con las canciones que están en la red, sino que el programa busca la canción en los ordenadores que están conectados en ese momento y, cuando la encuentra, comienza la transferencia de un usuario a otro⁵⁵. Este es el caso de plataformas como *Ares Galaxy*, *Kazaa* o *eDonkey*.

En tercer lugar, existen los sistemas semi-centralizados, híbridos o también llamados mixtos en los que un servidor central actúa de *hub* y administra las comunicaciones entre nodos, manteniendo el anonimato de éstos y sin almacenar ningún tipo de información, de modo que el servidor no interviene en la distribución de archivos entre los nodos. Algunos ejemplos de una red P2P híbrida son *BitTorrent*, *eDonkey* y *Direct Connect*.

A estas tipologías cabe añadir las plataformas P2P anónimas, en las que los usuarios y sus nodos son pseudoanónimos, caracterizándose por permitir el flujo libre de información (un ejemplo es *Freenet*) y las privadas, también llamadas F2F o *friend-to-friend*, cuyo funcionamiento se basa en conexiones entre usuarios que se conocen entre sí, pudiéndose dar la transmisión de ficheros con un sistema centralizado (de ordenador a ordenador actuando de intermediario un servidor central) o descentralizada (mediante intercambio de contraseñas o identificación de usuarios). Entre ellos cabe destacar *Aimster*, *Groove* o *N2N* (éste último basado en conexiones vpn).

Normativa europea y española

La normativa más relevante en la actualidad viene recogida, en el ámbito de la Unión Europea, por la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, que fue transpuesta en España por la Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, por la que se regulan los Servicios de la sociedad de la información y de Comercio electrónico. La Directiva Europea contiene una exención de responsabilidad para los ISP prácticamente ilimitada, ya que no sólo se extiende a cualquier tipo de infracción sino que también excluye cualquier tipo de responsabilidad, es decir, tanto civil, penal o administrativa como pecuniaria.

La exención contemplada se basa en un listado tasado de casos o situaciones (*safe-harbors*) en los que, cumpliéndose unas determinadas condiciones, el ISP no será responsable por la infracción cometida por su usuario. Como manifiesta Xalabarder Plantada, “en principio, el simple incumplimiento de alguna de estas condiciones impide al ISP beneficiarse de la exención, pero no necesariamente le asigna responsabilidad por la infracción” de modo que “el régimen de *safe-harbors* sólo sirve como un primer «filtro», la responsabilidad de cada ISP se establecerá de

acuerdo con las reglas generales de responsabilidad, como colaborador necesario o responsable civil por hecho ajeno”⁶.

A continuación se pasa a citar de modo expreso los casos o *safe-harbors* que la ya citada directiva europea recoge:

a) “Artículo 12. Mera transmisión

1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.”

b) “Artículo 13. Memoria tampón (Caching)

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no modifique la información;
- b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información;
- c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;
- d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y
- e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento

efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

2. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirla.”

c) *“Artículo 14. Alojamiento de datos*

1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.”

La directiva precisa que las exenciones de responsabilidad en ellas contenidas, sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Como establece la jurisprudencia, “esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

Concreta, así mismo, que “un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (*mere conduit*) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (*caching*) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos;

esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma”.

No obstante, la propia normativa contempla que un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte (*mere conduit*) o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (*caching*) y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades.

La ya comentada directiva hace una serie de puntualizaciones, precisando, en primer lugar, que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida en la misma no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

En segundo lugar, añade que, para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. Lo recogido en la directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos.

La norma va más allá y establece una obligación a los Estados miembros que no podrán imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión exclusivamente con respecto a obligaciones de carácter general. Esto no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y, en particular, no afecta a las órdenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

Finalmente, reconoce la posibilidad de que los Estados miembros, a pesar de lo establecido en su articulado, exijan a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, que apliquen

un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales⁸.

A la luz de lo expuesto, y de modo muy resumido, cabe concluir que los servidores P2P serán responsables cuando tengan conocimiento de la realización de actividades ilícitas a través de sus programas, cuando intervengan de forma activa en su comisión, así como cuando impidan el control sobre los contenidos.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad de los usuarios, que son, en definitiva, quienes de manera objetiva realizan la descarga y transferencia de contenido protegido y, por tanto, atentan contra los derechos de reproducción y comunicación pública, que reserva la LPI para los titulares de las obras, existe una enorme divergencia entre la postura de otros países de nuestro entorno, y la posición española, pues la exigencia de responsabilidad a los usuarios pasa por la necesaria identificación de éstos, cuestión que choca frontalmente con la normativa en materia de protección de datos.

El software P2P sólo funciona como nexo de conexión de los ordenadores de los cibernautas conectados

En países como Italia, Alemania, Francia o Estados Unidos ya se comenzó la persecución de los usuarios de las plataformas P2P, mayoritariamente en procesos civiles, y ello se evidencia en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 19 de abril de 2012 (Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB vs Perfect Communication Sweden AB), donde el tribunal concluye que la Directivas 1006/24/CE “no se opone a la aplicación de una normativa nacional, basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a su causahabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho, puesto que tal normativa es ajena al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2006/24”. A ello añade que “las Directivas 2002/58 y 2004/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, en la medida en que dicha normativa permita al órgano jurisdiccional nacional que conozca de una acción por la que se solicite un requerimiento judicial de

comunicación de datos de carácter personal, ejercitada por una persona legitimada, ponderar, en función de las circunstancias de cada caso y con la debida observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, los intereses contrapuestos existentes". Con ello falla estimando la posibilidad de que, si así lo contempla la legislación nacional de los países miembros, garantizando ésta además la proporcionalidad entre los distintos derechos constitucionales en cuestión, se permita la cesión de los datos por los proveedores de servicios de comunicación en el marco de procesos civiles.

Sin embargo, en España la postura acerca de esta cuestión difiere de la anterior. Así, en primer lugar, la Constitución española, en su artículo 18.3 consagra el secreto de las comunicaciones, que habrá de respetarse con los límites impuestos por el artículo 55 de la Carta Magna, derecho que se concreta en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de datos relativos a la comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la confidencialidad de las comunicaciones queda garantizada, así mismo, por el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE, que establece que, basándose en dicha directiva, los Estados miembros deben prohibir cualquier forma de interceptar o vigilar esas comunicaciones por parte de cualquier persona que no sea su remitente o su destinatario salvo que esté legalmente autorizada.

Es la ya mencionada Ley 25/2007 la que concreta que los casos en los que la cesión de los datos, por requerimiento judicial, es legal, es en aquellos en los que hayan sido requeridos por determinados sujetos que vienen tasados en la ley, y en causas de naturaleza penal, según las concreciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y en los casos en que sea necesario para la salvaguarda de la seguridad pública y defensa nacional; de este modo, queda excluida la solicitud de identificación de los usuarios de las redes P2P, a través de su dirección IP, a los proveedores de servicios de internet en el marco de un procedimiento civil.

A la luz de lo anterior, resulta evidente, en mi opinión, que la cuestión clave reside en si los materiales o archivos descargados se inscriben dentro de la excepción permitida de copia privada, o por el contrario, quedan fuera de ésta.

Como ya se ha comentado con anterioridad, en el marco del análisis general de los derechos de propiedad intelectual, la excepción de copia privada se encuentra regulada en el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, que especifica:

“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las

que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.”

No existe acuerdo sobre este aspecto, y existe un claro enfrentamiento entre parte de la doctrina, discográficas y autores y, del otro lado, a otra parte de la doctrina y las plataformas de descargas y sus usuarios. El primer grupo se escuda en el requisito que la LPI impone de que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, cosa que entienden no se cumple en las descargas P2P, puesto que, argumentan, se pone a disposición de un número indefinido de usuarios una obra, de modo que se trataría de una utilización colectiva.

Para poder dilucidar este punto se hace necesario conocer y analizar cuáles son los requisitos que exige el artículo 31 para la excepción de copia privada. Así, la norma contempla, en primer lugar, que se extiende a obras en *cualquier soporte*, de manera que se aplica por igual a obras en soporte analógico y electrónico, de modo que podrían encuadrarse en ella los archivos descargados por las plataformas. En segundo lugar, exige que la copia la realice una *persona física*, punto que también se cumpliría en las redes P2P, al tratarse de usuarios registrados de modo individual y a título personal. A continuación requiere que la copia se realice *para uso privado*, y no para una utilización colectiva, por tanto se incluiría en esta excepción el uso en el ámbito familiar (entendiendo dentro de este, también, su uso con amigos, reuniones, fiestas particulares, etc.), pero quedando fuera cualquier uso en lugares abiertos al público, de modo que se debe concluir que la utilización privada que exige la norma va más allá que el mero uso personal. Este requisito constituye el *hotdot* del problema, puesto que no hay acuerdo sobre qué elementos, pautas o variables deben emplearse para determinar cuándo una copia queda amparada en la excepción y cuando no. Al respecto hay autores que han defendido que la copia privada sólo queda amparada cuando se da por debajo de un determinado número de copias, pero en ningún caso hay acuerdo acerca de cuál debe ser ese número; tampoco el medio por el que se realiza sirve para dilucidar la cuestión, ni tampoco la procedencia del archivo.

A continuación, el artículo 32 exige que no se trate de un *uso lucrativo*, el cual no se encuentra presente en las descargas P2P puesto que no existe ninguna contraprestación en la descarga, ni entre los usuarios ni para con la plataforma, pues su descarga y uso es gratuito. Por último el precepto requiere que la copia se realice de un archivo *al que se ha accedido de modo legal*, requisito del todo inconcreto, por cuanto no define de modo claro qué se debe considerar como acceso legal, ya que no especifica si con ello exige que la copia se realice de modo exclusivo del original o qué canales se deben considerar legales. Se puede entender de la redacción que la obtención de un archivo mediante las

plataformas P2P o el sistema de links colgados en sitios web constituiría un acceso ilegal, pero desde mi punto de vista, esto es inexacto pues el usuario no tiene posibilidad de conocer si el archivo puesto a disposición para la descarga procede de un original (estando por tanto amparado por la excepción) o si la obra está sujeta a derechos de autor o no, de modo que desconoce si realmente se trata de un acceso legal o ilegal. Añadido a ello, nos encontramos con que

Las plataformas P2P actuales son cada vez más perfectas y rápidas

parte de la doctrina aboga por que el hecho de que el usuario se limite a almacenar los archivos para su uso personal, el hecho de que haya accedido a ellos por medio de un servicio de internet por el que ha pagado ya lo convierte en un acceso legal, independientemente del medio o plataforma del

que lo haya obtenido, siempre que no lo comparta abierta o libremente con otros usuarios⁹.

Con todo ello se puede concluir que no existe una unanimidad que permita calificar las descargas en plataformas P2P como copias ilegales, por cuanto no se puede afirmar que estén excluidas de la excepción de la copia privada. Además ello se complica por lo difícil de dilucidar la procedencia del archivo, si se deriva de un original o de un archivo al que se ha accedido de modo legal y, aún más complicado resulta concretar si el usuario ha compartido la descarga o la ha destinado a un uso puramente privado. Por ello la normativa no nos ofrece elementos suficientes que permitan tachar de ilegal la descarga de los archivos por estas redes.

En lo que respecta a la responsabilidad penal, en España la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, deja muy clara la postura que ha de tomar dicha institución en lo que respecta a las descargas por internet; así, establece que *“hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de ‘colocar en la Red o bajar de Internet’ o las de intercambio de archivos través del sistema ‘P2P’, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial”*. Esta postura obedece al ánimo de evitar una superposición entre el derecho penal y el derecho civil, manteniendo dentro del ámbito de actuación penal, exclusivamente, los ilícitos de este tipo en los que se dé el elemento subjetivo, que exige el Código penal, del ánimo de lucro. Por tanto, el Ministerio Fiscal concluye que sí existe una responsabilidad de los usuarios en las descargas de archivos ilegales por internet, aunque la relega al ámbito civil.

De este modo serían objeto de persecución penal aquellas actuaciones ilícitas en las que se encuentre presente el ámbito de lucro de carácter comercial. Ello se apoya en lo dispuesto por la normativa internacional, como es el caso de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, que contempla en su artículo 3. la consideración por los Estados miembros como delito de “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual *a escala comercial...*”, así como del art. 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio.

En la legislación penal española, el Código Penal tipifica este delito en el título XIII, capítulo XI, sección I, en el artículo 270 y ss., donde se contempla una pena estándar de privación de libertad de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses, que se ampliará en el caso de que el sujeto activo presente determinadas características o cumpla determinados requisitos, imponiéndosele una pena de inhabilitación especial para oficio o cargo público. Así mismo, atendiendo a la menor entidad de la conducta o de sus consecuencias el juez podrá imponer la pena de multa de 3 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, y, en los mismos casos, cuando el beneficio económico no exceda de 400 euros, en lugar de encuadrarse en la figura del delito se considerará una falta del artículo 623.5 del Código Penal.

Soluciones y conclusiones

El tema de las descargas ilegales por internet, lejos de estar agotado, cada vez será más protagonista en nuestra sociedad. La cultura lo invade todo, está en todas partes y adopta mil y una formas; ya no está reservada a un número determinado de “ilustrados” o “eruditos”, sino que nace de cualquier ciudadano por medio de un blog, una publicación en *facebook* o *twitter*, o en plataformas de reciente creación como *pinspire*, donde se comparten imágenes, es creador de contenido cultural, lo que nos lleva a lo que algunos han llamado “vulgarización” de la cultura. Esta expansión de los contenidos intelectuales choca frontalmente con el sistema anticuado que protege estas creaciones. La cultura, como el mundo en general, ha eliminado cualquier límite, de modo que los conocimientos y cualquier aspecto de la vida fluye sin cortapisas por lo largo y ancho del planeta, sin embargo, nos enrocamos en la idea de blindar las creaciones artísticas como

si de un bunker se tratara, permitiendo eso si, por ejemplo, que las redes sociales se apropien de cualquier contenido que los usuarios cuelguen en sus perfiles. Ello deja la impresión de que la, en mi opinión, exagerada protección a los derechos de autor, obedece más bien a criterios económico-empresariales que a un verdadero celo por la legalidad.

Entiendo que la desmedida extensión de la protección que vemos desarrollarse en los últimos tiempos no hace sino, empleando una popular expresión española, tratar de “poner vedas al campo”, por la presión que ha ejercido, y ejerce, el poderoso sector audiovisual. Resulta, desde mi punto de vista, muy peligroso otorgar tan vastos poderes a una industria, creando una especie de ente todopoderoso, a modo de “ojo que todo lo ve” del Señor de los Anillos, que sea capaz de decidir, guiándose únicamente por intereses económicos, qué ciudadanos pueden acceder a qué cultura. Ello ocurre, y tras las recientes reformas, ocurrirá aún más, porque si las grandes gestoras y productoras tienen en su mano decidir qué contenidos (películas, series, libros, discos, etc.) llegarán al mercado español, por ejemplo, y cuáles no, a falta del acceso libre a esos contenidos por otros medios, a los ciudadanos se les estará privando de dos derechos garantizados por nuestra Constitución, que son, de un lado el artículo 10 CE que protege con rango de derecho fundamental, el libre desarrollo de la persona, y el derecho del artículo 44 CE que garantiza el libre acceso a la cultura. Si permitimos que sean las multinacionales las que, guiándose por el interés económico, decidan a qué cultura podemos acceder, ellos tendrán en sus manos el desarrollo y formación que tendrán los ciudadanos de cada país dependiendo de a qué contenidos hayan determinado que podrán acceder.

Por tanto, sostengo que la rigidez de la regulación actual de la propiedad intelectual no sólo viola ambos derechos constitucionales, sino que avala la formación de un monopolio cultural de proporciones mundiales. Y ello porque, es evidente que, sin un libre acceso por internet de los contenidos de modo abierto, los ciudadanos españoles no podremos ver las series inglesas o americanas, por ejemplo, que las productoras y nuestras cadenas de televisión no decidan implantar en territorio español, porque ya no existirá ninguna plataforma que nos las ofrezca; lo mismo que tampoco podremos leer aquellos libros que no se publiquen en nuestro país, básicamente por motivos de beneficios, a no ser que viajemos expresamente al país de origen algún otro donde sí se pueda adquirir, y así sigue un largo etcétera de ejemplos; así hoy en día, como asegura el editor de una importante editorial a nivel mundial, Tim O'Reilly de O'Reilly and Associates, nos encontramos con que *“la mayor amenaza para cual-quiera de mis libros no es la piratería, sino la oscuridad. Si piensas en la cantidad de gente que podría, algún día, pagar por mis libros, en el*

99% de los casos, la razón por la que no lo harán no es que estén obteniendo los libros de manera gratuita, es que nunca habrán oído hablar de ellos”.

Es en esta España, en concreto, donde se acaba de “renovar” y reforzar la regulación de la protección de los derechos de autor frente al auge de las descargas ilegales por medio de la reciente Ley de Economía Sostenible, cuya disposición final cuadragésima tercera ataca radicalmente a las páginas de descargas por links, tipo *megaupload* (ya decapitada en EEUU) o, en el caso de nuestro país, webs del tipo de *series yonkis*, donde mediante a los links que re-direccionan a los servidores de descargas o de visionado online, se puede acceder a todo tipo de contenidos (películas y series, en este último caso), tanto emitidas en España, como en cualquier parte del mundo. Con esta regulación, se penalizan los servicios ofrecidos por estos portales, creando además una comisión especializada que se encargará de su persecución o cierre, limitando el control jurisdiccional a la autorización de la ejecución de las medidas tomadas por el citado órgano. Ello, a mi parecer, va a crear un auge sin precedentes de las plataformas P2P cuyo control es casi imposible, y sobre las que la legislación actualmente aleja el fantasma de la responsabilidad penal, haciéndolas el sustituto perfecto.

Además, teniendo en cuenta que estamos hablando de nuevas tecnologías que avanzan ya no por días ni horas, sino por minutos, era más que previsible que surjan nuevos modos de burlar la ley, de modo que, tal y como las P2P aprendieron la lección a raíz de los procesos judiciales a los que se enfrentaron, descentralizándose y creando redes anónimas, las páginas web a las que se refiere la llamada ley *Sinde* están ya buscando modos de salvarse de la “quema”, de manera que están creando los denominados en el argot informático “espejos”, que no son otra cosa que numerosas páginas hermanadas que distraen la atención sobre la página principal, de modo que los links en la web original no dirigen directamente al contenido protegido sino que re-direccionan a esas páginas espejo que son las que vinculan al contenido; así, la responsable directa y, por tanto, servidor perseguible no sería la web “madre” sino sus espejos. Este es el caso de la conocida *series yonkis* y *películas yonkis*, que están creando esas páginas espejo en las que recaería la responsabilidad y que distraerían la atención frente a las principales, y lo mismo ocurrió en el caso de *Wikileaks*, donde sus seguidores comenzaron a crear cientos de portales espejo con la misma función que la página principal, a la que podríamos llamar matriz, de modo que, igual que en los casos anteriores, se distrae la atención de la web origen.

No obstante, es necesario puntualizar que no está claro que este método efectivamente pueda exonerar de responsabilidad a la que actúa de página principal, a la que se trata de proteger, puesto que aún queda por ver cómo

actúa la jurisprudencia, ya que es posible que se estime que el vínculo indudable existente entre las distintas páginas demuestra que existe una clara dependencia entre ellas, pudiendo considerarse que el re-direccionamiento conecta de modo tan estrecho a la página principal y a la espejo que se pueda concluir que existe una clara responsabilidad por el contenido protegido al que se puede acceder desde la segunda mediante los links de descarga y visualizado online. Como ya he dicho, será necesario esperar a ver cómo actúan al respecto la comisión encargada de esta materia y los tribunales que serán los que tengan que autorizar la ejecución de las medidas propuestas por la primera.

Sin embargo todo lo anterior, recientemente se ha publicado el Informe Especial 301 para el 2012 de la *International Intellectual Property Alliance*¹⁰, en la que se mantiene a España en la lista de los países a vigilar según el artículo 182 del *Trade Act* norteamericano. En el documento del informe dedicado a España se reconocen los avances llevados a cabo en estos últimos meses en la lucha contra la violación de los derechos de autor, destacando en especial la mencionada Ley de Economía Sostenible, es por ello que, tal y como se refleja en el propio documento, parte de los miembros de la IIPA apoyaron la salida de España de la llamada *Watch List*, sin embargo, dado que otra parte de los miembros se opusieron a ello, finalmente la salida no se produjo, aunque esta indicación quedó registrada para la siguiente edición del informe. Los motivos en los que se basan las reticencias del grupo de miembros que se negaban a la salida de la lista de nuestro país consisten en la limitación de la más reciente normativa a las páginas de descargas pero no regula las plataformas P2P, que según los datos que muestra el informe es la principal fuente de infracciones en nuestro país. Además, otra causa de las reticencias de la IIPA nace de la despenalización de las descargas ilegales por parte del Informe de la Fiscalía General del Estado del 2006 que he comentado con anterioridad, y a ello añaden la actual regulación española en materia de protección de datos que impide la identificación de los infractores de estos derechos en causas civiles, lo que, según algunos miembros de la IIPA, dificulta en gran medida el enjuiciamiento de la responsabilidad civil.

Las recomendaciones que hace la IIPA son las siguientes: modificar la Circular de la Fiscalía General del Estado del 2006 que despenaliza las descargas en plataformas P2P, facilitarles a los titulares de los derechos de autor el ejercicio de sus acciones criminales y civiles frente a los infractores permitiéndoles que obtengan información identificativa de una manera que respete los derechos de protección de datos, siguiendo la decisión del Tribunal de Justicia Europeo de 2008, *Promusicae vs. Telefónica*. En tercer lugar, extender las provisiones de la Ley de Economía Sostenible a las plataformas de *links*, *indexado* y descargas *torrent*,

modificar las leyes de e-comercio de modo que los titulares de derechos puedan comunicarle a los ISP (proveedores de servicios de internet) el conocimiento de la infracción cometida por medio de su servicio sin necesidad de una orden judicial. Incentivar a los ISPs para que cooperen en los esfuerzos para reducir las actividades de intercambio de archivos; dar los pasos legislativos apropiados para asegurar que los dispositivos de elusión son ilegales, facilitar cambios en la legislación para facilitar los casos civiles frente a la piratería informática. Recomiendan el establecimiento de una autoridad nacional que coordine la regulación de la piratería informática y asegurar la asignación de adecuados recursos de investigación de los delitos de internet e informáticos dentro del Ministerio del Interior, la Guardia Civil y el Cuerpo Nacional de Policía; así como asegurar la asignación de los medios apropiados para que los juzgados y tribunales penales y de lo mercantil tengan jurisdicción sobre los casos de IP para evitar retrasos innecesarios.

Esta expansión de los contenidos intelectuales choca frontalmente con el sistema anticuado que protege estas creaciones

Incluso teniendo en cuenta lo anterior, en mi opinión no existe una solución sencilla ni plenamente satisfactoria al problema, como se ha evidenciado a lo largo del análisis anterior, a lo que se une una dificultad añadida por la situación de crisis económica global. No obstante, considero que el fallo base reside en el modelo que rige la industria audiovisual, cuyos márgenes y beneficios considero excesivos, y cuya rigidez provoca la evasión de los consumidores hacia otros medios de acceso a los contenidos. Es muy habitual que de un CD sólo nos gusten o interesen determinadas pistas, y ello nos frena a la hora de adquirir el soporte completo, por lo que estimo necesaria una búsqueda de una mayor flexibilidad en los soportes y acceso a ellos. Por otro lado, unido al elevado precio de los libros, en algunos casos, disuade de su adquisición al no poder estar seguro de si el libro realmente nos va a interesar, por lo que considero que el poner a disposición de los consumidores fragmentos o algún capítulo del libro permitiría saber realmente qué se compra y si coincide con las expectativas. Pero todo ello no servirá de nada si no va acompañado por una considerable reducción en los precios, puesto que, en concreto en la actualidad, cuando miles de familias sufren el embargo de sus hogares, otras miles de ellas tienen a todos sus miembros en paro y apenas pueden llegar a fin de mes, es del todo inhumano que se pretenda obtener beneficios del 200% por la venta de cultura. Nos encontramos además con que, en la industria audiovisual los grandes beneficios vienen de la mano de

los conciertos, en el caso de la música, y de publicidad y *merchandising* en el caso del cine, es decir se invierte una mínima cantidad de dinero en la producción de las giras, conciertos, promociones y filmación y grabación, pero luego se cuadruplican los ingresos con promoción, venta, etc. Ello demuestra que los Cds y películas ya no son el objeto o elemento principal del negocio, como además es lógico, si no que es la fuente de ingresos y objeto accesorio, de manera que la verdadera actividad es la promoción y venta. Esto demuestra lo ilógico y absurdo del modelo actual, y hasta que no se emprenda un proceso de reestructuración del sistema, seguirá habiendo, en mi opinión, una incesante fuga de consumidores que busquen acceder a los contenidos intelectuales de un modo más flexible y personalizable y, por supuesto, a unos precios mucho más razonables que los que viene imponiendo la industria.

Esta es la principal solución a la problemática, desde mi punto de vista, pero dado lo difícil de que ello se consiga en la actualidad, debemos mirar al extranjero para buscar, en otros derechos más avanzados, posibles mejoras para nuestro ordenamiento jurídico. En Estados Unidos nos encontramos con el reciente caso de *Google Book Search*, servicio de búsqueda y consulta de libros por internet a través del buscador de Google que aún no está disponible fuera de las fronteras norteamericanas. En este servicio se procede al escaneado de libros, manuales y obras manuscritas en general, tanto protegidas como de dominio público, de modo que pueden ser consultadas a través de Google, gratuitamente o previo pago de determinada cantidad, en función de la obra y su protección. El sistema que se ha adoptado para este servicio puede servir de modelo para regular el consumo de obras protegidas, de diversa índole, por internet, y puede proporcionarnos, así, numerosas soluciones a variados problemas que encontramos en la actualidad.

Tal y como refleja Harjinder Obhi, en la comunicación *Google Book Search*¹¹, la base del sistema lo constituye una organización sin ánimo de lucro llamada *Book Rights Registry*, creada mediante un acuerdo general para EEUU, y sobre la cual Google no tiene intervención ni control, cuya principal función es actuar en nombre y beneficio de los autores y productores, y está dirigida en común por todos ellos, teniendo en cuenta los intereses de los titulares de los derechos y distribuyendo la facturación o ingresos entre ellos, cubriendo Google con la cantidad de 34.5 millones de dólares la creación de la organización, el procedimiento de notificaciones y otros costes administrativos. Los beneficios de este sistema, recolectados por Google, en un 63% serán derivados al *Book Rights Registry*, que se ocupará de derivarlos a los titulares de derechos que corresponda. Esos ingresos provienen de los usos comerciales, que son acceso online de los consumidores a obras

individuales, suscripciones institucionales y beneficios por la publicidad visualizada en las páginas donde se muestran libros. Para el modelo de acceso del consumidor, el usuario puede comprar un acceso individual a una obra en concreto. El precio por defecto es fijado por Google mediante un modelo algorítmico de precios para maximizar el beneficio por obra, aunque el titular del derecho puede solicitar fijar él mismo el precio de modo unilateral. La compra de la suscripción institucional permite el acceso a la base de datos siendo el objeto de este acceso las Altas Instituciones de educación, cuerpos gubernamentales y corporaciones. Existe una previsión de acceso público en biblioteca de carácter público y altas instituciones de educación sin ánimo de lucro, así Google facilitará un servicio de acceso público limitado sin coste para un terminal sito en los edificios de las bibliotecas antes mencionadas, mientras que las tasas por impresión tendrán que pagarse. El sistema prevé otros modelos de beneficio para el futuro, tales como la impresión bajo demanda, publicidad customizada, suscripción al consumidor, descarga de pdf., etc., requiriendo todas ellas de la previa autorización del *Book Rights Registry* o los titulares de los derechos.

Las plataformas P2P como cualquier otro tipo similar de transmisión de archivos online seguirá evolucionado burlando los límites que establece el derecho

Con este sistema salen ganando tanto los titulares de los derechos como los consumidores y usuarios, unos porque reciben los beneficios de los usos online de esos libros y porque dan a conocer sus obras a un público potencialmente mayor de cualquier parte sin tener que gastar en publicidad, y los usuarios, porque permite el acceso a miles de obras de todo el mundo, de un modo cómodo y fácil, además de poder consultar obras que no estén publicadas.

Considero que este sistema podría ser perfectamente trasladado a Europa y extenderse a otro tipo de obras, incluyendo las audiovisuales a las que me he venido refiriendo en este trabajo. La extrapolación de este modelo a todo tipo de archivos y obras limitaría en gran medida la descarga y consumo ilegal de contenido protegido, facilitando el cobro por los titulares de derechos, haciendo visibles obras antiguas, no publicadas o de difícil acceso, reduciendo costes.

De todos modos la propia red, en su constante cambio y evolución, genera nuevas salidas y soluciones al problema. Así la plataforma ReDigi permite, mediante la creación gratuita de una cuenta de usuario, almacenar, reproducir en *streaming*, comprar y vender archivos digitales de “segunda mano”; de este modo el dinero que se obtiene de la venta del material multimedia se puede emplear en comprar

aquellos archivos que se desean, y se obtienen “créditos” por los intercambios que se canjean por archivos o descuentos. Se trata de un mercado secundario de archivos totalmente legales, puesto que su procedencia es lícita, y además la reventa de obras es totalmente legal y no requiere autorización previa del autor (salvo casos como obras de arte). Sin embargo esta solución casi con certeza creará un nuevo problema y pondrá en jaque a los bufetes de abogados de empresas como Apple, ya que los contenidos de plataformas como *iTunes*.

En definitiva, dado que internet es una red que no para de crecer y al mismo ritmo evolucionan las nuevas tecnologías, tanto las plataformas P2P como cualquier otro tipo similar de transmisión de archivos online seguirá evolucionado burlando los límites y barreras que establece el derecho, escapando así de la quema. Dada la gran diferencia existente entre las velocidades que alcanzan los descubrimientos tecnológicos y la mucho más lenta de la legislación, cada paso que da éste último se ve precedido por rápidos avances en las tecnologías que permiten evadirla.

Notas

¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de internet”; Práctica de derecho de daños, nº 53, octubre 2007, La Ley.

² GRACIANO REGALADO, J.C., “Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro”, Diario La Ley, nº 7209, 2 de julio 2009; Editorial La Ley.

³ LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”, Ponencia en la IIIª Acta Internacional de la Lengua Española, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida.

⁴ MILLÁN TEJEDOR, R.; “Distribución de libros electrónicos en redes p2p”, Acta y Cedro, 2006.

⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.; Op. Cit.

⁶ XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, Artículo de la Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, IDP 2 (2006).

⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de junio de 2000.

⁹ Bercovitz Rodriguez-Cano, R. y Otros, “Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, Tirant Lo Blanch, 2006.

¹⁰ http://www.iipa.com/2012_SPEC301_TOC.htm

¹¹ Vid. “Global Copyright: three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace”; ED. Bently, L., Suthersanen, U., Torremans, P.; Northampton, USA. 2010. Pág. 275 y ss.

Referencias

“*International Intellectual Property Alliance 2012 Special 301 Report*”, IIPA, 2012.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música en internet”; *Práctica de Derecho de Daños* núm. 53, Editorial La Ley, 2007.

Circular 1/2006, Fiscalía General del Estado, “Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003”.

DURÁN RIVACOBA, R., “La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico”; *Aranzadi Civil-Mercantil* núm.2/2011, Editorial Aranzadi, 2011.

GRACIANO REGALADO, J.C., “Propiedad intelectual, subsector musical e internet: problemas actuales y algunas consideraciones de futuro”; *Diario La Ley*, núm. 7209, Editorial La Ley, 2009.

HARJINDER OBHI, “Google Book Search”; “Global Copyright: three hundred years since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace”; ED. Bently, L., Suthersanen, U., Torremans, P.; Northampton, USA. 2010. Pág. 275 y ss.

IRRIBARREN OSCÁRIZ, J., “Top manta y Derecho Penal”, *Publicación Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm.9/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

LACRUZ MANTECÓN, M., “Napster. O cómo cargarse la propiedad intelectual (tal y como la venimos entendiendo)”.

LASARTE, C., “Comunicaciones electrónicas peer-to-peer (P2P) versus derechos de autor”; Ponencia en la IIIª Acta Internacional de la Lengua Española, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida.

MILLÁN TEJEDOR, R.; “Distribución de libros electrónicos en redes p2p”, *Acta y Cedro*, 2006.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Cyberpiratas, Administración y jueces: a propósito de la aplicación de la Ley Sinde”; *Diario La Ley*, núm. 7822, 2012.

POLITE FANJUL, C., “Intermediación en descargas de archivos protegidos en internet: derivación típica”; *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2012, Editorial Aranzadi, 2012.

PORCUNA DE LA ROSA, F., “A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm.1 de Logroño que condena a un administrador de un sitio de enlaces a redes P2P por infracción de derechos de la propiedad intelectual”; *Diario La Ley*, núm.7200, 2009.

SERRANO GÓMEZ, E., “Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?”; *Actualidad Civil*, pág. 1109, Tomo tres, Editorial La Ley.

XALABARDER PLANTADA, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”; *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm.2, UOC, 2006.

XALABARDER PLANTADA, R., “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?”; *Revista como la sociedad del conocimiento, UOC Papers*, núm.2, 2006.

A AUTORREGULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO COMERCIAL EM PORTUGAL: PANACEIA PARA A INOPERÂNCIA DO MODELO REGULADOR TRADICIONAL?

SUSANA ALMEIDA

Docente na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do
Instituto Politécnico de Leiria

Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Doutora em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de
Salamanca

EXCERTOS

“A autorregulação é um sistema criado pelos operadores da indústria publicitária – anunciantes, agências de publicidade e meios de comunicação social ou suportes – e de adesão voluntária, com o objetivo de autodisciplinar, num compromisso de responsabilidade social, a publicidade, mediante a enunciação de princípios éticos e boas práticas que consolidarão a confiança dos consumidores numa publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira, para benefício de todos os envolvidos”

“A autorregulação beneficia da especialização na matéria por parte dos membros dos organismos autorreguladores, que, portanto, conhecem com profundidade as temáticas que regulam e apreciam”

“O serviço europeu de Copy-Advice / Pre-Clearance permite aos operadores da indústria obter, de forma confidencial e não vinculativa, um aconselhamento prévio sobre a conformidade da comunicação comercial com as regras vigentes nos vários países europeus antes de aí proceder à sua emissão”

“Pese embora o quadro normativo consagrador do regime jurídico da comunicação comercial seja bastante completo, como sumariamente descrito e, aliás, em consonância com as orientações europeias, a estrutura fiscalizadora estadual revela-se manifestamente inoperante, o que conduz a que o referido leque regulador se afigure como uma autêntica “letra morta” e as infrações se repitam impunemente, em sério prejuízo dos concorrentes e, sobretudo, dos consumidores”

“Urge, pois, promover ações de divulgação sobre o organismo de autorregulação publicitária português e sobre os respectivos serviços oferecidos e, por outro lado, como referimos, criar parcerias entre as autoridades administrativas competentes e a entidade autorreguladora, como sucede noutros países”

I. Preliminares

1. Regulação, autorregulação e correção: conceituação

Na sociedade de consumo em que vivemos, regida por regras de economia de mercado, a publicidade desempenha um papel fundamental no desenvolvimento da economia, porquanto funciona como “instrumento privilegiado do fomento da concorrência”¹ e, por outra via, apresenta a inegável vantagem de conferir ao consumidor a possibilidade de ser informado, *inter alia*, sobre as características ou as condições de aquisição dos produtos e serviços publicitados². Não obstante, atendendo às características hipnóticas desta poderosa ferramenta e aos efeitos perniciosos que poderá produzir na esfera dos consumidores, e, portanto, para não desvirtuar as preditas e outras valias, a publicidade deve observar certas regras legais e éticas que delimitem o espaço de liberdade em que se pode licitamente mover. A publicidade deve, pois, ser objeto de regulação. Ora, a regulação, tal como tradicionalmente a conhecemos, divide atualmente esforços, em vários setores e, em particular, no domínio da comunicação comercial, com os atrativos modelos alternativos da autorregulação e da correção. Vejamos em que consistem estes modos de regulação.

Para obstar a que se subvertam as descritas virtudes assinaladas à publicidade e “[s]em recorrer a intenções paternalistas e recusando mesmo soluções de cariz protecionista”, como esclarece o legislador luso³, as autoridades estaduais criam regras jurídicas imperativas, em sintonia com as orientações provenientes da União Europeia, e velam pelo seu cumprimento. Este é o mecanismo regulador tradicional de cariz exclusivamente governamental ou comunitário: a *regulação*.

Já a *autorregulação*, como explica a *European Advertising Standards Alliance* (EASA), é o “sistema pelo qual a indústria da publicidade ativamente se policia”⁴. Com efeito, os operadores desta indústria – anunciante, profissional ou agência de publicidade e titular do suporte publicitário – assumem voluntariamente a responsabilidade social de criar normas e princípios éticos e, bem assim, de erigir um sistema eficaz que assegure o seu respeito. Também o Acordo Interinstitucional – “Legislar melhor” (2003/C 321/01), do Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias, nos auxilia nesta tarefa de delimitação conceitual, na medida em que elucida, no seu considerando 22, que a autorregulação consiste na “possibilidade de os operadores económicos, os parceiros sociais, as organizações não governamentais ou as associações adotarem entre si e para si linhas diretrizes comuns a nível europeu (designadamente códigos de conduta ou acordos setoriais)”⁵. Portanto, neste âmbito, as autoridades

estaduais ou comunitárias abstêm-se de interferir no processo regulador, podendo apenas fiscalizar a conformidade destas normas éticas com as disposições jurídicas imperativas de origem estadual ou comunitária⁶. Acresce que a autorregulação, ao contrário de correção, “não implica um ato legislativo”⁷.

Por fim, na *correção*, a tarefa reguladora é repartida entre as autoridades estaduais e os operadores da indústria da publicidade, combinando, portanto, facetas dos modelos anteriormente descritos. O citado Acordo Interinstitucional – “Legislar melhor”, no seu considerando 18, vem esclarecer que correção é “o mecanismo pelo qual um ato legislativo comunitário atribui a realização dos objetivos definidos pela autoridade legislativa às partes envolvidas reconhecidas no domínio em causa (nomeadamente os operadores económicos, os parceiros sociais, as organizações não governamentais ou as associações)” e acrescenta que este “mecanismo pode ser utilizado com base em critérios definidos no ato legislativo para assegurar a adaptação da legislação aos problemas e aos setores em causa, para aliviar o trabalho legislativo, concentrando-se este nos aspetos essenciais, e para aproveitar a experiência das partes envolvidas”. Neste sentido, o uso de sinergias da sociedade civil e das autoridades estaduais permite a criação, com uma base estabelecida na lei, de normas flexíveis, privilegiadamente conhecedoras da realidade em constante mutação e de aplicação eficaz, visto que os destinatários são os seus criadores. Portanto, a correção será a autorregulação que se encaixa num quadro legal⁸.

No presente trabalho, propomos modestamente introduzir-nos nos meandros da autorregulação da comunicação comercial no cenário luso, conhecendo o seu modo de funcionamento, assinalando as suas vantagens e questionando a sua eficácia, tomando como paralelo o sistema regulador tradicional. Antes, porém, de encetarmos caminho, dedicaremos duas linhas aos demais modelos de regulação.

2. O tradicional modelo de regulação no contexto luso e a correção enquanto velada aspiração da União Europeia

Vimos nos parágrafos precedentes que o protagonismo económico, social e cultural da publicidade não nos permite perspetivar este instrumento como um mal menor, mas, devido aos não despididos perigos que representa, deve ser objeto de regulação, o que resulta, desde logo, de imperativo ínsito na Lei Fundamental⁹.

Entre nós, é o Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei 330/90, de 23 de outubro¹⁰, que, em harmonização com a legislação comunitária – nomeadamente as Diretivas 84/450/CEE, 89/552/CEE, 2005/29/CE e 2007/65/CE –, concede assento legal às regras basilares que devem pautar a atividade

publicitária. Assim, e sem pretensões de exaustão da nossa parte, este diploma enuncia os princípios que instituem o quadro fundamental dentro do qual se deve circunscrever toda a comunicação comercial (arts. 6º e ss.), delimita as restrições ao conteúdo da mensagem publicitária (arts. 14º e ss.) e, bem assim, ao seu objeto (arts. 17º e ss.), estabelece algumas regras sobre formas especiais de publicidade e outras formas de comunicação comercial (arts. 23º e ss.) e, por fim, prevê o regime sancionatório (arts. 34º e ss.). As formas especiais de publicidade e outras técnicas de comunicação comercial são depois objeto de regulação específica em diplomas avulsos, tais como a Lei 6/99, de 27 de janeiro, atinente à regulação da publicidade domiciliária por telefone e por telecópia, a Lei da Televisão, aprovada pela Lei 27/2007, de 30 de julho e alterada pela Lei 8/2011, de 11 de abril, ou a Lei da Rádio, aprovada pela Lei 54/2010, de 24 de dezembro, ou ainda a Lei 41/2004, de 18 de agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, que recentemente¹¹ passou a albergar o regime atinente às comunicações eletrónicas não solicitadas (arts. 13º e 13º-A). Merece ainda especial referência, neste contexto, o Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, concernente às designadas práticas comerciais desleais e com particular importância em matéria de publicidade enganosa.

Inúmeras são
as vantagens
apontadas à
autorregulação

A competência para fiscalizar o cumprimento do descrito regime jurídico da publicidade e para proceder à instrução e decisão dos respetivos processos de contraordenação e aplicação de coimas e sanções acessórias cabe atualmente à Direção-Geral do Consumidor (DGC), em conformidade com o disposto no art. 13º, n. 2, al. *f*), do Decreto-Lei 126-C/2011, de 29 de dezembro, e no art. 2º, n. 2, al. *j*), do Decreto Regulamentar 38/2012, de 10 de abril, sucedendo, assim, nas atribuições da extinta Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade. A especificidade das matérias poderá conduzir ao acometimento das competências fiscalizadoras para entidades como, *inter alia*, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), a Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. (Infarmed), a Direção-Geral da Saúde ou o Banco de Portugal. A DGC poderá outrossim solicitar a intervenção da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), em matéria de práticas comerciais desleais, para a efetiva execução da sua ação (cfr. art. 19º, n. 3, do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março).

Ora, o delineado quadro legal, com salvaguardas pontuais, é, a nosso ver, completo, mas absolutamente ineficaz. Basta passarmos alguns minutos em frente

ao televisor para constatarmos que dispositivos como a proibição de intervenção de menores nas mensagens publicitárias (art. 14º, n. 2, do Código da Publicidade), ou a proibição de publicidade de bebidas alcoólicas entre as 7 e as 22 horas e 30 minutos (art. 17º, n. 2, do Código da Publicidade), ou mesmo o tempo reservado à publicidade televisiva (art. 40º da Lei da Televisão), são impune e reiteradamente violados. Este estado de tolerância à ilicitude parece-nos dever-se à inoperância e morosidade das autoridades administrativas. Desde logo, por sua iniciativa, não vemos que as enunciadas autoridades administrativas – em particular, a DGC, que apresenta a competência geral – atuem no sentido de fazer cessar o desrespeito das elencadas normas, como é sua incumbência legal. Por outro lado, afigura-se-nos que os destinatários das mensagens publicitárias desconhecem as preditas normas legais e, em geral, manifestam-se desinteressados por zelar pelo seu cumprimento, pelo que raramente denunciam junto das referidas autoridades os casos de infração. Sem embargo, mesmo nos casos de interesse ou de denúncias apresentadas por associações de defesa dos consumidores ou por concorrentes, as autoridades administrativas revelam-se inertes.

É justamente com fundamento no insuficiente controlo do cumprimento da legislação e na dificuldade que a regulação tradicional tem em acompanhar o ritmo da evolução tecnológica, económica e social que a Comissão Europeia, com amparo num estudo encomendado ao *Hans Bredow Institut*, da Universidade de Hamburgo, sobre as medidas de correção no setor dos *media*¹² [mídia], tem preconizado que a implementação dos modelos da auto e da correção, em combinação com a regulação estadual, será a via ideal para impedir o manifesto insucesso das abordagens tradicionais.

Neste seguimento, e após a primeira proposta legislativa com referência explícita a estas formas alternativas de regulação apresentada pela Comissão¹³, foi aprovada a Diretiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que alterou a Diretiva 89/552/CEE do Conselho, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros concernentes ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, e que, no seu art. 3º, n. 7, veio estatuir que “[o]s Estados-membros devem encorajar os regimes de correção e/ou de autorregulação a nível nacional nos domínios coordenados pela presente diretiva na medida do permitido pelos respetivos ordenamentos jurídicos”. Este dispositivo acrescentava ainda que estes “regimes têm que ser largamente aceites pelas principais partes interessadas dos Estados-membros em causa e prever um controlo efetivo do seu cumprimento”. Este desígnio foi mantido no quadro de prioridades da Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação

de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, que, apesar de revogar a anterior diretiva, transpôs para o considerando 44 o mesmo arrazoado contido no anterior considerando 36 e conservou a citada redação do precedente art. 3º, n. 7, no atual art. 4º, n. 7¹⁴.

Ainda antes deste incentivo europeu, já em terras lusas se estimulava a implementação destes modelos. Com efeito, o art. 9º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei 53/2005, de 8 de novembro, dispõe que “[a] ERC deve promover a correção e incentivar a adoção de mecanismos de autorregulação pelas entidades que prosseguem atividades de comunicação social e pelos sindicatos, associações e outras entidades do setor”¹⁵.

Não obstante, os exemplos lusos de correção no setor são escassos e, por conseguinte, os ecos emanados da União Europeia ainda não se fizeram ouvir devidamente no nosso país, o que lamentamos, pois a implementação deste método e, portanto, o envolvimento dos parceiros sociais na criação normativa poderia ser, quiçá e como indica o citado estudo, a panaceia para o cenário de violação que acima descrevemos.

II. A autorregulação da comunicação comercial em Portugal

1. A autorregulação da comunicação comercial: uma cartilha eficaz de princípios éticos e boas práticas

A autorregulação, como vimos, é um sistema criado pelos operadores da indústria publicitária – anunciantes, agências de publicidade e meios de comunicação social ou suportes – e de adesão voluntária, com o objetivo de autodisciplinar, num compromisso de responsabilidade social, a publicidade, mediante a enunciação de *princípios éticos e boas práticas* que consolidarão a confiança dos consumidores numa publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira, para benefício de todos os envolvidos. Esta cartilha de princípios éticos e boas práticas é delineada, revista e aplicada por organismos de autorregulação criados para o efeito e financiados pela própria atividade publicitária. Apesar de se verificar, em geral, uma maior tenção de os operadores da indústria publicitária cumprirem voluntariamente as regras definidas pela própria atividade publicitária e contempladas nesta cartilha, podem dar-se casos de inobservância e, nessa eventualidade, a autodisciplina deve igualmente prever sanções eficazes (*v.g.*, publicação das deliberações, imposição de autorização

prévia obrigatória para anúncios futuros do infrator ou encaminhamento para a autoridade reguladora oficial).

Inúmeras são as *vantagens* apontadas à autorregulação, quer para os consumidores, quer para os operadores da indústria publicitária¹⁶. Desde logo, a autorregulação acompanha mais rapidamente a evolução social do que a lei e, sendo mais clara e flexível, adapta-se mais facilmente às especificidades da comunicação comercial individual do que os princípios genéricos contidos na lei. Por outro lado, na medida em que evita a complexidade e a morosidade de um processo

A autorregulação acompanha mais rapidamente a evolução social do que a lei

administrativo ou judicial, permite a obtenção de uma decisão acessível, rápida, eficaz, adequada e com baixos custos financeiros ou sem esses custos, no caso de a denúncia ser feita pelo consumidor, uma vez que o sistema é financiado pelos operadores da indústria publicitária. Em correlação com o anterior, poderá ainda acrescentar-se que este sistema permite

a rapidez da intervenção e a consequente aplicação imediata e eficaz das sanções, quer mediante a publicação das decisões dos organismos autorreguladores, quer impondo aos meios de comunicação social a recusa ou a suspensão das mensagens prevaricadoras. Acresce que a autorregulação beneficia da especialização na matéria por parte dos membros dos organismos autorreguladores, que, portanto, conhecem com profundidade as temáticas que regulam e apreciam. Refira-se ainda que este modelo poderá ter uma importante função preventiva, uma vez que a possibilidade de apreciar *a priori* as comunicações comerciais permite impedir que potenciais mensagens ilícitas ou censuráveis sejam comunicadas e, conseqüentemente, condenadas, produzindo efeitos danosos, a montante, para o consumidor, que confiou numa comunicação comercial ilícita, e, a jusante, para os operadores, que veem a sua imagem denegrida pela reprovação. Por último, como, neste sistema, os conflitos são dirimidos de dentro, estarão mais afastados da opinião pública e o cumprimento das decisões é mais eficaz¹⁷.

Saliente-se, sem embargo, que a autorregulação não poderá substituir a regulação tradicional e, aliás, funcionará melhor se estiver enquadrada na lei, que defina os princípios gerais e atue como último recurso. E, não obstante todas as manifestas vantagens assinaladas, a autorregulação não poderá cair na tentação de almejar apenas o benefício de quem a promove, como desconfiarmos que, por vezes, sucede¹⁸, devendo antes procurar salvaguardar, com imparcialidade, os interesses do consumidor ou do público em geral, que é, na verdade, o destinatário da publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira.

Estas vantagens têm sido reconhecidas pela maior parte dos países da União Europeia que acolheram no seu seio este modelo regulador e os números respeitantes aos diversos organismos europeus de autodisciplina comprovam-nas eloquentemente. Em 2010, 26 organismos europeus de autorregulação publicitária¹⁹ receberam 53.442 queixas respeitantes a conteúdos publicitários e promoveram, por sua iniciativa, 10.079 investigações²⁰. Cerca de 75% das referidas queixas, cifradas num total de 37.957, foram apresentadas pelo público em geral²¹. Quanto ao tempo de resolução, aproximadamente 68% das enunciadas queixas foram resolvidas, em média, em menos de um mês²². Refira-se ainda que, do total das queixas apresentadas, cerca de um terço (35,18%) obteve provimento, 5,98% foram resolvidas informalmente e apenas 0,94% foram remetidas para as autoridades reguladoras oficiais²³. No mesmo ano, os 22 organismos europeus que ofereciam o serviço de *Copy Advice* ou de apreciação *a priori* ou preventiva receberam 64.334 pedidos nesse sentido e 75% desses pedidos foram resolvidos dentro de 72 horas²⁴.

Apesar do retrato esboçado, os números referentes a Portugal são bastante modestos. Com efeito, no ano de 2010, o organismo de autodisciplina português, que *infra* procuraremos dar a conhecer, recebeu 29 queixas, encontrando-se em 21º lugar no contexto geral dos organismos europeus, frente às 25.214 queixas apresentadas junto do organismo homólogo do Reino Unido, número que lhe confere o primeiro lugar²⁵. No que concerne aos pedidos de *Copy Advice*, por exemplo, o organismo autorregulador de Espanha recebeu 6.336 pedidos, número bastante expressivo em comparação com os 73 pedidos apresentados junto do congénere português²⁶. Antes de tentarmos perceber estes números, procuremos primeiro conhecer o organismo português de autodisciplina da publicidade.

2. Um olhar sobre o horizonte português da autorregulação da publicidade: o Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial e os respectivos instrumentos de autocontrolo

2.1. Sobre o ICAP

O Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP) é uma associação privada sem fins lucrativos criada, em 1991, pelos agentes económicos do setor publicitário luso – anunciantes, agências de publicidade e meios de comunicação, representados, na altura, pela APAN, AIND, AMD, APAP, INTERVOZ, RC, RTP e, posteriormente, SIC e TVI – com o objetivo de implementar em Portugal o sistema de autorregulação. Desde essa data, o instituto tem procurado salvaguardar reconhecidamente os direitos e interesses do

público em geral, designadamente dos consumidores, e da indústria, em particular, dos concorrentes, mediante a promoção da publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira. Atualmente, o ICAP congrega aproximadamente uma centena de empresas associadas, mormente associações de operadores da indústria, anunciantes, agências de publicidade e meios de comunicação.

Tendo por objeto a defesa dos princípios éticos e deontológicos da comunicação comercial, em conformidade com o estatuído no art. 4º dos respectivos estatutos, este organismo enuncia como competências, *inter alia*: elaborar, estabelecer e implementar normas e códigos éticos e deontológicos; promover um espírito de entendimento e cooperação, tendo em vista dirimir eventuais conflitos; examinar a publicidade, por sua iniciativa ou solicitação; promover a suspensão imediata da publicidade que se revele lesiva dos direitos dos profissionais ou do público em geral; prestar informações, emitir pareceres, deliberar e propor medidas sobre assuntos da sua especialidade (cfr. art. 5º dos Estatutos do ICAP).

De acordo com o art. 9º dos citados estatutos, o ICAP integra seis órgãos distintos, a saber: a Assembleia Geral, que é constituída por todos os membros do organismo e tem competências deliberativas; a Direção, que é composta por um Presidente, dois Vice-Presidentes e seis Vogais e tem funções executivas ou de gestão; o Conselho Fiscal, que examina a escrita e os serviços de tesouraria e dá parecer sobre o relatório e contas anuais da Direção; o Secretário Geral, que coordena as atividades das diversas entidades e serviços do Instituto; o Gabinete Técnico-Jurídico (GTJ), que depende da Direção e que tem como atribuição, designadamente, dar pareceres sobre assuntos em matéria de comunicação comercial; e, finalmente, o Júri de Ética (JE), que é uma entidade especializada composta pela Comissão de Apelo e por duas Secções e que é responsável pela resolução de litígios, bem como, a par com o Gabinete Técnico-Jurídico, pela emissão de pareceres solicitados ao Instituto.

Em suma, poderemos dizer que, na mira de uma comunicação comercial responsável, a atividade primordial do ICAP se divide em três âmbitos distintos: a elaboração de códigos deontológicos; a aplicação dos referidos códigos por um júri, no seguimento de uma reclamação; e o serviço de *Copy Advice* ou de apreciação prévia, que visa a correção ética e legal das mensagens antes da sua comunicação. É justamente a estes instrumentos que dedicaremos, ainda que com brevidade, os próximos títulos.

2.2. O Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial e outros instrumentos normativos

Uma das principais competências do ICAP traduz-se, como vimos, na elaboração, implementação e revisão de códigos éticos e deontológicos.

Na prossecução desta competência, o ICAP aprovou, em 1991, o *Código de Conduta em Matéria de Publicidade*, que acolheu regras sobre decência, honestidade, lealdade e veracidade das comunicações comerciais, com clara inspiração bebida do Código das Práticas Leais em Matéria da Publicidade da autoria da Câmara de Comércio Internacional, sobre o qual falaremos *infra*.

Este código foi posteriormente revisto e atualizado oito vezes, datando a última revisão de 2010, altura em o código de conduta do ICAP se passou a designar *Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial*. A aprovação deste novo código de conduta destinou-se, além do mais, a proteger sob a manta autorreguladora lusa as normas contidas no Código Consolidado sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial, que foi aprovado pela Câmara de Comércio Internacional em 2006, passando assim a abranger outras temáticas, tais como a promoção de vendas, o patrocínio, o marketing direto, o uso de meios eletrónicos e telefone e alegações ambientais.

No que respeita ao seu conteúdo substantivo, poderemos sumariamente assinalar que, igualmente em sintonia com o Código da Publicidade e demais legislação avulsa já citada, o Código de Conduta dispõe, na parte I, especialmente nos seus arts. 4º e ss., que “[t]odas as comunicações comerciais devem ser legais, decentes, honestas e verdadeiras”, enuncia as condições para a licitude de uma comunicação comercial comparativa (art. 15º) ou testemunhal (art. 17º), reprova a imitação de outra comunicação comercial (art. 20º), indica as regras referentes à publicidade infantojuvenil (art. 22º), protege a privacidade pessoal (art. 23º), reproduz os dispositivos legais quanto ao envio de produtos não solicitados (art. 25º), entre outros preceitos. A parte II da compilação dedica-se às novas temáticas que acima enunciámos, apresentando vários desenvolvimentos comparativamente ao disposto na lei nacional e, assim, realiza a atualização normativa em sintonia com a evolução tecnológica e, ademais, permite, com a regulamentação detalhada, uma maior adaptabilidade às comunicações comerciais individuais. A título de exemplo, refira-se que, de acordo com o art. E1, n. 7, deste Código de Conduta, alegações tais como “amigo do ambiente” ou “ecologicamente seguro”, quando sugerirem que um produto ou atividade não exerce impacto algum, ou apenas um impacto positivo, sobre o ambiente, não devem ser utilizadas, exceto se for disponibilizado um elevado grau de prova.

Merece ainda referência, neste título, o Código de Autorregulação em Matéria de Comunicação Comercial de Alimentos e Bebidas dirigida a Crianças, que é um código setorial que, tendo em primeira linha de preocupação o flagelo da obesidade infantil, contempla regras sobre a responsabilidade social, saúde, segurança, identificabilidade e intervenção de personagens, promoção de vendas e marketing escolar.

Refira-se, por último, que o ICAP celebrou igualmente diversos acordos e protocolos com outras entidades²⁷.

2.3. A resolução de litígios por deliberação extrajudicial do Júri de Ética: apreciação a posteriori

A comunicação comercial emitida em qualquer suporte que se considere ilícita e/ou censurada pelo descrito Código de Conduta do ICAP ou pela legislação vigente pode ser submetida *a posteriori* ao escrutínio do Júri de Ética, que, como vimos, é o órgão do ICAP responsável pela resolução dos litígios.

A queixa poderá ser apresentada por qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada. No caso das pessoas singulares, o processo é gratuito – tal como sucede no caso das associações de consumidores – e poderá ser iniciado através do simples preenchimento de um formulário online ou do envio para o ICAP, por correio ou fax, do formulário em versão PDF. No que respeita às pessoas coletivas, estas deverão apresentar a queixa em triplicado e observar o disposto no art. 9º do Regulamento do JE.

Como referimos *supra*, as queixas são submetidas à apreciação do JE e resolvidas à luz do Código de Conduta e da legislação vigente. Este órgão, formado por peritos independentes, é composto por duas secções, que são de indistinta competência e funcionam como primeira instância (cfr. art. 4º do Regulamento do JE), e pela Comissão de Apelo, que é responsável por “apreciar os recursos das deliberações emitidas pelas Secções relativas a queixas, pronunciando-se em definitivo sobre as mesmas” (cfr. art. 5º, n. 1, al. *a*), do Regulamento do JE). A independência deste órgão merece-nos, porém, um comentário. Tivemos oportunidade de referir que uma nota fundamental da autorregulação deve ser a da imparcialidade e a da salvaguarda, em primeira linha, dos interesses do público em geral, mormente do consumidor. Ora, para afastar juízos sobre a eventual isenção e imparcialidade dos membros do JE, e pese embora o art. 3º, n. 2, do Regulamento do JE disponha que sempre que qualquer dos seus membros seja, direta ou indiretamente, parte interessada na questão *sub judice*, deve abster-se de participar na discussão e decisão da mesma, consideramos que este preceito deveria prever expressamente que os membros deste órgão não poderiam manter no momento da nomeação e enquanto durasse o seu mandato qualquer relação laboral com as entidades associadas. Não basta, com efeito, que se prescreva que os membros do JE não podem exercer funções nos órgãos sociais do ICAP, como se lê no n. 3 do art. 3º daquele regulamento. Necessário será também que não apresentem qualquer vínculo com as entidades associadas. Por outra via, afigura-se-nos que os critérios de nomeação deveriam estar igualmente enunciados neste regulamento.

Refira-se ainda que as decisões deste órgão são depois publicadas no *site* oficial do Instituto²⁸.

Em caso de inobservância das decisões do JE, o ICAP poderá dar notícia pública desse facto, em conformidade com o disposto no art. 15º do Regulamento do JE e sem embargo das sanções previstas no art. 31º dos estatutos deste Instituto.

Relativamente às matérias sindicadas, segundo dados fornecidos pela EASA, em 2010, cerca de 63% das queixas apresentadas junto do ICAP respeitavam a publicidade enganosa, 10% concerniam a responsabilidade social e as demais referiam-se a outros critérios, tais como a ilicitude²⁹.

