

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



VOL. III | N. 9 | MARÇO 2013

#9

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume III, número 9, março 2013

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Tiragem desta edição: 5 000 exemplares

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

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

Preço de venda a consumidor R\$ 59,90 (Brasil) – € 24,90 (Europa)

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris 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

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najarian
Igor Rodrigues Britto, James Alberto Siano, José Augusto Peres Filho
Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Marcelo Gomes Sodré
Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini, Newton de Lucca
Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles 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 Ministério Público e a Defesa do Consumidor**
HELOISA CARPENA
- 29 **O Direito de Arrependimento aos Consumidores: Modelo atual e as proposições do Projeto de Lei do Senado 281/2012**
ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE
- 51 **Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor à Informação**
RUTE COUTO
- 69 **Segurança Alimentar, Biotecnologia e Política Agrária (Food Safety/Food Security, Biotechnology and Agrarian Policy)**
ROBERTO GRASSI NETO
- 89 **Extensão Subjetiva e Objetiva da Coisa Julgada Coletiva: Possibilidade de liquidação dos danos particulares a partir de pronunciamento coletivo (transporte *in utilibus*)**
GABRIEL CONSIGLIERO LESSA
- 115 **Ensaio Sobre o Comércio à Distância e o Direito do Consumidor**
ALEXANDRE CHINI
- 125 **Regime Jurídico dos Contratos de Crédito aos Consumidores: Algumas notas**
SUSANA FERREIRA DOS SANTOS
- 141 **O Novo Regime da Negociação Extrajudicial de Créditos Bancários Concedidos ao Consumidor: Uma breve abordagem ao DL 227/2012 de 25 de outubro**
ANA FILIPA CONCEIÇÃO
- 159 **Serviços financeiros: Litígios e resolução extrajudicial**
CÁTIA MARQUES CEBOLA
- 183 **Algunas Consideraciones Sobre el Proceso Arbitral de Consumo en España: Incidencia en él de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la ley de arbitraje**
BELÉN IBOLEÓN SALMERÓN

- 203 **El régimen de las Acciones Civiles en Materia de Publicidad Ilícita y Competencia Desleal en el Derecho Español, Tras la Ley 29/2009**
M^a ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA
- 223 **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito do Consumidor**
ACYR MAURICIO GOMES TEIXEIRA

PARECER

- 241 **Parecer do Comité das Regiões – O programa «Consumidores» para 2014-2020**
ISTVÁN SÉRTÖ-RADICS (HU-ALDE)

LEGISLAÇÃO

- 253 **Comissão Europeia**
Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 281 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina**
Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
- 291 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Sergipe**
Relator: Roberto Eugenio da Fonseca Porto
- 295 **Ementário**
Julgados do TRF, do TJ/MG e do TJ/RS

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 301 **Acórdão do Tribunal de Justiça**
Relator: K. Lenaerts
- 308 **Acórdão do Tribunal de Justiça**
Relator: D. Šváby

EM DESTAQUE

- 315 **Entrevista concedida por Juliana Pereira da Silva, Secretária Nacional do Consumidor, ao *NetConsumo***

EDITORIAL

Com a Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo que ora se dá à estampa, principia o terceiro ano de edição.

Não tem sido isenta de escolhos a trajetória até agora cumprida. Editor e Conselho de Direção, porém, em conjugação de esforços, vêm superando dificuldades antepostas e imprimindo à revista um cunho que a projeta já como uma das publicações de referência no segmento de que se trata.

Não há, ao invés do que possa supor-se, uma diferença de grau ou de substância no que tange ao direito do consumo *versus* direito do consumidor. Nem sempre se tem dos institutos a concepção que curial seria se retivesse se se adentrasse a história.

No portal 'direito do consumo', que se insere no plano editorial da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, se contém um excerto que importaria trazer à colação, para uma melhor percepção das eventuais "diferenças", de resto, inexistentes.

Recorramos, porém, a um texto publicado no *NetConsumo*, jornal virtual da apDC – sociedade científica portuguesa que se vota à promoção dos interesses e à proteção dos direitos do consumidor:

“Os espíritos perturbam-se quando ouvem, distinta ou indistintamente, falar tanto de direito do consumidor como de direito do consumo.

E, com ou sem critério, uns propendem a aceitar, acriticamente, um *nomen* e, outros, outro, segundo as suas tendências ou sensibilidade, sem que lhes presida um qualquer critério histórico-científico que, em rigor, se terá de ter em conta.

A 'ciência' do direito é, quantas vezes, o domínio por excelência de 'argumentos de pretensa autoridade' e de ficções de uma doutrina inconsequente, assente em meras opiniões a que falece um qualquer suporte ou fundamento técnico-científico.”

Atente-se no texto *infra* que põe, aliás, o dedo na ferida:

“Ao contrário do que exprimem determinados autores, não há senão uma diferença que radica, aliás, no ponto de que se arranca e ao nível de conformação das regras:

– no *direito do consumidor*, um acervo de regras em torno do sujeito da relação – uma perspectiva subjetivista – que não altera o tónus da relação jurídica de consumo que se analisa nem o âmbito de intervenção que abarca;

– no *direito do consumo*, a rotação para o objeto, que não centrada no sujeito, com o espriar das normas de proteção e a reproposição de equilíbrios no quadro da relação jurídica de consumo e no seio do mercado que lhe é próprio, que é o do consumo.”

Já Mário Frota, *in* “Contrato de Trabalho I”, Coimbra Editora, 1978, a propósito da pretensa dicotomia “direito do trabalhador *versus* direito do trabalho”, obtemperava com justeza:

“Aliás, o fenómeno não se descortina singularmente em sede de direito do trabalho, alçado o contrato a figura nuclear deste novel ramo de direito.

Como asseverava impressivamente Pérez Leñero, ‘**o ius civile** só nasce como direito quando perde o seu caráter pontifical e secreto de índole privilegiada, e pelo lendário Gneo Flávio se faz do domínio público o segredo das ações e dos dias **fasti**. *Já ambas as partes litigantes estavam em igualdade de condições, e o direito passa de uma fase política à técnica (...). O direito comercial, já em tempos mais recentes, passa também por esta fase subjetiva e personalista; nasce como direito dos comerciantes, protetor dos seus interesses, para passar depois à fase objetiva do direito do comércio (...). Em última instância, não é senão a delimitação da força e do direito, do poder material e do poder jurídico, problema básico da gênese do direito em geral, que o do trabalho havia de recolher necessariamente.*

Mas o fato não tira nem põe. Nem significa que na Europa, onde majoritariamente a denominação é de direito do consumo, se haja conseguido superar a perspectiva subjetivista de forma antecipada...

Não há metodologicamente, ao que se nos afigura, conquanto haja quem sufrague entendimento diverso com enfoque no âmago da relação jurídica de que se trata, diferenças nem de vias de tutela da posição jurídica do consumidor nem do campo de intervenção.”

Daí que se afigure de sufragar a denominação direito do consumo em vez de direito do consumidor, como se vulgarizou no Brasil.

Mas não é esta singular “diferença”, aparentemente formal, que não substancial, que retira a autonomia científica ao direito do consumo e um lugar de destaque na galeria dos “ramos” de direito, já que, como asseverava Jean Baudrillard, o direito do consumo é o “direito do quotidiano”, dada a frequência com que é chamado a intervir nas relações jurídicas que se entrecruzam dia a dia e que conformam o seu conteúdo.

Mas este aspecto é de somenos.

O mais relevante neste particular é que se observa uma aproximação entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal, a que as páginas da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo conferem expressão, pelos estudos que vêm contemplando distintas realidades como as que emergem dos respectivos ordenamentos pátrios.

E a recente iniciativa de se estruturar algo que congregue os jusconsumeristas brasileiros e portugueses – o **Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo** – representa, afinal, o supremo esforço para se edificar uma instituição alicerçada nos melhores propósitos que conduzam a uma harmonização – pelos mais elevados níveis de proteção – do direito do consumo nos dois dos mais relevantes esteios da Comunidade de Povos de Língua Portuguesa.

Releva, na sequência, integrar no mais breve lapso de tempo Angola e estender gradualmente o instituto e a publicação que lhe serve de suporte – a Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo – aos demais países que têm como língua veicular a de Camões.

Lisboa, X ENCONTRO INTERNACIONAL DE JURISTAS (Brasil/Portugal), Olissipo-Oriente, Janeiro de 2013.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DO CONSUMIDOR¹

HELOISA CARPENA

Procuradora de Justiça

Coordenadora do 10º CAOp das Procuradorias da Tutela Coletiva

Doutora em Direito Civil (UERJ)

EXCERTOS

“A Carta cidadã não apenas consagrou garantias individuais e direitos sociais, deixando de ser mera descrição do aparato estatal, para conter efetivamente o projeto de sociedade brasileira do novo milênio”

“A tutela dos interesses coletivos exigiu que o Ministério Público se dinamizasse em vários aspectos, alguns mais tangíveis, puramente estruturais, outros mais sutis, como a própria postura do promotor ou procurador, aos quais se mostrou indispensável a tomada de iniciativa, ainda pouco experimentada na vivência institucional”

“Do representante do Ministério Público não se espera um burocrata, disponível apenas para os feitos entregues à sua apreciação, mas sim um atuante promotor dos direitos sociais, da paz e da justiça sociais”

“Os interesses individuais deduzidos de forma coletiva tornam-se indisponíveis, tanto para o adequado portador que se apresenta em juízo, como pelo grupo de vítimas, seus titulares”

“Dentre as matérias relacionadas como objeto de ações coletivas na área da proteção do consumidor, destacam-se aquelas relativas a bancos, combustíveis, planos de saúde e qualidade do transporte coletivo”

“A sociedade civil organizada é e sempre será a melhor gestora de seus interesses. No entanto, até que se alcance determinado grau de organização e de consciência coletivas, o Ministério Público continuará sendo o principal guardião dos interesses metaindividuais, exercendo seu papel de ouvidor geral e promotor das ações judiciais necessárias à consolidação dos direitos dos consumidores”

1. O MP na Constituição de 1988: mudança de perfil institucional

A Constituição Federal que, em suas disposições transitórias, determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, atribuiu novas funções ao Ministério Público, dentre elas a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública” para a tutela de interesses metaindividuais. Trata-se de novidade apenas em relação à Carta revogada, pois, em 1988, já havia um ambiente propício à proteção desses interesses e o próprio Ministério Público nos estados vinha exercendo esse mister, inclusive através de promotorias especializadas. A defesa do consumidor no Brasil surgiu não como decorrência da aprovação das normas protetivas, mas como demanda da sociedade que, desde 1976, com a criação do Procon-SP², contava com órgãos públicos especialmente incumbidos dessa função.

Muito já se disse sobre a nova feição do Ministério Público delineada pela Constituição Federal. A Carta cidadã não apenas consagrou garantias individuais e direitos sociais, deixando de ser mera descrição do aparato estatal, para conter efetivamente o projeto de sociedade brasileira do novo milênio. O constituinte de 88 preocupou-se em enunciar direitos e também em dotar o cidadão de meios eficazes de torná-los efetivos, de implementá-los. Do processo de elaboração da Constituição, há registro de que a ideia original era criar um novo ator político – o *ombudsman* – nos moldes do sistema escandinavo³. Abandonada essa alternativa, que, embora interessante, não parecia afinada com a realidade nacional, preferiu o legislador ampliar os poderes e funções do Ministério Público, aperfeiçoando a instituição para assumir esse novo papel, de verdadeiro *ombudsman*, incumbido prioritariamente da tutela de inúmeros – e relevantes – interesses coletivos.

A escolha do *parquet* como titular das ações civis coletivas não se deu ao acaso. Sua missão de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, independente representante da sociedade, habilitaram-no a esse papel. Já em 1977, apontava Othon Sidou, em obra pioneira sobre a proteção do consumidor no Brasil, a necessidade de se atribuir a um ente público a tarefa de agir em juízo em benefício dos consumidores. Vale transcrever:

“... é cedo, é muito cedo, para que, a exemplo da França, uma associação de consumidores no Brasil adquira condições desejáveis para executar sua tarefa por si, dispensando o concurso de um órgão público. Este sim torna-se imprescindível em autêntica ação pioneira. É necessário o instrumento ante o qual o consumidor

*lesado possa apelar. É indispensável a presença do procurador, do ouvidor de queixas, o Ombudsman, restrito senso, a atuar por imperativo da lei e com a energia que a lei lhe possa conferir. Tal o que choisir quanto a quem no Brasil deva ser atribuída a proteção do consumidor...*⁴

Curioso observar que o papel de *ombudsman* dos consumidores foi sendo assumido pelo MP antes mesmo que a lei federal viesse a criar o instrumento processual adequado à tutela desses interesses, o que só ocorreria em 1985, com a edição da lei da ação civil pública. Não obstante, em 1982, a Lei Complementar 304, do Estado de São Paulo, previu, dentre as atribuições administrativas do Procurador Geral de Justiça, a designação, “em cada Comarca do Estado, de um membro do Ministério Público a quem se incumbirá, no exercício de curadoria especializada, a proteção e defesa, no plano administrativo, dos direitos do consumidor” (art. 32, I, 34, *b*)⁵.

Desse fato histórico, destaquem-se duas premissas, cuja importância se observa na atuação dos membros do *parquet*: a estatura constitucional da missão institucional e a própria compreensão de seu novo papel.

A transformação não se operou instantaneamente, como era previsível, e somente aconteceu a partir da tomada de consciência de que o MP deixava de ser identificado – pela sociedade e por seus agentes – como o responsável pela persecução criminal. Embora continue a desempenhar essa função, de indiscutível relevância, a matéria “não penal” foi adquirindo crescente importância, até o ponto em que se encontra hoje, não sendo arriscado dizer que a tutela coletiva possui peso equivalente, senão maior do que aquela. Essa afirmação se confirma na intensa produção doutrinária sobre o tema, bem como na estrutura institucional, que cada vez mais se organiza para atender de forma eficiente as demandas cíveis e metaindividuais, cuja diversidade de assuntos reclama um aparato técnico especializado que os ministérios públicos, tanto dos estados como federal, até pouco tempo não possuíam⁶.

A tutela dos interesses coletivos exigiu que o Ministério Público se dinamizasse em vários aspectos, alguns mais tangíveis, puramente estruturais, outros mais sutis, como a própria postura do promotor ou procurador, aos quais se mostrou indispensável a tomada de iniciativa, ainda pouco experimentada na vivência institucional. Com efeito, do representante do Ministério Público não se espera um burocrata, disponível apenas para os feitos entregues à sua apreciação, mas sim um atuante promotor dos direitos sociais, da paz e da justiça sociais. Dele se exige que busque a informação, ocupando-se diretamente da instrução dos inquéritos civis, bem como do atendimento daqueles que possam lhe trazer a notícia de uma lesão ou

ameaça de lesão a interesse coletivo, socialmente relevante. Não se trata, portanto, da simples assunção de novos deveres; a Constituição Federal criou um novo Ministério Público, impondo profunda mudança na cultura institucional⁷.

A criação de condições para o desempenho das novas atribuições também aconteceu gradativa e continuamente, podendo-se observar nos últimos anos uma notável preocupação com essas questões, a qual se revela em providências que vão desde a criação de promotorias especializadas⁸, com as garantias inerentes ao cargo, até a regulamentação dos inquéritos civis, além da introdução de um corpo técnico de peritos para atuação na instrução dos procedimentos de investigação. Porém, permitia-se insistir, a definitiva implementação do novo perfil constitucional dependerá sempre da destacada atuação dos promotores e procuradores incumbidos da tutela coletiva, cuja especialização é imprescindível, mas não suficiente, devendo, antes de mais nada, compreender seu papel e estar atentos ao contexto social no qual atuam.

O Ministério Público, que até então era fortemente identificado como o titular da ação penal pública, absorveu a transformação de seu perfil institucional, passando a dar à tutela dos interesses metaindividuais importância crescente. Essa mudança, embora contínua, deu-se paulatinamente, uma vez que dependia não apenas de um aparelhamento material que a instituição não possuía, como também – e principalmente – de uma renovação da cultura institucional, muito mais voltada para a área penal do que para a cível, na qual predominava o parecerismo, sem que houvesse iniciativas mais relevantes como autor de ações judiciais.

A mudança do perfil de atuação do Ministério Público deve ser compreendida num contexto mais amplo, de evolução do próprio sistema jurídico, que abandona ideais liberais e assume postura comprometida com os valores sociais. Naturalmente coincidem os momentos das duas transformações – da ordem constitucional e do perfil institucional do MP, tendo sido este incumbido de exercer a função promocional. A Constituição de 1988 introduziu profunda alteração do papel e dos objetivos do Estado, ao deixar de ser mera Carta política e passar a abrigar uma série de direitos sociais, e claramente apontou o Ministério Público como principal agente dessa transformação. Tal circunstância foi objeto das reflexões do professor

A Constituição
Federal criou um
novo Ministério
Público, impondo
profunda mudança
na cultura
institucional

Gustavo Tepedino, ele próprio membro do *parquet* à época, e, portanto, agente e observador do fenômeno:

*“O promotor de justiça, antes identificado quase que exclusivamente com a promoção da ação penal, transforma-se no promotor de valores, para cuja tutela a ação judicial não é mais do que um de seus instrumentos. Não mais aguarda o inquérito ou o processo para, só então, pronunciar-se, devendo, ao contrário, buscar os meios de tutela mais adequados e avocar a si a iniciativa da defesa da sociedade.”*⁹

A escolha constitucional não se deve apenas à adequação da missão institucional do MP a esses objetivos, mas também ao seu pioneirismo no reconhecimento dos interesses metaindividuais¹⁰. Hoje, passados mais de vinte anos de vigência da Lei 7.347, pode-se dizer que o Ministério Público vem se desincumbindo com sucesso de sua nova missão e contribuiu decisivamente para a consagração da tutela coletiva no sistema jurídico brasileiro.

2. Tutela dos interesses metaindividuais

Em outra oportunidade¹¹, tratando mais especificamente dos aspectos teóricos da tutela coletiva, registramos que a proteção jurídica dos interesses coletivos surgiu no Brasil no início dos anos 80 e encontrou entre nós arautos da envergadura de José Carlos Barbosa Moreira¹², quem pioneiramente identificou a necessidade da criação de um instrumental que desse conta do “avanço da civilização e o aguçamento progressivo da sensibilidade social, iluminando com maior intensidade, problemas e valores antes desconhecidos ou negligenciados”. Com efeito, os estudos do processualista repercutiram e resultaram na edição da Lei 7.347, em 1985, que adotou em grande medida as soluções por ele imaginadas para os problemas da legitimação para agir, do objeto da ação, da coisa julgada e, especialmente, da definição das espécies de interesses. Notável é a semelhança entre os interesses individuais homogêneos e os “acidentalmente coletivos”, expressão cunhada pelo professor Barbosa Moreira; bem como sua referência aos “titulares de relações distintas mas análogas, derivadas de uma relação base de que todos participam”, que claramente descreve os interesses coletivos; ou à situação em que “o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos sumamente difícil, a individualização exata de todos os seus componentes”, adotada posteriormente pela lei processual como conceito dos interesses difusos¹³.

Não passou despercebida ao mestre a massificação das relações socioeconômicas vivida em tempos pós-fordismo. Além das preocupações com o meio ambiente, que começavam a despontar naquela época, os problemas do consumidor passaram a assumir frequentemente uma dimensão coletiva, pois o resultado da produção, comunicação e consumo de massa não poderia ser outro senão os conflitos de massa. Impunha-se, pois, dotar o sistema de um instrumento apto a veicular tais pretensões coletivamente, uma vez que somente a ação popular se apresentava então como meio de suprir a lacuna.

Em 1985, com a edição da Lei 7.347, passou o ordenamento a contar finalmente com um meio processual de demandar coletivamente. A lei instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico, criando os interesses difusos e coletivos, sem, contudo, defini-los. Deu ao Ministério Público a legitimidade prioritária para defesa desses interesses, legitimação “concorrente e disjuntiva”, na fórmula preconizada por Barbosa Moreira¹⁴. O objeto da ação civil pública, conforme disposto no art. 3º da Lei 7.347/85, era “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer”, concluindo-se que, nessa via, somente se poderia pretender a tutela de bens de natureza coletiva, ficando, portanto, afastada a possibilidade de ser buscada a reparação de danos individualmente sofridos pelos membros da coletividade atingida pela conduta lesiva. Para obter as indenizações devidas, as vítimas do dano coletivo teriam que ajuizar ações individuais, no máximo em litisconsórcio voluntário.

Somente em 1990, a Lei 8.078 aprimorou o sistema das ações coletivas, estabelecendo o conceito dos interesses difusos e coletivos e criando os individuais homogêneos. Segundo o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, a defesa coletiva poderá versar sobre os três tipos de interesses que relaciona. Das definições estabelecidas pela lei, colhe-se que são de natureza coletiva os interesses ou direitos difusos e os coletivos *stricto sensu* (incisos I e II do art. 81), sendo os individuais homogêneos apenas tratados coletivamente, eis que “decorrentes de origem comum” (inciso III). Tanto os interesses difusos como os coletivos são “transindividuais, de natureza indivisível”, o que vale dizer que são essencialmente coletivos, que seus titulares possuem em comum um bem coletivo e a satisfação de um deles implica necessariamente a satisfação dos demais, tal como se estivessem num litisconsórcio unitário. Os dois interesses de natureza coletiva distinguem-se apenas na sua titularidade, no vínculo que une os membros da coletividade atingida. No primeiro caso, essa reunião de interessados é acidental, eventual

e transitória, referindo a lei a “circunstâncias de fato”. No segundo, o “grupo, categoria ou classe” está unido de forma estável e definida, eis que possui uma relação jurídica, seja entre os seus membros, ou com a parte contrária, que vem a ser a causadora do dano. Daí as referências à determinabilidade dos titulares, que só será possível, evidentemente, em se tratando de interesses coletivos.

A iniciativa do Ministério Público foi sempre afirmada quanto a essas duas espécies de interesses, já constantes do texto constitucional, porém passou a ser questionada quando se voltava para os individuais homogêneos, que em matéria de direitos do consumidor mais frequentemente se identificam.

3. O problema dos interesses individuais homogêneos

Após cinco anos de vigência da lei da ação civil pública, em 1990, a Lei 8.078 aprimorou o sistema das ações coletivas, estabelecendo o conceito dos interesses difusos e coletivos e criando os individuais homogêneos. Embora a terceira espécie de interesse criada pelo Código de Defesa do Consumidor tenha significado importantíssima inovação em relação à Lei 7.347/85, é justamente com respeito a esse tema que se questiona a legitimidade do MP na tutela coletiva.

A correta distinção entre os três tipos de interesses “depende da correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir)”, como esclarece Kazuo Watanabe, com a autoridade de um dos autores do anteprojeto¹⁵. Não se pode, portanto, identificar o tipo de interesse tutelável coletivamente apenas diante do fato, ou, por outra, de um mesmo fato podem se originar pretensões coletivas relativas a tipos de interesses diferentes, o que, aliás, ocorre com frequência na prática. A inclusão de uma cláusula abusiva em contrato de consumo pode ser causa de pedir de uma ação civil pública que vise à tutela de interesse difuso, se for pedida a proibição de utilização da disposição em futuros contratos; de um interesse coletivo, se o autor pretender a declaração de nulidade da disposição, atingindo os contratantes atuais daquele fornecedor; e de interesses individuais homogêneos, se o pedido contemplar a devolução do que foi cobrado a maior com fundamento na cláusula nula.

Os interesses individuais homogêneos, como o próprio nome indica, são individuais e se referem precisamente ao ressarcimento das vítimas, conforme se depreende dos arts. 91 e ss. do CDC, que tratam da “ação civil de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”. A inovação veio

dar conta da insuficiência do sistema das ações coletivas, o qual, a partir de então, passou a permitir a satisfação integral das vítimas de danos coletivos, pois, além da cessação da conduta, nulidade das disposições abusivas e outras providências que tais, puderam obter as respectivas indenizações pelos prejuízos individualmente sofridos, no mesmo processo da ação civil pública. Os lesados, permita-se insistir, são titulares de interesses individuais, cuja proteção, não obstante sua natureza, pode ser deduzida coletivamente através de demanda cujo procedimento é dividido em duas fases distintas: a primeira, de conhecimento, é promovida pelo autor ideológico e termina com a fixação de uma indenização global, estimada segundo a gravidade do dano e o número de lesados; a segunda, de liquidação e execução, é proposta pelas vítimas individualmente e termina com a condenação ao pagamento da indenização pelo prejuízo efetivamente sofrido, mediante a comprovação do dano e do nexo causal.

Ocorre que, malgrado ter sido grande a produção doutrinária e numerosas as decisões jurisprudenciais sobre essa nova espécie de interesse, persiste uma incompreensão de sua própria definição, assim como da legitimidade do Ministério Público para as demandas nele fundadas.

Dentre as possíveis soluções para o problema da legitimação para a tutela dos interesses metaindividuais, preferiu o legislador de 1985 atribuir qualidade de parte a vários entes, públicos e privados¹⁶ (art. 5º, *caput*). Assim, preterindo a escolha do autor individual (modelo das *class actions* do direito norte-americano) ou a exclusividade de apenas um autor ideológico, a lei da ação civil pública indicou como adequados portadores dos interesses coletivos o Ministério Público, as associações civis e determinados órgãos públicos, garantindo que, de forma autônoma e independente, a cada um deles fosse reconhecida legitimidade para propor aquelas ações, em nome próprio e em benefício da coletividade. O Código de Defesa do Consumidor repetiu a fórmula (art. 82), aduzindo que, quando o Ministério Público não for autor, deverá intervir no processo como *custos legis* (art. 92).

Embora seja claríssima a redação de ambas as normas, a jurisprudência, mal compreendendo o conceito da nova espécie de interesse criada pelo CDC, passou a rechaçar a iniciativa do Ministério Público na propositura das ações coletivas visando à sua tutela¹⁷.

A proteção coletiva dos direitos do consumidor conduziu à expansão de outras áreas, que lhe são afins pela identidade dos meios de tutela

O primeiro argumento no qual se ampara a equivocada tese é o de que, dentre as funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal, não há menção a essa categoria de interesses, referindo o art. 129, III, unicamente a “outros interesses difusos e coletivos”. A resposta, porém, se encontra na própria Carta que, no mesmo dispositivo, em seu inciso IX, estendeu o objeto das medidas incumbidas à iniciativa do *parquet* a “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. É evidente que, por uma questão simplesmente temporal, não poderia a Constituição de 88 se referir a uma espécie de interesse que só foi introduzida no ordenamento em 1991, pelo CDC, não se podendo exigir do constituinte tal capacidade de premonição.

Além desse fundamento, as decisões de extinção por ilegitimidade aludem à disponibilidade dos interesses individuais como característica impeditiva à sua defesa pelo MP, em cuja missão institucional estão incluídos os interesses “sociais e individuais indisponíveis”, conforme disposto no art. 127, *caput*, da CF. Como parece intuitivo, o MP jamais estará incumbido da defesa de qualquer interesse de natureza individual, o que naturalmente não se coaduna com seu perfil institucional de representante da sociedade. Não há dúvida de que a Constituição Federal, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público lhe conferem legitimação para atuar, como substituto processual, deduzindo pretensão relativa à tutela de individuais homogêneos, porém, esses interesses, porque disponíveis, deverão possuir uma dimensão social relevante para deles fazê-lo adequado portador em juízo.

Os interesses individuais deduzidos de forma coletiva tornam-se indisponíveis, tanto para o adequado portador que se apresenta em juízo, como pelo grupo de vítimas, seus titulares. Tais interesses, portanto, quando tratados coletivamente, perdem o caráter de disponibilidade, traço que somente os identificará em sua dimensão individual¹⁸. O projeto de atualização do CDC enfrenta a questão e altera a redação do art. 81 para melhor esclarecer a definição dessa categoria de interesses e declarar sua relevância social. Vale transcrever:

“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.”

De lege lata, os tribunais já vêm reconhecendo qualidade de parte ao *parquet* em demandas desse tipo, sempre que o número de lesados seja significativo¹⁹, ou quando haja dispersão dos interessados²⁰, ou em razão da gravidade do dano²¹, por sua repercussão social²², ou ainda pela natureza da matéria em questão²³. Com efeito, cabe à jurisprudência a tarefa de definir os critérios pelos quais será aferida a relevância social da demanda e de afirmar a legitimidade do Ministério Público, tornando efetiva a tutela coletiva, da qual é o principal ator.

4. Articulação com outros diplomas de proteção do sujeito de direitos

Desde a edição do Código de Defesa do Consumidor, outras leis extravagantes vieram cuidar de especiais sujeitos de direito, tais como idosos, portadores de deficiência, adolescentes, a todos sendo reconhecidos direitos sociais, a serem implementados preferencialmente via tutela coletiva. Esses chamados “novos direitos” encontraram no sistema de proteção ao consumidor uma estrutura a ser não apenas copiada, mas até mesmo utilizada.

Com efeito, são muitos os exemplos de promotorias do consumidor que encamparam a defesa de outros interesses metaindividuais, de que seriam exemplos a proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais, dos idosos, e outros que tais²⁴. Além dessas, há promotorias especializadas em áreas ainda mais específicas versando sobre relações de consumo, como as Promotorias de Defesa da Saúde no Paraná, Minas Gerais, Alagoas, Sergipe e no Acre.

Também é notável a articulação da proteção do consumidor com outras matérias igualmente tuteláveis coletivamente, de que seriam exemplos as demandas de natureza tributária. Sobre o assunto, aliás, vale registrar o equívoco da alteração legislativa introduzida no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública pela Medida Provisória 2.180-35, posteriormente substituída pela 2.102-26, de 27/12/01, que excluiu do objeto da ação civil pública as demandas “que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional”.

A redução do objeto da lei já vinha sendo acolhida pelo Judiciário, é preciso dizer, em decisões do STJ sempre estribadas na equivocada crença de que as normas do CDC, especialmente aquelas que tratam de interesses individuais homogêneos, somente se aplicam às demandas coletivas de

consumo. A própria redação da medida provisória sugere o entendimento errôneo de que a determinabilidade dos titulares do interesse impediria o tratamento coletivo da questão, interpretação canhestra que não merece consideração. A jurisprudência do STJ, é preciso que se diga, há muito pacificou-se nesse sentido²⁵.

Na verdade, pretendeu o poder público, ao reduzir o âmbito da ação coletiva, resguardar os seus interesses, como litigante contumaz no polo passivo dessas demandas; basta ver as matérias excluídas – FGTS, tributos, dívidas trabalhistas. Como bem observou Rogério Pacheco Alves em obra que cuida precisamente do tema, “criou o legislador uma hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, em favor da Administração Pública, única beneficiada pela nova regra”²⁶.

A inovação legislativa foi duramente criticada pela doutrina²⁷, que vem apontando sua inconstitucionalidade, por vício formal e material. Caracteriza-se o primeiro aspecto por se tratar de norma processual instituída por medida provisória, a qual sequer ostenta o requisito da urgência que legitima a competência legislativa extraordinária, e o segundo, mais grave, por excluir da apreciação do Judiciário a lesão ou ameaça a direito.

De toda sorte, podemos concluir que a proteção coletiva dos direitos do consumidor conduziu à expansão de outras áreas, que lhe são afins pela identidade dos meios de tutela, ampliando o campo de atuação do próprio Ministério Público e as possibilidades de proteção de outros sujeitos de direito, distinguidos por sua vulnerabilidade. O sistema das ações coletivas, embora tenha sido estruturado na lei do consumidor, não apenas a ele se refere, podendo ser utilizado para proteção de outros interesses que possuam essa dimensão metaindividual.

5. O futuro do direito do consumidor na perspectiva do Ministério Público

Se é inegável a contribuição do Ministério Público para a implementação das normas do código e o desenvolvimento do direito do consumidor entre nós, é inquestionável também sua importância nos rumos a serem seguidos na sua aplicação. A política institucional, além das questões de classe, deveria se orientar pelo debate em torno dos objetivos dessa atividade. Porém, com exceção de grupos espontaneamente organizados, de que é exemplo o MPCCon – Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, que congrega

promotores e procuradores em todo o Brasil, não existe a nível institucional um foro permanente para discussão da política da proteção dos interesses metaindividuais pelo Ministério Público.

A eleição de prioridades a serem enfrentadas pelos promotores incumbidos da tutela coletiva é deixada ao exclusivo critério desses, ainda que a possibilidade de provocação dos interessados ou de outros órgãos públicos contribua, mesmo que em pouca medida, para definir uma política de atuação. Seria desejável, contudo, que houvesse discussão e elaboração de planos de ação, independentes da iniciativa externa e que dessem conta do contexto social e econômico ao qual a instituição deve estar atenta. Com efeito, a sintonia entre sua atuação e as demandas sociais é condição para o desempenho adequado das atribuições ministeriais.

Pensar o futuro do direito do consumidor, em certa medida, significa pensar no alcance da atuação do Ministério Público, definir para onde e até que ponto intervir, pensar no quanto e no quê pode ou deve ser feito em benefício da coletividade. Não se trata apenas da iniciativa judicial, geralmente repressiva e compensatória, mas também das medidas administrativas, que vão desde a simples instauração de procedimento de investigação, até a realização de audiências públicas, divulgação de recomendações e a tomada de compromissos. Convocar a participação de especialistas, de integrantes da sociedade civil, representantes de órgãos públicos e até mesmo de fornecedores seria uma das formas de garantir o atendimento dos problemas mais frequentes e graves das relações de consumo.

Não se pretende, obviamente, criar políticas públicas como compete ao administrador fazer, mas sim de definir políticas institucionais que correspondam às necessidades sociais num dado momento e que possam ser levadas a efeito por meio da atuação na tutela coletiva.

A necessidade dessa interlocução se confirma na observação dos assuntos que têm sido levados a juízo pelas promotorias do consumidor. Dentre as matérias relacionadas como objeto de ações coletivas na área da proteção do consumidor, destacam-se aquelas relativas a bancos, combustíveis, planos de saúde e qualidade do transporte coletivo²⁸. Sem arriscar uma avaliação precipitada sobre o assunto, vale observar que não há ainda referências a temas que estão na ordem do dia da agenda consumerista, como

Pensar o futuro
do direito do
consumidor, em
certa medida,
significa pensar no
alcance da atuação
do Ministério
Público

superendividamento e comércio eletrônico, por exemplo. O que se nota é uma atuação “a reboque”, extremamente dependente da provocação dos interessados²⁹ e dos acontecimentos de maior repercussão social.

Tal constatação não significa uma crítica à atuação daqueles encarregados da tutela dos direitos do consumidor; pelo contrário, evidencia uma carência de conscientização das chefias institucionais no tocante aos aspectos da prevenção, certamente um dos mais importantes – e negligenciados! – da proteção do consumidor³⁰.

Embora o sistema de controle do ajuizamento das ações coletivas conte com a participação de um colegiado – o Conselho Superior do Ministério Público – que pode impedir o arquivamento, deixando de homologá-lo por razões de mérito e não apenas formais, e substituindo-se à posição do presidente do inquérito civil³¹, esse mecanismo não funciona *a priori*, determinando ou sugerindo investigações a serem iniciadas. É evidente que, em qualquer hipótese, a independência do promotor de justiça deverá ser respeitada, porém essa garantia não pode ser impeditiva da adoção de providências necessárias à realização plena e efetiva dos objetivos institucionais.

A sociedade civil organizada é e sempre será a melhor gestora de seus interesses. No entanto, até que se alcance determinado grau de organização e de consciência coletivas, o Ministério Público continuará sendo o principal guardião dos interesses metaindividuais, exercendo seu papel de ouvidor geral e promotor das ações judiciais necessárias à consolidação dos direitos dos consumidores, como lhe atribuiu a Constituição Federal.

Notas

¹ Texto revisto e atualizado do original publicado em *Constituição de 1988: Vinte anos de consolidação democrática e transformação do Estado brasileiro*. José Ribas Vieira (org.) Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 327-40.

² Um pequeno histórico da defesa do consumidor no Brasil pode ser encontrado na página do órgão na internet, confira-se: “Os anos 80 foram marcados por profundas transformações políticas e pelos planos econômicos, com intensa participação popular nas questões envolvendo consumo. Regulamentos setoriais, normas técnicas e de boa prática, dentre outros, também difundiam direta e indiretamente a proteção dos consumidores. Diversas entidades civis se organizam e despontam em segmentos específicos, como a Associação de Inquilinos Intranquilos, a CAMMESP – Central de Atendimento aos Moradores e Mutuários do Estado de São Paulo e a Associação Intermunicipal de Pais e Alunos, entre outras. Em 1987 é fundado o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor e em 1989 é instituída a Comissão de Defesa do Consumidor da OAB – São Paulo” (disponível em www.procon.sp.gov.br, acessado em 24.10.07).

³ “As atribuições do Ministério Público foram ampliadas durante os trabalhos da Constituinte quando se abandonou a opção cogitada pela criação de um novo órgão inspirado no *ombudsman* sueco” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 281).

⁴ SIDOU, J. M. Othon. *A proteção do consumidor no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 80-1.

⁵ A Curadoria de Proteção ao Consumidor da capital paulista começou a funcionar junto ao Procon, em junho de 1983, valendo citar o precioso relato do Procurador de Justiça José Geraldo de Britto Filomeno, sobre suas atividades naquele órgão de execução, *verbis*: “Até que não advenha tal instrumentalização, porém, resta-nos a conciliação entre produtores de bens e serviços, de um lado, e consumidores, de outro, conciliação essa ora reforçada pelo disposto, como já visto, pela lei que instituiu os chamados Juizados Especiais de Pequenas Causas...” (AMARAL, Luiz (Coord.) *Defesa do consumidor: textos básicos*. Brasília: Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, p. 207).

⁶ No Rio de Janeiro, a primeira evidência da preocupação com as novas atribuições foi a Resolução GPGJ n. 193, de 13 de setembro de 1985, que criou uma comissão especial para estudar a execução da Lei 7.347, e da Resolução GPGJ n. 196, de 21 de outubro de 1985, pela qual foram designados os primeiros órgãos de execução com atribuição para atuar judicial e extrajudicialmente na tutela dos interesses difusos e direitos coletivos. Somente em 2001, pela Resolução PGJ n. 974, foi criado o “Grupo de Apoio Técnico Especializado”, com profissionais nas áreas das ciências humanas, biológicas e exatas, para dar suporte na atuação das promotorias da tutela coletiva.

⁷ “...essa nova ideologia de Ministério Público deverá, entre outros aspectos fundamentais, e a partir de uma exegese lógico-sistemática da Constituição Federal considerar e explicar: (a) a *ratio essendi* do Ministério Público, isto é, seu novo e verdadeiro papel, sua missão institucional, (b) a dimensão política e social de sua atuação, (c) a adaptação de suas funções cíveis tradicionais ao novo perfil constitucional...” (FERRAZ, Antonio Augusto Melo de Camargo e GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. *A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público compatível com seu atual perfil institucional*. In FERRAZ, Antonio Augusto Melo de Camargo (coord.). *Ministério Público – Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 20).

⁸ Em 2012, há no Rio de Janeiro 21 Promotorias de Tutela Coletiva na Capital e 48 no interior do Estado, incumbidos dessas matérias.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 300.

¹⁰ Neste sentido apontam os resultados de pesquisa feita pelo professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, tendo por objeto as ações coletivas propostas na Comarca da Capital do Rio de Janeiro entre 1986 a 1996, que concluiu ter sido pequena a participação de associações civis no total de demandas ajuizadas (10,34%), afirmando que “...a lei não conseguiu estimular a associatividade, ficando o acesso praticamente dependente da iniciativa dos órgãos públicos em geral, que às vezes até concorrem entre si” (*Acesso à justiça. Juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 191).

¹¹ CARPENA, Heloisa. *Dano moral coletivo nas relações de consumo*. In O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 827-46.

¹² A série de artigos tratando do tema está publicada em *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173-221.

¹³ *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*. In *Temas...*, p. 194 e 196.

¹⁴ *Tutela...*, p. 201.

¹⁵ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* – comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 747.

¹⁶ Encontram-se em andamento no Congresso Nacional três anteprojeto de lei para atualização do Código de Defesa do Consumidor, sendo um deles dedicado à disciplina das ações coletivas (PLS 282/12), visando aperfeiçoá-la em vários pontos, especialmente quanto à tutela de interesses individuais homogêneos e ao seu procedimento. A íntegra dos anteprojeto está disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/AnteprojetoFinalis.pdf>.

¹⁷ São inúmeras as decisões do STJ neste sentido, valendo citar arestos recentes, negando a legitimidade do MP, seja com fundamento na disponibilidade do interesse em questão (REsp 448.684/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julg. em 28.06.2006, DJ 02.08.2006 p. 228); como também pela espécie de interesse tutelado, como p.e. matéria tributária (Primeira Turma; REsp 709738/SC; Rel. Min. Luiz Fux; DJ 28.11.2005 p. 214; Segunda Turma; REsp 308745/ES; Rel. Min. Castro Meira; DJ 28.11.2005 p. 243; Primeira Turma; REsp 731954/RS; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; DJ 21.11.2005, p. 153).

¹⁸ No mesmo sentido, Gustavo Tepedino: “A indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, por outro lado, não é obscurecida pela patrimonialidade das pretensões individuais. O que releva é a indisponibilidade do interesse atingido pela relação jurídica originária, que serve de base para a demanda comum. Uma vez atingidos direitos fundamentais do homem, como a saúde, a educação, o meio ambiente, tem-se por violados interesses indisponíveis, ainda que desses mesmos interesses decorram danos conversíveis em parcela patrimonial individualizada em relação a cada um dos titulares da ação” (*A questão...*, p. 312).

¹⁹ Por esse fundamento, o STJ acolheu demanda em benefício de mutuários do SFH: Corte Especial, AgRg nos REsp 633.470/CE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julg. em 30.06.2006, DJ 14.08.2006, p. 248.

²⁰ *Idem*, em questão relativa a contrato de arrendamento mercantil: Terceira Turma, AgRg no REsp 610.315/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 16.05.2006, DJ 05.06.2006, p. 258.

²¹ No mesmo sentido, em caso de morte de neonatos por septicemia no sistema público de saúde: Primeira Turma; Resp 637332/RR; Rel. Min. Luiz Fux; DJ 13.12.2004, p. 242.

²² O critério foi invocado para acolher o pedido de indenização às vítimas de explosão do Shopping Center de Osasco-SP: Terceira Turma; REsp 279273/SP; Rel. Min. Ari Pargendler; Rel. P/ acórdão Min. Nancy Andrichi; DJ 29.03.2004, p. 230.

²³ O STJ decidiu segundo esse critério em caso de responsabilidade do Poder Público em razão de epidemia de dengue: Segunda Turma; REsp 703471/RN; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJ 21.11.2005, p. 195. Negou, acertadamente, legitimidade ativa ao MP em caso de expedição de diploma, por não identificar na espécie “interesse público relevante”; Primeira Turma; Resp 683705/PE; Rel. Min. Francisco Falcão; DJ 21.11.20, p. 138.

²⁴ Ministério Público dos Estados de Roraima, Rondônia, Minas Gerais, Alagoas, dentre outros. No Rio de Janeiro, em 2003 foram criadas promotorias especializadas para atender idosos e pessoas portadoras de deficiências na Capital, sendo as matérias de atribuição das promotorias de tutela coletiva no interior.

²⁵ “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DO TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL – TARE FIRMADO PELO GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL E CONTRIBUINTE. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRONUNCIAMENTO DA 1ª SEÇÃO. 1. Trata-se de recurso especial interposto pela empresa AMV Vieira Comércio de Papéis Ltda. contra acórdão proferido pelo TJDF que, após reconhecer a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação questionando o denominado Termo de Acordo de Regime Especial – Tare, adentrou no mérito da demanda e deu provimento aos recursos especiais de sua autoria e do Distrito Federal asseverando a legalidade da concessão da isenção do ICMS. Nesta via especial, defende a empresa o seu interesse recursal, consistente na sucumbência em relação à preliminar de legitimidade *ad causam* do *Parquet*, pleiteando o conhecimento e provimento do presente apelo nobre para que seja reconhecida a ilegitimidade ativa do autor e se extinga o feito sem resolução de mérito com base no art. 267, VI, do CPC. 2. Constata-se dos autos que o aresto de segundo grau, após reconhecer a legitimidade do Ministério Público, conferiu provimento total aos recursos dos réus, quando, por certo, deveria ter-lhes dado parcial provimento. Nesses termos, não pode esta Corte eximir-se de analisar o pleito recursal apresentado sob a justificativa de ausência de interesse recursal, mesmo após verificar a real existência de prejuízo para a parte. Conhecido do apelo, passa-se ao seu exame. 3. O tema controverso é, particularmente, de natureza tributária. A apuração de eventual irregularidade no acordo fiscal ajustado pelo Distrito Federal com a empresa contribuinte, seja no aspecto de autorização legal, seja no atinente aos benefícios ou prejuízos sociais produzidos, remete ao necessário exame da estrutura e da política tributária empreendida pela Fazenda Pública local, em face, inclusive, de outras unidades da Federação, por se tratar de ICMS. 4. Sendo o conflito legal de natureza tributária, torna-se manifesta a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a causa, conforme estabelecido no art. 1º da Lei nº 7.347/85. Precedentes: REsp 691.574/DF, DJ 17/04/2006, Rel. Min. Luiz Fux; REsp 737.232/DF, DJ 15/05/2006, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp 785.756/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 25/05/06; REsp 824.890/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 30/06/06; REsp 861.714/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19/10/06. 5. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 861.714/DF, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, a Segunda Turma, em data de 10/10/2006 (DJ 19.10.2006), modificando o entendimento que adotava até então, passou a corroborar o posicionamento da Primeira Turma, considerando o Ministério Público parte ilegítima

para propor ação civil pública a fim de desconstituir, de modo individualizado, o Tare – Termo de Acordo de Regime Especial firmado pelo Governo do Distrito Federal e contribuinte. 6. A egrégia Primeira Seção, em sessão realizada em data de 14.02.2007, julgou o Recurso Especial n. 845.034/DF, sob a minha relatoria, manifestando-se, por maioria, pelo reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público em caso similar. 7. Recurso especial provido. Extinção do feito sem resolução de mérito ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Ministério Público.” (PRIMEIRA TURMA, REsp 930.963/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, julgado em 07.08.2007, DJ 27.08.2007 p. 203). No mesmo sentido, cf. em decisões recentes: PRIMEIRA TURMA, REsp 850.718/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 26.06.2007, DJ 10.09.2007 p. 199, SEGUNDA TURMA, AgRg no REsp 461.145/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 12.06.2007, DJ 22.06.2007, p. 395.

²⁶ *As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 208.

²⁷ Assim, Rosa e Nelson Nery Junior, para quem: “é flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo Federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo” (*Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 1522).

²⁸ Dados extraídos da pesquisa “Consumidor Vencedor”, realizada pelo 10º CAOp das Procuradorias da Tutela Coletiva (PGJ/RJ), cujo levantamento foi feito exclusivamente em decisões transitadas em julgado, proferidas em ações ajuizadas pelo MP no Rio de Janeiro.

²⁹ O relatório estatístico da Ouvidoria do Ministério Público aponta, em 2011, 4.064 atendimentos relativos aos direitos do consumidor, número que corresponde a 14,51% do total e ao 2º assunto mais reclamado. Até outubro de 2012, foram realizados 2.555 atendimentos de consumidores, equivalente a 11,05%, considerando todas as matérias de atribuição do MP, inclusive criminal.

³⁰ “O futuro do Ministério Público e das estratégias para consolidação de um projeto de implementação do novo perfil constitucional dependerá da clarividência de suas lideranças no sentido de compreender as mudanças do papel político do Ministério Público, assim como do cenário político que o cerca” (MACEDO, Ronaldo Porto. *Ministério Público Brasileiro: um novo ator político*. In Ministério Público II – Democracia. São Paulo, Atlas, 1999, p. 113).

³¹ Lei 7.347/1985, art. 9º.

O DIREITO DE
ARREPENDIMENTO AOS
CONSUMIDORES:
MODELO ATUAL E AS
PROPOSIÇÕES DO PROJETO DE LEI
DO SENADO 281/2012

ALEXANDRE JUNQUEIRA GOMIDE

Especialista e mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

Professor de pós-graduação em São Paulo

Sócio-fundador de Junqueira Gomide & Guedes Advogados Associados

EXCERTOS

“O direito de arrependimento do art. 49 é uma das principais formas de proteção contratual aos consumidores que adquirem produtos ou serviços no comércio eletrônico”

“Atualmente a única forma de limitar o direito de arrependimento seria com a regra geral do abuso do direito, disposta no art. 187 do Código Civil. Contudo, a realidade dos demais países demonstrou que essa cláusula geral não é suficiente para conter, em inúmeras situações, o abuso de direito por parte de alguns consumidores”

“Se o consumidor dirige-se a uma loja e adquire um produto que não está exposto porque está esgotado, poderá exercer o direito de arrependimento assim que receber o produto”

“O direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços não pode ser exercido em relação ao serviço prestado, mas sim quanto ao contrato celebrado”

“Silencia o Código de Defesa do Consumidor acerca de quem deve responder pelas despesas relativas à devolução dos produtos ao fornecedor”

“É bom que se diga que o direito de arrependimento é bom para o mercado, seja porque dá oportunidade ao consumidor de não adquirir de forma precipitada produtos desnecessários, seja porque aumenta a confiança dele neste tipo de contratação, o que fomenta o mercado”

“O Código de Defesa do Consumidor também não obriga o fornecedor a prestar a informação de maneira expressa sobre a existência do direito de arrependimento”

“O direito de arrependimento, nos serviços, portanto, só deveria ser exercido quando a execução do mesmo ainda não teve início: não é do serviço em si que se deve arrepender, mas da contratação deste”

1. Conceito e modelo atual do direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor

Carlos Ferreira de Almeida¹ afirma que o direito de *arrependimento* compreende todas as hipóteses em que a lei concede a um dos contraentes a faculdade de, em prazo determinado e sem contrapartida, desvincular-se de um contrato através de declaração unilateral e imotivada².

O direito de arrependimento atualmente é estabelecido no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 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.”

Conforme se verifica, o direito de arrependimento é um direito potestativo conferido aos consumidores que adquirem produtos ou serviços fora do estabelecimento comercial.

Com relação à contratação de produtos fora do estabelecimento comercial, bom que seja lembrado que o art. 49 do CDC foi consagrado ainda em 1990, ano em que o legislador não podia imaginar o que viria a ser a internet e quais consequências traria ao comércio brasileiro. À época, o objetivo do legislador (influenciado pela Diretiva Europeia 85/577/CE, de 1985³) era a proteção do consumidor adquirente de produtos e serviços via telefone ou quando recebia vendedores em seu domicílio.

Nos dias atuais essas vendas perderam o posto para o comércio eletrônico, realizado pela internet. Diante disso, nos modernos manuais do direito ao consumo, a doutrina é unânime ao admitir que dentre as formas de contratação celebrada fora do estabelecimento comercial também deve ser considerada aquela oriunda do comércio eletrônico⁴.

Assim, o direito de arrependimento do art. 49 é uma das principais formas de proteção contratual aos consumidores que adquirem produtos ou serviços no comércio eletrônico.

Conforme bem ressaltou Rizzato Nunes⁵, nas compras celebradas na internet, por oferta pessoal do vendedor, o consumidor pode adquirir

por impulso. O mesmo pode ocorrer nas compras oferecidas pela TV e adquiridas pelo telefone. E em qualquer dessas compras o consumidor ainda não examinou adequadamente o produto ou não testou o serviço.

Ezio Guerinoni⁶ afirma que a função do direito de arrependimento é proteger contra a surpresa e atribui ao sujeito a possibilidade de refletir, de ponderar a conveniência do contrato a ser firmado.

Na visão de Fernando Gravato de Moraes⁷, o propósito do direito de arrependimento é o de afastar comportamentos pouco meditados, suscetíveis de produzir efeitos nefastos na sua esfera jurídica e no seu patrimônio. Ainda segundo o autor, pretende-se assim que ao consumidor seja proporcionada uma efetiva informação acerca do teor do contrato, visto que a ele é dado conhecê-lo, em regra, muito pouco antes da assinatura da avença. Ao mesmo tempo é-lhe concedido um determinado período temporal para refletir acerca do negócio realizado.

2. Críticas ao atual modelo do direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor

Depois de estudado o direito europeu, sobretudo o português e o italiano, pudemos nos certificar que o art. 49, por si só, não é adequado para regular de forma suficiente o exercício do direito de arrependimento no Brasil.

Em primeiro lugar, a nossa maior desaprovação ao art. 49 do CDC é a ausência de restrições ao direito de arrependimento. Em tese, basta que seus requisitos estejam presentes para que o consumidor possa desistir da avença.

Diante de uma interpretação literal do art. 49 do CDC, o consumidor internauta poderá arrepender-se das aquisições de produtos digitais, livros, revistas, bens confeccionados consoante suas especificações, dentre outros.

Além disso, o atual modelo não limita o exercício do direito do consumidor nos contratos de prestação de serviços, quando estes já foram totalmente prestados e efetivamente entregues.

Em Portugal, a solução para as questões acima é *trazida* pelo art. 7º, do Decreto Lei 143/2001, que *determina* limitações ao exercício do direito de arrependimento⁸, dentre eles, contratos de prestação de serviços cuja execução tenha tido início, fornecimento de produtos confeccionados com especificações do consumidor, dentre outros⁹. Na Itália, o artigo 48 do Código do Consumidor¹⁰ também proíbe o exercício do direito de arrependimento nos contratos em que a prestação dos serviços já tenha sido iniciada, bem como em outras situações (art. 51)¹¹.

O fundamento de tais restrições nos parece óbvio. O direito de arrependimento nos contratos de prestação de serviços, por exemplo, não pode ser exercido em relação ao *serviço* prestado, mas sim quanto ao *contrato* celebrado. Caso contrário, estaríamos diante de uma forma de abuso de direito. Não se pode exercer o direito de arrependimento sem pagamento de quaisquer valores quando o serviço já foi total ou parcialmente executado.

Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad C. Branco¹² declaram que não sabem como o consumidor poderá arrepender-se nos contratos de prestação de serviços depois da entrega do serviço contratado, citando, como exemplos, a reparação de instalações hidráulicas ou reforço do alicerce de um prédio.

Por seu turno, Claudia Lima Marques¹³ afirma que a regra do art. 49 só poderia ser aplicada aos serviços ainda não prestados (tal como a solução adotada em Portugal e Itália) e sustenta que caso o consumidor arrependa-se de um serviço já prestado, deverá ressarcir o fornecedor do quanto despendido.

Concordamos com a opinião da professora Lima Marques. Não se pode prever um direito de arrependimento, para os serviços efetivamente prestados, sem pagamento de quaisquer valores aos fornecedores. Neste caso, não caberia um direito de arrependimento, talvez a resilição unilateral mediante indenização. O direito de arrependimento é sempre gratuito¹⁴. O direito de arrependimento, nos serviços, portanto, só deveria ser exercido quando a execução do mesmo ainda não teve início: não é do serviço em si que se deve arrepender, mas da contratação deste.

Essa problemática foi analisada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Em acertada decisão, esse tribunal afirmou que não cabe o direito de arrependimento quando o consumidor tenha procurado o fornecedor, bem como quando o serviço tenha sido totalmente prestado¹⁵.

Todavia, ao contrário de Portugal e demais países da Europa, o legislador brasileiro deixou de consignar hipóteses em que o arrependimento não possa ser exercido.

Atualmente a única forma de limitar o direito de arrependimento seria com a regra geral do abuso do direito, disposta no art. 187 do Código Civil. Contudo, a realidade dos demais países demonstrou que essa cláusula geral não é suficiente para conter, em inúmeras situações, o abuso de direito por parte de alguns consumidores. Ademais, a realidade nacional demonstra existirem diversos julgados permitindo o exercício do direito de arrependimento em hipóteses absurdas¹⁶.

Mas isso não é só.

Silencia o Código de Defesa do Consumidor acerca de quem deve responder pelas despesas relativas à devolução dos produtos ao fornecedor. Essa questão é extremamente contraditória e possui diferentes determinações em legislações europeias¹⁷. De todo modo, dentre as legislações que estudamos, a maioria entendeu que os custos pela devolução da coisa devem ser suportados pelo consumidor e não pelo fornecedor, a não ser previsão expressa em contrário¹⁸.

Nelson Nery Junior¹⁹, autor do Anteprojeto do CDC, em sentido contrário, manifestou que “o fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas à domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor”.

Com todo o respeito ao professor Nelson Nery Junior, não podemos concordar com o seu posicionamento²⁰. É inaceitável o argumento de que as empresas que realizam a venda fora do seu estabelecimento comercial optaram por “práticas comerciais mais incisivas”. Muitas empresas ligadas ao comércio eletrônico, por exemplo, são procuradas pelos consumidores para aquisição de seus produtos. Não se pode olvidar que grande parte da população brasileira já está acostumada a adquirir produtos no meio virtual²¹. Há, diga-se, quem prefira comprar pela internet do que no próprio estabelecimento comercial do fornecedor. Muitas vezes, a pressão exercida pelo vendedor, no estabelecimento do fornecedor, pode ser muito pior do que uma compra realizada no conforto da casa do consumidor.

É bom que se diga que o direito de arrependimento é bom para o mercado, seja porque dá oportunidade ao consumidor de não adquirir de forma precipitada produtos desnecessários, seja porque aumenta a confiança dele neste tipo de contratação, o que fomenta o mercado.

Entretanto, dirigir o custo de devolução da coisa ao fornecedor não nos parece o mais correto. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não foi estatuído para trazer prejuízos às empresas. Foi sancionado para *proteger* os consumidores de práticas abusivas dos fornecedores. Ademais: o arrependimento é medida de proteção contratual. A partir do momento em que essa proteção é ruim para o mercado, ruim será para toda sociedade, perdendo o seu significado.

Nosso entendimento também é acompanhado por Maria Eugênia Finkelstein²², a qual assevera que é mais justo que o pagamento das despesas de reenvio dos produtos seja arcado pelo consumidor.

Outra lacuna do atual modelo do direito de arrependimento diz respeito ao prazo em que deve o consumidor restituir os bens recebidos pelo fornecedor. Veja-se que o caso inverso é tratado pelo CDC, ou seja, deverá o fornecedor restituir *de imediato* os eventuais valores recebidos pelo consumidor. Contudo, não há disposição expressa acerca da forma como deve o consumidor reenviar a mercadoria ao comerciante.

Neste caso, parece-nos que, mais uma vez, o consumidor deverá valer-se do bom senso, aplicando o princípio da boa-fé objetiva. Porém, essa omissão da lei pode abrir caminhos para o abuso de direito por alguns consumidores eivados pela má-fé²³. Acreditamos que a melhor medida seria estipular de forma expressa um prazo de, por exemplo, trinta dias para que o consumidor pudesse efetuar essa restituição²⁴.

O Código de Defesa do Consumidor também não obriga o fornecedor a prestar a informação *específica* e de maneira expressa sobre a existência do direito de arrependimento²⁵. O Decreto-Lei português 143/2001, por exemplo, declara expressamente que o fornecedor deverá informar o consumidor sobre a possibilidade do arrependimento (art. 4º, n. 1, 'f'). Caso essa informação não seja prestada, o prazo para o exercício do arrependimento é ampliado de quatorze dias para três meses (art. 6º, n. 3)²⁶. Em alguns casos, tal como nos contratos de *time-sharing*, Portugal determina a possibilidade de resolução do contrato se a informação não for corretamente prestada²⁷.

O CDC, por sua vez, como não determina qualquer obrigatoriedade para o fornecedor de informar o consumidor sobre a possibilidade de desistir da avença, também não prevê ampliação do prazo em virtude da ausência da informação. A bem da verdade, o direito de arrependimento é pouquíssimo difundido no Brasil. Em nosso entendimento esse fato decorre principalmente da ausência de qualquer obrigação do fornecedor de informar o consumidor sobre o arrependimento.

Em suma, analisando o arrependimento estabelecido no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, verificamos que o art. 49 deste diploma não é capaz de regular o instituto tal como deveria. A ausência de diversas disposições de cunho prático gera inúmeras dúvidas e incertezas acerca do exercício desta proteção.

Direito de
arrependimento
é um direito
potestativo
conferido aos
consumidores que
adquirem produtos
ou serviços fora do
estabelecimento
comercial

3. A esperança: o Projeto de Lei do Senado 281/2012

Criada em dezembro de 2010 por meio de ato do presidente do Senado Federal José Sarney, uma comissão de juristas foi instituída para apresentar propostas de atualizações ao Código de Defesa do Consumidor. Foram realizadas audiências públicas com senadores, procuradores da república e organismos de defesa do consumidor.

Além do ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, também compõem a comissão as coordenadoras do observatório do crédito do superendividamento do consumidor, professoras Claudia Lima Marques e Ada Pellegrini Grinover; o promotor de justiça de defesa do consumidor Leonardo Roscoe Bessa; o diretor da *Revista de Direito do Consumidor*, Roberto Augusto Pfeiffer, e o desembargador Kazuo Watanabe. Benjamin, Watanabe e Ada Pellegrini integraram, em 1990, a Comissão original que elaborou o projeto do atual CDC²⁸.

O texto deu entrada no Senado Federal em agosto de 2012. O projeto de lei pretende alterar o texto do Código de Defesa do Consumidor. Dentre as medidas pretendidas, o projeto visa regular a atividade do comércio eletrônico nas relações de consumo.

Com relação ao direito de arrependimento, as alterações são bastante expressivas. Além da alteração ao *caput* do atual art. 49, a comissão entendeu por adicionar nada menos do que nove parágrafos.

Vejam-se abaixo as proposições apresentadas pela comissão:

“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.”

As proposições alteram profundamente o exercício do direito de arrependimento e merecem ser avaliadas com a devida cautela. Vejamos.

4. Análise crítica ao Projeto de Lei do Senado 281/2012

O primeiro ponto a ser destacado é a redação que foi dada ao *caput*. Veja-se a diferença da atual redação, com a redação proposta.

Redação Atual	Redação Projeto 281/2012
Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 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.	Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação à 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.

Inicialmente o projeto pretende alterar a redação do art. 49, para que o direito de arrependimento compreenda todos os casos de *contratação à distância*. A contratação à distância é definida no § 2º do art. 49, que dispõe: “*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*”²⁹.

Ainda que jurisprudência e doutrina já estejam pacificadas no sentido de que o direito de arrependimento pode ser exercido nos casos de contratação decorrente do comércio eletrônico, faz bem o dispositivo em alterar o *caput* do art. 49, para que este seja modernizado e atualizado aos dias atuais.

Com relação à definição de contratação à distância, do projeto, não é nosso interesse manifestarmos-nos contrários ou a seu favor. O que não nos parece razoável, contudo, é que essa definição esteja posicionada num parágrafo reservado ao direito de arrependimento. Cremos que tal definição deveria ser redirecionada às disposições dos arts. 45-A e seguintes (reservado especificamente ao comércio eletrônico) e não no capítulo relativo ao exercício do direito de arrependimento.

Em complementação à definição estabelecida no § 2º do projeto, o parágrafo seguinte equipara a contratação à distância àquela 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*”.

A intenção da comissão é muito boa. Muitas vezes, o consumidor pode estar dentro do estabelecimento da empresa, mas não tem acesso ao produto ou serviço que adquire. Prever o direito de arrependimento, nesses casos, é medida bastante salutar.

Veja-se, por exemplo, o caso de um consumidor que, em São Paulo, dentro de um escritório comercial de um *resort* baiano, adquire um pacote turístico para sua família. Por mais que o consumidor esteja no escritório comercial do empreendimento em São Paulo, por uma impossibilidade física não consegue saber, com exatidão, todas as informações do *resort*, a não ser aquelas do catálogo da empresa. Sendo assim, ao chegar em sua residência, o consumidor, longe da possível pressão do vendedor, poderá analisar, pela internet, por exemplo, as dependências do *resort* e verificar, inclusive, opiniões de outros internautas³⁰.

Também é bastante comum que incorporadoras realizem coquetéis de lançamento de empreendimentos imobiliários. Ainda que o consumidor esteja dentro do *stand* de vendas da empresa, cremos que deve ser a ele

facultada a possibilidade de exercer o direito de arrependimento, uma vez que a vulnerabilidade do consumidor nesses casos é evidente. Ressalte-se, contudo, nesse caso, que o direito de arrependimento somente pode ser exercido em até sete dias da assinatura do contrato e, obviamente, não da entrega do produto, que poderá levar anos a ser construído.

Da mesma forma, se o consumidor dirige-se a uma loja e adquire um produto que não está exposto porque está esgotado, poderá exercer o direito de arrependimento assim que receber o produto. Veja-se, portanto, que o direito de arrependimento proposto no PLS 281/2012 não se limita apenas aos contratos à distância: se o dever de informação não é cumprido de forma correta ou é cumprido de forma insuficiente, o direito de arrependimento deve ser conferido ao consumidor.

O projeto também altera o início do prazo para que o consumidor possa exercer o direito de arrependimento. A redação atual do CDC determina que o consumidor pode desistir do contrato no prazo de sete dias a contar (i) da assinatura do contrato ou (ii) do ato de recebimento do produto ou serviço. Já o *caput* do art. 49 do projeto estatui que o consumidor pode se arrepender quando da simples *aceitação da oferta ou recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço*, o que ocorrer por último.

De fato, no comércio eletrônico, não é comum que as partes assinem um contrato. É bem verdade que o art. 45-D, inciso II, do projeto determina que o fornecedor envie ao consumidor via do contrato em suporte duradouro. Contudo, nos termos do projeto, poderá o consumidor exercer o direito de arrependimento antes mesmo de receber uma via do contrato, ou seja, logo após a aceitação da oferta. Assim, após clicar em comprar e efetuar o pagamento com o cartão de crédito, por exemplo, pode o consumidor exercer o direito de arrependimento, ainda que o contrato não tenha sido enviado ao consumidor. Da mesma forma, caso tenha clicado em comprar, antes mesmo de pagar o boleto bancário, poderá exercer o direito de arrependimento. A proposição, a nosso ver, é bem interessante.

Com relação aos contratos coligados de crédito, determina o § 4º que os *“contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor”*. A disposição é quase idêntica àquelas verificadas em

Não se pode prever um direito de arrependimento, para os serviços efetivamente prestados, sem pagamento de quaisquer valores aos fornecedores

Portugal, Itália, dentre outros. Sem dúvida alguma é uma disposição benéfica ao mercado e que põe fim a controvérsias nesse sentido.

Tal proposição é elogiada por Guilherme Magalhães Martins³¹, que também asseverou que é estabelecida “responsabilidade solidária entre o fornecedor do produto ou serviço, a instituição financeira e a administradora do cartão de crédito, cabendo-lhes, alternativamente, estornar imediatamente o valor cobrado indevidamente do consumidor, ou, alternativamente, efetivar o estorno na próxima fatura, caso o valor já tenha sido total ou parcialmente pago no momento da manifestação do arrependimento. Trata-se de importante manifestação dos contratos coligados, todos perpassados pela mesma causa ou finalidade econômica, o que justifica o tratamento dado pelo anteprojeto.”

A jurisprudência brasileira, diga-se, há certo tempo já entende que o contrato de crédito coligado deve ser extinto automaticamente quando exercido o direito de arrependimento pelo consumidor³².

Em complementação ao § 4º, o § 5º ainda traz as obrigações do fornecedor decorrentes da extinção do contrato coligado de crédito. Segundo a proposição, nos casos em que há a extinção automática do contrato coligado, caberá ao fornecedor do produto ou serviço comunicar à instituição financeira ou similar para que a transação não seja cobrada ou, caso já o tenha sido, que seja estornada ao consumidor. Tal determinação também é bastante interessante. A responsabilidade por tais atos não é do consumidor, mas sim do fornecedor. O projeto ainda pretende que, caso tal determinação não seja atendida, o valor pago pelo consumidor seja restituído em dobro (§ 6º).