Este cenário compreende-se, na medida em que apenas 20% das queixas são apresentadas por consumidores e as demais respeitam a concorrentes que, genericamente, reclamam da publicidade enganosa, comparativa, denegridora e da concorrência desleal realizada pelos seus opositores. Por exemplo, ao contrário do que sucede no país vizinho, não encontramos queixas sobre publicidade discriminatória entre sexos ou referente à utilização da imagem e a dignidade da mulher e são sobejamente raras as reclamações concernentes à publicidade infantojuvenil. Curiosamente, a média europeia atinente à proveniência das queixas é diametralmente oposta: em 2010, 70% das queixas foram apresentadas pelo público em geral e apenas 30% tiveram como reclamantes as empresas, associações empresariais e entidades públicas³⁰. Acresce que a intervenção desta entidade autorreguladora é manifestamente incipiente comparativamente às suas congéneres europeias, encontrando-se, como vimos, em 21º lugar com as 29 queixas apresentadas no ano de 2010.

Só conseguimos explicar este retrato, tal como tivemos oportunidade de referir, pelo desconhecimento e desinteresse do público em geral no que respeita à matéria publicitária e às consequências nefastas da sua ilicitude. Eventualmente, campanhas de sensibilização e de esclarecimento sobre a existência deste modelo regulador e sobre as suas indiscutíveis vantagens poderiam conduzir à alteração estatística com o benefício de todos³¹. Recorde-se que, para o público em geral, o processo é gratuito e simples e, para os operadores da indústria, o mecanismo permite soluções eficazes e mais discretas do que uma denúncia perante as autoridades administrativas competentes. Parcerias entre as autoridades administrativas competentes e a entidade autorreguladora, quiçá com recurso ao modelo da correção, em conformidade, aliás, com as orientações comunitárias, também poderiam introduzir alterações no cenário.

O sistema regulador tradicional português padece claramente de graves defeitos

Note-se, por último, que, em alternativa à resolução dos litígios – durante ou em vias de – pelo JE, o Instituto proporciona ainda o acesso à mediação.

2.4. O Copy Advice do Gabinete Técnico-Jurídico: apreciação a priori

O ICAP apresenta ainda a possibilidade de a comunicação comercial ser apreciada *a priori*, isto é, antes de ser difundida.

Trata-se do serviço de aconselhamento jurídico confidencial, designado *Copy Advice* ou Parecer Prévio, que é prestado pelo Gabinete Técnico-Jurídico, num prazo máximo de 48 horas, e que permite a correção ético-legal do projeto de anúncio ou da campanha publicitária antes da sua difusão. Após a apreciação jurídica dos peritos do GTJ, é da responsabilidade do requerente a difusão ou não da mensagem. Os pareceres emitidos não têm, portanto, carácter vinculativo, tal como dispõe o art. 6º do Regulamento do *Copy Advice*, e, por conseguinte, não vinculam o JE na hipótese de posterior reclamação.

Para aceder a este mecanismo, o requerente deverá imprimir e preencher o respetivo formulário disponível no *site* oficial do Instituto e proceder ao seu envio para o secretariado. O serviço é gratuito para todos os associados e implica o pagamento do custo correspondente para os não associados.

Esta ferramenta de aconselhamento prévio confidencial sobre a conformidade da mensagem com o regime ético-legal da comunicação comercial pode ser extremamente útil para prevenir infrações e, conseqüentemente, evitar condenações da entidade autorreguladora ou processos contraordenacionais, com os custos financeiros e mossas na opinião pública daí advenientes. Por exemplo, segundo dados do organismo de autorregulação espanhol, o serviço de consulta prévia permitiu rever 90% da publicidade infantojuvenil emitida na televisão, em 2010, o que resultou numa diminuição de reclamações apresentadas em cerca de 75% relativamente ao ano de 2009³². No ano de 2010, como vimos, apenas foram apresentados 73 pedidos de *Copy Advice* junto do GTJ, o que, apesar de ser um número substancialmente superior ao número de queixas, é ainda uma cifra manifestamente baixa. Julgamos que este cenário também seria alterado se o valor cobrado aos não associados, e que – note-se – corresponde ao triplo do valor cobrado pelo organismo congénere espanhol, fosse menos elevado. Acresce que, se as autoridades reguladoras são inoperantes e se a entidade autorreguladora raramente é chamada para escrutínio, por que razão os operadores da indústria se preocuparão em utilizar este instrumento? Deve, por isso, pugnar-se pela alteração do *status quo* e, portanto, por assegurar o respeito efetivo pelo regime ético-legal da comunicação comercial.

Este serviço é igualmente disponibilizado a nível europeu. Efetivamente, o serviço europeu de *Copy-Advice / Pre-Clearance* permite aos operadores da indústria obter, de forma confidencial e não vinculativa, um aconselhamento prévio sobre a conformidade da comunicação comercial com as regras vigentes nos vários países europeus antes de aí proceder à sua emissão³³.

Podemos ainda referir, neste título, porquanto se trata igualmente de uma ferramenta preventiva, que o ICAP dispõe ainda de um serviço de monitorização que se destina a analisar, por sua iniciativa e/ou mediante acordo com os anunciantes ou titulares do suporte, a conformidade da comunicação comercial veiculada ou por veicular.

III. A autorregulação da comunicação comercial na Europa em geral

1. A Câmara de Comércio Internacional de Paris

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) é uma organização internacional criada em 1919 e sediada em Paris que procura promover, assessorar e representar o comércio internacional, designadamente mediante a criação de normas que, por aceitação voluntária, regem grande parte das relações comerciais.

No desenvolvimento desta tarefa, a CCI publicou, em 1937, o *Código Internacional de Práticas Leais em Matéria de Publicidade*, que, com as suas múltiplas revisões, tem servido de inspiração a todos os códigos de conduta adotados pelos organismos de autorregulação da Europa e de outros países. Esta foi, pois, a fonte primária de princípios como a legalidade, a decência, a igualdade e a veracidade da publicidade ou de regras como as relativas à publicidade comparativa, testemunhal ou dirigida a crianças.

Em 2006, a CCI elaborou o *Código Consolidado de Práticas de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial*, cujas disposições, por exortação da EASA, têm sido igualmente incluídas nos códigos de conduta dos seus membros, como sucedeu, como vimos, com o Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial do ICAP. Com a criação deste código, a CCI procurou adaptar as regras éticas e as boas práticas tradicionais à utilização das novas tecnologias na comunicação comercial.

Refira-se, não obstante, como recomendado pela CCI, que este código deontológico deverá ser lido em conjunto com os múltiplos documentos normativos elaborados por esta organização sobre as mais diversificadas temáticas, tais como venda direta, comunicações comerciais sobre produtos alimentares e bebidas, comunicações comerciais em matéria ambiental, entre outros³⁴.

2. A coordenação dos sistemas de autorregulação da publicidade da Europa: a European Advertising Standards Alliance

A *European Advertising Standards Alliance* foi constituída em 1992 com o objetivo de impulsionar e apoiar a autorregulação publicitária na Europa, coordenar o tratamento das queixas transfronteiriças e promover a informação e investigação sobre a autorregulação. Trata-se de uma organização sem fins lucrativos, com sede em Bruxelas, estruturada em rede e integrada pelos organismos nacionais de autorregulação publicitária e por instituições representativas da indústria publicitária na Europa, funcionando, assim, como instrumento de coordenação dos organismos e sistemas de autorregulação da publicidade da Europa. Não obstante, atualmente os seus membros não se confinam a este velho continente: abrangem outros continentes e regiões, a saber, a África do Sul, a Austrália, o Brasil, o Canadá, o Chile, a Índia, o México, a Nova Zelândia e o Peru, o que é revelador da relevância e da eficácia da atividade que de modo profícuo esta organização desenvolve.

Em suma, esta organização integra 35 organismos nacionais de autorregulação, sendo que 26 deles pertencem a 24 países europeus³⁵ e os outros nove têm sede nos países acima elencados.

Por outra via, esta organização conta, desde 2008, com um Conselho Internacional sobre Autorregulação da Publicidade, que apresenta como objetivo promover um fórum para facilitar o intercâmbio de informação, discussão sobre as melhores práticas e comunicação entre os organismos nacionais de autorregulação de todo o mundo.

Os objetivos desta organização são, em parte, prosseguidos mediante a enunciação, por acordo dos seus membros, de um conjunto de princípios comuns e de boas práticas que são recomendados aos organismos nacionais de autorregulação e que se destinam a orientar a atividade autorreguladora. Falamos, por exemplo, da *Declaração de Princípios Comuns e de Normas de Boas Práticas de Atuação* aprovada em 2002. Por outro lado, os anunciantes, agências, titulares dos suportes europeus e a EASA assinaram em 2004 uma *Carta sobre Autorregulação da Publicidade*, na qual, reconhecendo que a melhor forma de maximizar a confiança dos consumidores, dos concorrentes e da sociedade numa publicidade responsável seria através de um compromisso de autorregulação da publicidade na Europa, enunciaram também um conjunto de princípios relevantes na área³⁶.

3. Breves notas sobre organismos nacionais de autorregulação congêneres na União Europeia

De acordo com os dados reunidos pela EASA, como já tivemos oportunidade de referir, encontramos 26 organismos europeus de autorregulação publicitária integrados em 22 Estados-membros da União Europeia, bem como um na Suíça e outro na Turquia. Estes organismos foram responsáveis pela apreciação, em 2010, de um total de 53.442 reclamações, sendo que cerca de 73% destas queixas (38.918) foram apresentadas no Reino Unido e na Alemanha, ocupando, assim, estes países o primeiro e o segundo lugares, respetivamente, no ranking europeu³⁷.

Estes dois países, ao invés dos demais, apresentam, cada um, duas instituições autorregulatórias. No Reino Unido, a *Advertising Standards Authority (ASA)* oferece o serviço de *Copy Advice* e aprecia as queixas apresentadas por consumidores, concorrentes e outras partes interessadas e, por outro lado, o *Clearcast* avalia os guiões de pré-produção e libera os anúncios televisivos concluídos antes da sua transmissão. Na Alemanha, encontramos o *Deutscher Werberat (DW)*, que analisa as questões referentes à responsabilidade social e decência, enquanto a *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (ZBW)* é competente para avaliar os temas da publicidade enganosa e da concorrência desleal.

Apesar do sucesso da *ASA* – que só em 2010 foi responsável pela apreciação de 25.214 queixas³⁸ –, este organismo apresenta um conjunto de áreas para as quais não tem competência, tais como a publicidade sobre crédito, a proteção de dados, marketing direto, entre outras, sem embargo de informar o consumidor sobre a autoridade competente para apreciar a queixa nesses casos. Salientamos a simplicidade organizacional deste organismo, porquanto é constituído apenas pelo *Council*, competente pela apreciação das reclamações e dividido em dois painéis (*broadcast/non-broadcast*), pertencendo quase todos os 14 membros a ambos, e pela *Senior Management Team*, que é o órgão executivo, composto por cinco elementos. As decisões do *Council* podem, em certos casos, ser submetidas a reapreciação por um *Independent Reviewer*. Outros dois aspetos positivos que merecem o nosso destaque são, por um lado, o amplo leque de sanções aplicáveis aos infratores e, por outro, a publicação de uma lista dos operadores que, apesar das advertências e pedidos de suspensão realizadas pelo organismo, mantiveram os seus anúncios online³⁹.

Sobre a *ZBW*, destacamos igualmente duas particularidades: este organismo também recebe queixas da polícia e das autoridades públicas competentes na área do comércio e da saúde; e na eventualidade de o operador em infração não corrigir ou suspender a prática comercial desleal depois de advertido pelo organismo, o diretor executivo decide se inicia um procedimento judicial contra o transgressor, ainda que antes procure obter um acordo amigável⁴⁰.

Por uma questão de proximidade geográfica e de características sócio-culturais, dedicaremos ainda duas linhas ao *Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP)* italiano e à espanhola *Autocontrol – Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*, que, em 2010, ocuparam, respetivamente os décimo segundo (220 queixas) e décimo terceiro (144 queixas) lugares na tabela europeia⁴¹.

No que respeita aos serviços disponibilizados pelo *IAP*, para além dos tradicionais pareceres preventivos sobre a conformidade da comunicação comercial emitidos pela *Sezione pareri preventivi* integrada no *Comitato di Controllo* e das decisões *a posteriori* proferidas pelo *Giuri* ou pelo *Comitato di Controllo*, este organismo oferece outros préstimos preventivos e de tutela da criatividade. Falamos do controlo preventivo da comunicação comercial referente aos medicamentos de venda livre, conforme competência reconhecida pelo Ministério da Saúde, e, por outro lado, do depósito de anúncios ou campanhas, com o fito de obter tutela contra utilizações indevidas ou imitação. Merece ainda destaque, no contexto da organização e funcionamento deste organismo, o Regulamento para garantir a imparcialidade do juízo autodisciplinar, que estabelece um conjunto de condições que devem ser respeitadas pelos membros do *Giuri* e do *Comitato di Controllo* para desempenharem de forma isenta as suas funções nestes órgãos⁴².

A *Autocontrol* apresenta uma estrutura organizacional semelhante ao organismo de autorregulação português: o *Jurado de Publicidad* é responsável por analisar as reclamações apresentadas e o *Gabinete Técnico* está encarregue do serviço de consulta prévia. Note-se que, em 2010, este organismo respondeu a 8.162 pedidos de consulta prévia, o que parece ter como consequência uma assinalável diminuição das reclamações em 25% relativamente ao ano anterior⁴³. No que respeita a outros serviços prestados, esta organização é uma das entidades acreditadas pela Red.es para oferecer o serviço de resolução extrajudicial de conflitos sobre o registo de nomes de domínio e, por outro lado, apõe o selo de *Confianza Online* que garante que as entidades (ou os sites) assinaladas se comprometem a respeitar o Código Ético de Confianza *Online*, bem como o conteúdo dos acordos de mediação ou das decisões do *Jurado de Publicidad* ou da *Junta Arbitral de Consumo*. Com este último instrumento, é, portanto, possível reclamar de publicidade interativa ou de comércio eletrónico. Por fim, salientamos as campanhas de publicidade promovidas pela *Autocontrol*, com claims como “*AUTOCONTROL, trabajamos por una publicidad responsable*”, que têm como objetivo divulgar os organismos e os serviços por ele prestados.

Como revelaremos *infra*, consideramos que o organismo de autodisciplina português poderia seguir algumas “peças” dos figurinos aqui retratados por forma a

alcançar uma melhor colocação a nível europeu ou, noutra perspectiva, por forma a tornar a comunicação comercial em Portugal mais lícita, decente, honesta e verdadeira⁴⁴.

IV. Considerações finais

O sistema regulador tradicional português padece claramente de graves defeitos. De facto, pese embora o quadro normativo consagrador do regime jurídico da comunicação comercial seja bastante completo, como sumariamente descrito e, aliás, em consonância com as orientações europeias, a estrutura fiscalizadora estadual revela-se manifestamente inoperante, o que conduz a que o referido leque regulador se afigure como uma autêntica “letra morta” e as infrações se repitam impunemente, em sério prejuízo dos concorrentes e, sobretudo, dos consumidores.

Reconhecendo as falhas do modelo regulador tradicional e as virtudes de modelos reguladores alternativos, a União Europeia tem acenado com a bandeira da auto e da correção, em combinação com a regulação estadual, como a via ideal para impedir o notório insucesso das abordagens tradicionais. Não obstante, como apontámos, pelo menos, os ecos incentivadores da correção muito modestamente se têm feito sentir em terras lusas.

No que respeita ao modelo autorregulador português, consideramos que a estrutura montada – e que segue a largos traços a configuração dos organismos congêneres europeus – teria todas as valências para funcionar como a panaceia da inoperância do modelo regulador tradicional. Contudo, o modesto retrato numérico esboçado revela-nos que o mecanismo raramente é acionado e, ao contrário do que sucede no resto da Europa, quem o aciona são os concorrentes e não os consumidores. Só conseguimos explicar este cenário com o desinteresse e desconhecimento dos consumidores deste país de “brandos costumes”. Urge, pois, promover ações de divulgação sobre o organismo de autorregulação publicitária português e sobre os respectivos serviços oferecidos e, por outro lado, como referimos, criar parcerias entre as autoridades administrativas competentes e a entidade autorreguladora, como sucede noutros países. Para melhorar a eficácia do sistema criado, sugerimos um apuramento das regras de nomeação e de desempenho das funções dos membros do Júri de Ética, bem como a ampliação do leque de sanções a aplicar perante o inadimplemento, tais como o início de procedimento administrativo ou judicial em caso de desrespeito da decisão do organismo de autodisciplina, à semelhança do que se verifica na Alemanha, ou a publicação de uma lista dos infratores que reiteradamente desconsideram as decisões daquele organismo, como se verifica no Reino Unido.

Com este trabalho procurámos modestamente dar a conhecer a existência e as manifestas vantagens do sistema de autorregulação da comunicação comercial português, na expectativa de assim contribuir para a inversão numérica da proveniência das queixas apresentadas junto do organismo autorregulador. Se conseguimos preencher esta lacuna de conhecimento de alguns consumidores e motivá-los para a simples e gratuita defesa de uma publicidade lícita, decente, honesta e verdadeira, os nossos objetivos foram alcançados.

Notas

¹ Como, aliás, salienta o legislador português no Preâmbulo do Decreto-Lei 330/90, de 23 de outubro, que aprova o Código da Publicidade. Ver também Rui Moreira Chaves, *Regime Jurídico da Publicidade*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 52.

² Como assinala, entre muitos outros, Ana Luísa Geraldes, *O Direito da Publicidade: Estudos e Práticas Sancionatórias, Decisões da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade*, Lisboa, Edição do Instituto do Consumidor, 1999, pp. 12 e 13.

³ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei 330/90, de 23 de outubro, que aprova o Código da Publicidade.

⁴ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Advertising self-regulation: The Essentials – A layman's guide to self-regulation*, 2003, p. 5, disponível em <http://www.easa-alliance.org/page.aspx/267> (consultado setembro 2012).

⁵ A versão portuguesa deste documento comunitário pode ser consultada em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003Q1231%2801%29:PT:HTML>.

Para um estudo aprofundado sobre o programa “Legislar melhor”, ver Jorge Pegado Liz, “O 28º regime: um passe de mágica ou uma abordagem proativa de harmonização legislativa na União Europeia”, in *Revista Lusobrasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 1, pp. 79-120, março 2011.

⁶ Em conformidade, pode ler-se no Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a “Simplificação” (2002/C 48/28), § 4.3.2, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:048:0130:0141:PT:PDF> (recolhido setembro de 2012), que a “«Autorregulação» não significa «autoexecução da regulamentação»: tem de estar em conformidade com a lei e ser por esta apoiada; tem de assentar numa comunidade de interesses entre as empresas e o público; tem de poder ser executada, verificada e controlada”.

⁷ Cfr. Comissão Europeia, *Relatório da Comissão sobre Governança Europeia*, Bruxelas, 2002, p. 12, disponível em http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_pt.pdf.

⁸ Sobre a coregulação, veja-se ainda Comissão Europeia, *Governança Europeia – Um Livro Branco*, Bruxelas, 2001, pp. 23 e 24, disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0428pt01.pdf (recolhido setembro de 2012); Wolfgang Schulz et al., *Final Report: Study on Co-Regulation Measures in Media Sector, commissioned by the European Commission*, Hans Bredow Institut, 2006, disponível em http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/coregul/final_rep_en.pdf (recolhido setembro de 2012).

Para mais desenvolvimentos sobre os enunciados modelos reguladores, consultar Wolfgang Schulz e Thorsten Held, *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government*, Hans Bredow Institut, 2001, pp. 5 e ss., disponível em http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/38 (recolhido setembro 2012).

⁹ Com efeito, o art. 60º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa estatui que “[a] publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”.

¹⁰ Este diploma foi alterado pelos Decretos-Lei 74/93, de 10 de março, 6/95, de 17 de janeiro, 61/97, de 25 de março, 275/98, de 9 de setembro, 51/2001, de 15 de fevereiro, 332/2001, de 24 de dezembro, 81/2002, de 4 de abril, 224/2004, de 4 de dezembro, pelas Leis nºs 31-A/98, de 14 de julho, 32/2003, de 22 de agosto, 37/2007, de 14 de agosto, pelo Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, e pela Lei 8/2011, de 11 de abril.

¹¹ Por força da Lei 46/2012, de 29 de agosto.

¹² Cfr. Wolfgang Schulz *et al.*, *Final Report: Study on Co-Regulation Measures...*, *cit.* Neste estudo, analisaram-se as diferentes abordagens da correção adotadas por diversos países no domínio da proteção de menores e da publicidade e concluiu-se que não há razão para supor que os modelos de correção são genericamente insuficientes para implementar as diretivas. Aditou ainda o estudo que, em geral, a indústria precisa de incentivos suficientes para aderir a um modelo deste tipo. Além disso, segundo o predito estudo, a existência de um regulador estadual em plano de fundo, não raras vezes, dota os organismos de autorregulação do poder de que necessitam para trabalhar de modo eficaz. Acresce que, de acordo com o estudo, para que este modelo seja eficaz, são necessários meios suficientes para assegurar o cumprimento da regulamentação, tais como sanções adequadas e proporcionadas.

¹³ Ver considerando 25 e art. 3º, n. 3, da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 89/552/CEE do Conselho, relativa à Coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, apresentada pela Comissão [SEC(2005) 1625]{SEC(2005) 1626}, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0646:FIN:PT:HTML> (consultado setembro 2012).

¹⁴ Retiramos do considerando 44 que, pese embora este diploma reconheça que a autorregulação não deverá ser um substituto das obrigações do legislador nacional, incentiva a sua utilização, na medida em que pode constituir um método complementar útil para atingir os objetivos da diretiva. Por outro lado, podemos ler, nesta sede, que “[a] correção, na sua forma mínima, cria uma relação jurídica entre a autorregulação e o legislador nacional, de acordo com as tradições jurídicas dos Estados-Membros” e ainda que “[a] correção deverá permitir a possibilidade de intervenção estatal caso os seus objetivos não sejam atingidos”.

¹⁵ Em conformidade, encontramos, por exemplo, o Acordo de correção em matéria de classificação de publicações periódicas celebrado em 2011 entre a ERC, a Associação Portuguesa de Imprensa e o Sindicato dos Jornalistas. Para mais exemplos, consulte-se <http://www.erc.pt/pt/autorregulacao-e-co-regulacao> (consultado setembro 2012).

¹⁶ Como se pode ler acertadamente no site oficial da *Autocontrol – Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial* (<http://www.autocontrol.es/>), a autorregulação é benéfica para os consumidores, uma vez que garante a publicidade responsável, através do sistema gratuito de reclamações, e para a indústria, porquanto reduz os atos de concorrência desleal.

¹⁷ Sobre as vantagens deste modelo regulador, ver, entre outros, HUGO AZNAR, “Publicidade y ética: la vía de la autorregulación”, *in: Revista Latina de Comunicación Comercial*, n. 25, janeiro 2000, disponível em <http://www.ucl.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html> (consultado setembro 2012); European Advertising

Standards Alliance, *Advertising self-regulation...*, cit., p. 6; Rui Moreira Chaves, *Código da Publicidade Anotado*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 175; Rui Moreira Chaves, *Regime Jurídico...*, cit., p. 298, nota 469.

¹⁸ Veja-se, por exemplo, e salvo melhor opinião, a decisão do Júri de Ética do Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP) referente à campanha “Pela Energia do Amanhã” promovida pela EDP, nos processos n.ºs 7 e 8 J/2012, que estranhamente considerou que não se verificava uma utilização abusiva de menores na campanha em análise, concluindo surpreendentemente pela não violação do art. 14.º, n. 2, do Código da Publicidade.

¹⁹ Refira-se que 22 dos 27 Estados-membros da União Europeia apresentam um total de 24 organismos de autodisciplina, aos quais se aditam 2 organismos respeitantes à Suíça e à Turquia.

²⁰ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Statistics Report 2010*, pp. 5 e 11, disponível em <http://www.easa-alliance.org/Publications/Statistics/page.aspx/375> (consultado setembro 2012).

²¹ *Idem*, p. 20.

²² *Idem*, p. 22.

²³ *Idem*, p. 25.

²⁴ *Idem*, pp. 47 e 48.

²⁵ *Idem*, pp. 16 e 17.

²⁶ *Idem*, p. 49.

²⁷ Ver Protocolo de Cooperação entre o ICAP e a CPMCS – Confederação Portuguesa dos Meios de Comunicação Social (15/02/11); Protocolo de Cooperação entre a FPF – Federação Portuguesa de Futebol e o ICAP sobre “Ambush Marketing” (01/06/10); Protocolo de Cooperação entre a ERC e o ICAP (13/10/08); Protocolo ICAP/APCV – Associação Portuguesa de Produtores de Cerveja (29/05/07); Protocolo entre o ICAP e a Deco – Associação para a Defesa dos Consumidores (2001); Protocolo bilateral entre o ICAP e a Direção Geral do Consumo (1997); Acordo de autorregulação em matéria de “colocação de produto” e “ajudas à produção e/ou prémios” (06/02/09); Acordo de autorregulação em matéria de “menções de patrocínio” (01/02/08).

Saliente-se que, além dos enunciados instrumentos normativos de autorregulação do ICAP, encontramos outros da autoria de outros organismos, tais como o Código de boas práticas na comunicação comercial das bebidas alcoólicas (06/11/04) e o Código de boas práticas na comunicação comercial para menores (setembro 2009), ambos da APAN – Associação Portuguesa de Anunciantes; Compromissos da Indústria Alimentar sobre Alimentação, Atividade Física e Saúde. Publicidade e Marketing dirigidos a Crianças (05/11/09); Código de Autorregulação dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial (30/10/06) da APCV – Associação Portuguesa dos Produtores de Cerveja; Norma Regulamentar n.º 03/2010-R, de 18 de março de 2010, sobre Publicidade do Instituto de Seguros de Portugal; e o Código Deontológico da APEPE – Associação Portuguesa das Empresas de Publicidade Exterior.

²⁸ Cfr. www.icap.pt.

²⁹ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Statistics Report 2010*, cit., p. 30.

³⁰ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Statistics Report 2010*, cit., p. 22.

³¹ Veja-se, por exemplo, um slogan do Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria de Itália: “Amiamo così tanto la pubblicità che a volte dobbiamo bloccarla”.

³² Cfr. <http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2010%20AUTOCONTROL.pdf>, p. 19, (recolhido setembro 2012).

³³ Esta ferramenta encontra-se disponível no *site* <http://www.adadvice.org/>, bem como nos sites dos 17 institutos autorreguladores parceiros deste projeto (Áustria, Bélgica, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Roménia e Turquia).

Para mais desenvolvimentos sobre a autorregulação da publicidade em Portugal, ver, entre outros, Rui Moreira Chaves, *Código da Publicidade Anotado*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 174 e ss.; Rui Moreira Chaves, *Regime Jurídico...*, *cit.*, pp. 298 e ss..

³⁴ *V.g.*, Quadro para as Comunicações Comerciais Responsáveis quanto a Produtos Alimentares e Bebidas (28/09/12); Quadro para as Comunicações Comerciais Ambientais Responsáveis (26/07/11); Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial (10/04/08); Código Internacional CCI/ESOMAR sob Práticas de Marketing e de Estudos Sociais (22/01/08); Princípios sobre Utilização Responsável dos Códigos dos Produtos Eletrónicos (01/03/05); Código Internacional CCI de Venda Direta (18/05/97); Quadro sobre Comunicação Responsável quanto aos Produtos Alimentares e Bebidas (02/10/96). Cfr. <http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/document-centre/?Page=1>.

³⁵ Em particular, 22 Estados-Membros da União Europeia, bem como Suíça e Turquia.

³⁶ Estes documentos podem ser consultados em <http://www.easa-alliance.org/page.aspx/237> (consultada setembro 2012).

³⁷ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Statistics Report 2010*, *cit.*, pp. 12 e 16.

³⁸ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Statistics Report 2010*, *cit.*, p. 12.

³⁹ Estas informações podem ser conferidas no site oficial da ASA (<http://www.asa.org.uk/>).

⁴⁰ Para mais detalhes, consultar <http://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/>.

⁴¹ Cfr. European Advertising Standards Alliance, *Statistics Report 2010*, *cit.*, p. 16.

⁴² Cfr. http://www.iap.it/it/reg_09.htm (consultado setembro 2012).

⁴³ Cfr. <http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2010%20AUTOCONTROL.pdf>, *cit.*, pp. 7 e 14.

⁴⁴ Para algumas notas sobre a autorregulação noutros países, ver Rui Moreira Chaves, *Regime Jurídico...*, *cit.*, pp. 291 e ss..

Referências

AZNAR, Hugo. “Publicidade y ética: la vía de la autorregulación”, in *Revista Latina de Comunicación Comercial*, n. 25, janeiro 2000, disponível em <http://www.ull.es/publicaciones/latina/aa2000yen/148hugoaznar.html> (consultado setembro 2012).

CHAVES, Rui Moreira. *Código da publicidade anotado*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Regime jurídico da publicidade*. Coimbra: Almedina, 2005.

EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE, *Statistics Report 2010*, disponível em <http://www.easa-alliance.org/Publications/Statistics/page.aspx/375> (consultado setembro 2012).

EUROPEAN ADVERTISING STANDARDS ALLIANCE, *Advertising self-regulation: The Essentials – A layman's guide to self-regulation*, 2003, disponível em <http://www.easa-alliance.org/page.aspx/267> (consultado setembro 2012).

GERALDES, Ana Luísa. *O direito da publicidade: estudos e práticas sancionatórias, decisões da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade*, Lisboa, Edição do Instituto do Consumidor, 1999.

LIZ, Jorge Pegado. “O 28º regime: um passe de mágica ou uma abordagem proativa de harmonização legislativa na União Europeia”, in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. I, n. 1, pp. 79-120, mar. 2011.

SCHULZ, Wolfgang, *et al. Final Report: Study on Co-Regulation Measures in Media Setor, commissioned by the European Commission*, Hans Bredow Institut, 2006, disponível em http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/coregul/final_rep_en.pdf (recolhido setembro de 2012).

_____; HELD, Thorsten. *Regulated Self-Regulation as a Form of Modern Government*, Hans Bredow Institut, 2001, disponível em http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/38 (recolhido setembro 2012).

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

INT/348

ACÇÕES COLECTIVAS NO DOMÍNIO DO DIREITO
COMUNITÁRIO DO CONSUMO

Bruxelas, 6 de Fevereiro de 2008

PARECER

DA SECÇÃO ESPECIALIZADA DE MERCADO ÚNICO, PRODUÇÃO E CONSUMO
SOBRE A

DEFINIÇÃO DO PAPEL E DO REGIME DAS
ACÇÕES COLECTIVAS NO DOMÍNIO
DO DIREITO COMUNITÁRIO DO
CONSUMO

PARECER DE INICIATIVA

RELATOR: J. PEGADO LIZ

EXMOS. MEMBROS
DA SECÇÃO ESPECIALIZADA DE MERCADO ÚNICO, PRODUÇÃO E CONSUMO
ADMINISTRADOR: LUÍS LOBO

EXCEROTOS

“A ‘massificação’ das transacções comerciais, na sequência do desenvolvimento da produção em série, a partir da segunda metade do século passado, conduziu a alterações profundas na forma de celebrar contratos e de obter os acordos para a venda e a prestação de serviços”

“Será muito improvável ou mesmo impossível, por razões de ordem prática, que os consumidores e os compradores que têm pedidos de pequeno montante intentem uma acção de indemnização por infracção da legislação anti trust”

“A tomada em consideração dos interesses dos consumidores nos Estados Membros e a nível da União Europeia passa, no plano jurídico, não apenas pelo reconhecimento dos direitos materiais mas também de processos adequados para poder invocar esses direitos”

“O desenvolvimento gradual da ‘sociedade europeia’ suscita também problemas de determinação do direito aplicável, sendo desejável que os cidadãos europeus possam fazer valer os seus direitos de maneira uniforme”

“Actualmente, os sistemas judiciais fazem com que os cidadãos não possam concreta e efectivamente contestar determinadas práticas que lhes são lesivas e recorrer a um tribunal”

“As acções representativas apenas estão abertas às associações de consumidores ou a entidades administrativas (do tipo Ombudsman) com o objectivo de pôr termo às práticas contrárias ao direito dos consumidores e até também, em determinados países, a supressão de cláusulas abusivas ou ilícitas nos contratos de consumo”

Em 16 de Fevereiro de 2007, o Comité Económico e Social Europeu decidiu, em conformidade com o disposto no nº 2 do artigo 29º do Regimento, elaborar um parecer de iniciativa sobre a

“Definição do papel e do regime das acções colectivas no domínio do direito comunitário do consumo”.

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, a Secção Especializada de Mercado Único, Produção e Consumo que emitiu parecer em 31 de Janeiro de 2008 sendo relator J. PEGADO LIZ.

Na ...ª reunião plenária de ... (sessão de ...), o Comité Económico e Social Europeu adoptou, por ... votos a favor, ... votos contra e ... abstenções, o seguinte parecer.

1. Conclusões e recomendações

1.1 O CESE decidiu reabrir o debate sobre a necessidade e a oportunidade de uma reflexão aprofundada sobre o papel e o regime jurídico de uma forma de acção colectiva de grupo harmonizada a nível comunitário, em especial no domínio do direito do consumo e da concorrência, pelo menos numa primeira fase.

1.2 O CESE sempre defendeu a definição, a nível comunitário, de uma acção colectiva cujo objectivo seria a obtenção da reparação efectiva dos danos em caso de violação de direitos colectivos ou difusos. Tal acção completaria utilmente a protecção já conferida pelas vias de recurso tanto alternativas como judiciais, nomeadamente pela acção inibitória tal como definida pela Directiva 98/27/CE de 19 de Maio de 1998.

1.3 Com efeito o CESE, por várias vezes, defendeu a necessidade de uma intervenção comunitária neste domínio, na medida em que considerou que tal acção:

- pode contribuir de forma decisiva para a supressão dos obstáculos ao funcionamento do mercado interno, motivados pelas divergências dos diferentes regimes jurídicos nacionais, e devolver, assim, uma nova confiança aos consumidores quanto aos benefícios do mercado único, assegurando, além disso, as condições de uma concorrência leal e efectiva entre as empresas (artigo 3º, nº1, alíneas c) e g), do Tratado);

- permitiria um reforço da defesa dos consumidores facilitando e tornando mais eficaz o recurso à justiça e assegurando, assim, uma aplicação mais eficiente da legislação comunitária (artigo 3º, nº 1, alínea c), do Tratado);

– responderia ao princípio fundamental do direito ao recurso efectivo a um tribunal imparcial, direito garantido pela Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (artigo 47º)

1.4 O facto de vários Estados-Membros terem adoptado no decurso dos últimos anos sistemas judiciários díspares de representação dos interesses colectivos dos consumidores enquanto outros ainda não o fizeram, dá origem a desigualdades no acesso à justiça que prejudicam a realização do mercado interno. O CESE lamenta a existência desta situação tanto mais que a satisfação e a confiança dos cidadãos é um dos objectivos anunciados da realização do mercado interno do século XXI. O CESE está atento aos efeitos de qualquer medida em vista, relativa à competitividade das empresas europeias e das incidências que encargos desproporcionados teriam, no final das contas, sobre os trabalhadores e sobre os consumidores.

1.5 O CESE propõe, portanto, contribuir para esta reflexão com sugestões concretas sobre o regime jurídico dessa acção colectiva, tendo em conta os sistemas nacionais em vigor nos países europeus, mas também as experiências de outros países que desenvolveram tais acções. Será prestada particular atenção aos princípios formulados na Recomendação C(2007)74 do Conselho de Ministros da OCDE sobre a resolução dos litígios de consumo e sua reparação, de 12 de Julho de 2007.

1.6 Na definição dos parâmetros propostos para uma iniciativa legislativa a nível comunitário, o CESE tomou em consideração a tradição jurídica comum das instituições judiciais europeias e os princípios fundamentais comuns de processo civil dos Estados-Membros e, portanto, rejeitou os aspectos da “class action” americana, incompatíveis com as suas tradições e princípios. O CESE considera particularmente nefasto qualquer desenvolvimento de práticas que atribuam a investidores terceiros ou aos advogados, inspirados pelas “class actions” americanas, partes substanciais dos montantes obtidos como reparação ou como punições nos processos introduzidos em nome dos interesses dos consumidores.

1.7 Tendo em conta os objectivos e as finalidades de tal instrumento, o CESE analisou as principais opções possíveis no que respeita ao regime jurídico [vantagens e inconvenientes de um regime de adesão (*opt-in*), de exclusão (*opt-out*) ou misto], o papel do juiz, a reparação dos danos, os recursos e o financiamento.

1.8 A base jurídica de tal iniciativa, bem como o instrumento jurídico a utilizar, são outras questões importantes que foram igualmente analisadas e que dão origem a propostas.

1.9 O CESE recorda, por outro lado, que esta reflexão sobre a instituição de um mecanismo de acção colectiva não se opõe de forma alguma, muito pelo contrário, à existência e ao desenvolvimento de formas alternativas de resolução de litígios (ADR). O CESE foi um dos primeiros a afirmar a necessidade de criar instrumentos eficazes que permitam aos consumidores defender os seus direitos, individuais ou colectivos, sem recorrer a juízo. A este respeito, o CESE defende um melhor alinhamento dos regimes ombudsman e similares nos sectores que constituem o mundo do consumo e em especial onde o comércio transfronteiriço é mais desenvolvido ou onde é chamado a desenvolver-se.

1.10 O CESE congratula-se com a intenção manifestada pela Comissão de prosseguir os estudos a esse respeito. Insiste contudo na necessidade de ter, em paralelo, uma real vontade política que conduza a iniciativas legislativas adequadas.

1.11 Interpretando a vontade dos representantes da sociedade civil organizada, o CESE dirige-se também ao Parlamento Europeu, ao Conselho e aos Estados-Membros para que esta reflexão seja seguida das decisões políticas indispensáveis para que seja apresentada uma iniciativa legislativa no sentido preconizado o mais rapidamente possível.

2. Introdução

2.1 O objectivo deste parecer de iniciativa é promover ampla reflexão sobre o papel e o regime jurídico de uma forma de acção colectiva¹ a nível comunitário, em especial no domínio do direito do consumo e da concorrência, pelo menos numa primeira fase². O seu objectivo último é convidar a sociedade civil e as instituições competentes da União Europeia a estudarem a necessidade e o impacto de tal iniciativa, a reflectirem sobre a definição da sua natureza jurídica e sobre os termos e condições da sua aplicação, no quadro de um espaço judiciário europeu.

2.2 Para este efeito, a metodologia utilizada assenta numa análise prévia das necessidades no quadro do mercado único e na conformidade da iniciativa com o direito comunitário. Em seguida, é estudada a sua capacidade para resolver os litígios transfronteiriços de forma eficaz e rápida, especialmente no que respeita aos interesses económicos dos consumidores.

3. O Mercado Único e os interesses colectivos dos trabalhadores

3.1 A “massificação” das transacções comerciais, na sequência do desenvolvimento da produção em série, a partir da segunda metade do século passado, conduziu a alterações profundas na forma de celebrar contratos e de obter os acordos para a venda e a prestação de serviços.

A chegada da sociedade da informação e as possibilidades criadas pelas vendas à distância e o comércio electrónico comportam novas vantagens para o consumidor, mas este pode encontrar novas formas de pressão e levar a novos riscos na celebração de contratos.

3.2 Quando ofertas públicas, contratos de adesão, formas agressivas de publicidade e de marketing, informação pré-contratual mal adaptada, práticas comerciais desleais generalizadas e práticas anticoncorrenciais se desenvolvem podem causar prejuízos a grupos consideráveis de consumidores que, a maior parte do tempo, não estão identificados e só dificilmente são identificáveis.

3.3 Os interesses individuais homogéneos, os interesses colectivos de grupos ou os interesses difusos de todas as pessoas não encontram sempre, nos sistemas jurídicos de direito processual tradicionais, originários do direito romano, formas adequadas de acção judicial fáceis, rápidas, pouco onerosas e eficazes³.

3.3.1 Um pouco por todo o mundo e, em especial, nos Estados-Membros da UE, os sistemas jurídicos propõem formas de protecção judicial dos interesses colectivos ou difusos.

3.3.2 No entanto, estes sistemas são muito díspares e têm diferenças acentuadas na protecção desses interesses. Diferenças essas que criam distorções no funcionamento do Mercado Interno.

3.4 Com efeito, por não haver harmonização a nível comunitário, os sistemas judiciais nacionais desenvolveram-se, num passado recente, segundo orientações muito diferentes, que não derivam de princípios fundamentais divergentes mas sobretudo de diferentes abordagens e tradições do direito adjectivo ou processual. Os quadros em anexo ilustram as diferenças mais importantes a nível nacional⁴.

3.5 Os inconvenientes dessa situação em termos de desigualdade dos cidadãos europeus no acesso ao direito e à justiça foram, muito cedo, denunciados, sobretudo pelas organizações representativas dos interesses dos consumidores, mas também por numerosos juristas e professores de direito comunitário⁵.

3.6 No entanto, no plano das instituições europeias, foi apenas em 1985, no seguimento de um Colóquio realizado em Gand, em 1982, sob o patrocínio da Comissão, que foi publicado o Memorandum sobre “*O Acesso dos Consumidores à Justiça*”⁶, onde a Comissão, especialmente e pela primeira vez, se debruça sobre os sistemas de defesa em juízo dos interesses colectivos.

3.7 Mas foi verdadeiramente só na Comunicação Complementar de 7 de Maio de 1987 que a Comissão, no seguimento de uma Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de Março de 1987⁷, anunciou a sua intenção de proceder a um estudo de uma directiva-quadro que introduza o direito generalizado das associações de defesa judicial dos seus interesses colectivos e convidando o Conselho a admitir o papel proeminente das organizações de consumidores, quer como intermediários, quer como agentes directos no domínio do acesso dos consumidores à justiça.

3.8 Também o Conselho, na sua Resolução de 25 de Junho de 1987, consagrada exclusivamente ao acesso dos consumidores à justiça, salientara “*o papel importante das associações de consumidores*” e instava a Comissão “*a analisar a oportunidade de uma iniciativa a nível comunitário neste domínio*”⁸

3.9 Finalmente, em 1989, ao delinear as “*Prioridades Futuras para o relançamento das políticas de protecção de consumidores*”⁹, a Comissão, no seu Plano Trienal (1990-1992), reconheceu que “*o acesso à justiça e à reparação dos prejuízos sofridos é medíocre em grande número de Estados-membros em razão do seu custo, da sua complexidade e dos prazos necessários, e existem problemas ligados às transacções transfronteiras*” e afirmou ter em curso estudos sobre as medidas a tomar, sendo “*objecto de uma particular atenção a possibilidade de acções de grupo para a reparação de prejuízos causado ao consumidor*”¹⁰.

3.10 Foi, no entanto, apenas em 1993 que a Comissão se resolveu a relançar um debate público sobre esta matéria, com a publicação do importante “*Livro Verde sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado único*”¹¹

Com efeito, foi aí que, pela primeira vez, se equacionou, com clareza e na perspectiva comunitária, a questão do estabelecimento de um regime uniforme para as acções inibitórias, que muitos entenderam que seria a base para uma verdadeira e própria acção colectiva para defesa dos interesses dos consumidores¹².

O objectivo deste parecer de iniciativa é promover ampla reflexão sobre o papel e o regime jurídico de uma forma de acção colectiva

3.11 Daí que o Parlamento Europeu, na sua Resolução de 22 de Abril de 1994,¹³ tenha concluído, designadamente, que “*seria útil proceder a uma certa harmonização das normas de processo dos Estados-Membros, com a possibilidade de instituir, para casos até um determinado montante, um processo comunitário que permita resolver rapidamente os litígios transfronteiriços,*” bem como “*harmonizar até certo ponto as condições aplicáveis para iniciar uma acção inibitória contra práticas comerciais ilícitas*”.

3.12 Por seu turno, o CESE, no seu Parecer, aprovado por unanimidade na Sessão Plenária de 1 de Julho de 1994¹⁴, referiu, inter alia, o princípio do “*reconhecimento genérico da legitimidade processual activa das associações de consumidores para representar interesses colectivos ou difusos, em qualquer instância judicial ou extrajudicial de qualquer Estado-Membro, independentemente da nacionalidade dos interessados ou do local originário do conflito e incentivou expressamente a Comissão à criação de um processo uniforme relativo a acções colectivas e acções conjuntas*”, não apenas para a cessação de práticas ilícitas mas também para a reparação de danos e indemnização de prejuízos¹⁵.

3.13 Por sua vez, a Comissária Emma Bonino, logo na enunciação das suas prioridades, destacou a instituição de um processo comunitário que permitisse resolver rapidamente os litígios transfronteiriços e a harmonização das condições aplicáveis para encetar acções inibitórias contra práticas comerciais ilícitas, acompanhada do reconhecimento mútuo da legitimidade activa das associações de consumidores¹⁶.

3.14 E, no seu seguimento, logo em 25 de Janeiro de 1996, era publicada uma Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às Acções Inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores¹⁷.

Com ela, a Comissão dava seguimento à Recomendação do Relatório Sutherland e correspondia à sugestão, largamente sufragada, constante do Livro Verde^{18 19}.

3.15 A referida Directiva revolucionou inegavelmente o direito comunitário – foi, com efeito, a primeira vez que, com carácter de generalidade, a Comunidade legislou sobre matéria relativa a direito processual civil²⁰. No entanto, não teve acolhimento a sugestão relativa ao alargamento do âmbito da acção à reparação de danos.

3.16 Paralelamente, a Comissão elaborou um “*Plano de Acção sobre o acesso dos consumidores à justiça e a resolução dos litígios de consumo no mercado interno*”, apresentado em 14 de Fevereiro de 1996, e no qual, depois de identificar e caracterizar o problema dos litígios de consumo e das várias soluções encontradas a nível nacional nos Estados-Membros, se fazia uma

enunciação de algumas iniciativas que a Comissão se propunha lançar, e de que se destaca o lançamento de uma reflexão sobre a possibilidade de os vários consumidores lesados por um mesmo profissional mandatarem organizações de consumidores de reunir as queixas “*ex ante*”, facilitando a junção de casos individuais homogêneos, para serem apresentados, em conjunto, ao mesmo tempo e na mesma instância judicial²¹.

3.17 A este propósito, o Parlamento Europeu, na sua Resolução de 14 de Novembro de 1996, “*considerando que o acesso à justiça é simultaneamente um direito fundamental do homem e uma condição indispensável de garantia da segurança do direito, quer nacional quer comunitário*”, reconhecia a importância dos processos extrajudiciais de resolução dos conflitos de consumo, mas chamava a atenção para a necessidade de “*garantir ao consumidor a possibilidade de recorrer, depois de esgotados todos os processos de conciliação extrajudiciais, às vias judiciais ordinárias no respeito pelo princípio da eficácia e da segurança jurídica*”. Por isso, o Parlamento Europeu, convidava a Comissão a “*elaborar outras propostas visando melhorar o acesso dos cidadãos europeus não residentes aos processos judiciais nacionais*” e incentivava os Estados-Membros a “*favorecer a intervenção das associações de consumidores como mandatários de pessoas habilitadas a interpor acções de reparação e reconhecer a estas associações legitimidade activa para intentar acções de interesse colectivo face a comportamentos comerciais ilícitos*”²².

3.18 A partir desse período, o assunto parecia ter ficado adormecido na Comissão Europeia²³.

Pelo contrário, no CESE o tema foi em várias oportunidades retomado, sempre no sentido de demonstrar a necessidade de um instrumento processual civil a nível comunitário, que permitisse a defesa judicial de interesses difusos, colectivos ou individuais homogêneos²⁴.

3.19 O tema só voltou a ser retomado recentemente pela Comissão no seu “*Livro Verde relativo ao incumprimento das regras comunitárias no domínio anti-trust*”²⁵, em termos que importa destacar:

“*Será muito improvável ou mesmo impossível, por razões de ordem prática, que os consumidores e os compradores que têm pedidos de pequeno montante intentem uma acção de indemnização por infracção da legislação anti-trust. Assim, será necessário analisar a forma de defender melhor estes interesses através de acções colectivas. Para além da protecção específica dos interesses dos consumidores, as acções colectivas podem servir para agrupar um elevado número de pequenos pedidos de indemnização numa só acção, realizando assim economias de tempo e de dinheiro.*”

3.20 O CESE, no seu parecer de 26 de Outubro de 2006, apoiou essa iniciativa da Comissão e reforçou a necessidade de acções colectivas de carácter indemnizatório, na medida em que “*satisfazem exemplarmente alguns objectivos: 1) a reparação efectiva dos danos, facilitando o pedido de indemnização pelas organizações em nome dos consumidores afectados contribuindo para um real acesso à justiça; 2) a prevenção e a dissuasão de comportamentos anti-trust, dado o maior impacto social deste tipo de acções*”²⁶.

3.21 Entretanto a Comissão encomendou importante estudo, recentemente publicado, relativo a meios alternativos da resolução de conflitos ao Centro de Estudos do Direito do Consumo da Universidade Católica de Louvain, o qual consagra parte significativa das suas mais de 400 páginas à descrição de 28 sistemas nacionais de meios judiciais colectivos de defesa dos consumidores, sendo que, além dos 25 Estados-Membros, também são analisados os sistemas dos EUA, do Canadá e da Austrália²⁷.

3.22 A nova Comissária para os Consumidores, Meglena KUNEVA, revelou em várias declarações que esse tema era uma das prioridades do seu mandato, figurando já na recente Comunicação sobre a “*Estratégia Comunitária em matéria de Política dos Consumidores para 2007/2013*”²⁸. Tema que foi reafirmado tanto pela Comissária Neelie KROES como pela Comissária Meglena KUNEVA numa recente conferência em Lisboa, por iniciativa da Presidência portuguesa²⁹.

3.23 O Conselho de Ministros da OCDE também adoptou, recentemente, uma Recomendação sobre a resolução dos litígios de consumo e sua reparação (C(2007)74, de 12 de Julho de 2007), na qual reconhece que a maior parte dos regimes nacionais de resolução de litígios e respectiva reparação foram instituídos para resolver problemas a nível interno e nem sempre estão adaptados para indemnizar os consumidores naturais de um outro Estado-Membro.

4. A necessidade de uma acção colectiva a nível comunitário

4.1 A tomada em consideração dos interesses dos consumidores nos Estados-Membros e a nível da União Europeia passa, no plano jurídico, não apenas pelo reconhecimento dos direitos materiais mas também de processos adequados para poder invocar esses direitos.

É também necessário constatar que a multiplicação do comércio transfronteiriço teve como consequência o desenvolvimento de litígios de consumo a nível europeu.

Em numerosos casos, comprovou-se que a resolução individual de litígios é insuficiente. O seu custo e a sua lentidão contribuem amplamente para a ineficácia dos direitos dos consumidores, especialmente quando se trata de um grande número (muitos milhares ou até mesmo milhões) de consumidores lesados por uma mesma prática e quando os montantes dos prejuízos individuais são relativamente pequenos. O desenvolvimento gradual da “sociedade europeia” suscita também problemas de determinação do direito aplicável, sendo desejável que os cidadãos europeus possam fazer valer os seus direitos de maneira uniforme. Actualmente, os comportamentos abusivos em circunstâncias idênticas e com prejuízos idênticos em diversos Estados-Membros só podem dar lugar a ressarcimento nos raros Estados-Membros que dispõem de uma sistema de acção colectiva.

4.2 Além disso, as Constituições de todos os Estados-Membros e a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais consagram o direito a um processo equitativo. Este direito inclui em particular o direito de acesso útil e efectivo a um tribunal.

4.3 Actualmente, os sistemas judiciais fazem com que os cidadãos não possam concreta e efectivamente contestar determinadas práticas que lhes são lesivas e recorrer a um tribunal.

Vários Estados-Membros deram, há várias décadas, dois tipos de respostas a este problema. Num primeiro momento, reconheceram ao interesse colectivo dos consumidores o direito de ser protegido através de acções junto das instâncias administrativas ou nos tribunais. Foi também encontrada uma outra resposta adequada através do reconhecimento de um processo que agrupe as acções individuais. Estas acções assentam essencialmente numa economia processual na medida em que globalizam todas as acções e as sintetizam num só e único processo.

4.4 A instituição de uma acção colectiva europeia permitiria que todos os consumidores acessem à justiça qualquer que seja a sua nacionalidade, situação financeira e o montante do seu prejuízo individual. Também ofereceria vantagens aos profissionais devido à economia processual que permite realizar. Os custos de tal processo seriam inferiores aos custos a que estariam expostos em caso de um grande número de acções individuais. Este processo teria também a vantagem da segurança jurídica, concentrando numa mesma decisão a resolução de numerosas denúncias semelhantes³⁰. O

que evitaria, por último, contradições de jurisprudência entre os tribunais europeus que teriam que dirimir litígios semelhantes.

Este sistema comum a todos os países europeus permitiria uma melhor protecção dos consumidores mas reforçaria também a confiança dos profissionais e, por consequência, as trocas e o comércio na União Europeia.

4.5 Esta acção assim definida teria um efeito positivo em direito internacional privado, tendo em conta as dificuldades de interpretação e de aplicação das normas de resolução de litígios contratuais e extracontratuais (Roma I e Roma II). Permitiria igualmente definir com precisão as regras de competência judiciária, de reconhecimento e de execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial (Regulamento 44/2001)³¹.

4.6 Assim, o direito do consumo encontrar-se-ia reforçado por um recurso mais frequente a acções que permitem uma justa compensação em proveito dos consumidores e uma protecção efectiva da “parte fraca”, princípio fundamental do direito comunitário. Seria, por exemplo, o caso da recente Directiva sobre as práticas comerciais desleais. Essas práticas são frequentemente aplicadas em simultâneo em vários Estados-Membros, lesando vários consumidores sem que estes possam reclamar reparação em conjunto. A acção colectiva é um complemento processual indispensável à aplicação efectiva dessa directiva.

Todas as directivas conhecidas até hoje no domínio da protecção dos consumidores, transpostas pelos Estados-Membros, veriam assim o seu grau de eficácia reforçado pelo reconhecimento de uma acção colectiva nos domínios abrangidos pelas directivas.

Seria desejável que estas disposições pudessem igualmente ser aplicadas em benefício das pequenas e médias empresas em situação similar.

4.7 Evidentemente que a instituição de um processo judicial colectivo a nível comunitário, como último recurso para os esforços de resolução de litígios, não prejudica de forma alguma os sistemas de resolução extrajudicial de litígios de consumo, que receberam o apoio sem reservas do CESE. As suas potencialidades devem ainda ser aprofundadas e desenvolvidas.

5. Terminologia

5.1 Para bem delimitar o objecto da proposta é necessário chegar a um acordo sobre o tipo de acção judicial em questão.

Como o demonstra a síntese dos sistemas adoptados nos Estados-Membros, a designação e o conteúdo dos diferentes tipos de acção variam muito. É

assim necessário efectuar uma distinção entre acções representativas, acções de interesse colectivo e acções de grupo.

5.2 As acções representativas apenas estão abertas às associações de consumidores ou a entidades administrativas (do tipo *Ombudsman*) com o objectivo de pôr termo às práticas contrárias ao direito dos consumidores e até também, em determinados países, a supressão de cláusulas abusivas ou ilícitas nos contratos de consumo.

5.3 As acções no interesse colectivo abrem a possibilidade às associações de consumidores de agirem ou não em juízo quando o interesse colectivo geral dos consumidores é lesado pela violação, seja de uma disposição precisa de direito material seja por uma norma geral de comportamento. O interesse colectivo não é a soma dos interesses individuais dos consumidores e aproxima-se do interesse geral.

5.4 A acção colectiva é uma acção judicial que permite que um grande número de pessoas obtenham o reconhecimento dos seus direitos e a reparação. Tecnicamente, constitui portanto uma aplicação processual colectiva de direitos individuais.

5.5 A acção colectiva não está reservada apenas ao domínio da protecção dos consumidores e da concorrência.

No entanto, no presente parecer, está reduzida ao único domínio material que o direito comunitário reconhece.

5.6 Por conseguinte, propõe-se no presente parecer que se utilize o termo “acção colectiva”³².

6. Base jurídica

6.1 A actual base jurídica para a política de defesa dos consumidores é o Título XIV do Tratado, intitulado “A defesa dos consumidores”.

O artigo 153º constitui manifestamente um elemento importante da reflexão.

6.2 Com efeito, actualmente, mesmo se o direito do consumo se desenvolveu essencialmente em redor da referência constituída pelo artigo 95º do Tratado, a política de protecção do consumidor tal como é aqui considerada, é com toda a evidência uma medida destinada a promover os interesses económicos dos consumidores.

6.3 Não se contesta que a acção colectiva assegura um nível elevado de protecção e permite que as associações de consumidores se organizem de

forma a resguardar os interesses dos consumidores, ou seja, de lhes assegurar uma justa compensação em caso de violação dos direitos que todo o direito comunitário, direito da concorrência incluído, lhes reconhece especialmente.

6.4 Uma acção colectiva a nível comunitário contribuirá igualmente para a melhoria do funcionamento do mercado interno em favor dos consumidores, como desejado na “revisão do mercado interno”. Os consumidores terão mais confiança para desenvolver o comércio transfronteiriço³³.

6.5 Também se pode defender que, tratando-se de um instrumento puramente judicial, os artigos 65º e 67º podem ser eventualmente considerados a base jurídica adequada. Com efeito, foi com esta base jurídica que a partir de 1996 a Comissão propôs e o Conselho e o Parlamento adoptaram toda uma série de instrumentos jurídicos no domínio do direito processual civil a nível comunitário³⁴.

Esta solução pode ser considerada uma vez que esta acção colectiva pode ser utilizada tanto para os litígios transfronteiriços como para os nacionais e em domínios diferentes do direito do consumo.

6.6 Em todo o caso, a acção de grupo deverá respeitar os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, sem nunca ir além do necessário para assegurar os objectivos do Tratado, na medida em que estes objectivos não podem ser cumpridos de forma suficiente pelos Estados-Membros e são, portanto, melhor realizados a nível comunitário.

6.7 Deverá seguir igualmente os princípios e os mecanismos propostos na Recomendação C(2007)74 do Conselho de Ministros da OCDE, de 12 de Julho de 2007, os quais são apresentados como sendo comuns aos Estados-Membros apesar da diversidade das suas culturas jurídicas.

7. Parâmetros de uma acção colectiva a nível comunitário

7.1 O que a acção colectiva não deve ser

7.1.1 A acção colectiva não deve ser uma acção representativa:

7.1.1.1 A acção representativa só está aberta a algumas entidades especialmente habilitadas (associações de consumidores, *Ombudsman*). Os consumidores geralmente não podem obter a reparação dos seus prejuízos individuais.

7.1.1.2 Estes processos têm por objectivo principal a cessação das práticas ilícitas contrárias ao direito dos consumidores e mesmo também,

em determinados países, a supressão das cláusulas abusivas ou ilícitas nos contratos de consumo em que o juiz não pode prever qualquer reparação.

7.1.1.3 Alguns países desenvolveram esses mecanismos de forma a permitir uma indemnização dos consumidores. Esta reparação não reverte contudo para os consumidores individuais, mas é conservada pelos órgãos representativos ou paga ao Estado para uma utilização social.

7.1.1.4 Por conseguinte, este mecanismo não corresponde na prática a uma verdadeira acção colectiva em que todos os consumidores são indemnizados numa única instância.

7.1.2 A acção colectiva não deve ser uma “class action” americana:

7.1.2.1 Instituir uma acção colectiva europeia não conduz a implantar na Europa a *Class action* dos Estados-Unidos. O sistema judicial americano é muito diferente dos sistemas judiciais dos Estados-Membros. Os pontos fracos das *Class action* denunciados como originando desvios são próprios desse sistema judicial e não podem ocorrer na Europa.

7.1.2.2 Nos Estados-Unidos, as decisões judiciais são proferidas por jurados populares e magistrados eleitos. Esta composição especial, ao contrário da composição da maioria dos Estados-Membros (magistrados profissionais) conduz muitas vezes determinados órgãos jurisdicionais dos Estados a admitir acções fantasistas e a proferir decisões demasiado favoráveis aos demandantes conduzindo os consumidores a apresentarem os seus pedidos perante determinados tribunais em vez de noutros considerados menos favoráveis (*forum shopping*).