Outra grande e inovadora proposição é aquela do § 7º:

“§ 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.”

Este dispositivo certamente melhora bastante o exercício do direito de arrependimento. Há um dever de informação que facilita ao consumidor a forma como pode ser exercido o direito de arrependimento.

Contudo, o projeto nada diz acerca da forma como essa informação deve ser prestada ao consumidor. Melhor seria determinar que, após a conclusão do contrato, fosse enviado ao consumidor correspondência ou e-mail, apartado do contrato, informando as formas do exercício do arrependimento.

Mais interessante, ainda, seria se a nossa legislação atendessem à mesma disposição da Diretiva 2011/83/CE, que, em seu art. 11º, determina aos

fornecedores, nos casos envolvendo o comércio eletrônico, logo após a contratação, que enviem um *formulário* para o exercício do direito de arrependimento³³. O consumidor, assim, não precisaria atender às determinações do fornecedor, para exercer o direito de arrependimento. Bastaria que preenchesse o formulário, já enviado logo após a conclusão do contrato. Essa forma, a nosso ver, atenderia perfeitamente ao exercício do direito de arrependimento.

Ao final, o projeto também assevera que o descumprimento de tais deveres pelo fornecedor ensejará a aplicação 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”.

5. Considerações finais

Da análise do projeto, cremos que há uma grande evolução no direito de arrependimento. Não há dúvidas de que o legislador brasileiro procurou se valer das disposições contidas em diretivas europeias e legislações específicas de países como Portugal, França, Itália, dentre outros.

A aprovação do projeto trará uma grande melhora ao exercício do direito de arrependimento, bem como uma maior proteção aos consumidores. É interessante notar que o atual Código de Defesa do Consumidor possui apenas um artigo para cuidar do direito de arrependimento: *caput* e parágrafo. Já o Projeto 281/2012 procura inserir nada menos do que outros nove parágrafos. Realmente o direito de arrependimento previsto no atual modelo do Código de Defesa do Consumidor anseia por uma profunda alteração.

De todo modo, pensamos que o projeto poderia ter ido além. Faltou ao projeto regular, por exemplo: (i) o prazo em que o consumidor deve devolver o produto recebido; (ii) o prazo que possui o fornecedor para reembolsar o consumidor dos valores pagos e (iii) a quem fica a responsabilidade pelas despesas de devolução da coisa.

São questões sobre as quais a jurisprudência brasileira ainda é confusa e contraditória. Para que tais questões sejam dirimidas, a nossa sugestão é que o projeto passe a regulá-las.

Da mesma forma, acreditamos que o projeto poderia trazer um rol *exemplificativo* das restrições ao direito de arrependimento. Isso porque a

realidade de outros países demonstrou que a regra geral do abuso do direito não é suficiente para enfrentar os problemas da limitação do exercício do direito de arrependimento.

Em nossa opinião, o projeto poderia limitar alguns casos em que o direito de arrependimento não possa ser exercido, para que a jurisprudência fosse mais uníssona.

Por fim, pensamos que poderia haver um dispositivo determinando que, nos casos em que o pagamento do produto ou serviço fosse realizado por títulos de crédito, ficasse proibido aos fornecedores o seu endosso translativo enquanto não transcorresse o prazo para o exercício do direito de arrependimento pelos consumidores. Isso proibiria que empresas negociassem os títulos antes do exercício do direito de arrependimento, o que traz prejuízos aos consumidores³⁴.

De qualquer maneira, num panorama geral, o Projeto 281/2012, não apenas com relação ao direito de arrependimento, mas também ao comércio eletrônico, caso aprovado, trará grandes melhorias aos consumidores³⁵.

Notas

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito de Consumo*. Lisboa: Almedina, 2005, p. 105.

² As “características” do direito de arrependimento segundo Mário Frota são: “a) imotivabilidade, ou seja, não carece de motivação ou fundamentação; b) irrenunciabilidade, i.e, o direito é irrenunciável não podendo ser afastado por convenção das partes ou derogado por iniciativa do predisponente; inindemnizabilidade, quer dizer, pelo seu exercício não há que fazer com que o consumidor suporte qualquer custo ou encargo, que seria sempre penalizador e, nessa medida, constituiria obstáculo à sua sustentação” (FROTA, Mário. Os contratos de consumo – realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 10. Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 24).

³ Com relação à Diretiva 85/577/CE, vejam-se as considerações e justificativas para a necessidade do direito de arrependimento em determinados contratos: “Considerando que os contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais do comerciante se caracterizam pelo fato de a iniciativa das negociações provir normalmente do comerciante e que o consumidor não está, de forma nenhuma, preparado para tais negociações e que foi apanhado desprevenido; que, muitas vezes, o consumidor nem mesmo pode comparar a qualidade e o preço da oferta com outras ofertas; que este elemento surpresa é tomado em linha de conta, não apenas nos contratos celebrados por venda ao domicílio mas também noutras formas de contrato em que o comerciante toma a iniciativa de vender fora dos estabelecimentos comerciais; Considerando que é necessário conceder ao consumidor um direito de resolução por um período de pelo menos sete dias, a fim de lhe ser dada a possibilidade de avaliar as obrigações que decorrem do contrato”.

Veja-se, ainda, o dispositivo que tratava sobre o direito de arrependimento nessa Diretiva: “Art. 5º n. 1: O consumidor tem o direito de renunciar aos efeitos do compromisso que assumiu desde que envie uma notificação, no prazo de pelo menos sete dias a contar da data em que recebeu a informação referida no artigo 4º, em conformidade com as modalidades e condições prescritas pela legislação nacional. Relativamente ao cumprimento do prazo, é suficiente que a notificação seja enviada antes do seu termo”.

⁴ Nesse sentido, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 703; OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. [S.l.]: Almedina, 2002, p. 97; FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 271; DE LUCCA, Newton. *Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC*. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Bonijuris, n. 7, p. 124, set./2012.

⁵ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 611.

⁶ GUERINONI, Ezio. *I contrattidelconsumatore: principi e regole*. Milano: G.Giappichelli Editore, 2011, p. 377.

⁷ MORAIS, Fernando Gravato. A evolução do direito de consumo. *Revista Portuguesa de Direito de Consumo*. set./2008, n. 55, p. 23.

⁸ “Artigo 7º Restrições ao direito de livre resolução Salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução previsto no artigo anterior nos contratos de:

a) Prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo previsto no nº 1 do artigo anterior;

b) Fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor não possa controlar;

c) Fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados ou que, pela sua natureza, não possam ser reenviados ou sejam susceptíveis de se deteriorarem ou perecerem rapidamente;

d) Fornecimento de gravações áudio e vídeo, de discos e de programas informáticos a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade;

e) Fornecimento de jornais e revistas;

f) Serviços de apostas e lotarias.

⁹ “Art. 7º: Salvo acordo em contrário, o consumidor não pode exercer o direito de livre resolução previsto no artigo anterior nos contratos de: a) Prestação de serviços cuja execução tenha tido início, com o acordo do consumidor, antes do termo do prazo previsto no n. 1 do artigo anterior (...)”.

¹⁰ Art. 48. *Esclusione del recesso*. 1. *Per i contratti riguardanti la prestazione di servizi, Il diritto di recesso non può essere esercitato nei confronti delle prestazioni che siano state già eseguite.*

¹¹ “Art. 51. 1. *Le disposizioni della presente sezione si applicano ai contratti a distanza, esclusi i contratti:*

a) *relativi ai servizi finanziari di cui agli articoli 67-bis e seguenti del presente Codice;*

b) *conclusi tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati;*

c) *conclusi com gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici;*

d) *relativi alla costruzione e allavendita o ad altri diritti relativi a Beni immobili, com esclusione della locazione;*

e) *conclusi in occasione di una vendita all'asta."*

¹² SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; SAAD, Ana Maria. *Comentários ao código de defesa do consumidor e sua jurisprudência anotada*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 600.

¹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 715.

¹⁴ A não ser, eventualmente, custos decorrentes de devolução da coisa.

¹⁵ "(...) A contrario sensu, não ocorre o vício em caso de convergência entre os produtos e serviços apresentados e os produtos e serviços efetivamente entregues e executados. Havendo, no caso, a instalação dos vidros sido realizada de conformidade para com o esboço do serviço, cujo conteúdo o consumidor presumidamente tivera ciência prévia, e não existindo indícios, por menores que sejam, da alegada baixa qualidade do material utilizado, não há como reconhecer a existência do vício, ainda que a estética do resultado final tenha desagradado o consumidor". Evidentemente, o direito de arrependimento não é exercível nos casos em que, segundo a impressão mais crível deixada pelo plexo probatório, o consumidor tenha procurado o fornecedor dos produtos ou serviços, sendo-lhe permitido analisar o negócio em pormenores, comparando-o com o orçamento e o esboço dos serviços e produtos apresentados por empresa do ramo, e optando pelo serviço contratado. Situação que não se afeiçoa à finalidade legal. (...) A instalação dos vidros realizou-se conforme contratado, constando nitidamente do esboço, em representação gráfica perceptível, que os vidros frontais não se poriam inteiriços, mas intercalarse-iam por divisórias e tubos de alumínio" (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2004.020603-8, 1ª Câmara de Direito Civil, Des. Rel. Maria do Rocio Luz Santa Rita, j. 02/07/2005).

¹⁶ A exemplo disso, veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso que entendeu possível o exercício do direito de arrependimento em um produto adquirido sob medida: "*DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO MONITÓRIA – EMBARGOS – CONTRATO DE VENDA DE PRODUTO POR TELEFONE E FAX – PAGAMENTO PARCIAL – ARREPENDIMENTO – COBRANÇA DO VALOR TOTAL – DEVOUÇÃO – ALEGAÇÃO DE PRODUTO ESPECIAL – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. Na compra e venda por telefone e fax, tem o consumidor o direito de arrependimento assegurado pelo art. 49 do CDC, bem como de ver devolvidas as importâncias antecipadas, a qualquer título, notadamente se ainda não recebeu o produto negociado. A alegação de produto especial ou feito sob encomenda não serve para desnaturar a relação de consumo e suplantam o direito de arrependimento, até porque tais circunstâncias não descaracterizam a relação de consumo que marcou a transação, não passando de risco próprio e natural da atividade mercantil do ramo de negócio abraçado livremente pela apelante*" (Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Apelação Cível n. 24.068, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. José Ferreira Leite. j. 28.06.2000).

¹⁷ O Decreto-Lei Português 143/01, determina "*Art. 8.º 1 – Quando o direito de livre resolução tiver sido exercido pelo consumidor, nos termos do art. 6.º, o fornecedor fica obrigado a reembolsar no prazo*

máximo de 30 dias os montantes pagos pelo consumidor, sem qualquer despesa para este, salvo eventuais despesas diretamente decorrentes da devolução do bem quando não reclamadas pelo consumidor”.

Na Espanha, segundo a “*Ley de Ordenación del Comercio Minorista*” (art. 44, n. 3), recai ao consumidor o ônus do pagamento dos valores de reenvio do produto pelo qual exerceu o direito de arrependimento. Por seu turno, caso o comerciante ofereça um produto de qualidade e preço equivalentes, transfere-se a ele a obrigatoriedade do custo de reenvio da coisa.

Na Itália, o “*Codicedel Consumatore*” (art. 67), tratando a respeito das obrigações pós-exercício do direito de arrependimento, determina que na hipótese de exercício do direito de arrependimento posteriormente à entrega dos bens, deverá o consumidor devolvê-los ou torná-los disponíveis para o profissional ou a pessoa por ele designada, de acordo com a previsão do contrato.

¹⁸ A jurista espanhola Maria Álvares Moreno manifesta-se: “El único tipo de gastos que la L.C.M. impone a cargo del comprador son los costes directos que origine la devolución del bien al vendedor (por ejemplo, los ocasionados por su transporte). La razón de esta prescripción radica en salvaguardar la indemnidad del profesional, que ha cumplido totalmente con los términos pactuados, por lo que no se le pueden inferir unos gastos que no tienen nada que ver con su comportamiento, sino con la especialidad del tipo de técnicas de comercialización que éste utiliza. De ahí que si el consumidor desea devolver el bien adquirido y cancelar la relación jurídica que el une al vendedor, por su mera discrecionalidade, como el permite la ley, es lógico que deba cargar con los costes derivados de la operación. Además, no puede olvidar se que la imposición de esta oblicación de asumir los costes de la devolución al consumidor no sino reflejo de la regla general en materia de obligaciones: forma parte de su obligación de entrega (en cuanto desarrollo de las actividades necesarias para cumplir su oblicación)” (MORENO, Maria Teresa Álvares. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. [S.l.]: Edersa, 2001, p. 248-249).

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. São Paulo: Forense, 2007, p. 563.

²⁰ Por mais que discordemos da posição do professor Nelson Nery Junior, temos que admitir que outros a ela são adeptos. É o caso de João Batista de Almeida que afirma: “*A lei não regulamentou a questão atinente às despesas efetuadas ou prejuízos sofridos pelo vendedor durante o período de reflexão. Assim o fazendo, permite ao intérprete a conclusão de que a devolução se dará sem qualquer dedução, pelas seguintes e inafastáveis razões: a) tratando-se de restrição ao direito de arrependimento, deveria ser expressa na lei tal dedução; b) quando pretendeu ressaltar as deduções, o legislador o fez expressamente (art. 53, § 2º), de sorte que seu silêncio nesse tema tem o significado de negar a via compensatória ou ressarcitória ao fornecedor; c) além disso, as despesas e eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor são inerentes à atividade comercial sob a modalidade de vendas agressivas por telefone, reembolso postal ou em domicílio. Admitir o contrário será desestimular o uso do direito de arrependimento, criando limitações legalmente não previstas ao consumidor, sujeitando-o a deduções que certamente serão feitas unilateralmente pelo economicamente mais forte. Em suma, o que é direito seu passaria a ser pesadelo*” (ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 154).

²¹ Estima-se que há, no Brasil, 82 milhões de internautas, considerando a conexão da internet em suas residências ou local de trabalho. Disponível em: http://olhardigital.uol.com.br/negocios/digital_news/noticias/internautas-brasileiros-ja-sao-82-milhoes. Acesso em 4 de Dezembro de 2012.

²² FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 274.

²³ Ademais, acerca do abuso de direito por parte de alguns consumidores, a Diretiva 2011/83/EU, afirmou, em suas considerações: *“Alguns consumidores exercem o seu direito de retratação após terem utilizado os bens numa medida que excede o necessário para verificar a sua natureza, as suas características e o seu funcionamento. Neste caso, o consumidor não deverá perder o direito de retratação do contrato, mas deverá ser responsabilizado pela eventual depreciação dos bens. Para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens, o consumidor apenas deverá proceder às mesmas manipulações e à mesma inspeção que as admitidas numa loja. Por exemplo, o consumidor deverá poder provar uma peça de vestuário, mas não usá-la. Por conseguinte, durante o prazo de retratação, o consumidor deverá manipular e inspecionar os bens com o devido cuidado. As obrigações do consumidor em caso de retratação não o deverão desencorajar de exercer o seu direito de retratação”*.

²⁴ Segundo o Decreto-Lei Português 143/01, o consumidor tem o prazo de até trinta dias para restituir os produtos recebidos: *“Art. 8º, nº 2 – Em caso de resolução, o consumidor deve conservar os bens de modo a poder restituí-los, ao fornecedor ou à pessoa para tal designada no contrato, em devidas condições de utilização, no prazo de 30 dias a contar da data da sua recepção”*. Já o *Codice Del Consumo* Italiano (art. 67, n. 1) prevê que o consumidor deve prover ao fornecedor a restituição dos bens em pelo menos dez dias úteis: *“Il termine per la restituzione del bene non può comunque essere inferiore a dieci giorni lavorativi de correnti della data del ricevimento del bene”*.

²⁵ O Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor deve prestar uma gama de informações ao consumidor, todavia, silenciou-se sobre a obrigatoriedade de informá-lo especificamente quanto à possibilidade de arrepender-se de contratos à distância.

²⁶ Por sua vez, o *Codice del Consumo* Italiano prevê um capítulo apartado apenas para tratar sobre o dever de informação do direito de arrependimento:

“Art. 47. Informazione sul diritto di recesso. 1. Per i contratti e per le proposte contrattuali soggetti alle disposizioni della presente sezione, il professionista deve informare il consumatore del diritto di cui agli articoli da 64 a 67. L’informazione deve essere fornita per iscritto e deve contenere: a) l’indicazione dei termini, delle modalità e delle eventuali condizioni per l’esercizio del diritto di recesso; b) l’indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l’indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso. 2. Qualora il contratto preveda che l’esercizio del diritto di recesso non sia soggetto ad alcun termine o modalità, l’informazione deve comunque contenere gli elementi indicati nella lettera b) del comma 1. 3. Per i contratti di cui all’articolo 45, comma 1, lettere a), b) e c), qualora sia sottoposta al consumatore, per la sottoscrizione, una nota d’ordine, comunemente denominata, l’informazione di cui al comma 1 deve essere riportata nella suddetta nota d’ordine,

separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento. Una copia della nota d'ordine, recante l'indicazione del luogo e della data di sottoscrizione, deve essere consegnata al consumatore. 4. Qualora non venga predisposta una nota d'ordine, l'informazione deve essere comunque fornita al momento della stipulazione del contratto ovvero all'atto della formulazione della proposta, nell'ipotesi prevista dall'articolo 45, comma 2, ed il relativo documento deve contenere, in caratteri chiaramente leggibili, oltre agli elementi di cui al comma 1, l'indicazione del luogo e della data in cui viene consegnato al consumatore, nonché gli elementi necessari per identificare il contratto. Di tale documento il professionista può richiederne una copia sottoscritta dal consumatore. 5. Per i contratti di cui all'articolo 45, comma 1, lettera d), l'informazione sul diritto di recesso deve essere riportata nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio oggetto del contratto, o nella relativa nota d'ordine, con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli delle altre informazioni concernenti la stipulazione del contratto, contenute nel documento. Nella nota d'ordine, comunque, in luogo della indicazione completa degli elementi di cui al comma 1, può essere riportato il solo riferimento al diritto di esercitare il recesso, con la specificazione del relativo termine e con rinvio alle indicazioni contenute nel catalogo o altro documento illustrativo della merce o del servizio per gli ulteriori elementi previsti nell'informazione. 6. Il professionista non potrà accettare, a titolo di corrispettivo, effetti cambiari che abbiano una scadenza inferiore a quindici giorni dalla stipulazione del contratto e non potrà presentarsi allo sconto prima di tale termine.”

²⁷ Vide Decreto-Lei 37/01.

²⁸ Fonte: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI151832,71043-Comissao+de+juristas+apresenta+relatorio+sobre+atualizacao+do+CDC>. Acesso em 25 de julho de 2012.

²⁹ Vale a pena conferir a definição de contratação à distância estabelecida na Diretiva 2011/83/EU: “Contrato à distância: qualquer contrato celebrado entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância, sem a presença física simultânea do profissional e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância até ao momento da celebração do contrato, inclusive”.

³⁰ Em interessante julgado, uma consumidora foi abordada na praia com suas sobrinhas, quando o representante do fornecedor de serviços ofereceu-lhe um jogo, do qual a consumidora acertou todos os pontos da brincadeira e foi convidado a conhecer um hotel, “sem compromisso algum”. Devidamente acomodada na piscina do hotel, um dos representantes do hotel propôs à consumidora a contratação de *time sharing* em diversos hotéis indicados em um catálogo. Ante o entusiasmo das crianças que acompanhavam a consumidora, a insistência do vendedor e a facilidade de pagamento, esta acabou por firmar o contrato, do qual se arrependeu dias depois. A defesa do hotel se baseava na interpretação restritiva do art. 49 do CDC, afirmando que o direito de arrependimento só pode ser exercido quando o contrato for celebrado fora do estabelecimento comercial do fornecedor, o que não teria ocorrido. Nestes termos, não acatando a tese aduzida pelo hotel, fez por bem decidir o Tribunal de Justiça de São Paulo: “A finalidade da norma é permitir o direito de arrependimento daqueles que são abordados e levados a consumir algo que não comprariam em condições normais. *O dispositivo*

legal citado não pode ser interpretado restritivamente, protegendo apenas aqueles que são abordados em seu domicílio ou por telefone. Na verdade, o termo ‘especialmente’ apenas reforça a aplicabilidade da proteção consumerista em casos corriqueiros de venda à época de entrada em vigor dessa legislação, de forma meramente exemplificativa, mas não exclui, nem poderia, a proteção às práticas que viriam a surgir. Na verdade, procura-se proteger o consumidor de uma manifestação de vontade maculada pelo entusiasmo temporário, produzido pelo estímulo repentino, pelo efeito de surpresa e de ansiedade de contratação, causado pelo método de apresentação do produto. Nessa esteira, a contratação em que se convida o consumidor a ingressar no estabelecimento comercial por meio de chamarizes como festas, coquetéis, sorteios, jogos em geral, num clima ‘emocional’ de consumo, como diria Claudia Lima Marques, deve receber proteção do código consumerista” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 1.224.228-5, 14ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Melo Colombi, j. 09 de Maio de 2007).

³¹ MARTINS, Guilherme Martins. A reforma do Código de Defesa do Consumidor brasileiro e o comércio eletrônico: uma visão crítica do anteprojeto. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Bonijuris, n. 4, p. 26, dez./2011.

³² Nessa senda: “APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Compra e venda de automóvel e contrato de arrendamento mercantil com a instituição financeira Objeto do contrato substituído em contato telefônico com o consumidor Sendo o objeto elemento essencial do contrato tem-se que sua alteração dá origem a novo pacto, firmado por telefone, e, portanto, fora do estabelecimento comercial. Exercício do direito de arrependimento (artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor) manifestado em até sete dias contados do contato telefônico. Circunstância de a contratação ter sido realizada, quanto ao seu objeto, fora do estabelecimento comercial do fornecedor. Possibilidade. LEGITIMIDADE DE PARTE. A instituição financeira possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação. Contrato de financiamento coligado ao de compra e venda, sendo que a existência de um é determinante para a do outro. A rescisão da compra e venda ante o exercício regular da desistência, impossibilitando ao consumidor o uso e fruição do bem gera, por consequência, o cancelamento do contrato de financiamento. DANO MORAL. Evidenciada relação de causalidade entre o dano moral e ato ilícito praticado pelo apelado impõe-se o dever de indenizar. O dano extrapatrimonial é ‘in reipsa’, pois decorre do próprio fato. Redução para adequar a razoabilidade e proporcionalidade. Recursos parcialmente providos, apenas para reduzir o montante fixado a título de *danos morais*” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 9274043-87.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Hugo Crepaldi, j. 11 de Abril de 2012).

³³ Um modelo de formulário também é previsto no *Codice del Consumo* Italiano.

³⁴ Nesse sentido: “Indenizatória danos morais – Protesto indevido de título – autor que fez compra de equipamento por telefone, com posterior desistência antes da instalação – direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC – emissão das duplicatas que demandaria a efetiva entrega das mercadorias – precipitação da ré em colocar os títulos em circulação, que acabaram protestados – dano moral caracterizado – fixação em R\$8.000,00 – Ação procedente recurso improvido. Cancelamento de protestos admissibilidade –

Consequência lógica da inexigibilidade das duplicatas emitidas sem causa. Recurso adesivo do autor provido em parte” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação n. 0031806-44.2009.8.26.0000, Rel. Jovino de Sylos, j. 4 de Setembro de 2012).

³⁵ No mês de dezembro de 2012, entramos em contato com o gabinete do senador Antonio Carlos Rodrigues e recebemos o cordial apoio do assessor parlamentar João Paulo Recco de Fáveri, que se colocou à disposição para discutir os temas desse artigo em eventual emenda ao projeto. Contudo, fomos informados que o prazo de emendas foi encerrado. Há um pedido para que o prazo seja reaberto mas até o encerramento desse artigo (5 de dezembro), não houve qualquer resposta nesse sentido.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito de consumo*. Lisboa: Almedina, 2005.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FROTA, Mário. Os contratos de consumo – realidades sociojurídicas que se perspectivam sob novos influxos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 10. Janeiro-Março de 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUERINONI, Ezio. *I contratti del consumatore: principi e regole*. Milano: G. Giappichelli Editore, 2011.

LUCCA, Newton. Comércio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Bonijuris, n. 7, set./2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Guilherme. A reforma do Código de Defesa do Consumidor brasileiro e o comércio eletrônico: uma visão crítica do anteprojeto. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba: Bonijuris, n. 4, dez./2011.

MORAIS, Fernando Gravato. A evolução do direito de consumo. *Revista Portuguesa de Direito de Consumo*. n. 55, p. 23, set./2008.

MORENO, Maria Teresa Álvares. *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. [S.l.]: Edersa, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. São Paulo: Forense, 2007.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*. [S.l.]: Almedina, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo; SAAD, Ana Maria. *Comentários ao código de defesa do consumidor e sua jurisprudência anotada*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PUBLICIDADE: DIMENSÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

RUTE COUTO

Docente do Instituto Politécnico de Bragança
Presidente da delegação de Trás-os-Montes da Associação Portuguesa de
Direito do Consumo
Doutoranda em Direito na Universidade Portucalense
rute@ipb.pt

EXCERTOS

“Os direitos do consumidor, em particular o direito à informação, são, na usual nomenclatura doutrinária, ‘direitos de terceira geração’, afirmados depois dos direitos de liberdades e garantias pessoais (liberdades que impõem a abstenção do Estado) e dos direitos de participação política (instrumentos de cidadania que permitem ao cidadão ‘ser parte’ da vida do Estado)”

“Sendo os contratos de consumo maioritariamente contratos por adesão dos consumidores a cláusulas contratuais gerais, é imperioso relembrar os deveres de comunicação e informação que oneram os predisponentes das condições gerais”

“As decisões quotidianas de compra pelos consumidores apoiam-se mais nas sensações provocadas pela publicidade do que nas concretas características dos produtos e serviços a adquirir”

“O carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio, que a União Europeia ficciona como ‘normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”

“Já nos bastaria que as leis que temos fossem cumpridas e aplicadas, que os agentes de mercado providenciassem aos consumidores não necessariamente mais, mas sobretudo melhor informação, no reflexo de práticas comerciais leais e responsáveis, e que os poderes do Estado assumissem a política de defesa dos consumidores como prioritária na construção de uma sociedade mais equitativa e fraterna, valores essenciais nos tempos conturbados de hoje”

1. O direito à informação como direito fundamental do consumidor

“Consumidores somos todos nós.” A expressão, integrada na mensagem do então presidente dos Estados Unidos John Kennedy, em 15 de março de 1962¹, ao Congresso americano, ditou a dignificação e universalização dos direitos dos consumidores, num processo em concretização à escala global.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra hoje como direitos fundamentais, no seu artigo 60º, os direitos do consumidor “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. A inclusão da tutela consumerista no texto constitucional realizou-se de forma progressiva: a versão original de 1976 estabeleceu a protecção dos consumidores como “incumbência prioritária do Estado”; a revisão constitucional de 1982 consagrou aos consumidores os direitos suprarreferidos, mas incluídos na parte relativa à Organização Económica; e a revisão constitucional de 1989 elevou-os à categoria de direitos fundamentais, compreendidos nos “direitos e deveres económicos”².

O reconhecimento do direito à informação do consumidor como direito fundamental funda-se – como nota Paulo Luiz Netto Lôbo – no “interesse público social” em regular as relações de consumo, (re)estabelecendo o equilíbrio material delas arredado, num contexto de “reforço do papel regulatório, pois suas [do direito do consumo] regras tutelares configuram contrapartida à liberdade irrestrita de mercado, na exacta medida do espaço de humanização dos sujeitos consumidores”³.

A constitucionalização dos direitos dos consumidores justifica-se, pois, pela sua vulnerabilidade na relação económica com o profissional, insuficientemente acautelada pela liberdade contratual e de mercado. Na sociedade de consumo, importa defender “quem está à mercê, pela sua situação de dependência ou debilidade (económica, técnica, jurídica, cultural ou outra) da organização económica da sociedade”⁴.

Os direitos do consumidor, em particular o direito à informação, são, na usual nomenclatura doutrinária, “direitos de terceira geração”, afirmados depois dos direitos de liberdades e garantias pessoais (liberdades que impõem a abstenção do Estado) e dos direitos de participação política (instrumentos de cidadania que permitem ao cidadão “ser parte” da vida do Estado). São, nas palavras de Vieira de Andrade, “atributos necessários do estatuto da dignidade das pessoas nos novos tempos da *sociedade técnica de*

massas”⁵, e como tal exigem prestações do Estado para a sua efetivação. Não obstante, ainda que o regime constitucional destes direitos económicos, sociais e culturais (distintamente dos direitos, liberdades e garantias) os sujeite a uma concretização estadual (determinada por considerações de natureza política, económica e orçamental)⁶, permanecem referencial da fiscalização da constitucionalidade e interpretação das normas ordinárias nestas matérias⁷.

Vieira de Andrade questiona se a constitucionalização dos direitos dos consumidores seria *necessária, conveniente e eficaz*. Conclui o constitucionalista pela sua desnecessidade (porquanto seria suficiente a consagração no rol de tarefas do Estado), mas pela conveniência e eficácia da consagração constitucional, pois “é possível encontrar nos direitos fundamentais a referência essencial da dignidade da pessoa humana” e, ademais, constitui ela um útil “factor de pressão normativa sobre o legislador”⁸.

2. Tutela legal do direito do consumidor à informação

A Lei de Defesa do Consumidor (LDC)⁹ inclui no seu elenco de direitos do consumidor o direito “à informação para o consumo” (artigo 3º d) LDC), que desenvolve de forma dual em direito à informação em geral e direito à informação em particular.

O direito à informação *em geral* (artigo 7º LDC) impõe-se ao Estado, regiões autónomas e autarquias locais, no desenvolvimento de ações de índole diversa, tais como apoio a associações de consumidores, criação de estruturas municipais de promoção dos direitos dos consumidores e manutenção de bases de dados acessíveis. Outras manifestações desta vertente geral do direito à informação respeitam ao serviço público de rádio e televisão, à exigência da língua portuguesa na informação ao consumidor e ainda à disciplina da publicidade, como avante melhor explanaremos.

Já o direito à informação *em particular* (artigo 8º LDC) incumbe ao polo oposto do consumidor na relação contratual de consumo, e estende-se aos demais elos do ciclo produção-consumo (produtor, fabricante, importador, distribuidor, embalador e armazenista). O fornecedor de bens ou prestador de serviços tem o dever de informar o consumidor – de forma *adequada, suficiente e verdadeira*¹⁰ – sob pena de ser responsabilizado pelos danos causados ao consumidor, que ele terá direito de retratação em caso de

informação inexistente, insuficiente, ilegível ou ambígua, que comprometa a utilização do bem ou serviço contratado.

A definição deste direito na lei-quadro de defesa dos consumidores encontra eco em variada legislação avulsa de defesa do consumidor. De forma breve e exemplificativa, eis algumas dessas concretizações¹¹.

Na Lei das Condições Gerais dos Contratos (LCGC)¹²

Sendo os contratos de consumo maioritariamente contratos por adesão dos consumidores a *cláusulas contratuais gerais*, é imperioso relembrar os deveres de comunicação e informação que oneram os predisponentes das condições gerais. Essa comunicação deve ser realizada “na íntegra” e “de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência” (artigo 5º LCGC) e completada pela obrigação de informar o consumidor aderente dos aspectos contratuais “cuja aclaração se justifique” e da prestação de “todos os esclarecimentos razoáveis solicitados” (artigo 6º LCGC). Neste primeiro filtro ou controlo (de natureza formal) das condições gerais – secundado por um controlo de conteúdo e valoração da eventual índole abusiva das mesmas – quando estes dois deveres não sejam observados, as respectivas cláusulas consideram-se *excluídas* do contrato (artigo 8º LCGC). O dever de informar consubstancia-se, neste domínio, na cognoscibilidade, que abarca “não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender)”¹³.

Na Lei das Garantias (LG)¹⁴

Ao nível das *garantias da venda de bens de consumo*, a informação ao consumidor é um dos aspectos para se aferir da *conformidade do bem com o contrato de consumo*, já que a presunção de não conformidade opera sempre que os bens de consumo não correspondam à “descrição que deles é feita pelo vendedor” ou não possuam “as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo” (artigo 2º n. 2 a) LG) e ainda quando “não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem” (artigo 2º n. 2 d) LG). A *publicidade surge* assim, nas palavras

de Carlos Ferreira de Almeida, como “veículo de qualificação dos bens para efeitos contratuais”¹⁵, na medida em que a mensagem publicitária constitui bitola da qualidade dos bens (e serviços), pela criação da legítima expectativa de que tais bens sejam aptos a satisfazer determinados fins e efeitos.

Na Lei dos Contratos à Distância (LCD)^{16, 17}

Em contratos com recurso a técnicas de comunicação *à distância* (tais como internet ou o telefone), a lei define um conjunto de informações a serem prestadas ao consumidor “em tempo útil e previamente à celebração de qualquer contrato” (artigo 4º LCD) e a serem confirmadas em sede de execução (artigo 5º LCD), cominando a não prestação destas informações com o alargamento do período de *livre resolução* pelo consumidor (no exercício do direito de arrendimento ou retratação) de 14 dias para três meses (artigo 6º n. 3 LCD). Compreende-se nestes contratos o reforço das obrigações de informação, em virtude do contexto “atípico” (fora do estabelecimento comercial e sem a presença física e simultânea do fornecedor e do consumidor) destes contratos de consumo.

3. A disciplina da publicidade ou comunicação comercial

“Proteger o consumidor é (...) proteger o acto de comunicação”¹⁸, daí a regulamentação da publicidade – atualmente apelidada de comunicação comercial – ser essencial na concretização do direito do consumidor à informação. Sobretudo numa sociedade de consumo que “por um lado, ampliando o volume de necessidades; por outro, potenciando os riscos de insatisfação”¹⁹ desafia o direito e o Estado a regular novas problemáticas.

Em 1988, afirmava Macário Correia, então Secretário de Estado do Ambiente e dos Recursos Naturais, que “vivemos numa sociedade de opções incessantes no mercado. A publicidade informa e procura criar sedução para atrair os consumidores à escolha. A publicidade tem a dinâmica de antecipar-se às reestruturações do mercado e funciona cada vez mais como um discurso cultural”²⁰.

Mais de duas décadas volvidas, permanece inegável a força da comunicação publicitária na conformação das escolhas dos consumidores, no plano psicológico, económico e social. Com o que tal influência tem de positivo e negativo, o que converte a publicidade em “elemento essencial e motor da programação e do desenvolvimento económico”²¹, mas ao mesmo

tempo potencialmente “perniciosa” para a concorrência, consumidores e economia em geral²².

Serão informação e publicidade duas faces da mesma moeda ou realidades inconciliáveis?

Paulo Luiz Netto Lôbo distingue qualitativamente as duas espécies – “A publicidade tem por fito atrair e estimular o consumo, enquanto a informação visa dotar o consumidor de elementos objectivos de realidade que lhe permitam conhecer os produtos e serviços e exercer suas escolhas” – para concluir que convergem no dever de informar²³.

Vieira de Andrade refere a regulação legal da publicidade como uma garantia dos direitos fundamentais dos consumidores²⁴, já que “a informação relativa aos produtos é decisiva para uma escolha minimamente consciente por parte de quem adquire bens ou serviços”. Também Calvão da Silva evidencia esta dimensão “porquanto o consumidor tem o direito não somente de não ser enganado mas também de ser informado verdadeira e lealmente sobre os pontos fundamentais que determinarão ou poderão determinar a sua decisão”²⁵. Não podemos, portanto, apartar da publicidade uma função *informativa*.

Por outro lado, a publicidade tem uma função *persuasiva*, de promoção do consumo. A publicidade é sugestiva, induz necessidades²⁶, vende “sinais, símbolos e ‘status’”²⁷, dá às marcas o “poder de venda” que “depende essencialmente do seu efeito psicológico sobre o público”²⁸. As decisões quotidianas de compra pelos consumidores apoiam-se mais nas sensações provocadas pela publicidade do que nas concretas características dos produtos e serviços a adquirir. “Na prática, os bens são ‘pré-comprados’ através da publicidade”²⁹ e, como tal, é difícil desunir estas duas componentes (informativa e persuasiva) da publicidade.

Analisemos agora, em traços gerais, a disciplina da publicidade em Portugal.

O Código da Publicidade (CPub)³⁰ define-a como “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

O reconhecimento do direito à informação do consumidor como direito fundamental assenta-se no “interesse público social” em regular as relações de consumo

comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (artigo 3º n. 1 CPub)³¹. O mesmo código explana os quatro princípios pelos quais se rege a publicidade (artigo 6º CPub) e as restrições ao seu conteúdo e objeto (artigos 14º a 22º-A CPub)³². Este enquadramento normativo traduz limites ao princípio da liberdade publicitária “por forma a que a mesma [publicidade] seja correta, moral e sã, e tenha utilidade social” e os consumidores “não sejam explorados na sua boa-fé, na sua confiança e na sua credulidade”³³.

O princípio da *licitude* (artigo 7º CPub) tutela os valores, princípios e instituições fundamentais, proibindo a sua ofensa pela publicidade. Esta

A publicidade tem uma função persuasiva, de promoção do consumo

previsão legal é completada com um elenco exemplificativo de proibições, tais como a depreciação de símbolos nacionais, conteúdos discriminatórios ou o estímulo à violência, e limitações quanto ao uso de línguas estrangeiras na publicidade.

Já o princípio da *identificabilidade* (artigo 8º CPub) salvaguarda o reconhecimento, pelo seu destinatário, da natureza publicitária da mensagem, ao impor que “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”. Em concreto, a lei impõe o uso de separadores entre os espaços publicitários e a restante programação (na rádio e televisão), e proíbe a publicidade oculta ou dissimulada, considerada precisamente como aquela em que os destinatários não tomam consciência da natureza publicitária da mensagem (artigo 9º CPub).

Mais conexo com o tema em reflexão na presente exposição é o princípio da *veracidade* (artigo 10º CPub), pelo qual a “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”, e as afirmações publicitárias devem ser exatas e comprováveis. Como manifestação deste princípio, encontramos a proibição da *publicidade enganosa* (artigo 11º CPub), definida por remissão para o regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores³⁴, que adiante analisaremos.

Por último o princípio de *respeito pelos direitos do consumidor* (artigo 12º CPub) é definido genericamente³⁵, destacando-se a proibição da publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor (artigo 13º CPub).

Uma nota final para a *relevância contratual* da publicidade.

Calvão da Silva introduz a questão ponderando que “a luz intensa e decisiva que, na sociedade do consumo e sociedade da comunicação, a publicidade lança sobre o contrato ou contratos concretamente firmados revela a ligação estreita, lógica e teleológica entre estes e aquela”³⁶. Michael R. Will enuncia, perante as sugestões publicitárias, os dois instrumentos ao alcance dos juristas: “um negativo, consistente em impedir que aquele que recebeu uma mensagem publicitária abusiva se encontre juridicamente vinculado; e um positivo, ou seja, conseguir que quem emitiu essa mensagem, ou que quem com ela lucra, fique juridicamente obrigado”³⁷.

A lei portuguesa é generosa nesta matéria, ao estipular, no artigo 7º n. 5 LDC, que “as informações *concretas e objectivas* contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se *integradas no conteúdo dos contratos* que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”.

Porém, como noutras realidades do nosso ordenamento jurídico, a previsão normativa não é acompanhada da sua efetivação, e assistimos – qual David e Golias, mas com desfecho diferente – a um combate entre os consumidores e os “gigantes” da indústria anunciante e publicitária, sob o olhar condescendente da sociedade perante a linguagem publicitária. A “funda da vitória” terá de ser uma criteriosa educação para o consumo e um rigoroso cumprimento da lei, para não mais se “debilitar a posição de um consumidor tão unguído de direitos formais quanto desprovido de garantias efectivas”³⁸.

4. A publicidade como prática comercial (des)leal

O regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores (LPCD)^{39, 40} considera prática comercial “qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor” (artigo 3º *d*) LPCD).

Os critérios para aferir casuisticamente a (des)lealdade de tais práticas são, por um lado, a conformidade da *diligência profissional* e, por outro lado, a determinação de tal prática no *comportamento do consumidor*, nomeadamente se nele provocar uma distorção substancial (artigo 5º n.

1 LPCD), em especial se os consumidores forem vulneráveis (artigo 6º *a*) LPCD).

A decisão negocial do consumidor exige *conhecimento e liberdade*, pelo que serão desleais as práticas comerciais que distorçam estes predicados. As práticas *enganosas* podem sê-lo por ação, quando contêm informações falsas *ou* susceptíveis de induzir em erro o consumidor relativamente a um ou mais elementos da sua decisão (artigo 7º LPCD), ou por omissão, quando faltam ou sejam ambíguos requisitos de informação substanciais (artigos 9º e 10º LPCD). Quando a liberdade do consumidor seja significativamente limitada por assédio, coação ou influência indevida, podemos estar perante

A decisão negocial do consumidor exige conhecimento e liberdade, pelo que serão desleais as práticas comerciais que distorçam estes predicados

uma prática comercial *agressiva* (artigo 11º LPCD).

O legislador português transpôs igualmente as “listas negras” da Directiva comunitária, ou seja, práticas consideradas desleais em qualquer circunstância, dispensando o preenchimento da cláusula geral de proibição (artigos 8º e 12º LPCD). Neste rol incluem-se diversas hipóteses de *publicidade enganosa*⁴¹, tais como a “publicidade-isco” (propor a aquisição de um bem ou serviço a preço inferior a da concorrência sabendo que não tem existências suficientes para a procura previsível face ao volume e meios de publicidade realizada), “isco-e-troca” (quando a intenção é promover um bem ou serviço diferente), falsas ofertas limitadas (assim publicitadas para obter uma decisão imediata), publicitar produtos que não podem ser legalmente vendidos, publirreportagens não identificadas como tal, apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor já previstos na lei, falsas alegações quanto a capacidade terapêuticas (nomeadamente na publicitação de produtos e serviços “milagrosos”), impressões falsas relativamente a prémios ou ofertas gratuitas.

Impõe-se três considerações, correspondentes a outras tantas preocupações para os consumidores europeus e nacionais.

O mote do regime jurídico supradescrito é garantir práticas comerciais leais para “assegurar a confiança dos *consumidores* no mercado, garantir a *concorrência* e promover o desenvolvimento de transações comerciais transfronteiriças”. *Consumidores e concorrentes* partilham o protagonismo

nas preocupações comunitárias nesta matéria, o que nos inquieta por a proteção dos consumidores relevar não como um fim em si, mas enquanto meio de garantir o funcionamento do mercado interno. E não nos sossega a tónica na “confiança” do consumidor, já que, como faz notar Luís Silveira Rodrigues, *proteção* do consumidor e *confiança* do consumidor são distintas noções⁴².

Para além desta dualidade de objetivos, a Directiva comunitária da qual deriva o diploma nacional assume-se como de *harmonização máxima* ou plena, uma mudança do paradigma legislativo dominante até então (de harmonização mínima, o que permitia aos Estados-membros garantirem aos seus cidadãos níveis de proteção mais elevados). Perante as “diferenças de instrução, cultura, desenvolvimento económico e mesmo jurídico existente entre os vários Estados-membros”⁴³, são evidentes os perigos desta nivelção, sobretudo nos países com legislação mais protetora e consolidada.

Por último, o carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o *consumidor médio* (artigo 5º n. 2 LPDC), que a União Europeia ficciona como “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”⁴⁴.

Em abstrato, um consumidor revestido do “poder” da informação estaria apto a contratar no mercado interno, capaz de avaliar as práticas comerciais que lhe fossem dirigidas. Em concreto, esta “capacitação” dos consumidores está longe de ser alcançada numa sociedade idiossincrática e caracterizada pela constante complexificação técnica e excesso de informação, até porque “muitas vezes a credulidade e a falta de perspicácia estão relacionadas com consumidores com menor grau de instrução e menor acesso à informação e que, como tal, devem ser objeto de uma maior proteção”⁴⁵.

Na voz de Pegado Liz⁴⁶, “da ‘proteção’ passou-se primeiro à ideia de ‘promoção’, depois à de ‘participação’ e, recentemente à de ‘empowerment’, herdada de uma velha tradição liberal americana”, até que “de um *direito a ser informado*, o consumidor passou a ser *obrigado a informar-se*”...

Palavra final

Dizia Rousseau que “*para encontrar as melhores regras de sociedade que convêm às nações (...) seriam necessários deuses para darem leis aos homens*”.

Sem esperarmos essa descida dos céus, já nos bastaria que as leis que temos fossem cumpridas e aplicadas, que os agentes de mercado providenciassem aos consumidores não necessariamente mais, mas sobretudo *melhor* informação, no reflexo de práticas comerciais leais e responsáveis, e que os poderes do Estado assumissem a política de defesa dos consumidores como prioritária na construção de uma sociedade mais equitativa e fraterna, valores essenciais nos tempos conturbados de hoje.

O direito do consumo tem o potencial de ser “um direito ao serviço da gestão de mudanças sociais”⁴⁷. Haja vontade e ousadia para lhe permitir cumprir tal vocação.

Notas

¹ Atualmente assinalado como Dia Mundial dos Direitos dos Consumidores.

² A propósito da tutela constitucional dos direitos do consumidor, cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* e António Pinto Monteiro, *Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa*.

³ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 22-25.

⁴ Cf. António Pinto Monteiro, *Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa*, p. 297.

⁵ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 142.

⁶ José Carlos Vieira de Andrade (*Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 148) caracteriza estes direitos como “fins políticos de realização gradual” ou “direitos «sob reserva do possível»”.

⁷ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 153.

⁸ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 159-161.

⁹ Lei 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei 67/2003, de 08 de abril.

¹⁰ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 35-37.

¹¹ Realça-se ainda a essencialidade da informação nos âmbitos do *Comércio Eletrónico* (cf. Miguel Pupo Correia, *Conformação de contratos pela publicidade na internet* e Adelaide Menezes Leitão, *Publicidade na rede*), *Contratos turísticos* (cf. a recente obra de Rafael Augusto de Moura Paiva, *Direito, turismo e consumo*, em especial, p. 210-225 e 231-233), *Produtos financeiros* (cf.

Cláudia Madaleno, *Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros*), *Serviços públicos essenciais, crédito ao consumidor, proteção de dados pessoais*, entre outros.

¹² Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Decretos-Lei 220/95 de 31 de Agosto (conforme Declaração de Retificação n. 114-B/95, de 31 de Agosto), 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro.

¹³ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 42-43. O autor salienta ainda que “conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir (...). O consumidor em particular pode ter conhecido e não compreendido, ou ter conhecido e compreendido. Essa situação concreta é irrelevante. O que interessa é ter podido conhecer e podido compreender (...)”.

¹⁴ Decreto-Lei 67/2003, alterado pelo DL 84/2008, de 21 de Maio.

¹⁵ Cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do consumo*, p. 136.

¹⁶ Decreto-Lei 143/2001, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março e pelo Decreto-Lei 82/2008, de 20 de Maio. O mesmo diploma regula os contratos ao domicílio (e equiparados), as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas.

¹⁷ Cf. o valioso contributo de Fernanda Neves Rebelo (O direito à informação do consumidor na contratação à distância, In *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*, p. 103-153).

¹⁸ Cf. António Pinto Monteiro, nas conclusões do congresso “Comunicação e Defesa do Consumidor”, organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Universidade de Coimbra em 1993 (*Comunicação e defesa do consumidor: actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, de 25 a 27 de novembro de 1993, p. 492).

¹⁹ Cf. Cunha Rodrigues, *As novas fronteiras dos problemas de consumo*, p. 48.

²⁰ Cf. José Macário Correia, *Um novo desafio: a defesa dos consumidores*, p. 134.

²¹ Cf. João Calvão da Silva, *A publicidade na formação do contrato*, p. 689.

²² Cf. Mário Paulo Tenreiro, *O regime comunitário da publicidade enganosa*, p. 227.

²³ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 38.

²⁴ A par dos direitos das associações de consumidores. A CRP estabelece-as no artigo 60º n. 2 (“A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”) e n. 3 (“As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos”). Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 156-157.

²⁵ Cf. João Calvão da Silva, *A publicidade na formação do contrato*, p. 697.

²⁶ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, *A informação como direito fundamental do consumidor*, p. 25.

²⁷ Cf. Jorge Pegado Liz, *Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação*, p. 353, conclusão j).

²⁸ Cf. M. Nogueira Serens, *A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou proteção (de alguns) dos concorrentes?* p. 242.

²⁹ Cf. Carlos Ferreira de Almeida (*Direito do consumo*, p. 141), que referencia, a propósito, outro autor, Lehmann.

³⁰ Decreto-Lei 330/90, de 23 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis 74/93, de 10 de Março, 6/95, de 17 de Janeiro, 61/97, de 25 de Março, 275/98, de 9 de Setembro, 51/01, de 15 de Fevereiro, 332/2001, de 24 de Dezembro, 81/02, de 4 de Abril, e 224/04, de 4 de Dezembro, e pelas Leis 31-A/98, de 14 de Julho, 32/03, de 22 de Agosto, e 37/07, de 14 de Agosto, pelo Decreto-Lei 57/08, de 26 de Março, e pela Lei 8/2011, de 11 de Abril.

³¹ Neste conceito inclui-se qualquer forma de comunicação da Administração Pública que tenha por objetivo promover o fornecimento de bens ou serviços (n. 2) e exclui-se a propaganda política (n. 3).

³² O CPub prevê restrições relativas a menores, publicidade testemunhal, publicidade comparativa, bebidas alcoólicas, tratamentos e medicamentos, publicidade em estabelecimentos de ensino ou destinadas a menores, jogos de fortuna ou azar, cursos e veículos automóveis. Outras restrições constam de legislação avulsa (v.g. tabaco).

³³ Ambas expressões de João Calvão da Silva (*A publicidade na formação do contrato*, p. 690).

³⁴ Até à entrada em vigor do respectivo diploma, em 2008, a própria norma elencava quais os elementos a ter em conta para determinar o carácter enganador da publicidade – cf. anterior redacção do artigo 11º n. 2 CPub: “Para se determinar se uma mensagem é enganosa devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito: a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, modo e data de fabrico ou de prestação, sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial, resultados que podem ser esperados da utilização ou ainda resultados e características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como as condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às características e aos direitos do anunciante, tais como a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias.”

³⁵ Devendo considerar-se a remissão para a LDC, concretamente os direitos à qualidade dos bens e serviços, à proteção da saúde e da segurança física, à formação e à educação para o consumo, à informação para o consumo, à proteção dos interesses económicos, à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta

e à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

³⁶ Cf. João Calvão da Silva, *A publicidade na formação do contrato*, p. 699, *in fine*.

³⁷ Cf. Michael R. Will, *A mensagem publicitária na formação do contrato*, p. 261.

³⁸ Cf. Cunha Rodrigues (*As novas fronteiras dos problemas de consumo*, p. 58), numa análise às transformações económicas e suas consequências na posição do consumidor.

³⁹ Decreto-Lei 57/08, de 26 de Março, que transpôs a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Maio de 2005.

⁴⁰ Cf. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*.

⁴¹ Maria Miguel Morais de Carvalho (*O conceito de publicidade enganosa*, p. 700-706) distingue a publicidade enganosa de outras figuras, tais como as afirmações triviais, a publicidade de exclusividade ou superlativa, o exagero publicitário e a publicidade oculta.

⁴² Cf. Luís Silveira Rodrigues, “Tendências recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia”, p. 311-312. Conclui o autor que parece “que a preocupação das autoridades comunitárias se centra mais em ganhar a confiança do consumidor, dado que esta é essencial para que o mercado interno funcione, do que assegurar um elevado nível de proteção do consumidor como exige o art. 153º do Tratado que institui a União Europeia”.

⁴³ Cf. Luis Silveira Rodrigues, “Tendências recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia”, p. 314.

⁴⁴ Cf. Cláudia Madaleno, *Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros*, p. 75-79.

⁴⁵ Cf. Luis Silveira Rodrigues, “Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia”, p. 315.

⁴⁶ Cf. Jorge Pegado Liz, *Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação*, p. 340-342.

⁴⁷ Cf. Cunha Rodrigues (*As novas fronteiras dos problemas de consumo*, p. 50).

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2548-9.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISSN 1646-0375, n. 5 (2003), p. 139-61.

CARVALHO, Maria Miguel Morais de. *O conceito de publicidade enganosa*. In FDUC – Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos professores doutores A. Ferrer

Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8, p. 675-706.

CORREIA, José Macário. *Um novo desafio: a defesa dos consumidores*. Lisboa: Secretaria de Estado do Ambiente e Defesa do Consumidor, 1990. ISBN 972-601-054-3.

CORREIA, Miguel Pupo. Conformação de contratos pela publicidade na internet. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra. ISBN 978-972-32-1710-0. Volume VIII (2009), p. 189-209.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade na rede. *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra. ISBN 978-972-32-1710-0. Volume VIII (2009), p. 263-279.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) – *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0, p. 369-86.

LIZ, Jorge Pegado. *Algumas reflexões a propósito do direito dos consumidores à informação*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) – *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0, p. 335-353.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-2-4, n. 3 (2001), p. 23-45.

MADALENO, Cláudia. *Informação e publicidade. Em especial, a publicidade de produtos financeiros*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) – *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0, p. 61-101.

MONTEIRO, António Pinto. *Breve nótula sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa*. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3246-7, p. 293-304.

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. *Direito, turismo e consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. ISBN 978-857147-832-9.

REBELO, Fernanda Neves. *O direito à informação do consumidor na contratação à distância*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) – *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0, p. 61-101.

RODRIGUES, Cunha. As novas fronteiras dos problemas de consumo. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISBN 972-98463-0-8, n. 1 (1999), p. 45-67.

RODRIGUES, Luís Silveira. “Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia”. *Estudos do Direito do Consumidor*. Coimbra. ISSN 1646-0375, n. 5 (2003), p. 311-19.

SERENS, M. Nogueira. A proibição da publicidade enganosa: defesa dos consumidores ou protecção (de alguns) dos concorrentes? In *Comunicação e defesa do consumidor: actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da*

Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de novembro de 1993. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996, p. 229-56.

SILVA, João Calvão da. A publicidade na formação do contrato. In *FDUL – Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1371-0, p. 687-711.

TENREIRO, Mário Paulo. *O regime comunitário da publicidade enganosa*. In *Comunicação e defesa do consumidor: actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993*. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996, p. 199-228.

WILL, Michael R. A mensagem publicitária na formação do contrato. In *Comunicação e defesa do consumidor: actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993*. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996, p. 259-81.

SEGURANÇA ALIMENTAR, BIOTECNOLOGIA E POLÍTICA AGRÁRIA*

(FOOD SAFETY/FOOD SECURITY,
BIOTECHNOLOGY AND AGRARIAN
POLICY)

ROBERTO GRASSI NETO

Livre-docente, doutor e mestre em Direito pela Universidade de
São Paulo (USP)

Professor do Departamento de Direito Civil da UniFMU

Diretor do Instituto Brasil Ambiental e Agrário – Ibraa

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Diretor do Instituto Brasileiro de Política de Direito do Consumidor
(Brasilcon)

RESUMO

Procura-se abordar no presente artigo a correlação existente entre a contribuição da biotecnologia no desenvolvimento de sementes, tanto convencionais como transgênicas, e a segurança alimentar na realidade da produção agrária e da proteção ao consumidor, seja sob o aspecto de autossuficiência do país, seja no que se refere àquele quantitativo, seja ainda quanto à qualidade dos alimentos.

ABSTRACT

The purpose of the present article is to analyze the contribution of biotechnology to the development of seeds both conventional and transgenic, and the issue of food security and food safety in the context of agrarian production and consumer's protection, which concerns the country's food self-sufficiency, availability, and also quality.

1. Introdução: Segurança alimentar, entre quantidade, qualidade e autossuficiência

A produção de alimentos sempre desempenhou função vital no seio das sociedades, que, por sua vez, se mantiveram constantemente preocupadas tanto em garantir a autossuficiência de seus respectivos países no abastecimento do mercado interno, como em assegurar que a oferta de produtos alimentares ao consumidor ocorra de modo suficiente, envolvendo itens sãos e desprovidos de perigo à saúde daquele que vá ingeri-los.

A partir do século XIX, a questão alimentar ganhou nova perspectiva, com o aperfeiçoamento dos métodos de preservação, que haviam se mantido praticamente inalterados ao longo dos séculos. Nesse contexto, ganha particular destaque o desenvolvimento da industrialização das conservas e do congelamento.

A origem recente dos atuais movimentos contra a fome em nível mundial remonta, contudo, à aproximação do desfecho da segunda guerra mundial, quando os governantes passaram a reconhecer a inutilidade em produzir-se maior quantidade de alimentos, se os homens e as nações não estabelecessem mercados capazes de absorvê-los.

O impacto da constatação de que fome e má nutrição encontram na pobreza sua causa principal repercutiu de tal modo na noção contemporânea de segurança alimentar que esta acabou por centrar-se inicialmente na preocupação mundial com o volume e a estabilidade dos suprimentos alimentícios destinados a satisfazer as exigências de cada indivíduo.

Em meados da década de 1990, porém, referida ideia de segurança alimentar recebeu nova dimensão, deixando de corresponder ao mero atendimento de necessidade simplesmente individual para transformar-se em um conjunto de ações de interesse global, destinadas a contribuir para que as pessoas tenham uma vida ativa e saudável.

Procurando abranger todas as dimensões acima relatadas, acreditamos que a “segurança alimentar e nutricional” possa ser enunciada como sendo a situação na qual todas as pessoas, regular e permanente, dispõem de acesso físico, social e econômico a víveres suficientes para o atendimento de suas necessidades básicas que, além de terem sido produzidos de modo sustentável e mediante respeito às restrições dietéticas especiais ou às características culturais de cada povo, apresentem-se saudáveis, nutritivos, e isentos de riscos, assim se preservando até sua ingestão pelo consumidor¹.

Ao abordar-se o tema da “segurança alimentar”, uma das questões suscitadas de imediato no intérprete concerne ao próprio alcance da expressão empregada.

Nos idiomas neolatinos mais conhecidos, a palavra “segurança” (português), “*sicurezza*” (italiano), “*sécurité*” (francês), “*seguridad*” (espanhol), “*securitate*” (romeno), corresponde tanto à ação ou efeito de garantir-se a satisfação de determinadas necessidades, como ao estado, qualidade ou condição de estar-se livre de perigos e de incertezas.

Em todos os idiomas mencionados, uma mesma expressão – respectivamente “*segurança alimentar*”, “*sicurezza alimentare*”, “*sécurité alimentaire*”, “*seguridad alimentaria*” e “*securitatea alimentară*” – é empregada para exprimir tanto a ideia de soberania na produção de alimentos, como a de acesso aos produtos alimentares pela população, ou ainda aquela da inocuidade em sua produção para o meio ambiente ou em sua ingestão pelo consumidor.

Observe-se, todavia, que as discussões são aparentemente circunscritas apenas às línguas neolatinas, uma vez que nos idiomas germânicos ocidentais, como o inglês e o alemão, por exemplo, são empregadas expressões distintas para cada significado, de modo a afastar possível confusão a respeito: *food security* (inglês) e *Ernährungssicherheit* (alemão), para as acepções concernentes à soberania na produção e à garantia de acesso aos alimentos; *food safety* (inglês) e *Lebensmittelsicherheit* (alemão), para expressar a noção de sanidade do produto.

2. Material e métodos

O presente estudo analisa a legislação, doutrina e jurisprudência existentes que sejam relacionadas com o tema da segurança alimentar, de modo a apresentar propostas de modificações legislativas.

3. Resultados: Estruturas administrativas regulatórias da segurança alimentar no âmbito global e no Brasil

É possível distinguir, atualmente, estruturas administrativas regulatórias da “segurança alimentar”, tanto no contexto global como nos âmbitos regional e nacional. Naquele destacam-se a Organização das Nações Unidas

para Agricultura e Alimentação (FAO), entidade centrada em políticas internacionais de combate à fome e na organização do *Codex Alimentarius*, e a Organização Mundial do Comércio (OMC), voltada a assegurar o livre comércio mundial.

Em âmbitos regionais, são referências a *Food and Drugs Administration* (FDA)² e a Autoridade Europeia para Segurança de Alimentos (Aesa)³.

No Brasil, o modelo de regulação da segurança alimentar vem, por sua vez, disciplinado de modo tanto disperso, pelo Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan)⁴, pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) e pela ação do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) e da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio).

4. Resultados: Princípios incidentes na segurança alimentar

Erigido à categoria de direito fundamental a partir de 2006, o acesso à alimentação adequada vem assegurado no Brasil por princípios de ordem tanto constitucional como legal.

Dentre os primeiros, destacamos o princípio de tutela aos direitos extrapatrimoniais do consumidor, tais como a vida, a saúde, a segurança, o acesso à alimentação adequada e a educação para o consumo. Complementam o rol dos princípios constitucionais incidentes sobre a questão aqueles que orientam a livre concorrência e a proteção ao consumidor, além daqueles concernentes à proteção ao meio ambiente e à função social da propriedade.

Têm natureza legal, por sua vez, os princípios da precaução, da transparência, da rastreabilidade, da responsabilidade objetiva dos fornecedores de gêneros alimentícios e da solidariedade legal na responsabilidade dos fornecedores de gêneros alimentícios.

A eterna busca da efetiva sanidade dos alimentos ganhou, ainda, ferramenta de vital importância com o surgimento de procedimentos administrativos padronizados de controle, dentre os quais se destaca a análise e gestão de riscos pelo sistema HACCP (*Hazard Analysis Critical Control Point*), proposto no *Codex Alimentarius* da FAO (CAC/RCP 1-1969, com a redação revista em 04-2003) e adotado tanto pela UE (introduzido pela Diretiva 93/43/CEE e atualmente previsto nos Regulamentos 852, 853 e 854, de 2004) e EUA (Título 21 do *Code of Federal Regulations*), como pelo Brasil (Portaria 1.428/93, do Ministério da Saúde).

Spaziani e Cipriani⁵ ressaltam que o conceito-base do sistema pressupõe a existência, em cada processo produtivo, de “alguns pontos ‘críticos’ nos quais é possível, mediante uma ação adequada de controle, evitar ou reduzir a nível aceitável um perigo para a segurança do produto final”. O monitoramento da atividade desenvolvida em aludidos pontos críticos do processo permite, por sua vez, que seja assegurado o controle de qualidade do produto final. Para esse fim, a acepção que deve ser emprestada à palavra “controle” corresponde à execução de operação destinada a “prevenir, eliminar ou reduzir o perigo”.

5. Resultados: Biotecnologia e segurança alimentar

No que concerne ao emprego de novas tecnologias visando ao aumento da produção de alimentos, especialmente no âmbito da agricultura, o tema tem ensejado acalorados debates marcados pela polarização de posições, em especial quanto à conveniência ou não do emprego de técnicas envolvendo transgenia no setor alimentar, conquanto o uso de biotecnologia tenha um alcance muito maior.

De um lado, parcela expressiva dos produtores e companhias transnacionais de tecnologia agrícola, tais como a Monsanto, a DuPont e a Syngenta, sustentam que a criação de cultivares⁶ a partir do emprego de sementes geneticamente modificadas seria verdadeira panaceia segura contra pragas das lavouras, capaz de assegurar tanto o abastecimento do crescente mercado consumidor, como de alçar o país à posição de potência exportadora de *commodities* agrícolas.

No extremo oposto, ambientalistas e entidades de consumidores asseveram que o cultivo de variedades de plantas produzidas mediante emprego de técnicas de ingerência humana em sua estrutura congênita básica seria solução inconsequente, que expõe tanto o consumidor como o meio ambiente a riscos desnecessários.

Com a manipulação genética verificou-se fato que Germanò denominou, com invulgar precisão, “salto da natureza”, algo que nunca teria se verificado naturalmente, mas que ocorreu em razão de o homem ter “inventado” o *modus procedendi*.

As empresas produtoras de sementes afirmam que, ao cultivar o solo com produto geneticamente modificado, o produtor reduziria ou eliminaria o uso de agrotóxicos e, assim mesmo, obteria notório aumento da produção

agrícola. Para tornar isso possível, as sementes sofreriam manipulação gênica, consoante um dos critérios existentes.

A primeira técnica interventiva é denominada *Roundup Ready*[™] (RR). Adotado em aproximadamente 75% da produção mundial de organismos geneticamente modificados (OGMs), o método permite a substituição de toda uma gama de pesticidas por um único defensivo agrícola, o glifosato, cuja grande vantagem sobre os demais, de acordo com as empresas detentoras de tecnologia, consistiria no fato de ser hidrossolúvel e, portanto, menos prejudicial ao meio ambiente e ao ser humano. A segunda modalidade operacional é denominada “Bt”, a qual propõe obter a redução do uso de agrotóxicos na produção de alimentos mediante transgenia, consistente na introdução dos genes de uma bactéria do solo nos embriões, de modo a permitir o surgimento de “plantas inseticidas”. Os restantes 8% dos organismos geneticamente modificados empregam a combinação dos dois sistemas, como a nova semente “*Intacta RR2 Pro*”[™].

6. Resultados: Problemas decorrentes do uso da biotecnologia no setor alimentar

Os alegados benefícios do emprego da biotecnologia transgênica têm sido amplamente contestados não apenas por associações de proteção ao consumidor e ambientalistas, como também por parcela expressiva dos próprios produtores agrícolas.

No âmbito do consumo alimentar há a preocupação de que os genes de bactérias introduzidos nos transgênicos possam ser prejudiciais à saúde humana. Estudos procedidos em camundongos alimentados com batatas transgênicas, às quais foi acrescentado o gene do *bacillus thuringiensis*, apontaram a possibilidade de dano às células intestinais de mamíferos⁸.

Alguns resultados de estudos laboratoriais mais recentes são particularmente preocupantes. Em 2005, o professor Seralini, da Universidade de Caen (França), elaborou pesquisa sobre os efeitos negativos do milho transgênico do tipo MON 863⁹. Em 2009, nova pesquisa foi divulgada por sua equipe, na qual foram comparados os efeitos em ratos após a ingestão de três tipos diferentes de milho geneticamente modificados (NK 603, MON 810, MON 863¹⁰) dos quais dois, o NK603 e o MON 810, estão inclusive liberados para plantio em solo brasileiro.

A análise teria revelado claramente manifestações colaterais relacionadas com o consumo das três espécies de milho geneticamente modificadas, que oscilavam consoante o sexo e a dose. Os efeitos relacionam-se principalmente aos rins e ao fígado, órgãos de desintoxicação, embora com resultados diversos entre os três OGMs. Outros efeitos foram também notados no coração, nas glândulas suprarrenais, no baço e no sistema hematopoiético. Tais dados seriam indicativos de sinais de toxicidade hepática e renal, possivelmente em razão dos novos pesticidas empregados especificamente em cada espécie de milho. Além disso, não podem ser excluídas consequências metabólicas involuntárias, diretas ou indiretas, da modificação genética.

Outra tecnologia controvertida consiste na utilização de genes resistentes a antibióticos em transferências genéticas. Teme-se a possibilidade de que bactérias normalmente existentes no organismo humano adquiram esse DNA e acabem por tornarem-se elas próprias resistentes aos antibióticos¹¹.