7.1.2.3 A acção colectiva europeia, pelo contrário, seria uma protecção contra o *forum shopping* uma vez que só seria criado e implantado um tipo de processo em cada Estado-Membro induzindo a que, qualquer que seja o órgão jurisdicional ou o Estado escolhido pelos demandantes, o desenvolvimento da acção e as medidas proferidas pelo juiz seriam da mesma natureza.

7.1.2.4 A indemnização compensatória por perdas e danos é acompanhada de indemnização sancionatória fixada pelos jurados e que atinge, amiúde, quantias de vulto. A indemnização sancionatória não existe na maioria dos Estados europeus.

7.1.2.5 Os advogados são remunerados por um sistema generalizado de *contingency fees*, que constituem uma espécie de pacto de “*quota litis*” em que os advogados, que podem ser os próprios demandantes, se

associam aos resultados do processo. Este sistema é proibido na maioria dos Estados-Membros da União Europeia, seja pela lei, seja pelos Códigos de Deontologia dos Advogados.

7.2 A escolha fundamental: adesão (*opted-in*) ou exclusão (*opted-out*)

O estudo dos processos de acção colectiva adoptados nos Estados-Membros permite classificá-los em função do mecanismo principal de desencadeamento da acção e da intervenção do consumidor no processo. O consumidor deve requer a participação no processo, falando-se neste caso de adesão (*opted in*), ou o desencadeamento da acção implica automaticamente a intervenção deste consumidor no processo sem que tenha necessidade de se manifestar, tratando-se então de exclusão (*opted-out*). O consumidor tem sempre a possibilidade, nesta última hipótese, de se excluir do processo. A introdução em juízo de uma acção colectiva europeia passa, pois, necessariamente pela escolha do mecanismo de base desta.

7.2.1 Adesão (*opted-in*) e caso exemplar (*test case*)

7.2.1.1 O sistema da adesão (*opted-in*) prevê uma manifestação de vontade da pessoa para fazer parte do processo. Os interessados devem portanto dar-se a conhecer e juntarem-se expressamente à acção antes de a decisão ser proferida.

Em paralelo a este mecanismo da adesão (*opted-in*) também se desenvolveram mecanismos dos casos exemplares (*test cases*). Estes processos são próximos das acções colectivas baseadas na adesão (*opted-in*) uma vez que, ainda aí, os interessados devem manifestar-se para participarem no processo e apresentarem pedidos individuais. A particularidade deste mecanismo reside, contudo, no facto de o juiz seleccionar um desses pedidos individuais e apenas decidir quanto a ele. A decisão proferida neste processo será válida para todos os outros pedidos individuais registados pelo tribunal.

7.2.1.2 Vantagens desses mecanismos

7.2.1.2.1 Cada membro do grupo deve manifestar-se para ser parte no processo, geralmente através da inscrição num registo. Há portanto uma manifestação de vontade expressa que permite que esteja de acordo com o princípio da liberdade de agir em justiça. O demandante apenas actua por conta das pessoas após estas lhes terem dado o seu consentimento formal.

7.2.1.2.2 No processo do caso exemplar (*test case*) é submetido ao juiz apenas um processo individual para apreciar o problema – isto constitui um ganho de tempo e de eficácia para o magistrado uma vez que este decide da responsabilidade do profissional partindo deste único caso.

7.2.1.3 Inconvenientes desses mecanismos

7.2.1.3.1 Esses mecanismos são difíceis de gerir e onerosos – os interessados devem manifestar-se para serem partes no processo e constituírem um processo individual. A gestão dos processos individuais torna-se complexa quando o número de interessados é considerável.

7.2.1.3.2 Isso gera prazos processuais muito longos, visto que o tribunal deve organizar e analisar todos esses processos individuais. Ora, nos litígios de massa que estão na origem da maior parte das acções colectivas, os danos individuais são relativamente homogêneos e frequentemente não necessitam de uma análise individual.

7.2.1.3.3 No mecanismo do caso exemplar (*test case*), o juiz não fixa sempre o montante das reparações devidas e remete por vezes para os processos individuais. Isso conduz a problemas de gestão e a um prolongamento dos prazos processuais.

7.2.1.3.4 Os estudos das acções colectivas com adesão (*opted-in*) ou dos casos exemplares (*test case*) efectuados nos países que dispõem desse mecanismo revela, por outro lado, que uma boa parte dos consumidores não recorre ao tribunal por falta de medidas de informação eficazes sobre a existência desse processo. Uma grande parte dos interessados recusa-se também a recorrer ao tribunal devido aos obstáculos materiais, financeiros e psicológicos que a acção em justiça gera (necessidade de tempo, de dinheiro e extrema complexidade).

7.2.1.3.5 Há, assim, uma importante diferença entre o número de pessoas que realmente actuam e as que potencialmente podem fazê-lo. A reparação dos danos dos consumidores não é, portanto, total. O lucro ilícito eventualmente realizado pelo profissional nessa prática pode ser em grande parte conservado por este último. O objectivo de dissuasão do processo não é atingido.

7.2.1.3.6 Estes mecanismos levantam também um problema à luz do efeito relativo do caso julgado. A decisão obtida no processo de acção colectiva só é válida para as pessoas que são partes na acção. Por conseguinte, os consumidores que não se manifestaram são livres de intentar acções individuais que poderão resultar em decisões em contradição com a obtida no âmbito da acção colectiva.

7.2.2 Exclusão (opted-out)

7.2.2.1 A acção colectiva tradicional baseia-se num sistema de exclusão (*opted-out*) que inclui, por defeito, todas as vítimas de um comportamento, com excepção das que manifestaram expressamente a sua vontade de se excluírem. Alguns Estados europeus inspiraram-se neste mecanismo para elaborarem um processo “*sui generis*” de acção colectiva.

7.2.2.2 Vantagens desse mecanismo

7.2.2.2.1 A análise dos sistemas nacionais que utilizam o mecanismo da exclusão (*opted-out*) demonstra que este processo é mais simples de gerir e mais eficiente que os outros mecanismos adoptados por alguns Estados-Membros.

7.2.2.2.2 Garante um real acesso dos interessados à justiça, e por isso mesmo uma reparação justa e efectiva a todos os consumidores lesados pelas práticas.

7.2.2.2.3 Evita as dificuldades de gestão para o demandante e para o tribunal (com efeito, os membros do grupo só são conhecidos no fim do processo e não a montante).

7.2.2.2.4 Por outro lado, tem um verdadeiro efeito dissuasivo sobre a parte responsável, já que esta é obrigada a indemnizar todas as pessoas lesadas pela prática e, eventualmente, a restituir o lucro ilícito que conseguiu obter.

7.2.2.2.5 É também necessário ter em conta as vantagens que esse tipo de processo apresenta para o profissional. A acção colectiva permite uma economia de meios humanos e financeiros e maior eficácia na defesa do profissional. Em vez de dever gerir simultaneamente muitos litígios análogos numa série de órgãos jurisdicionais diferentes, prepara os seus fundamentos de defesa perante uma única instância.

7.2.2.3 Inconvenientes desse mecanismo

7.2.2.3.1 Pode-se considerar que este mecanismo não está em conformidade com os princípios constitucionais de alguns países e com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em particular com o princípio da liberdade de agir em justiça na medida em que as pessoas fazem automaticamente parte do grupo sem terem dado o seu consentimento expresso à acção. Se não se excluírem, poderão estar ligadas pela decisão proferida.

No entanto, é perfeitamente possível preservar essa liberdade individual seja enviando às pessoas em causa uma informação personalizada, o que permite que se considere que as pessoas que em seguida não se excluíram

consentiram tacitamente na acção, seja dando aos membros do grupo o direito de se afastarem do processo em qualquer momento e mesmo após a decisão ser proferida e, se a decisão lhes for desfavorável, permitir-lhes que intentem acções individuais.

7.2.2.3.2 Os direitos da defesa, como o princípio do contraditório e o princípio da igualdade processual seriam também violados: o profissional deve poder alegar fundamentos de defesa individuais contra uma das vítimas membro do grupo. Este princípio está associado ao princípio do “processo equitativo” do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Com efeito, no sistema da exclusão (*opted-out*), nem todos os interessados serão talvez designados pelo nome e conhecidos do profissional. Em consequência, este poderá estar impossibilitado de invocar fundamentos de defesa individuais.

No entanto, no âmbito de uma acção colectiva há necessariamente uma homogeneidade de situações individuais de que o juiz é o garante. Os litígios de consumo e de concorrência são principalmente resultantes de contratos e, portanto, as situações dos interessados são quase idênticas. A “*causa petendi*” é uma e a mesma. Vê-se então dificilmente como o profissional pode invocar contra um consumidor um fundamento de defesa particular.

O juiz pode dispor ao longo do processo da possibilidade de recusar uma acção em que verifique uma grande heterogeneidade de situações de facto ou de direito.

Por último, na fase da indemnização, o juiz tem a possibilidade de criar subgrupos de forma a adaptar, em especial, o montante das reparações às situações individuais e portanto às eventuais diminuições de responsabilidade.

7.2.3 Exclusão (*opted-out*) e adesão (*opted-in*) consoante o tipo de litígio

7.2.3.1 O sistema escolhido recentemente pela Dinamarca e pela Noruega prevê a existência em simultâneo de um sistema de adesão (*opted-in*) e de exclusão (*opted-out*). O juiz pode decidir optar por um sistema de exclusão (*opted-out*) se os litígios são de pequeno montante, os pedidos semelhantes e se for difícil constituir um processo com base na adesão (*opted-in*). Existem numerosos litígios no domínio do consumo em que os consumidores não dispõem de fundamentos de acção individuais eficazes devido ao importante número de pessoas em questão e aos pequenos montantes em causa. O processo baseado na exclusão (*opted-out*) permite a tomada em consideração de todas as pessoas em causa e de obter uma sanção à altura do lucro ilícito

eventualmente realizado. Para os litígios em que os prejuízos individuais são elevados, é escolhido o sistema baseado na adesão (*opted-in*) o que implica que cada consumidor se manifeste para ser parte do processo.

7.2.3.2 Vantagens desse mecanismo

No que respeita aos litígios de massa, é facilitada a gestão do processo. O objectivo de reparação é atingido se a medida de publicidade for eficaz. O objectivo de dissuasão é igualmente atingido.

As eventuais violações dos princípios constitucionais e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem são compensados por essa eficácia na reparação e pela dissuasão.

7.2.3.3 Inconvenientes desse mecanismo

É necessário antes de mais ultrapassar a dificuldade da fixação da fronteira entre os dois mecanismos, da adesão (*opted-in*) e da exclusão (*opted-out*). Os dois países que adoptaram estes mecanismos fizeram-no recentemente e ainda não se dispõe de casos concretos. Só é feita referência nas leis a “*litígios de massa de pequeno montante para os quais não se deve prever processos individuais*”.

Este problema de fronteira não claramente definido poderá dar origem a discussões muito longas durante o processo e a acções que aumentam os prazos processuais.

7.3 O papel do juiz

7.3.1 Neste tipo particular de processo que envolve muitos demandantes, os poderes atribuídos ao juiz são de grande importância.

7.3.2 Com efeito, na maioria dos mecanismos da exclusão (*opted-out*), uma primeira fase do processo é consagrada ao exame da admissibilidade da acção pelo juiz. No mecanismo dos casos exemplares (*tests case*), a análise do processo individual tem essa mesma finalidade.

7.3.2.1 O interesse desta fase de admissibilidade é que ela permite fazer parar, no início do processo, todos os pedidos que são manifestamente improcedentes ou fantasistas e que podem lesar de forma ilegítima a imagem da parte contrária, evitando que processos abusivos ou inadaptados prossigam.

7.3.2.2 É o juiz que é o garante do bom desenrolar desta fase de admissibilidade. Concretamente, compete-lhe verificar que os requisitos fixados na lei para intentar a acção colectiva são cumpridos.

7.3.2.3 É o que acontece:

– Com a própria existência do litígio (o litígio do demandante não pode ter prescrito).

– Quando a composição do grupo torna impraticável um processo conjunto ou um processo com representação.

– Quando há questões de direito ou de facto comuns aos membros do grupo (a mesma “*causa petendi*”)

– Quando o pedido oponível ao profissional é coerente tendo em conta os factos alegados (requisito da probabilidade séria da existência do direito, “*fumus boni iuris*”)

– Quando o demandante pode representar e proteger de forma adequada os interesses dos membros do grupo.

7.3.3 Numa fase posterior, é também importante que o juiz possa validar a eventual proposta de transacção ou recusá-la se considerar que não é do interesse dos membros do grupo. Para isso o juiz tem de ter um poder superior ao da homologação de transacções que lhe atribui habitualmente a lei na maioria dos sistemas judiciais dos Estados-Membros.

7.3.4 A particularidade deste processo conduz igualmente a prever modalidades adaptadas de produção de prova. O juiz deve ter a possibilidade de utilizar poderes injuntivos relativamente à parte contrária ou a terceiros para obter a apresentação de documentos ou ainda deve poder ordenar medidas de instrução para efeitos da constituição de novas provas. A legislação que institua a acção colectiva deve prever expressamente que o juiz não pode recusar-se a agir nesse sentido quando os demandantes fizerem o respectivo pedido.

7.3.5 Para permitir que os magistrados exerçam o melhor possível esses poderes, parece necessário prever que apenas alguns tribunais, designados neste contexto, serão competentes para decidir das acções colectivas. Por conseguinte, também seria necessário adaptar as estruturas judiciárias dos Estados-Membros e prever uma formação especial dos magistrados dessas jurisdições.

7.4 Uma reparação efectiva dos danos

7.4.1 A acção colectiva deve permitir que se peça a reparação do dano material (financeiro), do dano físico, bem como do *pretium doloris* e de outros danos morais. Tendo a acção simultaneamente por objectivo a indemnização dos consumidores e a dissuasão, parece necessário prever uma indemnização da totalidade dos danos. Também deve de ser possível colocar à disposição

dos tribunais métodos de avaliação simples, pouco onerosos e transparentes sem que seja abandonado o princípio da reparação.

7.4.2 Os demandantes da acção colectiva devem também poder obter do juiz vários meios de reparação. Para além da cessação do comportamento ou da nulidade de um acto que é sempre possível, a reparação dos danos deve poder ser directa ou indirecta. Além disso, deve poder ser acompanhada de outras medidas de reparação como a publicidade da divulgação, a afixação, etc.

7.4.3 A reparação directa e individual não deve ser a única considerada pois, em certos casos, será difícil, mesmo impossível, de realizar seja porque os membros do grupo não podem ser identificados no quadro de um mecanismo de exclusão (*opted-out*), seja porque são demasiado numerosos ou porque o montante do seu prejuízo individual é demasiado baixo. O essencial é que exista sempre reparação das pessoas, mesmo de forma indirecta, e que seja conseguido o efeito dissuasivo.

7.4.3.1 Devem ser pensados mecanismos adequados nos casos em que o juiz pode calcular o montante de cada reparação individual para os membros identificados ou identificáveis do grupo [mecanismo da adesão (*opted-in*), do caso exemplar (*test case*) ou mesmo da exclusão (*opted-out*) quando o profissional forneceu a lista dos clientes em causa, por exemplo], mas também nos casos em que esta distribuição individual se revelar demasiado onerosa tendo em conta o baixo montante do prejuízo individual.

7.4.3.2 Da mesma forma, se as quantias não são todas distribuídas, é necessário privilegiar uma medida de reparação indirecta com a totalidade da quantia que constitui então uma verba remanescente. É necessário que o juiz na sua decisão especifique a acção financiada pela verba remanescente e decrete as modalidades de fiscalização da sua realização que pode ser delegada a um terceiro.

7.4.3.3 Mesmo no caso de esta medida de reparação indirecta ser impossível, a totalidade da verba remanescente fixada pelo juiz deve reverter para um fundo de auxílio à acção colectiva para o financiamento de novos processos.

7.4.3.4 Se o juiz não pode calcular o montante de cada reparação individual nos casos de não ser possível identificar todos os membros do grupo [apenas mecanismo da exclusão (*opted-out*)] deve poder fixar uma grelha de avaliação das diferentes categorias de danos. A distribuição dessas quantias pode ser delegada à secretaria do tribunal, mas também ao advogado do representante do grupo, a um terceiro (companhia de seguros, contabilista, etc.) com a vantagem de libertar o tribunal desta fase complexa e longa de análise dos pedidos individuais.

7.4.3.5 O juiz neste segundo caso deve poder prever uma indemnização individual para os membros do grupo que se deram a conhecer na sequência da medida de informação do julgamento e a verba remanescente deve ser afectada a acções que reparem indirectamente o dano sofrido pelo grupo.

7.4.3.6 Se não for possível qualquer medida indirecta, essa quantia deve reverter para o fundo de auxílio.

7.5 Os recursos

7.5.1 A acção colectiva deve reconhecer a possibilidade de recorrer a qualquer das partes.

7.5.2 Tendo em conta a importância que representa, por um lado, a necessidade de uma indemnização rápida das vítimas e, por outro, a convicção de que os direitos de ambas as partes foram justamente apreciados, há que conciliar o direito de cada uma das partes recorrer da decisão com estes imperativos.

7.5.3 Por conseguinte, afigura-se importante que o reconhecimento deste direito obrigue os Estados-Membros a instituir um procedimento acelerado de recurso de forma a evitar um mecanismo puramente dilatatório.

7.5.4 Por outro lado, a convicção de que são constituídas provisões na contabilidade da parte responsável para as indemnizações em que esta foi condenada, constitui também uma garantia em caso de recurso para os membros do grupo.

7.6 Financiamento do sistema

7.6.1 O sistema da acção colectiva deve autofinanciar-se a prazo.

7.6.2 Uma vez que não é desejável, ou mesmo possível, instituir um sistema generalizado de pagamento consoante o resultado do processo “contingency fees” que é contrário à tradição jurídica europeia, é indispensável prever uma forma de financiamento que permita aos demandantes que não disponham de meios financeiros para intentar a acção colectiva obterem um adiantamento para as despesas judiciais (honorários de advogado, despesas de peritagem no quadro de medidas de instrução aceites pelo juiz, etc.).

7.6.3 Um dos meios de financiar este sistema seria a constituição de um “Fundo de auxílio à acção colectiva” alimentado pelo montante dos “lucros ilícitos” das empresas condenadas, tais como definidos pelo juiz no processo, na medida em que não são reclamados pelas pessoas directamente lesadas e identificadas³⁵.

7.6.4 O fundo de auxílio pode, além disso, ter por missão a centralização de todas as informações relativas às acções de grupo em curso e ser encarregado de difundir informações sobre as diligências a efectuar para se dar a conhecer, se excluir do grupo ou para obter uma indemnização.

7.7 Outras regras processuais

Entrando no pormenor, haverá muitas regras processuais que devem ser previstas e que nos limitamos a enunciar “*pro memoria*”.

A saber:

- O regime dos anúncios para a notificação dos interessados,
- As custas judiciais e despesas com a assistência judiciária,
- A cooperação entre as autoridades judiciárias e administrativas dos Estados-Membros,
- Os prazos para a prática de actos judiciais e prazos de prescrição,
- A utilização da Internet (*ejustice*).

8. Instrumento jurídico: regulamento ou directiva

8.1 A instituição desta acção de grupo no plano comunitário pode ser feita quer através de uma directiva quer de um regulamento; não se considera, por definição, que uma simples recomendação possa criar as condições de eficácia e de uniformidade necessárias para a adopção harmonizada dessa iniciativa nos 27 Estados-Membros.

8.2 No entanto, se for considerado um alcance mais amplo e se os artigos 65º e 67º do Tratado forem escolhidos como base jurídica, a adopção de um regulamento seria de ponderar da mesma forma, por exemplo, que os regulamentos relativos aos processos de insolvência, ao título executivo europeu, ao procedimento europeu de injunção de pagamento, ao procedimento europeu para as acções de pequeno montante ou para a penhora de contas bancárias.

8.3 Se se decidir restringir, pelo menos numa primeira fase, o domínio de aplicação desta iniciativa aos direitos dos consumidores nos litígios transfronteiriços, o modo mais apropriado para pôr em prática esta acção colectiva no plano comunitário parece ser uma directiva, que será o seguimento da directiva relativa às acções inibitórias.

8.4 Visto que subsistem ainda disparidades importantes entre os Estados-Membros quanto às regras processuais há, portanto, que determinar

de forma geral os princípios fundamentais da acção colectiva atendendo a que os Estados transpõem a directiva respeitando os seus princípios processuais habituais.

Por exemplo, não é, com efeito, certo que a harmonização seja possível uma vez que os tribunais designados para decidir dessa acção estão dependentes das normas de organização judiciária de cada Estado.

As formas de intentar a acção devem ajustar-se às particularidades dos Estados. Por este motivo, um regulamento seria inadequado.

8.5 É também evidente que neste caso a directiva deve ser uma directiva de harmonização total, de forma a evitar que os Estados-Membros tornem o sistema mais penoso para as empresas que tenham a sua sede social nesses Estados-Membros.

Bruxelas, 31 de Janeiro de 2008

O Presidente
da Secção Especializada de Mercado Único, Produção e Consumo
Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER

O Secretário Geral
do Comité Económico e Social Europeu
Patrick VENTURINI

ANEXO
ao Parecer
da Secção Especializada de Mercado Único, Produção e
Consumo

As alterações seguintes, que recolheram pelo menos um quarto dos votos expressos, foram rejeitadas durante o debate:

1. Novo ponto após o ponto 1.3

“1... O CESE constata que o desenvolvimento de procedimentos de acções colectivas nos diversos Estados-Membros é muito diferente e muitas vezes limitado a domínios muito circunscritos relativamente ao assunto

dos procedimentos ou aos montantes em jogo por vítima. Esta constatação deve incitar a uma diligência progressiva na procura de vias de recurso para os consumidores, privilegiando as vias de regularização alternativas e a auto-regulamentação.”.

A numeração é consequentemente alterada.

Justificação

Restabelecer um justo equilíbrio tendente para vias alternativas de recurso.

Resultados da votação

Votos a favor:	31
Votos contra:	49
Abstenções:	6

5. Ponto 1.10

“1.10 “O CESE congratula-se com a intenção manifestada pela Comissão de prosseguir os estudos a esse respeito,. ~~Insiste contudo na necessidade de ter, em paralelo, uma real vontade política que conduza a iniciativas legislativas adequadas. facto que, onde for o caso, poderá levar a iniciativas legislativas adequadas, apoiadas por uma real vontade política. A opção de uma acção legislativa deverá continuar o último recurso, a realizar num espírito de proporcionalidade e apenas quando se constatarem problemas persistentes e solidamente documentados.”.~~

Justificação

Esta formulação corresponde ao ponto 6.6.

O CESE entra, com este parecer, num domínio novo onde as experiências dos Estados-Membros são muitas vezes marcadas pela prudência, tendo em consideração designadamente os efeitos ainda pouco documentados da introdução de acções de grupo sobre a propensão para introduzir processos em justiça e sobre as repercussões económicas para produtores e consumidores. Parece, pois, indicado seguir o trabalho da Comissão, mais do que apelar sem reservas para uma legislação comunitária.

Resultados da votação

Votos a favor:	28
Votos contra:	48
Abstenções:	6

8. Ponto 7.2.1.3.5

“7.2.1.3.5 Há, assim, uma importante diferença entre o número de pessoas que realmente actuam e as que potencialmente podem fazê-lo. A reparação dos danos dos consumidores não é, portanto, total. ~~O lucro ilícito eventualmente realizado pelo profissional nessa prática pode ser em grande parte conservado por este último. O objectivo de dissuasão do processo não é atingido.~~”

Justificação

Ver abaixo ponto 7.4.3.3.

Resultados da votação

Votos a favor:	28
Votos contra:	44
Abstenções:	8

9. Ponto 7.2.2.2.4

“7.2.2.2.4 Por outro lado, tem um verdadeiro efeito dissuasivo sobre a parte responsável, já que esta é obrigada a indemnizar todas as pessoas lesadas pela prática danosa ~~e, eventualmente, a restituir o lucro ilícito que conseguiu obter.~~”

Justificação

Ver abaixo ponto 7.4.3.3.

Resultados da votação

Votos a favor:	24
Votos contra:	49
Abstenções:	4

11. Pontos 7.4.3.3, 7.4.3.6 e 7.6.1

Suprimir.

Justificação

A reparação dos prejuízos dos consumidores não pôde ultrapassar os prejuízos individuais e colectivos, que se prestam a compensação. O auxílio financeiro para o acesso à Justiça é uma responsabilidade pública, neste caso, para financiar, mediante multas, em caso de infracção ao direito do consumo.

Resultados da votação

Votos a favor:	25
Votos contra:	50
Abstenções:	7

12. Ponto 7.6.3

Suprimir.

Justificação

O procedimento em vista deve limitar-se à reparação dos prejuízos sofridos, tomando os danos efectivos por medida. A aplicação de sanções que tomam os benefícios ilícitos por medida é de outra ordem.

Resultados da votação

Votos a favor:	26
Votos contra:	52
Abstenções:	6

Notas

¹ Na acepção do processo civil e que tem por objecto a defesa dos interesses colectivos ou difusos seja agindo preventivamente (acção inibitória) seja através da reparação (pedido de indemnização). Uma outra acepção da expressão “acção colectiva” pode ser encontrada sobretudo na literatura jurídica anglo-saxónica para designar as raízes sociológicas da associabilidade (cf. *“Collective action in the European union; interests and the new politics of associability”* Justin GREENWOOD e Mark ASPINWALL, Routledge, London, 1998.), com interesse assinalável a nível da investigação sobre as origens sociológicas e as necessidades sociais que justificam as acções colectivas na sua acepção processual estrita.

² Não se deverá excluir a possibilidade, já consagrada em várias ordens jurídicas nacionais, de ampliar o âmbito de aplicação das acções colectivas a todos os interesses colectivos ou difusos em domínios como o ambiente, o património cultural, o ordenamento do território, e quer seja contra pessoas de direito privado ou público, entre as quais administrações ou entidades públicas.

³ É raro encontrar na literatura jurídica uma fórmula tão lapidar como a que um insigne jurista, deputado português, encontrou para defender, durante o debate parlamentar, a introdução das acções colectivas em Portugal.

Referindo-se aos novos direitos de 2.^a e de 3.^a geração, direito do trabalho, dos consumidores, do ambiente, do ordenamento do território, da protecção do património cultural “direitos com propensão universalizante que, sendo de cada um, são de muitos, senão de todos” o deputado J. Almeida Santos questionava-se

“Será que, sendo de todos ou de muitos, se justifica a sua protecção judicial pingo a pingo, com os demandantes em bicha à espera de vez para verem julgado o seu caso, porventura igual ao do seu co-profissional ou do seu vizinho, e quantas vezes obtendo ganho de causa quando o resultado já não faz sentido, quando a indemnização foi já consumida pela inflação, quando a reparação da honra chega tarde para evitar o divórcio ou refazer o crédito, quando enfim, o ponto de chegada de uma longa via-sacra processual é a viva imagem da ineficácia e da inutilidade?” Teremos mesmo que manter qua tale a visão Kafkiana do purgatório judiciário?” De súbito, a consciência de que não basta uma protecção jurídica quase exclusivamente individual; de que há direitos e interesses “metaindividuais” a meio caminho dos colectivos; de que é insuficiente o direito de acção dos directa e indirectamente lesados; de que se aproxima o fim da concepção individualista do direito e da justiça; de que desponta no horizonte a aurora de um novo pluralismo e de um novo direito” (in Diário da Assembleia da República, I Série, n. 46, 21/02/1990, pag. 1617).

⁴ O estudo do Centro de Estudos do Direito do Consumo da Universidade Católica de Lovaina efectuado para a Comissão (DG SANCO) é também uma excelente compilação que permite retirar as consequências das diferentes ópticas nacionais para a resolução dos litígios transfronteiriços, sobretudo quando os consumidores de diferentes Estados-Membros são afectados pelas mesmas práticas comerciais desleais transnacionais, pelos vícios ou pelos defeitos dos mesmos produtos ou por contratos negociados à distância que contenham as mesmas cláusulas contratuais gerais abusivas.

⁵ Na doutrina, não se pode esquecer a obra precursora de Jacques van COMPERNOLLE “*Le Droit d’action en justice des groupements*” LARCIER, Bruxelles, 1972, bem como a obra colectiva “*L’aide juridique au consommateur*”, de T. BOURGOIGNIE, Guy DELVAX, Françoise DOMONT-NAERT e C. PANIER, CDC Bruylant, Bruxelles, 1981

⁶ Transmitido ao Conselho em 4 de Janeiro de 1985 e completado, logo em 7 de Maio de 1987, por uma “Comunicação Complementar sobre o Acesso dos Consumidores à Justiça”. Aliás, na Comunicação da Comissão de 4 de Junho de 1985, conhecida como “Novo Impulso para a Política da Protecção dos Consumidores” (Doc. COM (85) 314 final), cujas orientações foram aprovadas pelo Conselho a 23 de Junho de 1986 (JO, C 167 de 5.6.1986), já se salientava que “os procedimentos jurídicos clássicos são lentos e muitas vezes onerosos em relação aos valores em causa nos negócios de consumo” pelo que seria necessário que existissem “meios apropriados de consulta e de recurso” para que os direitos dos consumidores fossem devidamente protegidos

⁷ A relatora foi a deputada holandesa BOOT. Devido às alterações introduzidas pelos então deputados europeus Squarcialupi e Pegado Liz, destaca-se o apelo lançado à Comissão no sentido de propor uma directiva que harmonizasse as legislações dos Estados-Membros de modo a garantir a defesa dos interesses colectivos dos consumidores, dando às associações de consumidores a possibilidade de litigar no interesse da categoria que representam e dos consumidores individualmente (Doc. A2 152/86 de 21.XI.86 (PE 104.304).

⁸ Resolução 87/C in JO C 176 de 4.7.1987.

⁹ Aprovadas pelo Conselho em 9 de Março de 1989 (JO C 99 de 13.4.1989).

¹⁰ COM(90) 98 final de 3 de Maio de 1990. É a primeira vez que num documento oficial da Comissão se alude às “*ações de grupo*”.

¹¹ COM(93) 576 final de 16 de Novembro de 1993. Para a sua compreensão, é importante recordar que entre 1991 e 1992 surgiram, um pouco por todo o lado, várias iniciativas de debate das questões ligadas ao acesso ao direito e à justiça, de que cumpre destacar a Conferência sobre “Consumer Redress Mechanisms”, organizada pelo Office of Fair Trading, em Londres, em Janeiro de 1991, a III Conferência sobre “O acesso do consumidor à justiça”, em Lisboa, a 21-23 de Maio de 1992, promovida pela Comissão e pelo Instituto do Consumidor e o Colóquio sobre “La Protection du Consommateur Transfrontalier”, no Luxemburgo, em Outubro de 1993, organizado pelos Ministérios da Economia e da Família e Solidariedade, com o apoio da Comissão, dos quais resultaram relatórios extremamente importantes ainda hoje. É, também, o momento em que vários académicos eméritos e juriconsultos de renome se debruçam sobre a questão (cf. designadamente, “*Group actions and Consumer Protection*”, Thierry BOURGOIGNIE, Col. Droit et Consommation, Vol. XXVIII, 1992; “*Group Actions and the Defence of the Consumer Interest in the European Community*”, Anne MORIN, INC, France, 1990).

¹² É, no entanto, importante salientar que o referido Livro Verde apoia-se em algumas decisões e documentos de trabalho anteriores, que o suportam e lhe conferem a base de apoio político indispensável para a sua aceitação. Com efeito, em Março de 1992, a Comissão havia confiado a um grupo de personalidades independentes, presidido pelo Lord Peter Sutherland, a elaboração de um relatório sobre o funcionamento do Mercado Interno, que fizesse o ponto do que se havia alcançado com a aplicação do Livro Branco sobre o Mercado Interno.

Publicado em 26 de Outubro de 1992, este relatório, no que em particular se refere ao acesso à justiça, afirma que “não há certezas quanto à eficácia na protecção dos direitos dos consumidores”, manifesta a sua preocupação pela ineficácia da Convenção de Bruxelas de 1968 relativa ao reconhecimento mútuo das decisões e às dificuldades daí decorrentes para a execução, num Estado-Membro, de um título executivo emitido por um tribunal de outro Estado-Membro e recomenda, por isso, um exame urgente, por parte da Comunidade, desta matéria (Recomendação nº 22). A Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 2 de Dezembro de 1992, sobre “O funcionamento do Mercado Interno: acompanhamento do Relatório Sutherland”, deu cumprimento a esta recomendação. (SEC (92) 2277 final). Por seu turno, no documento de trabalho “Para um Programa Estratégico sobre o Mercado Interno”, apresentado pela Comissão em Junho de 1993, reconhece-se a necessidade de criar um quadro operacional coerente sobre o acesso à justiça, que integre um conjunto de ações visando a divulgação, a transparência e a aplicação do direito comunitário. (COM (93) 256). Por outro lado, a Comunicação da Comissão ao Conselho de 22 de Dezembro de 1993 chamava a atenção para o facto de a realização do mercado interno conduzir eventualmente a um aumento de casos em que os residentes de um Estado-Membro invocarão os seus direitos noutro Estado-Membro (COM (93) 632 final).

E sendo certo que, no seu entender, não incumbiria à Comunidade procurar uma harmonização que eliminasse as características específicas dos diversos sistemas jurídicos nacionais, a Comissão

propunha-se, no entanto, desenvolver esforços no sentido da informação e formação em direito comunitário, da transparência, eficácia e rigor na aplicação desse direito, e da coordenação e cooperação no domínio da justiça entre os Estados-Membros e a Comissão, facilitada pela entrada em vigor do Tratado de Maastricht e, nomeadamente, do seu “terceiro pilar”. Aí se anunciava, precisamente, a publicação do “Livro Verde” e da “ampla consulta” que, no seu seguimento, seria lançada. Na reunião do Conselho de 27 de Setembro de 1993 (686 Sessão do Mercado Interno) havia, aliás, sido concluído que era fundamental proceder ao “aprofundamento da reflexão relativa ao acesso à justiça, designadamente na base de um livro verde anunciado pela Comissão para o final do ano, o qual considerará a questão dos meios processuais e, se tal for o caso, de uma maior transparência relativamente às sanções”. É, aliás, desta altura, a apresentação dum importante estudo, encomendado pela Comissão a ERIC BALATE, CL. NERRY, J. BIGOT, R. TECHEL M. A. MUNGE, L. DORR e P. PAWLAS, com a assistência de A. M. PETTOVICH, precisamente sobre “A right to group actions for consumer associations throughout the Community” (Contract B5 1000/91/012369), ainda hoje elemento de estudo incontornável nesta matéria.

¹³ DOC PE 207.674 de 9 de Março, de que foi relator o Deputado Medina Ortega.

¹⁴ CES 742/94, de que foi relator o conselheiro Ataíde Ferreira 1989 (JO C 295 de 22.10.1994). Esta preocupação do CES sobre a matéria não é, no entanto, nova. Em outros Pareceres, designadamente em dois Pareceres de iniciativa sobre a realização do mercado interno e a protecção dos consumidores, da autoria do Sr. Ataíde Ferreira, de 26 de Setembro de 1992 (CES 1115/91, J.O. C 339 de 31 de Dezembro de 1991) e de 24 de Novembro de 1992 (CES 878/92, J.O. C 19 de 25 de Janeiro de 1993) já se chamava a atenção da Comissão para a necessidade de identificar as possibilidades de acção no domínio da regulação dos litígios transfronteiriços e do reconhecimento de poderes de representação das organizações de consumidores quer em litígios nacionais quer transfronteiriços (Ponto 5.42. do Doc. CES 1115/91; ponto 4.12 do Doc. CES 878/92 e Secção 4 do interessante Estudo anexo, da autoria conjunta de Eric Balate, Pierre Dejemeppe e Monique Goyens, publicado pelo CES (CES 93 003) pp. 103 e segts.).

¹⁵ O tema seria, aliás, retomado posteriormente pelo CESE em vários dos seus pareceres de que se destacam pela sua importância o parecer de iniciativa sobre “*Mercado Único e Defesa dos Consumidores: Oportunidades e Obstáculos no Grande Mercado*”, de que foi relator o ainda conselheiro F. Ceballos Herrero, aprovado em sessão de 22 de Novembro de 1995, onde se constata que, até essa data, não havia sido dado qualquer seguimento às sugestões e propostas avançadas pelo CES, no seu anterior Parecer sobre o Livro Verde (CES 1309/95). Mas, igualmente, no seu Parecer sobre o “O Mercado Único em 1994 – Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (Doc. COM (95) 238 final)”, da autoria do ex-conselheiro Vever, ao reconhecer os atrasos na efectiva realização do Mercado Interno, aí se destacando a legislação no domínio do consumo, em particular no que se refere às transacções transfronteiriças (CES 1310/95 – JO C 39 de 12.2.1996) e o parecer sobre a “Comunicação da Comissão, prioridades da política dos consumidores (1996-1998)” de que fora relator J. Koopman onde, embora congratulando-se com a proposta de directiva sobre as acções inibitórias e o Plano de

Acção apresentado pela Comissão relativo ao acesso dos consumidores à justiça, se mostrava expectante quanto aos futuros desenvolvimentos nesta área e constatava que o Mercado Único, neste domínio, estava longe de estar realizado, sendo “condição base para se ganhar a confiança dos consumidores” no mercado único, a adesão consciente aos seus direitos. (Doc. CES 889/96, aprovado em 7.10.1996). O mesmo tipo de preocupações perpassa ainda no Parecer do CES sobre a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Impacto e eficácia do Mercado Único”[COM(96) 520 final de 23 de Abril de 1997] de que fora relator F. Pasolli CES 467/97, JO C 206 de 7.7.1997.

¹⁶ Logo na sua primeira intervenção pública numa audição no Parlamento Europeu, a 10 de Janeiro de 1995, a então nova Comissária para os Consumidores, Emma Bonino, reconhecia a política dos consumidores como um dos elementos de primeira importância na construção da Europa dos Cidadãos e assumia o expresse compromisso de dar seguimento concreto às consultas já havidas com o Livro Verde do Acesso à Justiça.

Ao ser concretamente inquirida sobre a situação existente no que respeitava ao acesso à Justiça na União Europeia, a Comissária reconheceu que o acesso dos consumidores à justiça está longe de ser satisfatório e a duração dos processos judiciais em alguns Estados-Membros é de natureza a comprometer seriamente a efectividade dos direitos dos consumidores.

¹⁷ COM(95) 712 final.

¹⁸ Tomando como base jurídica o art.º 100º-A do Tratado da União Europeia, e tendo em atenção os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, a Comissão previa a harmonização das normas de processo dos vários Estados-Membros, relativamente a um tipo especial de acção inibitória, tendo como objectivos:

- a cessação ou a proibição de qualquer acto que constitua ofensa de interesses de consumidores tutelados por algumas directivas, enunciadas em anexo à Directiva;
- as medidas necessárias a corrigir os efeitos dessa ofensa, designadamente, a publicação da decisão; e,
- a condenação da parte faltosa em sanção pecuniária compulsória em caso de incumprimento da decisão, no prazo nela fixado.

A mesma Proposta previa que qualquer entidade representativa dos interesses dos consumidores num Estado-Membro, caso os interesses dos seus representados fossem afectados por violação com origem noutro Estado-Membro, pudesse recorrer ao tribunal ou autoridade competente nesse Estado-Membro para invocar os direitos dos seus representados.

¹⁹ O texto final desta Directiva foi aprovado no Conselho Assuntos dos Consumidores do Luxemburgo, de 23 de Abril de 1998, por maioria qualificada, com o voto contra da Alemanha e a sua versão definitiva foi publicada a 11 de Junho de 1998 tendo dado acolhimento, em larga medida, às sugestões e críticas feitas.

²⁰ Directiva 98/27/CE, de 19 de Maio de 1998, JO L 166 de 11.6.1998. É importante recordar que o Parlamento Europeu se mostrou extremamente crítico quanto ao âmbito e às limitações constantes da Proposta da Comissão, e introduziu várias modificações ao texto inicial, de que se destacam:

– o alargamento do âmbito de aplicação da Directiva a todas as directivas futuras que se refiram à protecção dos interesses dos consumidores;

– a inclusão, nas entidades a quem deve ser reconhecida legitimidade, das organizações e federações representativas de consumidores ou de empresas, que trabalhem a nível europeu, e não exclusivamente nacional.

Também o CESE, por seu turno, em Parecer de que foi relator o Sr. RAMAEKERS, se pronunciou contra a base jurídica da Proposta, que considerou dever ser o art.º 129º-A e não o art.º 100º -A do Tratado, quanto ao domínio, demasiado restrito, do seu âmbito de aplicação e contra a obrigação de recorrer previamente a uma entidade do país onde a acção deve ser proposta, por poder alongar considerável e escusadamente a interposição da acção. (Parecer CES 1095/96, de 30.1.1997).

²¹ COM(96) 13 final.

²² Doc. A-0355/96 (PE 253.833)

²³ O que não significa que, esparsamente, em algumas directivas do chamado “acquis” comunitário, não apareçam referências às acções colectivas como meio adequado e eficaz para garantir o cumprimento efectivo das disposições delas constantes. É o caso, por exemplo, do artigo 11º da Directiva 97/7/CE de 20.5.1997 (vendas à distância), e do artigo 13º, da Directiva 2002/65/CE de 23.9.2002 (vendas à distância de serviços financeiros).

²⁴ Recordam-se, a tal propósito:

o Parecer de Iniciativa do CESE 141/2005 JO C 221 de 8.9.2005, relativo à Política dos Consumidores após o alargamento da UE, (ponto 11.6);

o Parecer CESE 230/2006 – JO C 88 de 11.4.2006, relativo ao Programa de Acção no domínio da saúde e da protecção dos consumidores (2007/2013), (ponto 3.2.2.2.1);

o Parecer CESE 594/2006 – JO C 185 de 8.8.2006, relativo a um quadro jurídico para a política dos consumidores.

²⁵ COM(2005) 672 final de 19.12.2005.

²⁶ Parecer CESE 1349/2006, JO C 324, de 30.12.2006, de que foi relatora a Conselheira Sánchez Miguel. O tema, aliás, já havia sido abordado no seu Parecer de Iniciativa sobre “*Regulação da Concorrência e Consumidores*” (Parecer CES 949/2006 – JO C 309 de 16.12.2006).

²⁷ Estudo já referido na nota 4. Apesar de muito completo, o estudo comparado não inclui a situação na Bulgária e na Roménia, nem dá conta dos desenvolvimentos mais recentes na Finlândia nem dos sistemas muito avançados do Brasil, de Israel e da Nova Zelândia ou, sequer, das propostas em debate na França e na Itália. Sobre o sistema australiano ver a obra colectiva “Consumer Protection Law”, de J. GOLDRING, L.W. sobre o sistema neozelandês, ver “Consimer Law in New Zeland”, de Kate TOKELEY, Butterworth, Wellington, 2000; para uma visão sobre os desenvolvimentos na Ásia e, em particular, na Índia, nas Filipinas, em Hong-Kong, no Bangladesh, na Tailândia e na Indonésia, ver “Developing Consumer Law in Asia”, Actas do Seminário IACL/IOCU, Kuala Lumpur, Faculty of Law, University of Malaya, 1994.

Entretanto há conhecimento de a Comissão ter encomendado recentemente um outro estudo sobre “*Avaliação da eficiência e da eficácia dos mecanismos de indemnizações colectivas na União Europeia*” (Anuncio Nº 2007/5/55-067230 de 20.3.2007).

²⁸ COM (2007) 99 final de 13.3.2007, nº 5.3, documento sobre o qual o CESE acaba de elaborar um parecer de que é relatora a Conselheira Darmanin.

²⁹ “Conferência: A caminho de uma acção colectiva europeia?” (9 e 10 de Novembro de 2007) no decurso da qual a Comissária KROES afirmou designadamente que: “*Os consumidores não apenas têm direitos como devem ter a possibilidade de os invocar, se necessário através de uma acção judicial. E quando uma acção judicial só puder ser intentada por cada consumidor a título individual, nenhum consumidor o fará: por conseguinte, as acções colectivas são absolutamente necessárias! Só assim é que (os consumidores) beneficiarão totalmente do Mercado Interno.*” Por sua vez, a Comissária KUNEVA sublinhou justamente: “*Os consumidores só desfrutarão de todos os benefícios do Mercado Interno se forem instituídos sistemas efectivos de tratamento das suas queixas e lbes forem disponibilizadas as vias de recurso adequadas. As acções colectivas podem ser um meio efectivo de reforço das vias de recurso que já disponibilizámos aos consumidores europeus através do encorajamento dos mecanismos ADR e do estabelecimento do processo transfronteiriço sobre queixas de pequeno montante.*”

³⁰ Como foi justamente recordado por Patrick von BRAUNMUHL no “Leuven Brainstorming Event on Collective Redress” (Reunião de debate de Lovaina sobre Acções Colectivas), organizada pela Comissão em 29 de Junho de 2007 “*as acções colectivas podem reduzir o número de processos individuais resultantes de um incidente específico, especialmente no sistema da exclusão em que uma empresa pode resolver um número importante de queixas de consumidores num único processo. Pode negociar com um grupo representativo de todos os consumidores em questão e pode concentrar os seus recursos num único processo judicial em vez de em vários processos diferentes. mesmo que não seja possível um acordo entre as partes e o tribunal tenha que decidir, existe mais segurança jurídica se a decisão abranger todos os casos relacionados com o mesmo incidente ou violação da lei.*”

³¹ Esta questão foi apresentada detalhadamente no Seminário “Roma I & Roma II” organizado pela Presidência portuguesa e pelas Presidências alemão e eslovena conjuntamente com a Academia de Direito Europeu (Europäische Rechtsakademie – ERA) em Lisboa em 12 e 13 de Novembro de 2007.

³² Uma análise comparativa da diferente terminologia utilizada em vários Estados-Membros e do seu significado em cada língua, é descrita pormenorizadamente num artigo de Louis DEGOS e Geoffrey V. MORSON “Class System”, in Los Angeles Lawyer Magazine, Novembro de 2006, pag. 32 e ss. Na Irlanda, utiliza-se o termo “acção com diversas partes” “Multi-party litigation” (MPL). Em Inglaterra utilizam-se os termos “processo de grupo” “group litigation order” (GLO) ou simplesmente “acção de grupo” “group action”; na Alemanha fala-se em “acção de grupo” “Gruppenklage”, na Suécia utiliza-se “acção de grupo” “Grupptalan” ou “acção colectiva” “Collective lawsuit”, em Portugal, acção popular, e na Hungria “acção combinada” “Combined lawsuit”.

³³ Cf. Comunicação da Comissão. “Um mercado único para a Europa do século XXI”, COM(2007) 724 final, de 20 de Novembro de 2007.

³⁴ Entre os quais:

“Livro Verde sobre o acesso dos consumidores à justiça e a resolução dos litígios de consumo no Mercado Único”, [COM(93) 576 final].

Recomendação da Comissão de 12 de Maio de 1995, relativa aos prazos de pagamento nas transacções comerciais e Comunicação da Comissão a ela relativa respectivamente in JO L 127 de 10/06/1995 e JO C 144 de 10/06/1995

Comunicação da Comissão sobre o “Plano de Acção relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução dos litígios de consumo no mercado interno” de 14 de Fevereiro de 1996 [COM(96) 13 final].

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, “Para uma maior eficácia na obtenção e execução das decisões na União Europeia”, (COM (97) 609 final, JO C 33 de 31.1.1998).

Directiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de protecção dos interesses dos consumidores, JO L 166 de 11.06.1998. Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência (JO L 160 de 30.6.2000). O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Ravoet (CESE 79/2001, de 26 de Janeiro de 2000, JO C 75 de 15.3.2000).

Regulamento (CE) nº 1347/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do poder paternal em relação a filhos comuns do casal, idem. O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Braghin (CES 940/1999 de 20 de Outubro de 1999, JO C 368 de 20.12.1999).

Regulamento (CE) nº 1348/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo à citação e à notificação dos actos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros, Idem. O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Hernández Bataller (CES 947/1999 de 21 de Outubro de 1999) JO C 368 de 20.12.1999).

Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junho de 2000, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais in JO. L 200, de 08/08/2000.

Programa de medidas destinadas a aplicar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões em matéria civil e comercial, (JO C 12 de 15.5.2001, p. 1).

Decisão do Conselho, de 28 de Maio de 2001, que cria uma rede judiciária europeia em matéria civil e comercial, JO L 174 de 27.6.2001, p. 25. O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Rétureau (CES 227/2001 de 28 de Fevereiro de 2001, JO C 139 de 11.5.2001).

Regulamento (CE) nº 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial (JO L 174 de 27.6.2001, p. 1). O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Hernández Bataller (CES 228/2001 de 28 de Fevereiro de 2001, JO C 139 de 11.05.2001).

“Livro Verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial” (COM (2002) 196 final de 19.4.2002).

Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I), JO L 12 de 16.1.2001. O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Malosse (CES 233/2000 de 1 de Março de 2000 in JO C 117 de 26.04.2000).

Regulamento (CE) nº 805/2004, de 21 de Abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados in JO L 143 de 30.04.2004. 2004. O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Ravoet (CESE 1348/2002, de 11 de Dezembro de 2002, JO C 85 de 8.4.2003).

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um procedimento europeu para as acções de pequeno montante (COM(2005) 87 final de 15.03.2005). O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Pegado Liz (CES 243/2006 de 14 de Fevereiro de 2006).

“Livro verde sobre uma maior eficácia na execução das decisões judiciais na União Europeia: Penhora de contas bancárias” (COM(2006) 618 final). O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Pegado Liz (CES 1237/2007 de 26 de Setembro de 2007).

Regulamento (CE) nº 1896/2006 de 12 de Dezembro de 2006 (JO L 399, de 30.12.2006) que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento (COM (2004) 173 final de 19.03.2004). O Parecer do CESE sobre o assunto foi da autoria do conselheiro Pegado Liz (CES 133/2005 de 22 de Fevereiro de 2005).

³⁵ Um bom exemplo é o “Fundo de auxílio à acção colectiva”, que existe no Quebeque, considerado indispensável ao desenvolvimento das acções colectivas. Este fundo é alimentado através do reembolso dos montantes adiantados aos demandantes que ganharam a sua acção colectiva e pelas verbas remanescentes das reparações não reclamadas pelos membros do grupo. O demandante que intenta uma acção colectiva deve apenas poder obter do juiz o reembolso das despesas efectuadas na apresentação da acção mediante justificativos.

CÓDIGO DA PUBLICIDADE

EXCERTOS

“Considera-se actividade publicitária o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efectuem as referidas operações”

“Não podem constituir suporte publicitário as publicações periódicas informativas editadas pelos órgãos das autarquias locais, salvo se o anunciante for uma empresa municipal de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos”

“Anunciante é a pessoa singular ou colectiva no interesse de quem se realiza a publicidade”

“Destinatário é a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”

Sumário

Aprova o Código da Publicidade

A publicidade assume, nos dias de hoje, uma importância e um alcance significativos, quer no domínio da actividade económica, quer como instrumento privilegiado do fomento da concorrência, sempre benéfica para as empresas e respectivos clientes.

Por isso, importa enquadrar a actividade publicitária como grande motor do mercado, enquanto veículo dinamizador das suas potencialidades e da sua diversidade e, nessa perspectiva, como actividade benéfica e positiva no processo de desenvolvimento de um país.

Em obediência a esse desiderato, a actividade publicitária não pode nem deve ser vista, numa sociedade moderna e desenvolvida, como um mal menor, que se tolera mas não se estimula, e muito menos como resultante de um qualquer estado de necessidade.

Porém, a receptividade de que beneficia no quotidiano dos cidadãos, se lhe confere, por um lado, acrescida importância, não deixa, outrossim, de acarretar uma natural e progressiva responsabilidade, na perspectiva, igualmente merecedora de atenção, da protecção e defesa dos consumidores e das suas legítimas expectativas.

De facto, uma sociedade responsável não pode deixar igualmente de prever e considerar a definição de regras mínimas, cuja inexistência, podendo consumir situações enganosas ou atentatórias dos direitos do cidadão consumidor, permitiria, na prática, desvirtuar o próprio e intrínseco mérito da actividade publicitária.

Sem recorrer a intenções paternalistas e recusando mesmo soluções de cariz proteccionista, o novo Código da Publicidade pretende, com equilíbrio e sentido da realidade, conciliar as duas vertentes enunciadas, sublinhando a sua relevância e alcance económico e social.

Realçando a experiência já adquirida, o caminho já percorrido pela legislação nacional e os contributos recolhidos de todos quantos, directa ou indirectamente, a esta actividade se dedicam, a nova legislação contempla, ainda, a desejável harmonização com a legislação comunitária, nomeadamente com as Directivas n.os 84/450/CEE e 89/552/CEE e, bem assim, a Convenção Europeia sobre a Televisão sem Fronteiras.

Assim:

Nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 201º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

Artigo 1º É aprovado o Código da Publicidade, anexo ao presente diploma e que dele faz parte integrante.

Art. 2º – 1 – É revogado o Decreto-Lei nº 303/83, de 28 de Junho.

2 – Consideram-se feitas para as correspondentes disposições do presente Código as remissões para o Decreto-Lei nº 303/83, de 28 de Junho.

Art. 3º – 1 – O Código agora aprovado entra em vigor no dia imediato ao da sua publicação, salvo quanto ao disposto nos artigos 24º, 25º e 26º, que entram em vigor a 1 de Outubro de 1991.

2 – (Revogado pelo DL nº 61/97, de 25 de Março)

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 19 de Julho de 1990 – Aníbal António Cavaco Silva – Luís Miguel Couceiro Pizarro Beleza – José Manuel Cardoso Borges Soeiro – Roberto Artur da Luz Carneiro – Arlindo Gomes de Carvalho – Fernando Manuel Barbosa Faria de Oliveira – António Fernando Couto dos Santos – Fernando Nunes Ferreira Real.

Promulgado em 1 de Outubro de 1990.

Publique-se.

O Presidente da República, MÁRIO SOARES.

Referendado em 10 de Outubro de 1990.

O Primeiro-Ministro, Aníbal António Cavaco Silva.

CÓDIGO DA PUBLICIDADE

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1º

Âmbito do diploma

O presente diploma aplica-se a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão.

Artigo 2º

Direito aplicável

A publicidade rege-se pelo disposto no presente diploma e, subsidiariamente, pelas normas de direito civil ou comercial.

Artigo 3º

Conceito de publicidade

1 – Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:

- a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;
- b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

2 – Considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços.

3 – Para efeitos do presente diploma, não se considera publicidade a propaganda política.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

– DL nº 6/95, de 17/01

Consultar versões anteriores deste artigo:

– 1ª versão: DL nº 330/90, de 23/10

Artigo 4º

Conceito de actividade publicitária

1 – Considera-se actividade publicitária o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efectuem as referidas operações.

2 – Incluem-se entre as operações referidas no número anterior, designadamente, as de concepção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

– DL nº 275/98, de 09/09

Consultar versões anteriores deste artigo:

– 1ª versão: DL nº 330/90, de 23/10

Artigo 5º

Anunciante, profissional, agência de publicidade, suporte publicitário e destinatário

1 – Para efeitos do disposto no presente diploma, considera-se:

a) Anunciante: a pessoa singular ou colectiva no interesse de quem se realiza a publicidade;

b) Profissional ou agência de publicidade: pessoa singular que exerce a actividade publicitária ou pessoa colectiva que tenha por objecto exclusivo o exercício da actividade publicitária;

c) Suporte publicitário: o veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária;

d) Destinatário: a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida.

2 – Não podem constituir suporte publicitário as publicações periódicas informativas editadas pelos órgãos das autarquias locais, salvo se o anunciante for uma empresa municipal de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

– DL nº 275/98, de 09/09

– DL nº 224/2004, de 04/12

Consultar versões anteriores deste artigo:

– 1ª versão: DL nº 330/90, de 23/10

– 2ª versão: DL nº 275/98, de 09/09

CAPÍTULO II
Regime geral da publicidade
SECÇÃO I
Princípios gerais

Artigo 6º

Princípios da publicidade

A publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor.

Artigo 7º

Princípio da licitude

1 – É proibida a publicidade que, pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados.

2 – É proibida, nomeadamente, a publicidade que:

a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas;

b) Estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer actividade ilegal ou criminosa;

c) Atente contra a dignidade da pessoa humana;

d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo;

e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa;

f) Utilize linguagem obscena;

g) Encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente;

h) Tenha como objecto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso.

3 – Só é permitida a utilização de línguas de outros países na mensagem publicitária, mesmo que em conjunto com a língua portuguesa, quando aquela tenha os estrangeiros por destinatários exclusivos ou principais, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

4 – É admitida a utilização excepcional de palavras ou de expressões em línguas de outros países quando necessárias à obtenção do efeito visado na concepção da mensagem.

Contém as alterações dos seguintes diplomas:

– DL nº 6/95, de 17/01

– DL nº 275/98, de 09/09

Consultar versões anteriores deste artigo:

– 1ª versão: DL nº 330/90, de 23/10

– 2ª versão: DL nº 6/95, de 17/01

Para conferir a íntegra desta lei e outros textos legais acesse o site:

www.direitodoconsumo.com

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Ementário

Julgados do TJ/RS, do TJ/PR e do TJ/MG

EMENTÁRIO

1) Ação de cobrança envolvendo locação não permite aplicação do CDC

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 15a. Câ. Cív.

Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos

Apelação cível. Locação. Ação de cobrança. Fiadores. Reparos no imóvel. Ônus da prova. Caso concreto. Cláusula penal mantida. Inaplicabilidade do cdc à espécie. Notificação dos fiadores para acompanharem a vistoria. Inocorrência. Descabida a sua condenação ao pagamento de valores pelos reparos realizados pelo autor-locador no imóvel. Cláusula penal livremente pactuada pelas partes deve ser mantida no percentual original – 10%. Termo inicial de juros moratórios a partir da rescisão antecipada do contrato. Ônus sucumbenciais. Redimensionamento. Deram parcial provimento ao recurso. Unânime. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70044527208 – Comarca de Caxias do Sul – 15a. Câ. Cív. – Rel.: Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos – j. em 21.03.2012 – Fonte: DJ, 22.03.2012).

2) Não cumprimento de acordo firmado perante o Procon enseja majoração da indenização por dano moral

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: 17a. Câ. Cív.

Relator: Luciano Pinto

Apelação cível. Indenização. Dano moral e material. Compra de aparelho celular. Defeito. Acordo no PROCON.

Recolhimento do aparelho e entrega de um novo. Não cumprimento do acordo pela empresa. Majoração do valor dos danos morais. Cabimento. Multa prevista no termo de acordo. Cobrança devida. Se a empresa ré, fornecedora de produto, firma acordo com o autor no PROCON, onde assume a obrigação de recolher o aparelho vendido a ele e a entrega de um novo, no prazo de 30 dias, sob pena de multa de 20% sobre o valor do produto, no caso de descumprimento do acordo, a inércia da empresa por mais de 2 anos impõe sua condenação em danos morais condizentes com o seu descaso e na multa estabelecida no acordo. No caso, o valor dos danos morais deve ser majorado porque não se pode perder de vista o seu caráter pedagógico, e uma condenação irrisória dificilmente terá tal efeito, notadamente quando se trata de empresa de vultoso potencial econômico como é o caso da ré. (TJ/MG- Ap. Cível n. 0204386-03.2011.8.13.0702 – Comarca de Uberlândia – 17a. Câ. Cív. – Rel.: Des. Luciano Pinto – ac. unân. – j. em 01.03.2012 – Fonte: DJ, 13.03.2012).

3) Violação do dever de informação e transparência em relação de consumo gera indenização por dano moral e material

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 17a. Câ. Cív.

Relator: Elaine Harzheim Macedo

Ação de rescisão contratual cumulada com indenização por dano moral e devolução de valores. Aquisição de imóvel na planta. Corretora que violou os deveres da boa-fé objetiva, dever de informação

e transparência nas relações contratuais consumeristas, uma vez que omitiu a progressão que as parcelas sofreriam, induzindo em erro os adquirentes ao confirmar a possibilidade de constar na escritura definitiva as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, prosseguindo com falta e falha de informações. Caso em que não houve apenas a aproximação das partes, mas sim participação ativa dos corretores, agindo como verdadeiros mandatários da construtora. Dano moral. Solidariedade entre construtora e corretora. Agir da apelante que ensejou muito mais do que mero aborrecimento, mas sim angústia duradoura, razão pela qual é de ser mantida a sentença que determinou o pagamento de danos morais e, também à devolução da verba de corretagem acrescida de juros e correção monetária. Índice de correção monetária que, entretanto, deve se dar com base na variação do IGP-M. Apelação parcialmente provida. (TJ/RS – Ap. Cível n. 70047098132 – Comarca de Porto Alegre – 17a. Câmara Cív. – Rel.: Des. Elaine Harzheim Macedo – j. em 22.03.2012 – Fonte: DJ, 28.03.2012).