Do ponto de vista dos consumidores, as preocupações quanto aos riscos sanitários são fundadas, havendo a certeza de que, se os produtos geneticamente modificados não forem adequadamente controlados, episódios dramáticos envolvendo intoxicação, alergias e outros problemas poderão ocorrer.

Do ponto de vista ambiental, tem-se associado a necessidade de maior uso de herbicida ao surgimento de ervas daninhas tolerantes ao glifosato, fenômeno presente nos cultivos convencionais de soja e potencializado nas lavouras transgênicas. De igual modo, preocupa o fato de ter-se constatado a inveracidade das afirmações das empresas de tecnologia no sentido de que o glifosato seria biodegradável.

Não se pode ignorar, além disso, a possibilidade de ocorrência do chamado *fluxo gênico*, fenômeno pelo qual genes introduzidos em plantas geneticamente modificadas migram para plantações convencionais, contaminando os organismos pela alteração de sua herança genética.

Sob a perspectiva dos agricultores que empregam sementes transgênicas, a maior crítica está no fato de ficarem à mercê de empresas detentoras da tecnologia empregada, como Monsanto e Syngenta, que infligem aos produtores contratos com cláusulas evidentemente abusivas.

Durante os primeiros anos de comercialização da soja *Roundup Ready*TM (RR) nos EUA, a Monsanto chegou inclusive a impor aos produtores que assinassem contrato pelo qual se comprometiam a não guardar sementes de um ano para outro. Mencionado contrato previa igualmente a imposição de limite de produção por hectare, de acordo com o cultivo e a região do produtor.

A partir do ano 2000, apesar de ter sido mantida a proibição quanto à venda, à guarda ou ao plantio das sementes colhidas no ano anterior, a transnacional substituiu a vinculação contratual por um sistema de pagamento de *royalties* diretamente na compra do produto pelo agricultor, que acaba tendo que comprar sementes novas para cada safra para não infringir a lei.

É certo que, no Brasil, a Lei 9.456/97 (Lei de Cultivares) assegurou ao produtor, em seu art. 10¹², o denominado *farmer's privilege*, já previsto na Convenção UPOV (*Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales*), celebrada em Paris em 1961, e que corresponde ao “direito outorgado aos empresários agrários de reproduzir sementes e guardá-las de um ano para outro”¹³. A questão está, todavia, longe de ser reputada pacífica, uma vez entenderem as empresas transnacionais que a Lei de Propriedade Industrial lhes asseguraria a cobrança de *royalties* pelo uso da tecnologia.

A matéria tem dado margem a diversos questionamentos judiciais, tanto no Brasil como no exterior.

Em dezembro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro iniciou o julgamento de ação coletiva (REsp 1243386/2011-RS) contra a cobrança de *royalties* pela utilização da semente transgênica de soja *Round-up Ready*. O processo, cujo resultado ainda está pendente, foi proposto por sindicatos rurais do Estado do Rio Grande do Sul, segundo os quais a questão do pagamento de *royalties* deve ser analisada não segundo a denominada “Lei de Patentes”, mas consoante a ótica da já mencionada “Lei de Cultivares”.

Iniciativas como essa, nas quais se desafia o poder econômico, frequentemente são, de antemão, consideradas por muitos como causa perdida em face da desigualdade das forças envolvidas. Por vezes algumas delas chegaram a ser decididas, não obstante, em desfavor das empresas detentoras do direito de patente.

Para os agricultores, a polêmica envolvendo a produção de OGMs não se limita, contudo, à questão do pagamento dos *royalties*, uma vez que o emprego da biotecnologia invariavelmente acarreta consequências indesejadas aos produtores que empregam sementes convencionais.

A existência de
lavoura transgênica
na mesma região
certamente deixa
o agricultor que
emprega sementes
convencionais
sujeito à
contaminação
involuntária de seu
produto

A existência de lavoura transgênica na mesma região certamente deixa o agricultor que emprega sementes convencionais sujeito à contaminação involuntária de seu produto, que pode ocorrer tanto pelo fenômeno da polinização cruzada, como por descuido ocorrido no manuseio das máquinas de cultivar, plantar e colher, nos caminhões empregados no transporte ou nos silos de armazenamento. A possibilidade de erro nos testes de transgenia eleva ainda mais o risco do produtor de lavouras convencionais ver-se indevidamente compelido a arcar com o pagamento de *royalties* às empresas detentoras das patentes da tecnologia.

Além disso, na hipótese de contaminação, o agricultor fica impossibilitado de vender sua produção convencional para as cooperativas,

que pagam preços melhores pelo produto não transgênico.

Os principais
importadores
europeus e asiáticos
de soja pagam
prêmios pela soja
convencional

Caberia ao legislador adotar visão mais cautelosa na fixação das zonas de amortização, mantendo-as para todas as culturas dentro de padrões mais conservadores (10 km, estabelecidos pela Resolução 13 do Conama).

Ademais, cumpriria estabelecer por lei que os custos adicionais decorrentes da adoção de procedimentos destinados a evitar a contaminação fossem arcados não mais pelo cultivador convencional, mas sim pelo produtor da safra geneticamente modificada ou mesmo pelas empresas fornecedoras de sementes transgênicas, que, em última análise, são quem tem interesse em apurar se o produtor está violando ou não seu direito de patente. Impor ao cultivador que emprega sementes convencionais que assuma, por exemplo, os gastos extras com a limpeza do maquinário ou com a existência de silos distintos para sementes transgênicas e não transgênicas poderá encarecer o produto não transgênico de tal sorte a inviabilizar a comercialização de sua safra.

Foi precisamente em meio à preocupante conjuntura acima descrita que passou a ganhar força a noção de “precaução”, erigida a princípio jurídico objeto de inúmeros estudos, seja no âmbito da preservação do meio ambiente, seja naquele da proteção ao consumidor, mediante abordagens cada vez mais verticalizadas.

7. Resultados: Biotecnologia e sementes não geneticamente modificadas

O emprego da biotecnologia na produção de alimento não se restringe à produção de sementes transgênicas.

No Brasil, ilustra tal situação a semente híbrida do milho, obtida mediante simples cruzamento de linhagens diferentes do vegetal, que apresenta produtividade elevada, comparável e às vezes até mesmo superior àquela obtida a partir de sementes transgênicas¹⁴.

Outro exemplo de sucesso, o “Programa Soja Livre” tem obtido resultados animadores, indicando inclusive maior volume de produção de soja híbrida convencional diante da transgênica e a custos inferiores¹⁵. Cuida-se de iniciativa conjunta da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), da Associação dos Produtores de Soja e Milho do Mato Grosso (Aprosoja) e da Associação Brasileira dos Produtores de Grãos Não Geneticamente Modificados (Abrange), cujo objetivo consiste em ampliar a oferta de soja convencional de alto desempenho, atualmente com uma gama de 17 opções diferentes, de tal sorte a, assegurando boas condições de sanidade, agregar maior valor à produção convencional¹⁶.

Não se pode ignorar, ainda, que os principais importadores europeus e asiáticos de soja pagam prêmios pela soja convencional, se for possível assegurar que não se cuida de produto transgênico.

8. Conclusão: Propostas de renovação legislativa¹⁷

No Brasil, os avanços obtidos na esfera da segurança alimentar foram inegáveis, reconhecendo-se particular esforço das autoridades governamentais no combate à fome, de modo a assegurar à população acesso efetivo aos alimentos, com especial destaque para o “Programa Fome Zero”. As situações de desrespeito à proteção tanto do consumidor como do meio ambiente, não obstante, continuam a se multiplicar, o que permite concluir que a matéria carece, ainda, de disciplina mais adequada, conforme as propostas abaixo delineadas:

1) Um primeiro ponto a ser considerado corresponde à necessidade urgente de *regulamentação efetiva da legislação que determina a formação de estoques reguladores de alimentos básicos* (Lei 8.171/91), de tal sorte a serem estes suficientes *para assegurar não apenas o recebimento de preços mínimos pelos*

produtores (na hipótese em que haja excedente de produção), *como o efetivo abastecimento do mercado, tanto interno quanto externo* (nas situações em que tenha ocorrido quebra da safra).

Observe-se que nada existe de concreto regulamentando a matéria, sendo que o texto da legislação projetada (PL 1.384/11) não lhe dispensa a abrangência necessária, uma vez focar-se apenas nos dois primeiros objetivos acima mencionados, ou seja, manter (art. 4º) “a estabilidade dos preços e a regularidade do abastecimento, considerando as sazonalidades de mercado; e a garantia de renda dos agricultores em casos específicos de sobreoferta interna” dos seguintes produtos: arroz, feijão, farinha de mandioca, milho, trigo, óleo de soja, carne bovina, leite em pó e manteiga.

Com efeito, a ampliação dos estoques reguladores governamentais é necessária não apenas para assegurar preços mínimos e o abastecimento local, como tem particular relevância não apenas do ponto de vista de nosso comércio internacional, como salvaguarda contra o agravamento da crescente crise alimentar mundial. As nefastas consequências das decisões dos governos da Rússia e da Ucrânia, restringindo a exportação de cereais entre agosto de 2010 e julho de 2011 para assegurar o abastecimento dos respectivos mercados internos, foram um prenúncio do desabastecimento mundial que poderá vir a ocorrer no futuro. Assim sendo, embora a iniciativa do projeto legislativo seja digna de elogios, parece-nos apresentar proposta de amplitude insuficiente, uma vez que prevê (art. 6º, § 2º) tornar-se-á obrigatória a manutenção de estoques estratégicos equivalentes a apenas quatro meses de consumo de trigo e três meses de consumo de arroz, feijão, farinha de mandioca, milho, trigo, óleo de soja, carne bovina, leite em pó e manteiga.

2) Uma segunda ponderação certamente merece ser realizada: a elaboração de políticas realmente eficientes em assegurar o direito à alimentação adequada depende da adoção de enfoque conjunto, harmônico, coeso e abrangente por parte dos órgãos governamentais, de modo a serem evitadas soluções conflitantes para as questões que surjam na matéria.

Propomos, assim, *alteração legislativa* visando à *criação da Agência Nacional de Segurança Alimentar*, que passaria a *integrar o Sistema Nacional de Segurança Alimentar como órgão regulador independente, encarregado de estabelecer políticas e de prover ou promover serviços de natureza social no âmbito da segurança alimentar como um todo, de modo a garantir que o acesso de todos à alimentação seja concretizado por meio da oferta suficiente de alimentos* (food security) *que, além de inócuos à saúde do consumidor, tenham sido produzidos sem a imposição de efeitos deletérios ao meio ambiente* (food safety).

A nova agência brasileira assumiria o papel de estabelecer as políticas visando assegurar a efetiva consagração da segurança alimentar em todas as suas dimensões: institucional, educacional alimentar e nutricional, de respeito à diversidade cultural na produção e no acesso ao alimento, de soberania alimentar, de proteção econômica e sanitária do consumidor, e de salvaguardar o meio ambiente para as gerações futuras¹⁸.

Buscamos, com isso, a adoção de política independente mais sólida e harmônica para o setor, que, embasada em critérios científicos reconhecidos, logre conjugar o desenvolvimento do agronegócio com a garantia de que o acesso à alimentação saudável ocorra dentro da maior transparência e sem maiores riscos à saúde do consumidor ou ao meio ambiente.

3) Outro ponto a ser considerado consiste na necessidade de que o *combate à prática de preços abusivos no setor alimentício* passe a vir conjugada com *esforços concretos no sentido de considerar-se a qualidade intrínseca dos alimentos ofertados ao consumidor, que não pode ficar suscetível a riscos desnecessários para sua saúde*. Não pode ser ignorado que a *escalada de doenças que sobrecarrega o sistema público de saúde* decorre não apenas da *fome ou de deficiências nutricionais na alimentação*, mas também da *oferta de alimentos de qualidade duvidosa ou que sejam reimosas para o consumidor*, e cujo consumo possa afetá-lo tanto em sua saúde como em seu direito a um meio ambiente equilibrado, eventualmente exposto à contaminação pela irreflexão e ausência de critérios na liberação de organismos geneticamente modificados.

4) Não se concebe, tampouco, que o regramento da produção alimentar seja procedida por legislação que estabelece critérios insatisfatórios de segurança, nos quais os poderes de fiscalização são atribuídos a entidades de duvidosa credibilidade, no mais das vezes facciosas, eis que compromissadas com agentes econômicos detentores do poder de fato.

Maria João Estorninho¹⁹ salienta que, apesar de o autocontrole no setor alimentar apresentar vantagens inúmeras, existem perigos que não podem ser desprezados decorrentes de sua adoção.

Assim, deve ser *vedado* que as *opções governamentais sejam efetuadas com lastro em pareceres elaborados por pesquisadores subvencionados pelas empresas de biotecnologia*. Não se sustenta, tampouco, que continuem sendo *ignoradas*, sem

A elaboração de políticas realmente eficientes em assegurar o direito à alimentação adequada depende da adoção de enfoque conjunto, harmônico, coeso e abrangente

qualquer justificativa, *propostas* como a elaborada em 2007 na conclusão da “III Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional”, que é órgão governamental integrante do “Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional”, no sentido de serem *proibidas a produção e a comercialização de produtos e cultivos transgênicos, em virtude de estes ameaçarem a soberania alimentar dos povos, causarem danos irreversíveis ao meio ambiente, prejudicarem a saúde e inviabilizarem a agricultura familiar.*

Ilustram tal situação de franco desrespeito ao princípio da precaução as sucessivas autorizações concedidas para a comercialização de safras de soja geneticamente modificada, sem que tenham sido realizados estudos científicos independentes atestando tratar-se de produto seguro ao consumo humano e por animais destinados ao consumo humano.

5) *Sugerimos, igualmente, alteração legislativa para que os custos adicionais, decorrentes da adoção de procedimentos destinados a evitar a contaminação da lavoura convencional, não mais sejam atribuídos a seu cultivador, recaindo, antes, sobre o produtor da safra geneticamente modificada ou mesmo sobre as empresas fornecedoras de sementes transgênicas.*

Observe-se que preservar a produção não geneticamente modificada é medida imperativa, não apenas visando salvaguardar o direito de opção do consumidor nacional em fazer uso do alimento elaborado a partir de grãos convencionais, como também, sob o ponto de vista do comércio internacional, para conservar os mercados ávidos em importar produtos não geneticamente modificados, caso da União Europeia.

6) *Ressalte-se não ser suficiente à defesa, quer do consumidor, quer do meio ambiente, a existência de previsão legal instituindo responsabilidade objetiva, integral e solidária dos produtores de organismos geneticamente modificados por danos eventualmente causados ao meio ambiente e a terceiros, inclusive quando decorrentes de contaminação por cruzamento.*

Não se tem obtido sucesso no questionamento *a priori* do pragmatismo irônico dos raciocínios dos altos escalões governamentais, segundo o qual os riscos envolvidos na produção de alimentos geneticamente modificados correspondem a um mal menor diante da crise de alimentos, devendo ser suportados em nome da segurança alimentar (*food security*), como se tal noção não estivesse intrinsecamente ligada àquela de inocuidade dos alimentos ao meio ambiente e à saúde dos consumidores (*food safety*).

Tais questionamentos não apenas podem como devem ser renovados, inclusive perante nossos tribunais, de forma a assegurar ao menos a reintegração de interesses vulnerados mediante reparação dos danos, tanto pelas empresas

de biotecnologia como por parte dos próprios entes governamentais, aos quais não há como legítima ou moralmente reconhecer-se unilateral autoconcessão de verdadeiro *bill* de indenidade para ações ou omissões lesivas eventualmente perpetradas.

A atuação do Poder Judiciário, porém, deve ir além da esfera meramente reparatória a danos eventualmente constatados. Deve-se, assim, *exigir do Poder Judiciário* que, ao proceder à efetiva interpretação da legislação consoante a Constituição, *reconheça a inaplicabilidade daqueles dispositivos que, versando direta ou indiretamente sobre a Segurança Alimentar, sejam atentatórios contra princípios basilares constitucionalmente assegurados.*

Muito ainda existe para ser feito. O advento da nova Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) não conseguiu solucionar os pontos de divergência existentes, mantendo-se acesa a polêmica com o acolhimento de representação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) pela Procuradoria-Geral da República, que propôs, em 20 de junho de 2005, ação declaratória de inconstitucionalidade, na qual se questiona a constitucionalidade de vinte e quatro dispositivos da lei em questão, pelos quais é atribuído poder discricionário à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) para deliberar se o OGM é ou não potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

O principal argumento apresentado pelo Ministério Público Federal na aludida ADIn 3.526 é de que a Lei 11.105/05 inverteria, de forma absurda, a lógica edificada a partir do princípio da precaução (art. 225, *caput*, § 1º, III, da CF/88), uma vez que o texto permite que seja dispensada, “por decisão unilateral, mas considerada *última e definitiva* da CTNBio, a apresentação de Estudo e Relatório de Impacto ambiental (EIA/Rima) para cultivo de sementes transgênicas no País”. Até abril de 2012, o caso ainda pendia de julgamento.

Deve-se ressaltar, por fim, que, a transgenia é apenas uma das técnicas empregadas em biotecnologia; pode ela, inclusive, em determinadas situações, ser considerada a mais adequada. Existem, todavia, inúmeras outras, como o aperfeiçoamento de sementes híbridas mediante cruzamentos cientificamente selecionados, que certamente podem prestar contribuição ainda mais valiosa para assegurar o aumento da produção agrícola brasileira, e com a vantagem de não suscitarem a mesma insegurança inerente à opção pela manipulação genética.

Preservar a
produção não
geneticamente
modificada é
medida imperativa

Cumpra a cada um de nós contribuir para a mudança de paradigma, seja cobrando atitude mais efetiva por parte dos governantes, seja externando nossos anseios e desejos para os próprios fornecedores no momento em que efetuamos a compra de cada item que integra nossas refeições.

Não se pode esquecer que, se o mercado busca atender à demanda do consumidor, impende façamo-nos ouvidos, de um modo ou de outro, para que o ato de consumir possa ser exercido sem exposição de nossa saúde ou do meio ambiente a riscos desnecessários, para que, no futuro, a insegurança alimentar seja situação superada em uma sociedade mais digna e justa.

Notas

* Palestra proferida no XII Congresso Mundial da Unione Mondiale degli Agraristi Universitari (UMAU), realizado em 7 de junho de 2012, na cidade de Nitra (República da Eslováquia).

¹ GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção ao consumidor*. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 428.

² O FDA é uma agência subordinada ao Departamento de Saúde e Serviços Humanos (*Department of Health and Human Services*) do governo dos Estados Unidos, que é incumbida de proteger a saúde pública, assegurando a sanidade, a eficácia e a segurança de medicamentos destinados ao uso humano e veterinário, de produtos biológicos, de equipamentos médicos, do suprimento nacional de alimentos, de cosméticos e de produtos que emitam radiação, além de regular a manufatura, a propaganda e a distribuição de produtos derivados do tabaco (ESTADOS UNIDOS. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION – FDA. *Centers and Offices*. Disponível em: <<http://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/default.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2012).

³ UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. *Livro branco sobre a segurança dos alimentos*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/1999/com1999_0719pt01.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2011, p. 40.

⁴ BRASIL. *Lei 11.346/2006, de 15 de setembro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

⁵ SPAZIANI, Domenico; CIPRIANI, Giovanna. *Sicurezza alimentare e piano HACCP*. Roma: Buffetti Editore, 2009, p. 19.

⁶ Consoante o artigo 2.2 do Código Internacional de Nomenclatura de Plantas Cultivadas (ICNCP), “cultivar” é o “conjunto de plantas que foi selecionado tendo em vista um atributo particular, ou combinação de atributos, e que é claramente distinto, uniforme e estável nas suas características e que, quando propagado pelos métodos apropriados, retém essas características”. Sob o ponto de vista jurídico, considera-se “cultivar” (art. 3º, IV, da Lei 9.456/97, “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita

em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos”.

⁷ GERMANÒ, Alberto. Biotecnologie in agricoltura. In: SACCO, Rodolfo (a cura di). *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. 4. ed. Digesto banca dati ipertestuale. Torino: UTET, 2008.

⁸ FARES, Nagui H., EL-SAYED, Adel K. Fine Structural Changes in the Ileum of Mice Fed on d Endotoxin Treated Potatoes and Transgenic Potatoes. *Natural toxins*. v. 6, p. 219-233, nov.-dez. 1998.

⁹ SERALINI, Gilles-Eric. *Report on MON 863 GM maize produced by Monsanto Company – June 2005. Controversial effects on health reported after subchronic toxicity test: a confidential rat 90 day feeding study*. Disponível em: <http://www.greenpeace.de/fileadmin/gpd/user_upload/themen/gentechnik/bewertung_monsanto_studie_mon863_seralini.pdf> Acesso em 13 abr. 2011.

¹⁰ VENDOMOI, Joël Spirou; ROULLIER, François; CELLIER, Dominique; SERALINI, Gilles-Eric. A Comparison of the Effects of Three GM Corn Varieties on Mammalian Health. *International Journal of Biological Sciences*. vol. 5, 2009, p. 706-726. Disponível em: <<http://www.biolsci.org/v05p0706.htm>>. Acesso em 13 abr. 2011. Veja-se ainda: SERALINI, Gilles-Eric. How Subchronic and Chronic Health Effects can be Neglected for GMOs, Pesticides or Chemicals. *International Journal of Biological Sciences*, 2009, p. 438-443.

¹¹ Ainda mais grave seria o risco da difusão da resistência aos antibióticos: essa poderia ser transferida, por via genética (e mais precisamente por meio dos assim denominados marcadores), a microrganismos e vírus que se tornariam, em seguida, muito difíceis de combater. Resta, pois, consoante as visões apocalípticas, a imprevisibilidade dos efeitos em cascata em longo prazo das manipulações dos genes (VALLETTA, Marco. *La disciplina delle biotecnologie agroalimentare: il modello europeo nel contesto globale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 27).

¹² Art. 10 da Lei 9456/97: “Não fere o direito de propriedade sobre a cultivar protegida aquele que: I – reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha; II – usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos; III – utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica; IV – sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não governamentais, autorizados pelo Poder Público”.

¹³ Sobre o tema, veja-se SCAFF, Fernando Campos. *A biotecnologia na origem de bens imateriais de direito agrário*. Tese de Titularidade em Direito Agrário, Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 174.

¹⁴ O primeiro espécime comercial híbrido brasileiro surgiu na década de 1940, do cruzamento de uma variedade norte-americana com sementes de milho cateto brasileiras. Estudo recente publicado pela *Revista Science* elaborado durante quatorze anos na área do denominado “Corn Belt”, nos Estados Unidos, comprovou que os produtores norte-americanos de grãos convencionais estão obtendo

resultados econômico-financeiros superiores àqueles dos agricultores que formaram suas lavouras com transgênicos. A explicação é fornecida por Paul Mitchell, da Universidade de Wisconsin-Madison, segundo o qual a redução dos custos com a aplicação de defensivos agrícolas não compensa o valor despedido com royalties.

¹⁵ De acordo com cálculos da Abrange, o custo médio de produção da soja convencional da safra 2011 foi de R\$366,07 por hectare, valor 14,68% inferior aos R\$429,06 da soja transgênica (BRASIL. Associação Brasileira dos Produtores de Grãos Não Geneticamente Modificados. *Informativo Abrange*, outubro de 2011, ano 2, n. 4, p. 3). Dados mais recentes indicam, ainda, que a produtividade da soja convencional BRS 284, por exemplo, foi de 74 sacas por hectare, portanto muito acima da média de 50 a 60 sacas obtidas da lavoura transgênica (BRASIL. Associação Brasileira dos Produtores de Grãos Não Geneticamente Modificados. *Informativo Abrange*, abril de 2012, ano 2, n. 5, p. 2).

¹⁶ Devido à sensibilidade da soja ao “fotoperíodo”, a adaptabilidade de cada cultivar varia à medida em existe deslocamento em direção ao Sul ou ao Norte. Assim, as empresas de melhoramento genético têm procurado transpor para a realidade brasileira critério desenvolvido nos Estados Unidos pelo qual é possível selecionar, consoante o grau de maturidade, as variedades de sementes mais adequadas para cada faixa de latitude. Trata-se de claro exemplo do uso de biotecnologia independentemente de transgenia (BRASIL. Embrapa. *Programa Soja Livre. Cultivares de soja convencionais*, Embrapa: Londrina, p. 7, 2011).

¹⁷ GRASSI NETO, Roberto. *Idem*, p. 429-434.

¹⁸ Diretoria e Conselho de Administração da nova agência reguladora cumulariam as funções atualmente desempenhadas pela Câmara Interministerial de Segurança Alimentar (Cisan) com a parte das atribuições da atual competência do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) e da diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) concernente ao regramento e à fiscalização no âmbito da alimentação. À nova Agência seria transferida, ainda, a atribuição que atualmente é do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) no que diz respeito à análise das hipóteses de liberação de organismos geneticamente modificados (OGM) destinados à alimentação humana ou de animais destinados à produção de alimentos para seres humanos.

¹⁹ ESTORNINHO, Maria João. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 62-3.

Referências

BRASIL. Associação Brasileira dos Produtores de Grãos Não Geneticamente Modificados. *Informativo Abrange*, outubro de 2011, ano 2, n. 4.

_____. *Informativo Abrange*, abril de 2012, ano 2, n. 5, p. 2.

BRASIL. *Lei 11.346/06, de 15 de setembro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

ESTADOS UNIDOS. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION – FDA. *Centers and Offices*. Disponível em: <<http://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/default.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2012

ESTORNINHO, Maria João. *Segurança alimentar e proteção do consumidor de organismos geneticamente modificados*. Coimbra: Almedina, 2008.

FARES, Nagui H., EL-SAYED, Adel K. Fine Structural Changes in the Ileum of Mice Fed on d Endotoxin Treated Potatoes and Transgenic Potatoes. *Natural toxins*. vol. 6, p. 219-233, nov.-dez. 1998.

GERMANÒ, Alberto. Biotecnologie in agricoltura. In: SACCO, Rodolfo (a cura di). *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. 4. ed. Digesto banca dati ipertestuale. Torino: UTET, 2008.

GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção ao consumidor*. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SCAFF, Fernando Campos. *A biotecnologia na origem de bens imateriais de direito agrário*. Tese de Titularidade em Direito Agrário, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

SERALINI, Gilles-Eric. *Report on MON 863 GM maize produced by Monsanto Company – June 2005. Controversial effects on health reported after subchronic toxicity test: a confidential rat 90 day feeding study*. Disponível em: <http://www.greenpeace.de/fileadmin/gpd/user_upload/themen/gentechnik/bewertung_monsanto_studie_mon863_seralini.pdf>. Acesso em 13 abr. 2011.

_____. How Subchronic and Chronic Health Effects can be Neglected for GMOs, Pesticides or Chemicals. *International Journal of Biological Sciences*, 2009.

SPAZIANI, Domenico; CIPRIANI, Giovanna. *Sicurezza alimentare e piano HACCP*. Roma: Buffetti Editore, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. *Livro Branco sobre a Segurança dos Alimentos*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/1999/com1999_0719pt01.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2011.

VENDOMOI, Joël Spirou; ROULLIER, François; CELLIER, Dominique; SERALINI, Gilles-Eric. A Comparison of the Effects of Three GM Corn Varieties on Mammalian Health. *International Journal of Biological Sciences*. v. 5, 2009, p. 706-726. Disponível em: <<http://www.biolsci.org/v05p0706.htm>>. Acesso em 13 abr. 2011.

EXTENSÃO SUBJETIVA
E OBJETIVA DA COISA
JULGADA COLETIVA:
POSSIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO
DOS DANOS PARTICULARES
A PARTIR DE
PRONUNCIAMENTO COLETIVO
(TRANSPORTE *IN UTILIBUS*)

GABRIEL CONSIGLIERO LESSA

Especialista em Direito Processual Civil e professor convidado da cadeira de Direito
Processual Civil do Centro Universitário de Anápolis – GO
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – Brasil

EXCERTOS

“A coisa julgada coletiva apresenta-se de modo diferenciado, pois irá atingir vasta quantidade de interessados – indeterminados ou determinados por grupo, classe ou categoria – que, grosso modo, sequer possuem conhecimento do ajuizamento da pretensão transindividual”

“A consequência jurídica decorrente da coisa julgada é fruto do balanceamento de dois valores: de um lado o valor justiça; de outro, o valor segurança jurídica, que rechaça a eternização das lides”

“Em nossa sistemática processual, diferentemente dos países que adotam o precedente obrigatório, pode ocorrer que casos objetivamente idênticos, entre partes distintas, tenham desfechos diametralmente diversos”

“A coisa julgada comporta subdivisão, concernente à coisa julgada formal e material. Aquela nada mais é do que a imutabilidade dentro do próprio processo (endoprocessual), em razão da exaustão dos recursos cabíveis ou opção de não recorrer; esta, por sua vez, significa a impossibilidade de a decisão ser revista em qualquer outro processo (efeito extraprocessual)”

“O processo coletivo impõe tratamento da coisa julgada liberto das peias do modelo tradicional, permitindo a transcendência subjetiva e objetiva dos limites da coisa julgada”

“É consenso que o funcionamento do Poder Judiciário não tem atendido plenamente às expectativas sociais. De maneira geral, os processos têm trâmites morosos e chegam a seu término em tempo bastante superior àquele esperado. Essa lentidão decorre de inúmeros fatores, entre eles a plethora de processos repetitivos, resultante de um sistema marcadamente individualista, que permite a reprodução em escala de demandas objetivamente idênticas”

1. Introdução

O vigente Código de Processo Civil brasileiro, marcadamente influenciado pelos ideais liberais, foi estruturado para litígios intersubjetivos. Assim, centro e base do pensamento subjacente é a ação individual, inerente à tradição romano-germânica, em que o próprio lesado promoveria a ação cabível a fim de satisfazer sua pretensão (é a clássica formula *Caio Vs. Tício* – cada qual vai a juízo, se quiser, cuidar de seus interesses).

Com a evolução social – crescente industrialização, urbanização dos grandes centros, revolução tecnológica, informatização e a própria globalização – surgiu, a reboque, a massificação dos conflitos. Desse modo, é imprescindível dar um passo no pensamento processual: criar um sistema correspondente, que tutele os interesses metaindividuais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, haurindo o acesso à justiça, lançaram as sementes desse pensamento em meados do século XX, capitaneando o que se denominou segunda onda renovatória do processo civil. Confira-se:

“O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforma é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965-1970).”¹

Palmilhando essa trilha, não é crível manter apego à tradição processual para fazer frente às novas exigências sociais. É dizer, impossível uma tutela jurisdicional coletiva satisfatória estribada no Código de Processo Civil cuja base filosófica é liberal-individualista. Sobre esse ponto, conclui Nelson Nery Junior:

“Os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizavam as grandes codificações do século XIX. Pensar-se, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não pode ser esse mesmo enfoque quanto se fala de direito difuso, cujo titular do direito material é indeterminável.”²

Com isso, os institutos relacionados à legitimidade, à litispendência, à liquidação da sentença e, também, à coisa julgada, entre outros, merecem ser repensados a partir da ideologia processual coletiva. Aqui, o vetor hermenêutico é resolver conflitos em atacado, e não mais no varejo. Ou, noutras palavras, seguindo o mestre Kazuo Watanabe, é dar tratamento moleculizado às exigências de massa, e não tratamento atomizado³.

Nessa tônica, surge o microsistema processual coletivo em que se reúnem os diplomas esparsos que tratam de interesses difusos e coletivos criando um grande sistema coletivo em diálogo das fontes (sistema de recíproca influência), cujo núcleo é formado pela Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, o Código de Processo Civil perde a função subsidiária da normatização processual, passando a incidência meramente *residual*⁴. Isso significa que terá aplicabilidade somente se não houver solução legal nas regras que estão disponíveis dentro do microsistema coletivo⁵. Nesse sentido, inescandível a vocação ao beneplácito da *summa divisio* constitucionalizada proposta por Gregório Assagra de Almeida⁶.

Sem embargos, o legislador tem criado inúmeros outros institutos para conter as demandas de massa, tais como a repercussão geral nos recursos extraordinários, o julgamento por amostragem, a improcedente *prima facie* prevista no artigo 285-A do Código de Processo Civil, a súmula impeditiva de recurso, a súmula vinculante.

2. Aspectos gerais da coisa julgada

A coisa julgada é, possivelmente, um dos institutos mais antigos do direito processual. Sua estrutura remonta ao direito romano na regra *bis de eadem re ne sit actio*⁷, marcado de data anterior à Lei das XII Tábuas⁸.

A propósito, o processo destina-se a um fim, seja meritório ou não. Destarte, mesmo com a possibilidade de postergar a litispendência por meio dos recursos, cedo ou tarde o feito terá termo, dada a imposição dinâmica da preclusão temporal.

Nessa vertente, a coisa julgada vem à baila como a preclusão máxima, no desiderato de trazer segurança jurídica aos casos definitivamente julgados pelo Judiciário. Daí, se extrai que “*a coisa julgada não seria autopoietica (não se apoia em si mesma; não se auto explica), mas apenas estabiliza o julgado de mérito, o qual ela imuniza em face dos sucessos ulteriores*”⁹.

A consequência jurídica decorrente da coisa julgada é fruto do balanceamento de dois valores: de um lado o valor justiça; de outro, o valor segurança jurídica, que rechaça a eternização das lides. Nesse quadro, o sistema permite alguns instrumentos – recursos e ações autônomas de impugnação – a fim de pôr cobro a injustiças mas, superadas as vias impugnativas, finca-se a definitividade inerente à coisa julgada.

Sutileza compreender que, com a formação da coisa julgada, dá-se ensejo à criação da norma concreta decorrente da demanda. À vista disso, a *res iudicata* será mecanismo de impedir atividade jurisdicional em duplicidade, dando-se preeminência à segurança das relações engendrada pela norma extraída do caso concreto.

Em nossa sistemática processual, diferentemente dos países que adotam o precedente obrigatório (*binding precedent*)¹⁰, pode ocorrer que casos objetivamente idênticos, entre partes distintas, tenham desfechos diametralmente diversos. Fredie Didier Junior bem sintetiza essa aceção, obtemperando que a coisa julgada é instrumento de justiça, que nada tem a ver com justiça da decisão¹¹.

Nessa linha de raciocínio, Egas Moniz de Aragão salienta que conquanto o ideal seria que a sentença fosse sempre plenamente exata e, por isso, atribuisse razão a quem efetivamente a tem, os pronunciamentos judiciais são obras humanas; logo, falíveis por natureza. Certas e justas ou erradas e injustas, conduzem igualmente à coisa julgada¹².

Portanto, a finalidade da coisa julgada é a imutabilidade em relação a cada pessoa, como reflexo do seu respectivo processo, isto é, independentemente de futura decisão sobre a mesma matéria julgada de modo diverso em face de outrem. Assim, impõe-se a cada pessoa obediência à sua respectiva decisão revestida do manto da coisa julgada.

Figurativamente, argumenta-se que sem a coisa julgada a incerteza irá pairar sobre as cabeças dos jurisdicionados como a espada de Dâmocles. Equivale dizer que a função da jurisdição não é a imutabilidade das decisões, mas sim a pacificação social. A coisa julgada, nesse contexto, é apenas mecanismo para se lograr tal objetivo, corolário lógico do Estado Democrático de Direito, garantidor da certeza jurídica¹³. Ademais, a coisa

A coisa julgada vem à baila como a preclusão máxima, no desiderato de trazer segurança jurídica aos casos definitivamente julgados pelo Judiciário

julgada é insculpida como garantia fundamental, a teor do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, não podendo ser proscrita por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF).

Entretanto, cabe ao legislador infraconstitucional traçar o perfil da coisa julgada. Com isso, é factível que a coisa julgada seja moldada a depender do bem jurídico em jogo. Nessa linha, há previsão de hipóteses em que é possível o ajuizamento de ação rescisória (art. 485 do CPC); obrigação do reexame necessário (art. 475 do CPC); correção de erros materiais (art. 463, I, do CPC); *querela nullitatis* (arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC); revisão da decisão fundada em lei, ato normativo ou interpretação reconhecidos inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC).

A finalidade da coisa julgada é a imutabilidade em relação a cada pessoa, como reflexo do seu respectivo processo

A coisa julgada comporta subdivisão, concernente à coisa julgada formal e material. Aquela nada mais é do que a imutabilidade dentro do próprio processo (endoprocessual), em razão da exaustão dos recursos cabíveis ou opção de não recorrer; esta, por sua vez, significa a impossibilidade de a decisão ser revista em qualquer outro processo (efeito extraprocessual).

Quanto ao alcance da coisa julgada, existem os limites objetivo e subjetivo.

Pois bem, o limite objetivo circunscreve a coisa julgada ao dispositivo do pronunciamento. A teor da literalidade do artigo 469 do Código de Processo Civil, os fundamentos da decisão não seriam alcançados pelo manto da coisa julgada¹⁴.

De sua vez, no limite subjetivo investiga-se as partes atingidas pela coisa julgada (art. 472 do CPC). Cinde-se em: (1) *erga omnes*, quando atinge todos indistintamente; (2) *ultra partes*, quando atinge determinado grupo, classe ou categoria; e (3) *inter partes*, quando vincula apenas os litigantes que compuseram o processo.

Há, também, os seguintes modos de produção da coisa julgada material: (1) *pro et contra*; (2) *secundum eventum litis*; e (3) *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *pro et contra* é a regra do sistema processual brasileiro: enseja-se a formação da coisa julgada independentemente do conteúdo da decisão, seja favorável ou desfavorável ao autor.

A coisa julgada *secundum eventum litis* revela que a imutabilidade somente alcança as hipóteses de procedência do pedido. Se improcedente, possibilita nova propositura do mesmo pedido. Com efeito, a rejeição do pedido não é apta à formação da coisa julgada material.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* somente torna-se imutável quando confeccionada após exaurir os meios de prova. Haverá a imutabilidade quando houver suficiência probatória. Ao revés, se a decisão de improcedência se motiva na insuficiência da prova, não exsurge a coisa julgada material.

Por fim, cumpre tecer considerações sobre os efeitos negativos, positivos e preclusivos decorrentes da coisa julgada. Vejamo-los.

O efeito negativo cinge-se à impossibilidade de nova decisão sobre o mesmo caso decidido. Já o efeito positivo cria a obrigação de observar a norma criada pela coisa julgada em caso futuro (exemplo: a coisa julgada que reconhece a paternidade não poderá ser desconsiderada em posterior ação de alimentos).

Em remate, o efeito preclusivo está previsto no artigo 474 do Código de Processo Civil em que descreve o princípio do dedutível e deduzível: o que era deduzível e não foi deduzido considera-se deduzido e repellido.

3. A coisa julgada no processo coletivo

O processo classicamente é mecanismo para ajustar disputas entre indivíduos, objetivando arrefecer a autotutela.

Ao invés, na seara coletiva, vem à baila novo paradigma: a demanda passa a ser veículo de pacificação social, em cujo modelo de litigação o processo abebera-se de interesse público (*public law litigation*)¹⁵. Nesse novel contorno, os processos coletivos servem para preservação e concretização das promessas constitucionais, a exemplo dos consumidores, meio ambiente, probidade administrativa, tutela do patrimônio artístico, histórico e cultural.

Nessa justa medida, a coisa julgada coletiva apresenta-se de modo diferenciado, pois irá atingir vasta quantidade de interessados – indeterminados ou determinados por grupo, classe ou categoria – que, grosso modo, sequer possuem conhecimento do ajuizamento da pretensão transindividual.

Sob essas lentes, Elton Venturi assinala que “a essência transindividual e indivisível das pretensões difusas e coletivas, por si só, torna praticamente inviável a regulação da coisa julgada incidente nas demandas coletivas que as instrumentalizam através do esquema tradicional”¹⁶.

Daí, sobressai que o processo coletivo impõe tratamento da coisa julgada liberto das peias do modelo tradicional, permitindo a transcendência subjetiva e objetiva dos limites da coisa julgada, porquanto absolutamente incompatível com a lógica metaindividual. Desse modo, o processo civil, por ser instrumento, deve ser receptivo aos anseios e reclamos sociais; e, a eles, responder com severidade e meios idôneos para que possam expressar judicialmente de modo condizente com a nova realidade massificada.

Sob esse viés, o professor Rodolfo Mancuso alça o lábaro do neoinstrumentalismo, simbolizando a exigência de uma releitura dos princípios, institutos e categorias que informam o ramo do processo civil. Isto é, a exigência de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito para o adequado manejo do processo coletivo.

Nessa linha, o processo será a “caixa de ressonância do que se passa na sociedade e, por isso mesmo, há de guardar aderência aos interesses, reclamos e necessidades que vão surgindo, por modo a lhes oferecer os remédios e instrumentos idôneos a sua recepção em juízo”¹⁷.

Desse descortino, para arrostar com proficiência as novas exigências, atendendo à pulverização de demandas objetivamente idênticas, é imperiosa a extensão subjetiva, alcançando terceiros que não integraram a lide – de modo *erga omnes* ou *ultra parte* – e, outrossim, a expansão extra-autos da resposta judiciária constante na fundamentação do pronunciamento coletivo – permitindo o transporte *in utilibus* da coisa julgada.

3.1. Extensão subjetiva da coisa julgada

Nada obstante seja patente a evolução da jurisdição singular nas últimas décadas, ainda assim não se tem logrado a adequada e tempestiva tutela jurisdicional nos conflitos massificados. Deveras, tal quadro decorre de inúmeros fatores, entre eles a plethora de processos repetitivos, resultante de um sistema marcadamente individualista, que dá azo à reprodução em escala de demandas objetivamente idênticas.

Assim, o sistema da macrolide se espraia em milhares de processos que conduzem ao estrangulamento dos órgãos jurisdicionais, conforme

bem destacou o ministro Sidnei Beneti no julgamento do REsp 1.110.549/RS.

Nessa perspectiva, inquestionável que o mecanismo capaz de dar vazão a essas demandas metaindividuais é o processo coletivo, mormente a extensão objetiva e subjetiva da coisa julgada.

Crê-se, destarte, que a credibilidade e efetividade do processo civil e da própria função jurisdicional do Estado estão atreladas ao aprimoramento dos mecanismos do processo coletivo.

Nessa linha, Rodolfo Mancuso, com a perspicácia de estilo, entroniza:

“Na verdade, a conotação individualista da coisa julgada, restrita a Tício e Caio, é reportada a um contexto que não guarda correspondência com a contemporânea sociedade de massa, nem tampouco com o mundo globalizado em que vivemos. Aquela restrição subjetiva é reportada a uma época onde os interesses, para serem judicialmente relevantes, tinham que ser um titular, postado ou no plano público ou no privado (summa divisio), dicotomia essa hoje francamente superada. Sobretudo desde a segunda metade do século passado, a sociedade vem se caracterizando pelo embate entre grandes grupos de interesses, fazendo com que o indivíduo vá, gradativamente, diluindo-se no espaço coletivo, engolfado pelas engrenagens do establishment, como na célebre alegoria exibida no clássico de Charles Chaplin, Tempos Modernos, em que o indivíduo se vê, literalmente, conduzido em meio às rodas dentadas das máquinas engendradas pela revolução industrial.”¹⁸

No sistema processual civil tradicional, a coisa julgada nos processos intersubjetivos somente alcança, via de regra, as partes que participaram do contraditório. Desta feita, os terceiros, que não compuseram o litígio, não serão atingidos positiva ou negativamente. Vale dizer, a coisa julgada forma-se *intra partes*, por força do artigo 472 do código processual civil.

A sistemática da coisa julgada coletiva é compreendida a partir da concepção do devido processo social do processo civil, em atenção aos impositivos ditames da sociedade de massa¹⁹. De tal sorte, a extensão subjetiva se apresentará de modo distinto a depender da amplitude do interesse posto em testilha.

Essa inevitável evolução já era antevista por Enrico Tullio Liebman:

“A doutrina dos últimos decênios mostra uma inegável tendência à extensão da eficácia da sentença aos terceiros, ou a alguns entre os terceiros, parecendo esse o reflexo no processo de uma concepção menos individualista do direito que vai se afirmando em todos os campos. O homem não vive isolado na sociedade sendo sua posição condicionada em medida crescente pela atividade

*de seus semelhantes; aumentam a solidariedade social e responsabilidade de cada qual por seus próprios atos, projetando sua influência em uma esfera cada vez mais ampla. Trata-se de uma tendência que há de ser compartilhada, sob a condição de não se prejudicarem sem remédio as razões de quem não teve qualquer possibilidade de defesa.”*²⁰

A coisa julgada na demanda essencialmente coletiva é *erga omnes*, atingindo a todos indistintamente, quando o interesse for difuso (direitos transindividuais de essência indivisível). Doutra face, nos interesses coletivos em sentido estrito (direitos transindividuais cujos titulares são indeterminados, mas determináveis), a coisa julgada será *ultra partes*, atingindo o grupo, categoria ou classe de pessoas interessadas, conforme artigo 103, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

Sem embargos, a coisa julgada coletiva jamais prejudicará as pretensões individuais, por força do artigo 103, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Destarte, a extensão da coisa julgada para o plano individual é *secundum eventum litis*²¹.

Quanto ao modo de produção dessa coisa julgada material, é imprescindível o exaurimento dos meios de prova. Com efeito, quando se aferir que a coisa julgada verteu-se à improcedência por insuficiência probatória, não haverá a blindagem da coisa julgada, permitindo a repositura da demanda coletiva, desde que munido de nova prova²² (coisa julgada *secundum eventum probationis*).

Ao revés, na hipótese de improcedência do pedido por falta de direito – com suficiência dos meios probatórios –, há coisa julgada material normalmente, impedindo a repositura de demanda coletiva.

Em boa verdade, a coisa julgada somente atingirá a todos os legitimados, na seara coletiva e individualmente, na hipótese de acolhimento do pedido. Contudo, se ocorrer improcedência do pedido coletivo, com esgotamento das provas, não poderá repetir a ação coletivamente, mas as ações individuais não estão obstadas²³.

Demais disso, quanto aos interesses individuais homogêneos – que são demandas acidentalmente coletivas, pois versam sobre interesses individuais com mecanismos coletivos²⁴ –, a coisa julgada se propaga *pro et contra* para as partes que participaram do processo, independentemente da suficiência ou insuficiência probatória.

No entanto, ocorrendo a improcedência do pedido, não há que se falar em coisa julgada para as partes estranhas ao processo. À vista disso, desenvolveu-se a técnica de inoponibilidade da coisa julgada de improcedência – seja qual for o motivo que ensejou a improcedência –, em razão da coisa julgada se apresentar *secundum eventum litis*.

Desta feita, viabiliza-se aos interessados, que não participaram da demanda coletiva, a possibilidade de propor suas ações subjetivas normalmente, qualquer que tenha sido o motivo de sua improcedência (falta de direito ou insuficiência probatória), sem o óbice da exceção de coisa julgada, *ex vi* do artigo 103, § 2º, do Código do Consumidor.

A coisa julgada
coletiva jamais
prejudicará
as pretensões
individuais

São oportunas as palavras de Pedro Lenza, segundo o qual para os interesses individuais homogêneos “a autoridade da coisa julgada (seja por suficiência ou insuficiência de provas) só não atingirá aqueles que não intervieram no processo, restando a estes imaculado o direito constitucional de proporem a ação de indenização a título individual”²⁵.

Buscando coerência hermenêutica entre as ações essencialmente coletivas (interesses difusos e coletivos em sentido estrito) e as acidentalmente coletivas (interesses individuais homogêneos), os professores Fredie Didier e Hermes Zaneti balizam-se do microsistema processual coletivo para compreender que, na hipótese de improcedência da demanda que sustenta interesse individual homogêneo por insuficiência probatória, não haveria coisa julgada no âmbito coletivo. Assim, aplicar-se-ia a regra da coisa *secundum eventum probationis* também à seara das ações acidentalmente coletivas²⁶.

É salutar trazer à colação aresto digno de encômios conduzido pelo ministro Sidnei Beneti no julgamento do REsp 1.110.549/RS, que entendeu válida a suspensão dos processos individuais ao aguardo da resolução da demanda coletiva. A propósito, de modo criativo, densificando o direito fundamental da efetividade, corolário do devido processo legal, assentou-se que “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”.

Portanto, o particular não fica obstado de ajuizar seu pedido (individual) judicialmente, mas, prestigiando a demanda coletiva – princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva –, mister o sobrestamento das demandas individuais até o trânsito em julgado do processo coletivo, possibilitando-se que o particular pleiteie a atuação como *amicus curiae*.

3.2. Extensão objetiva da coisa julgada coletiva

No sistema tradicional, o limite objetivo da coisa julgada se revela na estabilização da parte dispositiva do pronunciamento jurisdicional, conforme aludimos acima. Como não poderia deixar de ser, no processo coletivo apresenta-se de modo diverso.

Nessa esteira, o diferencial do processo coletivo é a viabilidade do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a esfera individual, consectário do princípio do máximo benefício na tutela jurisdicional coletiva (art. 103, §§ 3º e 4º, do CDC). Com isso, os efeitos da coisa julgada devem ser projetados para além da conclusão da decisão.

O transporte *in utilibus* sonda-se com base na teoria da transcendência dos motivos determinantes²⁷ radicado do controle de constitucionalidade²⁸ em que a *ratio decidendi* (ou *tragende Gründe*) passa a ter força obrigatória, relativizando o limite objetivo da coisa julgada.

Nessa linha, há o aproveitamento da cognição delineada no processo coletivo para permitir que o particular sequer tenha que propor seu pedido individualmente, permitindo partir diretamente da liquidação (imprópria)²⁹. Ou seja, encurtará a discussão da existência da obrigação (*an debeatur*), de quem é obrigado (*quis debeat*) e o que é devido (*quid debeatur*).

Nesse diapasão, salutares são os ensinamentos de Fredie Didier e Hermes Zaneti:

“Os processos coletivos têm dupla finalidade: tutelar os novos direitos (direito de grupo) e resolver os litígios repetitivos. Justamente por isso, considerando a maior certeza nos juízos de procedência, o CDC estabeleceu que a coisa julgada coletiva estende os seus efeitos ao plano individual in utilibus: o indivíduo poderá valer-se da coisa julgada coletiva para proceder a liquidação dos seus prejuízos e promover a execução da sentença (art. 103, §3º). Trata-se do denominado transporte in utilibus da coisa julgada coletiva para o plano individual. (...) Assim, uma sentença coletiva que verse sobre direito difuso pode servir de título para uma execução coletiva e para uma

*execução individual, proposta pela vítima que se beneficiou do transporte in utilibus da coisa julgada coletiva. Obviamente, antes de executar a decisão, o indivíduo deverá proceder à liquidação do seu crédito, em que deverá demonstrar, inclusive, a existência de dano e do nexo de causalidade entre a conduta do réu e esse prejuízo.*²³⁰

Como se vê, o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para a esfera individual decorre de sentença de procedência do processo essencialmente coletivo. Assim, possibilita-se aos interessados, em mãos desse pronunciamento, promover diretamente a liquidação dos seus créditos, independentemente da propositura de pedido cognitivo, e, em seguida, executá-los.

A propósito, quando se permite que os indivíduos que não participaram do processo coletivo grassem seus interesses imediatamente, sem a necessidade de propositura da ação cognitiva, é clarividente que a motivação do pronunciamento acaba por obrigar o réu.

Dessarte, quando os indivíduos utilizam-se da coisa julgada coletiva, com o escopo de abreviar o caminho à tutela executiva, estarão estribando-se nas causas de pedir da ação coletiva e, por consequência, na fundamentação do pronunciamento.

A conclusão da demanda transindividual bitolará a execução coletiva. Todavia, será a motivação a fonte de onde desaguarão as liquidações individuais – e futuras execuções –, a partir do transporte *in utilibus* da coisa julgada. Com efeito, é inexorável dessumir a flexibilização objetiva da coisa julgada no processo coletivo, haja vista que não apenas o dispositivo do julgado será imunizado pela coisa julgada, mas inclusive os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*).

Vamos aos exemplos práticos.

É notória a evolução das técnicas agrícolas. Para viabilizar o aumento da produção, vem a lume a utilização de fertilização química, pesticidas e agrotóxicos. Especificamente em relação ao agrotóxico, é cediço que tais produtos contêm substâncias tóxicas com alta potencialidade de contaminar o meio ambiente – por meio do ar, solo e água – e afetar a saúde humana.

Pensemos em ação civil pública julgada procedente que reconhece a danosidade à saúde humana e ao meio ambiente de determinado agrotóxico [fundamentação] e, por conseguinte, conclui impondo o cancelamento do licenciamento ambiental, proibição de fabricação,

obrigação de recolher as embalagens vazias e não comercializadas, bem como a condenação em prol do Fundo de Defesa de Direito Difusos (art. 13 da LACP) [dispositivo].

A coisa julgada coletiva obrigará todas as entidades licenciadoras ambientais e os fabricantes que participaram do contraditório em que utilizam a matéria prima reconhecida deletéria, em todo o Brasil³¹, em face da coisa julgada *erga omnes*.

Mais do que isso, a partir do referido julgado, viabiliza-se o extensão *in utilibus* com o escopo de permitir a reparação aos lesados pelo malsinado agrotóxico (os proprietários onde foi utilizado o agrotóxico e as propriedades vizinhas prejudicadas³², os moradores que se contaminaram com pelo ar ou água; os consumidores do produto contaminado etc.).

Perfaz-se, portanto, prescindível nova longa, desgastante e onerosa dilação probatória para constatar a nocividade do agrotóxico. Será bastante a liquidação em que os particulares provarão seus danos e os nexos de causalidade – nos moldes da ação civil *ex delicto* – e, posteriormente, seguirão rumo à satisfação executória – específica ou equivalente em dinheiro.

Outro exemplo. A demanda coletiva julgada procedente que determine prévio tratamento de efluentes antes de serem lançados nos corpos de água, com espeque na resolução 357/05 do Conama e, ainda, imponha a reparação ao meio ambiente – na forma específica (custeio de alevinos³³, v.g.) ou com equivalente em dinheiro, com destinação de determinada quantia ao Fundo de Defesa de Direito Difusos [dispositivo] –, pois se reconheceu que o lançamento direto aos rios/mares causa mortandade da fauna marinha [fundamentação].

Tal pronunciamento possibilitará, igualmente, que os pescadores que dependem do rio/mar para a subsistência busquem suas reparações individuais, concernentes aos lucros cessantes, sem a necessidade de comprovar a poluição³⁴, pois já estará demonstrada no bojo do pronunciamento coletivo.

Os exemplos dados alhures referem-se a interesses difusos. Todavia, a mesma compreensão aplica-se no caso de ação de interesse coletivo em sentido estrito. Imaginemos uma demanda coletiva cujo pedido é compelir um plano de saúde a realizar determinado tratamento de doença que este considera excluído pelo contrato. A decisão que acolhe a pretensão obrigará o plano de saúde a realizar o tratamento no futuro para todos os membros do grupo [dispositivo]. Mais do que isso. Em razão de

reconhecer a ilicitude na recusa do tratamento [fundamentação], permitirá a reparação dos membros de grupo ou seus sucessores que sofreram algum dano individual decorrente da mencionada recusa injustificada³⁵.

Em remate, não posso deixar de referir-me ao caso por mim apreciado diariamente na Vara de Fazenda Pública Estadual de Anápolis-GO. Foi reconhecida a ilicitude da cobrança de cursos sequenciais promovidos pela Universidade Estadual de Goiás, Fundação Universidade Estadual de Goiás e Fundação Universitária do Cerrado [fundamentação], entendimento que futuramente desencadeou a edição da Súmula Vinculante n. 12. Com isso, na demanda coletiva, o pronunciamento consistiu na abstenção de efetuar cobranças, declarou a ilegalidade da cobrança, determinou que não se indeferisse a renovação de matrícula por motivo de inadimplência ou condicionasse a renegociação da dívida ou pagamento de qualquer valor [dispositivo]³⁶.

A par disso, os alunos que efetuaram o pagamento dos referidos cursos – de todo o Brasil, notadamente do Estado de Goiás – têm promovido a demanda para obter a restituição do pagamento indevido. Tal procedimento tem sido recebido como liquidação imprópria e utilizado o procedimento executório, bastando que se comprove seu direito e extensão.

Côncio desse espectro, é possível aplicá-lo em numerosos e inesgotáveis episódios, como medicamentos com periculosidade exagerada ou falha de informação na bula, organismos geneticamente modificados nocivos à saúde, poluição (da água, atmosfera, resíduos sólidos, sonora...), serviços bancários-financeiros, telefonia, técnicas e procedimentos prejudiciais ao meio ambiente do trabalho, ações governamentais detrimntosas à ordenação dos centros urbanos etc. As conjecturas e acontecimentos reais são infinitos; basta vislumbrar dano ao particular paralelo à tutela coletiva, a fim de possibilitar arvorar liquidação dos danos individuais – e futura execução – a partir dos motivos determinantes do *decisum* coletivo.

É crível, portanto, que a consentânea aplicação da técnica do transporte *in utilibus*, com a flexibilização dos limites objetivos da coisa julgada, permite maior eficiência da prestação jurisdicional, racionalização

A coisa julgada
somente atingirá
a todos os
legitimados, na
seara coletiva e
individualmente,
na hipótese de
acolhimento do
pedido

dos processos em tramitação, segurança jurídica e prestígio do Poder Judiciário no cenário nacional.

Outrossim, tem servido para tomar a sentença coletiva como marco da prescrição da pretensão individual, conforme se verifica do recente pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito Civil e Processual Civil. Execução individual de sentença proferida em ação coletiva. APADECO X Caixa Econômica Federal. Expurgos. Planos econômicos. Prazo de prescrição. 1. A sentença não é nascedouro de direito material novo, não opera a chamada ‘novação necessária’, mas é apenas marco interruptivo de uma prescrição cuja pretensão já foi exercitada pelo titular. Essa a razão da máxima contida na Súmula n. 150/STF: ‘Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação’. Não porque nasce uma nova e particular pretensão de execução, mas porque a pretensão da ‘ação’ teve o prazo de prescrição interrompido e reiniciado pelo ‘último ato do processo’. 2. As ações coletivas fazem parte de um arcabouço normativo vocacionado a promover a facilitação da defesa do consumidor em juízo e o acesso pleno aos órgãos judiciários (art. 6º, incisos VII e VIII, CDC), sempre em mente o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, CDC), por isso que o instrumento próprio de facilitação de defesa e de acesso do consumidor não pode voltar-se contra o destinatário da proteção, prejudicando sua situação jurídica. 3. Assim, o prazo para o consumidor ajuizar ação individual de conhecimento - a partir da qual lhe poderá ser aberta a via da execução - independe do ajuizamento da ação coletiva, e não é por esta prejudicado, regendo-se por regras próprias e vinculadas ao tipo de cada pretensão deduzida. 4. Porém, cuidando-se de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, o beneficiário se insere em microsistema diverso e com regras pertinentes, sendo imperiosa a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, nos termos do precedente firmado no REsp. n. 1.070.896/SC, aplicando-se a Súmula n. 150/STF. 5. Assim, no caso concreto, o beneficiário da ação coletiva teria o prazo de 5 (cinco) anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado da sentença coletiva, e o prazo de 20 (vinte) anos para o ajuizamento da ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos. 6. Recurso especial provido” (REsp 1275215/RS, Rel. Ministro LUIS Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 01/02/2012).

A doutrina propugna pela criação de um código de processo coletivo. Nessa empreitada, há o anteprojeto elaborado por pesquisadores

da Universidade do Estado de São Paulo, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, que mantém a extensão *in utilibus*, com suas repercussões práticas, no artigo 12, § 2º: “Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 3º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 29 e 30 deste Código”.

Na mesma linha de raciocínio, o anteprojeto confeccionado pelos mestrandos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá, sob a coordenação do professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, no artigo 22, § 2º: “Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art. 37 e ss.”.

4. Considerações finais

O processo civil clássico, estruturado para litígios intersubjetivos, é insuficiente para as exigências sociais das demandas massificadas. Assim, ante o avanço social, o processo civil altera seu paradigma para criar um processo civil de interesse público (*public law litigation*).

É consenso que o funcionamento do Poder Judiciário não tem atendido plenamente às expectativas sociais. De maneira geral, os processos têm trâmites morosos e chegam a seu término em tempo bastante superior àquele esperado. Essa lentidão decorre de inúmeros fatores, entre eles a pleora de processos repetitivos, resultante de um sistema marcadamente individualista, que permite a reprodução em escala de demandas objetivamente idênticas.

O redimensionamento do Poder Judiciário impõe a estruturação de um sistema coletivo, que aborde molecularmente as questões fáticas e jurídicas, permitindo gerar economia, isonomia, certeza das relações jurídicas. A propósito, o principal instrumento para tanto é a coisa julgada com sua extensão subjetiva e objetiva.

Nesse rumo, desenvolveu-se o microsistema processual coletivo, formado pela associação dos diplomas coletivos, cujo núcleo é estruturado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Dessarte, para enfrentar com proficiência as novas exigências sociais, respondendo à pulverização de demandas objetivamente idênticas, torna-se imperiosa a extensão subjetiva, em que terceiros que não integraram a lide são alcançados de modo *erga omnes* para interesses difusos ou *ultra parte* para interesses coletivos em sentido estrito.

O processo civil clássico, estruturado para litígios intersubjetivos, é insuficiente para as exigências sociais das demandas massificadas

A coisa julgada nessas demandas essencialmente coletivas afigura-se *secundum eventum probationis* quando a pretensão for rejeitada por insuficiência de provas. Se a improcedência for por falta de direito, a coisa julgada é *secundum eventum litis*, pelo que se imuniza a repositura de ação coletiva, porém permite-se a análise de demandas intersubjetivas.

É o seguinte quadro: **(a)** na hipótese de procedência do pedido em ação coletiva que verse sobre direito difuso ou coletivo *stricto sensu*, a coisa julgada material no âmbito coletivo dar-se-á com extensão aos interessados *erga omnes* ou *ultra partes*; **(b)** sendo julgada improcedente por insuficiência de provas, não haverá extensão da coisa julgada material aos interessados, pelo que se permitirá a repositura da ação coletiva por qualquer legitimado, desde que acompanhado de nova prova (coisa julgada *secundum eventum probationis*); e **(c)** sendo julgada improcedente por suficiência de provas (falta de direito), haverá coisa julgada material no plano coletivo, vedando-se a repositura de ação coletiva por qualquer outro legitimado, não influindo, porém, no plano individual (a extensão da coisa julgada para o plano individual é *secundum eventum litis*).

Quanto aos interesses individuais homogêneos, cuja extensão é *erga omnes* no caso de procedência, a coisa julgada afigurar-se-á *secundum eventum litis*, permitindo-se, em qualquer hipótese (improcedência por insuficiência de prova ou falta de direito), o manejo das pretensões individuais.

A par da extensão subjetiva, tem-se a expansão extra-autos da resposta judiciária constante na fundamentação do pronunciamento coletivo – permitindo o transporte *in utilibus* da coisa julgada com a flexibilização objetiva da coisa julgada.

Desse modo, a coisa julgada na demanda coletiva, de interesse difuso ou coletivo em sentido estrito, poderá servir de albergue à imediata liquidação, à mingua da propositura de demanda cognitiva individual, em que se discutirá somente a existência denexo de causalidade e a extensão do dano com o respectivo valor reparatório – e, entretanto, o cumprimento do *quantum* apurado, secundando o que ficou reconhecido na fundamentação do pronunciamento transindividual.

Nessa esteira, é de hialina clareza que a consentânea aplicação das técnicas de extensão subjetiva e objetiva da coisa julgada permitirá maior eficiência da prestação jurisdicional, racionalização dos processos em tramitação, segurança jurídica e prestígio do Poder Judiciário no cenário nacional.

Notas

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988, p. 49.

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 114.

³ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1992, n. 67, p. 15.

⁴ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, IV, 2007.

⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In *Ação popular: aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. Coord. Luiz Manoel Gonçalves Jr. São Paulo: RCS, 2006.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 437/442.

⁷ A doutrina traduz a expressão na seguinte frase: “Sobre a mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da Lei” (COGLIOLO, Pietro. *Eccezione di caso giudicata*. Roma: Fratelli Bocca, 1883, v. 01 *apud* Luiz Eduardo Ribeiro Mourão in *Coisa julgada*, p. 65).

⁸ Malgrado essa época – sincretista ou imanentista – ainda não existia a compreensão processual como ramo desvinculado do direito material, o que apenas se deu a partir do paradigmático debate entre *Ernest Windescheid* e *Theodor Mütther*, vindo a pêlo, posteriormente, as teorias concreta, abstrata e eclética. Esta última, por nós seguida, consoante a estruturação

de Enrico Tullio Liebman incorporada pelo vigente Código de Processo Civil por Alfredo Buzaid.

⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 292.

¹⁰ É o sistema de tradição anglo-saxônica, concernente à *common law*, em que os princípios enunciados pela Corte de *Record* devem ser obrigatoriamente observados por toda a jurisdição de nível igual ou inferior, que apenas deixará de ser obrigatório a partir da técnica *overruling* ou *distinguishing*, conforme explica ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito constitucional do Brasil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 893.

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de processo civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. v. II, 2007, p. 478.

¹² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 208/209.

¹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 385.

¹⁴ Sobre o tema, memorável o debate teórico entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva.

¹⁵ Esse novo modelo processual de interesse público tem sido debruçado pela doutrina nacional e, sobretudo, internacional. Cumpre menção ao professor da Universidade de Harvard, Abram Chayes, in *The role of the judge in public law litigation*. Harvard Law Review, v. 89, n. 07, p. 1.281/1.316, may 1976, esp. 1.282. Outrossim, CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, J. A. *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Milano/New York: Giuffrè- Oceana Publications, 1975. Ainda, DAMASKA, Rirjan R. *The faces of Justice and State Authority: A comparative Approach to the legal process*. New Haven/London: Yale University Press, 1986 *apud* Didier Junior, Fredie; e ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de processo civil*, v. IV, 2007, p. 36 e 40.

¹⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 380.

¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 8.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 335.

¹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; e ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processo civil: processo coletivo*, v. IV, Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 340.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade, sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 252.

²¹ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73/74.

²² Entende-se que a aferição da suficiência probatória idônea à conclusão da improcedência somente é possível com os olhos para o futuro. Vale dizer, no momento da análise da nova ação coletiva, oportunidade em que estará aberta a possibilidade de cotejar a instrução probatória realizada com as novas provas colacionadas. Isto é, a repropositura da ação coletiva fica condicionada à indicação preambular da nova prova na petição inicial da nova demanda. A repropositura terá procedimento escalonado: primeiro com o reconhecimento da existência de novos elementos que não existiam quando do ajuizamento inicial e, somente após se admitir o processamento, vai-se analisar o mérito. Nesse mesmo pensar, Ada Pellegrini Grinover, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 927/930; ALMEIDA, Gregório Assagra de, in *Manual das ações constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217; DIDIER JR, Fredie; e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processo Civil: processo coletivo*, v. IV, Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 367. Há, contudo, respeitável posicionamento em sentido contrário, capitaneado por Arruda Alvim, que sustenta que o juiz deverá se manifestar expressamente na sentença se a improcedência é por insuficiência de prova, na omissão impõe-se a oposição dos declaratórios, sob pena de obstar a repropositura do pedido (in *Código de consumidor comentado*, p. 221).

²³ ALVIM, Eduardo Arruda. *Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*, Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe, *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: RT, 2007, p.178.

²⁴ Note-se que a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos é meramente instrumental, vez que o tratamento coletivo não altera a natureza do direito material. Portanto, em tese, os titulares poderiam perfeitamente unir-se em litisconsórcio facultativo para promover o pedido. O desiderato do tratamento coletivo dos interesses individuais homogêneos decorre da estratégia de dar maior efetividade a tutela jurisdicional, permitindo, igualmente, maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Noutras palavras, os interesses individuais homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma individualidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos strito sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processual” (BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In, Miláres, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 96).