4) Plano de saúde não pode decidir qual o melhor tratamento ao paciente e negar tratamento com medicamento experimental

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **10a. Câmara Cív.**

Relator: **Domingos José Perfetto**

Apelação cível – Ação de obrigação de fazer c.c. Indenização por danos materiais e morais – Plano de saúde – Negativa da cobertura de medicamento associado ao tratamento de síndrome nefrótica – Negativa do tratamento sob a justificativa de ser o mesmo experimental – Recusa indevida – Não cabe ao plano de saúde decidir qual o procedimento médico mais adequado a propiciar a sobrevivência de seu usuário – Abusividade da cláusula reconhecida – Dano moral configurado – Particularidades do caso concreto – *Quantum* mantido – Apelo conhecido e não provido. (TJ/PR- Ap. Cível n. 819194-2 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 10a. Câmara Cív.- Rel.: Des. Domingos José Perfetto – ac. unân. – j. em 01.03.2012 – Fonte: DJ, 21.03.2012).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça

Relatora: **C. Toader**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Relator: **Salazar Casanova**

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (06.09.2012)

“O artigo 15º, nº 1, alínea c), do Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de que não exige que o contrato entre o consumidor e o profissional tenha sido celebrado à distância”

Do Supremo Tribunal de Justiça (05.07.2012)

“Uma vez provado que a fração adquirida ao construtor/vendedor sofria de infiltrações – e graves – de humidade no seu interior e, mais ainda, que tais infiltrações resultavam da insuficiência de isolamento das fachadas exteriores na construção do edifício, preenche-se a previsão do art. 1225º, nº 1, do CC, presumindo-se a culpa do vendedor/construtor (art. 799º do CC) e a sua responsabilização pela eliminação dos defeitos (art. 1221º do CC)”

“Já não cabe todavia ao comprador o ónus de provar as causas dos defeitos – o vício do solo ou da construção, modificação ou reparação ou os erros de execução que estiveram na origem dos defeitos da obra ou da sua ruína total ou parcial – muito menos ainda as concretas falhas técnicas de execução que originaram esses defeitos”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

6 de setembro de 2012 (*)

«Competência judiciária em matéria civil e comercial – Competência em matéria de contratos celebrados pelos consumidores – Regulamento (CE) n° 44/2001 – Artigo 15°, n° 1, alínea c) – Limitação eventual desta competência aos contratos celebrados à distância»

No processo C190/11,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267° TFUE, apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Áustria), por decisão de 23 de março de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 22 de abril de 2011, no processo

Daniela Mühlleitner

contra

Ahmad Yusufi,

Wadat Yusufi,

o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

O artigo 15°, n° 1, alínea c), do Regulamento (CE) n° 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de que não exige que o contrato entre o consumidor e o profissional tenha sido celebrado à distância.

** Língua do processo: alemão.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2722/03.5TCSNT.L1.S1

6ª SECÇÃO

SALAZAR CASANOVA

CONTRATO DE COMPRA E VENDA

VENDA DE COISA DEFEITUOSA IMÓVEL DESTINADO A LONGA DURAÇÃO

INFILTRAÇÕES

DEFEITO DA OBRA

NEXO DE CAUSALIDADE

ÓNUS DA PROVA

PRESUNÇÃO DE CULPA

SUBEMPREITADA

05-07-2012

UNANIMIDADE

S

1

REVISTA

NEGADA A REVISTA

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS/ PROVAS – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES/ CONTRATOS

– João Calvão da Silva, Compra e Venda de Coisas Defeituosas. Conformidade e Segurança, 1991, Almedina, pág. 75.

– Lebre de Freitas, “ O Ónus de Denunciar o Defeito da Empreitada no Artigo 1225° do Código Civil; o Facto e o Direito na Interpretação dos Documentos”, in Estudos sobre o Direito Civil e o Processo Civil, Coimbra Editora, 2002, pág. 191/244, designadamente pág. 202, também publicado em O Direito, 1999, I e II, pág. 231/281.

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGOS 334º, 342º, 798º, 799º, 917º, 1221º, 1224º, Nº1, 1225º, 1226º.

LEI Nº 24/96, DE 31-7 (LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR): – ARTIGO 12º.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 1-6-2010, PROCESSO Nº 4584/03.0TBGDM.P1.S1;

– DE 15-12-2011, PROCESSO Nº 365/06.OTBVLG.P1.S1.

ASSENTO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

– DE 4-12-1996 IN B.M.J. 462-94.

I – Ao comprador cabe o ónus da prova dos defeitos de imóvel que foi vendido pelo empreiteiro/construtor (arts. 342º e 1225º do CC).

II – Já não cabe todavia ao comprador o ónus de provar as causas dos defeitos – o vício do solo ou da construção, modificação ou reparação ou os erros de execução que

estiveram na origem dos defeitos da obra ou da sua ruína total ou parcial – muito menos ainda as concretas falhas técnicas de execução que originaram esses defeitos.

III – Não deixa de se subsumir ao âmbito do art. 1225º do CC a situação do construtor que procede à construção da obra independentemente de ter realizado atos concretos de execução que negociou com subempreiteiros.

IV – Uma vez provado que a fração adquirida ao construtor/vendedor sofria de infiltrações – e graves – de humidade no seu interior e, mais ainda, que tais infiltrações resultavam da insuficiência de isolamento das fachadas exteriores na construção do edifício, preenche-se a previsão do art. 1225º, nº 1, do CC, presumindo-se a culpa do vendedor/construtor (art. 799º do CC) e a sua responsabilização pela eliminação dos defeitos (art. 1221º do CC).

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

INT/593
Publicidade – jovens
e crianças

Bruxelas, 18 de setembro de 2012

PARECER

do Comité Económico e Social Europeu
sobre

**UM QUADRO PARA A PUBLICIDADE DESTINADA AOS
JOVENS E ÀS CRIANÇAS**
(parecer de iniciativa)

Relator: Jorge Pegado Liz

Em 14 de julho de 2011, o Comité Económico e Social Europeu decidiu, nos termos do artigo 29º, nº 2, do Regimento, elaborar um parecer de iniciativa sobre

Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças.

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada do Mercado Único, Produção e Consumo, que emitiu parecer em 30 de agosto de 2012.

Na 483ª reunião plenária de 18 e 19 de setembro de 2012 (sessão de 18 de setembro), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 130 votos a favor e 3 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 O objetivo deste Parecer é contribuir para a informação, a discussão e o possível aprofundamento, a nível comunitário, das medidas, de carácter legal ou outras, de proteção das crianças e jovens face a certa publicidade que ou utiliza indevidamente as crianças nos seus anúncios, ou se lhes dirige de forma nociva ou, de qualquer modo, a expõe a mensagens lesivas para o seu adequado desenvolvimento físico, mental e moral.

1.2 Em causa está a proteção de direitos fundamentais das crianças na UE, tal como definidos na Convenção das Nações Unidas, no artigo 24º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais no artigo 3º, nº 3, do TUE e bem interpretados na Comunicação da Comissão «Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança» (COM(2006) 367 final) e no «Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a Internet e outras tecnologias das comunicações» (COM(2008) 106 final)¹) e no «Programa da UE para os direitos da criança» (COM(2011) 60 final).

1.3 A publicidade que se serve abusivamente de crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem, ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental e deve ser banida.

1.4 A publicidade dirigida a crianças comporta riscos agravados consoante os grupos etários, com consequências danosas para a sua saúde física, psíquica e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao endividamento e o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental.

1.5 De um modo geral, certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação física, psíquica, moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

1.6 O CESE entende que estas questões devem ser analisadas em profundidade e enquadradas a nível da UE, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade não só porque está em causa a efetiva garantia da proteção de direitos fundamentais, como também porque a diversidade das regulamentações nacionais põe em risco o bom funcionamento do mercado interno e, nesse sentido, recomenda que seja adotada, a nível comunitário, com caráter geral, uma idade mínima para a publicidade dirigida especialmente a crianças.

1.7 O CESE julga que deve ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo estas matérias nos currículos escolares a todos os níveis. Também os pais deverão ser capacitados para acompanharem os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias

1.8 O CESE entende que os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.

1.9 O CESE apela aos anunciantes e patrocinadores para, no âmbito das iniciativas de auto-regulação e da correção, já adotadas e a promover, assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar.

1.10 O CESE entende que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da Internet e das redes sociais, e insta a Comissão a considerar com urgência a necessidade de adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos.

1.11 O CESE apela ao Parlamento Europeu e aos Parlamentos Nacionais para prosseguirem com denodo a sua tradição de defesa dos direitos das crianças neste domínio especial.

2. Impacto da publicidade nas crianças

2.1 O CESE advoga uma economia social de mercado, adequadamente regulada de forma a ser promovida uma sã e leal concorrência e um elevado nível de proteção dos consumidores, com vista à realização de um mercado interno, instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho dos seus povos, no respeito dos valores da dignidade

humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito, e do respeito pelos Direitos do Homem.

2.2 Neste quadro, o CESE reconhece à publicidade, em todas as suas formas, um papel de relevante importância, bem sumariada pela *International Advertising Association* (IAA de, que se destaca, em particular, a difusão da inovação, a indução da criatividade e do entretenimento, o incentivo à concorrência e o aumento das possibilidades de escolha. O CESE reconhece igualmente à publicidade uma importante função de informação e de esclarecimento dos consumidores, razão de ser e fundamento da sua regulação a nível comunitário.

2.3 Num parecer desta índole e com este objeto seria natural que uma parte fosse consagrada à temática geral da influência dos “*media*”, em particular da televisão, da Internet e das redes sociais como mais importantes veículos das mensagens publicitárias, nas crianças e nos jovens, quer como utilizadores quer como meros espetadores passivos. Seria ainda importante analisar os diferentes comportamentos das crianças consoante as idades e os estratos sociais perante os meios de comunicação social, incluindo o conhecido fenómeno da escolha dos “heróis” e de “padrões sociais de comportamento” ou de “estilos de vida”, como definidores da personalidade, explorados pelos métodos publicitários². No entanto, devido aos constrangimentos de espaço terão de se dar por adquiridos, conhecidos e consensualizados todos os aspetos relacionados com este tema, nomeadamente no que se refere ao papel que os referidos «*media*» têm hoje na informação, na formação, na educação e no entretenimento dos jovens e ao tempo que lhes dedicam, alguns dos quais objeto de outros pareceres do CESE já elaborados ou em vias de elaboração³.

3. Publicidade que utiliza as crianças como veículo da sua mensagem comercial em qualquer das suas formas

3.1 No que respeita à publicidade que utiliza crianças relevam os aspetos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança, especialmente consagrados em variados textos convencionais internacionais e ao nível da União Europeia, de que se destacam hoje disposições da Carta dos Direitos Fundamentais (artigos 1º, 2º, alínea c), e, em especial 24º e 32º).

3.2 O CESE julga necessária uma harmonização a nível da UE no sentido de uma proibição genérica da publicidade que usa indevida e abusivamente a imagem de crianças em temas que não tenham a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem.

4. Publicidade dirigida especialmente a crianças

4.1 As crianças até certa idade não filtram a comunicação publicitária, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que tendem a assumir todas as mensagens como verdadeiras e podem ser induzidos a converterem-se em consumidores compulsivos. Este efeito é tanto mais forte quanto mais desfavorecido é o meio socioeconómico. Mesmo as mensagens e avisos contidos na publicidade não são compreendidos pelas crianças e não podem ser considerados como um fator preventivo ou dissuasório.

4.2 Por outro lado, é diferente a perceção da publicidade em função das diferentes faixas etárias. Até aos cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre

programação e anúncios e, mesmo a partir daí, não reconhecem à publicidade a sua função persuasiva. Esta competência só surge por volta dos oito anos, e mesmo assim, não para todas as crianças; tal, não significa ainda que possam reconhecer as mensagens como tendenciosas, enfatizando aspetos positivos e negligenciando outros mais negativos do produto em causa.

4.3 Quando as crianças mais velhas veem o anúncio como um fator de entretenimento o impacto é maior e a sua maior capacidade de processamento de mensagens publicitárias não as torna necessariamente imunes à publicidade e aos seus intentos na medida em que outras técnicas de persuasão mais sofisticadas e igualmente eficazes permitem influenciar os seus comportamentos.

4.4 O desenvolvimento de competências cognitivas e interpretativas através de programas de educação para os *media* tem um impacto positivo na interação com a publicidade. Maiores níveis de literacia mediática e uma maior compreensão dos mecanismos e efeitos da publicidade, por parte de pais e filhos, não constituem, contudo, uma solução global para os efeitos nocivos da publicidade dirigida a crianças. A preparação de crianças como futuros consumidores, através da aposta na literacia mediática e na sua capacitação desde a mais tenra idade, é essencial. No entanto, tal não resolve de imediato o problema do impacto da dimensão excessiva e repetitiva dos anúncios, assim como pode não atingir todas as crianças, em especial as de meios socioeconómicos mais desfavorecidos e as mais afetadas pelos efeitos nocivos da publicidade.

4.5 Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade. Contudo, cada vez mais as crianças, e crianças de tenra idade, têm acesso a televisão e à Internet no quarto, o que torna esta atividade um ato solitário e não controlado. Outro fator que aumenta a exposição de crianças a anúncios publicitários e técnicas de *marketing* é a crescente penetração da Internet nos hábitos diários dos mais novos. Como curialmente se menciona em projeto de relatório do PE em elaboração «a Internet é atualmente, a verdadeira companhia dos jovens, muitas vezes mais do que a própria família, a escola e os amigos»⁴ Estudos recentes, como o «KIDS ON LINE» demonstram que 38% das crianças dos 9 aos 12 anos já têm perfis «online» e essa percentagem cresce para 78% dos 13 aos 16 anos. Muitas marcas de brinquedos e entretenimentos dispõem de *sites* onde podem jogar e divertir-se *online*, ao mesmo tempo que são alvos de estratégias de persuasão e de fidelização a marcas.

4.6 No que se refere em especial ao incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobre endividamento, alguma comunicação comercial dirigida a crianças pode estimular hábitos de consumo pautados pelo excesso, criando desejos artificiais que não correspondem a necessidades reais e forjando um conceito falso de “felicidade”. Estatísticas demonstram que 54% dos adolescentes se sentem pressionados a comprar produtos só porque os seus amigos têm, ou seja, o consumo acaba por ser fator de inclusão social.

4.7 Há uma relação causal entre a exposição a certos anúncios e os pedidos de compra aos pais. Os conflitos familiares, relacionados com a exposição à publicidade e pedidos de aquisição, surgem em todas as famílias mas sobretudo nas de estatuto socioeconómico mais baixo, cujas crianças passam mais tempo à frente da televisão. Por incapacidade financeira ou menor capacidade de diálogo, as famílias de baixos recursos acabam assim por ser mais penalizadas pela publicidade.

4.8 O consumismo incentivado pela publicidade tem ainda como consequência a adesão de grande número de crianças e jovens a determinadas marcas, criando situações problemáticas para os menores que a elas não têm acesso. Uma dessas situações, é o «*bullying de marca*» em ambiente escolar que afeta severamente crianças que não usam essas marcas, podendo gerar comportamentos desviantes ou situações de grande infelicidade pessoal empurrando-as por vezes para contextos de exclusão, violência e sofrimento que podem estar na origem da entrada na criminalidade, pela via do furto ou do roubo.

4.9 No que respeita a publicidade que incita ao consumo de produtos alimentares não saudáveis ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental, destaca-se a influência dos filhos nas decisões de compra de alimentos, nomeadamente na preferência por refeições pré-preparadas ou pelo «*fast food*». O apelo aos maus hábitos alimentares é uma constante na publicidade infantil. A obesidade infantil é já um enorme problema. Segundo a *Consumers International* uma em cada 10 crianças no mundo está acima do peso ou obesa; estão atualmente referenciadas 22 milhões de crianças com menos de 5 anos com excesso de peso e a causa principal é a ingestão de produtos ultraprocessados, ricos em açúcar e gordura.

4.10 Os valores da exposição de crianças a anúncios publicitários relacionados com alimentos são substanciais designadamente em programas infantis e têm aumentado com a crescente adesão das crianças a canais de televisão à Internet ou às redes sociais. Por outro lado, a natureza dos anúncios modificou-se, adquirindo maior sofisticação no *marketing* dos produtos, que aumenta a sua eficácia persuasória⁵.

4.11 A publicidade pode também ter consequências a nível de desordens alimentares, como a anorexia ou a bulimia. As crianças e os adolescentes são expostos a modelos de corpo e de imagem pessoal dos jovens que incorporam os anúncios. A incidência em jovens, normalmente do sexo feminino, de um padrão corporal magro acentua um ideal de beleza que incita a comportamentos alimentares que podem colocar vidas em risco.

4.12 A Associação de Psicólogos norte-americanos considera mesmo que a publicidade dirigida a menores de oito anos deveria ser limitada (ou proibida) dada a incapacidade das crianças desta idade em processar os intuitos persuasivos dos anúncios. Esta proibição visa limitar as consequências adversas da publicidade na promoção de hábitos alimentares não saudáveis, no desencadear de conflitos entre pais e filhos pelos pedidos de compras de produtos anunciados e na exposição à violência⁶.

4.13 O Comité é de opinião que estas preocupações, já inscritas em várias legislações de Estados-Membros⁷ e de países não europeus, deveriam ser assumidas a nível comunitário, com a definição de uma idade mínima para a publicidade dirigida especialmente a crianças, tal como já sugerido no Relatório do MPE Kyriacos Triantaphylides⁸ e reafirmado na Resolução do PE de 22 de maio de 2012⁹.

5. Publicidade que afeta as crianças

5.1 No âmbito da publicidade que pode afetar gravemente a formação psíquica e moral das crianças, mesmo quando a elas não especialmente dirigida, destacam-se as situações de publicidade que incita à violência ou a certos tipos de comportamentos violentos como é o caso da publicidade à venda de brinquedos ou jogos que apelam a comportamentos violentos.

5.2 Estudos fidedignos demonstram os efeitos prejudiciais da exposição à violência em certos anúncios veiculados pelos meios audiovisuais, nomeadamente pela promoção de comportamentos agressivos, de uma maior recetividade à violência e de um aumento da hostilidade. A própria saúde mental pode ser afetada por este consumo de conteúdos violentos, levando a situações de ansiedade, medos, perturbações do sono e hiperatividade.

5.3 As celebridades são cada vez mais usadas em anúncios de produtos que podem ser prejudiciais à saúde, como o álcool ou o tabaco. A associação de um estilo de vida considerado atrativo a estes produtos incentiva a vontade de consumo e cria deles uma perceção positiva.

5.4 O normal desenvolvimento psicológico e moral das crianças é também afetado pela publicidade com conteúdo erótico ou pornográfico fazendo apelo a comportamentos sexuais perversos, pervertidos ou excessivos. Uma parte substancial da publicidade é de carácter sexista e sexual e utiliza a mulher como objeto de desejo, muitas vezes em situação de inferioridade ou de subserviência quando não mesmo violentada. De outro lado, a excessiva carga sexual ou conteúdos eróticos quando não mesmo pornográficos, conduzem a uma erotização precoce das crianças. Apesar de várias marcas famosas terem sido obrigadas a retirar publicidade por contribuírem para a hipersexualização de crianças, e pelo repúdio da sociedade civil pela utilização abusiva de imagens do corpo de menores em anúncios, não existe uma clara definição legal a nível comunitário, relativamente a estas situações.

5.5 Embora regulada em vários Estados-Membros, mas de modo muito diverso, impedindo o correto funcionamento do mercado interno e não se justificando por razões culturais fundamentais, julga-se ser esta também uma matéria a merecer uma consideração a nível comunitário.

6. O quadro legal comunitário e a sua manifesta insuficiência

6.1 Face a este quadro, forçoso é constatar que as disposições legais nacionais e os procedimentos adotados pelos profissionais da publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial, relativos a crianças, nos diferentes Estados-Membros, são tudo menos uniformes.

6.2 Por seu turno, o quadro legal comunitário é desnecessariamente complexo e demasiadamente confuso e, na maior parte dos casos, diversamente transposto e diferentemente aplicado nos Estados-Membros, como a própria Comissão o reconhece na sua Comunicação «Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha»¹⁰ no seu Relatório «Proteger as crianças no mundo digital»¹¹ e na «Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças»¹². Uma generalidade de Estados-Membros limitou-se à transposição minimalista das diretivas comunitárias; outros¹³ aplicam normas mais estritas, que chegam à proibição de publicidade dirigida a menores¹⁴.

6.3 Corretamente nenhuma das disposições do acervo comunitário considera que, para proteção dos menores e da dignidade humana, se deva proceder a qualquer «controle prévio» em obediência a princípios fundamentais de liberdade de expressão, conforme é doutrina bem firmada do *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, em aplicação da respetiva *Convenção Europeia*.

6.4 O equívoco fundamental de base parte, no entanto, da Recomendação do Conselho de 1998 relativa «a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade

humana», onde sobreleva a preocupação “da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação” e afastando das competências legislativas da União Europeia, uma intervenção em matéria de conteúdos audiovisuais ou «*on line*» lesivos de menores ou da dignidade humana¹⁵ e acabando por considerar estes aspetos como matéria de «bom gosto ou de decência», excluídos do âmbito da regulação comunitária¹⁶.

6.5 Com carácter obrigatório geral, apenas se determina aos Estados-Membros que assegurem que as emissões televisivas (aí se devendo entender que estão incluídas as comunicações comerciais) não incluam programas suscetíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita, salvo se precedidos de um «sinal sonoro» ou acompanhados de um «símbolo visual», mas excetuando as emissões em que pela «hora de emissão» ou por «quaisquer medidas técnicas» se possa assegurar que «em princípio, os menores não verão nem ouvirão essas emissões».

6.6 Com o argumento de que existem «crescentes possibilidades de os espetadores evitarem a publicidade» e sem ter em conta a especificidade da criança como «espetador passivo», as normas vigentes deixaram cair as limitações relativas à inserção dos «*spots*» publicitários, desde que não atentem gravemente contra a integridade dos programas.

6.7 As únicas proibições expressas que hoje existem a nível comunitário reportam-se exclusivamente aos produtos à base de tabaco, a medicamentos e tratamentos médicos apenas disponíveis mediante receita médica, à publicidade «oculta» e «subliminar», embora excluindo desta proibição a «colocação de produto» (apesar de considerar que ela «deveria em principio ser proibida»), sempre que o «espetador seja devidamente informado da sua existência» e a «critérios rigorosos» de publicidade a bebidas alcoólicas.

6.8 Apenas neste último aspeto se refere que a publicidade não deve ter os menores como público-alvo. Em todos os restantes aspetos relacionados com o prejuízo físico, mental ou moral dos menores, como seja o incitamento direto aos menores ou indireto a seus pais para a aquisição de bens ou serviços publicitados, aproveitando-se da sua inexperiência ou credulidade, ou a publicidade «incluída em programas infantis, relativa a alimentos e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico, tais como, nomeadamente, as gorduras, os ácidos gordos, o sal/sódio e os açúcares», as normas vigentes limitam-se a uma recomendação genérica ou simplesmente a uma remissão para «códigos de conduta».

6.9 Importa ainda salientar que a diretiva relativa às práticas comerciais desleais, apesar de contemplar uma disposição relativa a práticas comerciais dirigidas a «grupos claramente identificáveis de consumidores especialmente vulneráveis», designadamente em razão «da sua idade ou credulidade», não logrou ser interpretada como impeditiva das práticas antes descritas, nem transposta ou aplicada com esse sentido nos Estados-Membros¹⁷.

6.10 A par destas disposições de direito comunitário, outros instrumentos de natureza convencional, definem princípios fundamentais que estão, por sua vez, na origem dos mais recentes desenvolvimentos no direito fundamental da UE (Tratado de Lisboa e Carta Europeia dos Direitos Fundamentais).

6.11 Paralelamente, os profissionais têm desenvolvido, quer a nível internacional, quer nos diferentes Estados-Membros, um conjunto de disposições de auto-regulação para as suas práticas comerciais bem demonstrativo do seu empenhamento na proteção das crianças, como é particularmente o caso da EASA¹⁸. Tal não prejudica a necessidade reafirmada em

várias instâncias internacionais e comunitárias de ser garantido um elevado nível de respeito pelas crianças e da sua proteção de forma a assegurar o seu desenvolvimento físico, mental e moral, tendo em vista o seu interesse próprio, o seu bem-estar e a preservação do meio e dos laços familiares.

7. Publicidade infantil e juvenil e realização do mercado interno

7.1 O mercado da publicidade e do marketing na Europa é um mercado muito competitivo, sujeito às flutuações da moda e especialmente sensível às consequências das crises económicas e financeiras. A existência de diferenças significativas nas regulações nacionais em matéria de publicidade pode não só influenciar os resultados, como também constituir um obstáculo para o seu desenvolvimento no mercado interno e uma fonte de discriminação e de concorrência menos leal. Em particular no segmento infantil e juvenil, que é um setor em franca expansão, as diferenças significativas nas regulamentações nacionais e as exigências distintas colocam as empresas publicitárias numa posição de desigualdade, obrigando a maiores gastos na adaptação das suas campanhas a diferentes requisitos e exigências legais, e favorecendo práticas concorrenciais menos corretas para tentar escapar a essas dificuldades e conquistar os mercados. Uma harmonização legislativa que imponha condições semelhantes em toda a Europa, realizando o mercado interno neste âmbito, pode contribuir de forma decisiva para um mercado mais transparente, no qual todas as empresas publicitárias possam desenvolver os seus negócios com base nas suas competências e capacidades, orientadas para satisfazer realmente os consumidores, em vez de aproveitarem as diferenças legislativas nacionais em detrimento de uma concorrência sã e leal.

8. Base jurídica para uma ação concertada a nível comunitário no domínio da publicidade infantil juvenil

8.1 Até hoje as diretivas comunitárias que têm regulado a publicidade ao nível da União Europeia têm utilizado comumente como base jurídica os preceitos do Tratado que se reportavam à realização do mercado interno, hoje artigos 26º e 114º, ainda que muito modificados. É esta uma preocupação importante, mas não deve ser a única. Noutras iniciativas comunitárias, onde os objetivos são mais especificamente dirigidos às atividades de radiodifusão televisiva, a base jurídica foi antes procurada nos preceitos à altura relativos ao direito de estabelecimento e aos serviços, correspondentes, ainda que com importantes modificações, aos atuais artigos 49º e segs. e 56º e segs. Por fim, em mais recentes iniciativas relativas à proteção das crianças e à pornografia infantil, mas ainda anteriores ao atual Tratado de Lisboa, a base jurídica utilizada foram os preceitos que se referiam à cooperação em matéria penal.

8.2 É mister recordar que o atual Tratado de Lisboa consagrou importantes modificações em todos estes aspetos e oferece uma gama de novas possibilidades de intervenção comunitária que há que saber interpretar e aplicar. A mais importante inovação foi a incorporação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais ao nível do direito primário da UE; de seguida a modificação da natureza jurídica da cooperação em matéria penal e civil; por fim, as alterações introduzidas em numerosos preceitos do Tratado como os relativos à realização do mercado interno, à proteção dos consumidores e à proteção da dignidade da pessoa humana. Ainda recentemente, para a proteção de dados a Comissão fundou a sua proposta de regulamento

na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e nos referidos novos preceitos do Tratado de Lisboa.

8.3 A questão da publicidade infantojuvenil é, antes de mais, uma questão de cidadania e de proteção de direitos fundamentais; os já citados artigos 1º, 3º, 24º, 33º e 38º da Carta oferecem base jurídica substantiva mais que suficiente para fundamentar a necessidade de uma ação comunitária. A eles acrescem de forma inequívoca, os artigos 2º, 3º, nº 5, 6º do TUE e os artigos 4º, 9º, 10º do TFUE.

8.4 Neste domínio, para além dos Governos dos Estados-Membros, quer a nível do Conselho quer no âmbito das cooperações reforçadas (artigo 20º TUE), os Parlamentos nacionais tem um importante papel a representar nos termos do artigo 12º do TUE e a eles se apela.

8.5 A realização do mercado interno constitui igualmente um dos mais importantes objetivos neste domínio, para o qual existe a cobertura dos artigos 3º, nº 3, do TUE e 26º e 114º e segs. do TFUE. Por outro lado, os artigos 12º e 169º do TFUE abrem novas possibilidades na perspetiva da proteção dos consumidores. Nos aspetos processuais, os artigos 67º e segs., em especial os artigos 81º e 82º do TFUE, fornecem as bases para uma moldura civil e penal, que permite completar o quadro legal da proteção infantojuvenil neste domínio.

8.6 Por fim, o tratamento desta matéria a nível comunitário obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 5º, nºs 3 e 4 do TUE) na medida em que o seu objetivo pela sua dimensão transfronteiriça, não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros no âmbito dos respetivos sistemas nacionais. O objetivo da iniciativa pode, por conseguinte, ser mais bem alcançado por uma ação a nível da União, em conformidade com o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, o âmbito da iniciativa deve limitar-se aos aspetos que suscitam problemas concretos, não abrangendo aqueles aspetos que podem ser regulados mais adequadamente pelas legislações nacionais respeitando assim o princípio da proporcionalidade.

Bruxelas, 18 de setembro de 2012

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

Staffan Nilsson

¹ Esta proposta conduziu à adoção de uma decisão: Decisão 2008/1351 – JO L 348 de 24.12.2008, p.118.

² Para além de uma ampla bibliografia existente sobre este tema e que não cabe aqui referir, merece uma menção especial, pela sua importância o «Estudo» da Direção Geral das Políticas Internas da União do Parlamento Europeu sobre «*Les règles en matière de publicité et leurs effets en vertu de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels*»(04/2009).