²⁵ LENZA, Pedro. *Téoria geral da ação civil pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 234.

²⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; e ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processo civil: processo coletivo*, v. IV, Salvador: Juspodivm, 2010, p. 369.

²⁷ Luís Roberto Barroso, ao tratar especificamente da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pondera que, “*por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir*” (BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 184). O Supremo Tribunal Federal iterativamente tem feito coro à mencionada teoria: Rcl 2.989, Min. Celso de Mello; Rcl 2.363, Min. Gilmar Ferreira Mendes; Rcl 4.692, Min. Cezar Peluso; Rcl 4.416, Min. Celso de Mello; e Rcl 5.389, Min. Cármen Lúcia, dentre outros.

²⁸ Há doutrina que inserem as ações de controle constitucionais – ADI, ADC, ADECOM, ADPF – como espécies do gênero ação coletiva. Desse modo, as normas e princípios que norteiam esse sistema comporiam o intercâmbio do microsistema processual coletivo. Nesse sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 319/398. Ainda, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140.

²⁹ A liquidação da sentença coletiva, batizada por Cândido Rangel Dinamarco de *liquidação imprópria* (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. 3. ed., v. IV, p. 734), é proposta por cada sedizente lesado a partir do transporte *in utilibus*. Diferencia-se da liquidação normal porque, além da identificação do *quantum debeatur* (quanto é devido), impõe-se comprovar o *cui debeatur* (a quem se deve), que é exatamente demonstrável pelo nexo de causalidade.

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; e ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processo civil: processo coletivo*, v. IV, Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 370/371.

³¹ Nada obstante a redação do artigo 16 da Lei 7.347/85 e artigo 2-A da Lei 9.494/97, que visaram limitar a eficácia subjetiva da coisa julgada coletiva, acertadamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a pena firme da ministra Nancy Andrighi, aderindo a doutrina francamente majoritária, tem reconhecido inócuas as mencionadas restrições. Confira-se a ementa do precedente digno de aplausos: *Processo civil e direito do consumidor. Ação civil pública. Correção monetária dos expurgos inflacionários nas cadernetas de poupança. Ação proposta por entidade com abrangência nacional, discutindo direitos individuais homogêneos. Eficácia da sentença. Ausência de limitação. Distinção entre os conceitos de eficácia da sentença e de coisa julgada. Recurso especial provido. A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos*

primeiros, porém ontologicamente diversa. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. O procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não é possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 411.529/SP, rel. Nancy Andrighi, 3ª turma, julgado em 24/06/08, DJe 05/08/08). Em sentido contrário, José Manoel de Arruda Alvim Netto que sustenta a aplicabilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de, *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*, São Paulo: RT, 2002, p. 65).

³² Lembrando que a compreensão de vizinhança não se aplica restritamente aos prédios confinantes, mas engloba todos que puderem sofrer as repercussões negativas, conforme bem demonstra ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 444.

³³ Alevino é a larva dos anfíbios logo após o nascimento (eclosão do ovo). A fim de ilustrar de forma simplificada, o processo seria *similar* ao que ocorre com os girinos para os sapos.

³⁴ Exemplo fornecido por RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 249/250, que compreende, porém, o transporte *in utilibus* como efeito secundário da decisão.

³⁵ Exemplo proposto por GIDI, Antônio, *A class action como instrumento de tutela dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 284.

³⁶ Autos tombados pelos números 200402191034, 200300067288 e 200402076979.

Referências

GRINOVER, Ada Pellegrini; *et all.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

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

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

ALVIM, Eduardo Arruda. *Coisa julgada e litispendência no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*, Coord. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, Thereza; ALVIM, José Manoel de Arruda. *Código do consumidor comentado*.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In, Miláres, Édís (Coord.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de processo civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, v. II, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; e ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processo civil: processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. IV.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. v. IV.

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

_____. Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 73/74.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 234/234.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade, sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. In Ação popular: aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65. Coord. Luiz Manoel Gonçalves Jr. São Paulo: RCS, 2006.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*, São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense*. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 67, 1992.

ENSAIO SOBRE O COMÉRCIO À DISTÂNCIA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro

EXCERTOS

“Todos os casos em que os contratos são celebrados entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços dirigido para o comércio à distância, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação para tais fins (ex.: por correspondência, internet, telefone ou fax), incluem-se na concepção de contrato à distância”

“Caso haja exercício do direito de arrependimento previsto no citado artigo, os valores eventualmente pagos a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados, devendo o consumidor, em razão da desistência, devolver o produto nas condições que recebeu”

“Com relação à fraude e outros tipos de crime passíveis de acontecer por este meio, o fornecedor de produtos e serviços tem o dever de adotar todas as medidas necessárias para que seu sistema não seja suscetível a tal ocorrência, não se tornando um ambiente propício para que ilicitudes desse gênero aconteçam”

“Assim como as relações comerciais vão se desenvolvendo, progredindo e mudando seus paradigmas, não estatizado pode ficar o direito, pois nem os antigos mercados do período minóico como aqui se fez alusão ficaram estáticos”

Introdução

Sem dúvida alguma, as interações comerciais encontram-se entre as mais relevantes e antigas atividades do ser humano. E talvez nenhuma outra relação social tenha sofrido mais mudanças nos últimos séculos do que o comércio.

Há três mil anos, por exemplo, um mercador tinha que, por sua conta e risco, levar o cedro do Líbano ao Egito, o âmbar do Mar Báltico para o Mar Egeu e as especiarias do Extremo Oriente pelo Mar Vermelho até o Egito, em jornadas perigosas e muitas vezes de resultados imprevisíveis. Certamente, esse mesmo comerciante não imaginaria que centenas de anos mais tarde, um consumidor, de seu computador pessoal, poderia instantaneamente adquirir nos Estados Unidos um produto produzido na China, distribuído por uma empresa com sede no Japão para ser entregue no Brasil.

A atual complexidade das relações de consumo e as novas técnicas de comercialização de produtos e serviços à distância desafiam a todos, demandando por parte dos aplicadores do direito uma profunda reflexão acerca dos princípios atinentes à matéria, sobretudo aqueles de índole protetiva, estabelecidos pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O comércio à distância

As novas modalidades de venda à distância, assim como o marketing utilizado neste tipo de comércio, ao mesmo tempo em que trouxeram vantagens para os consumidores e fornecedores, aumentaram de forma exponencial o número de demandas ajuizadas.

A ampliação da vulnerabilidade do consumidor nesta modalidade de contrato, celebrado fora do estabelecimento comercial, é uma preocupação internacional, aqui retratada pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, bem como a Diretiva 1999/44/CE, do já mencionado Parlamento Europeu e Conselho, além de, também, revogar a Diretiva 85/577/CEE.

A citada Diretiva 2011/83/UE estabelece regras relativas à informação, ao direito de retratação, bem como harmoniza certas disposições relativas à execução e outros aspectos pertinentes aos contratos celebrados à distância e aos ajustes celebrados fora do estabelecimento comercial.

Mas o que é um contrato celebrado à distância?

Para Fernanda Neves Rebelo, “os contratos celebrados à distância constituem uma particular forma de contratação, cuja característica principal reside no fato de as partes não se encontrarem presentes fisicamente no momento da celebração do contrato, como é habitual no comércio tradicional”.

Claudia Lima Marques, ao definir o contrato eletrônico, dispõe que “o chamado ‘comércio eletrônico’ é realizado através de contratações à distância, por meios eletrônicos (*e-mail* etc.), por internet (*on-line*) ou por meios de telecomunicações de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, em que há realmente certa ‘desumanização do contrato’ (*disumanizzazione del contratto*). A expressão escolhida pela doutrina italiana (Oppo, *Rivista*, p. 525) choca, é esta sua principal finalidade. Assim como Ghersi denominava de ‘contrato sem sujeito’ o principal tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao *marketing* agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, à distância entre o fornecedor e o consumidor.”

Dessa maneira, todos os casos em que os contratos são celebrados entre o profissional e o consumidor no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços dirigido para o comércio à distância, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação para tais fins (ex.: por correspondência, internet, telefone ou fax), incluem-se na concepção de contrato à distância.

Direito positivo

No que se refere ao direito positivo brasileiro, deve ser observado que, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, sendo a venda de porta em porta, por telefone, pela TV, ou por malote postal as modalidades de venda à distância mais utilizadas naquele tempo.

Diante do desconcertante dinamismo da vida, é intuitivo que o nosso sistema necessita ser atualizado e, atenta a essa nova realidade, a Comissão de Juristas do Senado Federal Brasileiro elaborou um anteprojeto de lei

para alteração do código consumerista, a fim de aperfeiçoar os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico, buscando, ainda, a proteção do consumidor em relação a mensagens eletrônicas não solicitadas (*spams*), além de disciplinar o exercício do direito de arrependimento.

Contudo, mesmo sem haver até então norma específica regulamentando o comércio eletrônico, os consumidores não se encontram desprotegidos, visto que podem amparar-se nos princípios da vulnerabilidade, da informação, da transparência, da boa-fé, da efetividade e da confiança, todos já consagrados no atual Código de Defesa do Consumidor, constituindo tais premissas as bases fundamentais de todo o sistema, sendo plenamente aplicáveis aos contratos celebrados à distância.

Código de Defesa do Consumidor

Espalhados pelo diploma consumerista já é possível vislumbrar a presença de alguns artigos garantidores desse tipo de relação comercial, como é o caso do artigo 33 do CDC, que se aplica ao comércio eletrônico, ao impor o dever de informar ao consumidor, nas fases pré-contratual, contratual ou pós-contratual, o nome do fabricante e seu endereço.

Da mesma forma, destaca-se a regra do artigo 49 do CDC, a qual permite ao consumidor desistir do contrato, “independente de justificativa, e sem incidir perdas e danos”, 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, prevalecendo “na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de ser aplicável também os contratos celebrados via internet”.

Nesse sentido, caso haja exercício do direito de arrependimento previsto no citado artigo, os valores eventualmente pagos a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados, devendo o consumidor, em razão da desistência, devolver o produto nas condições que recebeu, ou seja, “deverá cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo” e, caso não possa devolver o produto nas condições que recebeu, terá que ressarcir o prejuízo suportado pelo fornecedor, evitando-se, desta maneira, o

enriquecimento ilícito e a afronta ao princípio da boa-fé, o qual também está vinculado ao consumidor.

Deve-se atentar, contudo, para a possibilidade do conteúdo objeto do contrato ser produzido e fornecido em formato totalmente digital, como programas e aplicações de computador, jogos, música, vídeos ou textos, independentemente da forma de acesso.

Analisando a questão, ressaltou Cesar Viterbo Matos Santolin que o “comércio eletrônico voltado ao consumidor (B2C) impõe uma prévia distinção entre duas situações: aquela que envolve os chamados ‘bens digitais’ (*digital goods*) e a que trata dos ‘bens convencionais’, ou ‘comuns’ ou ‘ordinários’ (*ordinary goods*). Lena Olsen destaca que no primeiro

Todos aqueles que participam da cadeia de fornecedores têm responsabilidade obrigacional solidária

caso o consumidor não apenas usa o meio eletrônico para o aperfeiçoamento do negócio, mas também a execução ou o cumprimento do contrato é feita do mesmo modo. Isso pode ocorrer na aquisição de *softwares*, por exemplo, onde a entrega do ‘bem digital’ é feita por meio eletrônico (via *download* do programa). Outra hipótese ocorre quando, embora o aperfeiçoamento do contrato se faça por meio eletrônico, a sua execução opera-se pela tradição,

através do encaminhamento físico do ‘bem’, pelo correio ou outro meio de transporte”.

Nestas hipóteses, em caso de eventual desistência do consumidor, a devolução do produto parece gerar alguns questionamentos, por conta de sua natureza diferenciada. Isso porque o produto poderá ficar gravado no HD do computador do consumidor, o que não ocorre com um suporte material ou por qualquer outro meio, como CD ou um DVD, que são passíveis de devolução. Nesse caso, poderia se dizer que existe uma exceção à regra do artigo 49 do CDC.

A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu, em seu artigo 16º, impõe várias exceções ao direito de retratação relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial; dentre elas, cite-se o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam inseridos num suporte material: caso a execução tenha início com o consentimento prévio e expresso do consumidor, haverá o seu reconhecimento de que deste modo perderá o direito de retratação.

Newton De Lucca ao analisar o tema nos traz o pensamento de Fábio Ulhoa Coelho, que excepciona a aplicação da norma do artigo 49 do CDC quando as informações constantes do *site* são as mesmas fornecidas na loja física, destacando: “se o *site* permite ao consumidor ouvir faixas de um CD e apresenta todas as informações constantes da capa e contracapa (isto é, franquia rigorosamente tudo o que teria acesso o mesmo consumidor se estivesse examinando o produto numa loja física), então não há razões para reconhecer o direito de arrependimento”.

Contudo, segundo Lucca, a aplicação do artigo 49 do CDC deve ter uma abordagem sob o enfoque do princípio da boa-fé: “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”.

Assim, encarando a boa-fé como uma via de mão dupla, deverá o julgador no caso concreto verificar se o consumidor atuou com uma consciência ética. Conforme o professor Diógenes Faria de Carvalho: “o princípio da boa-fé objetiva se constitui numa cláusula geral que demanda um esforço de concretização do aplicador do direito. Seu reconhecimento, como ficou demonstrado, insere-se num processo de retomada da consciência ética. Possui desta feita, uma função integradora da obrigação, que impõe lealdade entre as partes.”

Cancelamento por ilicitude

Outra questão relevante a ser destacada é a do cancelamento de uma compra feita com cartão de débito ou crédito, em decorrência da indevida utilização, por terceiros, do cartão, do número ou da senha (fraude, furto, roubo etc.). Nesse caso, o cancelamento tem um motivo especial, qual seja, a ocorrência de um crime. É diferente do arrependimento, do art. 49 do CDC, cujo cancelamento decorre do exercício de um direito potestativo, o qual não necessita ser motivado.

Com relação à fraude e outros tipos de crime passíveis de acontecer por este meio, o fornecedor de produtos e serviços tem o dever de adotar todas as medidas necessárias para que seu sistema não seja suscetível a tal ocorrência, não se tornando um ambiente propício para que ilicitudes desse gênero aconteçam. Até porque possui responsabilidade objetiva decorrente do próprio fortuito interno, inerente ao risco do negócio.

Competência

Finalizando o exposto, cumpre indagar qual o foro competente para dirimir eventual conflito existente nesta globalizada relação de consumo, como na hipótese de um consumidor brasileiro comprar pela internet um produto produzido no México, comercializado por uma empresa com sede na Itália, distribuído por uma empresa estabelecida no Cairo.

Nos termos do que dispõe nossa lei principiológica consumerista vigente, o foro competente será o do domicílio do consumidor (art. 101 do CDC), sempre que o apoio da responsabilidade tiver como base os artigos 12 a 14 do CDC, em relação à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, e artigos 18 a 20 do CDC, em se tratando de responsabilidade por vícios do produto ou do serviço.

Essa regra protecionista tem como fundamento a facilitação do acesso do consumidor à defesa de seus interesses em juízo (art. 6º do CDC), constituindo-se um direito básico, que lhe permite propor a ação de responsabilidade civil contra o fornecedor de produtos ou serviços da forma menos onerosa.

Sérgio Cavalieri Filho destaca de forma clara que “o objetivo da norma é facilitar o acesso do consumidor à justiça, que pela regra do Código de Processo Civil (foro do domicílio do réu) teria que acionar o fornecedor, na maioria das vezes, na justiça de outro Estado ou cidade muito distante, v.g., consumidor domiciliado no Rio de Janeiro e fornecedor com sede em Porto Alegre”.

Por sua vez, Cesar Viterbo Matos Santolin estabelece que “no tocante às relações de consumo, indica-se a possibilidade do exercício de jurisdição tendo como referência o domicílio do consumidor, consequência da sua caracterização como hipossuficiente, como ocorre, por exemplo, no Tratado de Roma (Comunidade Europeia), art. 5º, ou, no Brasil, na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art.101, I”.

Em razão da complexidade da matéria, não se pode esquecer que todos aqueles que participam da cadeia de fornecedores têm responsabilidade obrigacional solidária, mesmo possuindo personalidade jurídica distinta do fabricante, ainda que com sede no exterior. Até porque a “economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas”.

Considerações finais

Destarte, não podemos olvidar que o Código de Defesa do Consumidor, cuja promulgação completou vinte e dois anos, passará por mudanças, tendo como ponto inicial o projeto de lei proposto pela mesa do Senado Federal. A Comissão de Juristas alicerçou o projeto de reforma em três pontos: prevenção ao superendividamento, regras sobre comércio eletrônico e disciplinamento de ações coletivas. Tais normas, no que toca o comércio eletrônico, versam sobre a divulgação dos dados do fornecedor, a proibição do *spam*, o direito de arrependimento da compra e as penas práticas abusivas contra o consumidor, visando, principalmente sanear problemas corriqueiros evidenciados pelo Poder Judiciário. Aguardemos a vigência e eficácia da *novatio legis* que certamente tem o condão de minimizar vícios nas relações de consumo advindas dos meios eletrônicos.

Por tudo o que foi visto aqui, é de se concluir que, assim como as relações comerciais vão se desenvolvendo, progredindo e mudando seus paradigmas, não estatizado pode ficar o direito, pois nem os antigos mercadores do período minóico como aqui se fez alusão ficaram estáticos. Na visão tridimensional do direito, ideia inovadora do notável jurista Miguel Reale, o direito é um fato social, é valor, refletido nos adotados pela sociedade, e é norma. Esse impulso dialético mostra a sua dinamicidade e é deste modo que deve ser, já que só assim os interesses, sobretudo dos mais vulneráveis, não ficarão sobrestados, evitando serem “engolidos” pelo mercado de consumo.

Referências

AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos eletrônicos: a boa-fé e a autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO, Diógenes Faria de. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: PUC Editora, 2011.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2. ed. Lumen Juris.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. Atlas S.A.

FROTA, Mário. *A causa dos direitos dos consumidores, Liber Amicorum* em homenagem ao jurista Mário Frota, Editora Almedina.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Herma de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

LUCCA, Newton, “Comércio eletrônico na perspectiva de atualização do CDC”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Curitiba: Bonijuris/J.M. Editora, v. II, n. 3, pp. 113-30, set./2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; BENJAMIN, Antônio Hermano V. , Bruno Miragem. *Comentário ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. Revista do Tribunal.

_____. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, janeiro-março de 2022, Revista dos Tribunais, pp. 38-79.

_____. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 57, ano 15 janeiro-março/2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. Saraiva.

SANTOLIN, Cesar Viterbo Matos. “Os Princípios de Proteção do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, pp. 52/84, Revista dos Tribunais.

SENADO FEDERAL. Relatório-Geral Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor. Antonio Herman Benjamin (Presidente), Claudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Brasília, 2012.

KLAUSNER, Eduardo Antonio. *Direito do consumidor no Mercosul e na União Europeia: acesso e efetividade*, Juruá, 2006.

GUGLINSKI, Vitor. “O Chargeback e suas repercussões no e-commerce e nos direitos do consumidor e da empresa”, *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, pp. 235-44, out.-dez. 2011.

REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS DE CRÉDITO AOS CONSUMIDORES: ALGUMAS NOTAS

SUSANA FERREIRA DOS SANTOS

Professora assistente do Instituto Politécnico de Bragança
Mestre em Direito - Ciências Jurídico-Civilísticas - Universidade
Católica Portuguesa
Doutoranda em Sociologia pela Faculdade de Letras -
Universidade do Porto

EXCERTOS

“De forma generalista, durante quase duas décadas em Portugal, a concessão de crédito consubstanciava-se nos seguintes comportamentos, v.g.: instituições de crédito e sociedades financeiras emprestavam dinheiro facilmente, sem averiguar se o consumidor tinha ou não condições para pagar o crédito contraído; falta de supervisão por parte do Banco de Portugal, a suposta entidade de supervisão; falta de honestidade de alguns mediadores do crédito; existência de publicidade enganosa, de mensagens artificiosas, de juros manhosos, logro nas taxas nominais; existência de práticas comerciais desleais...”

“O principal objetivo da informação pré-contratual é facultar ao consumidor ‘as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito’”

“O dador do crédito deverá verificar as informações prestadas pelo consumidor – eis uma das principais novidades do novo regime jurídico”

“Uma vez avaliada a solvabilidade do consumidor e se o vendedor do crédito chegar à conclusão de que esta não existe, este deverá informar aquele imediata, gratuita e justificadamente da sua decisão em não conceder o crédito”

“No direito do consumo, tal como acontece em muitos ramos do direito, proliferam as diretivas comunitárias”

“O contrato de crédito deve especificar os seguintes elementos: tipo de crédito; identificação e endereço geográfico do credor ou do mediador; montante total do crédito; duração do contrato de crédito; a taxa nominal; a TAEG e o montante total imputado ao consumidor; tipo, montante, número e a periodicidade dos pagamentos”

1. Introdução

O Regime Jurídico dos Contratos de Crédito ao Consumidor é uma das matérias que se tem destacado no Direito do Consumo em Portugal. A partir da década de 90, assistiu-se à abertura do mercado de crédito aos consumidores e à crescente importância do tema no ordenamento jurídico português. Estamos perante um “negócio de utilização” muito “frequente no comércio jurídico”¹.

O crédito é, essencialmente, a troca de uma prestação presente por uma prestação futura e constitui um fator fundamental para o desenvolvimento económico, desempenhando um papel de relevo na melhoria da qualidade de vida das famílias.

Reconheça-se que o crédito em si não é um problema: se um cidadão contrair um crédito para aquisição de bens de consumo e auferir rendimentos suficientes para o pagar de forma diferida, essa opção poderá até ser uma forma de gerir o próprio orçamento familiar.

Preocupante é o sobre-endividamento: o consumidor endivida-se acima das suas capacidades financeiras, não conseguindo honrar os seus compromissos. O sobre-endividamento é habitualmente apelidado de endividamento crónico ou de superendividamento: “quando afeta a renda do devedor ou até a supera”².

Como refere Diógenes Faria de Carvalho, “fazemos parte de uma sociedade de consumidores que julga e avalia seus integrantes principalmente por sua capacidade e conduta relativa ao consumo”. Passou-se, então, a “viver com” e não a “viver para”, por outras palavras, a era do “ser” deu lugar à era do “ter”. A sociedade hodierna é uma “sociedade voltada para a cultura de consumo, que reduz o indivíduo à condição de consumidor como consequência da autonomização do sistema de produção”³.

2. Enquadramento legal

O primeiro diploma a regular o regime jurídico dos contratos de crédito em Portugal foi o Decreto-Lei 359/1991, de 21 de setembro⁴. Antes da

aprovação deste diploma, esta matéria era regulada pelos artigos 934º a 936º do Código Civil, bem como pelo Decreto-Lei 457/1979, de 21 de novembro, respeitantes às vendas a prestações.

O Decreto-Lei 359/1991, de 21 de setembro, foi revogado pelo Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho, o novo regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores (LCC). E alterou-se a designação de crédito ao consumo para crédito ao consumidor. Esta nova lei resultou da transposição da Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de abril de 2008, que pretendeu que os Estados-membros adotassem medidas de incentivo a práticas responsáveis no mercado de crédito (estas práticas responsáveis não têm apenas como destinatários os dadores de crédito, mas também os próprios consumidores).

No direito do consumo, tal como acontece em muitos ramos do direito, proliferaram as diretivas comunitárias. Trata-se de um instrumento de harmonização, de compatibilização entre os vários ordenamentos jurídicos europeus; impõe um fim, mas como atingir esse fim fica à discricionariedade de cada um dos Estados-membros da União Europeia.

A lei nova entrou em vigor no dia 1º de julho de 2009; e quanto à questão da aplicação da lei no tempo, existe um regime transitório: todos os contratos celebrados até essa data são regulados pelo Decreto-Lei 359/1991, de 21 de setembro, conforme dispõe o artigo 34º da LCC. Vamos assistir à aplicação simultânea dos dois diplomas durante alguns anos. Aliás, existe ainda pouca jurisprudência dos tribunais superiores portugueses em que o diploma aplicável seja o novo regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores⁵.

Na relação contratual do crédito ao consumidor, temos dois sujeitos: o dador ou vendedor de crédito e o consumidor ou tomador de crédito. Existem sobretudo dois tipos de instituições que concedem crédito: as instituições de crédito, em particular os bancos, e as sociedades financeiras, com destaque para as sociedades financeiras para aquisição a crédito⁶.

3. Inversão do paradigma

O novo regime incentiva à concessão de crédito responsável, em contraposição à concessão de crédito irresponsável, apelidado pelo professor Mário Frota como “crédito selvagem”.

De forma generalista, durante quase duas décadas em Portugal, a concessão de crédito consubstanciava-se nos seguintes comportamentos,

v.g.: instituições de crédito e sociedades financeiras emprestavam dinheiro facilmente, sem averiguar se o consumidor tinha ou não condições para pagar o crédito contraído; falta de supervisão por parte do Banco de Portugal, a suposta entidade de supervisão; falta de honestidade de alguns mediadores do crédito; existência de publicidade enganosa, de mensagens artificiosas, de juros manhosos, logro nas taxas nominais; existência de práticas comerciais desleais...

Face ao anterior regime, as principais novidades legislativas são as seguintes: aumento das operações excluídas da aplicação do novo regime jurídico, bem como do número de menções que deve obrigatoriamente constar do contrato de crédito; regula-se especificamente a atividade publicitária; existem novas regras sobre informações pré-contratuais; o credor tem que obrigatoriamente avaliar a solvabilidade do consumidor do crédito; estendeu-se o procedimento aos garantidos; aumento do prazo para o consumidor do crédito se arrepender da celebração do contrato (dos 7 dias úteis para 14 dias de calendário) e impossibilidade de renunciar a este direito; novos elementos na noção de contrato de crédito coligado; novo regime do reembolso antecipado; novas regras quanto ao incumprimento do contrato de crédito pelo consumidor e quanto aos mediadores do crédito, entre outras.

4. Informações pré-contratuais

O dever de informação está consagrado no artigo 60º da Constituição da República Portuguesa, bem como no artigo 8º da Lei de Defesa do Consumidor⁷. Como refere o próprio preâmbulo do novo regime, um dos aspetos inovadores respeita ao dever de informação: esta deverá ser clara, completa e verdadeira.

Trata-se de informação clara e precisa nos preliminares – quer na publicidade, quer nas informações pré-contratuais; na conclusão do contrato de crédito e na sua própria execução, sem qualquer espécie de coação, influência indevida ou assédio⁸.

No que toca à publicidade, exige-se uma série de elementos de informação normalizados, através de um exemplo representativo: a taxa nominal e outros encargos incluídos no custo total do crédito; o montante total do crédito; a taxa anual de encargos efetiva global (TAEG); a duração do contrato se for o caso; o preço a pronto e o montante de um eventual pagamento de sinal, no caso de um crédito sob a forma de pagamento diferido para um produto

ou serviço específico; o montante total imputado ao consumidor e o das prestações, se for o caso.

Embora não nos sintamos confortáveis no que concerne ao cálculo e informação do preço do dinheiro no crédito ao consumo, consideramos importante mencionar que a TAEG é a soma da taxa efetiva, mais outros encargos, tais como comissões, impostos, seguros. Numa só expressão, está em causa o “custo total do crédito”, de acordo com uma fórmula matemática anexa à LCC. Todavia, calcular a taxa anual de encargos efetiva global não é, de todo, tarefa fácil⁹:

$$(\text{sigma}) \sum_{k=1}^m Ck(1+x)^{-tk} = (\text{sigma}) \sum_{l=1}^{m'} D1(1+x)^{-Sl}$$

Qual o valor máximo da TAEG? Há que atentar no artigo 28º da LCC. Diz-nos o n.1: “É havido como usurário o contrato de crédito cuja TAEG, no momento da celebração do contrato, exceda em um terço a TAEG média praticada no mercado pelas instituições de crédito ou sociedades financeiras no trimestre anterior, para cada tipo de contrato de crédito ao consumo”. Assim, o Banco de Portugal publica trimestralmente esses mesmos valores para cada tipo de contrato de crédito ao consumo (Tabela 1). Estabelece-se, assim, como limite 1/3 da média praticada no mercado, não estando o valor máximo da TAEG sujeito ao regime do Código Civil.

Tipo de Contrato de crédito	3º Trimestre 2012	4º Trimestre 2012
Crédito pessoal		
– Finalidade Educação, Saúde, Energias Renováveis e Locação Financeira de Equipamentos	6,4%	7,2%
– Outros Créditos Pessoais	20,9%	21,1%
Crédito automóvel		
– Locação Financeira ou ALD: novos	9,4%	9,1%
– Locação Financeira ou ALD: usados	10,6%	10,5%
– Com reserva de propriedade e outros: novos	13,2%	13,2%
– Com reserva de propriedade e outros: usados	17,3%	17,3%
Cartões de Crédito, Linhas de Crédito, Contas Correntes Bancárias e Facilidades de Descoberto	37,2%	37,3%

Tabela 1. TAEG média no 3º e 4º trimestres de 2012.

Fonte: Banco de Portugal

O principal objetivo da informação pré-contratual é facultar ao consumidor “as informações necessárias para comparar diferentes ofertas, a fim de tomar uma decisão com conhecimento de causa quanto à celebração de um contrato de crédito”. Estas informações poderão ser dadas em papel ou noutra suporte duradouro¹⁰, através da Ficha sobre Informação Normalizada Europeia em matéria de Crédito aos Consumidores. Este formulário é um dos anexos à LCC, e a ficha já é sobejamente conhecida por FIN.

Estas informações deverão especificar o tipo de crédito; a identificação e o endereço geográfico do credor ou do mediador; o montante total do crédito; a duração do contrato de crédito; a taxa nominal; a TAEG e o montante total imputado ao consumidor; o tipo, montante, número e a periodicidade dos pagamentos; os custos notariais; a eventual obrigação de celebrar um contrato acessório ao contrato de crédito; a taxa de juros de mora em caso de incumprimento; as consequências da falta de pagamento; as garantias exigidas, se for o caso; a existência do direito de retratação; o direito de reembolso antecipado, se for o caso, entre outras¹¹. E questiona-se se uma lista tão extensa de informações “não constituirá decisivo obstáculo à integral satisfação dos ditames da lei, a que se aliará a proverbial *iliteracia* dos consumidores...”¹².

Ainda no âmbito das informações pré-contratuais, o legislador consagrou o dever de assistência, a fim de o consumidor avaliar se o contrato proposto se adapta ou não às suas necessidades. O ónus de provar o seu cumprimento compete ao credor ou ao mediador de crédito. Na verdade, o artigo 7º da LCC ambiciona “obter uma clara, consciente e refletida atuação do consumidor em vista da possível celebração do contrato de crédito”¹³.

5. Avaliação da solvabilidade do consumidor

O dador do crédito deverá verificar as informações prestadas pelo consumidor – eis uma das principais novidades do novo regime jurídico. Nos termos da lei, o ónus da prova desta avaliação incumbe ao próprio credor. Poderá consultar a Central de Responsabilidades de Crédito (CRC), a Lista Pública de Execuções, o Registo Informático de Execuções, bem como outras bases de dados que entenda por convenientes. A lista pública de execuções bem como o registo informático são regulados pelo Decreto-lei 201/2003, de 10 de setembro¹⁴.

A CRC é uma base de dados sob a égide do Banco de Portugal e regulamentada pelo Decreto-lei 204/2008, de 14 de outubro¹⁵. As entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal que concedem crédito são denominadas por entidades participantes e constam de uma lista publicada no sítio do Banco de Portugal, na internet¹⁶. As instituições de crédito são obrigadas a comunicar àquela entidade de supervisão os créditos que concedem. Desta forma, um dos principais objetivos da CRC é divulgar a informação centralizada às entidades participantes, a fim de avaliar os riscos inerentes à concessão de crédito.

A CRC inclui informações sobre responsabilidades de crédito efetivas e responsabilidades de crédito potenciais. No que respeita às responsabilidades de crédito efetivas, estão em causa empréstimos para aquisição de habitação, de automóveis, de mobiliário e de outros bens de consumo ou serviços; descobertos em contas bancárias; montantes utilizados em cartões de crédito, entre outras. Já no que concerne às responsabilidades de crédito potenciais e apenas na medida que afigurem compromissos definitivos e não revogáveis das entidades participantes, temos como exemplos os montantes não utilizados de cartões de crédito ou as linhas de crédito contratadas.

Quanto à lista pública de execuções, estamos perante uma lista com os nomes das pessoas singulares e coletivas, cujos processos executivos estão extintos. Esta lista é acessível a todos os cidadãos, através de uma base de dados pública e livre. Acede-se através do portal Citius, que se encontra *online* desde o dia 31 de março de 2009¹⁷. Entretanto, apenas se aplica aos processos iniciados a partir da data mencionada e que tenham terminado por não se terem encontrado bens penhoráveis do devedor e uma vez decorridos 30 dias após o fim do processo. Questiona-se o efeito útil destes 30 dias, todavia pretende-se que o executado pague a sua dívida ou decida aderir a um plano de pagamentos equacionado por uma das entidades reconhecidas pelo Ministério da Justiça para prestar apoio ao sobre-endividamento. Caso contrário, o seu nome figurará naquela lista. Se o mutuário não pagou a quantia em dívida, será que pagará naqueles 30 dias, com o fim dissuasor de não constar da lista?

No registo informático de execuções insere-se o rol de execuções pendentes, identificando a execução, o agente de execução, as partes, o pedido, os bens indicados para penhora, bens penhorados, entre outros elementos; e ainda a lista de execuções findas ou suspensas, mencionando-se

ainda, neste caso, se há extinção do pagamento integral ou parcial ou se não se encontraram bens penhoráveis.

O legislador elenca as entidades que podem aceder ao registo informático de execuções¹⁸. Temos os magistrados judiciais e do Ministério Público, as pessoas que exercem o mandato judicial e os agentes de execução, o próprio titular dos dados, e ainda, a lista poderá ser acessada “por quem tenha relação contratual ou pré-contratual com o titular dos dados ou revele outro interesse atendível na consulta, mediante consentimento do titular ou autorização dada por entidade judicial”. Existe um modelo aprovado a fim de requerer o acesso ao registo informático, a apresentar no tribunal competente, com os respetivos fundamentos do pedido, aprovado pela Portaria 985-B/2003, de 15 de setembro.

Uma vez avaliada a solvabilidade do consumidor e se o vendedor do crédito chegar à conclusão de que esta não existe, este deverá informar aquele imediata, gratuita e justificadamente da sua decisão em não conceder o crédito. O consumidor poderá assumir uma de duas condutas: respeita ou impugna a decisão com fundamento nas informações pretensamente falsas que constam das bases de dados, por exemplo. Poder-se-á, neste âmbito, colocar outra questão: a de saber se “os dados são fiáveis e as bases responsabilmente geridas e criteriosamente fundadas”¹⁹.

A responsabilidade dos dadores de crédito pela não assunção dos seus poderes-deveres é uma responsabilidade contraordenacional, com o conseqüente pagamento de coimas (e agora com valores que realmente são cominativos) e sanções acessórias²⁰. Note-se que se posteriormente houver o intuito de ampliar o crédito, a solvabilidade do consumidor de crédito terá que ser analisada novamente pelo respetivo vendedor do crédito.

Em jeito de conclusão, o atual regime jurídico dos contratos de crédito ao consumidor visa contrariar a irresponsabilidade na concessão do crédito. Em princípio, só deve aceder ao crédito quem esteja em condições de honrar os seus compromissos financeiros.

A responsabilidade dos dadores de crédito pela não assunção dos seus poderes-deveres é uma responsabilidade contraordenacional

6. Contrato de crédito

A forma legalmente exigida para os contratos de crédito é uma exceção ao princípio da liberdade de forma consagrado no artigo 219º do Código Civil. De acordo com o artigo 12º, n. 1, da LCC: “devem ser exarados em papel ou noutro suporte duradouro, em condições de inteira legibilidade”. A possibilidade do suporte duradouro é uma novidade no novo regime, bem como a extensão do procedimento aos garantentes²¹. É óbvio que estes deverão saber os termos em que se vinculam.

O contrato de crédito deve especificar os seguintes elementos: tipo de crédito; identificação e endereço geográfico do credor ou do mediador; montante total do crédito; duração do contrato de crédito; a taxa nominal; a TAEG e o montante total imputado ao consumidor; tipo, montante, número e a periodicidade dos pagamentos.

Se as partes não reduzirem o contrato a escrito, se não assinarem, se não for entregue um exemplar do contrato ao consumidor e aos garantentes, que têm de “conhecer o alcance e os termos da responsabilidade assumida”²², ou se faltar algum daqueles elementos referidos, o contrato é nulo.

A lei estipula ainda um extenso número de elementos que deve constar, igualmente, do contrato de crédito sem os quais o contrato será anulável, excetuando as garantias e seguros exigidos, em que se determina a sua inexigibilidade.

Talvez o legislador devesse ter estabelecido os requisitos de forma e respetivas consequências da sua falta de um modo mais claro, evitando tantas remissões, como se percebe após uma breve leitura dos artigos 12º e 13º da LCC.

7. Direito de retratação ou direito ao arrependimento

A lei apelida-o de direito de livre revogação; nós insistimos no direito de retratação. O consumidor não precisa de justificar a sua decisão e é um direito irrenunciável. Por força da lei, dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para se arrepender de ter celebrado um contrato de crédito.

O direito ao arrependimento tem como características fundamentais a seguinte tríade: imotivável, não indenizável e irrenunciável²³.

O novo regime resolve a questão da contagem deste prazo, que começa a correr a partir da data da celebração do contrato de crédito ou a partir da data

de recepção pelo consumidor do exemplar do contrato e das informações a que se refere o artigo 12º da LCC, se essa data for posterior à data da celebração do respectivo contrato.

8. Contratos coligados

O legislador no artigo 4º, n. 1, o), da LCC define contratos coligados e diz-nos que o contrato de crédito poderá estar coligado a um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços específico se se preencherem dois elementos: se o crédito servir exclusivamente para financiar o pagamento do preço do bem ou do serviço específico – e não de bens ou de serviços em geral²⁴; e se ambos os contratos constituírem uma unidade económica, de cariz objetivo, resultantes de uma de duas situações possíveis – o credor é o financiador ou na hipótese do financiador ser uma terceira pessoa, situação mais comum, só se houver menção do bem ou serviço no contrato de crédito ou se houver uma relação de colaboração entre vendedor e financiador (por exemplo, o vendedor tem no seu estabelecimento comercial os formulários a preencher).

Quanto aos requisitos de coligação, o novo regime é mais benéfico para o consumidor, já que não tem que provar a relação de exclusividade vendedor-financiador e está mais protegido. A maioria das decisões dos Tribunais da Relação e do Supremo Tribunal de Justiça sobre o contrato de crédito ao consumo versa sobre os requisitos do artigo 12º do diploma de 1991, isto é, se estamos ou não perante contratos coligados. Na verdade, “a repercussão no contrato de mútuo das vicissitudes do contrato de compra e venda só seria possível no quadro estreito traçado no art. 12º, que pressupunha que o crédito tivesse sido obtido no âmbito de um acordo prévio existente entre o credor e o vendedor, por força do qual o crédito seria concedido exclusivamente pelo mesmo credor aos clientes do vendedor para a aquisição de bens fornecidos por este último”²⁵.

E quais os efeitos dessa união? A invalidade ou ineficácia do contrato de crédito repercute-se no contrato de compra e venda e a invalidade ou revogação do contrato de compra e venda repercute-se no contrato de crédito.

No caso de incumprimento ou de desconformidade no cumprimento do contrato de compra e venda ou de prestação de serviço, prevê-se um regime de subsidiariedade: o consumidor deverá interpelar o vendedor para cumprir e só depois, no caso de não satisfação, poderá reagir perante o financiador.

No caso de incumprimento temporário: temos a exceção de não cumprimento do contrato²⁶, ou seja, suspende-se o pagamento. No caso de incumprimento definitivo: existe a possibilidade da redução do montante ou da resolução do contrato e, nestes casos, o consumidor não está obrigado a pagar ao credor o montante correspondente àquele que foi recebido pelo vendedor. Trata-se, na verdade, de uma novidade da nova lei, todavia tal já era difundido pela doutrina.

Há que atentar ainda na possibilidade de existir um serviço acessório conexo com o contrato de crédito, em que o consumidor deixa, também, de estar vinculado ao contrato acessório se revogar o contrato de crédito. O exemplo paradigmático de um contrato acessório é o contrato de seguro. O contrato de compra e venda é o contrato principal; só depois de este estar resolvido é que “contagia” o contrato conexo. O consumidor deixa de estar vinculado ao contrato acessório quando “cai” o contrato de crédito. Para todos os efeitos, à cautela pode e deve informar-se a seguradora.

9. Conclusões

Com o novo regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores, deu-se a inversão de um paradigma: da passagem de um crédito desenfreado e sem moderação, para um mercado que incita práticas responsáveis de concessão do crédito.

O dever de informação, já constitucionalmente consagrado e previsto na Lei de Defesa do Consumidor, ganha uma nova ênfase com a nova lei, no que respeita às informações pré-contratuais. Podemos destacar os requisitos no que concerne à publicidade, bem como a entrega ao consumidor da Ficha de Informação Normalizada.

Uma outra novidade é a avaliação da solvabilidade do consumidor: o dador do crédito tem que verificar as informações prestadas pelo consumidor. Poderá consultar a Central de Responsabilidades de Crédito e a Lista Pública de Execuções, bem como outras bases de dados que oportunamente entender.

Destaque-se ainda a nova possibilidade do contrato de crédito poder ser celebrado em suporte duradouro, bem como a extensão do procedimento aos respetivos garantes, caso existam. No que afeta ao direito de retratação, o consumidor dispõe de um prazo de 14 dias de calendário para se arrepender de ter celebrado um contrato de crédito.

A invalidade ou ineficácia do contrato de crédito repercute-se no contrato de compra e venda e a invalidade ou revogação do contrato de compra e venda repercute-se no contrato de crédito; mas quanto aos requisitos de coligação, o novo regime é mais benéfico para o consumidor.

Em conclusão, o legislador pretendeu que a concessão de crédito por parte das instituições de crédito e das sociedades financeiras seja feita responsabilmente... nesta sociedade moderna em que o “ter” é mais importante do que o “ser”!

Notas

¹ Isabel Menéres Campos, *Notas breves sobre os mecanismos de garantia do cumprimento no crédito ao consumo*. Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2012, p. 291.

² Diógenes Faria de Carvalho, Consumidor Endividado, Vítima do Sistema Cultural. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, # 1, março de 2012, p. 63.

³ Diógenes Faria de Carvalho, Consumidor Endividado, Vítima do Sistema Cultural. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, # 1, março de 2012, pp. 60, 61 e 63.

⁴ Este diploma transpôs a Diretiva 87/102/CEE, de 22 de Dezembro de 1986 e a Diretiva 90/88/CEE, de 22 de Fevereiro de 1990.

⁵ O Acórdão da Relação do Porto de 28.03.2012 (Vieira e Cunha) versa sobre um contrato de crédito celebrado em Junho de 2005; logo, aplica-se o Decreto-Lei 359/91 de 21 de setembro. Todavia, este contrato foi modificado em novembro de 2009 no que respeita ao prazo de reembolso e prestações mensais a pagar pelos mutuários e, desta forma, para este contrato renegociado, o tribunal superior aplicou o disposto no Decreto-Lei 133/2009, de 2 de junho.

⁶ O Decreto-Lei 298/92, de 31 de dezembro, regula o processo de estabelecimento e exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras; todavia já foi alterado por inúmeras vezes. Refira-se que é o Banco de Portugal que tem competência para autorizar a sua constituição.

⁷ A Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei 24/96, de 31 de julho, e alterada pela Retificação 16/96, de 13 de novembro; pela Lei 85/98, de 16 de dezembro; e, finalmente, pelo Decreto-Lei 67/2003, de 8 de abril.

⁸ Para uma melhor compreensão destes conceitos, cf. Mário Frota – Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, # 1, março de 2011, pp. 58 e 59.

⁹ As letras e os símbolos têm o seguinte significado: X – taxa anual de encargos efetiva global (TAEG); m – número de ordem da última utilização do crédito; k – número de ordem de uma utilização do crédito, pelo que $1 \leq k \leq m$; Ck – montante de utilização do crédito k; tk – intervalo de tempo expresso em anos e frações de anos, entre a data da primeira utilização e a data de cada utilização sucessiva, com $t_1 = 0$; m' – número do último reembolso ou pagamento de encargos; l – número de um

reembolso ou pagamento de encargos; DI – montante de um reembolso ou pagamento de encargos; *s/* – intervalo, expresso em anos e frações de um ano, entre a data da primeira utilização e a data de cada reembolso ou pagamento de encargos.

¹⁰ Como exemplos de suporte duradouro, temos: usb, cd-rom, dvd, cartões de memória, disco duro do computador onde estejam armazenados os e-mails ou ficheiros pdf.

¹¹ Cf. Artigo 6º.

¹² Mário Frota, Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, # 1, março de 2011, p. 53.

¹³ Fernando de Gravato Morais, *Crédito aos consumidores*. Anotação ao Decreto-Lei 133/2009. Coimbra: Almedina, 2009, p. 50.

¹⁴ Este diploma já foi alterado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março, pela Lei 60-A/2005, de 30 de dezembro e pelo Decreto-Lei 226/2008, de 20 de novembro.

¹⁵ A CRC encontra-se ainda regulamentada pela Instrução do Banco de Portugal 7/2006, de 16 de junho. Dispõe da Autorização 160/2002, de 25 de junho, concedida pela Comissão Nacional de Proteção de Dados, nos termos da Lei 67/98, de 26 de outubro.

¹⁶ Cf. <http://www.bpportugal.pt/pt-PT/ServicosaoPublico/centralResponsabilidadesdeCredito/Paginas/EntidadesParticipantes.aspx>.

¹⁷ Cf. <http://www.citius.mj.pt/porta1/execucoes/listapublicaexecucoes.aspx>. Atualmente na lista pública de execuções constam mais de 30.000 registos.

¹⁸ Cf. Artigo 6º do Decreto-Lei 201/2003, de 10 de setembro, com as alterações já mencionadas.

¹⁹ Mário Frota, Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, # 1, março de 2011, p. 56.

²⁰ Cf. artigo 30º da LCC.

²¹ “Encontram-se aqui contemplados, por exemplo, o fiador, o avalista e o cônjuge do consumidor, caso este assine o contrato nessa qualidade.” Cf. Fernando de Gravato Morais, *Crédito aos consumidores*. Anotação ao Decreto-Lei 133/2009. Coimbra: Almedina, 2009, p. 68.

²² Fernando de Gravato Morais, *Crédito aos consumidores*. Anotação ao Decreto-Lei 133/2009. Coimbra: Almedina, 2009, p. 62.

²³ Cf. Mário Frota, Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, # 1, março de 2011, p. 64.

²⁴ Afastam-se, assim, os cartões de crédito, uma vez que não se financia um bem ou serviço específico. Cf. Fernando de Gravato Morais, Do Crédito ao Consumo ao Crédito aos Consumidores. *Revista do CEJ*, n. 12 (2º Semestre 2009), Lisboa, p. 73.

²⁵ Cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 03.05.2012 (Jorge Leal): <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7731179e06a0cc9d802579fa0050a42e?OpenDocument>.

²⁶ De acordo com o artigo 428º do Código Civil, desde que não haja prazos diferentes para o cumprimento das prestações, qualquer dos contraentes pode recusar a sua prestação, enquanto o outro não efetuar a que lhe compete ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

Referências

CAMPOS, Isabel Menéres. *Notas breves sobre os mecanismos de garantia do cumprimento no crédito ao consumo*. Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 291 a 310. ISBN 978-972-40-4714-0.

CARVALHO, Diógenes Faria de. Consumidor Endividado, Vítima do Sistema Cultural. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. II, # 1, março de 2012, pp. 55 a 74. ISSN 2237-1168.

FROTA, Mário. Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, # 1, março de 2011, p. 43 a 77. ISSN 2237-1168.

MORAIS, Fernando de Gravato. *Crédito aos consumidores – Anotação ao Decreto-Lei 133/2009*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3933-6.

MORAIS, Fernando de Gravato. Do crédito ao consumo ao crédito aos consumidores. *Revista do CEJ*, n. 12 (2º Semestre 2009). Lisboa. ISSN: 1645-829X, p. 59-82.

RAMIREZ, Paulo Nuno Horta Correia. A atual regulação do crédito ao consumo. *As novas fronteiras do direito no dealbar do século XXI: estudos em homenagem aos professores doutores A. Pires de Carvalho e Manuel Fernandes Costa*. Lisboa. Rei dos Livros. ISBN 978-989-8305-35-0 (2012), pp. 303-330.

RIBEIRO, Virgínio da Costa. Os contratos de crédito ao consumo na prática dos tribunais. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n. 14 (2011). Lisboa, p. 291-308.

O NOVO REGIME
DA NEGOCIAÇÃO
EXTRAJUDICIAL DE
CRÉDITOS BANCÁRIOS
CONCEDIDOS AO
CONSUMIDOR:
UMA BREVE ABORDAGEM AO
DL 227/2012, DE 25 DE OUTUBRO

ANA FILIPA CONCEIÇÃO

Escola Superior de Tecnologia e Gestão – Instituto Politécnico de Leiria

EXCERTOS

“A medida geral mais importante encontra-se presente no art. 8º, proibindo-se expressamente a cobrança de quaisquer comissões para renegociação das condições do contrato de crédito”

“As instituições bancárias estão obrigadas, de acordo com o art. 9º, a instituir um conjunto de práticas de monitorização do incumprimento, que culmina com a criação do Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI)”

“A insolvência diminui drasticamente a possibilidade de recuperação de créditos, provoca efeitos patrimoniais e pessoais muito pesados sobre o consumidor e, maxime, perturba enormemente o mercado de crédito”

“No que concerne à avaliação, cumpre à instituição bancária apurar as motivações e a dimensão da incapacidade de pagamento que leva ao incumprimento, nomeadamente determinando se a incapacidade é momentânea ou persistente, o que levaria ao incumprimento continuado”

“Sempre que a obrigação seja garantida através de fiança, o fiador dever ser contactado”

“A curto prazo, vemos que os consumidores sobre-endividados e insolventes ficarão de fora destes mecanismos, mas cremos que a lealdade e a diligência das instituições bancárias se deverão refletir na sua postura de credores reclamantes nos processos insolvenciais, contribuindo para que o consumidor obtenha um plano de pagamentos ou a exoneração do passivo restante”

1. Introdução

A degradação das condições socioeconómicas dos portugueses tem-se evidenciado nos últimos anos, em virtude da crise financeira global. Os números do crédito malparado concedido a particulares e o aumento de processos judiciais de execução e insolvência demonstram a urgência da criação de modelos preventivos de negociação dos créditos bancários, uma das principais causas do endividamento excessivo dos consumidores. Neste sentido foi criado um novo regime global para a monitorização e negociação extrajudicial de créditos bancários, plasmado no DL 227/2012, de 25 de outubro. Este diploma estabelece, em linhas gerais, um sistema extrajudicial de negociação de créditos bancários, acompanhado de princípios globais a serem seguidos pelas instituições de crédito na monitorização do incumprimento, implicando ainda a criação de uma rede extrajudicial de organismos reconhecidos pelo Governo para assegurar a educação financeira, a informação e o auxílio aos consumidores em risco ou em incumprimento de créditos bancários. Por outro lado, reforça-se o recurso dos consumidores ao Mediador do Crédito, entidade criada pelo DL 144/2009, de 17 de junho.

As referidas medidas visam, sumariamente, impedir que os consumidores desaboquem numa situação de incumprimento generalizado, configurável como sobre-endividamento ou insolvência, antecipando e regulamentando a negociação extrajudicial que, até agora, só se faria casuisticamente ou nos tribunais, no âmbito de um processo de insolvência, criando um sistema ordenado e menos oneroso para consumidores e instituições bancárias, reduzindo o número de processos em tribunal e contribuindo para uma menor compressão patrimonial dos endividados. Por outro lado, reforça-se a responsabilização das instituições bancárias, obrigadas a criar um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI), o que valida ainda mais o esforço preventivo de tais medidas. O objeto, assim definido, encontra-se patente no art. 1º do diploma¹.

2. Âmbito de aplicação

No art. 2º estabelece-se o âmbito objetivo, que corresponderá às tipologias mais comuns de créditos concedidos a consumidores. Assim, encontramos os contratos de crédito à habitação², os contratos de crédito garantidos por

hipoteca sobre bem imóvel, os contratos de crédito ao consumo abrangidos pelo DL 133/2009³, de 2 de junho ou pelo DL 359/1991, de 21 de setembro⁴, com exceção dos contratos de locação financeira ou afins e ainda os contratos de crédito sob a forma de facilidades a descoberto que estabeleçam obrigação de reembolso no prazo de um mês.

Compreende-se a amplitude da previsão legal, uma vez que, abarcando a generalidade dos contratos de crédito concedidos a consumidores, alcança-se o propósito de criar um sistema viável de combate ao incumprimento que consubstancia a base de um possível sobre-endividamento ou situação de insolvência. De uma forma ampla, a alínea *b*) do art. 3º indica que, para efeitos de aplicação das normas, considerar-se-á contrato de crédito aquele *celebrado entre um cliente bancário e uma instituição de crédito com sede ou sucursal em território nacional* e que esteja elencado expressamente no referido artigo.

Em termos subjetivos, este diploma abrange, por um lado, as instituições de crédito, tal como indicado no art. 3º alínea *e*), em remissão para o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, ou seja, qualquer instituição que, nos termos da lei, esteja habilitada a efetuar operações de crédito em Portugal. Por outro lado, nos termos do art. 3º, alínea *a*), serão clientes bancários os consumidores que intervenham como mutuários em contratos de crédito⁵. Verifica-se pois que o âmbito de aplicação subjetivo restringe este regime aos consumidores, excluindo todos os restantes mutuários do sistema bancário, nomeadamente empresários⁶. A fragilidade financeira daqueles e a maior rigidez com que são tratados pelas instituições bancárias justifica a adoção deste tipo de medidas concretas dentro do sistema bancário.

3. Os objetivos genéricos de educação financeira e reforço da informação pré-contratual

Vimos já que o primeiro objetivo deste diploma é criar as bases para uma gestão rigorosa e séria dos riscos de incumprimento por parte dos consumidores bancários, de modo a que, através de monitorização permanente, se possam encetar diligências necessárias a, caso seja essencial, renegociar os créditos. Este regime, agora em apreço, passará por reforçar o papel das instituições bancárias nesta vigilância, reforçando também a sua responsabilização face ao panorama legal⁷. Todavia, como veremos, este diploma gera apenas linhas

orientadoras, deixando ainda um vazio quando aos moldes específicos com que se operarão os mecanismos de acompanhamento e gestão.

Em primeiro lugar, estabelece o art. 4º, no seu n. 1, que as instituições bancárias deverão adotar uma postura de diligência e lealdade, não só no cumprimento deste primeiro objetivo, mas também no do segundo. Assim, impõe-se esta mesma postura na criação dos mecanismos de vigilância mas também, assim que detectado o incumprimento, no emvidar de esforços para a regularização das situações de incumprimento.

Tendo em conta as especificidades destes contratos, os deveres de informação pré-contratuais e contratuais são bastante reforçados em legislação própria, de forma a proteger o consumidor. Contudo, os diplomas que regem estes contratos são menos flexíveis no que toca à renegociação, sendo que as instituições bancárias, tendencialmente, assumem uma postura mais agressiva perante o incumprimento dos seus clientes, muitas vezes recusando a negociação ou executando o património do devedor. Trata então esta norma, com cariz geral, de moldar a postura das instituições concedentes de crédito, de forma a possibilitar resultados menos penalizadores para ambas as partes: os consumidores mantêm os seus créditos ou bens e as instituições recuperam a totalidade ou a maior parte dos seus créditos. Este artigo promove assim uma corresponsabilização das partes envolvidas, uma vez que ao consumidor, nos termos do art. 4º, n. 2, se exige que, em primeiro lugar, faça uma gestão responsável das suas obrigações e, em segundo, perante um eventual risco de incumprimento, atendendo ao princípio da boa-fé, comunique-o de imediato às instituições de crédito afetadas, colaborando também ativamente para encontrar uma solução negociada.

Em suma, estes deveres gerais de ambas as partes têm como objetivo último impedir a imobilidade e passividade das partes, forçando-as à comunicação e ao encetar de negociações.

No entanto, ainda a nível dos preceitos gerais, são indicadas outras medidas capazes de alcançar os objetivos referidos. Em termos amplos, o art. 6º prevê a criação de uma rede extrajudicial de apoio aos clientes bancários, cujo regime se concretizará nos artigos 23º e ss. e que terão como tarefa principal não só a educação financeira do consumidor, através da prestação de informações e do seu aconselhamento, mas também o acompanhamento das situações de incumprimento, quer esteja o consumidor em risco ou já em mora, sendo estes serviços gratuitos. Por outro lado, de acordo com o art. 7º, as instituições bancárias, no que concerne à educação financeira, não ficam desoneradas de prestar todas as informações tendentes a explicitar os riscos do

endividamento excessivo e as consequências do incumprimento em sede pré-contratual, bem como de informar o consumidor sobre o PERSI, de acordo com informação normalizada definida pelo Banco de Portugal⁸. Trata-se assim de reforçar, em termos pré-contratuais, a prevenção do incumprimento, alcançando-se assim uma concessão responsável de crédito por parte das instituições e uma maior clarificação dos direitos dos consumidores.

Em termos concretos, a medida geral mais importante encontra-se presente no art. 8º, proibindo-se expressamente a cobrança de quaisquer comissões para renegociação das condições do contrato de crédito, sem prejuízo da cobrança de despesas tais como definidas pelo art. 3º, *d*), ou seja, despesas relativas à concretização da renegociação e não da sua mera análise e formalização (nomeadamente despesas notariais ou tributárias, devidamente justificadas). Compreende-se esta medida, no sentido em que só a gratuidade consegue universalizar este sistema, evitando que o consumidor em risco ou já em mora assumia maiores despesas, afastando-se da solução ora proposta.

4. O acompanhamento e a gestão do risco do incumprimento por parte das instituições bancárias

Na sequência do que afirmámos anteriormente, as instituições bancárias deverão prover, nos termos do art. 1º, alínea *a*), e dos arts. 5º, n. 1, e 9º e ss., ao acompanhamento e gestão do incumprimento por parte dos consumidores. Como vimos, trata-se de uma maior responsabilização das instituições, tendo em vista a possibilidade de evitar o incumprimento ou, pelo menos, de o solucionar rapidamente, evitando perdas significativas para as partes envolvidas.

Neste sentido as instituições bancárias estão obrigadas, de acordo com o art. 9º, a instituir um conjunto de práticas de monitorização do incumprimento, que culmina com a criação do Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI), plasmado no art. 11º, e, por outro, a definir os procedimentos internos para aplicação, por parte dos seus trabalhadores, destes princípios às relações com os clientes.

Começando pelo primeiro aspecto, diz-nos a lei que as instituições bancárias têm o dever de acompanhamento da execução dos contratos de crédito pelo que, nos termos do art. 9º, n. 1, alínea *a*), e n. 2 do mesmo artigo, a primeira medida consistirá em *implementar sistemas informáticos que possibilitem a identificação oportuna*

de factos que indiciem a degradação da capacidade financeira do cliente bancário para cumprir, emitindo os correspondentes alertas, nomeadamente os indícios observados pelos registos de incumprimento da Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal, a devolução, inibição de uso ou inscrição na lista de utilizadores de cheques que ofereçam risco, as dívidas tributárias e à segurança social, a insolvência⁹, e existência de litígios judiciais, a penhora de contas bancárias ou a verificação de incumprimentos noutras contratos com a instituição de crédito. Pretende-se assim que o sistema informático possa conjugar todos estes elementos num único mecanismo, evitando a dispersão dos instrumentos de vigilância.

As instituições bancárias deverão adotar uma postura de diligência e lealdade

Além disso, o art. 11º obriga as instituições a adotar o PARI, que deverá descrever de forma detalhada os procedimentos e medidas adotados pela instituição na concretização do dever de acompanhamento e gestão do risco de incumprimento, o que inclui alguns dos aspetos referidos acima, completando-os numa extensa lista de ações, como sejam a indicação dos procedimentos implementados para a recolha dos dados do incumprimento – alínea *c*); os procedimentos adotados para o contacto com os clientes em risco sendo que, por lei, o primeiro contacto desde a deteção de um indício de degradação patrimonial não pode exceder os 10 dias – alínea *d*); as soluções-padrão a propor quando ocorra o risco efetivo de incumprimento – alínea *e*); as estruturas competentes para desenvolver os procedimentos e ações do PARI e a sua articulação com outras entidades responsáveis – alínea *f*); os planos de formação dos trabalhadores que executam tarefas no âmbito do PARI – alínea *g*) e a definição de eventuais prestadores de serviços que sejam responsáveis por procedimentos e ações previstos no PARI – alínea *h*). De notar que o Banco de Portugal terá de indicar os procedimentos e factos relevantes para aplicação das alíneas *a*) a *d*).

Nota-se que o diploma lança apenas as bases do PARI, deixando para a entidade reguladora, o Banco de Portugal, e para as próprias instituições, a definição do sistema, que se pretende uniformizada, célere e, acima de tudo, orientada para o consumidor. Denota-se, inclusivamente na forma como se indica a necessidade de formação para os trabalhadores que contactam diretamente com o cliente, uma preocupação em tornar acessível ao consumidor o leque de soluções disponível que, como vimos, se pretende idêntica em todos os casos. A ideia de uma rede e de um verdadeiro sistema de

combate ao incumprimento toma forma neste diploma, pondo fim a vários anos de dispersão da linguagem e da distinta conduta das várias entidades bancárias. Deste modo, alcança-se uma estabilização até então nunca vista na contratação orientada para o consumo.

Concretamente, como resultado deste sistema de acompanhamento e gestão, prevê o art. 10º um conjunto de medidas a adotar pelas instituições em caso de deteção de indícios no âmbito da monitorização do incumprimento. Esta tramitação terá como objetivo obter, caso seja necessária, a renegociação dos contratos existentes.

Em primeiro lugar, detectados que sejam quaisquer indícios de incapacidade de pagamento, tal como indicados no art. 9º, n. 2, ou de acordo com as definições do Banco de Portugal nos termos do art. 10º, n. 6, as instituições bancárias deverão entrar em contacto com o cliente, no prazo máximo de 10 dias, como vimos, não ficando também o consumidor desonerado, nos termos do art. 4., n. 2, de comunicar à instituição visada qualquer dificuldade em cumprir as suas obrigações.

Inicialmente, proceder-se-á à avaliação da situação, operando-se as diligências necessárias para apurar as circunstâncias concretas do risco de incumprimento, de acordo com o art. 10º, n. 1, avaliando-se o estado de solvabilidade no consumidor, nos termos do n. 2. Cumpre ao consumidor, no prazo máximo de 10 dias, prestar as informações e entregar os documentos que eventualmente lhe sejam solicitados.

Posteriormente, caso se verifique que o consumidor dispõe de capacidade financeira para cumprir as suas obrigações, nomeadamente através da consolidação de créditos ou da renegociação do contrato, a instituição de crédito fica obrigada a apresentar-lhe propostas, em suporte duradouro e com respeito pelos deveres de informação, que sejam adaptadas à sua situação financeira, objetivos e necessidades (nºs 4 e 5 do art. 10º).

Verificamos que, em primeiro lugar, o PARI e os sistemas de deteção do incumprimento associados têm um pendor preventivo muito vincado, com o propósito de detectar precocemente os riscos do incumprimento e evitar, precisamente, que este se verifique. Em segundo lugar, destaca-se a responsabilização das instituições bancárias, que deverão atuar com celeridade e diligência, de forma obrigatória, para propor soluções aos clientes que evitem o incumprimento, com ganhos para ambas as partes. Em terceiro, como já referimos, destaca-se a uniformização dos sistemas de monitorização e das condutas, implementando-se uma maior abertura à negociação com os consumidores, numa cultura bancária distinta do que existia até agora.

5. O Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI)

Ultrapassada a fase de detecção e tratamento precoce, tal como definido acima, poderá o consumidor deparar-se com uma situação de mora, sem que qualquer medida tenha sido tomada ou, por outro lado, pode que o incumprimento surja após a tramitação definida anteriormente. Neste caso, o diploma estabelece, no seu artigo 12º, o chamado PERSI, ou procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento, a ser implementado pelas instituições bancárias, o que permitirá abranger todos os consumidores nesta situação, de forma obrigatória.

É precisamente esta obrigatoriedade, como iremos ver, que permite ao PERSI tratar relativamente cedo os casos de incumprimento, evitando que o consumidor se veja a braços com uma situação de incumprimento generalizado, desembocando em insolvência. Insolvência essa que diminui drasticamente a possibilidade de recuperação de créditos, provoca efeitos patrimoniais e pessoais muito pesados sobre o consumidor e, *maxime*, perturba enormemente o mercado de crédito.

O início do PERSI, tal como acontece com as situações de mero risco de incumprimento, dá-se com os chamados contactos preliminares, previstos no art. 13º. Significa isto que, no prazo máximo de 15 dias após o vencimento da obrigação em mora, a instituição bancária deve informar o consumidor do incumprimento e dos montantes em dívida, devendo ainda apurar as razões determinantes do incumprimento.

A lei não é explícita neste ponto, uma vez que a integração do consumidor no PERSI far-se-á, como veremos de seguida, nas circunstâncias previstas, mas estes contactos prévios poderão conduzir ao cumprimento da obrigação em falta, não sendo necessário recorrer ao PERSI, caso a instituição bancária considere justificado o incumprimento.

Isto porque, como veremos, o PERSI terá três fases: a inicial, a de avaliação e proposta e a fase de negociação. A integração do consumidor na primeira fase está plasmada no art. 14º e poderá ocorrer em três situações distintas: o consumidor em mora que não regularize a situação e se mantenha em incumprimento é integrado obrigatoriamente no PERSI entre o 31º e o 60º dia após o vencimento da obrigação; em segundo lugar, pode ser o próprio consumidor a comunicar à instituição bancária, em suporte duradouro, que pretende integrar-se no PERSI, ocorrendo tal integração na data na qual a instituição bancária receba a comunicação; por último,

quando o consumidor tenha alertado para o risco de incumprimento e esse incumprimento venha a verificar-se, a sua integração no PERSI considera-se feita à data do incumprimento.

A integração é comunicada, no prazo de 5 dias após a ocorrência de qualquer uma destas situações, através de comunicação em suporte duradouro e contendo as informações a aprovar pelo Banco de Portugal (art. 14º, n.ºs 4 e 5). Caso, na pendência do PERSI, o consumidor incumpra outras obrigações com a mesma instituição, a regularização deve ser feita num único procedimento, tal como consta no art. 14º, n. 3.

Não podemos deixar de tecer algumas notas sobre esta fase inicial. Por um lado, não se compreendem prazos tão largos para a integração do consumidor no PERSI, uma vez que os prazos iniciais da averiguação da situação já permitem a avaliação da situação e o contacto com o consumidor, pelo que o intervalo de tempo previsto nos parece demasiado extenso, quando comparado, por exemplo, com os prazos mais curtos que permitem ao consumidor negociar todos os seus créditos (e não apenas os bancários) no processo de insolvência, no âmbito de um plano de pagamentos. Por outro lado, caso não seja possível o contacto com o consumidor, o que faria compreender os prazos flexíveis e alargados, dificilmente se poderão apoiar prazos tão dilatados para dar início às negociações. Finalmente, quanto à última possibilidade de integração, só se verificará esta possibilidade quando o consumidor não tenha capacidade de pagamento nos termos do art. 10º, n. 4, ou seja, quando não consiga renegociar os créditos numa fase prévia ao incumprimento, com base em propostas apresentadas pela instituição bancária. Neste caso, torna-se também difícil a negociação no âmbito do PERSI, o que poderá dificultar o seu sucesso.

A segunda fase, designada de avaliação e proposta, vem prevista no art. 15º. Aqui se estabelecem, de forma demarcada, as duas vertentes. No que concerne à avaliação, cumpre à instituição bancária apurar as motivações e a dimensão da incapacidade de pagamento que leva ao incumprimento, nomeadamente determinando se a incapacidade é momentânea ou persistente, o que levaria ao incumprimento continuado. Também aqui poderá a instituição solicitar informação ou documentos ao consumidor, de modo a avaliar a sua solvabilidade, devendo este prestar as informações e entregar os documentos solicitados no prazo máximo de 10 dias.

Completada esta abordagem, cabe à instituição de crédito, no prazo máximo de 30 dias, comunicar ao consumidor, em suporte duradouro, o resultado da avaliação: caso considere que o consumidor não dispõe de

capacidade económica para cumprir as suas obrigações, mesmo com a consolidação ou renegociação do crédito, é-lhe comunicada a inviabilidade do PERSI; caso se considere viável esta solução, a instituição bancária apresenta propostas de regularização da situação, baseada nas soluções apontadas, tal como ocorre nas circunstâncias de mero risco e não de incumprimento.

O consumidor pode aceitar, sem discussão, qualquer das propostas, não havendo lugar à fase da negociação. Esta iniciar-se-á, como consta no art. 16º, sempre que o consumidor recuse as propostas ou proponha alterações às propostas apresentadas. No primeiro caso, a instituição bancária pode apresentar novas propostas, caso considere existirem alternativas, devendo o consumidor pronunciar-se sobre elas no prazo máximo de 15 dias. No segundo, a instituição bancária terá de comunicar, também no prazo máximo de 15 dias, se aceita ou recusa a alteração, podendo fazer nova proposta, abrindo-se novo prazo de 15 dias para resposta do consumidor.

O PARI e os sistemas de deteção do incumprimento associados têm um pendor preventivo muito vincado

Mais uma vez chamamos a atenção para os prazos, que também aqui nos parecem demasiadamente dilatados. Pensamos também que seria fundamental a existência de um momento de negociação presencial, o que faria encurtar os prazos e permitiria uma maior disponibilidade das partes no encontro de uma solução.

Relevamos também o facto de o consumidor poder buscar auxílio junto dos membros da rede extrajudicial a constituir nos termos do art. 23º e ss. do diploma¹⁰. No entanto, causa certa estranheza o nível de intervenção destas entidades prescrito na lei. Atentando no artigo 27º do diploma, vemos que as funções gerais destas entidades serão informar, aconselhar e acompanhar o cliente bancário em risco de incumprimento ou já em mora, sendo estas concretizadas nas várias alíneas do n. 2. As entidades poderão então informar os consumidores dos seus direitos e deveres em caso de risco, incluindo no âmbito do PERSI apoiar o consumidor na análise das propostas, tanto no âmbito do PARI como de PERSI, prestar informações sobre sobre-endividamento e avaliar o próprio endividamento do consumidor.

Todavia, o n. 3 do referido artigo veda em absoluto que estas entidades atuem junto das instituições de crédito, no sentido de negociar em representação ou por conta do consumidor, ou que adotem qualquer meio de resolução alternativa de litígios (mediação, conciliação ou arbitragem) entre ambas as partes. Parece-nos, assim, que se perdeu uma oportunidade de criar

uma verdadeira rede de apoio ao consumidor, nomeadamente munindo-o de instrumentos, enquanto parte mais frágil do contrato, que permitam formar um resultado também mais favorável. É inegável que a maior experiência destas entidades assim como o recurso a técnicas de negociação mais exatas e previstas na lei permitiriam criar um sistema sólido de resolução extrajudicial destas situações. Assim apenas se justifica a criação da rede como uma forma de tornar mais acessível ao consumidor a educação financeira, não se criando uma verdadeira ponte entre aquele e as instituições de crédito, a quem terá de enfrentar por escrito e nunca presencialmente, apesar do apoio de técnicos especializados, o que constituirá uma vantagem relativamente ao processo de insolvência, na qual não se prevê a sua intervenção nas negociações dos planos de pagamentos.

Releva ainda o fato de, sempre que a obrigação seja garantida através de fiança, o fiador dever ser contactado, nos termos do art. 21º, no prazo máximo de 15 dias após o vencimento da obrigação. Neste caso, quando o fiador é demandado a cumprir as suas obrigações no âmbito da garantia pessoal, poderá optar por aderir também ao PERSI, desde que o comunique no prazo de 10 dias, tendo para tal sido informado, na primeira comunicação, pela instituição bancária. Também ao fiador é lícito o recurso à rede extrajudicial de apoio, nos termos do art. 31º do diploma.

Esta solução é plenamente justificada pelo facto de, pelo menos nos créditos à habitação, ser usual a existência de garantes, o que permitirá também obviar ao próprio risco de incumprimento das suas obrigações, prevenindo ou resolvendo rapidamente o incumprimento derivado de uma inesperada incapacidade económica.

No que diz respeito ao PERSI, são ainda importantes as garantias previstas a favor do consumidor no art.º 18.º, nomeadamente o facto da integração no PERSI suspender a possibilidade da instituição resolver o contrato ou intentar ações judiciais contra o consumidor, efeito que durará até à extinção do procedimento, o que também acontece com a proibição, por parte da instituição bancária, de ceder os créditos ou transmitir a sua posição contratual a terceiros (sendo que neste último caso pode fazê-lo livremente a outra instituição de crédito, que fica obrigada a prosseguir o PERSI). O que se pretende aqui é demonstrar o reforço da necessidade de negociação entre as partes, afastando os efeitos nefastos do incumprimento, o que toldaria as negociações e impediria resultados satisfatórios. Conseguir-se assim obter um efeito equivalente àquele que o consumidor obteria se, por exemplo, recorresse ao processo de insolvência.

O PERSI extinguir-se-á por diversos motivos, como consta no art. 17º. O primeiro será pelo pagamento integral dos montantes em mora ou com a extinção da obrigação. Por outro lado, extingue-se com a obtenção do acordo entre as partes, no âmbito da negociação promovida, no 91º dia após a integração do consumidor, sem que nenhuma das situações tenha ocorrido, salvo prorrogação acordada, ou ainda com a declaração de insolvência do consumidor, sinal de que o estado patrimonial se agravou severamente.

A acrescentar a estas circunstâncias, o n. 2 do artigo permite ainda à instituição bancária extinguir o PERSI por sua própria iniciativa. Tal poderá ocorrer em diversas situações: quando seja realizada penhora ou arrestados bens do consumidor a favor de terceiros; o consumidor adira a um plano especial de revitalização (PER) no âmbito de um processo pré-insolvencial, sendo nomeado um administrador judicial provisório nos termos do artigo 17-C, n. 3, alínea *a*), do CIRE; quando se conclua que o consumidor não tem capacidade financeira para regularizar a situação, após a avaliação prévia, nomeadamente por correrem contra si processos executivos; o consumidor não colabore com a instituição, ou praticando atos suscetíveis de perigar os direitos e garantias da instituição e quando o consumidor ou a instituição rejeitem em definitivo as propostas.

Nesta segunda lista, encontramos elementos de extinção objetivos e subjetivos. Objetivos aqueles que se baseiam na existência de elementos concretos que atestem a incapacidade financeira do consumidor e rejeição das propostas, por um lado, ou a desnecessidade de prossecução do PERSI, pelo facto de existirem já outros créditos em incumprimento, o que faz com que a negociação individual deva ser preterida a favor da negociação coletiva ou da insolvência. Significa isto que o PERSI foi iniciado tardiamente, não se cumprindo o seu propósito preventivo.

Subjetivamente, encontramos os preceitos que dizem respeito à análise do comportamento do consumidor, que se baseará na sua falta de colaboração, incumprindo prazos, falhando na entrega de documentos e no fornecimento de informações. O consumidor, no âmbito do seu dever geral de boa-fé, deve participar ativamente na resolução do problema, devendo apenas os comportamentos mais graves ser sancionados com a extinção do PERSI.

O consumidor,
no âmbito do seu
dever geral de boa-
fé, deve participar
ativamente na
resolução do
problema

Não tendo o PERSI permitido encontrar uma solução é, possível, em algumas circunstâncias, recorrer ao Mediador do Crédito, figura criada pelo DL 144/2009, de 17 de julho, de acordo com o art. 22º, nos cinco dias após a comunicação de extinção do PERSI referida no art. 17º, n. 3.

O mediador do crédito tem, de entre diversas funções, a de *coordenar a actividade de mediação entre clientes bancários e instituições de crédito exercida com a finalidade de contribuir para melhorar o acesso ao crédito*, tal como consta no art. 4º, n. 1, alínea *d*), do DL 144/2009. É neste âmbito que se insere a mediação solicitada após o insucesso do PERSI, no sentido de obter a reestruturação da dívida. Verificamos assim que se nega a possibilidade de qualquer mediação no âmbito do PERSI, mas se permite uma última tentativa através da figura do mediador de crédito. Mais uma vez criticamos a posição legislativa de não permitir a intervenção, neste campo, das entidades a reconhecer na rede extrajudicial, uma vez que a intervenção do mediador já será tardia, ou seja, prolongando-se a situação de incumprimento, malgrado constituir uma garantia adicional do consumidor e correspondendo ao âmbito das suas funções, que serão passíveis de utilização quando as propostas das instituições não satisfaçam o cliente bancário.

Na articulação dos dois diplomas, vemos que o art. 22, n. 1, do DL 227/2012 permite ao consumidor manter as garantias do art. 18º sempre que, de forma cumulativa, o PERSI se tenha extinguido por falta de acordo, ao 91º dia; por falta de capacidade financeira do consumidor, apurada pela instituição, ou pelas recusas do consumidor ou da instituição quanto ao conteúdo das propostas apresentadas e apenas nos casos dos contratos de crédito à habitação, exigindo-se ainda que o cliente bancário intervenha como mutuário em contratos de crédito com outras instituições – alíneas *a*), *b*) e *c*) do n. 1, respetivamente. Nos restantes casos, as garantias não serão de manter. Em todo o caso, estas vigorarão por 30 dias após o envio do pedido de mediação às instituições afetadas – art. 22º, n. 2, e poderão extinguir-se, por iniciativa da instituição de crédito, nos termos do n.º 3, ou seja, nos casos de insolvência, de adesão a um PER, de instauração de ações executivas contra o consumidor ou caso os seus bens sejam arrestados ou penhorados.

Este pedido de mediação permite, essencialmente, que os consumidores consigam renegociar extrajudicialmente uma dívida cujo incumprimento, com toda a probabilidade, conduziria a uma situação financeira insustentável, ou à perda irreparável de património, nomeadamente de um imóvel, pelo que esta última possibilidade de mediação é importante, por exemplo, para evitar a insolvência do consumidor, o que lhe traria maiores custos e efeitos mais nefastos à sua pessoa e património.

6. Conclusão

Depois do insucesso alcançado com o mecanismo previsto na Portaria 312/2009, que permitia ao consumidor a negociação com os seus credores no âmbito de uma ação executiva e para a qual o diploma ora em análise ainda remete, no seu art. 2º, n. 2, o legislador reforça a necessidade de criação de um verdadeiro sistema extrajudicial de negociação de créditos bancários. O insucesso referido prendeu-se com o facto de, na maior parte dos casos, o consumidor sobre-endividado e executado, sem bens penhoráveis, não estar informado sobre este mecanismo e, essencialmente, porque a previsão legal da negociação pecava por ser demasiado tardia uma vez que, como se compreende, não havendo bens penhoráveis não existe capacidade de negociação, restando ao consumidor recorrer à insolvência e à exoneração do passivo restante. Além disso, nesta portaria, exigia-se que o consumidor estivesse em incumprimento generalizado das suas obrigações, o que contrasta com o regime agora em análise, que se dedica a cuidar do incumprimento individual das obrigações.

Pensamos que o DL 227/2012, desde que rapidamente implementadas as suas medidas, poderá lograr a obtenção do principal objetivo, que será o de prevenir o incumprimento, evitando o recurso tanto das instituições de crédito como do consumidor aos tribunais, reduzindo, respectivamente, os processos executivos e as apresentações à insolvência. Todavia, estas medidas terão de ser acompanhadas pelo PARI, pela construção de uma rede extrajudicial de entidades que abranja todo o território nacional e, essencialmente, pela alteração da cultura bancária, aproximando as instituições dos consumidores e forçando a uma política de negociação que pareceu não existir nas últimas décadas. Tratando-se de um sistema coerente e sistematizado, parece-nos que estas medidas, a longo prazo, terão um efeito muito positivo e contribuirão para a concessão e gestão responsáveis do crédito a consumidores.

A curto prazo, vemos que os consumidores sobre-endividados e insolventes ficarão de fora destes mecanismos, mas cremos que a lealdade e a diligência das instituições bancárias se deverão refletir na sua postura de credores reclamantes nos processos insolvenciais, contribuindo para que o consumidor obtenha um plano de pagamentos ou a exoneração do passivo restante. Por outro lado, os consumidores em risco de incumprimento, com várias dívidas que não apenas bancárias, terão sempre de recorrer ao plano de pagamentos do processo de insolvência porque, como referimos, aqui não se trata de uma negociação coletiva com todos os credores.

De outra parte, ainda no curto prazo, estas medidas serão mais eficazes no caso dos contratos de crédito ao consumo, uma vez que a recém-publicada Lei 58/2012, de 9 de novembro, que estabelece um regime de proteção dos devedores em situação económica muito difícil no que concerne aos contratos de crédito à habitação desviará muitos consumidores candidatos ao PERSI.

Por último, apela-se ainda à fiscalização eficaz do Banco de Portugal e da Direção-Geral do Consumidor sobre as instituições de crédito e as entidades integrantes da rede extrajudicial, sobretudo no que diz respeito à sua forma de atuação, responsabilizando-as e punindo devidamente os incumprimentos dos deveres plasmados no DL 227/2012. As mudanças estruturais na forma de abordar o consumidor em risco, de que o sistema bancário carece, assim o exigem.

Notas

¹ Salvo indicação contrária, os artigos citados serão do DL 227/2012.

² Numa vertente ampla, incluindo os contratos para aquisição, construção e realização de obras em habitação própria e permanente, secundária ou para arrendamento, e ainda os créditos para aquisição de terrenos para construção de habitação própria.

³ Alterado pelo DL 72-A/2010 de 18 de junho, aplica-se genericamente aos créditos celebrados com consumidores, com as exceções dos artigos 2º e 3º do referido diploma, alguns dos quais abarcados também pela nova regulamentação em análise.

⁴ Anterior regime dos contratos de crédito ao consumo.

⁵ Na aceção do art. 2º n. 1 da Lei de Defesa do Consumidor, ou seja, todo aquele *a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefício.*

⁶ O tratamento das situações de endividamento dos empresários foi implementado através de distintas medidas, também de índole extrajudicial, nomeadamente com a reforma do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, que cria o Plano Especial de Revitalização, com o programa Revitalizar e com o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE).

⁷ Como se pode ver no regime contraordenacional referido no art. 36º do diploma.

⁸ Avisos 16/2012 e 17/2012 de 17 de dezembro e Instruções do BP 44/2012 e 45/2012 de 17 de dezembro, em <http://cliente.bancario.bportugal.pt/ptPT/Noticias/Paginas/RegimeIncumprimento.aspx>, consultado pela última vez em 27 de dezembro de 2012.

⁹ A locução “insolvência” não poderá aqui equivaler à insolvência declarada judicialmente, mas apenas há existência factual da impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas, como disposto no art. 3º n. 1 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas. Isto porque a declaração da insolvência impede a utilização dos mecanismos extrajudiciais, absorvendo o processo de insolvência

todos os créditos e não apenas estes, não podendo os credores obter a sua satisfação à margem dos mesmo.

¹⁰ Sendo estas entidades reconhecidas pela Direção Geral do Consumidor, após parecer do Banco de Portugal, nos termos da Portaria 2/2013, de 2 de janeiro. Neste momento estão acreditados o Gabinete de Orientação ao Endividamento do Consumidor, do ISEG/UTL e os Gabinetes de Apoio ao Sobre-endividado, da DECO.

SERVIÇOS FINANCEIROS: LITÍGIOS E RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL

CÁTIA MARQUES CEBOLA

Doutora em Direito

Professora adjunta na ESTG-Instituto Politécnico de Leiria

EXCERTOS

“Os fatores de surgimento da conflitualidade no sector financeiro prendem-se reiteradamente com a falta de informação e formação do consumidor relativamente a produtos financeiros de contornos complexos, com inúmeras variáveis e vicissitudes, de difícil compreensão por parte de um não especialista na matéria e expostos a riscos elevados pela inerente aléa que os caracteriza”

“Pode ser tentada a conciliação ou proposta às partes a solução que lhe pareça mais adequada, pelo que o mediador poderá assumir uma intervenção mais ativa, não cingindo a sua ação à mera promoção do diálogo, ao contrário da prática corrente no âmbito dos sistemas públicos de mediação”

“A importância que os conflitos financeiros granjeiam à escala mundial manifesta-se na preocupação evidenciada pela criação institucional de centros de arbitragem e mediação para a resolução de disputas no âmbito de operações e produtos financeiros de índole internacional”

“A figura do mediador do crédito, o PERSI e a RACE demonstram uma clara aposta legislativa em instrumentos extrajudiciais de resolução célere e gratuita dos conflitos no sector financeiro, pelo que lhes dedicaremos seguidamente maiores desenvolvimentos”

“O mediador do crédito deve também colaborar com o Banco de Portugal no sentido de contribuir para o cumprimento das normas legais e contratuais em matéria de concessão do crédito”

“A função que confere ao mediador do crédito um carácter singular é, contudo, a de coordenar a aplicação da mediação entre clientes bancários e instituições de crédito, exercida com a finalidade de contribuir para melhorar o funcionamento do sistema financeiro a este nível”

1. Sistematização dos atuais meios de solução de litígios

Nos primórdios da história a autotutela constituía o meio típico de resolução de conflitos, através do uso da força pelos sujeitos envolvidos numa determinada disputa¹. “*Olho por olho, dente por dente*”, ditava a *Lex Talionis* numa vã tentativa de introduzir uma certa exigência de proporcionalidade no âmbito deste mecanismo.

Proibida desde o direito romano², a autotutela é hoje consentida somente em casos excepcionais e devidamente justificados³. Na verdade e como bem aponta Carnelutti, o emprego da violência para solucionar conflitos torna difícil, senão impossível, a permanência dos homens em sociedade⁴.

Superada a autotutela, e sendo premente garantir a harmonia social e a resolução dos inevitáveis conflitos emergentes em todas as sociedades, despontam, em substituição, sistemas de composição de interesses⁵, os quais, tendo por objeto pretensões e contrapretensões dirigidas aos mesmos bens, as tentam satisfazer através da atribuição ou repartição desses bens, quer pelo recurso a formas processuais, quer por formas não processuais ou extrajudiciais⁶.

Efetivamente, perante a ineludível necessidade de solucionar disputas entre os cidadãos e proibida a autotutela, o Estado sentiu a contingente obrigação de instituir instrumentos de realização da justiça e concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁷, em que se consubstanciam os tribunais judiciais. Contudo, o processo judicial não representa o único meio de solução de conflitos. Concomitantemente, coexistem outros mecanismos que concorrem para a composição dos interesses em disputa num concreto conflito, mas que operam fora do cenário judicial, designando-se, por isso, de extrajudiciais⁸ e nos quais poderemos incluir a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Face ao exposto, o atual quadro dos meios de resolução de conflitos compreende a atividade jurisdicional exercida pelos tribunais no âmbito de um processo judicial e, bem assim, os mecanismos que concorrem para a composição do conflito de forma extrajudicial e de que são exemplo paradigmático, no hodierno contexto de realização da justiça, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

No âmbito do presente estudo cingiremos a nossa análise aos meios extrajudiciais, por constituírem formas reveladoras de inúmeras vantagens

na resolução dos contemporâneos conflitos financeiros que entretencem as relações jurídicas entre os agentes económicos e os consumidores, ao nível do fornecimento de bens, da prestação de serviços ou da transmissão de direitos de índole financeira, mormente bancária. Efetivamente, a atual “sociedade de consumo”⁹, aliada à democratização do crédito¹⁰ e à diversificação e acessibilidade de produtos financeiros estão na origem de inúmeros conflitos ligados à concessão de crédito, contratos de seguros ou operações relativas a valores mobiliários, cuja solução se revela imperiosa não só para os consumidores afetados, como para as instituições envolvidas.

2. A resolução extrajudicial de conflitos no setor financeiro

Os fatores de surgimento da conflitualidade no sector financeiro prendem-se reiteradamente com a falta de informação e formação do consumidor relativamente a produtos financeiros de contornos complexos, com inúmeras variáveis e vicissitudes, de difícil compreensão por parte de um não especialista na matéria e expostos a riscos elevados pela inerente aléa que os caracteriza.

Acresce que, nesta sede, inúmeros conflitos assolam consumidores em situação económico-financeira difícil, ou mesmo de iminente insolvência, tornando-se premente a sua resolução através de formas extrajudiciais, mais céleres, sem custos acrescidos, que permitem encontrar por acordo a melhor solução para cada cidadão, possibilitando o cumprimento dos seus compromissos, sem periclitarem a sua sobrevivência diária e a da família a seu cargo e que não acarretam a estigmatização social ainda inerente ao recurso aos tribunais judiciais.

Neste sentido, a mediação sobrevém como o instrumento de participação das partes na resolução dos seus conflitos, permitindo a obtenção de um acordo que ponha cobro à disputa através do diálogo intercedido pelo mediador imparcial ao conflito. No âmbito financeiro, a mediação encontra concretização institucional na figura do Mediador do Crédito (que desenvolveremos no ponto seguinte) e consagração legal no Código de Valores Mobiliários (CodVM)¹¹, competindo à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), nos termos do art. 33º, n.1, do referido diploma, organizar um serviço destinado à resolução de conflitos por mediação entre investidores não qualificados¹², por um lado,

e intermediários financeiros, consultores para investimento, entidades gestoras de mercados regulamentados ou de sistemas de negociação multilateral ou emitentes, por outro.

O Regulamento 23/2000 da CMVM consagra os procedimentos a adotar no âmbito dos seus serviços de mediação, os quais poderão ser solicitados a este organismo, de forma expressa, pelo investidor não institucional ou associação de defesa dos investidores, descrevendo-se o objeto do litígio, a pretensão e os seus fundamentos e a entidade ou entidades visadas (art. 2º do Regulamento). Após a recepção do pedido de mediação e uma vez designado o mediador, notifica-se a entidade ou entidades visadas para que procedam à sua aceitação ou declinem a submissão do conflito a este mecanismo.

Se a mediação for aceite, o mediador reúne-se informalmente com as partes, por forma a averiguar a possibilidade de acordo prévio e delinear a agenda da mediação. O mediador, se considerar que é possível a obtenção do acordo através de contatos informais, pode prescindir de reunir as partes simultaneamente¹³ (art. 5º, n. 2, do Regulamento). Poderá ainda verificar-se uma mediação multilateral quando o mediador agregue e trate conjuntamente vários pedidos dirigidos por pessoas com interesses idênticos e homogêneos, sem prejuízo da intervenção, a título principal ou acessório, de associações de defesa dos investidores, tal como prescreve o art. 4º do predito Regulamento.

Os mediadores escolhidos para cada caso concreto são designados pelo conselho diretivo da CMVM, podendo ser pessoas pertencentes aos seus quadros ou personalidades externas de reconhecida idoneidade e competência (art. 33º, n. 2, CodVM).

No que concerne ao papel do mediador no âmbito da CMVM, prescreve o art. 34º, n. 4, do CodVM, que pode ser tentada a conciliação ou proposta às partes a solução que lhe pareça mais adequada, pelo que o mediador poderá assumir uma intervenção mais ativa, não cingindo a sua ação à mera promoção do diálogo, ao contrário da prática corrente no âmbito dos sistemas públicos de mediação¹⁴.

O procedimento de mediação está sujeito aos princípios de imparcialidade, celeridade e gratuidade (art. 34º, n. 1, do CodVM). A confidencialidade constitui, de igual modo, um baluarte fundamental do procedimento de mediação na CMVM, estando o mediador obrigado a guardar segredo relativamente a todas as informações obtidas no decurso da sua atuação e não podendo a CMVM usar em qualquer processo

quaisquer elementos, cujo conhecimento advenha deste procedimento (art. 34º, n. 3, do CodVM).

O *terminus* da mediação verifica-se ou com a desistência das partes em qualquer fase do procedimento; ou sempre que o mediador considere fundamentadamente ser impossível alcançar qualquer transação entre as partes; ou, por último, quando for obtido acordo que colocará fim ao conflito (art. 6º do regulamento). O acordo resultante da mediação, quando escrito, tem a natureza de transação extrajudicial, ou seja, contrato estabelecido entre as partes (art. 34º, n. 5, do CodVM)¹⁵.

A título de exemplo, o procedimento de mediação da CMVM foi aplicado em 2008 para a resolução de conflitos entre o Banco Comercial Português, S.A. (BCP) e os seus clientes, surgidos entre 2000 e 2001, no âmbito do aconselhamento inadequado a pequenos aforradores por parte das suas sucursais, aquando da subscrição de aumentos de capital¹⁶.

Por outro lado, nas Linhas de Ação da CMVM para o biénio 2011-2012, encontrava-se o reforço do serviço de mediação de conflitos entre investidores e intermediários financeiros, como instância prévia à arbitragem, o que demonstra a aposta desta entidade neste mecanismo extrajudicial.

Com maior tradição no ordenamento jurídico português¹⁷, a arbitragem constitui a forma extrajudicial de resolução de conflitos através do qual um terceiro, o árbitro, decide o litígio que opõe as partes em confronto, impondo-lhes uma decisão vinculativa e, portanto, de cumprimento obrigatório.

No âmbito do direito do consumo, a arbitragem institucionalizada levada a cabo através de centros de arbitragem, aprovados pelo Ministério da Justiça¹⁸, tem assumido uma irrefutável importância. Constituindo entidades especializadas com carácter permanente, os centros de arbitragem de conflitos de consumo permitem aos consumidores obter informação e resolver as suas contendas nesta sede, de forma acessível, célere e tendencialmente gratuita¹⁹. Atualmente estão implementados em Portugal sete centros de arbitragem com competência genérica no âmbito do direito do consumo (Lisboa, Coimbra, Porto, Vale do Cávado, Vale do Ave, Algarve e Região Autónoma da Madeira), a que acresce o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo (CNIACC), em Lisboa, com competência supletiva em todo o território nacional, julgando os processos não abrangidos pelos restantes centros regionais²⁰.

O setor financeiro constitui uma fonte inegável de diversos conflitos carreados para os preditos centros de arbitragem, tendo dado entrada nestas entidades 178 processos relativos à banca e 18 relativos a outras atividades de intermediação financeira²¹, somente no ano de 2011.

A importância que os conflitos financeiros granjeiam à escala mundial manifesta-se na preocupação evidenciada pela criação institucional de centros de arbitragem e mediação para a resolução de disputas no âmbito de operações e produtos financeiros de índole internacional, de que o *P.R.I.M.E. Finance – Panel of Recognized International Market Experts in Finance* – nascido em Haia a 16 de janeiro de 2012, é um bom exemplo²². Baseado nas regras de arbitragem e conciliação estabelecidas pela UNCITRAL, o *P.R.I.M.E. Finance* visa prestar assistência na resolução de litígios relativos a transações financeiras complexas, bem como ministrar formações e emitir pareceres neste âmbito.

A mediação sobrevém como o instrumento de participação das partes na resolução dos seus conflitos

Demonstrando a mesma preocupação, mas no âmbito comunitário, foi criada em 2001 na União Europeia a Rede FIN-net, agrupando as entidades nacionais do Espaço Económico Europeu com competência para a resolução extrajudicial de conflitos no setor da banca, seguros e valores mobiliários. O objetivo essencial da predita rede consiste na facilitação da resolução de litígios financeiros ocorridos entre consumidores e agentes económicos sediados em diferentes Estados-membros²³. Com efeito, cada Estado-membro deverá designar um centro de coordenação (*“clearing houses”*) responsável pela admissão à rede dos sistemas internos de resolução extrajudicial de conflitos que sejam compatíveis com as exigências comunitárias, os quais farão ainda a gestão das reclamações apresentadas pelos consumidores europeus. Em Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) constitui o ponto de contacto português.

Desta forma, a resolução de um litígio por um cidadão português com uma entidade sedada num outro Estado-membro passará pela apresentação de uma reclamação junto da CMVM. A predita participação será depois dirigida ao sistema do Estado-membro da entidade reclamada para que a contacte e tente obter a resolução do conflito por acordo. Se o agente económico aceitar a proposta de solução, esta é comunicada ao consumidor, através do seu centro de

coordenação, para efeitos de resolução final do conflito. Em 2011, os membros da FIN-net analisaram 1.854 conflitos transfronteiriços, dos quais 992 incidiam no setor bancário, 518 no setor dos seguros e 315 no setor do investimento (não tendo sido atribuídos a nenhum setor específico 29 casos²⁴). A atividade desenvolvida pela FIN-net revela-se, assim, essencial, ao consumidor para resolver o seu problema com um agente económico estrangeiro, a partir do seu país e na sua língua materna, obtendo ainda a informação relativa aos seus direitos.

3. Novos instrumentos extrajudiciais ao nível do crédito

A atual conjuntura de crise mundial, visível sobretudo no elevado endividamento dos países em geral e, em particular, das famílias e dos consumidores, motivou a crescente regulamentação interna ao nível da concessão de crédito. O ano de 2009 é marcado pela publicação de um conjunto de diplomas legais destinados precisamente a introduzir novas regras neste âmbito.

Desta feita, o DL 133/2009, de 2 de junho²⁵, procedeu à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, relativa a contratos de crédito aos consumidores; o DL 103/2009, de 12 de maio, criou uma linha de crédito extraordinária destinada à proteção da habitação própria e permanente em caso de desemprego de, pelo menos, um dos mutuários do crédito; o DL 192/2009, de 17 de agosto, criou a taxa anual efetiva revista (TAER) que deve ser apresentada ao consumidor sempre que lhe seja proposta a aquisição de outros produtos ou serviços financeiros e o DL 222/2009, de 11 de setembro, estabeleceu medidas de proteção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação.

Na senda destas especiais preocupações surge, também em 2009, a figura do Mediador do Crédito, destinada a defender e promover direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades em relações de crédito, estando regulamentada no DL 144/2009, de 17 de junho.

Em 2012, o setor do crédito volta a vivenciar um novo ímpeto legislativo, com a publicação da Lei 58/2012, de 9 de novembro,

que implementa um regime extraordinário de proteção de devedores de crédito à habitação em situação económica muito difícil e pelo DL 227/2012, de 25 de outubro, que estabelece princípios e regras a observar pelas instituições de crédito na prevenção e na regularização das situações de incumprimento de contratos de crédito pelos clientes bancários (PERSI), criando, de igual modo, a rede extrajudicial de apoio a esses clientes bancários no âmbito da regularização dessas situações (RACE).

A figura do mediador do crédito, o PERSI e a RACE demonstram uma clara aposta legislativa em instrumentos extrajudiciais de resolução célere e gratuita dos conflitos no sector financeiro, pelo que lhes dedicaremos seguidamente maiores desenvolvimentos.

3.1. O mediador do crédito

O DL 144/2009, de 17 de junho, introduz em Portugal a figura do mediador do crédito, a qual já granjeava concretizações em ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁶. O *Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios*²⁷, em Espanha (2002), o *Médiateur du Crédit aux Entreprises*²⁸, em França (2008), ou o *Financial Ombudsman*²⁹, no Reino Unido (2001), são exemplos europeus da consagração de figuras similares ao mediador do crédito.

A primeira advertência e nota prévia a ter em conta na análise desta entidade prende-se com a necessária diferenciação entre o mediador *DO* crédito e o mediador *DE* crédito³⁰. Efetivamente, o ordenamento jurídico português consagra as duas figuras que, não obstante a similitude sonora das suas designações, protagonizam papéis e funções bastantes distintos.

O DL 133/2009, de 2 de junho, no art. 4º, n.1, al. f), define o mediador de crédito como *a pessoa, singular ou colectiva, que não actue na qualidade de credor e que, no exercício da sua actividade comercial ou profissional e contra remuneração pecuniária ou outra vantagem económica acordada: i) apresenta ou propõe contratos de crédito a consumidores; ii) presta assistência a consumidores relativa a actos preparatórios de contratos de crédito diferentes dos referidos na subalínea anterior; ou iii) celebra contratos de crédito com consumidores em nome do credor*³¹. O mediador de crédito constitui, portanto, um operador cuja atividade se traduz na intermediação e fomento de contratos de crédito.

O mediador do crédito, instituído junto do Banco de Portugal³², não pretende estimular a concessão de crédito, mas antes prestar assistência e defender os consumidores na resolução de conflitos que possam surgir nesta sede, tendo por missão, nos termos do art. 3º do DL 144/2009, proteger direitos e garantias dos cidadãos nas relações de crédito que estabeleçam com entidades bancárias ou financeiras³³.

3.1.1. Funções do mediador do crédito

O art. 4º do DL 144/2009 estabelece as competências do mediador do crédito, que poderemos agrupar, de forma genérica, nas seguintes funções:

i) Promover a literacia financeira dos seus usurários

Nesta sede compete ao mediador do crédito divulgar as normas legais e regulamentares aplicáveis aos contratos de crédito, promovendo o seu conhecimento e a sua boa aplicação [art. 4º, n.1, al. b)]. Esta função revela uma significativa importância tendo em conta a complexidade que, de uma forma geral, é inerente aos produtos financeiros. Torna-se, por isso, fundamental promover o cabal esclarecimento dos consumidores bancários, devendo o nível de informação prestada ser adaptável aos conhecimentos de cada cliente.

Em cumprimento deste objetivo foi elaborado um documento informativo sobre produtos, institutos jurídicos e conceitos relacionados com o crédito, disponível ao público em geral³⁴ e visando “esclarecer e clarificar o significado de alguns termos com os quais, a maioria das vezes, nos deparamos quotidianamente”³⁵.

ii) Contribuir para o cumprimento de normas legais e contratuais

O mediador do crédito deve também colaborar com o Banco de Portugal no sentido de contribuir para o cumprimento das normas legais e contratuais em matéria de concessão do crédito [art. 4º, n.1, al. c)]. Neste sentido e conforme relatório de atividades³⁶ apresentado em 2009, “foi estabelecido um memorando de entendimento quanto à delimitação de competências no âmbito das respectivas esferas de actuação” entre o Banco de Portugal, nomeadamente com o Departamento de Supervisão Bancária, e o mediador do crédito, definindo-se procedimentos de articulação entre as duas entidades.

O mediador do crédito apoiará, portanto, o Banco de Portugal na atividade de supervisão das entidades financeiras em matéria de práticas

correntes e cumprimento das exigências legislativas em matéria de concessão de crédito.

iii) Acompanhar, emitir pareceres e recomendações ao nível da atividade do crédito e legislação aplicável

Compete ao mediador do crédito emitir pareceres ou dirigir recomendações sobre quaisquer matérias da sua competência [art. 4º, n.1, al. e)] e, bem assim, assinalar deficiências em termos da legislação em vigor nesta sede, podendo indicar sugestões para a sua alteração, revogação ou mesmo promulgação de novos documentos legislativos [art. 4º, n.1, al. f)].

Neste âmbito, em 2010 foi remetida à Secretaria de Estado do Tesouro e Finanças uma recomendação de alteração legislativa no âmbito das condições de acesso ao crédito à habitação por parte de pessoas portadoras de deficiência, relativamente ao alargamento quer das finalidades deste tipo específico de empréstimo, quer do prazo³⁷.

De forma global, o mediador do crédito deve acompanhar a atividade do sector [art. 4º, n.1, al. g)].

O procedimento de mediação está sujeito aos princípios de imparcialidade, celeridade e gratuidade

iv) Mediação

A função que confere ao mediador do crédito um carácter singular é, contudo, a de coordenar a aplicação da mediação entre clientes bancários e instituições de crédito, exercida com a finalidade de contribuir para melhorar o funcionamento do sistema financeiro a este nível [art. 4º, n. 1, al. d)]. Como assinala João Amaral Tomaz, nesta sede o mediador do crédito “intervém em situações de impasse entre as partes, procurando aproximar as suas posições e as suas propostas, canalizando os seus esforços no sentido de atingir um acordo, mantendo, porém, sempre a sua imparcialidade e independência”³⁸.

Nos seis meses de exercício da atividade do mediador do crédito em 2009 foram aceites 40 processos para mediação, número que se repetiu em 2010, mas que ascendeu a 93 em 2011, representando um acréscimo de 132,5% face aos processos aceites em 2010 para mediação³⁹.

No que concerne às matérias objeto de mediação, a maior percentagem verifica-se no âmbito da reestruturação e consolidação de

créditos dos particulares, seguindo-se questões inerentes ao crédito à habitação, obtenção de crédito pessoal e acesso ao crédito por parte de empresas. A atividade de mediação tem-se concretizado na renegociação das condições de cartões de crédito, na consolidação de créditos contraídos junto da mesma entidade, na obtenção do financiamento pretendido ou no alargamento dos prazos de empréstimos⁴⁰.

Em termos de resultados verifica-se que o grau de sucesso das mediações se cifra em 50%, considerando-se o conjunto dos anos de 2009 a 2011, o que é revelador da capacidade de resolução de conflitos deste mecanismo em sede financeira.

3.1.2. Procedimento de mediação

Perante um conflito com a instituição de crédito ou sociedade financeira, o cliente bancário que não consiga ver consagrada a sua pretensão relativamente a determinado produto ou crédito poderá enviar um pedido de mediação ao mediador do crédito, através de carta, fax, telefone ou correio eletrónico, identificando o requerente e descrevendo os fundamentos das suas reivindicações (art. 5º do DL 144/2009).

Após a recepção do pedido, o mediador do crédito o analisará preliminarmente, por forma a avaliar a sua admissibilidade, designadamente se cabe no âmbito das suas funções, comunicando ao requerente, no prazo de cinco dias, a decisão de aceitação ou indeferimento liminar da sua solicitação. O processo poderá ser enviado a outra entidade se for verificada a incompetência do mediador do crédito ou, ainda, ficar pendente se forem solicitados elementos complementares ao requerente.

Tendo sido aceite o pedido pelo mediador do crédito, o processo é enviado à instituição financeira ou de crédito reclamada, para que esta proceda à reanálise da pretensão do cliente reclamante, no prazo de cinco dias úteis após a recepção do processo, podendo verificar-se dois cenários distintos:

(1) A instituição reclamada revê e aceita as reivindicações do cliente, comunicando a sua decisão ao mediador do crédito, altura em que o processo termina;

(2) O processo de mediação prossegue com vista à negociação e obtenção de um acordo entre as partes envolvidas, sob a égide da atuação mediadora do mediador do crédito. Nesta segunda situação, ou o acordo é obtido com sucesso ou, pelo contrário, o mediador do crédito dá por terminado o processo sempre e quando verificar fundamentamente

a impossibilidade de produção de um acordo entre as partes, podendo, contudo, emitir uma recomendação à instituição financeira envolvida.

O procedimento aqui sucintamente exposto, atendendo de igual modo à redação do art. 5º, n. 2, do DL 144/2009, indicia uma situação de submissão obrigatória inicial à mediação para a instituição financeira ou de crédito, ao arrepio do princípio da voluntariedade que caracteriza genericamente este mecanismo (*v. g.* art. 249º-A, n.1, CPC). Efetivamente, quando o mediador do crédito aceita o processo, enviará carta ao requerente e à instituição de crédito, com a qual se dá por iniciada a mediação. Assim, no decurso deste processo poderá, de facto, a instituição de crédito não ceder na sua posição relativamente à pretensão do cliente, desistindo do processo, pelo qual este terminará. Contudo, terá de participar no procedimento desencadeado pelo requerente, constituindo por isso uma imposição participativa, ainda que apenas inicial.

Por outro lado, não é referida ou exigida ao mediador do crédito (ou restantes membros do conselho que compõem esta entidade) formação específica em mediação. Sobre esta questão refere-nos Catarina Frade⁴¹ que o “profissionalismo do mediador é um dos aspectos que mais pode contribuir para o êxito ou o fracasso de uma negociação” e que, como dá conta a autora, são contemplados, por exemplo nos cursos de formação de mediadores promovidos pelo *Observatoire du Crédit e de l'Endettement* belga. Exigir ou ministrar ao mediador do crédito técnicas e instrumentos de mediação poderia melhorar os resultados obtidos por esta entidade, bem como dignificaria e qualificaria o papel exercido por ele.

3.2. O PERSI – Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento

O DL 227/2012, de 25 de outubro, veio estabelecer um conjunto de medidas tendentes a prevenir situações de incumprimento de contratos de crédito e, bem assim, regularizar situações de incumprimento por parte de consumidores que se revelem incapazes de satisfazer os seus compromissos financeiros.

Norteadado por este último objetivo, o Governo criou, através do referido diploma, o Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (abreviadamente, PERSI) visando as situações de clientes bancários já em mora relativamente ao cumprimento de obrigações decorrentes de contratos de crédito (art. 12º). Em causa estará um modelo de negociação entre o cliente bancário incumpridor

e a instituição de crédito para regularização de uma situação de inadimplemento, de forma prévia e externa aos tribunais⁴².

No que concerne ao âmbito de aplicação do PERSI, o art. 2º do DL 227/2012 abrange a quase globalidade dos contratos de crédito celebrados com clientes individuais ou particulares, designadamente os contratos de crédito para habitação própria permanente [al. *a*)], garantidos por hipoteca [al. *b*)] e contratos de crédito ao consumo (regulados pelo DL 133/2009, de 2 de junho), com exclusão da locação de bens móveis de consumo [als. *c*) e *d*)]. Estarão em causa, por exemplo, contratos de cartões de crédito, créditos pessoais para financiamento automóvel, entre outros.

Em termos procedimentais, o PERSI desenrola-se em três fases essenciais:

1.ª fase – Desencadeamento do procedimento, competindo à própria entidade bancária, 15 dias após a verificação de uma situação de mora por parte do seu cliente, levar a cabo as diligências tendentes a apurar as razões que justificaram o incumprimento (art. 13º). Se persistir a situação de inadimplemento, a entidade financeira terá de obrigatoriamente integrar o cliente faltoso no PERSI entre o 31º dia e o 60º dia subsequentes ao vencimento da obrigação (art. 14º, n. 1).

Note-se que, não obstante a obrigação prescrita por parte da entidade credora, também o cliente poderá solicitar, por iniciativa própria, a sua integração neste procedimento (art. 14º, n. 2). Por outro lado, havendo um alerta prévio por parte do próprio cliente relativamente a um eventual risco de incumprimento, ele será integrado no PERSI assim que se efetive o inadimplemento anunciado, sem terem de correr quaisquer outros prazos.

A entidade de crédito deverá informar o cliente da sua integração no PERSI no prazo máximo de cinco dias após a verificação desta (art. 14º, n. 4). Se as situações de incumprimento se verificarem relativamente a vários contratos de crédito, deve ser desencadeado um único procedimento abrangendo as relações creditícias desse cliente na mesma instituição financeira (art. 14º, n. 3).

2.ª fase – Avaliação e apresentação de propostas. Após a integração de um cliente no PERSI, a instituição de crédito deve avaliar a capacidade financeira do seu cliente, por forma a apurar se o incumprimento das suas obrigações creditícias se deve a razões pontuais e ultrapassáveis ou se antes o inadimplemento é o resultado da inabilidade patente e prolongada do devedor (art. 15º, n. 1). Na pendência da predita avaliação, a entidade de

crédito poderá solicitar ao cliente informações e documentos (na estrita medida em que se considerem necessários e adequados), devendo estes ser prestados no prazo máximo de 10 dias (art. 15º, n.ºs 2 e 3).

No âmbito da avaliação suprarreferida e nos 30 dias seguintes à integração do cliente bancário no PERSI, a entidade financeira comunica-lhe a sua apreciação, a qual poderá apontar:

– que o seu cliente revela uma incapacidade financeira para prosseguir atempadamente o cumprimento das suas obrigações relativas aos contratos de crédito em vigor, sendo, por isso, inviável a estipulação de qualquer acordo de cumprimento [art. 15º, n. 4, *a*)];

– ou que, pelo contrário, o cliente evidencia capacidade financeira suficiente para reembolsar o capital mutuado ou para cumprir com o pagamento dos juros vencidos e vincendos, devendo-lhe ser apresentada uma proposta de concretização dos objetivos estabelecidos através, por exemplo, da renegociação das condições do contrato ou da sua consolidação com outros contratos de crédito [art. 15º, n. 4, *b*)], encetando-se uma fase seguinte de negociação.

3.ª fase – Negociação, dispondo o cliente de 15 dias, após o recebimento da(s) proposta(s) de regularização da situação de incumprimento, para se pronunciar sobre ela(s), podendo manifestar a sua recusa ou propor alterações à proposta inicial:

– em caso de rejeição da proposta por parte do cliente bancário, a entidade financeira poderá ainda apresentar nova proposta sempre que considere existirem alternativas apropriadas à situação do seu cliente (art. 16º, n. 1);

– se forem apresentadas alterações ou eventualmente sugerida uma outra proposta pelo cliente bancário, a entidade financeira terá 15 dias para recusar, aceitar ou apresentar ainda outras opções (art. 16º, n. 2).

A obtenção de um acordo de cumprimento entre o cliente bancário e a sua entidade de crédito implicará a vinculação das partes às novas condições contratualizadas e, bem assim, a cessação da situação de inadimplemento do cliente.

A aplicação do PERSI a um determinado cliente envolverá para este um conjunto de garantias indispensáveis à boa prossecução do

O acordo resultante da mediação, quando escrito, tem a natureza de transação extrajudicial, ou seja, contrato estabelecido entre as partes

procedimento de negociação, estando a instituição de crédito, nos termos do art. 18º, n. 1, impedida de: (1) resolver o contrato de crédito com fundamento em incumprimento; (2) de intentar qualquer ação judicial tendente à satisfação do seu crédito [com exceção dos procedimentos cautelares adequados à efetivação do direito de crédito – art. 18º, n. 2, al. *a*)]; (3) ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito [excluída a cedência de créditos para efeitos de titularização – art. 18º, n. 2, al. *b*)]; ou transmitir a sua posição contratual [exceto se a cessionária for também uma outra instituição de crédito, devendo esta, neste caso, prosseguir o PERSI iniciado pela cedente – art. 18º, n. 2, al. *c*), e n. 3].

Para contratos de crédito garantidos através de fiança e sendo o fiador interpelado para cumprir as obrigações em mora, a instituição de crédito terá de desencadear o PERSI com esse fiador sempre que este o solicite (art. 21º).

A extinção do PERSI ocorre com a verificação de uma das seguintes circunstâncias, prescritas no art. 17º, n. 1:

- pagamento integral das quantias mutuadas em falta ou extinção da obrigação em mora [al. *a*)];
- obtenção de um acordo relativamente à regularização integral do incumprimento [al. *b*)];
- no 91º dia subsequente à data de integração do cliente bancário no PERSI, salvo se for acordada a sua prorrogação [al. *c*)];
- ou com a declaração de insolvência do cliente [al. *d*)].

A instituição de crédito poderá ainda extinguir o PERSI, por iniciativa própria, nos termos do n. 2 do art. 17º, designadamente se for realizada penhora ou decretado arresto a favor de terceiro sobre os bens do devedor [al. *a*)]; se a avaliação da instituição de crédito fizer concluir pela inexistência de capacidade financeira do cliente bancário para a integral regularização da situação de incumprimento [al. *c*)]; se o cliente recusar as propostas apresentadas pela instituição de crédito ou se esta rejeitar as alterações sugeridas pelo cliente [als. *f*) e *g*)]; ou ainda se o cliente praticar atos suscetíveis de pôr em causa os direitos ou as garantias da instituição de crédito (*v.g.*, destruição do imóvel objeto da garantia do crédito).

Não obstante a extinção deste procedimento por inexistência de acordo entre as partes, o cliente bancário mantém a possibilidade de solicitar a intervenção do mediador do crédito, nos termos do art. 22º, mantendo de igual modo todas as garantias legalmente consagradas no art. 18º, pelo período de 30 dias.

Face ao exposto percebe-se que o PERSI representa uma tentativa de resolução extrajudicial de conflitos relativos ao incumprimento de contratos de crédito, através da negociação direta entre as partes, sem a intervenção de um terceiro, como se verifica ao nível do mediador do crédito. O cliente bancário assumirá a defesa dos seus interesses, discutindo diretamente a sua situação creditória com o banco e, se a negociação for bem sucedida, as partes obterão o acordo que porá fim ao conflito. Pese embora o *empowerment* preconizado ao cliente bancário no âmbito do PERSI, este poderá ser acompanhado e apoiado pelas entidades que integrem a Rede de Apoio ao Consumidor Endividado, as quais não representam o consumidor, mas poderão prestar as informações e auxiliar na avaliação das propostas apresentadas pela entidade financeira na predita negociação [art. 27º, n. 2, al. c)], como veremos seguidamente.

3.3. A RACE – Rede de Apoio ao Consumidor Endividado

Criada pelo DL 227/2012, de 25 de outubro, e regulada pela Portaria 2/2013, de 2 de janeiro, a RACE constitui uma rede extrajudicial que visa integrar as entidades disponíveis para prestar informações, aconselhar e acompanhar consumidores que se encontrem em risco de incumprir ou estejam já em mora relativamente a contratos de crédito celebrados com instituições financeiras.

Poderão agregar a RACE, nos termos da Portaria 2/2013, pessoas coletivas de direito público ou privado que cumpram as condições gerais previstas no art. 24º do DL 227/2012, designadamente que se encontrem legalmente constituídas; que possuam a sua situação regularizada face à administração fiscal e à segurança social; e que integrem um responsável pela coordenação do serviço a prestar com formação na área financeira⁴³. Para o efeito devem solicitar o seu reconhecimento junto da Direção-Geral do Consumidor (nos termos explicitados no art. 3º da Portaria 2/2013), que decidirá da sua integração na RACE após parecer do Banco de Portugal (art. 6º da Portaria 2/2013). Poderão, portanto, integrar a RACE as associações de defesa dos consumidores, os Centros de Informação Autárquica ao Consumidor (CIAC), os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, entre outras entidades já em funcionamento nesta sede⁴⁴.

Constituem funções das preditas entidades, nos termos do art. 27º, n. 2, do DL 227/2012, prestar informações ao cliente bancário relativamente aos seus direitos e deveres numa situação de incumprimento

do contrato de crédito e, bem assim, no âmbito do PERSI (al. *a*); auxiliar a análise das propostas apresentadas pela entidade financeira no PERSI e no PARI, em concreto quanto à adequação de tais propostas à situação financeira e objetivos do cliente bancário (al. *b*); acompanhar o cliente bancário na negociação com a entidade financeira no âmbito do PERSI (al. *c*); prestar outras informações em matéria de endividamento e sobre-endividamento (al. *d*); e, ainda, apoiar o cliente bancário na avaliação da sua capacidade financeira (al. *e*). Não obstante o amplo leque de funções adstritas às entidades integrantes da RACE, estas estão impedidas, segundo o n. 4 do art. 27º, de atuar em representação ou por conta dos clientes bancários, designadamente nas suas relações com a entidade financeira, e também não poderão adotar mecanismos de conciliação, mediação ou arbitragem, tendo em vista a obtenção dos acordos no âmbito do PERSI e PARI⁴⁵.

As entidades que integrarem a RACE devem respeitar os princípios da independência e imparcialidade

No exercício das funções que lhes estão cometidas, as entidades que integrarem a RACE devem respeitar os princípios da independência e imparcialidade (não lhes competindo assumir a defesa dos interesses de qualquer parte envolvida no conflito) e, de igual modo, os princípios de legalidade, de transparência, de celeridade e de elevado rigor técnico (art. 29º do DL 227/2012). A sua atuação está ainda sujeita ao princípio da confidencialidade, a que estão adstritos todos os que intervierem nos procedimentos desenrolados, dever este que se mantém mesmo após a cessação das funções de qualquer colaborador (art. 30º do DL 227/2012). Por outro lado, todo o apoio prestado no âmbito da RACE será gratuito, não podendo ser cobrados quaisquer encargos (tal como prescreve o art. 28º do DL 227/2012).

A RACE constitui, assim, o vértice de apoio ao cliente bancário em sede de contratos de crédito, na trilogia criada pelo Governo no âmbito do DL 227/2012. Efetivamente, se o PERSI vincula as instituições financeiras, visando obtenção de um acordo extrajudicial para uma situação de incumprimento através de negociação direta com o cliente bancário, a RACE pretende agregar as entidades que prestem apoio no âmbito daquele procedimento, podendo ainda intervir o mediador do crédito se o acordo não for obtido por negociação⁴⁶.

Notas

¹ A autotutela traduzia, portanto, a resolução do conflito por ação dos próprios titulares dos interesses em litígio, caracterizando-se, segundo Alcalá-Zamora y Castillo, pela verificação de duas notas essenciais: por um lado, a ausência de um juiz distinto das partes e, por outro lado, a imposição da decisão por uma das partes. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2. ed. UNAM, México, 1970, pp. 35 e ss..

² Como refere Calamandrei, “la prohibición de la autodefensa, establecida en forma general por el derecho romano [cfr. *Digesto*, IX, 2, 45, § 4, y *Digesto* XLVIII, 7,7], desaparece en el período medieval y también en la edad moderna, en que las bárbaras concepciones de origen germano pusieron en boga por varios siglos, como forma de resolución de los conflictos, el duelo y la venganza: solo en las legislaciones contemporáneas, a través del influjo del derecho canónico, la prohibición vuelve, en forma general y absoluta”. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 147.

³ Em concreto no âmbito da ação direta (art. 336 do CC), da legítima defesa (art. 337 do CC) e do estado de necessidade (art. 339 do CC), se e apenas quando verificados os respectivos requisitos legais.

⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil—Tomo I: Introducción y Función del Proceso Civil*, tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 11-12.

⁵ Adotamos a designação “sistemas de composição” de Soveral Martins. SOVERAL MARTINS, *Processo e direito processual – noções complementares*, v. I, Centelha, Coimbra, 1985, p. 38. Também encontramos esta ideia em Carnelutti que definia o processo como “una operación mediante la que se obtiene la composición del litigio”. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil...*, cit., p. 49.

⁶ No âmbito dos preditos sistemas, e tendo em conta o sujeito que exerce a atividade de composição do conflito, a doutrina distingue a autocomposição (que integra os mecanismos como a negociação, mediação ou conciliação, através dos quais as próprias partes em conflito resolvem a disputa que as entretece), da heterocomposição (quando a resolução do litígio é levada a cabo por um terceiro externo ao conflito, dotado de um poder compositivo heterónomo, como o juiz ou o árbitro). SOVERAL MARTINS, Alfredo, *Processo e direito processual – noções complementares*, v. I, Centelha, Coimbra, 1985, pp. 38-41.

⁷ Atualmente consagrado no art. 20º da Constituição da República Portuguesa de 1974.

⁸ Carnelutti recorria à expressão “equivalentes jurisdiccionales” para designar outros meios para alcançar a mesma finalidade do processo judicial, abarcando nesta categoria figuras como a transação, a conciliação, o compromisso, mas também o reconhecimento e a renúncia. Para este autor o que estava em causa na predita categoria seriam formas de terminar o processo sem exercício de uma atividade jurisdicional. Não adotamos por isso a mesma terminologia, uma vez que a aplicação de meios como a mediação, a conciliação ou a arbitragem pode existir antes ou independentemente de

um processo, tendo como objetivo principal pôr termo ao conflito e não finalizar qualquer processo. O *terminus* do processo será, assim, uma consequência possível da aplicação de um meio extrajudicial de resolução de conflitos e não a finalidade primordial dos preditos mecanismos. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil...*, cit., pp. 183-212.

⁹ Termo que designa, de forma geral, as sociedades industrializadas que, face ao seu elevado nível de desenvolvimento industrial, se caracterizam pelo consumo massivo de bens e serviços. Segundo Robert Rochefort, a predita designação terá sido utilizada pela primeira vez num artigo de Jean-Marie Domenach, publicado na revista *Espirit* em 1957. ROCHEFORT, Robert, *La société des consommateurs*, Odile Jacob, Paris, 2001.

¹⁰ Sobre a democratização do crédito inerente às sociedades de consumo, veja-se, entre outros, MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al.*, *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000 e MARQUES, Maria Manuel Leitão e FRADE, Catarina, “Uma sociedade aberta ao crédito”, *Subjudice*, n. 24, 2003, pp. 27-34.

¹¹ Aprovado pelo Decreto-Lei 486/99, de 13 de novembro.

¹² Também designados de investidores não institucionais ou “pequenos investidores”, por contraposição aos investidores qualificados consagrados no art. 30 do Código de Valores Mobiliários.

¹³ O procedimento de mediação inerente aos serviços prestados pela CMVM inicia-se, portanto, com reuniões separadas entre as partes, prática contrária à verificada no âmbito dos serviços públicos de mediação em Portugal, mas que poderá ser justificada por permitir um conhecimento prévio dos factos em conflito. Por outro lado, os conflitos financeiros têm inerentes, de forma geral, questões objetivas e não emocionais, pelo que o tratamento afetivo do conflito através da reunião das partes em simultâneo é, consequentemente, dispensado. Nos E.U.A. a prática de mediação concretiza-se, em regra, através de reuniões separadas, apenas se reunindo as partes na fase final de assinatura do acordo. Analisando as vantagens de reuniões separadas na mediação, veja-se SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, 2. ed. Westview Press, Boulder, 1994, p. 23.

¹⁴ Sobre o modelo de mediação vigente no âmbito dos sistemas públicos de mediação em Portugal (nas áreas Familiar, Penal, Laboral e nos Julgados de Paz), veja-se GOUVEIA, Mariana França, *Curso de resolução alternativa de litígios*, 1a. ed. Almedina, Lisboa, 2011, pp. 42-43.

¹⁵ Apenas constituindo título executivo nos termos estabelecidos no Código de Processo Civil ou legislação avulsa.

¹⁶ Para mais informações relativas ao procedimento de mediação do BCP na CMVM, consulte-se o seguinte endereço eletrónico, acedido em 6 de janeiro de 2013, <http://web3.cmvm.pt/sdi2004/emitentes/docs/FR19298.pdf>.

¹⁷ José Duarte Nogueira aponta o século XIII como marco referencial relativamente às origens históricas da arbitragem em Portugal, pelos vestígios desta figura encontrados nas denominadas leis “As Sete Partidas”. José Duarte Nogueira *apud* PEDROSO, João e CRUZ, Cristina, *A arbitragem*

institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2001, pp. 168 e ss.

¹⁸ Nos termos do Decreto-Lei 425/86, de 27 de dezembro.

¹⁹ Referimos *tendencialmente gratuita* na medida em que alguns Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (*v. g.* o CICAP do Porto e o CIAB de Braga) têm protagonizado a adoção de pagamento de custas em resposta ao aumento progressivo das suas competências, por exemplo, em matéria de serviços públicos essenciais (Lei 6/2011, de 10 de março, que introduz a arbitragem necessária para os agentes económicos no art. 15º da Lei 23/96, de 26 de Julho).

²⁰ São ainda de referir, em termos de competência setorial e, portanto, julgando conflitos específicos em razão da matéria, o CASA (para o setor automóvel), o CIMPAS (no âmbito dos seguros) e o ARBITRARE (para a Propriedade Industrial, Nomes de Domínio, Firmas e Denominações).

²¹ Consultar Estatísticas da Justiça em http://www.siej.dgpj.mj.pt/web/eis/index.jsp?usern ame=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_634928254696406250, acessado em 28 de dezembro de 2012.

²² Para mais informações relativas a este Centro, veja-se a sua página especializada em www.primefinancedisputes.org.

²³ Sobre a FIN-net, veja-se, entre outros, CATARINO, Luís/ PEIXE, Manuela/ OLIVEIRA, Raquel, “Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no Mercado de Valores Mobiliários. Apontamento para uma justiça de proximidade”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n. 11, CMVM, agosto 2001.

²⁴ Ver Relatório de Atividade da FIN-net relativo ao ano de 2011, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/activity/2011_en.pdf, acessado em 28 de dezembro de 2012.

²⁵ Alterado pelo DL 72-A/2010, de 18 de junho.

²⁶ TOMAZ, João Amaral, “O Mediador do Crédito”, *inforBANCA*, ano XXIII, n.88, IFB/APB, Lisboa, abril-junho 2011, p. 27.

²⁷ Criado pela Lei 44/2002, de 22 de novembro, esta figura foi substituída, através da Lei 2/2011, de 4 de março, pelos respetivos serviços de reclamações das três instituições supervisoras espanholas (*Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores e Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*).

²⁸ Sobre esta figura no ordenamento jurídico francês, veja-se a seguinte página especializada, acessada a 28 de dezembro de 2012, <http://www.mediateurducredit.fr/>.

²⁹ Em resultado do *Financial Services and Markets Act 2000*. Sobre esta figura no sistema inglês, veja-se a página especializada <http://www.financial-ombudsman.org.uk/>, acessada a 28 de dezembro de 2012.

³⁰ Também se referindo a esta distinção, veja-se TOMAZ, João Amaral, “O Mediador do Crédito”, *cit.*, p. 29.

³¹ O art. 25º do predito diploma regulamenta ainda a atividade e as obrigações dos mediadores de crédito.

³² Ver art. 1º do DL 144/2009.

³³ Nos termos do art. 1º, n. 2 do DL 144/2009, o mediador do crédito é nomeado por Resolução do Conselho de Ministros, de entre pessoas com reconhecida idoneidade, disponibilidade e qualificação profissional. João Amaral Tomaz ocupou o lugar de primeiro Mediador do Crédito em Portugal, cargo atualmente exercido por Maria Clara Domingues Machado (Resolução do Conselho de Ministros n. 5/2012, de 24 de janeiro).

³⁴ E que pode ser consultado em http://www.mediadordocredito.pt/SiteCollectionDocuments/literacia_financeira.pdf, acessido em 28 de dezembro de 2012.

³⁵ TOMAZ, João Amaral, “O Mediador do Crédito”, *cit.*, p. 28.

³⁶ Atualizado em 2011 e disponível em <http://www.bportugal.pt/pt-pt/publicacoes/intervencoes/outrosorganismos/MC/Paginas/default.aspx>, acessido em 29 de dezembro de 2012.

³⁷ Vide *Relatório de Atividades do Mediador do Crédito 2010*, pp. 18-19, disponível em <http://www.bportugal.pt/pt-pt/publicacoes/intervencoes/outrosorganismos/MC/Paginas/default.aspx>, acessido em 28 de dezembro de 2012.

³⁸ TOMAZ, João Amaral, “O Mediador do Crédito”, *cit.*, p. 28.

³⁹ Dados recolhidos dos Relatórios de Atividades do Mediador do Crédito já referenciados anteriormente.

⁴⁰ Ver *Relatório de Atividades do Mediador do Crédito 2010*, p. 7, disponível em <http://www.mediadordocredito.pt/pt-PT/publicacoes/Paginas/default.aspx?theme=RELAT%C3%93RIOS>, acessido em 28 de dezembro de 2012.

⁴¹ FRADE, Catarina, “A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobre-endividamento”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, maio 2003, p. 121.

⁴² O presente procedimento não se deverá confundir com o PARI – Plano de Ação para o Risco de Incumprimento, também regulado pelo DL 227/2012, de 25 de outubro, no art. 11. O PARI deve ser elaborado e implementado por cada instituição de crédito, visando o acompanhamento permanente da execução dos contratos de crédito, por forma a avaliar e detetar quaisquer indícios demonstrativos da incapacidade financeira iminente de cada cliente bancário, para que sejam propostas soluções em caso de risco efetivo de incumprimento. O PARI tem, assim, adstrita uma função prévia e preventiva de uma situação de inadimplemento contratual.

⁴³ Acresce que, nos termos do art. 25º do DL 227/2012, todos os que colaborem com as entidades integrantes da RACE devem cumprir cumulativamente os seguintes requisitos: (1) serem pessoas de reconhecida idoneidade para o desempenho das funções exigidas nesta sede; (2) possuírem a escolaridade obrigatória; (3) possuírem adequados conhecimentos técnicos em matéria financeira, económica e bancária. No que concerne a este último requisito, a Portaria 2/2013 no seu art. 4º vem prescrever que os conhecimentos técnicos em matéria financeira, económica e bancária de um funcionário ou colaborador da entidade integrante da RACE, se

comprovam pela formação profissional ou grau de licenciatura adequados, cujo plano curricular integre formação geral e específica nas mencionadas áreas do saber.

⁴⁴ Segundo declarações do Secretário de Estado Adjunto da Economia e Desenvolvimento Regional, Almeida Henriques, no primeiro trimestre de 2013 deverão integrar a RACE oito entidades e 20 centros espalhados no país. Veja-se o endereço eletrónico, acedido a 6 de janeiro de 2012, <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-da-economia-e-do-emprego/mantenha-se-atualizado/20121218-seaedr-rede-extrajudicial.aspx>.

⁴⁵ Este último obstáculo parece-nos resultar da separação de funções pretendida pelo Governo, designadamente, em relação ao mediador do crédito.

⁴⁶ A redação do presente artigo terminou em 7 de janeiro de 2013.

ALGUNAS
CONSIDERACIONES
SOBRE
EL PROCESO ARBITRAL
DE CONSUMO EN
ESPAÑA:
INCIDENCIA EN ÉL DE LA LEY
11/2011, DE 20 DE MAYO, DE
REFORMA
DE LA LEY DE ARBITRAJE

BELÉN IBOLEÓN SALMERÓN

Professora Dra. Derecho Procesal de la Universidad de Granada
Presidente-Arbitro del Colegio Arbitral de la Junta Municipal Arbitral
de Consumo de Granada

EXCERTOS

“No perdamos de vista que nada impide la asistencia judicial para la práctica de pruebas (o para la adopción de medidas necesarias que permitan al árbitro practicarlas por sí mismo)”

“Podemos decir que el arbitraje ad hoc es aquel en el que las partes designan, para un conflicto concreto, a los árbitros o a la persona física o jurídica, no existiendo ninguna institución que administre el sistema -siendo las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para la realización del arbitraje”

“La independencia y capacidad de los árbitros, así como la transparencia en su elección, son los principios y condiciones esenciales sobre los que se fundamenta la propia existencia y futuro del arbitraje”

“La especialidad en el arbitraje de consumo consiste en determinar si esta petición corresponde en exclusiva al consumidor –dado el carácter unidireccional que rige a la iniciación del procedimiento arbitral de consumo–, o, si dado que el empresario puede formular reconvencción, este también puede solicitarlas”

“Nos parece relevante señalar que con la nueva reforma se garantiza expresamente el derecho de las partes, de testigos, peritos y terceros, a utilizar el idioma propio cuando desconozca el idioma en el que se desarrollen las actuaciones”

“Parece que el legislador de consumo se ha hecho eco de las opiniones doctrinales, recogiendo esa necesidad de motivación del laudo de equidad en arbitraje de consumo, puesto que en el laudo de derecho ya existía”

I. Introducción

Nos encontramos en épocas de cambios. Las nuevas leyes reformadas comportan, no sin cierta inquietud por nuestra parte, una nueva visión de nuestra sociedad. La competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la CE, hace posible esta segunda reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado¹ (así como la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dirigida a recoger los órganos de apoyo jurisdiccional del arbitraje, como consecuencia de la reforma de la Ley 11/2011), publicadas ambas en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) el 21 de mayo de 2011, y que entraron en vigor el 10 de junio.