³ Ver Pareceres JO C 287 de 22.9.1997, p. 11, JO C 407 de 28.12.1998, p. 193; JO C 48 de 21.2.2002, p. 27, JO C 61 de 14.3.2003, p. 32, JO C 208 de 3.9.2003, p. 52, JO C 157 de 28.6.2005,

p. 136; JO C 221 de 8.9.2005, p. 87; JO C 325 de 30.12.2006, p. 65, JO C 224 de 30.8.2008, p. 61, JO C 77 de 31.3.2009; p. 8, JO C 317 de 23.12.2009, p. 43, JO C 128 de 18.5.2010, p. 69; JO C 48 de 15.2.2011, p. 138; JO C 24 de 28.1.2012, p. 154; JO C 43 de 15.2.2012, p. 34; JO C 229 de 31.7.2012, p. 90; e ainda os Pareceres em elaboração TEN/483 sobre «A utilização responsável das redes sociais», Rel. Hernandez Bataller e TEN/489 sobre «Estratégia europeia para uma Internet melhor adaptada às crianças», Rel. Longo.

⁴ Projeto de relatório sobre a proteção das crianças no mundo digital, de 2 de abril de 2012, da Comissão da Cultura e da Educação do PE, Rel. Sílvia Costa, (PE 486.198v01-00) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE486.198>

⁵ Na Austrália, Kelly et al. (2007) assinalam que as crianças entre os 5 e os 12 anos veem, em média, por semana 96 anúncios publicitários relacionados com alimentos, dos quais 63 diziam respeito a alimentos com altos teores de gordura ou açúcares (Kelly, B. P., Smith, B. J., King, L., Flood, V. M. & Bauman, A. (2007) «*Television food advertising to children: the extent and nature of exposure*», Public Health Nutrition, vol. 10, no. 11, pp. 1234-1240. Copyright Cambridge University Press.). Nos Estados Unidos, um estudo de Powell et al. (2007) assinala que 27,2% dos conteúdos televisivos não programáticos diziam respeito a alimentos, o que significa uma média de 23 anúncios por dia (Powell LM, Szczypka G, Chaloupka FJ (2007) *Exposure to Food Advertising on Television Among US Children*, Arch Pediatr Adolesc Med. 161:553-560).

⁶ <http://www.apa.org/pi/families/resources/advertising-children.pdf>

⁷ Atualmente 5 Estados-Membros proíbem qualquer publicidade em programas infantis, 4 Estados-Membros adotam uma proibição parcial ou outro tipo de restrições em programas infantis ou durante certos períodos de tempo ou em relação a certos tipos de produtos e 7 Estados-membros proíbem a indicação de patrocínios publicitários em programas infantis cf. http://ec.europa.eu/comm/avpolicy/reg/tvwf/contact_comm/index_en.htm.

⁸ A7 – 0369/2011 de 21/10/2011.

⁹ A7-0155/2012, em especial pontos 24, 28 e 29 (Rel. Maria Irigoyen Pérez).

¹⁰ COM (2011) 942 final de 11.1.2012.

¹¹ COM(2011) 556 final de 13.9.2011.

¹² COM(2012) 196 final de 2.5.2012.

¹³ Como referido na nota 6.

¹⁴ No caso da Suécia, aliás, objeto mesmo de Acórdão do TJ da UE, de 9 de julho de 1997, que confirmou a sua compatibilidade com o direito da UE (Caso C-34 e C-35/95 Konsumentombudsmannen/De Agostini (Svenska) bForlag AB e TV-Shop i Sverige AB).

¹⁵ No seu parecer (JO C 221 de 8.9.2005, p. 87) o CESE tomou posição clara contra esta conceção.

¹⁶ Cf. Diretiva 2005/29/CE de 11 de maio 2005, ponto (7) do Preâmbulo (JO L 149 de 11.6.2005).

¹⁷ Diretiva 2005/29/CE de 11 de maio de 2005, art. 5º, nº 3 (JO L 149 de 11.6.2005). No entanto, em recente Comunicação, que se saúda, a Comissão parece encarar a possibilidade de vir a preocupar-se com «o uso de comunicações comerciais questionáveis ou proibidas», esperando-se que aí se incluam as que aqui se denunciam (COM(2011) 942 final de 11.1.2012).

¹⁸ Saliencia-se a este propósito o interesse manifestado pela DG CNECT da Comissão Europeia na preparação de um «Código europeu de boas práticas» (19.3.2012).

ENTREVISTA DO CONSELHEIRO JORGE PEGADO LIZ PARA NETCONSUMO, PORTAL DIREITO DO CONSUMO (BRASIL) E REVISTA DO CONSUMIDOR (DIGITAL)

Jorge Pegado Liz foi o relator do Parecer de Iniciativa do CESE (Comité Económico e Social Europeu) que, aprovado de forma maciça (130 votos a favor, 3 abstenções e sem qualquer voto contra), contemplou a problemática da publicidade infanto-juvenil no seio da União Europeia como algo de relevância inquestionável, a carecer de intervenção decisiva

1. Que sentimento o dominou quando do escrutínio do parecer de que, no seio do CESE, foi relator?

Desde logo o sentimento do dever cumprido. Foi com entusiasmo que abracei a sugestão do meu estimado amigo professor Mário Frota para suscitar a questão da publicidade infanto-juvenil no seio do CESE, onde se reúnem os representantes da sociedade civil organizada da União Europeia.

Face à manifesta evidência de que se está perante uma questão fundamental de proteção de direitos humanos – os direitos das crianças e dos jovens face à atividade publicitária em todas as suas formas – que não tem sido devidamente encarada pela União Europeia no quadro do seu sistema jurídico vigente, o Bureau do CESE, se ao princípio se mostrou reticente, acabou por aceder a autorizar-me a levar por diante este parecer de iniciativa.

A minha sensação, ao ver confirmado o parecer por uma votação expressiva dos meus colegas de todos os quadrantes, sem qualquer proposta de alteração e sem votos contra, foi de enorme satisfação, por julgar ter contribuído para um significativo avanço para que, daqui por diante, as instituições comunitárias, e em especial a Comissão, não deixem passar em claro por mais tempo este assunto sem uma reflexão mais aprofundada.

A clareza das opções agora avalizadas pela sociedade civil não podem mais ser ignoradas ou escamoteadas.

2. Que obstáculos se lhe depararam na fase exploratória do tema perante as distintas sensibilidades e no decurso dos trabalhos de redação ou de elaboração do parecer?

O arranque dos trabalhos não foi fácil. Sabia, à partida, que os profissionais da publicidade com representação dentro e fora do CESE iriam, decerto, tentar fazer valer as suas posições com a força do seu poderoso lobby, como o já tinham feito recentemente no seio do PE (Parlamento Europeu), quando lograram bloquear uma resolução sobre o mesmo tema, da autoria do deputado Kyriacos Triantaphyllides.

Por isso, de acordo com o meu perito, professor Paulo Morais – inexcusável no seu empenho e inestimável nos contributos e ensinamentos que caldeou para o parecer –, a minha primeira iniciativa, antes de tudo, foi convocar uma alargada audição que teve lugar em dezembro de 2010 e onde compareceram especialistas de todas as disciplinas, pedagogos, psicólogos, médicos, dietistas, *opinion makers*, juristas eminentes e, evidentemente, representantes dos profissionais interessados e dos consumidores, juntamente com altos funcionários das direções gerais competentes da Comissão e representantes do PE.

Aí, em franco e aberto diálogo, puderam todos expor os seus pontos de vista, trocar argumentos, defender posições, debater opiniões sugerir orientações e lançar importantes pistas de reflexão.

Os trabalhos no Grupo de Estudo, constituído de forma paritária, como é uso do CESE, com igual número de representantes dos três grupos de interesses aí representados – empresários, trabalhadores e variados interesses, entre os quais os consumidores –, revelaram as diferentes sensibilidades que eu esperava.

Surpreendente, no entanto, foi a posição assumida desde o início pelos representantes da Comissão Europeia e até às vésperas da adoção do parecer, de total oposição a qualquer alteração ao *status quo*, considerando que o sistema vigente a nível comunitário não merece qualquer reparo e é perfeitamente satisfatório para a adequada proteção das crianças e dos jovens. O topete da Comissão chegou ao ponto de, em vésperas da discussão do parecer em seção, enviar uma carta ao presidente do grupo, expressando o seu desacordo, numa tentativa, verdadeiramente inédita, de pressão injustificada! Nem os representantes dos profissionais, defendendo embora o seu ponto de vista, ousaram tomar uma posição tão *reactiva*.

Finalmente, com a negociação que é habitual no CESE, e em face do tipo de exemplos de anúncios ofensivos e atentatórios dos mais elementares direitos das crianças, com que se foi sempre ilustrando as afirmações produzidas, foi possível chegar ao texto de consenso que acabou por ser aprovado, sem emendas e sem votos contra, quer na seção competente, quer em sessão plenária do CESE.

3. Tinha ideia do panorama real que se nos oferece no que toca às agressões dirigidas a crianças e jovens neste desconexo mercado de consumo?

Devo confessar que sou fraco frequentador dos meios audiovisuais e ainda menos das redes sociais.

Apesar disso, espectador pouco assíduo das emissões de televisão nacionais e também das dezenas a que, sem especiais custos, acedo em Bruxelas, tinha-me dado conta de uma crescente ofensiva por parte da publicidade na utilização de crianças ou dirigida a crianças, mesmo em programas infantis, com mensagens agressivas, quer pelo que se refere ao incitamento ao consumo desregrado, quer à ingestão de produtos alimentares nocivos para a saúde e o normal e equilibrado desenvolvimento das crianças, quer ainda com características despropositadamente violentas ou de cariz acentuadamente sexual, raiando a pornografia.

Mas foi quando iniciei os trabalhos de investigação preparatórios, com o apoio do meu perito e de alguns funcionários dedicados do secretariado do CESE que tomaram a peito colaborar no parecer, e de contribuições recebidas de várias ONGs tanto europeias como de fora da Europa – e quero destacar em especial o Instituto Alana do Brasil –, que me dei

realmente conta do meio em que estão mergulhadas hoje as nossas crianças, seja nas televisões, nos jornais, na internet, nas redes sociais e até nos telemóveis, porque todos estes meios servem de veículo à mais desenfreada publicidade que as afeta.

Aí me apercebi de anúncios insuspeitados que nem a minha imaginação poderia conceber; aí me dei conta dos apelos, em sistemas não codificados e de livre acesso, a ofertas de jogo ilegal, de programas pornográficos de sexo explícito, de conteúdos de extrema violência gratuita, de discriminação de todas as espécies, de troca de imagens e de roubo de dados pessoais, sem proteção e sem limites, em total impunidade.

Confesso que fiquei estarelecido e profundamente alarmado.

Alguns dos exemplos, e nem sequer os mais chocantes, tive oportunidade de os partilhar em vídeo com os colegas durante as discussões, e creio que a evidência crua das imagens calou mais fundo nas suas consciências do que quaisquer palavras minhas de franca indignação e de profunda apreensão e estiveram na origem do seu sentido de voto.

4. Que conclusões do parecer entende realçar?

A síntese das conclusões do parecer, em alguns parágrafos, o essencial do seu texto e de todas as discussões havidas.

Destacaria no entanto os seguintes aspectos:

O que verdadeiramente está em causa é a protecção de direitos fundamentais das crianças na UE, tal como definidos na Convenção das Nações Unidas, no artigo 24º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais no artigo 3º, nº 3, do TUE e bem interpretados na Comunicação da Comissão «Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança» (COM (2006) 367 final)) e no «Programa Plurianual para a protecção das crianças que utilizam a Internet e outras tecnologias das comunicações» (COM (2008) 106 final) e no «Programa da UE para os direitos da criança» (COM (2011) 60 final)).

A publicidade que se serve abusivamente de crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que directamente lhes respeitem, ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental e deve ser banida.

A publicidade dirigida a crianças comporta riscos agravados consoante os grupos etários, com consequências danosas para a sua saúde física, psíquica e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao endividamento e o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental.

De um modo geral, certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação física, psíquica, moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

O CESE entendeu, assim, que estas questões devem ser analisadas em profundidade e enquadradas a nível da UE, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade não só porque está em causa a efetiva garantia da protecção de direitos fundamentais, como também porque a diversidade das regulamentações nacionais põe em risco o bom funcionamento do mercado interno e, nesse sentido, recomenda que seja adoptada, a nível comunitário, com carácter geral, uma idade mínima para a publicidade dirigida especialmente a crianças.

O CESE julgou ainda que deve ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correcta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo estas matérias nos currículos escolares

a todos os níveis. Também os pais deverão ser capacitados para acompanharem os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias

O CESE entendeu, também, que os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.

O CESE lançou um apelo aos anunciantes e patrocinadores para, no âmbito das iniciativas da auto-regulação e da correção, já adoptadas e a promover, assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de protecção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar.

O CESE entendeu, por fim, que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades actuais de protecção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da Internet e das redes sociais, e insta a Comissão a considerar com urgência a necessidade de adoptar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efectiva esses direitos.

Nesse sentido o CESE apelou ao Parlamento Europeu e aos Parlamentos Nacionais para prosseguirem com denodo a sua tradição de defesa dos direitos das crianças neste domínio especial.

5. Publicidade infanto-juvenil: permitir, restringir ou proibir?

Posta a questão nesses termos e tal como resulta das conclusões antes citadas, diria que tudo em conjunto.

Desde logo é importante dizer que a problemática que emana do parecer não se limita nem se resolve num quadro puramente jurídico, seja de *hard law* ou de *soft law*, na clássica oposição entre as normas coercivas e constringentes e as regras da auto ou da correção.

Por outro lado, é importante sublinhar o papel económico, social e cultural da atividade publicitária numa economia social de mercado adequadamente regulada de forma a ser promovida uma sã e leal concorrência e um elevado nível de proteção dos consumidores, com vista à realização de um mercado interno, instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho dos seus povos, no respeito dos valores da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito, e do respeito pelos direitos do homem.

Neste quadro, a publicidade, em todas as suas formas, assume relevância na difusão da inovação, na indução da criatividade e do entretenimento, no incentivo à concorrência e ao aumento das possibilidades de escolha e ainda na informação e no esclarecimento dos consumidores, razão de ser e fundamento da sua regulação a nível comunitário.

Acresce que – e o parecer, para que não restassem quaisquer dúvidas, mal intencionadas, teve o cuidado de o referir expressamente – todos no CESE consideram princípio fundamental recusar qualquer opção por um sistema de «controle prévio» da liberdade de expressão, conforme é doutrina bem firmada do *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, em aplicação da respectiva *Convenção Europeia*, ainda que esteja em causa a proteção dos menores. Ninguém advogou ou sequer sugeriu qualquer “censura prévia” de textos publicitários ou outros de qualquer espécie, de tão cativa memória.

Dito isto, existe toda a panóplia de possibilidades que vão desde a clara e frontal proibição de todos os anúncios que utilizem crianças a despropósito até aos que ofendem a sua dignidade; a modulação dos anúncios consoante as idades e as matérias e os conteúdos; as restrições quanto aos programas e aos horários; enfim todas as ações de prevenção, de educação e de formação tão essenciais em domínio de tal sensibilidade.

6. Que consequências espera do parecer de iniciativa e do seu impacto no seio da Comissão Europeia?

Para ser inteiramente sincero, muito me admiraria se o parecer tivesse um efeito imediato em iniciativas ou medidas da Comissão no sentido nele preconizado. Sintomática, alias, é, neste particular, a posição assumida pela Comissão na sua recente comunicação sobre uma estratégia europeia para uma internet melhor para as crianças (COM (2012) 196 final), que manifestamente evidencia a sua persistência numa orientação que já vem da Recomendação do Conselho de 1998 relativa «a um nível comparável e eficaz de protecção dos menores e da dignidade humana», onde sobrelevava a preocupação “da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação”, e afastando das competências legislativas da União Europeia uma intervenção em matéria de conteúdos audiovisuais ou *online* lesivos de menores ou da dignidade humanas acabando por considerar estes aspectos como matéria de «bom gosto ou de decência», excluídos do âmbito da regulação comunitária.

No parecer que o CESE adotou sobre esta “estratégia”, e aprovado em simultâneo com o parecer de que fui relator, o colega Antonio Longo não deixou de se mostrar “bastante perplexo com a abordagem global da comunicação que parece mais atenta ao crescimento do negócio que à criação de uma internet melhor para as crianças, oferecendo-lhes a máxima protecção”.

Acredito mais que o parecer possa acrescentar do lado da sociedade civil ao coro de indignação e de protestos que se tem vindo a generalizar quanto à situação presente; e creio também que um esforço concertado do PE e de alguns Estados-membros, em especial do Norte da Europa, mais sensibilizados para esta questão, possa, a prazo, “obrigar a Comissão a inflectir a sua atual intransigência, sustentada pelos poderosos lobbys das multinacionais da publicidade e das marcas”.

Aliás, para além dos países nórdicos, que são nesta matéria dos mais avançados no respeito dos direitos de crianças, são animadoras as recentes propostas do senado francês e toda a mais recente evolução em países como o Canadá, os EUA e até na América Latina, com destaque para o Brasil e a Argentina.

7. A realidade portuguesa não lhe escapará, decerto. Como reage ante o facto de o artigo 14 do Código da Publicidade (que restringe o conteúdo das mensagens dirigidas ao universo infanto-juvenil e o emprego de crianças e jovens na publicidade) se considerar autêntica letra morta pela inação das entidades a que incumbe agir?

Por paradoxal que possa parecer, os trabalhos que deram origem ao parecer inspiraram-se fortemente da lei portuguesa, em especial do referido artigo 14º do Código da Publicidade, que considero uma peça legislativa bem conseguida, apesar de sofrer já a natural erosão do tempo e das mudanças nas práticas e nos meios publicitários. Seria, de certa maneira, a transposição do nosso direito nacional para o nível comunitário.

É por isso que, durante a sua elaboração, fui dando conta que, apesar do que considero um excelente e bem equilibrado texto legislativo, com um regime de adequada protecção das crianças e jovens face à publicidade, a realidade da sua aplicação prática constitui um quase total fracasso.

Com efeito, apesar da sua bem elaborada estatuição, a forma como tem sido aplicado (ou o não tem sido) raia quase o ultraje. Do que me foi dado constatar, mais do que a falta de mecanismos processuais para uma aplicação efetiva das leis – que o nosso sistema jurídico até contém, aliás, em certos aspectos, como as ações coletivas, em qualidade muito superior ao resto da Europa –, o que verdadeiramente parece inexistir é uma consciência da gravidade das situações e uma vontade dos que se deviam mais interessar, mesmo do lado das associações de consumidores, para já não falar das entidades públicas com responsabilidades acrescidas no tema, para fazer acionar os mecanismos que existem para garantir a aplicação das leis e a efetiva e severa punição das suas sistemáticas violações.

Ora, é isso que infelizmente se não tem verificado e conduziu a esta inaceitável cultura generalizada de insensibilidade e de impunidade.

8. Para além da regulação, Portugal dispõe, como outros países europeus, aliás, de uma instância de autorregulação. Recentemente, deu brado uma campanha da EDP com o emprego desusado de crianças, ao que parece de distintas nacionalidades: como encara a decisão absolutória do Júri de Ética do denominado ICAP – Instituto de Autodisciplina da Comunicação Comercial?

Ainda bem que me põe esta questão. O caso que refere, utilizei-o eu durante a elaboração do parecer como um exemplo paradigmático daquilo que afirmava que não deveria poder acontecer em país algum da Europa e afirmei publicamente que estava certo de que, no meu país, uma tal afronta à dignidade das crianças, com clara violação das leis existentes e de direitos fundamentais, não poderia deixar de ser julgada e condenada e a infração sancionada com pesada pena.

Pode imaginar a minha estupefação quando tomei conhecimento que, em resposta a indignada queixa de alguns cidadãos, o ICAP havia proferido a decisão que refere e que abençoa a referida prática ilegal, imoral e antideontológica!

A título de anedota, falando recentemente em Bruxelas sobre o assunto, com alguém bem conhecido e conhecedor da área dos meios de comunicação em Portugal, manifestou-me ele a sua total surpresa pelo que eu lhe contava, porque a impressão que tinha tido era que a campanha referida tinha parado por força de decisão condenatória do ICAP. Ao referir-lhe exatamente o contrário, não escondeu a sua estupefação.

A nossa posição no CESE relativamente à autorregulação é muito clara e acha-se firmada há vários anos – consideramo-la extremamente importante e apoiamo-la na exata medida dos seus naturais limites, ou seja, é necessário que parâmetros muito explícitos de ‘lei dura’ definam o campo onde a autorregulação se pode mover. Entendemos que a autorregulação em caso algum pode substituir ou fazer as vezes da lei e dos tribunais e é indispensável que a violação de “códigos de conduta” por aqueles que a eles aderem voluntariamente seja considerada como “violação de lei” e sancionada e punida como tal.

9. Que papel reserva à educação para a publicidade no congnho atual, no quadro elementar da educação para o consumo, que em rigor inexistente entre nós?

Como dizemos no parecer, esta matéria não é exclusivamente nem talvez principalmente de natureza jurídica. Não se resolve apenas pela via legal.

Ela é antes de tudo de natureza cultural e civilizacional. Daí que todas as disciplinas que contribuam para a formação cultural e cívica dos jovens devam ser convocadas a contribuir. Desde logo a ética, e aí avultam os valores fundamentais de que as famílias são as melhores detentoras e devem preservar e inculcar, desde cedo, nas crianças, em face dos ataques a que se acham expostas desde a mais tenra idade pelas forças economicistas e desenfreadas dos mercados sem rosto e sem moral. É este um inquestionável e insubstituível papel das famílias.

Depois, as escolas e o seu papel na educação para a vida social. A par de ministrar conhecimentos sobre matérias curriculares académicas, o papel das escolas é formar cidadãos aptos para a vida. E na educação para a cidadania deve avultar a educação para o consumo, envolvendo desde ensinamentos dietéticos até ao significado do dinheiro e como lidar com o crédito, e enfim os mecanismos subliminares da publicidade, a desconstrução dos apelos dos anunciantes, as reais motivações e o seu significado e as suas consequências, físicas, psíquicas económicas e morais.

É este um campo em que a pedagogia, a psicologia, a medicina, a economia e a ética têm um campo vastíssimo de ação, que os Estados devem coordenar e estimular e de que, aparentemente, Portugal se tem alheado.

Mas para ele devem também contribuir as associações da sociedade civil, designadamente de consumidores, as ONGs interessadas, as igrejas de todas as confissões, os movimentos cívicos e, de um modo geral, todos aqueles para quem as crianças e os jovens constituam motivo de preocupação mas também de esperança de futuro.

10. Independentemente do que houve por bem exprimir, se dependesse inteiramente de si, que medidas adotaria para obviar aos malefícios da publicidade dirigida a /e envolvendo crianças e jovens? Advogaria solução análoga à do Quebec ou da Suécia?

As opções político-legislativas encontradas e aplicadas com sucesso em alguns países nórdicos ou no Canadá constituem exemplo do que mais avançado se pratica e têm a minha total concordância de um ponto de vista pessoal, como cidadão, pai e avô. Mas isso interessa pouco quando se trata de pensar para um conjunto tão diferente de sensibilidades e de interesses em jogo, com tão profundas diferenças culturais.

Tenho a perfeita consciência que o estágio de desenvolvimento cívico e as diferenças culturais marcadas, além do peso dos lobbys e das marcas nos diversos Estados-membros, não permitiria realisticamente propor e esperar avanços tão significativos, se se quisesse alcançar um mínimo consenso entre os profissionais e os consumidores num único mercado sem fronteiras com a dimensão da Europa.

Daí que as propostas que se deixam e os passos que se pedem sejam, em meu entender, perfeitamente razoáveis e ao alcance das reais possibilidades da Europa comunitária, e manifestamente dentro das suas competências jurídicas, e representariam já um considerável avanço no sentido de uma maior proteção das crianças e jovens face aos desmandos da publicidade.

11. Que expectativas tem, afinal, de todo este processo e que passos subsequentes entende devam ser dados, nos planos europeu e nacional?

Como disse antes, as minhas expectativas, ao nível de iniciativas imediatas por parte da Comissão Europeia, não são grandes. Penso, no entanto, que a Comissão e as restantes instituições comunitárias não podem ficar indiferentes aos apelos claros que lhe foram agora lançados pela instituição consultiva que, a nível europeu, representa a sociedade civil.

Estou certo, por outro lado, que as organizações interessadas da sociedade civil, que não só acompanharam a elaboração do parecer como já tomaram conhecimento da sua versão final, vão encontrar nele um apoio franco para o prosseguimento das suas atividades neste domínio.

E da colaboração de muitos em prol de um objectivo comum estou convicto que, a prazo, os frutos hão-de aparecer.

Será mesmo que uma iniciativa popular, do tipo daquela que está hoje prevista no Tratado (artigo 11º do Tratado da União Europeia), não poderia ter aqui uma base para o seu lançamento?

É uma pista que deixo e eu serei, decerto, um dos mais empenhados subscritores, entre o milhão de outros interessados de um número significativo de Estados-membros, que são necessários.

Bruxelas, 9 de outubro de 2012

LANÇAMENTO NO BRASIL E EM PORTUGAL DA OBRA “DIREITO, TURISMO E CONSUMO”, DE RAFAEL AUGUSTO DE MOURA PAIVA

“Direito, Turismo e Consumo” trata da tutela do turista enquanto consumidor de produtos e serviços turísticos, empreendendo uma abrangente análise teórico-prática dos problemas legais referentes ao *direito do turismo*, em especial na sua vertente consumerista, com base sobretudo nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português/europeu.

A figura do *turista* é caracterizada como especialmente vulnerável em razão de diversos fatores, como as línguas, moedas, hábitos e alimentação, com os quais não está familiarizado, bem como pela distância existente entre o local onde passa as suas férias e aquele onde reside, no qual tem a sua comodidade e os conhecimentos que lhe podem ajudar em caso de necessidade.

Acresce a isso que o turista analisado no livro é também um *aderente*, cuja liberdade contratual limita-se à de aderir ou rejeitar o conteúdo contratual pré-formulado pelo predisponente (em atendimento preponderante de seus interesses), sendo ainda um *consumidor* debilitado no confronto com o profissional por insuficiências de carácter jurídico, informacional, social, económico e até psicológico. Finalmente, da formação até à celebração de um contrato turístico, o turista não tem condições de garantir, de maneira completa, a boa execução do contrato no futuro.

Aliando todo este quadro de fragilidades ao carácter aliciante e sedutor das ofertas turísticas, as quais movimentam enorme quantidade de capital e divisas no mundo todo, verifica-se que o turista é diversas vezes prejudicado nas relações de consumo turístico, obrigando o direito a intervir para balancear tal situação, de modo a estimular o crescimento do *business* turístico de um modo benéfico a todos os envolvidos no fenómeno, permitindo conciliar os proveitos dos fornecedores com o respeito aos interesses dos viajantes no lazer e na despreocupação, sem esquecer da preservação do mundo que nos abriga.

Para empreender esta tarefa, o autor analisa os regimes aplicáveis aos contratos turísticos de transporte (terrestre, aéreo e marítimo), reserva de alojamentos, hospedagem, organização e execução de viagens turísticas (pacotes turísticos com “tudo incluído”), *time-share* (incluindo-se a sua revenda e troca) e “produtos de férias de longa duração”, tudo de molde a identificar os problemas práticos de maior relevo jurídico, bem como as questões polémicas mais interessantes referentes à temática em apreço.

Oferecendo inúmeras soluções jurídicas inovadoras e criativas para prevenir e reparar os danos causados às pessoas que tencionam viajar e aos viajantes, o autor acaba por revelar diversos “princípios comuns” de protecção e defesa do turista, no que respeita a temas de grande relevo prático, como o direito dos turistas à informação, a finalidade dos contratos turísticos ou a responsabilidade dos profissionais e operadores do turismo pelos danos causados aos consumidores-viajantes.

Por fim, alvitando por uma autonomização didáctica e até científica do direito do consumo turístico, o autor deixa aberto o caminho para novos estudos sobre o assunto, a fim de confirmar

o estímulo dado pela obra ao desenvolvimento dos valores humanistas e solidários no cenário jurídico nacional e internacional.

Rafael Augusto de Moura Paiva é advogado no Rio de Janeiro e em Portugal, mestre e doutorando em ciências jurídico-civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Exerce graciosamente funções como assessor jurídico do Centro de Estudos de Direito do Consumo da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (Coimbra) e como conselheiro (Portugal/Europa) da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* (Curitiba).

Para informações gerais sobre o lançamento da obra no Brasil e em Portugal, é possível consultar o endereço electrónico da Organização Mundial do Turismo, Agência Especializada das Nações Unidas, abaixo indicado:

<http://wtd.unwto.org/ar/node/37694>

Outras recentes publicações do autor:

– “*Recriar a Vida Contratual e Servir ao Ser Humano – Comunicação e Informação nos Contratos de Adesão*”, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* n. 67 (Centro de Estudos de Direito do Consumo/Coimbra, 2012) e *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* #6 (Bonijuris e J.M./Curitiba, 2012) e

– “*O Consumidor-Viajante e as Regras do Consumo Turístico: Uma Clara Visão do Mundo ou um Mero Olhar no Espelho de Casa?*” in ‘*Liber Amicorum Mário Frota*’ (Almedina/Coimbra, 2012).

Depoimentos relacionados com o trabalho recém-lançado:

“*Na época do direito ao lazer, à cultura, ao aproveitamento dos bens, a combinação do turismo (cultura, lazer, conhecimento de outros povos etc.) com o consumo é feliz em nível dos interesses e dos valores jurídicos subjacentes. (...) Para o autor, o direito é ética, é justiça, pelo que as construções e soluções que apresenta, rigorosas e bem elaboradas, têm sempre a marca da justiça. (...) É um estudo muito útil nos dois países, Brasil e Portugal. Aliando a construção jurídica a um interesse prático muito relevante.*” [No prefácio desta obra, Diogo Leite de Campos, professor catedrático de direito na Faculdade de Direito de Coimbra, doutor em direito (Coimbra e Paris II) e economia (Paris IX).]

“*Trata-se de uma interessante monografia que afronta hodiernos problemas com que amiúde se confrontam os consumidores, em sua veste de turistas, em momento em que, a despeito da crise que se abateu sobre distintos espaços geográficos, os fluxos turísticos se incrementam. E os turistas se expõem, ante as fragilidades que os caracterizam, a agressões múltiplas, dos operadores de viagens aos motoristas de táxi, dos serviços de restauração à hotelaria...*” [Mário Frota, presidente da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo e do Conselho Diretor da *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*.]