Esta reforma de la Ley de Arbitraje del 2011 incide directamente en el ámbito arbitral y, si bien, no cuenta con modificaciones intensas, es cierto que conlleva una serie de cambios que van a afectar no solo a la Ley de Arbitraje, sino a todos aquellos arbitrajes que tienen a la misma como ley supletoria básica, por ende, al arbitraje de consumo.

De ahí que el presente trabajo también haga referencia a la posible incidencia de la L 11/2011 en lo que al proceso arbitral de consumo se refiere.

II. Especial referencia a la capacidad, responsabilidad e incompatibilidad de los árbitros

Esta reforma aporta a la legislación española un “salto cualitativo” que, de acuerdo con el presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, TAB, Jesús de Alfonso², es especialmente remarcable en temas como la definición del arbitraje estatutario³, la inclusión del arbitraje en la Administración como modo de solución de conflictos⁴, o la apertura de la administración de arbitrajes a más profesionales jurídicos (además del colectivo de abogados).

Respecto a este último aspecto, debemos resaltar cómo en la regulación anterior se recogía que, en los arbitrajes de derecho, el árbitro debe reunir la condición de abogado en ejercicio⁵ (actualmente se ha cambiado por “condición de jurista”, como explicaremos a continuación) –art. 15 LA/2003–; tal cualidad

no se exige en los arbitrajes de equidad –bastando con que la persona se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, art. 13 LA/2003, que no se modifica en la Ley 11/2011–.

Pero en el arbitraje de consumo, como sabemos, respecto de los árbitros propuestos por la Administración para formar el Colegio Arbitral –que por otra parte, tendrán la condición de presidente del mismo–, recaerán en personas al servicio de la Administración Pública y con el título académico de licenciados en derecho (extremo este, recogido en el art. 17 RDAC/2008, en sede de acreditación de los árbitros⁶; e incluso, en los reglamentos de distintas instituciones o asociaciones arbitrales como la Asociación Europea de Arbitraje “AEADE”, que ya lo recogía de esa manera).

Sin embargo, la nueva redacción del art. 15,1 LA/2003 (operada por la L 11/2011)⁷ está levantando cierto revuelo, en cuanto que ahora se requiere la “condición de jurista” del árbitro que actúe como tal, en los arbitrajes que se resuelvan por un árbitro único y que no se decidan en equidad, y que al menos uno de los árbitros ostente tal “condición de jurista” en aquellos otros arbitrajes que deban ser resueltos por tres o más árbitros.

Igualmente, por otros sectores, se recibe con satisfacción la supresión de la exigencia de la condición de abogado en ejercicio para la tramitación de los arbitrajes en derecho, que se sustituye por el requisito de ostentar la condición de jurista, y que es sensible a la realidad de que existen otros profesionales del mundo del derecho perfectamente capacitados para actuar como árbitros en derecho (catedráticos y profesores de universidad, notarios, ex magistrados etc.) y que no necesariamente están colegiados⁸. Ahora bien, quizá la elección de la “condición de jurista” no sea muy afortunada, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, y hubiera sido mejor referirse a la “condición de licenciado en derecho o equivalente”.

De ahí, que no llegamos a alcanzar el verdadero significado de esta modificación. Porque, si por “condición de jurista” se está señalando como condición necesaria para ser árbitro ser licenciado en derecho estaríamos de acuerdo (porque además es una conducta que se está llevando a cabo en la práctica de los tribunales arbitrales –también para arbitrajes de equidad, caso del arbitraje de consumo–). Ahora bien, si por “jurista” se pretende limitar *strictu sensu* a los estudiosos del Derecho, a los teóricos del derecho, entonces no podemos por menos que discrepar del legislador. Cosa distinta es la necesidad de capacidad demostrada para ser árbitro. Y además nos cuestionamos si ser abogado en ejercicio es incompatible con ser jurista. Obviamente, no.

Nos parece conveniente apuntar en este momento, ya que nos llama poderosamente la atención la introducción *ex novo* por la L 11/2011, del párrafo 2º en el apartado 1 del art. 21 LA/2003, cuando establece expresamente la exigencia de contratación de *un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente*, en la cuantía que se determine, para los árbitros e instituciones arbitrales, exceptuándose de la contratación a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas –art. 21,1 in fine LA/2003– (si bien, exceptúa de ello, al arbitraje de consumo). Y, aunque pensamos que es siempre aconsejable, también creemos que su establecimiento obligatorio por ley suscitará “la tentación” (siempre inconveniente) de la reclamación judicial contra los árbitros. Eso sí, se exceptúan de esta regla los sistemas arbitrales dependientes de las administraciones pública.

Otra cuestión a tener en cuenta es que parece que la actual reforma del 2011, se ha hecho eco de un tema que ya nos parecía conveniente incluir en el art. 38 RDAC/2008, pero que lamentablemente no se incluyó. Estamos haciendo referencia al Proyecto del RDAC, el cual, en su art. 36,4, establecía que “nadie que haya sido designado como mediador podrá intervenir posteriormente en el mismo asunto como árbitro, ni en cualquier otro que tenga relación conexas con él”. Lo que en la práctica de los colegios arbitrales de consumo ya es una realidad. Lamentamos que finalmente no se incluyera este apartador en el actual RDAC, si bien, al introducirse esta *incompatibilidad manifiesta y expresa entre árbitro y mediador* en el mismo conflicto (art. 17. 4 LA en sede de abstención y recusación), también es de aplicación al proceso arbitral de consumo –salvo que esta incompatibilidad sea salvada por acuerdo en contrario de las partes–.

III. Apoyo y control judicial del arbitraje

La Ley 60/2003 encomendaba la función de apoyo judicial del arbitraje (arts. 8 LA y 86 ter. 2 g LOPJ) a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil.

A partir de la Ley 11/2011, los apartados 1, 4 y 5 del art. 8 LA establecen una pluralidad de fueros competentes asignada de la manera siguiente:

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros: será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; y, de no estar aún

determinado ese Tribunal, la que corresponda al domicilio o residencia de cualquiera de los demandados; y, como criterios supletorios, el del domicilio del actor y/o el de su elección.

2. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales: será competente el juzgado de primera instancia del lugar en que se haya dictado el laudo.

3. Para conocer de la acción de anulación del laudo: será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiera dictado.

Como dato importante, destaquemos por su novedad, la creación hace más de dos años (desde el 25 de noviembre de 2010 en concreto) del primer Juzgado de España especializado en funciones de apoyo y control del Arbitraje⁹: hablamos del Juzgado de 1ª Instancia 101 de Madrid. Tiene como funciones, entre otras: adopción de medidas cautelares (que soliciten los litigantes), asistencia en la práctica de prueba, ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales y reconocimiento ejecución laudos extranjeros (hasta el 10 de junio de 2011 que entró en vigor la L 11/2011, que reformó esta materia).

Y como ventajas se destacan (incluso por la propia magistrada Pérez Sanz, titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 101 de Madrid): que los temas irán más rápido, que se descargará trabajo al resto de la jurisdicción ordinaria y, por supuesto, que habrá un criterio único, que no unificación; debería unificarse el criterio no sólo para facilitar el trabajo de los tribunales, sino por seguridad jurídica, lo cual nunca está de más.

En cualquier caso, no perdamos de vista que nada impide la asistencia judicial para la práctica de pruebas (o para la adopción de medidas necesarias que permitan al árbitro practicarlas por sí mismo). Ahora bien, esta intervención judicial, debe utilizarse de forma moderada, porque convertirla en algo habitual, sería tanto como reconocer que el proceso arbitral no puede funcionar x sí solo sin el auxilio del Juez y, además, supondría una dilatación del procedimiento arbitral, hasta hacerlo inútil.

IV. Arbitraje institucional

En el RDAC, han de seguirse necesariamente las reglas procedimentales que se prevén en este, siendo el órgano arbitral el director del procedimiento –art. 42,1 RDAC– en atención a que se trata de un arbitraje institucional

–art. 1.2 RDAC–. Por supuesto, ello sin perjuicio de la supletoriedad de la LA/2003.

Ciertamente, el arbitraje de consumo, como ocurre con la mayoría de los arbitrajes especiales que existen, constituye un modelo de arbitraje institucional. Procede, por tanto, distinguir el arbitraje *ad hoc* del arbitraje institucional. De manera muy resumida, podemos decir que el arbitraje *ad hoc* es aquel en el que las partes designan, para un conflicto concreto, a los árbitros o a la persona física o jurídica, no existiendo ninguna institución que administre el sistema –siendo las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para la realización del arbitraje–. Mientras que el arbitraje institucional es aquel encomendado a una institución especializada –ya sea de carácter corporativo o asociativo, sin ánimo de lucro–, a la que se encomienda no sólo la designación de los árbitros sino también la administración del arbitraje –art. 14 LA/2003–.

El arbitraje de consumo, como ocurre con la mayoría de los arbitrajes especiales que existen, constituye un modelo de arbitraje institucional

El arbitraje institucional se ve modificado en los siguientes aspectos:

– El art. 14.1 a) LA/2003 incorpora, junto a las corporaciones de derecho público, las entidades públicas, y, se suprime la referencia específica al Tribunal de Defensa de la Competencia.

– Se modifica la letra a) del apartado 1 del art. 14 LA/2003, estableciendo que el desempeño de funciones arbitrales por esos organismos, se seguirá por sus normas reguladoras.

– Se añade un apartado 3, a ese art. 14 LA/2003, que constituye una auténtica declaración de principios, en el sentido de obligar a las instituciones arbitrales a velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia

De todo ello entendemos que la L 11/2011 ha eliminado, por motivos obvios, la mención en el texto anterior al desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia –el citado art. 14, a) LA/2003, en su nueva redacción–.

En el texto reformado, se destaca especialmente (art. 14, 3 LA/2003) el papel y función de las instituciones arbitrales como encargadas de *velar* por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación. Es preciso puntualizar que, en la redacción del texto sobre este punto, se eludió la inclusión del verbo “garantizar” y se sustituyó por el de “velar”

entendiendo por tal no solo verbo sino también función. A juicio de Goñi & Co Abogados¹⁰, la independencia y capacidad de los árbitros, así como la transparencia en su elección, son los principios y condiciones esenciales sobre los que se fundamenta la propia existencia y futuro del arbitraje. Las instituciones arbitrales tienen margen suficiente para proponer respuestas y procedimientos eficaces que posibiliten que su actual función *ope legis* de “velar” por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación, pase a ser la de garantizarlas plenamente –transformándose de meros veladores en garantes–. Con ello se dará un paso definitivo hacia el futuro de nuestro arbitraje (y como no, también en el de consumo), cuestión toda ella con la que estamos absolutamente de acuerdo.

V. Mantenimiento del arbitraje de equidad

Ciertamente en este tema no tenemos mucha crítica que hacer, porque como bien sabemos, el proceso arbitral de consumo se rige por la regla contraria que el arbitraje común, es decir, en el arbitraje de consumo se decidirá en equidad salvo acuerdo en contrario por las partes¹¹, influenciado todo él por el carácter tuitivo que tiene respecto del consumidor.

Como decimos, el RDAC/2008 sí optó expresamente por el arbitraje de equidad al regular las normas aplicables a la resolución del conflicto de consumo –art. 33,1–. Si bien, tengamos en cuenta que, en cualquier caso, le corresponde al consumidor la decisión última sobre el arbitraje que quiere que se aplique, ya sea porque solicita explícitamente un arbitraje en derecho, o porque acepta tal arbitraje en el supuesto de que el empresario, en la oferta pública de adhesión, hubiera optado por un arbitraje de derecho –art. 34,1 RDAC–; de modo y manera que si el consumidor no está de acuerdo con el arbitraje de derecho propuesto por el empresario, entendemos que la solicitud de arbitraje se tramitará como si la empresa no estuviera adherida –art. 33,1 *in fine* RDAC– (y, consecuentemente, se llevará a cabo en equidad).

Pero advertimos en este sentido que, uno de los aspectos destacados de la Reforma de la Ley 11/2011 es que mantiene la posibilidad de pactar la cláusula de equidad en los arbitrajes internos, posibilidad que había desaparecido en el proyecto presentado al Congreso. Para Miguel Temboury¹², presidente de la Corte de la Cámara de Comercio de Madrid, la desaparición de dicha posibilidad había causado una honda inquietud en la comunidad arbitral ya que suponía, por un lado, una clara limitación a la autonomía de la voluntad

de las partes de la que, paradójicamente, el arbitraje es uno de los frutos más destacados. Y, por otro lado, eliminaba un sistema de resolución de conflictos de amplia tradición en el ámbito interno, que representa un valioso instrumento para resolver determinadas controversias (como aquellas de marcado carácter técnico), y que en ocasiones puede resultar más adecuado que el arbitraje de derecho en la obtención de una solución justa para el caso.

Además, dicha supresión suponía apartarse del modelo monista que, acertadamente, inspiró nuestra LA/2003, en la que se regula de la misma forma (con algunas pequeñas excepciones) el arbitraje interno y el internacional.

Por último, estamos con Temboury que, ante la falta de disposiciones transitorias relativas a este tema, se planteaba un problema prácticamente irresoluble con las cláusulas de equidad ya pactadas pero aún no activadas: ¿debía entenderse decaído el acuerdo arbitral en equidad? ¿O por el contrario había que entender que dicho acuerdo devenía en acuerdo de arbitraje de derecho? Ninguna de dichas soluciones parecía satisfactoria, y podía dar lugar a graves problemas en la práctica. Por ello, la apuesta del texto finalmente aprobado de mantener el arbitraje de equidad en el ámbito interno es digna de elogio.

El mantenimiento del arbitraje de equidad era una de las principales reivindicaciones de tribunales arbitrales como el de Barcelona o el de Madrid al legislador pues, se considera que, con el arbitraje de equidad se amplía el abanico del ejercicio de la libertad de quien decide no excluir a los tribunales y modular la manera en que quiere ver cómo se decide y con qué bases su conflicto.

Medidas cautelares

No podemos obviar la posibilidad de adopción de medidas cautelares. Tema polémico donde los haya, ya que supuso en la LA/2003 un mayor abundamiento en las facultades de disposición de los árbitros, así como una quiebra del tradicional monopolio jurisdiccional en esta materia. En efecto, entre las novedades más significativas de la citada LA/2003 se erige que la potestad para la adopción de medidas cautelares deja de ser competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales porque se admite también su declaración por los propios árbitros, siempre que no conste acuerdo en contrario por las partes—art. 23 LA/2003—. Por obvio que parezca, queremos resaltar que la eficacia del convenio arbitral no merma cuando las partes acuden a los órganos jurisdiccionales a solicitar medidas cautelares, es decir, no puede considerarse en absoluto esta circunstancia como renuncia tácita al arbitraje¹³.

Se mantiene por la L 11/2011, la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, expresamente reconocida y regulada como decimos en el art. 23 LA/2003, que no ha sido objeto de modificación alguna en este sentido¹⁴. Sin embargo, una de las modificaciones sustantivas de la última enmienda de 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL¹⁵ ha sido la regulación de las medidas cautelares. Posiblemente con su moderación en este aspecto, la Ley 11/2011 ha perdido una oportunidad de avanzar un poco más en nuestra regulación al respecto. No obstante, existen las bases en la LA/2003 y en nuestras normas procesales para desarrollar las directrices del modelo UNCITRAL en materia tan esencial.

Problema añadido, sin embargo, nos encontramos a la hora de analizar la L 11/2011, en cuanto que se añade la posibilidad de solicitud de medidas cautelares *con anterioridad* a las actuaciones arbitrales (art. 722 LEC¹⁶), con la única limitación de acreditar ser parte en un convenio arbitral.

Quizás la rapidez y simplicidad del procedimiento de consumo, haga innecesaria la adopción de MMCC, pero en la hipótesis contraria, nada impide la adopción de las mismas por el Colegio arbitral (o el árbitro único) de consumo. Téngase en cuenta que las dos posibilidades que presenta la exposición de motivos LA/2003 para la adopción de las medidas cautelares –por el juez o por el árbitro–, son alternativas y concurrentes; ello significa que, de elegir un camino, el otro ya no puede utilizarse. En cualquier caso, en lo que al procedimiento arbitral de consumo se refiere, este ofrece algunos matices que han de ser analizados:

– Necesidad de petición expresa de la parte: el consumidor (y, en caso de existir reconvencción, obviamente también por el empresario). De todos es sabido que la adopción de medidas cautelares en cualquier procedimiento arbitral requiere la petición expresa de la parte –arts. 11,3 y 23 LA/2003–. La especialidad en el arbitraje de consumo consiste en determinar si esta petición corresponde en exclusiva al consumidor –dado el carácter unidireccional que rige a la iniciación del procedimiento arbitral de consumo–, o, si dado que el empresario puede formular reconvencción, este también puede solicitarlas. Por un principio de igualdad nos decantamos por esta última opción; habida cuenta de que en las medidas cautelares *ante causam*, por pura lógica como veremos, solo procederían a instancia del consumidor. Por otra parte, debemos recordar que el empresario en la oferta pública de sometimiento al SAC puede limitar la cuantía o la materia sometidas a arbitraje. Por ello, no encontramos ningún inconveniente para que limite la tutela cautelar a determinadas medidas, e incluso la excluya totalmente¹⁷.

– Teniendo en cuenta que, tanto los jueces como los árbitros –mediando solicitud de parte– pueden adoptar medidas cautelares, tanto con un proceso pendiente como *ante causam*, en el arbitraje de consumo no encontraríamos óbice alguno para llegar a la misma conclusión de que es posible el planteamiento de medidas prearbitrales (sin embargo, nos surgen numerosas dudas al respecto, por cuanto que todavía no hay árbitro designado o no se ha constituido aún el Colegio arbitral –que sería, teóricamente, el momento en el que se viniera a pedir la adopción de medidas cautelares–).

– Teniendo en cuenta que tanto jueces como árbitros pueden adoptarlas tanto en proceso pendiente como *ante causam*, en el arbitraje de consumo no encontramos óbice alguno para plantearlas también. Pero nos surgen numerosas dudas respecto a la posibilidad de que empresario pueda plantearlas *ante causam*, por cuanto que todavía no hay árbitro designado o no se ha compuesto el colegio arbitral¹⁸ (momento en el que se vienen a pedir: 20 días después se formalizaría el arbitraje, y en nuestro caso del arbitraje de consumo, con la solicitud de arbitraje, presentada por el consumidor). De ahí que como hemos indicado, las medidas cautelares *ante causam* solo procederán a instancia del consumidor, por pura lógica.

VI. Sustanciación del procedimiento

En cuanto a la sustanciación del procedimiento arbitral, se articula un nuevo sistema respecto al *idioma* del arbitraje –art. 28. 1 LA–, con el que se incrementan las garantías del procedimiento, al reconocerse la posibilidad de utilizar la lengua propia por las partes, por los testigos y peritos, y por cualesquiera terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral.

Como en el texto anterior se establece como criterio prevalente sobre el idioma o idiomas del arbitraje el del acuerdo de las partes al respecto (art. 28,1). Se suprime sin embargo, como criterio alternativo y a falta de acuerdo, el de la decisión de los árbitros sobre este punto y se sustituye por el del uso “de cualquiera de las lenguas oficiales del lugar donde se desarrollen las actuaciones”.

Sin embargo, nos parece relevante señalar que con la nueva reforma se garantiza expresamente el derecho de las partes, de testigos, peritos y terceros, a utilizar el idioma propio cuando desconozca el idioma en el que se desarrollen las actuaciones.

Si bien, no nos parece muy afortunada, por motivos obvios, la posibilidad de habilitar como intérprete a “cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella”. Habrá que confiar en el buen criterio de las instituciones, árbitros y partes, para elegir en cada caso el intérprete adecuado. La traducción e interpretación rigurosas son cuestiones de mayor transcendencia de la que pudiera parecer, también en los arbitrajes, y debieran haber merecido una solución más procedente.

VII. Laudo

El laudo siempre será *motivado* según la última reforma de la LA/2003 operada por la L 11/2011 (incluso si es de equidad, porque en el laudo de D^o ya existía esta obligación), lo cual nos parece un tema hartamente positivo y que tenemos que aplaudir por los condicionante de congruencia que ello conlleva. En este sentido y respecto de la *incongruencia extrapetita*, simplemente destacar también como modificación especialmente positiva, la inclusión en el art. 39,1, d) LA/2003 –tras su reforma por la citada L 11/2011–, de la posibilidad de rectificación de la *extralimitación parcial del laudo*¹⁹, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas o no susceptibles de arbitraje.

Barona Vilar²⁰ ya estimaba que “la motivación no solo debería realizarse cuando se decida con sujeción a derecho, sino también cuando se decida en equidad, por cuanto en una sociedad racional y civilizada las decisiones se deben justificar para saber que la solución dada al caso no es fruto de la arbitrariedad, sino de la lógica y la razón. La motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio”.

Parece que el legislador de consumo se ha hecho eco de las opiniones doctrinales, recogiendo esa necesidad de motivación del laudo de equidad en arbitraje de consumo, puesto que en el laudo de derecho ya existía.

Tras la reforma operada por dicha L 11/2011, también se resuelve de forma clara, sencilla y definitiva, la polémica y potenciales situaciones de conflicto derivadas de la interpretación y posible consideración como motivo de nulidad, de la *extemporaneidad del laudo* (no afectando a la eficacia del convenio ni a la validez del laudo).

Se mantienen, tras la reforma operada por la L 11/2011 (art. 37,2 LA/2003), los *mismos plazos* previstos para dictar el laudo: dentro de los

seis meses siguientes a la fecha de la presentación de la contestación o de la fecha de la expiración del plazo para contestar. Se mantiene también la posible prórroga de ese plazo por dos meses más, salvo acuerdo en contrario, mediante decisión motivada de los árbitros.

Hay que destacar, sin embargo, y como especialmente relevante, la modificación y supresión de los dos últimos párrafos del anterior art. 37,2 LA/2003, que se sustituyen por el párrafo final del actual texto y en el que se dispone expresamente: “(...) que la *expiración del plazo* sin que se haya dictado laudo, salvo acuerdo en contrario, no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros como consecuencia de ello”.

Esta modificación nos parece clarificadora y positiva en la medida que resuelve, también de forma sencilla y definitiva, la polémica y las potenciales situaciones de conflicto derivadas de la interpretación y posible consideración, como motivo de nulidad, de la extemporaneidad de los laudos.

Se corrige así, y a nuestro juicio correctamente, lo dispuesto al respecto en la anterior redacción de la LA/2003, que resultaba ciertamente insuficiente, confusa y especialmente desafortunada: el transcurso del plazo determinaba automáticamente la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros, aunque no afectaba a la validez del convenio arbitral²¹.

Cuando haya más de un árbitro, bastará la *firma* de la mayoría de los miembros del colegio arbitral, o solo la de su presidente, para que quede constancia escrita del laudo dictado; pero en el caso de que no se haya firmado el laudo por alguno de los miembros del colegio, deberán manifestarse las razones de la falta de la firma. Se entiende que el laudo consta por escrito, cuando sea accesible su consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Si bien en nuestro caso de consumo, el art. 47 RDAC, en sede de adopción de decisiones colegiadas regula que: “En caso de que el órgano arbitral esté compuesto por tres árbitros, el laudo arbitral, o cualquier acuerdo o resolución diferentes de la mera ordenación e impulso de las actuaciones arbitrales, se adoptarán por mayoría. Si no existiera acuerdo de la mayoría decidirá el Presidente”

Por último, y en lo que al tema del laudo se refiere, la desaparición del calificativo “firme” del art. 43 LA/2003, desaparece la polémica y

La adopción de medidas cautelares en cualquier procedimiento arbitral requiere la petición expresa de la parte

disquisiciones sobre las diferencias entre el laudo definitivo y el laudo firme y sus distintas naturalezas, características y consecuencias, e incluso entre la firmeza y ejecutabilidad de un laudo o la caducidad de la acción ejecutiva.

Efectivamente, tras la reforma se elimina la confusa dicotomía previa existente en el texto de la LA/2003 entre laudo “definitivo” (del art. 40) y laudo “firme” (del art. 43), estableciéndose con mayor claridad que el laudo produce (siempre y sin necesidad de que sea “firme”) los efectos de cosa juzgada aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación, o en su caso, de revisión previstas por la Ley.

Se optó por la supresión del art. 43 LA/2003 del adjetivo “firme” (artículo que rezaba: “el laudo firme produce efectos de cosa juzgada”), pese a la oposición de una muy influyente parte de la doctrina, eliminándose y resolviéndose así, entendemos que de forma clara, adecuada y eficaz, la polémica y disquisiciones sobre las diferencias entre el laudo definitivo y el laudo firme y sus distintas naturalezas, características y consecuencias; e incluso entre la firmeza y ejecutabilidad de un laudo, solventándose de este modo, las siempre indeseables consecuencias de tal ambigüedad.

VIII. Procedimiento de anulación del laudo

Manteniéndose en su práctica totalidad intacto, sin embargo se modifica el apartado 1 del art. 42 en los siguientes aspectos.

La demanda del juicio verbal en que se ejercita la acción de anulación, deberá conformarse a lo establecido en el art. 399 LEC, debiendo acompañarse los documentos justificativos de la pretensión, convenio arbitral y la correspondiente proposición de los medios de prueba. El secretario judicial dará traslado de la demanda para que sea contestada en el plazo de 20 días, acompañada de los documentos justificativos de su oposición y de los medios de prueba de que intente valerse el demandado. De este escrito y sus documentos, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba correspondiente [art. 42.1.b) según la nueva redacción de la L 11/2011]. Si en los escritos de demanda y contestación no se hubiera solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, el tribunal dictará sentencia, sin más trámite [nueva redacción del art. 42.1 c) LA].

Notas

¹ Decimos segunda reforma, porque como es sabido, la primera fue la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuyo art. 18 vino a modificar los arts. 33.2, 43.1 y 45. 2 y 3 LA.

Se trataba de una reforma externa al sistema arbitral propiamente dicho. Hacía referencia principalmente a cuestiones jurisdiccionales relativas a la asistencia judicial para la práctica de pruebas, al procedimiento de la acción de anulación, a la suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución del laudo y a la ejecución forzosa del mismo.

² Referencia Internet: http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=192%3

³ La Ley 11/2011 también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003 (art. 11 bis y ter), las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital, como se recoge en el apartado II de su Exposición de Motivos, aunque quizás, de manera deficiente en algunos temas.

Con la modificación se reconoce la posibilidad de arbitraje con los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

Vemos, por tanto, cómo se implanta el convenio arbitral estatutario, según esos artículos: para resolver los conflictos que se presenten en las sociedades de capital. La introducción del convenio arbitral en los estatutos sociales, requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social (Se suprime así la inicial exigencia de unanimidad y de este modo, con algún inconveniente derivado y en potencial perjuicio de los intereses de las minorías, se facilita y posibilita el arbitraje societario). También se recoge que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

Señalemos que, aparentemente y como modificación sustancial, la reforma establece e impone el arbitraje institucional para los arbitrajes estatutarios de las sociedades mercantiles excluyéndose, en consecuencia, el arbitraje *ad hoc*. Aparentemente, decimos, porque esta imposición se formula de forma y con redacción ciertamente confusa, en el párrafo final del apartado 3 del nuevo art. 11 bis, lo que conllevará seguramente conflictos interpretativos la deficiente formulación técnica del citado artículo.

La anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles, habrán de inscribirse en el Registro Mercantil, y, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil se publicará un extracto (art. 11 ter).

⁴ La DA única de la L 11/2011, regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional, para resolver los conflictos internos que tengan la consideración de “controversias jurídicas relevantes”, entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, sin que pueda acudirse a la vía administrativa o jurisdiccional para resolver tales controversias, que será también de aplicación a las controversias que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal, con su Ministerio de tutela, Dirección General de Patrimonio o los organismos y entidades que ostenten la totalidad de su capital social o dotación (salvo que se prevean mecanismos internos de resolución).

Entendiéndose por “controversias jurídicas relevantes”:

- las que puedan generar un elevado número de reclamaciones (con independencia de su cuantía),
- las que tengan una cuantía superior a 300.000 euros,
- y aquellas que, a juicio de una de las partes, sean de esencial relevancia para el interés público.

No obstante se recogen también, como excepción, la relación, descripción y naturaleza, de aquellas controversias a las que no será de aplicación tal procedimiento de resolución.

Se crea a tales efectos resolutiveos una Comisión Delegada, cuya presidencia ostentará el Ministro de la Presidencia e integrarán asimismo, como miembros natos, el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia y cuya secretaría se atribuye al Ministerio de Justicia.

Es fácilmente detectable, a la vista de lo expuesto, que no estamos ante un auténtico arbitraje, sino ante una simple comisión de resolución de conflictos que viene a sustituir al recurso de alzada impropio, en el que los conflictos entre órganos sometidos al ministerio de tutela, son resueltos por el superior jerárquico. En cualquier caso, este nuevo sistema de resolución de conflictos, además de quedar aplazada su aplicación hasta la publicación del correspondiente reglamento, carece de utilidad práctica para los ciudadanos. De ahí que, en una primera aproximación debemos decir que compartimos la opinión de GOÑI en el sentido de que, no nos parece acertada como solución, por cuanto implica de atribución de competencias resolutiveas al Gobierno de conflictos y controversias en un procedimiento que, aunque probablemente bien regulado y eficaz, poco tiene de arbitraje y para cuya resolución se excluye expresamente la vía administrativa o jurisdiccional (y obviamente la arbitral, en sentido estricto) incrementándose el poder del Ejecutivo en detrimento del Judicial.

Goñi & Co Abogados, Referencia Internet: <http://www.goni-abogados.com/beta/pdfs>

⁵ “Licenciado en derecho” para el arbitraje de consumo, conforme al art. 21.1 *in fine* RDAC/2008: “En los arbitrajes que deban decidirse en derecho, los árbitros designados entre los acreditados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho”.

⁶ Art. 17 RDAC: “La acreditación de los árbitros para participar en los órganos arbitrales del Sistema Arbitral de Consumo se realizará por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo

en la que hayan de intervenir, atendiendo a los requisitos de honorabilidad y cualificación establecidos por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo. *En todo caso, además, los árbitros acreditados a propuesta de la Administración deberán ser licenciados en derecho, ya resuelvan en equidad o en derecho*". (La *cursiva* es nuestra).

⁷ El art. 15.1 LA/2003 se modifica en el sentido de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando se haya de resolver por **árbitro único**, se requerirá la condición de jurista del árbitro. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que, al menos uno de ellos, tenga la condición de jurista.

⁸ Opinión esta que, como es comprensible, no se comparte por los distintos Colegios de Abogados, por razones obvias.

⁹ Publicado en el BOE núm.310, de 22 de diciembre de 2010.

¹⁰ Goñi & Co, Abogados, (op. cit.).

¹¹ En este sentido, CORDÓN MORENO señala que los árbitros en arbitraje de equidad "no quedan obligados a aplicar exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa, sino que están facultados para ello".

CORDÓN MORENO, F., "El arbitraje en el derecho español: interno e internacional", Pamplona, 1995, pág. 49. Cfr. BONACHERA VILLEGAS, R., "Los arbitrajes especiales", Navarra, 2010, págs. 139 a 142.

¹² TEMBOURY REDONDO, M., "Una reforma positiva que necesitará de retoques adicionales para que España sea un referente arbitral", 8/8/2011. Referencia Internet: <http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-3/opinion-arbitraje/el-nuevo-proyecto-de-reforma-de-la-ley-de-arbitraje-primeras-impresiones.html>

¹³ De hecho, en alguna ocasión la doctrina de las Audiencias Provinciales se había venido manifestando a favor de la adopción también por los órganos jurisdiccionales de medidas cautelares, rechazándose a tal respecto que pudiera afectar al convenio arbitral existente. Así destacamos, la Sentencia AP de Madrid de 20 de noviembre de 1999, ya entonces expresaba: "Desde la perspectiva examinada, ni la existencia de un convenio arbitral obstaculiza la solicitud de medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales, ni la pendencia de una pretensión de esta clase limita o excluye la aptitud de los árbitros de conocer las cuestiones sometidas".

¹⁴ Para todo este tema, vid: IBOLEÓN SALMERÓN, B., "El proceso arbitral: Una perspectiva procesal del arbitraje de consumo", ed. Dykinson, Madrid 2012, págs. 101 a 107.

¹⁵ Recordemos: CAPÍTULO IV A. MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

Sección 1. Medidas cautelares

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia;

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados *a)*, *b)* o *c)* del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado *d)* del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

¹⁶ De hecho, la propia Exposición de Motivos de la L 11/2011, en su apartado IV, recoge que “adicionalmente se modifica el artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de permitir solicitar medidas cautelares a quien acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales, posibilitando con ello una mayor compatibilidad entre lo que se establece en materia de arbitraje y en dicha norma”.

¹⁷ Para la posibilidad de renuncia de las partes a la tutela cautelar en el arbitraje ordinario, BARONA VILAR, S., “Medidas cautelares en el arbitraje”, Navarra, 2006, págs. 105 a 155.

¹⁸ En cuanto a la perdurabilidad de las medidas cautelares *ante causam* adoptadas y la determinación del lapso de tiempo en que deberán instarse el procedimiento arbitral, la LEC señala la inaplicación del lapso temporal de 20 días para la interposición de la demanda y su sustitución para los casos de formalización judicial del arbitraje o el arbitraje institucional. En ellos, le corresponde al beneficiario de la medida cautelar solicitada –en nuestro caso el consumidor–, la carga de acreditar ante el Juez la iniciación de los trámites tendentes a la administración del arbitraje. En nuestro arbitraje de consumo estos trámites consisten en la solicitud de arbitraje

presentada por el consumidor ante la JAC, seguida de la aceptación del empresario si no consta oferta pública de sometimiento, o no consta convenio arbitral. Por ello, hemos indicado que las medidas cautelares *ante causam* solo se podrían solicitar a instancia del consumidor.

Vid. SENÉS MOTILLA, C., “La intervención judicial en el arbitraje”, Navarra, 2007, págs. 90 y 91.

¹⁹ Como decimos, se introduce un control a la extralimitación del laudo, junto a la corrección, aclaración y complemento; éstos últimos permanecen con idéntica redacción; los árbitros resolverán las solicitudes de corrección y aclaración en el plazo de 10 días, y sobre la solicitud de complemento y rectificación de la extralimitación, en el plazo de 20 días.

²⁰ Respecto al laudo arbitral vid BARONA VILAR, S., “Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Artículo 30”, (Coord. Barona Vilar, S.), Madrid, 2004, pág. 159 y ss.

²¹ Vid. sobre este tema, SIGÜENZA LÓPEZ, J., “La naturaleza de la acción de anulación de laudos arbitrales y su repercusión en materia de costas; la debida imparcialidad de los árbitros; y la posibilidad de que los laudos se subsanen y complementen de oficio”, en Arbitraje. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2010, pág. 208 a 215.

EL RÉGIMEN DE LAS
ACCIONES CIVILES
EN MATERIA DE
PUBLICIDAD ILÍCITA Y
COMPETENCIA DESLEAL
EN EL DERECHO
ESPAÑOL, TRAS LA
LEY 29/2009

M^A ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA*
Universidad de Castilla La Mancha (España)

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es ofrecer una panorámica general del régimen de acciones contra la competencia desleal, que rige en el ordenamiento jurídico español, tras la reforma experimentada por las Leyes de Competencia Desleal y General de Publicidad, en virtud de la Ley 29/2009. La finalidad básica de la misma es llevar a cabo la transposición a nuestro derecho de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. La virtualidad básica de la Ley 29/2009 ha sido unificar el régimen de acciones existente en materia de publicidad ilícita y competencia desleal, eliminando la doble regulación contenida en la Ley General de Publicidad y en la Ley de Competencia Desleal. Los remedios procesales contenidos en aquella han sido derogados, recogándose en la actualidad en la Ley de Competencia Desleal. Se analizará el régimen jurídico de las acciones que protegen a consumidores y usuarios en esta materia, habida cuenta que los ilícitos publicitarios son calificados como actos concurrenciales desleales.

I. Introducción

La Ley 29/2009, de reforma de la legislación mercantil en materia de competencia desleal y publicidad ilícita para la mejora de protección de consumidores y usuarios, presenta en el ámbito objeto del presente trabajo las siguientes novedades de interés:

- Unifica el régimen de acciones disponibles en materia de publicidad ilícita y competencia desleal.
- Conceptúa los ilícitos publicitarios como infracciones concurrenciales.
- Suprime el requisito de procedibilidad existente en materia publicitaria de requerir al infractor, antes de ejercitar acciones judiciales, el cese o rectificación de la publicidad.
- Elimina la regulación de los remedios procesales contenidos en la Ley General de Publicidad –en adelante LGP– (remisión del art. 6 al cap. IV de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal para la protección del ordenamiento publicitario). Una excepción de interés en este ámbito, a la que nos referiremos después, es la relativa a la especificidad de la legitimación activa en los supuestos de publicidad injuriosa o vejatoria de la imagen de la mujer.
- Supera algunos de los graves problemas de coordinación normativa y sistemática que se venían planteando.

A lo largo de las páginas siguientes desgranaremos las cuestiones más relevantes que plantea en la actualidad la regulación de las acciones civiles en materia de competencia desleal.

II. Acciones civiles en materia de publicidad ilícita y competencia desleal

Los artículos 32 a 36 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante LCD) constituyen el régimen básico de las acciones legales para la represión de la competencia desleal y la publicidad ilícita.

En esencia el art. 32 recoge las mismas acciones que antes de la reforma:

- Declarativa de deslealtad.
- De cesación o prohibición.
- De remoción.
- De rectificación.
- De indemnización de daños y perjuicios.
- De enriquecimiento injusto.

Una novedad de relieve la constituye el ordinal segundo de este artículo. En él se concede al juez la posibilidad de ordenar la publicación de la sentencia estimatoria, o, en su caso, de una declaración rectificadora. La publicación de la sentencia pasa a considerarse como una consecuencia de la condena separada de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, a diferencia de lo que sucedía en la LCD antes de la reciente reforma.

II. 1. Acción declarativa de deslealtad (art. 32.1 LCD)

II. 1.1. Finalidad:

La finalidad básica de esta acción es el examen de la conducta del demandado, a instancias del actor, y la determinación judicial expresa de su carácter desleal. No conlleva condena al demandado a una prestación concreta (salvo que se acumule a otra acción del art. 32 LCD) únicamente a estar y pasar por la declaración de ilicitud.

La declaración ha de referirse a la existencia de una infracción de orden concurrencial (no puede limitarse a la constatación de hechos, aunque éstos puedan ser relevantes para el ejercicio de una futura acción).

II. 1.2. Presupuestos:

De acuerdo con el artículo 32.1.1^a LCD, los presupuestos para el ejercicio de esta acción son los siguientes:

– Realidad del acto o comportamiento desleal (ha de ser alegado y probado por el demandante). –cfr, STS de 27 septiembre de 1999–.

El acto desleal ha de existir sin que sea posible la estimación de una demanda respecto de una conducta inminente, pero no ejecutada.

Es suficiente, no obstante, con que la lesión sea objetivamente probable sin que se precise su consumación: la amenaza siempre precede a la efectividad del impacto sobre los intereses protegidos del demandante.

– Interés legítimo del actor:

Los intereses de éste han de ser perjudicados o amenazados por el comportamiento desleal en el momento de interponer la demanda (art. 33.1 LCD).

El interés legítimo puede revestir carácter supraindividual (asociaciones, corporaciones profesionales –art. 33.2 LCD–, instituto nacional de consumo, asociaciones de consumidores y usuarios, entidades homologadas en el espacio intracomunitario –art. 33.3 LCD–).

Una novedad de relieve que presenta la ley 29/2009 es que no se exige expresamente la prueba de la perturbación subsistente creada por el comportamiento concurrencial (la supresión resulta intrascendente porque el actor tiene que probar un perjuicio o amenaza directo en sus intereses económicos).

– La estimación de la pretensión no requiere prueba del dolo ni de la culpa por parte del demandado: el juicio de deslealtad es objetivo al consistir en la determinación del carácter contrario a las reglas de la competencia desleal.

La acción declarativa puede ejercitarse con carácter autónomo. Es factible, no obstante, la acumulación a otras acciones contra la competencia desleal. En tal caso, la sentencia contendrá pronunciamiento separado sobre la tutela declarativa solicitada. Este será un *prius* lógico para la estimación del resto de pretensiones acumuladas.

Se plantea la duda en la doctrina sobre si es posible la articulación de una pretensión de declaración en términos negativos, en decir, la petición al órgano jurisdiccional de que confirme el carácter no ilícito, es decir, correcto, de una determinada actuación con trascendencia en el mercado y finalidad concurrencial. Este tipo de tutela está prevista en la Ley de Patentes (art. 127) y también en el ámbito del derecho de marcas (art. 40 LM). Aunque del tenor del art. 32.1 LCD no se desprende expresamente esta posibilidad, la admiten numerosos autores¹.

II. 2. Acción de cesación (art. 32.1.2ª LCD)

Sigue siendo tras la reforma el remedio central contra los actos de competencia desleal.

Bajo la misma se incluyen:

– La cesación de un comportamiento desleal vigente.

– La prohibición de la reiteración de un ilícito ya consumado, pero de probable repetición.

– La prohibición de actos desleales de inminente ejecución, pero todavía no realizados (SSAP de Barcelona de 26 de enero de 2000 y 27 de mayo de 2005).

La finalidad de esta acción es tanto preventiva como represora.

En relación con los presupuestos para su ejercicio, el principal es el riesgo cierto e inminente de la comisión de un acto de competencia desleal. En los dos últimos casos mencionados, el riesgo cierto e inminente de que el demandado continúe ejecutando un acto de competencia desleal o de que en el futuro vuelva a repetirlo.

Para evitar la prosperabilidad de la acción el demandado habrá de probar la inexistencia de peligro de reiteración (salió del mercado, procedió de buena fe, o cesó en la conducta tan pronto como tuvo conocimiento de la acción o de una reclamación extrajudicial).

La demanda tiene que referirse a un acto de competencia desleal concreto, delimitado con precisión (STS de 21 de junio de 2006). La apreciación de la deslealtad exigirá un examen de las circunstancias específicas².

En el caso de que el acto ya se haya puesto en práctica, la acción de cesación exige que la conducta de competencia desleal persista al tiempo de formularse la demanda y que en ese momento persistan también los efectos competitivos (Sentencia del Juzgado 1ª instancia de Cantabria de 13 febrero de 2004).

Tratándose de actos de competencia desleal ya ejecutados en los que no quepa peligro de reiteración no cabe acción de cesación (SAP Barcelona de 11 marzo 2008). Sería posible, sin embargo, el ejercicio de la acción de resarcimiento o enriquecimiento injusto (SSAP de Orense, de 22 de enero de 1998 y Madrid, de 1 de julio de 2004).

El acto desleal ha de existir sin que sea posible la estimación de una demanda respecto de una conducta inminente, pero no ejecutada

Al igual que en el caso de la acción de declaración de deslealtad no es presupuesto el dolo o negligencia del agente ni la producción de un daño efectivo o la idoneidad para realizarlo.

Toda condena de cesación o prohibición consistirá en un *non facere*, aunque a veces éste solamente no bastará "... siendo precisa una acción tendente a asegurar que se neutralicen los elementos materiales por medio de los que pueden seguir manifestándose los comportamientos desleales" (SAP Alicante de 7 mayo de 2008).

En la medida en que el efecto inhibitorio impuesto por la resolución judicial sólo pueda lograrse mediante una actuación positiva, es posible interpretar que ésta última forma parte de la tutela de cesación o prohibición.³

Las actuaciones accesorias pueden coincidir con la acción de remoción e, incluso, con la tutela rectificatoria (32.1.3ª y 4ª LCD). Ambas son contenido de dos acciones autónomas, pero acumulables (SAP de Alicante de 23 abril de 2007).

En caso de resistencia del demandado al cumplimiento de la obligación de no hacer, o de la prestación adicional de hacer puede promoverse la ejecución

forzosa de la sentencia. Su eficacia podrá haberse garantizado durante la fase declarativa del procedimiento, mediante las medidas cautelares (de especial eficacia resultan las medidas cautelares de carácter anticipatorio previstas en el artículo 727 –inciso séptimo– LEC). El condenado habrá de deshacer lo indebidamente hecho, de no ser posible, y, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, el incumplimiento no fuera susceptible de reiteración, procederá el resarcimiento de daños y perjuicios⁴.

La acción de cesación no puede confundirse con la acción de remoción de efectos. Ésta va dirigida no a hacer cesar la conducta desleal ni a impedir su repetición, sino a eliminar los efectos producidos por el acto o conducta desleal, en definitiva, la perturbación originada por dicho acto⁵.

II. 3. Acción de remoción (art 32.1. 3ª LCD)

La nueva redacción presenta novedades intrascendentes (sustitución de la expresión acto por la de conducta).

Su finalidad es la eliminación de los efectos del comportamiento desleal, para restituir el estado de cosas previo a la infracción del orden concurrencial⁶.

Para su ejercicio es precisa la continuidad de esos efectos al tiempo del ejercicio de la acción.

Si los efectos hubiesen dejado de producirse desaparece la *causa petendi*: el perjudicado puede ejercitar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Es diferente y puede ejercitarse de forma autónoma a la acción de cesación. Podrá ejercitarse aunque la actuación desleal cuyos efectos pretendan removerse, ya haya cesado y no vaya a reiterarse en el futuro (la SAP de Madrid de 1 julio de 2004 insiste en la autonomía respecto de la acción de cesación).

No es requisito para el ejercicio de la acción ni la intencionalidad del infractor (dolo o culpa) ni la efectiva producción de un daño.

En relación con el contenido de la acción interesa destacar que la LCD no recoge un elenco de medidas concretas de remoción que puedan solicitarse.

En consonancia con el principio dispositivo, el demandante no puede limitarse a solicitar la remoción de forma genérica debiendo precisar en el suplico de la demanda:

- Los efectos que deben ser eliminados.
- Las medidas idóneas para la eliminación de los mismos (proporcionalidad).

La tipología de medidas es tan amplia como los supuestos de hecho que pueden dar lugar a esta acción: retirada del mercado o destrucción de los

objetos fabricados con infracción del orden concurrencial –SAP de Alicante de 16 de octubre de 2007–; moldes, programas informáticos, software; rectificación de informaciones, contrapublicidad, etc).

La fijación definitiva de su contenido corresponde al juez con sujeción al principio de congruencia.

II. 4. Acción de rectificación (art. 31.2.4ª LCD)

La regulación del art. 32.1. 4ª LCD tiene un contenido exacto al anterior artículo 18.4 de la misma.

Su finalidad es suprimir o corregir los efectos perjudiciales de actos desleales de difusión de informaciones engañosas, incorrectas o falsas (SAP de Barcelona de 27 mayo de 2005).

La pretensión de rectificación sólo podrá articularse frente a aquellos comportamientos engañosos o denigratorios que, por sí solos, sean infracciones del orden concurrencial.

Presenta similitudes con la acción de remoción, aunque se diferencia de ella por comportar una suerte de satisfacción adicional al reclamante, vinculada al derecho al honor (SAP de Murcia de 31 julio de 2007).

Es compatible con la acción de remoción ejercitada para la eliminación de los daños residuales de las informaciones engañosas o falsas.

Es también compatible con la acción declarativa, de cesación, indemnización de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto.

Esta acción es objeto de interpretación restrictiva por parte de la jurisprudencia: estricta proporcionalidad con la gravedad de la conducta infractora.

El alcance de la rectificación ha de limitarse a la reparación de las consecuencias producidas, sin que pueda ocasionar al condenado un daño mayor.

La SAP de Vizcaya de 7 febrero de 2004 desestima la pretensión de rectificación por considerar que en el supuesto concreto no existe daño directo al consumidor, sino una información incorrecta que no ha producido efectos sociales susceptibles de ser corregidos por el (en ese momento) art. 18.4. LCD, cuya aplicación considera desproporcionada.

En consecuencia el éxito de esta acción requiere:

– La cumplida acreditación del carácter incorrecto, engañoso o falso de la información difundida.

– La cumplida acreditación de que dicha información tuvo intensidad suficiente para generar un cambio en la disposición del consumidor (SAP de Salamanca de 20 diciembre de 2006).

– No se precisa la acreditación de la actuación dolosa o negligente del demandado ni la efectiva causación del daño.

II. 5. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 32.1.5ª LCD)

Esta acción no se regula como medio central de tutela frente a conductas concurrenciales desleales pero su aplicación es amplísima. Su finalidad es exclusivamente la reparación de los daños y perjuicios imputables al demandado en razón con el ilícito concurrencial consumado.

Los presupuestos para el ejercicio de esta acción son los siguientes.

El actor habrá de acreditar la lesión patrimonial causada por el acto concurrencial. La lesión ha de ser real, efectiva, actual y evaluable económicamente (SAP de Valladolid de 27 mayo de 2003). Resulta de difícil prueba en el ámbito de la competencia desleal la prueba de la existencia y magnitud de la lesión ocasionada por el acto desleal.

Es precisa también la concurrencia de dolo o culpa del agente. Se discute si el alcance indemnizatorio ha de ser diferente según que el demandado haya actuado con dolo o con culpa. Un sector doctrinal se manifiesta en sentido positivo, entendiendo que será de aplicación lo prevenido en el artículo 1107 del Código Civil⁷. De este modo, concurriendo dolo la reparación ha de ser integral. Existiendo sólo culpa aquella se referirá a los daños que un examen ex ante de la situación hubiera revelado como previsibles. Asimismo, resulta necesaria la existencia de relación de causalidad entre el acto de competencia desleal y el daño y perjuicio sufrido (por no demostrarse ésta, desestima la acción la SAP de Valladolid de 27 mayo de 2003).

La indemnización comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

La determinación de los conceptos resarcibles depende del criterio judicial. Algunas hipótesis típicas son las siguientes:

– Minoración en el valor de la imagen, gastos realizados para contrarrestar los efectos del acto desleal, mailings, campañas para diferenciar productos (estos conceptos se engloban en el daño emergente).

– Además de las pérdidas patrimoniales, es resarcible el daño moral (más difícil de cuantificar –prestigio, honor, estima social, salud psíquica o física... –STS de 22 febrero de 2001 y 12 junio de 2007; y AP de Madrid de 20 diciembre del mismo año). Algunas sentencias han considerado resarcible este daño, incluso en el caso de personas jurídicas (SSAP de Madrid de 20 noviembre 2001 y del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Madrid 4 de junio

de 2005). No obstante, en este caso más que daños morales son daños patrimoniales a la imagen de las empresas en el mercado o a su fondo de comercio (SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2006).

La dificultad de acreditación del daño ha determinado criterios dispares en la jurisprudencia, siendo el denominador común en la última década la sensibilidad ante dichas dificultades, especialmente en los casos de daño moral y lucro cesante.

La ganancia dejada de obtener como consecuencia del acto desleal también es de difícil cuantificación. El tipo de acto desleal de que se trate condicionará los posibles modos de cálculo de la ganancia que se haya dejado de obtener (Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Bilbao de 14 julio de 2006; SAP de La Coruña de 12 marzo de 2009; Granada, 18 septiembre de 2009; y Barcelona de 15 octubre de 2008).

La indemnización de daños y perjuicios puede tener lugar a través de una indemnización pecuniaria o por equivalencia o puede operarse mediante una prestación específica (resarcimiento *in natura*). En la mayoría de los supuestos el actor optará por la indemnización por equivalencia. No se prevé tras la reforma de modo expreso la posibilidad de resarcimiento *in natura* a través de la publicación de la sentencia (anterior 18.5 LCD). Esta consecuencia ha venido a establecerse, junto con la condena a difundir una declaración rectificadora, en el ordinal 2º art. 32 LCD como opción del demandante que ejercita cualquiera de las acciones reguladas en los apartados 1 a 4.

II. 6. Acción de enriquecimiento injusto (art. 32. 1. 6 LCD)

Procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva -propiedad intelectual, patente, marca- u otro análogo de contenido económico -confusión con signos distintivos no registrados; aprovechamiento indebido de reputación o esfuerzo ajeno...- (cfr, art. 32.1. 6ª LCD, idéntico al anterior art. 18).

Sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

Los presupuestos son los de toda *conditio sine causa generalis*: enriquecimiento, empobrecimiento, relación de causalidad entre ambos y falta de causa.

El contenido es la condena a la restitución del valor de la ventaja obtenida por el demandado como consecuencia de la intrusión en el derecho de exclusiva u otro análogo. Presenta múltiples dificultades probatorias tanto del enriquecimiento como del empobrecimiento.

No debe confundirse con la de resarcimiento de daños y perjuicios. Dos criterios resultan básicos a estos efectos:

No es preciso que concurra dolo o culpa del infractor (aunque en la práctica sea frecuente).

El alcance de la reintegración es distinto, aunque pueda coincidir parcialmente: en la acción aquiliana se refiere a los daños y perjuicios sufridos en un patrimonio. En la de enriquecimiento injusto se orienta únicamente a restituir el valor de lo indebidamente usurpado. Ambas acciones pueden ser compatibles, resultando su acumulación, incluso, conveniente.

El plazo de prescripción de esta acción es de 1 año desde el momento que pudo ejercitarse la acción y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal (con el límite de tres años desde que finalizó la conducta enjuiciada).

III. La tutela complementaria del ordinal 2º del artículo 32 CLD

La ley 29/2009 introduce en el art. 32 LCD un nuevo párrafo del siguiente tenor literal:

“En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1 a 4, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”.

La regulación en un apartado autónomo de esta nueva forma de tutela no resulta necesaria. El mismo resultado práctico puede conseguirse mediante las acciones de remoción, rectificación de informaciones engañosas, y resarcimiento de daños y perjuicios, cuya acumulación a las acciones declarativa e inhibitoria no plantea ningún problema. Ahora bien, la nueva regulación presenta una ventaja: el art. 32.2 hace explícito algo que con anterioridad exigía al demandante un esfuerzo de argumentación sobre la idoneidad de la medida como contenido de la tutela solicitada y de adaptación a los presupuestos propios de cada acción.

La publicación de la sentencia tiene por finalidad esencial erradicar los efectos perniciosos del comportamiento ilícito y tiene virtualidad reparadora (supone una especie de compensación in natura). La condena a la publicación total o parcial de la sentencia debe especificar el medio (diario, revista, web...)

fecha o plazo y contenido de la publicación sobre la base de lo que el actor haya especificado en su demanda.

Los presupuestos de ejercicio de esta acción son los siguientes:

– 1. Que se haya ejercitado y estimado alguna de las cuatro acciones del art. 32.1 LCD (se omite la referencia a la acción resarcitoria, a diferencia del régimen anterior).

En el caso de las acciones de remoción y de rectificación el tratamiento separado de la petición de publicación de la sentencia o de difusión de una declaración rectificativa no tiene sentido pues la publicación de la sentencia y/o rectificación es uno de los contenidos típicos de la acción de remoción.

La emisión de una declaración de rectificación de información engañosa o denigratoria es el objeto propio de la acción de rectificación.

– 2. La publicación total o parcial de la sentencia y la condena a emitir una declaración rectificadora han de resultar eficaces y proporcionales para cumplir la función que les es propia: la eliminación del estado de cosas originado por la lesión al orden concurrencial. Por ello, al tiempo de dictarse la resolución han de persistir los efectos perniciosos cuya eliminación se pretende.

La proporcionalidad se determinará atendiendo a las circunstancias concretas y al alcance de la lesión.

En correspondencia de las acciones a las que esta medida complementa no se exige dolo o culpa en el comportamiento del infractor.

– 3. Esta medida sólo puede acordarse si ha existido petición expresa por parte del demandante. De no ser así se vulneraría el derecho de defensa y los principios de audiencia y contradicción y de aportación de parte (SAP de Murcia de 16 abril de 2002).

IV. Legitimación activa y pasiva

IV. 1. Legitimación activa (art. 33 LCD)

Presenta diferencias significativas con la regulación anterior contenida en el art. 19 LCD. Son las siguientes:

– Se hace referencia a la legitimación en supuestos de deslealtad por publicidad ilícita (antes contenidos en la LGP)⁸.

– Se incluye la posibilidad de ejercicio de acciones de resarcimiento de daños y perjuicios por entidades y organismos de defensa de intereses colectivos.

– Se recoge la legitimación de las administraciones públicas y de entidades de otros estados miembros de la Unión Europea para protección de intereses generales.

– Se establece la posibilidad del Ministerio Fiscal de iniciar procedimientos para la represión de la deslealtad concurrencial. Resulta importante a estos efectos poner de relieve que el anterior art. 29 LGP ha quedado sustituido (art. segundo de la ley 29/2009) por el nuevo art. 6 LGP. Su párrafo primero remite con carácter general al capítulo IV LCD (arts. 32 a 36) para las acciones frente a la publicidad ilícita. Como consecuencia de la remisión genérica se aplicarán también las normas de legitimación de la LCD a los mecanismos previstos para combatir los ilícitos publicitarios.

El párrafo 2º del artículo 6 de la LGP consagra un régimen específico cuando las acciones del art. 32. 1. 1ª a 4ª se dirijan a combatir publicidad ilícita por utilizar de modo discriminatorio o vejatorio la imagen de la mujer la legitimación se amplía (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género; Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; asociaciones legalmente constituidas en defensa de los derechos de la mujer; Ministerio Fiscal).

IV. 1.1. Legitimación individual

Los supuestos de legitimación individual aparecen recogidos tras la reforma en el art. 33. 1. LCD. El precepto resulta un tanto asistemático en cuanto que mezcla supuestos de legitimación individual con otro de legitimación colectiva (el referido a la legitimación para el ejercicio de la acción de enriquecimiento). De acuerdo con el mismo están legitimados:

1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 5.

2. Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 5, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

3. La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (asociaciones de consumidores o usuarios; entidades legalmente constituidas para la protección de éstos; grupos de afectados).

4. La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada (p.ej. invasión en la titularidad de un derecho de exclusiva o actos de imitación, violación de secretos empresariales...).

IV. 1. 2. Legitimación en defensa de intereses generales

De acuerdo con el apartado segundo del artículo 33 LCD, las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1 a 4, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 4, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

- El Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios –arts 22 a 39, especialmente el 24–) o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

- Las entidades de otros estados miembros de la comunidad europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el diario oficial de las comunidades europeas.

- El ministerio fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

IV. 2. Legitimación pasiva

Las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento.

Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las

acciones previstas en el artículo 32.1, 1 a 4, deberán dirigirse contra el principal. Respecto a las acciones de resarcimiento de daños y de enriquecimiento injusto se estará a lo dispuesto por el Derecho civil.

El texto actual del artículo es prácticamente idéntico al del antiguo art. 20 LCD.

La expresión “cualquier persona” del apartado 1 comprende tanto a personas físicas como jurídicas (incluidos los entes sin personalidad jurídica).

En primer lugar cabe demandar a quien haya ejecutado materialmente la conducta desleal, también a quien haya ordenado, dirigido o preparado el comportamiento desleal.

La administración pública (estatal, autonómica y local) puede ser demandada en un litigio como responsable de un acto de competencia desleal (SAP de Castellón, de 15 mayo de 2004).

El actual apartado 2º del art. 34 amplía la legitimación pasiva del principal (en la redacción anterior éste sólo estaba legitimado pasivamente en relación con las acciones declarativa y de rectificación).

Los trabajadores y colaboradores estarán exonerados de toda responsabilidad cuando su comportamiento se haya circunscrito al ejercicio de sus deberes y/o funciones contractuales (SSAP de Castellón, de 1 septiembre 2004 y Cádiz, de 21 junio 2002).

En relación con las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto, el art. 34, *in fine*, remite a las reglas de derecho civil.

En el caso de la acción indemnizatoria deberán ser demandados tanto el principal como los trabajadores y colaboradores, pudiendo ser demandados indistintamente cualquiera de ellos, algunos o todos, y condenados de forma solidaria, sin que sea oponible un litisconsorcio pasivo necesario (generalmente serán supuestos de responsabilidad aquiliana).

Habrà de acreditarse el daño, la culpa y la relación de causalidad.

En el caso de la acción de enriquecimiento, la remisión al D. civil no es afortunada por cuanto es una construcción esencialmente jurisprudencial.

Si la lesión fue causada por la intervención de trabajadores y colaboradores, la legitimación pasiva del principal, sólo será procedente si el ilícito combatido le supuso una ventaja patrimonial injusta.

V. Prescripción

Regula esta cuestión el artículo 35 LCD. En él se establece que las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

El plazo anual del apartado primero queda activado cuando pudieron ejercitarse las acciones legales y, además, el actor tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal.

La pretensión de rectificación sólo podrá articularse frente a aquellos comportamientos engañosos o denigratorios que, por sí solos, sean infracciones del orden concurrencial

Han de darse ambas circunstancias a la vez, no basta la concurrencia de una de ellas.

El momento en que pudieron ejercitarse es aquel en que nacen las circunstancias de hecho que justifican cualquiera de las pretensiones del art. 32 LCD.

El *dies a quo* ha de corresponder con la fecha en que razonablemente se puede conocer la persona responsable del ilícito y el ilícito mismo.

Debería haberse precisado más el momento determinante del comienzo del plazo anual y el tratamiento de las acciones de prohibición.

Para el plazo trienal el punto de partida es el del momento de la finalización de la conducta desleal (criterio novedoso, el anterior art. 21 LCD lo fijaba en el momento de realización del acto).

Recoge así la doctrina jurisprudencial en materia de interrupción de la prescripción en los actos continuados (STS de 21 enero 2010: el plazo no empieza a correr hasta el fin de la conducta ilícita (acuerdo pleno sala de 17 diciembre 2009)).

La interrupción de la prescripción se regirá por las reglas generales del CC (art. 1971). La SAP de Zaragoza otorga también a las diligencias preliminares efecto de interrupción de la prescripción.

La prescripción de las acciones en defensa de intereses generales de consumidores y usuarios se rige por el RDL 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, concretamente por lo establecido en el art. 56 –en virtud de la remisión que al mismo hace el artículo 35 LCD–. Este artículo excepciona

ciertas hipótesis de la regla de imprescriptibilidad, mediante una nueva remisión a la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación -que, por tanto, en materia de competencia desleal operará como segunda remisión-, concretamente a lo dispuesto en el artículo 19. 2 de la misma. De acuerdo con este precepto, si las condiciones se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de Contratación, prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización colectiva.

Aun cuando resulta positiva la apuesta por la mejora de consumidores y usuarios frente a comportamientos desleales mediante la eliminación de obstáculos temporales, es criticable la escasa calidad técnica del precepto por el sistema de doble remisión confuso y notoriamente defectuoso⁹.

VI. Acciones legales y sistemas de autorregulación

El artículo 38 LCD regula las acciones ejercitables contra los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas.

Dichas acciones son las inhibitorias (tanto de cesación como de prohibición) y las de rectificación -art. 32.1. 2º y 4ª LCD-. Han de dirigirse contra los responsables de los códigos de conducta.

Previamente ha de instarse de ellos la cesación o rectificación de la recomendación desleal, así como el compromiso de abstenerse de realizarla.

La solicitud deberá realizarse por cualquier medio que permita tener constancia de su contenido y de la fecha de su recepción.

El responsable del código de conducta deberá remitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días (en ese plazo no podrá ejercitarse la correspondiente acción judicial).

Transcurrido ese plazo sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

El art. 39 LCD se refiere a las acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta. De acuerdo con el mismo:

1. Cuando la acción se fundamente en las causas previstas en el artículo 5.2, se instará, con carácter previo al ejercicio de las acciones previstas en el

artículo 32.1, 2 y 4, ante el órgano de control del código de conducta, la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido.

El órgano de control estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud, plazo durante el cual, quien haya iniciado este procedimiento previo, no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial.

2. En el resto de los supuestos de acciones dirigidas a obtener la cesación o la rectificación de una conducta desleal de quienes públicamente estén adheridos a códigos de conducta que reúnan los requisitos del artículo 37.4 LCD, la acción previa ante el órgano de control prevista en el apartado anterior será potestativa.

Notas

* maria.zurilla@uclm.es. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación: “Impacto regional de la reciente regulación sobre derecho de consumo: el régimen de arbitraje y mediación de consumo, el texto refundido de la ley general de defensa de consumidores y usuarios y la directiva 29/2005, de prácticas comerciales desleales”.

Entidad financiadora: Consejería de Educación y Ciencia (Junta de Comunidades de Castilla La Mancha).

Duración: 2010; 2011; 2012; y 2013.

Referencia: PPII 10-0199-9522

Investigador principal: Ángel Carrasco Perera.

¹ Vid. Herrera Petrus. C. “Acciones civiles frente a la competencia desleal” en A. Tato, P. Fernández y C. Herrera (Eds), *La reforma de la Ley de Competencia Desleal* (pp. 347-498). Madrid: Ed. La Ley.

² Vid. Illescas, (1995). “El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD” en AAVV, *Propiedad industrial y competencia desleal*. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial. Pg. 207.

³ Vid. Herrera, C, cit. Pg. 362.

⁴ Vid. Herrera, C, cit. Pg. 364.

⁵ Vid. Martínez, F. (2009). *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Tecnos

⁶ Se discute si es posible el ejercicio de la acción de remoción de efectos todavía no producidos. A favor de esta posición se muestra Massager, J (2006). “*El nuevo Derecho contra la competencia desleal*”. Madrid: Editorial Civitas. Pg. 535.

⁷ Vid. Herrera, c, cit. Pg. 385; Yzquierdo, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson. Pg. 248 y ss. En contra, Messeguer, cit. Pg. 542.

⁸ El anterior artículo 19 LCD no hacía referencia alguna a los supuestos de deslealtad por publicidad ilícita, que estaba regulada con notables deficiencias en la LGP, lo que era reflejo del problemático tratamiento dual y solapado que recibía la represión de los ilícitos publicitarios. Vid. Plazo, T (2004) “El Derecho de la publicidad: evolución y estado actual”, *Autocontrol* (www.autocontrol.es), nº 89. Pg. 6.

⁹ Vid. Herrera, C, cit. Pgs. 484-485.

Referencias

HERRERA, C (2010). “Acciones civiles frente a la competencia desleal” en Tato, A. /Fernández, P./ Herrera. C. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial La Ley.

ILLESCAS, (1995). “El ejercicio de las acciones civiles que propicia la Ley de Competencia Desleal” en AAVV, *Propiedad industrial y competencia desleal*. Madrid.

MARTÍNEZ, F. (2009). *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial Anaya.

MASSAGUER, J. (2006). *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*. Madrid: Editorial Civitas.

TATO, A. (2004). “El derecho de la publicidad: evolución y estado actual”, *Autocontrol* (www.autocontrol.es), nº 89, p 6.

TATO, A. /Fernández, P./ Herrera. C. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Editorial La Ley.

YZQUIERDO TOLSADA. M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

ACYR MAURICIO GOMES TEIXEIRA

Advogado e professor universitário

Especialista em Direito

Processual Penal – FMU e em

Direito Empresarial – FIRB

Mestre em Direito pela UNITOLEDO

RESUMO

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica nasce quando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, distinta de seus membros, acaba por incentivar a prática de atos fraudulentos, através da pessoa jurídica, como um verdadeiro instrumento do abuso de direito.

O Código de Defesa do Consumidor determinou expressamente, em seu art. 28, condições para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, indicando que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Poderá, ainda, ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica revela a preocupação do legislador infraconstitucional na busca pela proteção da ordem jurídica e coibindo abusos da personalidade jurídica empresarial.

ABSTRACT

The theory of disregard of the legal personality of corporations arises when the legal entity, having a legal personality which is distinct from its members, encourages the commission of fraudulent acts, by a corporation, as a true instrument of abuse of rights.

The Code of Consumer Protection has expressly determined in its art. 28, conditions for application of the theory of piercing the corporate veil, finding that the judge may disregard the legal personality of the company when, at the expense of the consumer, there is abuse of rights, abuse of power, violation of law, fact or tort or violation of statutes or social contract. It may also be disregarded when the corporate personality is somehow an obstacle to recover damages caused to consumers.

The concretization of that theory reveals the concern of the lawmakers about seeking the protection of the law, and curbing abuses of corporate legal personality.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a defesa do consumidor seria promovida pelo Estado, incluindo-a no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos¹. Mais adiante acrescenta tratar-se de um princípio da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna.

Com isso, são legitimadas as medidas de proteção estatal para assegurar não propriamente o consumidor, mas a sociedade de consumo, pilar da economia de mercado. Também é reconhecida uma nova categoria de sujeitos de direito, os consumidores.

Michel Miaille, a respeito do sujeito de direito, destaca que esta noção é algo “indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias, que exprime, na realidade, uma relação social – a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho –, vai ser escondida por ‘relações livres e iguais’, provindas aparentemente apenas da ‘vontade de indivíduos independentes’”².

E arremata: “o modo de produção capitalista supõe, pois, como condição de seu funcionamento a ‘atomização’, quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. No plano jurídico, esta representação toma a forma de uma instituição: a do sujeito de direito”.

Nesse contexto, é possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor protege o consumo e não o consumidor, que é visto apenas como um elemento da sociedade de consumo.

Há evidente interesse público na proteção e defesa do consumidor, pois as relações de consumo são a força motriz da economia, promovendo a circulação de bens, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano.

Cuidou o Estado de proteger o consumidor, geralmente hipossuficiente na relação de consumo, pois a concepção de Estado Social permite a tutela das relações entre consumidores e empresários, evitando abusos do poder econômico e as práticas negociais onerosas³. Ao assim atuar, protege o próprio consumo.

É evidente que a proteção ao consumidor não pode inviabilizar a livre iniciativa, sendo certo que um dos elementos fundamentais para garantir o desenvolvimento econômico é a possibilidade de pessoas unirem-se formando sociedades voltadas para um fim comum, onde há limitação das responsabilidades de cada um dos sócios.

Com isso estimula-se a atividade econômica, permitindo a circulação de riquezas e o atendimento dos princípios constitucionais (arts. 1º, inc. IV, e 170).

Contudo, isto não pode servir de entrave para que o consumidor obtenha a mais ampla reparação por vícios de qualquer natureza, motivo pelo qual o princípio, antes absoluto, da autonomia patrimonial, sofre temperamento para adequar-se à realidade da nova sociedade que procura se afastar da visão liberalista e não intervencionista do Estado, pois orientada pelo princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade:

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º Vetado.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

2. Desconsideração ou corresponsabilidade?

A pessoa jurídica atua manifestando sua vontade através daqueles que a compõem, sócios, gerentes ou seus administradores. Basta que se apliquem as regras de responsabilidades, previstas no ordenamento jurídico, para ressarcimento daqueles atingidos por atos danosos praticados pelos sócios ou administradores por intermédio da pessoa jurídica.

Isto porque a teoria da desconsideração possui utilização restrita, não podendo desgarrar-se daqueles pressupostos que lhe são próprios, abuso de direito ou fraude à lei. Tampouco é possível a sua utilização para o caso em que o ordenamento jurídico fornece meios de responsabilização direta dos sócios, gerentes, acionistas e administradores⁴.

Neste sentido Alexandre Ferreira de Assumpção Alves sustenta:

*“Insta sublinhar que a matéria contida nos parágrafos 2º a 4º não é considerada como desconsideração, mas simples extensão da responsabilidade do fornecedor ou fabricante a outras empresas do mesmo grupo econômico, como já se encontra em outras searas jurídicas idênticas medidas (à guisa de ilustração, no art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho).”*⁵

A lei consumerista enumera as hipóteses em que é possível desconsiderar a personalidade jurídica: 1) quando houver abuso do direito; 2) em caso de excesso de poder; 3) infração da lei, fato ou ato ilícito; 4) violação dos estatutos ou contrato social; 5) falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O primeiro item – abuso de direito – está em conformidade com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁶.

Os itens 2 a 4 versam a respeito da responsabilidade do sócio ou representante por ato próprio na condução da sociedade, quando o fato ilícito é imputado diretamente aos sócios ou representantes.

No item 5 verifica-se a presença de um conceito vago – má administração – que conduz à responsabilização do sócio-gerente ou administrador. Não há como alcançar diretamente os sócios, acionistas ou controlador, pois se trata de responsabilidade própria do administrador, gerente ou liquidante que não agiu conforme regras administrativas próprias para o caso.

Logo, podendo ocorrer a direta responsabilização dos sócios ou administradores, não representa a personalidade jurídica um obstáculo e, portanto, não se faz necessária a sua desconsideração.

A respeito, destaca Fábio Ulhoa Coelho:

“Com efeito, a teoria da desconsideração tem pertinência quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é responsável pela indenização correspondente. Nesse

O Código de Defesa do Consumidor protege o consumo e não o consumidor, que é visto apenas como um elemento da sociedade de consumo

caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ilícito que praticou.”

Dessa forma, não há desconsideração diante da imputação direta da responsabilidade ao sócio ou administrador por excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social, hipóteses previstas no Decreto 3.708/19, art. 10, e na Lei 6.404/76, arts. 115, 117 e 158.

3. Desconsideração dos grupos

É controvertida a abordagem da desconsideração no Código de Defesa do Consumidor, sendo possível notar que a intenção do legislador foi atingir os grupos societários, como se observa dos §§ 2º a 4º:

“Art. 28. (...)

§ 1º (...)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.”

A preocupação do legislador procede, na medida em que se constata o crescimento da figura da empresa como “principal protagonista da sociedade moderna”⁸, destacando, no âmbito econômico, a superação do capitalismo industrial para o “capitalismo de grupos, da concentração empresarial”.

Através da concentração, as empresas buscam crescer para tentar ocupar o maior mercado consumidor possível, o que pode se dar através da expansão simples, fusão, incorporação, cessão do ativo, acordos e uniões.

Na visão de Cavalcante Koury: “Os grupos de empresa constituem, sem dúvida, um dos procedimentos concentrados mais apropriados para a obtenção de maior produtividade e maiores lucros, com menores custos, pois, através deles, submetem-se à unidade de poder diretivo, empresas juridicamente independentes, mas economicamente unidas”.

Quanto à personalidade jurídica, apesar da sua unidade em termos diretivos entre pessoas jurídicas independentes, permanecem autônomas em relação umas das outras. Não são afetadas, portanto, as personalidades jurídicas, que permanecem independentes: “Com efeito, a personalidade jurídica de cada uma das empresas do grupo revela a autonomia formal das

unidades que o compõem, apesar de elas visarem aos mesmos objetivos e encontrarem-se, na realidade submetidas à unidade de direção”.

Novamente é importante resgatar, nesse ponto, algumas noções de direito societário. Grupos de sociedade são aqueles constituídos por uma controladora e suas controladas.

No grupo de sociedade tem-se um processo convencional em que a sociedade passa a ser integrada em um grupo que é responsável pela condução das sociedades convenientes. Forma-se um grupo que tem por objetivo congregar os diversos meios de produção de que dispõem para obtenção de maior produtividade, maior lucro e menor custo, subordinando-se sociedades juridicamente independentes sob um único comando. O art. 266 da Lei de Sociedades Anônimas diz que a convenção do grupo estabelece a estrutura administrativa, a coordenação ou subordinação dos administradores das diversas sociedades filiadas, mas cada uma delas conserva sua personalidade e patrimônio distintos.

Há uma autonomia jurídico-patrimonial entre as sociedades, não obstante a crítica de Modesto Carvalhosa, que assevera ser esta autonomia “incompatível com a natureza e a estrutura dos grupos convencionais que formam uma sociedade de segundo grau, ainda que não personalizada”.

No art. 267 da Lei de Sociedade Anônimas é estabelecida a obrigatoriedade da expressão grupo de sociedades ou grupo como forma de atender ao princípio da publicidade, segundo o qual, “ao conhecerem, pela denominação, que a sociedade sofre as vinculações de gestão e patrimoniais decorrentes da convenção, não podem os terceiros contratantes alegar ignorância sobre o *status* da sociedade com quem contratam”.

Sociedades consorciadas (consórcio) são uma reunião de sociedades que se agrupam para executar um determinado empreendimento, não tendo personalidade jurídica, obrigando-se em nome próprio. Como conceitua Modesto Carvalhosa: “Constitui o consórcio uma comunhão de interesses e de atividades que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam. Estas procuram um fim comum específico, que é retirado dos fins gerais de cada uma delas”⁹.

A diferença entre os grupos de sociedade e a sociedade consorciada reside no fato de que para aqueles o objeto é permanente; para esta, ao contrário, seu objeto é um determinado empreendimento, para ele unindo seus esforços, conservando a sua autonomia a ponto de obrigarem-se em nome próprio.

Ponto a ser destacado é a ausência de personalidade jurídica do consórcio, tendo apenas uma “personalidade judicial e negocial, que se expressa pela

existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva (art. 279). A representação decorre de mandato das sociedades consorciadas”.

Dessa forma, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica do consórcio simplesmente porque ele não a possui. Essa consideração reforça a tese de que o § 3º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor trata de hipótese de responsabilidade solidária, e não de desconsideração.

Da leitura do art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que o legislador ampliou a responsabilidade das sociedades consorciadas, que na Lei das Sociedades Anônimas é limitada às obrigações que assumiram no contrato de consórcio.

Não houve revogação do § 1º do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas, pois o art. 28, § 3º, da lei consumerista ressalta que a solidariedade somente ocorre pelas obrigações decorrentes das suas disposições. Em outras palavras: somente se houver relação de consumo, será possível sua aplicação.

Nesse contexto importa salientar que duas correntes doutrinárias procuram definir o campo de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor: a teoria maximalista e a teoria finalista.

A teoria maximalista entende o Código de Defesa do consumidor como a norma regulamentadora do mercado consumidor brasileiro, destacando-se a lição de Claudia Lima Marques:

“Já os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.”¹⁰

De outro lado, a teoria finalista procura delimitar claramente o conceito de consumidor para aplicar restritivamente as disposições consumeristas, novamente citando Claudia Lima Marques:

“Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inc. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor

e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º.

(...)

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial lhes concede.”

Não é possível
desconsiderar a
personalidade
jurídica do
consórcio
simplesmente
porque ele não a
possui

Portanto, estando presente uma relação de consumo, é aplicável o art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor; nos demais casos prevalece a regra do art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas.

É possível observar uma distinção entre a responsabilidade das sociedades integrantes dos grupos societários e das sociedades controladas, em relação às sociedades consorciadas. Para as primeiras a responsabilidade é subsidiária, enquanto nas consorciadas a responsabilidade é solidária.

Inovou o legislador neste ponto, pois o art. 278 da Lei de Sociedades Anônimas estabelece que as sociedades consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

No art. 28, § 2º, do CDC tem-se responsabilidade subsidiária – o consumidor que é lesado pela sociedade controladora ou controlada pode buscar o completo ressarcimento dos danos causados em face dos demais integrantes, de forma subsidiária.

No art. 28, § 3º, inovou o CDC, pois estabelece responsabilidade solidária entre as consorciadas, quando a Lei das Sociedades por Ações prevê que não há presunção de solidariedade (art. 278, § 1º).

Enquanto Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto, ao tratar o art. 278 da Lei das Sociedades Anônimas, defende que “o § 3º do art. 28 derogou expressamente essa disposição da lei comercial, criando, nas relações

de consumo, um vínculo de solidariedade entre as empresas consorciadas, em benefício do consumidor”¹¹, seria prudente afirmar que somente ocorrerá sua aplicação quando presente uma relação de consumo, valendo as considerações anteriormente efetuadas quanto às teorias maximalista e finalista.

Com efeito, não é possível admitir que a lei consumerista revogue disposição legal especial que regula as sociedades por ações, neste caso os consórcios.

Portanto, adotando-se a teoria finalista, tem-se que o art. 28, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor somente será aplicado quando se estiver diante de uma relação de consumo; caso contrário, aplicar-se-á a regra inscrita no art. 278 da Lei de Sociedades Anônimas¹².

Quanto às sociedades coligadas, tem-se que são aquelas em que há participação de uma sociedade no capital de outra em 10% ou mais, sem controlá-la.

No sistema consumerista, as coligadas só responderão por culpa¹³. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor elegeu a responsabilidade objetiva como orientação em matéria de responsabilidade civil:

*“Andou mal o elaborador da Lei 8.078/90, ao exigir culpa das sociedades coligadas (art. 28, § 4º) para a desconsideração da personalidade jurídica. É que o sistema jurídico adotado pelo CDC foi o de responsabilidade civil objetiva, em que não se perquire o fator de culpa: depois, porque nos litígios de consumo a interpretação deve favorecer o consumidor. Além disso, pela existência da responsabilidade civil objetiva e pela inversão do ônus da prova em favor do consumidor, inadmissível é a exigência feita ao consumidor para provar a culpa do fornecedor em relação de consumo no qual ocorrem as hipóteses para a desconsideração da personalidade jurídica.”*¹⁴

Ainda quanto aos grupos, Rubens Requião propõe classificação em grupos de direito e grupos de fato. No primeiro, estariam a sociedade controladora e suas controladas organizadas por convenção registrada na Junta Comercial. Assim, os grupos de direito “importam numa convenção, formalizada no Registro do Comercio, tendo por objetivo uma organização composta de companhias, mas com disciplina própria, sendo reconhecidas pelo direito”¹⁵.

Os grupos de fato “são aquelas sociedades que mantêm, entre si, laços empresarias através de participação acionária, sem necessidade de se organizarem juridicamente. Relacionam-se, segundo o regime legal de sociedades isoladas, sob a forma de coligadas, controladoras e controladas, no sentido de não terem necessidade de maior estrutura organizacional”.

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury destaca a existência de duas modalidades básicas – grupos de coordenação e os de subordinação:

“Nos grupos de coordenação, caracterizados pela unidade de direção entre empresas juridicamente autônomas, as relações estabelecidas entre elas têm índole igualitária, no sentido de igualdade de forças econômicas, de paridade de possibilidade de decisão, sem que isto implique em unidade de controle. O objetivo principal dessa modalidade de grupo é a harmonização da política empresarial e das questões fundamentais da direção social de uma empresa com as outras.

Por sua vez, os grupos de subordinação caracterizam-se fundamentalmente pela unidade de controle, ou seja, pela preeminência de uma empresa sobre outra, com possibilidade de exercício de dominação, de controle da atividade subordinada.

De fato, a noção de controle é essencial aos grupos de subordinação, pois é o controle que assegura a sua coesão.”¹⁶

Neste contexto, somente no caso dos grupos de subordinação justificaria-se a aplicação da teoria da desconconsideração, em razão da unidade de controle. Nos grupos de coordenação, não se justificaria a desconconsideração, dada a evidente autonomia e independência.

Do estudo realizado restou demonstrado que não tratam os §§ 2º, 3º, 4º de casos próprios de desconconsideração, mas de hipóteses de responsabilidade direta das sociedades.

4. A desconconsideração em função do prejuízo

O art. 28, § 5º, do Código de defesa do Consumidor prevê a aplicação da teoria da desconconsideração sempre que a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. O critério estabelecido pelo legislador para permitir a desconconsideração foi o de prejuízo aos consumidores.

Neste caso não se cogita da fraude à lei ou abuso de direito, inovando o legislador com o objetivo de viabilizar aos consumidores hipóteses através das quais fosse garantido o ressarcimento de prejuízos eventualmente sofridos, não sendo a personalidade obstáculo hábil a impedi-lo.

Como salientado anteriormente, a personalidade jurídica é um princípio fundamental do ordenamento jurídico, mas não absoluto.

Apesar de não se referir à fraude ou abuso de direito, é possível admitir a desconconsideração no caso do dispositivo legal, por se tratar de hipótese

expressamente prevista pela lei. Conforme salienta Fábio Ulhoa Coelho, “não se deve esquecer das hipóteses em que a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica prescinde da ocorrência da fraude ou de abuso de direito. Somente diante do texto expresso de lei poderá o juiz ignorar a autonomia da pessoa jurídica, sem indagar da sua utilização com fraude ou abuso de direito”¹⁷.

No entanto, este autor destaca, em outra oportunidade, que não é a simples existência do prejuízo patrimonial do consumidor que permite a desconsideração, apresentando três razões para tanto:

*“Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a disregard doctrine representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, que, assim, só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação de credor não autoriza, por si só, a desconsideração. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o caput do mesmo art. 28, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à revogação do art. 20 do Código Civil em matéria de defesa do consumidor. E se tivesse sido esta a intenção do legislador, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.”*¹⁸

Flávia Lefèvre Guimarães ressalta que o § 5º representa “extensão quase ilimitada ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica”¹⁹, pois, sempre que a personalidade representasse algum tipo de obstáculo ao ressarcimento do consumidor, em função da insolvência da sociedade, seriam os sócios atingidos através da desconsideração.

Contrariando o posicionamento do professor Fábio Ulhoa Coelho, a autora destaca que a utilização do § 5º do art. 28 não tornaria letra morta o *caput*, pois os requisitos ali previstos seriam dispensados em razão da prevalência da ideia de que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação de consumo. Para Marçal Justen Filho, a criação da pessoa jurídica já é um abuso, mas é tomado como abuso assumido pelo direito em função dos benefícios que traz à comunidade.

Corroborando a tese de que não há conflito entre o § 5º e o *caput*, tem-se a lição de Cavalvante Koury:

“Todavia a enumeração dos fundamentos legais para a desconsideração no caput do art. 28, não é, a nosso ver, numerus clausus, tendo caráter meramente exemplificativo e devendo ser entendida em consonância com os objetivos visados pelo legislador.

*Esse posicionamento é corroborado pelo parágrafo 5º do artigo em exame, no qual se prevê a possibilidade de aplicação da Disregard sempre que ‘a forma da pessoa jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores’.*²⁰

Retornando a Fábio Ulhoa Coelho, este defende a tese de que não se pode interpretar literalmente o § 5º do artigo em exame, sob pena de tornar letra morta o *caput*. Saliencia que o legislador pretendeu permitir a aplicação de sanções de caráter não pecuniário:

*“Desta maneira, deve-se entender o dispositivo em questão como pertinente apenas às sanções de caráter não pecuniário a que se encontra sujeito o fornecedor, como, por exemplo, a proibição de fabricação de produto, a suspensão temporária de atividade ou fornecimento de produto ou serviço (CDC, art. 56, V, VI e VII). Se determinado empresário é apenado com essas sanções, e, para furtar-se do seu cumprimento, constitui sociedade comercial para agir através dela, a autonomia da pessoa jurídica pode ser desconsiderada justamente para evitar que a burla aos preceitos da legislação consumerista se realize. A interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor conduz à conclusão de que o seu âmbito de incidência está relacionado com a aplicação das sanções de conteúdo não pecuniário.”*²¹

Genacéia da Silva Alberton adota uma posição intermediária:

*“No que se refere ao § 5º do art. 28, é necessário interpretá-lo com cautela. A mera existência de prejuízo patrimonial do consumidor não é suficiente para a desconsideração. O texto deixou o significado em aberto na medida em que assevera que a pessoa jurídica poderá também ser desconsiderada quando sua personalidade ‘de alguma forma’ for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidores. Leia-se, quando a personalidade jurídica for óbice ao justo ressarcimento do consumidor.”*²²

Não obstante o exposto, filiamo-nos à corrente doutrinária que defende a aplicação restrita da teoria da desconsideração, razão pela qual não é possível aceitar que sempre se poderá desconsiderar a personalidade jurídica quando ocorrer prejuízo ao consumidor.

Neste contexto, a redação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor apresenta várias falhas na sua elaboração, como, aliás, acima exposto,

O consumidor que é lesado pela sociedade controladora ou controlada pode buscar o completo ressarcimento dos danos causados em face dos demais integrantes

banalizando, no § 5º, tão importante instituto criado pelo direito. A esse respeito, destaca-se:

“O remédio da desconsideração deveria ser de aplicação restrita para quando não se pudesse resolver a questão de forma justa, equitativa, usando outras medidas.

Claramente, o texto do art. 28 da lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria dos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panaceia nacional na defesa do consumidor.

(...)

Permitir que o juiz, na defesa do consumidor, à falta de bens sociais para indenizá-lo, determine a responsabilidade dos sócios ou administradores que, em última instância, serão os beneficiários dos resultados econômicos auferidos pela sociedade, pode ser atingido de outra forma. A técnica da desconsideração teria emprego apenas nos casos em que os consumidores fossem prejudicados e não houvesse forma mais simples e eficaz de reparar o dano.

Atos da sociedade que causem prejuízo ao consumidor devem ser imputados à sociedade. De outro lado, se o ato é praticado com violação do estatuto ou do contrato social o sócio que lhe der causa no ordenamento jurídico.”²³

Admitir a desconsideração sempre importa revogar o art. 20 do Código Civil, com o que parecem concordar os doutrinadores.

Continuando a crítica ao aludido § 5º, Luciano Amaro destaca:

“Já o preceito do § 5º padece de vício que o torna inconciliável com o caput. O parágrafo inicia-se com o advérbio também, sugerindo que ele irá adicionar mais alguma mais alguma hipótese ao elenco do caput. Contudo, no lugar do rol de novas hipóteses surgem as expressões genéricas sempre que e de qualquer forma.

O referido § 5º, combinado com o caput, mostra um serviço legislativo viciado por insanável impropriedade. É como se dissesse: ‘se causares prejuízo com abuso irás preso: também irás preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo.

O enunciado do parágrafo é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o caput do artigo e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração, implicando derrogar (independentemente de qualquer abuso ou fraude) a limitação de responsabilidade dos sócios de toda e qualquer empresa fornecedora de bens ou serviços no mercado de consumo.”²⁴

Nem tampouco é possível admitir que a insatisfação do consumidor com produtos ou serviços prestados possa ensejar a desconsideração, que somente pode ocorrer em caráter excepcional. A interpretação literal do texto legal pode conduzir à falsa ideia de que qualquer prejuízo ou insatisfação do consumidor ensejaria a desconsideração²⁵. Não foi essa a intenção do legislador, pois permanece vigente o princípio da separação patrimonial segundo o qual somente depois de esgotado o patrimônio da sociedade será possível perquirir da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica para obter o completo ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo consumidor se verificado que a personificação é um obstáculo.

5. Considerações finais

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 28, procurou atingir os grupos de sociedade, sociedades consorciadas e sociedades coligadas. No entanto, os consórcios não possuem personalidade jurídica, não sendo possível sua desconsideração, motivo pelo qual se tem hipótese de responsabilidade solidária.

Ainda quanto às sociedades consorciadas, foi ampliada a responsabilidade que, pela Lei das Sociedades Anônimas, é limitada às obrigações que assumiram no contrato de consórcio, enquanto na legislação consumerista tornam-se solidárias.

Não há incompatibilidade entre as normas, bastando aplicar o Código de Defesa do Consumidor naqueles casos em que houver relação de consumo; caso contrário, aplica-se a legislação societária.

O Código de Defesa do Consumidor prevê que, caso a personalidade jurídica constitua obstáculo ao ressarcimento de prejuízos ao consumidor, será aplicada a teoria da desconsideração.

Não se cogita da fraude ou abuso, bastando o prejuízo, critério eleito pelo legislador para, nas relações de consumo, desconsiderar a personalidade jurídica.

De um lado, é certo que o dispositivo legal tutela os direitos do consumidor, novo sujeito na ordem jurídica, que reclama tutela especial em função da sua hipossuficiência; de outro, contudo, essa norma estende quase ao infinito a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração, tornando-a verdadeira regra, quando deveria se tratar de exceção.

Ainda no âmbito do direito consumerista, é possível a desconsideração em caso de falência, mas somente quando decorra de má administração.

O conceito de má administração dá margem à controvérsia, pois, se a falência não for decorrente desse fator, mas de outras circunstâncias, como, por exemplo, o fechamento de um mercado ou a taxaçoão de exportações, não seria possível a aplicação da teoria da desconsideração em favor do consumidor.

Não obstante, há uma corrente doutrinária que defende a desconsideração da personalidade jurídica pela simples ocorrência da falência, surgindo, nesse ponto, novo problema, decorrente da despersonalização da massa falida, motivo pelo qual não seria possível desconsiderar personalidade de quem não a possui.

Notas

¹ CF/88, art. 5º, inc. XXXII.

² MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p.118.

³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 243.

⁴ A respeito destacam-se as lições de JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987, p. 111; e também de OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 520. Ambos negam que o art. 134 do Código Tributário Nacional trate da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de responsabilidade.

⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica...*

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 223; REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 410, p. 12-24, 1979.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos...*, p. 226-7.

⁸ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 57.

⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades...*, p. 340.

¹⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 142-3.

¹¹ DENARI, Zelmo. Capítulo IV – *Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. 6. ed. *CDC comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 210.

¹² *Lei 6.404/76, art. 243*: “O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante

o exercício. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, da capital da outra, sem controlá-la. (...)”.

¹³ “§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.”

¹⁴ ROCHA, Antônio do Rego Monteiro. *Código de defesa do consumidor: desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 137.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2, p. 225.

¹⁶ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 63.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor...*, p. 229.

¹⁹ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor: aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 83.

²⁰ KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 194-195.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor...*, p. 229-30.

²² ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.7, p.5, jul./set. 1993.

²³ SZTAJN, Rachel. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 71, 1992.

²⁴ AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 178, jan./mar. 1993.

²⁵ No 4º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado/RS, foi aprovada ementa segundo a qual, independentemente de má administração, seria possível a desconsideração da personalidade jurídica na falência, bastaria a configuração da impossibilidade de o falido honrar com suas obrigações junto ao consumidor. (ROCHA, Antônio do Rego Monteiro. *Código de defesa do consumidor: desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 131-132).

Referências

ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.7, p. 7-29, jul./set. 1993. *AJURIS*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n.19, p.146-80, mar. 1992.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de Direito Civil Constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p.168-182, jan./mar. 1993.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94*. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lacena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial – aspectos jurídicos e econômicos. Comentários à Lei n. 8.884/94 e Estudos doutrinários*. 1a. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- FILHO, Calixto Salomão. *Direito concorrencial. As condutas*. 1a. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. 1a. ed. Juruá, 2004.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

PARECER
DO COMITÉ DAS REGIÕES

– O PROGRAMA «CONSUMIDORES»
PARA 2014-2020

(2012/C 225/17)

RELATOR: ISTVÁN SÉRTŐ-RADICS (HU-ALDE)

EXCERTOS

“A Comissão Europeia deve também ter um papel mais ativo a fim de contribuir para o estabelecimento de uma rede que permita às organizações locais um intercâmbio de experiências mais fácil”

“É essencial reforçar o apoio às associações de defesa do consumidor, dado que estas são as únicas organizações capazes de assegurar uma representação forte e unificada dos consumidores à escala europeia e de fornecer dados harmonizados provenientes dos consumidores necessários para o processo decisório, tanto a nível europeu como das instituições da UE, e para o diálogo ao nível da EU”

“Um reforço da educação do consumidor a nível europeu contribuiria para eliminar as incoerências existentes neste domínio; considera igualmente importante integrar a educação do consumidor nos currículos de todos os sistemas educativos, adaptados aos diversos níveis escolares”

“Não se deve perder de vista a importância da formação dos funcionários de entidades administrativas públicas e municipais incumbidas de velar pela aplicação da legislação no domínio da defesa do consumidor”

O comité das regiões

– subscreve o objetivo de prosseguir o reforço e o desenvolvimento da defesa do consumidor na UE como condição *sine qua non* para o funcionamento do mercado único;

– é da opinião de que os riscos ligados à globalização da cadeia de produção requerem uma colaboração mais eficaz entre as autoridades para prevenir a entrada de produtos perigosos no mercado único e para adotar as medidas necessárias sempre que essa situação se verificar;

– considera insuficiente o orçamento, proposto pela Comissão, de 197 milhões de euros atribuído ao programa de defesa do consumidor para o período de 2014-2020, que equivale a menos de 5 cêntimos por consumidor europeu;

– salienta que os órgãos de poder local e regional deveriam ter um papel central neste domínio devido à proximidade que têm com os cidadãos. Tendo em conta que as possibilidades oferecidas pelo atual orçamento são reduzidas, o apoio à cooperação regional deve ser alvo de maior atenção. A Comissão Europeia deve também ter um papel mais ativo a fim de contribuir para o estabelecimento de uma rede que permita às organizações locais um intercâmbio de experiências mais fácil;

– defende igualmente que é essencial sublinhar ao nível europeu a importância dos aspetos logísticos da educação para favorecer a sensibilização dos consumidores, no respeito pelo sistema de repartição de competências. Os currículos dos diferentes sistemas escolares caracterizam-se por uma grande heterogeneidade tanto em termos de temáticas como de métodos. Poder-se-ia elaborar e recomendar materiais pedagógicos harmonizados em matéria de defesa do consumidor, capazes de divulgar conhecimentos adaptados aos diversos níveis escolares.

– considera essencial reforçar o apoio às associações de defesa do consumidor;

– manifesta apreensão pelo facto de, não obstante a Comissão Europeia ter anunciado no anterior Programa Consumidores para 2007-2013 que pretendia adotar medidas no que toca aos mecanismos de reparação coletiva a que podem recorrer os consumidores em caso de infração à legislação de defesa do consumidor, ainda não ter sido apresentada nenhuma proposta legislativa.

Relator István SÉRTŐ-RADICS (HU-ALDE), Presidente do município de Uszka

Texto de referência Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao Programa Consumidores para 2014-2020

COM(2011) 707 final

I. Observações na generalidade

O comité das regiões

1. subscreve o objetivo político de prosseguir a harmonização do mercado interno e de melhorar o seu funcionamento para os consumidores e as empresas, em particular as PME, que constituem a grande maioria das empresas europeias (mais de 90 %). Continua, porém, a defender o objetivo de prosseguir o reforço e o desenvolvimento da defesa do consumidor na UE – uma condição *sine qua non* para o funcionamento do mercado único;

2. assim, acolhe favoravelmente a proposta que atribui aos cidadãos da União enquanto consumidores consciencializados um lugar central no mercado único. Na opinião do Comité, tal permitirá fazer com que os cidadãos europeus possam explorar plenamente o potencial do mercado único. Os principais objetivos do programa são a garantia e a segurança da população europeia e a defesa dos seus interesses económicos. A política dos consumidores da UE apoia e complementa as dos Estados-Membros. A fim de contribuir significativamente para atingir o objetivo da UE de relançar o crescimento, há que estimular a grande força económica que são as despesas de consumo (que representam 56 % do PIB da UE);

3. insiste na necessidade de assegurar uma certa continuidade entre os atuais e futuros programas, em conformidade com os resultados da avaliação intercalar da estratégia e do programa no domínio da defesa do consumidor, os quais salientam que a política é relativamente recente a nível europeu e que a continuidade é fundamental para assegurar a plena eficácia;

4. considera que o orçamento atribuído ao programa de defesa do consumidor é insuficiente. De facto, para o período de 2014 a 2020, a Comissão recomenda dotar o programa de um montante de 197 milhões de euros, um valor demasiado reduzido uma vez que equivale a menos de 5 cêntimos por consumidor europeu;

5. estima conveniente garantir a cada Estado-Membro margem de manobra suficiente para que possa proteger as suas especificidades nacionais no quadro das atividades desenvolvidas e financiadas pelo Estado em domínios como a saúde e os cuidados médicos e a educação;

II. Observações na especialidade

Segurança

6. é da opinião de que as diferenças entre os Estados-Membros no modo como velam pelo cumprimento da legislação em matéria de segurança dos produtos, bem como a presença de produtos de consumo perigosos no mercado único e os riscos ligados à globalização da cadeia de produção, requerem uma colaboração mais eficaz entre as autoridades nacionais para prevenir a entrada de produtos perigosos no mercado único e para adotar as medidas necessárias sempre que essa situação se verificar;

7. considera que os mecanismos de fiscalização do mercado, como o sistema RAPEX, chamam eficazmente a atenção para a lista de produtos de consumo perigosos, mas que estes

não são retirados do mercado com a mesma eficácia nos diferentes Estados-Membros. Por um lado, há que apoiar financeiramente a gestão e o bom funcionamento da rede RAPEX, da rede de cooperação no domínio da defesa do consumidor e das bases de dados sobre produtos cosméticos, mas, por outro lado, há também que harmonizar a nível europeu os diferentes sistemas de fiscalização porque, neste domínio, ainda poucos progressos foram conseguidos;

8. lamenta que, devido à falta de segurança, o comércio transfronteiriço continue a não atingir o nível desejado. Em 2010, a confiança nas transações transfronteiras – ou seja, a percentagem de consumidores que têm confiança nos vendedores em linha de um outro Estado-Membro – situava-se nos 37%. Na atual situação económica, aproveitar ao máximo o potencial do mercado único reveste uma importância fundamental, sendo portanto conveniente que esta percentagem atinja os 50% nos próximos 7 anos;

9. está convicto de que uma intervenção a nível da UE e uma cooperação no âmbito da rede criada através da diretiva relativa à segurança dos produtos permitem obter melhores resultados do que uma série de ações empreendidas individualmente pelos Estados-Membros, uma vez que aquelas permitem colmatar lacunas de informação, nomeadamente graças ao acesso a informação recolhida por outros países (por exemplo, a China), e evitam disparidades no mercado único. Posto isto, o CR considera essencial chamar a atenção para a importância da participação de países terceiros no sistema europeu de fiscalização do mercado. Uma vez que a grande maioria dos produtos de consumo perigosos e de má qualidade que circulam no mercado provém destes países, é fundamental colaborar com os respetivos organismos na aplicação de medidas preventivas;

Informação e educação

10. assinala que, para se poder proceder a uma análise global do funcionamento do mercado único e estabelecer pontos de referência, haverá que recolher e analisar dados comparáveis a nível europeu. Os dados devem ser suficientemente fiáveis e representativos para poderem ser explorados não só a nível europeu mas também a nível nacional. Estudos sobre comportamentos ligados às políticas e os testes adequados são outras ferramentas úteis que permitem criar uma regulamentação mais inteligente;

11. considera essencial reforçar o apoio às associações de defesa do consumidor, dado que estas são as únicas organizações capazes de assegurar uma representação forte e unificada dos consumidores à escala europeia e de fornecer dados harmonizados provenientes dos consumidores necessários para o processo decisório, tanto a nível europeu como das instituições da UE, e para o diálogo ao nível da UE;

12. defende igualmente que é essencial sublinhar ao nível europeu a importância dos aspetos logísticos da educação para favorecer a sensibilização dos consumidores, no respeito pelo sistema de repartição de competências. Os currícula dos diferentes sistemas escolares caracterizam-se por uma grande heterogeneidade tanto em termos de temáticas como de métodos. Poder-se-ia elaborar e recomendar materiais pedagógicos harmonizados em matéria de defesa do consumidor, capazes de divulgar conhecimentos adaptados aos diversos

níveis escolares. Um reforço da educação do consumidor a nível europeu contribuiria para eliminar as incoerências existentes neste domínio; considera igualmente importante integrar a educação do consumidor nos currículos de todos os sistemas educativos, adaptados aos diversos níveis escolares. De acordo com o sistema de repartição de competências da UE, esta tarefa cabe aos Estados-Membros. Um reconhecimento a nível da UE da importância da educação do consumidor contribuiria para que fosse dedicado tempo suficiente a esta matéria no quotidiano escolar;

13. considera ainda que a formação contínua dos colaboradores das organizações de consumidores é de importância vital, por serem estes os que estão em melhor posição para desempenhar eficazmente as funções de informação geral dos consumidores, sobretudo quando se trata de contratos complexos com prestadores de serviços. Neste domínio, não é muito possível centralizar as tarefas à escala europeia. As organizações locais e regionais poderiam ser encarregadas dessas funções, mediante uma adjudicação europeia, e executá-las tendo em conta as disposições jurídicas locais;

14. considera, ainda, que não se deve perder de vista a importância da formação dos funcionários de entidades administrativas públicas e municipais incumbidas de velar pela aplicação da legislação no domínio da defesa do consumidor. Para isso, seria aconselhável promover as condições necessárias à cooperação entre as autoridades nacionais, à aplicação das normas e à avaliação de riscos, apoiando a formação a nível europeu;

Direitos e reparação

15. lamenta que, apesar de as funções que derivam deste objetivo serem praticamente idênticas para todos os organismos envolvidos na defesa do consumidor, as diferentes categorias de organizações (organizações da sociedade civil, organismos públicos ou municipais, gabinetes de informações e de assistência) as assumam em separado e, muitas vezes, em paralelo, em geral tanto a nível europeu como nacional, e com um grau de eficiência reduzido;

16. considera que a problemática está estreitamente associada à gestão das queixas dos consumidores, visto que a maior parte dos processos dão entrada nos organismos de defesa do consumidor sob a forma de queixas. Devido à falta de melhorias na eficácia neste domínio, o descontentamento dos consumidores não cessa de crescer;

17. chama a atenção para o facto de apenas uma parcela de 8% do orçamento atribuído ao programa se destinar à elaboração de novas regras;

18. considera importante salientar a necessidade de examinar a questão dos limites inerentes à legislação. Paradoxalmente, a incorporação dos contratos celebrados por consumidores na legislação nacional reduziu drasticamente, por falta de competência, a facilidade de exploração das notificações fundamentadas, relacionadas com reclamações de carácter qualitativo, por parte das organizações de defesa do consumidor. De facto, a jurisdição competente passou a ser a principal instância de recurso;

19. manifesta apreensão pelo facto de, não obstante a Comissão Europeia ter anunciado no anterior Programa Consumidores para 2007-2013 que pretendia adotar medidas no que

toca aos mecanismos de reparação coletiva a que podem recorrer os consumidores em caso de infração à legislação de defesa do consumidor, ainda não ter sido apresentada nenhuma proposta legislativa;

20. gostaria de salientar que a reparação coletiva no âmbito judiciário, atualmente exercida à escala nacional em 14 Estados-Membros, permite às vítimas serem facilmente indemnizadas por danos coletivos decorrentes, por exemplo, de anulação de voos, de produtos defeituosos e de aconselhamento financeiro irresponsável. Parece ser indispensável alargar este instrumento a outros países da UE, bem como a sua aplicação a litígios transfronteiriços. Estima-se que os danos não indemnizados decorrentes do incumprimento da legislação europeia ultrapassem os 20 mil milhões de euros por ano. No entanto, há que rejeitar ações coletivas por exclusão (*opt out*), à semelhança das «*class actions*» praticadas nos EUA. Os consumidores devem ter de decidir ativamente se são a favor ou não de fazer valer os seus direitos individuais através de uma ação (*opt in*);

21. salienta que as propostas da Comissão se devem limitar a estabelecer um enquadramento legislativo. À semelhança da Diretiva 98/27/CE relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, essas propostas devem conter, em todo o caso, disposições relativas às normas mínimas a cumprir a nível nacional e, de resto, deixar ao critério de cada Estado-Membro os pormenores sobre o modo de aplicação dos mecanismos de reparação coletivos, respeitando a respetiva tradição jurídica nacional. Caso a UE reclame uma competência para regulamentar outros mecanismos jurídicos coletivos, estes terão de ser ajustados aos ordenamentos jurídicos e sistemas de recurso de cada Estado-Membro;

22. considera, todavia, essencial criar uma interface em linha destinada à resolução de litígios. É óbvio que um tal mecanismo, para poder servir os interesses dos consumidores, tem de ser de utilização fácil e estar disponível em todas as línguas oficiais dos Estados-Membros. A vantagem de um sistema em linha reside no facto de os entraves decorrentes da disparidade da regulamentação ou da aplicação da mesma em cada Estado-Membro não afetarem o seu funcionamento;

23. frisa que a acessibilidade internacional das instâncias extrajudiciárias e a disponibilização de soluções em linha são necessidades incontornáveis. Contudo, dever-se-ia examinar a possibilidade e o modo de reforçar a aceitabilidade pelas partes das decisões emanadas por essas instâncias. Seria igualmente aconselhável autorizar o consumidor a dirigir-se à instância que, entre as autoridades competentes nos diversos países, lhe confere mais direitos;

24. considera necessário proporcionar às organizações não governamentais que operam no domínio da defesa do consumidor meios específicos de apoio às suas atividades de representação em justiça e de aconselhamento jurídico dos consumidores. A oportunidade de aderir às organizações civis competentes da União e de beneficiar de ajudas europeias aumentaria de forma significativa a base dessas mesmas organizações, bem como a confiança dos consumidores que trabalham nelas. As empresas seguiriam cada vez mais as decisões tomadas no âmbito das suas atividades se pudessem contar, logo numa fase inicial, com uma representação em justiça eficaz e antever o desfecho de um eventual processo judiciário;

Transposição

25. salienta quão importante é que o regulamento relativo à defesa do consumidor disponha também sobre as atividades conjuntas, as medidas de aplicação comuns e o intercâmbio de funcionários. De referir, neste contexto, que as ações coordenadas envolvendo vários Estados-Membros (cofinanciadas pelo programa e pelos Estados-Membros em questão), como as operações de controlo, constituem um meio eficaz;

26. posto isto, considera importante precisar que a cooperação é imprescindível para haver um tratamento eficaz das queixas transfronteiriças. As iniciativas lançadas em matéria de tratamento de queixas, e nomeadamente a criação de uma base de dados comum à escala europeia, revestem-se da maior importância. Todavia, tal como acontece com outros grandes sistemas europeus (RAPEX), convém desenvolver a sua aplicabilidade prática, precisamente para intensificar a sua utilização no âmbito da cooperação entre as diferentes autoridades;

27. considera que a rede de Centros Europeus de Consumidores financiada pela Comissão e pelos Estados-Membros é um instrumento necessário e particularmente útil. Trata-se de uma rede europeia que presta informação e assistência em matéria de direitos dos consumidores, à qual estes podem recorrer em caso de diferendos com um operador estabelecido num outro Estado-Membro resultantes das suas compras transfronteiriças;

28. lamenta que, em muitos casos, os Centros Europeus de Consumidores não estejam intrinsecamente ligados às estruturas envolvidas na regulamentação das queixas e dos litígios, precisamente devido à falta de competência em matéria de compensações concretas. Na medida em que faltam os instrumentos legislativos que permitem às autoridades competentes aplicar medidas eficazes, o que, conseqüentemente, também não será compatível com os princípios reguladores da União, haverá que ter em conta a persistência de um descontentamento cada vez maior;

III. Recomendações políticas

29. salienta que os órgãos de poder local e regional deveriam ter um papel central neste domínio devido à proximidade que têm com os consumidores. Tendo em conta que as possibilidades oferecidas pelo atual orçamento são reduzidas, o apoio à cooperação regional deve ser alvo de maior atenção. Neste contexto, a Comissão Europeia deve ter um papel mais ativo a fim de contribuir para o estabelecimento de uma rede que permita às organizações locais um intercâmbio de experiências mais fácil;

30. chama a atenção para a necessidade de defender os interesses dos consumidores tanto a nível local como nacional. Para assegurar uma melhor relação custo-eficácia, devem ser organizadas formações no domínio da defesa do consumidor ao nível dos territórios. Convém, todavia, que o tratamento das queixas dos consumidores se baseie numa abordagem gradual. Em tempos de crise económica, o grau de atividade dos consumidores assume uma importância ainda maior;

31. considera que é necessário integrar os organismos regionais na rede das organizações europeias para poderem beneficiar dos financiamentos da Comissão. Deste modo, os consumidores terão a possibilidade de apresentar os seus problemas à instância geograficamente mais próxima. O planeamento das atividades através das organizações locais seria assim muito mais eficaz;

32. é de opinião que é possível reforçar as competências das regiões em matéria de defesa dos consumidores prestando apoio aos centros universitários regionais que desenvolvem investigação nessa área, os quais passariam a ser capazes de criar a base de conhecimentos de que os órgãos de poder local e regional necessitam para aplicar eficazmente a política regional em matéria de defesa do consumidor.

IV. Recomendações de alteração

Alteração 1

Artigo 5º, nº 1, alínea a)

Texto da proposta da Comissão

sejam organizações não governamentais sem fins lucrativos, independentes da indústria, do comércio, das empresas e de outros interesses incompatíveis e cujos objetivos e atividades primordiais sejam a promoção e a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e jurídicos dos consumidores da União;

Alteração proposta pelo CR

sejam organizações não governamentais sem fins lucrativos, independentes da indústria, do comércio, das empresas e de outros interesses incompatíveis e cujos objetivos e atividades primordiais sejam a promoção e a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos, sociais e jurídicos dos consumidores da União;

Alteração 2

Artigo 5º, nº 2, alínea a)

Texto da proposta da Comissão

sejam organizações não governamentais sem fins lucrativos, independentes de empresas e de outros interesses incompatíveis e cujos objetivos e atividades primordiais sejam a promoção e a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos e jurídicos dos consumidores;

Alteração proposta pelo CR

sejam organizações não governamentais sem fins lucrativos, independentes de empresas e de outros interesses incompatíveis e cujos objetivos e atividades primordiais sejam a promoção e a proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos, sociais e jurídicos dos consumidores;

Alteração 3

Artigo 5º, nº 2, alínea b)

Texto da proposta da Comissão

que realizem todas as atividades seguintes: proporcionem um mecanismo formal que permita aos representantes dos consumidores da União e de países terceiros contribuir para o debate político e para as decisões políticas; organizar reuniões com os responsáveis políticos e os reguladores para promover e defender os interesses dos consumidores junto dos poderes públicos; identificar as questões e os desafios comuns dos consumidores; promover os pontos de vista dos consumidores no contexto das relações bilaterais entre a União e países terceiros; contribuir para o intercâmbio e a divulgação de competências e de conhecimentos em matéria de questões relacionadas com os consumidores, na União e em países terceiros; e elaborar recomendações políticas;

Alteração proposta pelo CR

que realizem todas as atividades seguintes: proporcionem um mecanismo formal que permita aos representantes dos consumidores da União e de países terceiros contribuir para o debate político e para as decisões políticas; organizar reuniões com os responsáveis políticos e os reguladores para promover e defender os interesses dos consumidores junto dos poderes públicos e dos órgãos de poder local e regional; identificar as questões e os desafios comuns dos consumidores; promover os pontos de vista dos consumidores no contexto das relações bilaterais entre a União e países terceiros; contribuir para o intercâmbio e a divulgação de competências e de conhecimentos em matéria de questões relacionadas com os consumidores, na União e em países terceiros; e elaborar recomendações políticas;

Justificação

Importa alargar o campo de atividades dos beneficiários elegíveis também às atividades dos órgãos de poder local e regional, a fim de organizar encontros com os funcionários ativos no domínio da defesa do consumidor.

Alteração 4

Artigo 5º, nº 7

Texto da proposta da Comissão

Podem ser concedidas subvenções às ações de organismos públicos ou de organismos sem fins lucrativos, selecionados através de um procedimento transparente e designados por um Estado-Membro ou um país terceiro referido no artigo 7º do presente regulamento. O organismo designado deve fazer parte de uma rede da União que preste informação e assistência aos consumidores com o objetivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios (Rede de Centros Europeus do Consumidor).

Alteração proposta pelo CR

Podem ser concedidas subvenções às ações de organismos públicos, locais ou regionais ou de organismos sem fins lucrativos, selecionados através de um procedimento transparente e designados por um Estado-Membro ou um país terceiro referido no artigo 7º do presente regulamento. O organismo designado deve fazer parte de uma rede da União que preste informação e assistência aos consumidores com o objetivo de os ajudar a exercer os seus direitos e a obter acesso a vias adequadas de resolução de litígios (Rede de Centros Europeus do Consumidor).

Justificação

Os organismos dos órgãos de poder local e regional devem também figurar entre os beneficiários elegíveis.

Bruxelas, 4 de maio de 2012

A Presidente do Comité das Regiões
Mercedes BRESSO

COMISSÃO EUROPEIA

COMUNICAÇÃO DA
COMISSÃO
AO PARLAMENTO
EUROPEU, AO
CONSELHO, AO COMITÉ
ECONÓMICO E
SOCIAL EUROPEU
E AO COMITÉ DAS
REGIÕES

EXCERTOS

“Os dados disponíveis revelam que, para os consumidores que compram em linha na UE, a escolha dos produtos à sua disposição é 16 vezes superior, mas 60% dos consumidores não utilizam ainda este canal de venda a retalho. Esta relutância impede-os de beneficiar plenamente da variedade de escolha e das diferenças de preços no mercado único”

“Consumidores capacitados que disponham de um quadro sólido que lhes garanta a segurança, a informação, a educação, os direitos, os meios de ação e a aplicação da lei, poderão participar ativamente no mercado de trabalho e dele beneficiarem, exercendo o seu poder de escolha e exigindo uma aplicação correta dos seus direitos”

“Devido à crise económica, os consumidores e as empresas centram-se predominantemente no preço, o que pode diminuir a importância das considerações de segurança e aumentar a margem para a contrafação de produtos. As autoridades de fiscalização do mercado devem manter-se alerta e renovar os seus esforços, através da cooperação das autoridades nacionais e das entidades responsáveis pela aplicação da lei, dentro e fora da UE”

“Os consumidores estão cada vez mais conscientes do impacto dos seus hábitos de consumo no ambiente, devendo ser incentivados e apoiados por iniciativas privadas e públicas para adotarem padrões de consumo mais sustentáveis”

“A procura, por parte dos consumidores, de produtos respeitadores do desenvolvimento sustentável pode constituir um motor em termos de crescimento e de concorrência, aumentando, assim, a disponibilidade desses produtos a preços acessíveis e recompensando as empresas que oferecem bens e serviços de qualidade com reduzido impacto ambiental”

“Embora os mercados das comunicações eletrónicas tenham provado a sua resistência à crise económica, os consumidores não estão a tirar pleno partido da concorrência, devido à falta de transparência das tarifas, à baixa qualidade dos serviços e aos obstáculos que se opõem à mudança de fornecedor”

UNIÃO EUROPEIA

COMISSÃO EUROPEIA

Bruxelas, 22.5.2012
COM (2012) 225 final

**COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ
ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU
E AO COMITÉ DAS REGIÕES**

Uma Agenda do Consumidor Europeu para incentivar a confiança e o crescimento
{SWD(2012) 132 final}

**1. A política dos consumidores: um contributo essencial
para a estratégia «Europa 2020»**

As despesas de consumo representam 56% do PIB da UE, sendo essenciais para a consecução dos objetivos da estratégia «Europa 2020», a saber um crescimento inteligente, inclusivo e sustentável. O incentivo da procura pode desempenhar um papel fundamental para a saída da UE da crise.

Para que tal seja possível, há que concretizar o potencial do mercado único. Os dados disponíveis revelam que, para os consumidores que compram em linha na UE, a escolha dos produtos à sua disposição é 16 vezes superior, mas 60% dos consumidores não utilizam ainda este canal de venda a retalho. Esta relutância impede-os de beneficiar plenamente da variedade de escolha e das diferenças de preços no mercado único. Melhorar a confiança dos consumidores nas compras além-fronteiras em linha através da adoção de medidas políticas adequadas pode constituir uma importante incentivo para o crescimento económico da Europa. Consumidores confiantes e no pleno uso dos seus direitos podem dinamizar a economia europeia.

Se as políticas relativas aos consumidores forem bem concebidas, aplicadas adequadamente e tiverem uma dimensão europeia, permitirão aos consumidores tomar decisões com conhecimento de causa que recompensem a concorrência. Além disso, apoiarão o objetivo de crescimento sustentável baseado numa utilização eficiente dos recursos e, simultaneamente, terão em conta as necessidades de todos os consumidores.

A presente Agenda do Consumidor Europeu identifica as principais medidas que presentemente são necessárias para conferir aos consumidores o pleno uso dos seus direitos e reforçar a sua confiança. Estabelece medidas para colocar os consumidores no cerne de todas as políticas da União Europeia, o que permitirá atingir os objetivos da estratégia Europa 2020¹. Prossegue e completa outras iniciativas, como o relatório sobre a cidadania da União, o Ato para o Mercado Único, a Agenda Digital para a Europa, a comunicação relativa ao comércio eletrónico e o roteiro para uma Europa eficiente na utilização dos recursos². No domínio da investigação e da inovação, baseia-se em iniciativas do programa Horizonte 2020 para aprofundar o conhecimento científico do comportamento dos consumidores e os aspetos relativos à saúde, à segurança e à sustentabilidade das suas escolhas³.

Capacitar os consumidores significa fornecer um quadro sólido de princípios e instrumentos que lhes permita dinamizar uma economia inteligente, inclusiva e sustentável. Consumidores capacitados que disponham de um quadro sólido que lhes garanta a segurança, a informação, a educação, os direitos, os meios de ação e a aplicação da lei, poderão participar ativamente no mercado de trabalho e dele beneficiarem, exercendo o seu poder de escolha e exigindo uma aplicação correta dos seus direitos.

Em conformidade com o Tratado (artigo 12º do TFUE) e a Carta dos Direitos Fundamentais (artigo 38º), a Agenda desenvolve uma abordagem sistemática para a integração dos interesses dos consumidores em todas as políticas pertinentes e confere uma ênfase especial na luta contra os problemas que aos consumidores de hoje se deparam nos setores da alimentação, da energia, dos transportes, dos produtos e serviços digitais e dos serviços financeiros⁴. Consolida o elevado nível de proteção dos consumidores já alcançado e os progressos realizados na criação de um espaço europeu de justiça⁵, potenciando o papel que os juizes, os profissionais da justiça e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei podem desempenhar, nomeadamente além-fronteiras.

2. Alicerçar normas europeias fortes em matéria de proteção dos consumidores

Nos últimos 50 anos, a União Europeia adotou um sólido conjunto de políticas e de normas, a fim de proporcionar um elevado nível de proteção aos consumidores da UE e de lhes permitir que beneficiem do progresso económico e social alcançado pela Europa e pelo seu mercado interno. Inclui *políticas e legislação sobre a segurança dos produtos* de carácter geral com a finalidade de impedir que produtos não seguros cheguem às mãos dos consumidores e promove a elevada qualidade das exportações europeias. Um *direito dos consumidores* sólido permite estabelecer um quadro à escala da UE para combater as práticas comerciais desleais, a publicidade enganosa e as cláusulas

contratuais abusivas, tanto em situações nacionais como além-fronteiras, garantindo aos consumidores, simultaneamente, o direito de [pôr termo] aos contratos e de obter a reparação adequada. A *diretiva sobre os direitos dos consumidores* recentemente adotada reforçou substancialmente os direitos dos consumidores, em especial através da harmonização de uma série de regras que regem os contratos em linha. É essencial a aplicação e o cumprimento atempados e eficazes destas novas normas. A *diretiva serviços* garante que os consumidores não podem ser discriminados pelos comerciantes por motivos apenas de nacionalidade ou de residência. As normas em matéria de concorrência são cruciais para que a UE possa tomar medidas enérgicas contra os abusos de posição dominante, os cartéis e as práticas concertadas em detrimento dos consumidores. Em determinados setores de especial interesse para os consumidores, a UE desenvolveu igualmente uma vasta gama de direitos fundamentais. Por exemplo, os *direitos dos passageiros na UE* em vigor permitem que os viajantes beneficiem de serviços de qualidade nas suas deslocações aéreas, ferroviárias, rodoviárias e marítimas no interior da UE. A UE impôs limites em matéria de itinerância que diminuíram os custos abusivos para os consumidores em mais de 70% e um pacote das telecomunicações que permite aos consumidores mudarem facilmente de operadores de telefonia móvel ou fixa. A legislação relativa à *informação sobre os géneros alimentícios* prestada aos consumidores e o regulamento relativo a *alegações nutricionais e de saúde* nos alimentos proporcionam um elevado nível de proteção aos consumidores e permitem-lhes fazer escolhas informadas.

As iniciativas recentes incluem o «*Pacote Qualidade*»⁶, adotado pela Comissão em 2010, que visa melhorar a informação dos consumidores sobre a qualidade dos géneros alimentícios, através de uma política global em matéria de sistemas de certificação, menções que realçam as qualidades dos produtos agrícolas e normas que lhes são aplicáveis. Em julho de 2011, foi apresentado um novo *regulamento em matéria de itinerância*⁷, que permite aos consumidores mudarem facilmente de fornecedores de serviços de itinerância; introduz igualmente um novo limite máximo de preços de venda a retalho, a par dos já em vigor, em matéria de itinerância de dados. Em outubro de 2011, a Comissão propôs um *direito europeu comum da compra e venda*⁸, a fim de superar os obstáculos resultantes de diferentes legislações relativas aos contratos: um conjunto de normas único e exaustivo para os contratos de compra e venda, bem como para os contratos que regem os conteúdos digitais, de aplicação voluntária tanto pelas empresas como pelos consumidores. Os consumidores, ao aplicarem essas normas sentir-se-ão mais seguros acerca dos seus direitos, por exemplo, quando compram através da Internet. Além disso, poderão aceder a uma vasta gama de produtos e de conteúdos digitais a preços mais baixos noutros países. Em novembro de 2011 foram apresentadas propostas sobre a *resolução alternativa de litígios (RAL)*,

e a resolução de litígios linha (ODR)⁹, a fim de facultar a todos os consumidores esta via mais rápida e pouco onerosa de resolver litígios com comerciantes. A plataforma europeia dedicada à resolução de litígios em linha teria como objetivo melhorar a confiança dos consumidores no comércio eletrônico além-fronteiras. O pacote de reformas proposto em matéria de proteção de dados¹⁰, adotado pela Comissão em janeiro de 2012, reforçará o quadro de proteção de dados da UE atualmente em vigor, através do fortalecimento dos direitos relativos à proteção de dados conferidos aos consumidores, a fim de aumentar a sua confiança no mercado único digital e nos serviços além-fronteiras.

A subsequente revisão da diretiva relativa aos sistemas de garantia de depósitos, em julho de 2010, reforçou o financiamento destes sistemas e introduziu várias disposições favoráveis ao consumidor. Em Julho de 2010, a Comissão também propôs a revisão da *diretiva relativa aos sistemas de indemnização dos investidores* com o objetivo de reforçar o último mecanismo de proteção oferecida aos investidores quando, muitas vezes devido a fraude, os agentes não podem reembolsar os ativos.

Por último, mas digno de menção, as propostas da Comissão sobre a revisão da *diretiva relativa aos mercados de instrumentos financeiros*, a partir de outubro de 2011, preveem a proteção dos consumidores-investidores, impondo exigências às instituições financeiras e reforçando as normas de conduta das empresas.

3. Problemas de hoje e desafios de amanhã

Não obstante o elevado nível de proteção dos consumidores já alcançado na UE, a situação dos consumidores da UE no terreno ainda pode ser melhorada. Surgiram uma série de novos desafios, em consequência, nomeadamente, da evolução da tecnologia, de padrões de consumo insustentáveis ou da exclusão social. Estes desafios também criam novas oportunidades.

3.1. Desafios relativos a produtos, serviços e segurança alimentar

Garantir a segurança dos produtos, serviços e alimentos é um objetivo fundamental de qualquer política dos consumidores. Contudo, há diferenças entre os Estados-Membros na aplicação da legislação em matéria de segurança de produtos e, num momento em que as administrações nacionais responsáveis pela fiscalização do mercado enfrentam limitações de recursos, toda a rede responsável pela aplicação da legislação tenta fazer mais com menos.

Ao mesmo tempo, continua a globalização da cadeia de produção, por exemplo, uma crescente proporção de produtos de consumo, que inclui 85 % de todos os brinquedos adquiridos na União Europeia, é agora produzida na China. Face a esta situação, a deteção de produtos perigosos representa um desafio significativo.

Devido à crise económica, os consumidores e as empresas centram-se predominantemente no preço, o que pode diminuir a importância das considerações de segurança e aumentar a margem para a contrafação de produtos. As autoridades de fiscalização do mercado devem manter-se alerta e renovar os seus esforços, através da cooperação das autoridades nacionais e das entidades responsáveis pela aplicação da lei, dentro e fora da UE.

Dada a importância cada vez maior dos serviços aos consumidores e a crescente utilização além-fronteiras de alguns destes serviços no mercado único, a questão da sua segurança deve ser abordada com maior profundidade para garantir que os consumidores beneficiem do mesmo nível elevado de segurança em todo o mercado interno e para avaliar o valor acrescentado de uma ação a nível da UE.

Embora a Europa já tenha alcançado resultados admiráveis em matéria de segurança dos alimentos, este domínio deve ser objeto de adaptações constantes à medida que surgem novos dados científicos.

3.2. Alterações económicas e sociais

– Revolução digital

A Internet transformou profundamente os modos de compra e a forma como as empresas anunciam e vendem bens e serviços. Criou modelos inovadores de organização, acesso, partilha e avaliação das informações, por exemplo sobre os preços, as características técnicas dos produtos e as avaliações de qualidade. Os motores de pesquisa, os sítios Web para comparação de preços e de produtos, os marcadores de confiança e as críticas dos consumidores apresentados em linha são, hoje, ferramentas amplamente utilizadas e prestes a ser integradas no comportamento dos consumidores e nos modelos comerciais. O comércio eletrónico pode permitir poupanças significativas, uma vez que os consumidores multiplicam a escolha por dois, pelo menos, ao comprarem em linha em relação às compras que não sejam efetuadas em linha. A nebulosa computacional pode, em especial, oferecer serviços mais flexíveis, independentes de aparelhos ou de plataformas. Segundo estimativas, os ganhos totais para os consumidores rondariam os 204 mil milhões de euros (1,7% do PIB europeu) se o comércio eletrónico atingisse 15% da venda a retalho e se os obstáculos ao mercado único fossem eliminados¹¹.

– Consumo sustentável

O aumento do consumo em todo o mundo determina uma maior pressão sobre o ambiente, nomeadamente alterações climáticas, e cria uma maior concorrência ao nível dos recursos¹².

Os consumidores estão cada vez mais conscientes do impacto dos seus hábitos de consumo no ambiente, devendo ser incentivados e apoiados por iniciativas privadas

e públicas para adotarem padrões de consumo mais sustentáveis. Os consumidores devem dispor de meios de ação, ser ajudados e encorajados a fazer escolhas sustentáveis e saudáveis, que permitirão a realização de poupanças não só em relação aos próprios consumidores como ao nível da sociedade como um todo. Os consumidores têm o direito de conhecer o impacto ambiental ao longo de todo o ciclo de vida dos produtos (bens e serviços) que pretendem comprar. Devem ser ajudados para poderem identificar facilmente a verdadeira escolha. São necessários instrumentos eficazes que os protejam contra alegações enganosas e infundadas sobre a segurança ambiental e sanitária de um produto.

A procura, por parte dos consumidores, de produtos respeitadores do desenvolvimento sustentável pode constituir um motor em termos de crescimento e de concorrência, aumentando, assim, a disponibilidade desses produtos a preços acessíveis e recompensando as empresas que oferecem bens e serviços de qualidade com reduzido impacto ambiental.

– *Exclusão social, consumidores vulneráveis e acessibilidade*

Nas zonas atingidas, a crise económica e a dívida pública minaram a confiança dos consumidores, tendo alguns sofrido uma diminuição muito significativa do rendimento ou do poder de compra, o que aumentou o risco de exclusão social e o risco de estas pessoas deixarem de poder adquirir bens e serviços essenciais.

Estes riscos foram ampliados pelo envelhecimento da população, pela complexidade crescente dos mercados e pelo facto de algumas pessoas poderem não ter a possibilidade ou a capacidade para lidar com o ambiente digital. A questão da acessibilidade é fundamental para tirar proveito da mudança digital na sua aceção física, digital e económica. A conjuntura atual pode igualmente agravar a situação desfavorável dos consumidores vulneráveis, como as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, com dificuldades para compreender e aceder à informação e para encontrarem no mercado os produtos e serviços de que necessitam.

3.3. Sobrecarga de informação – défice de conhecimentos

No mundo de hoje em rápida mutação, os consumidores, apesar de muitas vezes estarem sobrecarregados com informação, nem sempre a informação de que necessitam.

Face à complexidade crescente das opções e da informação, os consumidores confiam cada vez mais em rótulos ou recorrem a intermediários e filtros, como sítios Web de comparação.

A sua fiabilidade e precisão não é, contudo, totalmente isenta de críticas.

Para melhorar a informação e os conhecimentos dos consumidores, as organizações de consumidores desempenham um papel essencial, mas a sua situação varia significativamente de um Estado-Membro para outro. As organizações que operam a nível

nacional, nomeadamente, sofrem frequentemente de falta recursos e de conhecimentos especializados, nem sempre sendo devidamente reconhecido o seu papel para canalizar e seleccionar as preocupações dos consumidores.

O inquérito sobre a capacitação dos consumidores, publicado em 2011¹³, revela que um em quatro consumidores europeus afirma sentir falta de confiança e mais do que um em três considera-se mal informado. Apenas 2% poderia responder corretamente a perguntas sobre os seus direitos de rescisão, as garantias e a proteção de que dispõem contra as práticas comerciais desleais. Esta falta de informação prejudica a capacidade dos consumidores defenderem os seus direitos.

3.4. Direitos que, na prática, não são plenamente respeitados

Em 2010, mais de um em cinco cidadãos europeus teve problemas com um produto ou serviço, o que considerou justificar a apresentação de uma queixa. Segundo foi estimado, o total dos prejuízos sofridos pelos consumidores europeus ascendeu a cerca de 0,4% do PIB da UE¹⁴.

Apesar de um nível de proteção dos consumidores globalmente elevado garantido pela legislação da UE, os problemas encontrados pelos consumidores ficam muitas vezes por resolver. O inquérito Eurobarómetro sobre os retalhistas de 2011 revela que apenas 26% dos retalhistas conhecem o prazo exato em que o consumidor tem o direito de devolver um produto defeituoso.

Muitos dos problemas que opõem os consumidores aos comerciantes ficam por resolver pelo simples facto de o consumidor não ter qualquer iniciativa. O inquérito sobre a capacitação dos consumidores demonstra que dos consumidores que tiveram problemas, apenas 16% recorreu a organizações de consumidores ou a autoridades públicas para a sua resolução. Na maior parte dos casos, os consumidores não consideram a possibilidade de utilizar as vias judiciais se for infrutífero o contacto inicial com o comerciante, em especial se forem baixos os montantes em causa.

Além disso, as autoridades responsáveis pela aplicação da lei têm de enfrentar novos desafios de ordem prática, como limitações de recursos, que prejudicam a sua eficácia¹⁵, designadamente em situações além-fronteiras. A Cooperação no Domínio da Defesa do Consumidor, rede criada em dezembro de 2006 para tratar dos problemas suscitados pelas compras além-fronteiras, ainda não alcançou o seu pleno potencial.

Há que prosseguir o trabalho com vista a melhorar os mecanismos de ação e de aplicação da lei. O reforço da confiança e a garantia de que práticas comerciais desleais não conduzem a uma vantagem competitiva permitirão um impacto positivo em termos de crescimento.

3.5. Desafios específicos em setores-chave

Alguns setores revestem especial importância em tempos de crise económica, uma vez que afetam os interesses básicos de todos os consumidores em relação a bens e serviços essenciais, como a alimentação, a energia, os transportes, as comunicações eletrónicas e os serviços financeiros. Há que ter em conta a incidência das alterações económicas e sociais referidas supra sobre esses setores.

A UE deve prestar particular atenção ao modo como atualmente os consumidores compreendem e escolhem os serviços financeiros. A tecnologia, como o telebanco, facilita a vida de muitos consumidores, mas a complexidade e os riscos acrescidos de certos produtos e serviços financeiros (incluindo a poupança-reforma) exige um nível mais elevado de transparência e de literacia financeira. As taxas pagas pelos serviços financeiros de base são geralmente opacas e os consumidores continuam a ser dissuadidos de mudar de banco dado recearem (muitas vezes justificadamente) que esta será uma solução mais onerosa.

Muito frequentemente, os consumidores não tiram pleno proveito da liberalização das indústrias de rede, como a energia, os transportes e as comunicações eletrónicas, não só no que diz respeito aos preços como aos níveis da qualidade do serviço.

Em especial, a liberalização do setor dos transportes estimulou concorrência, beneficiando o número cada vez maior de cidadãos que viaja por toda a Europa. Mas é necessário melhorar a aplicação da legislação em matéria de direitos dos passageiros na UE para lutar eficazmente contra as práticas desleais e contra as violações do direito da UE. O impacto decisivo da revolução digital no setor das viagens aponta para a importância de uma maior adequação entre os direitos dos consumidores e a finalidade para que são exercidos.

Os mercados retalhistas da eletricidade e do gás foram recentemente liberalizados, mas muitos consumidores continuam a considerar difíceis as comparações devido a procedimentos complicados e/ou condições de mercado opacas¹⁶.

No que respeita à poupança de energia, foi calculado que os agregados familiares da EU poderiam poupar até 1 000 euros por ano, em média, através de medidas simples de eficiência energética, como o isolamento das casas, instalação de termóstatos e painéis solares para aquecimento da água, montagem de vidros duplos nas janelas e substituição de sistemas de aquecimento antigos¹⁷. Por conseguinte, os agregados familiares dispõem de um potencial significativo de poupança energética em condições economicamente rentáveis e de melhoria da eficiência no consumo final de energia. Este potencial está longe de ser plenamente explorado, principalmente devido ao facto de os utilizadores não conhecerem o seu próprio consumo real nem disporem de dados claros e facilmente acessíveis no que diz respeito à contagem e à faturação.

Embora os mercados das comunicações eletrónicas tenham provado a sua resistência à crise económica, os consumidores não estão a tirar pleno partido da concorrência, devido à falta de transparência das tarifas, à baixa qualidade dos serviços e aos obstáculos que se opõem à mudança de fornecedor.

Pensa-se que no futuro haverá um aumento da pressão ambiental global decorrente do consumo alimentar, devido, por exemplo, a alterações dos hábitos alimentares e ao acréscimo dos resíduos alimentares; prevê-se que este acréscimo afetará a Europa nos próximos anos¹⁸ e que se traduzirá por um desperdício de recursos e de dinheiro.

4. Quatro objetivos fundamentais para 2020 e primeiros passos para a sua concretização

Os desafios descritos supra justificam uma estratégia a longo prazo, bem como uma panóplia de medidas a curto prazo para responder às principais preocupações dos cidadãos, promover a confiança e o crescimento e apoiar a estratégia Europa 2020. As ações previstas nos pontos seguintes serão naturalmente sujeitas ao controlo de uma regulação inteligente e às prioridades de políticas gerais da Comissão para garantir, nomeadamente, a análise rigorosa de eventuais encargos para as pequenas e médias empresas.

4.1. Melhorar a segurança dos consumidores

Garantir a segurança dos produtos, serviços e alimentos é um objetivo fundamental da política dos consumidores.

Uma verdadeira política de segurança dos produtos visa a criação de uma rede de segurança sem falhas desde o momento em que foram produzidos até ao momento em que são consumidos. Se melhorar o sistema de gestão da segurança dos produtos, a UE estará em melhores condições para enfrentar os desafios das cadeias de aprovisionamento mundiais, comunicar de forma eficaz tratar com mais celeridade e eficácia os novos riscos que ameaçam a segurança dos produtos.

Como os consumidores utilizam mais frequentemente serviços além-fronteiras, a questão de saber se a sua segurança deve ser tratada a nível da UE ou através de legislação nacional mereceria uma análise mais aprofundada.

O sistema de controlos oficiais da UE ao longo de toda a cadeia alimentar deverá ser mais eficaz, o que permitirá maximizar o seu valor acrescentado para os Estados-Membros responsáveis pela execução de tais controlos e, simultaneamente, minimizar os encargos para os operadores.

Em ordem a concretizar a realização do objetivo de reforço da segurança dos consumidores, a Comissão envidará esforços para a prossecução dos dois objetivos específicos seguintes:

1. Melhorar o quadro normativo sobre segurança dos produtos e dos serviços e reforçar o quadro de fiscalização do mercado;

2. Reforçar a segurança na cadeia alimentar.

Até 2014, adotará uma série de medidas concretas para que possam ser alcançados estes objetivos específicos.

A revisão do *quadro legislativo em matéria de segurança dos produtos*, prevista para 2012, procura garantir que a UE e os seus 500 milhões de consumidores podem contar com normas modernas e harmonizadas em matéria de fiscalização do mercado, conduzindo a uma melhor aplicação da lei a nível nacional e além-fronteiras, graças a uma definição mais precisa das prioridades, do planeamento, da cooperação e do intercâmbio de informações entre as autoridades dos Estados-Membros. As empresas também beneficiarão, uma vez que além de poderem contar com uma maior facilidade na aplicação das normas, os custos relativos ao seu cumprimento serão reduzidos. A revisão do quadro legislativo permitirá igualmente definir os meios para reforçar, a nível da UE, a cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da lei, criando condições de concorrência equitativas e lutando contra a concorrência desleal.

Serão levadas a cabo ações de sensibilização, especialmente vocacionadas para os países que exportam para a UE, para aprofundar conhecimentos relativos à segurança e às disposições da

UE que regem a cadeia de abastecimento.

A Comissão perspetivará iniciativas em matéria de segurança dos serviços em setores selecionados, nomeadamente aqueles que são importantes para certas categorias de consumidores vulneráveis. Prevê-se que, em 2012, seja lançado o debate de um *Livro Verde sobre a segurança de certos serviços prestados ao consumidor* e, em 2013, incluída na ordem de trabalhos a revisão de uma *recomendação sobre a segurança dos hotéis contra os riscos de incêndio*, de modo a ser tida em consideração a nova abordagem proposta por este setor para avaliação e gestão de riscos.

O *regulamento relativo aos controlos oficiais realizados ao longo da cadeia alimentar* será revisto em 2012 com vista à sua simplificação e de modo a garantir a disponibilidade de financiamento suficiente e sustentável para a realização de controlos mais frequentes. Além disso, a Comissão deverá reforçar e atualizar o *quadro normativo em matéria de saúde animal, fitossanidade, materiais reprodutivos das plantas e o regulamento relativo à higiene dos géneros alimentícios*, nomeadamente através de uma maior coerência e da clarificação das responsabilidades dos operadores económicos. Tal permitirá melhorar a segurança dos consumidores no que se refere aos géneros alimentícios.

Com base nas *orientações para os controlos à importação no domínio da segurança e da conformidade dos produtos*¹⁹, as autoridades aduaneiras e de fiscalização do mercado, irão cooperar para melhorar, medir e avaliar os resultados dos controlos de importações efetuadas até 2014.

4.2. Melhorar a informação

Para poderem estar cientes dos direitos de que são titulares, os consumidores devem dispor de informações claras, fiáveis e comparáveis, bem como dos instrumentos necessários para os compreender.

Os consumidores e os comerciantes deveriam igualmente conhecer melhor os seus direitos e obrigações previstos pelo direito da UE, a fim de reforçar a confiança mútua e facilitar as soluções de eventuais problemas. Por conseguinte, a Comissão trabalhará com os intermediários e os operadores para os incentivar a ultrapassarem o simples cumprimento da legislação e a desenvolverem as suas próprias medidas, bem como iniciativas relativas à responsabilidade social das empresas, conferindo, assim, especial atenção à prestação de serviços aos clientes como um elemento de competitividade fundamental.

É particularmente importante melhorar os conhecimentos dos consumidores dos serviços financeiros, devendo as entidades como bancos, bancos centrais, autoridades de supervisão do mercado financeiro, e as disposições de proteção de depósitos e dos investidores desempenhar um papel ativo no desenvolvimento da literacia financeira, nomeadamente para aqueles que permanecem fora do sistema bancário e financeiro (ou seja, as camadas da população não cobertas ou cobertas insuficientemente pelo sistema bancário).

As campanhas de sensibilização serão organizadas conjuntamente com os Estados-Membros e as partes interessadas sobre as principais questões que afetam os consumidores. É também essencial que as autoridades nacionais e organizações do setor privado promovam atividades pedagógicas destinadas aos consumidores, desde muito jovens, em toda a UE.

As organizações de consumidores assumem um papel relevante, não só no que diz respeito à informação e sensibilização dos consumidores, mas ainda para os defender e representar eficazmente.

A Comissão prosseguirá os dois objetivos específicos seguintes:

3. Melhorar a informação e sensibilização dos consumidores e comerciantes no que se refere aos direitos e aos interesses dos consumidores;

4. Melhorar o conhecimento dos consumidores e a sua capacidade de participarem mais eficazmente no mercado.

Até 2014 adotará uma série de medidas concretas para que possam ser alcançados estes objetivos específicos.

Em 2013, no âmbito do Ano Europeu da Cidadania, lançará uma *campanha à escala da EU* sobre os direitos e interesses dos consumidores em estreita cooperação com todos os interessados, incluindo as empresas e as associações de consumidores.

As organizações sem fins lucrativos que prestam aos consumidores aconselhamento geral em matéria financeira receberão formação específica entre o segundo trimestre

de 2012 e dezembro de 2013, a fim de melhorar de forma eficaz e sustentável as suas capacidades em matéria de aconselhamento.

A Comissão procurará garantir, em colaboração com os Estados-Membros, que seja devidamente reconhecido o papel das organizações nacionais de consumidores e ajudá-las-á através do apoio que tenciona prestar às organizações europeias de consumidores para o desenvolvimento das suas capacidades.

Este trabalho será intensificado com todas as *redes* existentes *a nível da UE* que melhor divulguem as informações aos consumidores, comerciantes ou profissionais da justiça. A rede de dos *Centros europeus de Consumidores* será intensificada a fim de informar melhor os consumidores sobre os seus direitos no caso de aquisições além-fronteiras e de os apoiar sempre que se virem implicados em litígios além-fronteiras. Recorrer-se-á mais frequentemente à *rede europeia de empresas* (Enterprise Europe Network) para assegurar uma divulgação regular das informações sobre legislação relativa aos consumidores às empresas, incluindo as PME.

A Comissão, em colaboração com os intermediários e os comerciantes, elaborará códigos de boa conduta, boas práticas ou orientações para a comparação de preços, da qualidade e da sustentabilidade. Além disso, a Comissão melhorará continuamente a informação prestada aos consumidores e às empresas sobre os seus direitos e deveres disponível nas suas próprias páginas Web, como o portal *YourEurope*²⁰, complementadas por instrumentos de informação especializados, como os previstos no *e-youguide*²¹ e no *código de direitos em linha na UE*.

Também trabalhará com os jornalistas e meios de comunicação especializados em questões relativas aos consumidores, a fim de promover uma difusão eficaz da informação.

A Comissão colaborará estreitamente com os Estados-Membros nas problemáticas ligadas à educação dos consumidores. Em 2012, desenvolverá uma *plataforma interativa para intercâmbio de melhores práticas e distribuição de materiais de pedagógicos destinados aos consumidores* junto dos professores e de outros profissionais que trabalhem com jovens com idades compreendidas entre os 12 e os 18 anos, nomeadamente no domínio da literacia digital, das novas tecnologias dos meios de comunicação social²² e do consumo sustentável.

4.3. Melhorar a aplicação da legislação, reforçar as medidas de execução e garantir os meios de ação

Se se pretende que o mercado único continue a ser um êxito, os participantes no mercado tem de sentir uma maior a confiança na aplicação eficaz e eficiente dos seus direitos e na disponibilidade de mecanismos de ação adequados.

Só é possível esperar que o comércio além-fronteiras continue a expandir-se na UE se os consumidores puderem fazer valer os seus direitos em toda a UE e se os comerciantes

honestos constatarem que os comerciantes desonestos sofrem as adequadas sanções. Este aspeto é particularmente importante nos dias de hoje, em que a revolução digital facilita as compras além-fronteiras, mas também aumenta as oportunidades de práticas desleais para os comerciantes desonestos.

A Comissão prosseguirá os dois objetivos específicos seguintes:

5. *Aplicar efetivamente a legislação relativa aos consumidores, incidindo em setores fundamentais;*

6. *Oferecer aos consumidores formas eficazes de resolução de litígios.*

Até 2014 adotará uma série de medidas concretas para que possam ser alcançados estes objetivos específicos.

De 2012 a 2014, continuarão a ser levadas a cabo ações de execução coordenadas anuais («sweeps») através da *rede CPC*. A Comissão continuará empenhada em facilitar, apoiar e assistir a rede na aplicação da legislação. Se necessário, intensificará os *processos por infração* para se opor a qualquer aplicação incorreta do direito da UE. A Comissão efetua uma análise aprofundada do âmbito de aplicação, da eficácia e dos mecanismos de funcionamento do *regulamento relativo à cooperação no domínio da defesa do consumidor*. Apresentará um relatório até ao final de 2014 sobre o modo como a aplicação além-fronteiras poderia ser reforçada e, se necessário, proporá a alteração das normas.

Para melhorar a aplicação das normas da UE com impacto sobre os consumidores, proceder-se-á a uma melhor utilização da rede judiciária europeia²³ para facilitar o acesso à justiça, assegurar a boa tramitação dos processos com uma dimensão além-fronteiras e facilitar os pedidos de cooperação judiciária entre os Estados-Membros.

Prosseguirá o trabalho que visa garantir que os materiais essenciais para a transposição e aplicação da legislação relativa aos consumidores em toda a UE são postos à disposição de todos os juízes interessados e dos profissionais do direito, bem como dos cidadãos e das empresas. Para tal, em 2013, será desenvolvida uma base de dados sobre o direito dos consumidores, que passará a integrar o portal de justiça eletrónica²⁴.

A experiência adquirida com a aplicação da *diretiva relativa às práticas comerciais desleais*²⁵ revelou que a Comissão deve desempenhar um papel mais importante no controlo e na coordenação da aplicação da diretiva pelos Estados-Membros, nomeadamente no que se refere a questões recorrentes e a práticas comerciais novas, como a utilização de comparadores de preços em linha ou de instrumentos que reúnam as críticas dos clientes. Para esse efeito, a Comissão reforçará a coordenação das ações de controlo da aplicação da legislação relativa às práticas comerciais desleais e atualizará o documento de orientação sobre a aplicação da diretiva;

Deve ser assegurada uma aplicação correta nos setores essenciais.

Para garantir uma aplicação coerente das exigências dos consumidores relativamente ao espaço digital, a Comissão desenvolverá, até 2014, orientações a fim de ajudar as

autoridades competentes a aplicar corretamente as normas da UE e a diretiva relativa aos direitos dos consumidores, adotada recentemente. A Comissão e as autoridades nacionais levarão a cabo uma ação concertada destinada a combater as práticas desleais no setor, como a publicidade enganosa relativa ao débito das conexões internet de banda larga

No setor da energia, é necessário assegurar a plena aplicação do *terceiro pacote energético e das suas regras de execução em matéria de direitos dos consumidores*. É igualmente importante aproveitar ao máximo o fórum dos cidadãos para a energia.

No setor dos serviços financeiros, na sequência da sua recomendação de 2011²⁶, a Comissão acompanhará de perto as respostas dos Estados-Membros para fazer face ao problema da recusa aos cidadãos do acesso às contas bancárias. Este é um problema real, não só para os consumidores desfavorecidos afetados pela exclusão social e financeira, mas também para muitos cidadãos que viajam para o estrangeiro, para aí viver trabalhar ou estudar.

Para proteger os consumidores contra alegações ambientais enganosas e infundadas, as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da lei necessitam de mais apoio para aplicar corretamente as exigências impostas pela diretiva relativa às práticas comerciais desleais²⁷.

Por este motivo, a Comissão irá rever as *orientações em matéria de alegações ambientais enganosas*.

Serão redigidas *orientações destinadas a facilitar e melhorar a aplicação dos diferentes regulamentos relativos aos direitos dos passageiros* para todos os meios de transporte.

Além disso, a Comissão publicará orientações sobre a aplicação do nº 2 do artigo 20º da diretiva relativa aos serviços, o que ajudará a reduzir o número de casos em que, por causa da residência, é recusada injustificadamente a prestação de um serviço aos consumidores ou estes forem objeto de um tratamento diferente quando tentam comprar serviços além-fronteiras em linha.

Nos seus esforços para assegurar uma melhor aplicação da legislação da UE, a UE trabalhará com os principais parceiros comerciais para promover a conformidade com os princípios de base de proteção do consumidor. No que respeita à segurança, o aumento da cooperação internacional (nomeadamente com a China), permitirá desenvolver o conceito de «segurança na origem» e contribuir para limitar as importações de produtos não seguros. A multiplicação dos comerciantes desonestos que operam fora da UE a fim de escapar aos controlos apela a uma maior vigilância a nível mundial. Por conseguinte, a Comissão coordenará a sua ação com os países terceiros mais afetados e com as principais organizações internacionais (por exemplo, a OCDE, a ONU e a OMC). A necessidade de reforçar a cooperação internacional é especialmente sentida no âmbito do espaço digital e na luta contra as comunicações comerciais não solicitadas («spam»).

Em relação ao direito de ação, a Comissão centrar-se-á a curto e médio prazo em garantir a adoção e a aplicação das suas recentes propostas sobre *modos alternativos de resolução de litígios (RAL)*, e de *resolução de litígios em linha (ODR)*, de modo a permitir o mais rapidamente possível a todos os consumidores da UE o acesso a processos simples e céleres para defenderem os seus direitos. Ao mesmo tempo assegurará a correta transposição e utilização da *diretiva relativa à mediação*, que outorga a todos juizes da UE o direito de convidar as partes a resolver os seus litígios através de um acordo amigável. A diretiva é aplicável aos litígios além-fronteiras, mas os Estados-Membros são encorajados a utilizar a mediação também ao nível nacional. Os consumidores poderão aceder mais facilmente ao *procedimento europeu para as ações de pequeno montante*, que simplifica, acelera e reduz os custos dos processos judiciais em casos além-fronteiras para os pedidos de indemnização até um montante de 2 000 euros. Para este fim, em 2012, será publicado um guia de conselhos práticos destinado aos consumidores e aos profissionais da justiça. Durante o ano de 2013, a Comissão pretende colocar em linha os formulários relativo às ações de pequeno montante e informar sobre a tramitação do procedimento no seu conjunto, nomeadamente no que respeita à eventual revisão do limiar.

Por último, com base nos resultados da consulta pública lançada em 2011 e na sequência da Resolução do Parlamento Europeu de 2 de fevereiro de 2012²⁸, a Comissão refletirá sobre uma iniciativa de acompanhamento de um quadro da UE sobre ação coletiva.

4.4. Alinhar direitos e políticas fundamentais para a evolução económica e societal

Tendo em conta as alterações que o mercado conhece atualmente, é imperativo garantir a confiança dos consumidores nas aquisições em linha tanto dos bens e serviços tangíveis e tradicionais como dos digitais. A legislação relativa aos consumidores deve, por conseguinte, ser atualizada para satisfazer as necessidades dos mercados em mutação e para ter em conta as novas perspetivas das ciências comportamentais sobre o modo como os consumidores atuam na prática.

Além disso, devem ser suprimidos os obstáculos que atualmente impedem os consumidores de adquirir facilmente, legalmente e de forma acessível, em qualquer parte da UE, os produtos e serviços digitais que desejem.

Como primeiras medidas, as recentes propostas sobre o *direito europeu comum da compra e venda* e o *pacote de reformas da proteção de dados* deverão resolver muitos dos problemas que os consumidores quando compram em linha, nomeadamente reforçando a sua confiança no mercado único digital e nos serviços além-fronteiras.

As propostas sobre a *resolução alternativa de litígios (RAL)*, e a *resolução de litígios em linha (ODR)* deverão contribuir igualmente para melhorar o acesso dos consumidores aos mecanismos de reparação.

Em 2012, a Comissão apoiará o Parlamento Europeu e o Conselho na procura de um acordo sobre todas estas propostas, a fim de assegurar uma rápida adoção e aplicação.

Mais do que nunca, é essencial assegurar a coerência e as sinergias entre as políticas da EU para potenciar o seu impacto positivo sobre as despesas dos consumidores, nomeadamente nos setores fundamentais da alimentação, da energia, dos transportes e dos serviços financeiros, ao mesmo tempo que são promovidos padrões de consumo mais sustentáveis.

Uma recente sondagem realizada pela Comissão Europeia sobre as 20 principais preocupações dos cidadãos e das empresas no mercado único mostra que os consumidores continuam descontentes com a fatura da energia, sentem dificuldades em defender os seus direitos como passageiros e consideram complexos os caminhos do setor bancário e dos mercados de serviços financeiros²⁹.

Para o tratamento destas questões económicas e sociais, a Comissão irá trabalhar para a prossecução dos dois seguintes objetivos específicos:

7. Adaptar o direito dos consumidores à era digital;

8. Promover o crescimento sustentável e apoiar os interesses dos consumidores nos setores-chave.

Até 2014, será adotada uma série de medidas concretas para que estes objetivos específicos sejam alcançados.

– Setor digital

Será estudado um conjunto de medidas que permita fazer face aos principais problemas que aos utilizadores em linha se deparam e para garantir a sua adequada proteção quando utilizam e compram conteúdos digitais. Essas medidas poderão incluir não só a normalização da informação-chave prestada aos consumidores para facilitar as comparações como iniciativas destinadas a avaliar a necessidade de assegurar as soluções apropriadas a nível de toda a UE sempre que os conteúdos digitais adquiridos forem defeituosos e, se necessário, a harmonização das marcas de confiança digital.

A Comissão analisará os obstáculos persistentes ligados à gestão territorial dos direitos de autor e o complexo regime vigente de taxas aplicáveis às cópias privadas, o que determina um eventual impacto negativo sobre a disponibilidade de conteúdos digitais em toda a UE e desencoraja o desenvolvimento de modelos empresariais inovadores em linha. A Comissão apresentará uma *proposta legislativa sobre a gestão dos direitos coletivos* em 2012 e, sob a responsabilidade de um mediador, lançou um debate entre as partes interessadas sobre as taxas aplicáveis às cópia privada e à

reprografia. Os resultados deste debate serão utilizados para fazer recomendações para eventual ação legislativa a nível da UE. A Comissão debruçar-se-á igualmente sobre problemas específicos relativos aos direitos de autor e à disponibilidade de conteúdos audiovisuais e de serviços de radiodifusão, tendo em conta a evolução da tecnologia, nomeadamente para estimular os serviços além-fronteiras.

Em 2012, a Comissão, como parte do seu trabalho de informação sobre o funcionamento da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, avaliará a eventual necessidade de melhorar as normas atualmente vigentes para proteger as crianças da publicidade enganosa, designadamente no contexto do ambiente digital. Continuará a centrar-se na situação específica dos menores que compram ou utilizam conteúdos digitais em linha.

A Comissão pretende aumentar a fiabilidade das relações comerciais, tanto para os consumidores como para os comerciantes, propondo, em 2012, um *quadro normativo relativo à identificação, autenticação e assinatura eletrónicas*. Imporá exigências mínimas para as informações sobre a localização de sítios Web e sobre o estatuto legal do seu proprietário, a fim de garantir a autenticidade do sítio Web. Além disso, terá plenamente em conta os interesses dos consumidores no âmbito das suas futuras propostas políticas em matéria de nebulosa computacional.

Com base nas respostas à sua consulta pública de janeiro de 2012 relativa ao *Livro Verde sobre os pagamentos através de cartão, da Internet e de telemóveis*, a Comissão tenciona apresentar propostas concretas durante o primeiro trimestre de 2013. Prepara também um Livro Verde sobre a distribuição de encomendas, cuja adoção está prevista para o último trimestre de 2012.

Em 2012, será apresentada uma *comunicação sobre os jogos de azar e apostas em linha*, destinada, nomeadamente, a melhorar a proteção dos consumidores e dos cidadãos, especialmente os grupos vulneráveis e os menores.

– *Serviços financeiros*

Em 2012, a Comissão, no âmbito do seu trabalho de informação sobre o funcionamento da diretiva relativa às práticas comerciais desleais, avaliará a necessidade de reforçar as normas em vigor para lutar contra as práticas abusivas no setor dos serviços financeiros ou melhorar a sua aplicação no que respeita, por exemplo, os consumidores vulneráveis.

A Comissão prevê adotar *propostas legislativas relativas a pacotes de produtos de investimento de retalho*, a fim de garantir que é facultado aos investidores de retalho um documento breve, claro e compreensível, contendo informação essencial que os ajude a tomar decisões de investimento esclarecidas. Também procederá à revisão da *diretiva relativa à mediação de seguros*, que rege os processos de venda de produtos em matéria de seguros.

Avaliará a aplicação da *diretiva relativa ao crédito ao consumo* para apurar se funciona corretamente para os consumidores e se se impõe a revisão de questões, como, por exemplo, os pequenos empréstimos, o débito diferido ou o empréstimo responsável, cuja apreciação tem sido deixada a cargo dos Estados-Membros. Estes aspetos assumem particular importância para os consumidores vulneráveis.

Neste contexto, o *sobre-endividamento das famílias* também é preocupante. No início de 2012, será lançado um estudo específico que permitirá ter uma ideia da situação e enumerará as melhores práticas em vigor para atenuar o seu impacto.

Se se pretende que a concorrência constitua uma realidade no setor bancário de retalho, os consumidores devem estar conscientes do que pagam pelos serviços bancários de base e devem poder mudar facilmente de banco. Para esse efeito, em 2012, a Comissão elaborará uma iniciativa legislativa sobre as questões relativas às contas bancárias, que representam necessidades fundamentais dos consumidores na gestão das suas finanças.

– *Setor dos alimentos*

Na sequência da adoção do *regulamento relativo à informação sobre os géneros alimentícios prestada aos consumidores*³⁰, a Comissão irá promover a aplicação das novas normas e analisar a necessidade de novas iniciativas. Isto é especialmente relevante para a indicação da origem dos géneros alimentícios e a origem das bebidas alcoólicas.

A aplicação em curso do *Regulamento sobre as alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos*³¹ garantirá que todas as alegações relativas a efeitos benéficos nutricionais ou de saúde dos alimentos tenham uma base científica e não induzam em erro os consumidores.

Além disso, assegurará a livre circulação dos géneros alimentícios cujas alegações nutricionais e de saúde dos alimentos sejam conformes com o referido regulamento.

A Comissão examinará a questão dos alimentos sustentáveis, nomeadamente o problema dos resíduos alimentares. Será incluída uma ação dirigida aos consumidores para evitar os resíduos alimentares domésticos que, para ser eficaz, terá de ser complementada por ações dirigidas outros elos da cadeia alimentar (agricultores, retalhistas, produtores de alimentos, etc.).

– *Setor da energia*

A Comissão tomará novas medidas para melhorar a concorrência e sobretudo a transparência dos preços da eletricidade e do gás, o que tornará as propostas apresentadas pelas empresas de energia mais compreensíveis para os consumidores. A aplicação a breve trecho da nova *diretiva relativa à eficiência energética* reforçará os direitos de informação dos consumidores através de normas mais transparentes que impõem uma medição precisa, uma faturação clara e em tempo útil com base no consumo individual efetivo de todas as fontes de energia e que inclui aquecimento central, ar condicionado e água quente para consumo doméstico.

Além disso, a Comissão pretende melhorar a informação dos consumidores para que estes possam gerir melhor o seu consumo de energia no mercado interno e incentivá-los a tirar proveito tanto as tecnologias existentes (como a faturação através do telefone móvel baseada no consumo real) como as emergentes (como os contadores inteligentes). Para o efeito, serão desenvolvidas, em coordenação com as autoridades de regulação e as partes interessadas, *orientações sobre a transparência dos preços no mercado de retalho da energia*.

O grupo de trabalhos sobre as redes inteligentes liderado pela Comissão levará a cabo outras ações específicas sobre a utilização pelos consumidores de contadores e tecnologias inteligentes.

Em 2014, será revista também a *diretiva sobre a rotulagem energética*. Entretanto, a Comissão proporá a aplicação do seu alargamento em linha para que o seu impacto seja significativamente ampliado³².

– *Viagens e transportes*

No início de 2013, a Comissão irá propor uma atualização da *diretiva relativa às viagens organizadas*, tendo em conta a evolução recente do mercado das viagens. A reforma terá, nomeadamente, em conta a tendência crescente dos viajantes para adquirirem em linha os designados «pacotes dinâmicos», em vez dos tradicionais pacotes de viagens previamente organizados³³. Além disso, em 2013, serão atualizadas as normas atualmente em vigor sobre os direitos dos passageiros dos transportes aéreos, que protegem os passageiros em caso de recusa de embarque, de atraso considerável ou de cancelamento.

No que respeita à mobilidade urbana, a Comissão encetará um diálogo com as partes interessadas, a fim de identificar as melhores práticas e condições, a nível da UE, para reforçar os direitos dos passageiros dos transportes públicos³⁴; até 2014, apresentará igualmente medidas específicas destinadas, nomeadamente, a sensibilizar os consumidores para a existência de soluções alternativas relativamente à utilização de veículos particulares.

Em 2013, a Comissão elaborará uma proposta que visa reexaminar as regras de rotulagem das emissões de CO₂ dos veículos automóveis para que a informação dos consumidores seja atualizada. Além disso, tomará as medidas necessárias para desenvolver uma estratégia relativa a um combustível alternativo, de modo a apoiar a escolha de combustíveis mais limpos³⁵ pelos consumidores e a melhorar a informação destes sobre os novos combustíveis para os transportes³⁶.

– *Produtos sustentáveis*

Para alcançar um crescimento sustentável assente num consumo sustentável, a Comissão analisará a possibilidade de tomar medidas para que os bens de consumo sejam mais duradouros, nomeadamente através de apoio aos serviços de reparação e de manutenção.

Estudará de que forma regimes de incentivos adequados ou medidas voluntárias poderão melhorar a oferta de produtos mais sustentáveis a preços razoáveis.

A Comissão desenvolverá metodologias harmonizadas para avaliar o desempenho ambiental do ciclo de vida dos produtos e das empresas como base para prestar informações fiáveis aos consumidores.

Além disso, a *Diretiva relativa à conceção ecológica*, que impõe as exigências mínimas de carácter ambiental que os produtos deverão respeitar, passará gradualmente a abranger um número crescente de produtos no âmbito do segundo plano de trabalho em matéria de conceção ecológica e, se for caso disso, regerà o consumo de energia bem como outros efeitos ambientais significativos dos produtos.

5. Conclusões

A presente Agenda do Consumidor Europeu estabelece um quadro político global para que no cerne do Mercado Único estejam os consumidores, elemento fundamental para o crescimento da UE. Prevê as medidas que a Comissão durante o seu mandato tenciona tomar em benefício dos consumidores.

Todas as medidas têm em conta as alterações nos padrões de consumo observadas no terreno, o progresso tecnológico, a rápida evolução dos mercados, a necessidade de reforçar os poderes dos consumidores e assegurar que estes os possam efetivamente exercer.

Para que os principais objetivos desta Agenda possam ser cumpridos mais eficazmente e para minimizar os encargos administrativos, qualquer ação política deve ancorar-se em elementos de prova sólidos sobre a forma como os mercados funcionam na prática e sobre o comportamento que os consumidores adotam. As propostas de revisão das disposições da EU vigentes terão por fundamento a avaliação da legislação atualmente aplicável e a análise rigorosa dos impactos esperados.

As medidas anunciadas na presente Agenda serão igualmente apoiadas por uma atualização permanente das fontes de informação-chave, como o Painel de Avaliação dos Mercados de Consumo, as classificações dos mercados de consumo e os Painéis de Avaliação das Condições de Consumo, que permitem a análise comparativa do consumo nos Estados-Membros e o acompanhamento da evolução da integração dos mercados de retalho.

Estes elementos serão completados por estudos de mercado que analisam as razões subjacentes aos problemas de funcionamento do mercado e os comportamentos dos consumidores. A investigação financiada ao abrigo dos programas de 2020 também se debruçará prioritariamente sobre os consumidores.

Serão envidados esforços para garantir que as ações políticas propostas sejam previamente testadas tendo em conta os oito objetivos específicos da presente Agenda,

de modo a garantir um maior impacto e uma melhor utilização pelos consumidores, evitando simultaneamente encargos desnecessários para as empresas.

As tendências que serão observadas nos próximos anos irão ajudar a determinar eventuais medidas adicionais que devam ser adotadas após 2014. Os progressos realizados na consecução dos objetivos definidos na presente Agenda serão acompanhados pelo relatório da Comissão sobre a integração dos interesses dos consumidores nas políticas da UE.

Esta Agenda pretende responder aos desafios de um crescimento sem entraves e restabelecer a confiança na economia europeia através do reforço dos poderes dos consumidores e da criação de sinergias políticas. Para obter resultados duradouros, é necessário um compromisso firme de todos os intervenientes da cadeia na execução desta Agenda do Consumidor, a nível da UE, nacional e internacional. Só a procura inteligente e sustentável dos consumidores conjugada com uma oferta equitativa, poderá contribuir para direcionar a UE rumo ao crescimento.

Notas

1 «Consumidores confiantes ajudam a criar mercados prósperos. Tendo por base o trabalho realizado no Outono, o próximo programa de trabalho anunciará medidas para reforçar os direitos dos consumidores, nomeadamente no que se refere às transações além-fronteiras e em linha, bem como ao tratamento eficaz das questões de segurança e de saúde, a fim de melhorar a segurança dos cidadãos, reforçando simultaneamente a procura no mercado único.» Ver carta, de setembro de 2011, do Presidente da Comissão, Durão Barroso, ao Presidente Buzek.

2 Relatório sobre a cidadania da União, COM (2010) 603 final; Ato para o Mercado Único, COM (2011) 206 final. Uma Agenda Digital para a Europa – COM (2010) 245 final/2. Comunicação relativa ao comércio eletrónico COM (2011) 942; Roteiro para uma Europa Eficiente na Utilização dos recursos, COM (2011) 571 final.

3 Proposta de Regulamento que estabelece o Horizonte 2020 – Programa-Quadro de Investigação e Inovação [COM (2011) 809 final].

4 Estes setores foram considerados como dos mais problemáticos para os consumidores, segundo o painel de avaliação dos mercados de consumo.

5 Ver «Realização de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça para os cidadãos europeus – Plano de Ação de aplicação do Programa de Estocolmo» COM (2010) 171.

6 Proposta de regulamento relativo aos sistemas de qualidade dos produtos agrícolas [COM (2010) 733 final], proposta de regulamento no que respeita às normas de comercialização [COM (2010) 738 final], orientações sobre os regimes de certificação e sobre a rotulagem dos alimentos.

7 Proposta de regulamento relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União [COM (2011) 402 final].

8 Proposta de regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda [COM (2011) 635 final].

9 Proposta de diretiva relativa à resolução alternativa de litígios de consumo [COM (2011) 793/2], uma proposta de regulamento relativo à resolução de litígios de consumo em linha [COM (2011) 794/2].

10 Proposta de regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados [COM (2012) 11 final]; Proposta de diretiva relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados [COM (2012) 10 final].

11 Documento de trabalho dos serviços da Comissão «Proporcionar aos consumidores os benefícios do comércio eletrónico», anexo 2, da comunicação relativa ao comércio eletrónico de 2012.

12 Roteiro para uma Europa Eficiente na utilização de recursos COM (2011) 571.

13 Inquérito sobre a Capacitação dos Consumidores; Eurobarómetro nº 342, 2010.

14 Idem.

15 COM () 330 final.

16 Outras informações no estudo «The functioning of the retail electricity markets for consumers in the EU» http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/market_studies/docs/retail_electricity_full_study_en.pdf.

17 Comunicação da Comissão «Eficiência Energética: atingir o objetivo dos 20%».

18 Na UE, o montante total dos resíduos alimentares é de cerca de 90 milhões de toneladas, ou seja, 180 kg por habitante e por ano, prevendo-se que haja um aumento de 40% até 2020. Ver o estudo preparatório financiado pela UE sobre resíduos alimentares na UE 27 «*Preparatory study on food waste across EU 27*», Bio Intelligence Service, de dezembro de a outubro de 2010.

19 http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/publications/info_docs/customs/product_safety/guidelines_pt.pdf.

20 <http://ec.europa.eu/youreurope>

21 <http://ec.europa.eu/eyouguide>

22 Tal como anunciado na Agenda Digital para a Europa.

23 JO L 174 de 27.6.2001, p. 25 e JO L 168 de 30.6, p. 35.

24 <https://e-justice.europa.eu>

25 Diretiva 2005/29/CE.

26 2011/442/UE: Recomendação da Comissão, de 18 de julho de 2011, relativa ao acesso a uma conta bancária de base.

27 Diretiva 2005/29/CE.

28 Resolução do Parlamento Europeu de 2 de fevereiro de 2012, «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva» — P7_TA (2012) 0021.

29 SEC (2011) 1003 final.

30 Regulamento (UE) n.º 1169/2011.

31 Regulamento (CE) n.º 1924/2006.

32 Consumer 2020 http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=6782.

33 Entende-se por pacote dinâmico um produto que conjuga numa só viagem, pelo menos, dois serviços diferentes (transporte, alojamento e/ou outros serviços turísticos) para uma única viagem, oferecidos ou vendidos simultaneamente pelo mesmo fornecedor ou por fornecedores comercialmente ligados e em que o comprador pode combinar e personalizar o conteúdo do pacote de acordo com as suas preferências.

34 Plano de Ação para a Mobilidade Urbana; [COM (2011) 144] Livro Branco. «Roteiro do espaço único europeu dos transportes – Rumo a um sistema de transportes competitivo e económico em recursos».

35 Livro Branco da Comissão – «Roteiro do espaço único europeu dos transportes – Rumo a um sistema de transportes competitivo e económico em recursos» [COM (2011) 144].

36 Com base nas necessidades identificadas no contexto do processo CARS 21.4.

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Acórdão do Tribunal de Justiça de Sergipe
Relator: Roberto Eugenio da Fonseca Porto

Ementário
Julgados do TRF, do TJ/MG e do TJ/RS

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Acórdão 1 (21.08.2012)

“Em casos de indenização por dano moral por abalo de crédito, não há necessidade de se comprovar o efetivo prejuízo a que a vítima foi exposta, pois o dano é presumido”

“Uma resposta jurisdicional inadequada, portanto, não só representa um minus daquilo que todos os cidadãos esperam do Estado, mas incentiva a perpetuação das práticas abusivas”

“Os irrisórios valores das indenizações são estimulantes às estratégias das prestadoras de serviço, que apostam no baixo custo das condenações judiciais e ‘investem’ numa série de atos ilegais na relação com seus clientes”

“Se as indenizações que temos fixado realmente cumprissem as chamadas funções pedagógica e punitiva, além da reparatória, a ré, e todas as demais empresas do ramo, já teriam aprendido a lição”

“A política que rege as relações de consumo preza a boa-fé e o equilíbrio, de forma a proteger a ordem econômica, evitar métodos comerciais desleais e coercitivos, bem como práticas e cláusulas abusivas, incentivando a melhoria do mercado”

Do Tribunal de Justiça de Sergipe – Acórdão 2 (18.06.2012)

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”

“O fornecedor de serviços, responde objetivamente, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços”

“Deve a instituição financeira tomar as devidas providências de segurança para evitar falsas contratações, pois ocorrendo falhas em tais procedimentos, o Banco deve ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos por seus clientes”

“Há o reconhecimento de um dano que não é econômico, mas que também não corresponde à dor. Não é econômico porque é moral. Não há dor, porque ofendida é a pessoa jurídica, que não tem capacidade sensitiva nem afetiva. É incapaz de sofrer qualquer dor”

ACÓRDÃO 1

PORTABILIDADE REALIZADA DE UMA OPERADORA PARA OUTRA SEM AUTORIZAÇÃO OU SOLICITAÇÃO GERA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Tribunal: TJ/SC

Órgão Julgador: 1a. Câ. de Direito Público

Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

EMENTA: Ação de indenização por danos morais. Contrato de telefonia. Cliente portadora de celular pré-pago. Portabilidade realizada de uma operadora para outra sem autorização ou solicitação, com mudança de titularidade da linha. Ilegitimidade passiva afastada. Violação às diretrizes do código de defesa do consumidor. Conduta que causou transtornos à usuária. Constrangimento evidenciado. Quantum indenizatório estipulado que não merece diminuição. Juros de mora. Termo inicial modificado para a data do evento danoso. Súmula n. 54 do superior tribunal de justiça. Operação *ex officio*. Apelo conhecido e não provido.

ACÓRDÃO: 2012.046903-6 ANO: 2012

DECISÃO: 14 08 2012

TURMA: 01 ÓRGÃO JULGADOR:
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

FONTE: DJ DATA: 21 08 2012

JUIZ RELATOR: DR PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

APELANTE: VIVO S/A

APELADA: GISELE SAVI FREITAS

EMENTA: Ação de indenização por danos morais. Contrato de telefonia. Cliente portadora de celular pré-pago. Portabilidade realizada de uma operadora para outra sem autorização ou solicitação, com mudança de titularidade da linha. Ilegitimidade passiva afastada. Violação às diretrizes do código de defesa do consumidor. Conduta que causou transtornos à usuária. Constrangimento evidenciado. *Quantum* indenizatório estipulado que não merece diminuição. Juros de mora. Termo inicial modificado para a data do evento danoso. Súmula n. 54 do superior tribunal de justiça. Operação *ex officio*. Apelo conhecido e não provido.

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.046903-6, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que é apelante Vivo S/A e apelada Gisele Savi Freitas: A Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, de ofício, determinar que o termo inicial dos juros de mora seja a data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. Custas legais. O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, sem voto, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubick e o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO RELATÓRIO

Gisele Savi Freitas deflagrou ação de indenização por danos morais em face de Vivo S/A e Tim Brasil S/A. Relatou que possuía uma linha de telefone pré-pago, número 48-9618-4980, desde 1-2-2006, que era utilizada principalmente nas suas

funções profissionais como diretora de uma escola pública. Informou que, sem qualquer solicitação ou comunicação, a Vivo S/A requereu a portabilidade do celular, que foi autorizada pela Tim Brasil S/A. Explicou que soube do ocorrido quando clientes e funcionários ligavam para o número e uma terceira pessoa totalmente desconhecida atendia, dizendo-se proprietária do celular em questão. Narrou ter feito reclamação perante a Anatel. Requereu o ressarcimento com base nos princípios do Código de Defesa do Consumidor.

A Tim Celular S/A e a Vivo S/A ofertaram contestação (fls. 24-30 e 41-56).

Houve réplica (fls. 64-74).

Foi prolatada sentença, da qual se extrai a parte dispositiva:

Pelo exposto, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial e, em consequência, condeno as empresas requeridas, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais à autora, devendo incidir juros de mora e correção monetária, segundo os índices oficiais da CGJ/SC, ambos a partir de hoje (data do arbitramento).

Condeno as rés, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, *ex vi* do art 20, § 3º do Código de Processo Civil (fl. 81).

A Vivo S/A manejou apelo aduzindo, preliminarmente, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda e que eventual equívoco seria responsabilidade da Tim Celular S/A. No mérito, argumentou que solicitou a portabilidade da linha de acordo com a Resolução n. 460/2007 da Anatel e que a autora não requereu a devolução do número, sendo inexistente o dano moral.

Ao final, requereu a diminuição do *quantum* indenizatório (fls. 85-93).

Após as contrarrazões (fls. 106-115), ascenderam os autos a este Pretório.

VOTO

Cuida-se de recurso interposto contra sentença pela qual se julgou procedente o pedido formulado na inicial. Presentes os pressupostos de admissibilidade, examina-se a *quaestio*.

Da ilegitimidade passiva *ad causam*

Inicialmente, a insurgente levanta ser parte ilegítima no polo passivo da demanda. Acontece que a relação entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê no seu art. 7º a solidariedade na reparação dos danos causados por falhas na prestação de serviços. Logo, a tese é rechaçada.

Da indenização por danos morais

É sabido que, em casos de indenização por dano moral por abalo de crédito, não há necessidade de se comprovar o efetivo prejuízo a que a vítima foi exposta, pois o dano é presumido. Porém, deve haver correlação com o procedimento adotado pelo eventual causador. Ou seja, muito embora não seja imprescindível a comprovação de culpa, deve restar demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta praticada pela ré e o suposto dano sofrido pela demandante.

Na espécie, não existem provas de que o nome da apelada tenha sido levado indevidamente aos cadastros restritivos de crédito, condição que caracteriza abalo de crédito. Contudo, com base nos princípios do Código de Defesa do Consumidor, esta Câmara adotou o entendimento de que quando o cliente demonstra por outras circunstâncias que houve descaso por parte da operadora de telefonia, o sofrimento deve ser compensado financeiramente.

A propósito, *mutatis mutandis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA. PROBLEMAS NO PROCEDIMENTO DA PORTABILIDADE. SUSPENSÃO DO SERVIÇO POR LONGO PERÍODO. INOBSERVÂNCIA DOS PRAZOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO N. 460/2007 DA ANATEL ALIADA À PROVA DA IRRITAÇÃO PROVOCADA PELA CONCESSIONÁRIA E DO DESGASTE EM SUCESSIVOS CONTATOS PELO 0800. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$ 10.000,00 (AC n. 2010.044449-2, de Criciúma, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13-3-2012).

Do corpo do acórdão, transcreve-se:

Não podem ser considerados meros aborrecimentos ou simples dissabores do cotidiano a irritação e o desgaste suportados por consumidores nas centrais de atendimento do tipo 0800, quando percorrem típica *via crucis* para tratar de assuntos comuns às partes, ou quando são obrigados, em sucessivas ligações, a tentar desfazer erros cometidos pelos próprios fornecedores, quase sempre por cobranças abusivas, manutenção de serviços que não funcionam ou que sequer foram solicitados.

Os contratemplos naturais e até mesmo singelos desencontros de nossas relações em sociedade, de forma esporádica e avulsa, não podem ser comparados a práticas rotineiras de empresas que tratam as pessoas como cidadãos de segunda classe, economizando em capacitação de atendentes e em tecnologia, que juntos poderiam ser tão eficientes para resolver problemas como o são para oferecer e vender produtos e serviços. Para isso, as linhas estão sempre disponíveis, os sistemas estão sempre no ar e o atendimento tem início, meio e fim, numa única ligação. Quando, todavia, se quer exercer algum direito legítimo

que possa de alguma forma contrariar os interesses do fornecedor, a regra é que os caminhos sejam tortuosos e turbulentos, fazendo da eficiência e satisfação do usuário uma espécie de loteria.

A condenação à reparação do dano anímico é de rigor.

Em idêntico norte, cita-se:

No âmbito das concessionárias de serviço público, aí incluídas as empresas de telefonia, a indenização pelo chamado dano moral não deve desconsiderar essa realidade.

Tem-se atribuído à tal indenização, além da clássica reparação, outras funções, que remontam aos primórdios do Direito Civil. Fala-se novamente em caráter sancionador e em caráter repressivo da verba imposta ao ofensor.

Por isso, o Estado Judiciário deve estar atento ao seu papel de pacificador social.

Uma resposta jurisdicional inadequada, portanto, não só representa um *minus* daquilo que todos os cidadãos esperam do Estado, mas incentiva a perpetuação das práticas abusivas. E mais: contribui sensivelmente para o abarrotamento de nossas prateleiras com processos e mais processos repetitivos que poderiam ser evitados, se a companhia telefônica, para utilizar o caso dos autos, tivesse a certeza de uma condenação exemplar (AC n. 2011.013710-5, da Capital, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13-3-2012).

Vale mencionar trecho da fundamentação:

Em princípio, seguindo-se um ideal de Justiça, a indenização deveria apenas restituir ao ofendido aquilo que ele perdeu ou, não sendo o dano patrimonial, compensa-lo pela dor sofrida.

Porém, a realidade nos mostra que essa solução é insatisfatória porque, em muitos casos, o ofensor não é atingido, de forma

eficiente, pela condenação. Todos temos visto o modo de conduta das grandes empresas de telefonia e de outras concessionárias de serviço público, que sofrem centenas de condenações, todos os meses, pelas mesmas práticas lesivas aos direitos dos consumidores.

O caso em julgamento é clássico, batido: cobra-se indevidamente. Se passar, passou. Se houver reclamação, discute-se à exaustão, com o desgaste incontestável do lesado.

Os irrisórios valores das indenizações, por outro lado, são estimulantes às estratégias das prestadoras de serviço, que apostam no baixo custo das condenações judiciais e “investem” numa série de atos ilegais na relação com seus clientes.

Como disse, o fato que ora se examina não é isolado e nem pode ser interpretado como uma mera relação comercial bilateral, pois se trata de uma postura comum a todas as empresas de telefonia, que sistematicamente agredem os direitos dos consumidores, sob os mais variados ângulos.

Tal comportamento não pode “valer à pena”.

É evidente que o Poder Judiciário não está dando à sociedade a resposta que ela espera nesses casos!

SALOMÃO RESEDÁ, com propriedade, comenta:

Não é por outro motivo que é possível afirmar que a responsabilidade civil nos tempos atuais vive o seu momento de casulo, no qual busca maturar as evoluções sociais para, a partir de então, se desenvolver num formato mais condizente com os anseios coletivos e individuais. A velha forma encontra falhas na sua rede protetora, o que conduz a uma provável insegurança jurídica que somente será sanada pela mudança, ainda que gradativa, de pensamento. “Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama

transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.”

As mudanças na forma como se encara o fato jurídico incide diretamente na maneira como os legisladores devem se comportar na elaboração das normas. A crise que emana dos institutos atualmente é indiscutível. O leque de danos criados na velocidade da revolução tecnológica demonstra a porosidade do escudo protetor do indivíduo. A inexistência de um leito seguro conduz à desarmonia de decisões jurídicas que apenas buscam minorar, em vez de sanar ou prevenir, os danos sofridos. A sociedade modifica o seu comportamento e o direito deve abrir os olhos para o seu âmbito coletivo, além da inserção em novos caminhos inexistentes na doutrina clássica. (A função social do dano moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 70/72)

Se as indenizações que temos fixado realmente cumprissem as chamadas funções pedagógica e punitiva, além da reparatória, a ré, e todas as demais empresas do ramo, já teriam aprendido a lição.

Não é a conclusão que os fatos autorizam. Esse problema, evidentemente, possui muitas causas, mas a que mais contribui para esse estado de coisas, no meu entender, é a inadequação da resposta jurisdicional – os valores das indenizações não inibem as práticas abusivas perpetradas por essas grandes empresas.

E há um grande óbice para que as indenizações sejam maiores: a vedação ao enriquecimento ilícito da vítima. Não se admite a transferência “injustificada” de riqueza.

[...].

Pois bem. As concessionárias de telefonia, assim como as demais, já conhecem

o entendimento desta Corte, dos outros Tribunais Estaduais do País e do STJ. Sabem exatamente quais as consequências que podem sofrer pelo desrespeito aos direitos dos consumidores e, por isso mesmo, mantêm suas práticas lesivas. É realmente mais vantajoso, pois as condenações que lhes são impostas ficam muito aquém dos lucros que auferem realizando cobranças indevidas, por exemplo.

A resposta jurisdicional inadequada, portanto, não só representa um *minus* daquilo que todos os cidadãos esperam do Estado, mas incentiva a perpetuação das práticas abusivas. E mais: contribui sensivelmente para o abarrotamento de nossas prateleiras com processos e mais processos repetitivos que poderiam ser evitados, se a companhia telefônica, para utilizar o caso dos autos, tivesse a certeza de uma condenação exemplar.

Os argumentos alinhados são apenas parte de um entendimento mais amplo, que em breve será apresentado num outro julgamento, no qual o magistrado aplicou a chamada “punitive damage” à uma empresa de telefonia, ou seja, destinou parte da reparação ao consumidor e outra, bem mais elevada, para um fundo de proteção ao consumidor.

No caso, é preciso ponderar não só quanto ao aspecto retributivo da indenização, mas notadamente ao caráter sancionatório e inibitório, mediante uma tutela de repressão ao ilícito, no dizer de Marinoni (grifos no original).

Do contexto dos autos, é possível analisar que o aborrecimento da cliente não ficou adstrito ao fato de não ter sido comunicada acerca do pedido de portabilidade. A autora comprovou que adquiriu a linha 48-9618-4980 da Tim Celular S/A (cupom fiscal de fl. 12) e que era cliente desta operadora desde 1-2-2006.

A recorrente, por sua vez, não negou ter solicitado a portabilidade do telefone e habilitado para uma terceira pessoa, Ana Cristina de Mira, em 2-7-2010 (fl. 43).

Ainda que a apelante tenha observado a Resolução n. 460/2007 sobre o procedimento de migração de uma concessionária para outra, a questão discutida abrange a esfera do Código de Defesa do Consumidor, porquanto em nenhum momento a demandante, até então proprietária do celular, foi comunicada a respeito da transferência.

A política que rege as relações de consumo preza a boa-fé e o equilíbrio, de forma a proteger a ordem econômica, evitar métodos comerciais desleais e coercitivos, bem como práticas e cláusulas abusivas, incentivando a melhoria do mercado.

Anota-se que a idoneidade e reputação de uma empresa não se baseiam tão só no porte ou na área de abrangência e atuação, mas também na sua forma de se relacionar com os clientes, respeitando a pactuação e a forma de solucionar os conflitos porventura existentes.

Aliás, a deficiência na prestação de serviços telefônicos, lamentavelmente, é uma constante nos dias de hoje, ante a quantidade expressiva de processos que versam sobre casos absolutamente idênticos.

Diante da narrativa, ficou claro que as condutas das operadoras foram extremamente ofensivas, violando completamente os objetivos do Código de Defesa do Consumidor. A Vivo S/A procura atribuir a culpa do ocorrido à Tim Celular S/A, esquecendo-se, todavia, que se trata de responsabilidade objetiva e solidária.

Logo, a sentença merece ser mantida.

A respeito do quantum indenizatório fixado, deve-se atentar que o objetivo de ressarcir o dano moral se fundamenta não só em atenuar o sofrimento da vítima mas

também em advertir o causador da lesão para que não pratique mais qualquer afronta à dignidade das pessoas, sem que se constitua, entretanto, uma fonte de enriquecimento indevido.

É o que afirma o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, no julgamento da Apelação Cível n. 2009.020926-5, da Capital/Estreito, de 14-8-2009. Do corpo do acórdão, transcreve-se:

A indenização por danos morais tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa. Deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste.

Considerando-se que nesse caso não houve a inscrição do nome da cliente no rol de inadimplentes, entende-se acertada a fixação da verba indenizatória em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em casos análogos, esta Corte tem fixado valores superiores, no entanto não houve recurso da autora nesse sentido.

Do termo inicial dos juros de mora

Na sessão do Grupo de Câmaras de Direito Público, realizada em 9-5-2012, o tema referente ao termo inicial dos juros de mora voltou a ser discutido por ocasião da Apelação Cível n. 2012.007033-4, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Subst. Rodrigo Collaço.

Revedo o posicionamento anterior, que negava a aplicabilidade da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que referida verba deveria incidir a partir do momento em que a obrigação tornou-se

líquida e certa, decidiu o Órgão Colegiado mudar a orientação e acompanhar o verbete sumular, segundo o qual “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Aliás, transcreve-se a fundamentação exposta no voto com amparo na pacificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual se abraça como razão de decidir:

A voz dissidente da Quarta Turma (v.g. REsp n. 903.258/RS) curvou-se ao entendimento da maioria daquela Corte Superior, conforme restou assentado pela Ministra Maria Isabel Gallotti (mesma relatora daquele aresto) no REsp n. 1.106.994, originário de Santa Catarina, do qual constou o seguinte na ementa:

“Segundo o entendimento majoritário da Segunda Seção, sufragado no Resp 1.132.886/SP (julgado em 23.11.2011), no caso de indenização por dano moral decorrente de ato ilícito os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Ressalva do ponto de vista pessoal da Relatora.”

E, no corpo do acórdão, assim registrou Sua Excelência:

“Quanto ao termo inicial dos juros da mora, com a reserva do meu ponto de vista em sentido contrário, adoto o entendimento majoritário da Segunda Seção, sufragado no Resp 1.132.866/SP (julgado em 23.11.2011), segundo o qual no caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ).”

Em vista do exposto, dou provimento ao agravo regimental para que os juros moratórios fluam a partir do evento danoso.”

Além do expressivo precedente acima elencado, é farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da fluência dos juros moratórios a partir da data do

evento danoso, valendo destacar os seguintes julgados, todos no mesmo sentido, dando a medida exata da pacificação da matéria naquela Corte: REsp n. 1.171.826/RS, rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 17.5.2011; AgRg no REsp n. 857.363/PR, rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17.5.2011; AGRg no AG n. 1.380.484/PR, rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 26.4.2011; AgRg no REsp n. 1.242.486/DF, rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.5.2011; Edcl no Ag n. 1.370.593/RS, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14.4.2011.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão também da lavra da ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti, admitiu o processamento de reclamação contra decisão que contrariou a Súmula 54 (Rcl n. 4.004), nos termos da notícia assim publicada:

“O Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu o processamento de reclamação contra decisão proferida pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, por considerar existente a divergência entre o entendimento expresso na Súmula 54 do Tribunal e o acórdão contestado.

Segundo alega o reclamante, seu nome foi inscrito indevidamente em cadastro de proteção ao crédito, por causa de um débito resultante de fraude em solicitação de linha telefônica. A turma recursal, ao julgar o caso, manteve como termo inicial para a incidência de juros de mora a data da publicação da sentença que condenou a Brasil Telecom S/A ao pagamento de indenização por danos morais.

Para o reclamante, a decisão está em dissonância com a Súmula 54/STJ, uma vez

que os juros legais devem incidir a partir da data de inscrição do consumidor nos serviços de proteção ao crédito (SPC/Serasa), e não como decidiu a turma recursal.

A ministra Isabel Gallotti, relatora do caso, admitiu o processamento da reclamação, pois observou divergência em relação ao entendimento da Súmula 54 – segundo a qual, em caso de responsabilidade extracontratual, ‘os juros moratórios fluem a partir do evento danoso’.

Em relação ao uso de reclamações contra decisões de juizados especiais que contrariem entendimento do STJ, a ministra ressaltou que ‘a jurisprudência a ser considerada para efeito do cabimento da reclamação é apenas relativa a direito material, consolidada em súmulas ou teses adotadas no julgamento de recursos repetitivos’. É o caso da reclamação apresentada pelo consumidor do DF” (disponibilizada no site do STJ em 23.3.2012)

Note-se, pois, que até no restrito âmbito da reclamação o Superior Tribunal de Justiça conhece da matéria para fazer incidir a norma do artigo 398 do Código Civil, estipuladora do termo inicial dos juros da mora por ato ilícito.

Atente-se, outrossim, que as Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça também não restringem a incidência da Súmula 54 STJ para as indenizações por danos morais (p. ex., AC n. 2011.008457-4, Primeira Câmara de Direito Civil, unânime, rel^a Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt, j. 13.12.2011; AC n. 2009.076413-2, Segunda Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 22.3.2012; AC n. 2012.002978-4, Terceira Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Fernando Carioni, j. 28.2.2012; AC n. 2009.076219-0, Quarta Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 16.6.2011; AC n. 2011.091487-5, Quinta

Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 1º.3.2012; AC n. 2009.004548-9, Sexta Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Ronei Danielli, j. 8.3.2012).

Assim, sob o ângulo da segurança jurídica e da funcionalidade do sistema judicial, parece-nos de todo conveniente a revisão do nosso posicionamento para acompanhar a orientação emanada daquela Corte Superior, de modo a evitar a proliferação de recursos e o retardamento da satisfação do direito das partes (destacou-se).

A propósito, recentemente definiu-se:

O termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, por se tratar, no caso, de responsabilidade extracontratual, nos termos da Súmula 54 do STJ (AgRg no AREsp n. 126626/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10-4-2012).

E:

Conforme jurisprudência desta Corte, em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e a correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral (Súmula 362 do STJ) (EDcl no REsp n. 1191428/PA, rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, DJe 27-3-2012).

Acompanham: AgRg no Ag n. 1408911/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseveriano, DJe 29-2-2012 e AgRg no Ag n. 1412919/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 1-2-2012.

No aresto, destaca-se também o argumento que apoia a legalidade da mudança de entendimento:

O colendo Grupo de Câmaras de Direito Público fixou que os juros da mora, em casos de indenização por dano moral, devem ser contados da decisão que estipulou o valor a ser pago. O argumento para chegar a tanto é extremamente razoável, e fluiu no sentido de

que antes de estipulado o valor indenizatório seria impossível ao devedor solver a mora.

Não se desconhece o sentido prático da opção jurisprudencial. Contudo, deve-se admitir que a solução foi construída *contra legem*.

O artigo 398 do Código Civil regula a matéria de modo extraordinariamente claro. Vale a transcrição: “Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

Via de regra o dano moral é extracontratual e o seu surgimento decorre de ato ilícito. Por causa disso, na quase totalidade das vezes, a indenização por dano moral amolda-se, com absoluta perfeição, ao enunciado do artigo 398 do Código Civil. Aliás, diante da clareza do dispositivo acima elencado, constata-se que a solução jurisprudencial prestigia o devedor recalcitrante, beneficiado com a demora do Judiciário em fixar o quantum devido.

Não há dúvida de que compete ao juiz suprir as lacunas da legislação, aplicando ao caso concreto a solução mais justa. Acontece que, na matéria sob exame, não há omissão legislativa. Ao contrário, o Código Civil, conforme demonstrado, é preciso ao tratar do tema e não reclama complementação interpretativa. Os juros da mora contam-se da ocorrência do ato ilícito. Não há razão para afastar a incidência do aludido marco legal em favor da subjetividade intrinsecamente implícita na escolha, pelo juiz, de outra data para o reconhecimento do termo inicial da mora.

No citado acórdão igualmente se discorre acerca das consequências jurídicas da aplicação do que dispõe a Súmula n. 54. Veja-se:

No exercício da atividade judicial é de boa política que a aplicação concreta da

Justiça procure satisfazer as expectativas do detentor do direito em prejuízo daquele que resiste ao cumprimento da obrigação.

Com esse propósito, a fixação dos juros de mora a partir da prática do ato ilícito revela-se justa, por consistir nítido fator de compensação patrimonial à parte afetada pelo ato ilícito e que não alcança reparar o prejuízo sofrido celeremente. Não parece justo, por exemplo, que a parte com o nome inscrito irregularmente na Serasa em 2010 receba, como valor indenizatório, o mesmo que um outro cidadão que sofreu idêntico gravame em 2007. Se duas partes sofreram o mesmo ato ilícito em datas diferentes, aquela que aguarda reparação há mais tempo restou mais prejudicada, sendo legítimo que receba valor indenizatório maior.

Todavia, no exemplo hipotético supra, em que os atos ilícitos teriam sido praticados em 2007 e 2010, a aplicação do entendimento atual do Grupo de Câmaras de Direito Público, com o devido respeito, implica evidente injustiça. Basta imaginar que aquelas duas ações reparatórias tenham sido julgadas improcedentes em primeiro grau e reformadas pelo Tribunal de Justiça, no mês de janeiro de 2012, para estipular o usual valor da indenização em R\$ 20.000,00 (sabendo-se que, de rigor, não se leva em conta esse fator – tempo do processo – para o arbitramento). Imaginemos, ainda, que os juros da mora, tal como tem sido o nosso entendimento, incidissem a partir da decisão colegiada (janeiro de 2012). Verificada a hipótese, que não raras vezes acontece na prática, chegaríamos ao ponto de pagar a mesma indenização ao credor que vem suportando as agruras do ato ilícito desde 2007 e àquele que teve seu patrimônio jurídico irregularmente atingido em 2010.

A injustiça, sob o ponto de vista do credor, é bastante visível; porém,

surpreendentemente, a iniquidade também se mostra perceptível quando levamos em conta a condição de quem está obrigado a reparar o dano. O devedor que se opôs à reparação do ato ilícito que praticou desde 2007 pagará o mesmo valor que aquele que resistiu desde 2010. A anomalia, por conseguinte, é um convite ao retardamento das ações judiciais. Paga menos quem demora mais a pagar. Por outro lado, parece pouco plausível que o credor intencionalmente tenda a retardar o ajuizamento da ação (e a percepção de sua indenização) tão só para que venha a auferir mais juros moratórios.

Em resumo, a consequência da manutenção do atual entendimento do colendo Grupo de Câmaras é que a fixação dos juros de mora, em caso de ato ilícito, a partir da fixação do *quantum debeatur* pela decisão judicial prejudica tanto o credor que espera há mais tempo para receber o que lhe é devido quanto o devedor que repara mais rapidamente os prejuízos que causou com a prática de seu ato ilícito. Há, notoriamente, uma inversão de valores.

Para que não fique dúvida, embora óbvio, em sentido contrário, restam beneficiados o credor que sofreu o gravame há menos tempo, pois recebeu o que lhe era devido mais rapidamente, e também o devedor que demorou o máximo possível para reparar o dano. A demora judicial é colocada ao lado do devedor recalcitrante e de costas para o credor há longo tempo lesado.

Em um quadro como esse, restam enfraquecidos princípios que são fundamentais para o saudável funcionamento do sistema de Justiça, comprometido por um número irreal de demandas que, em boa parte das vezes, acabam congestionadas e morosas por atuação daqueles que buscam por todas as formas retardar o cumprimento das suas obrigações.

Procurando ser ainda mais objetivo: qual a parte – na maioria dos casos concretos uma empresa, cuja realidade decisória leva em conta o menor custo – comporá, extrajudicialmente, os danos decorrentes de ato ilícito se puder auferir benefícios com a mora judicial? Em que circunstâncias o devedor contribuirá para a agilização do julgamento se a demora na solução final do litígio estiver ao seu lado?

Deixo claro, ainda, que não me impressiona o argumento de que a parte não pode ser considerada em mora ante a ausência de valor certo para reparar. Em muitas situações isso ocorre e nem por isso a data da sentença é eleita como ponto de partida para os juros da mora. Basta lembrar a ação para o ressarcimento de danos materiais ainda não quantificados por ocasião do ajuizamento. Caso a sentença seja de procedência, os danos materiais não serão recompostos, em termos de juros moratórios, apenas a partir da data em que foram estipulados. Além disso, em qualquer dos casos nada impede que a composição entre as partes se concretize independentemente da liquidez da dívida.

Em suma, o importante é que o autor do ato ilícito, ao litigar em juízo, saiba que o artigo 398 do Código Civil está em vigor e, assim, caso venha a ser condenado, a dívida haverá de ser paga como se vencida fosse desde a data em que ocorreu o dano. A preocupação com a retroação dos juros não deve ser do juiz, mas sim da parte devedora, que precisa aferir suas chances e calcular os seus passos a bem de optar por aquilo que lhe pareça mais conveniente, incluídas as hipóteses da composição extrajudicial ou o trâmite do processo em juízo. A escolha da parte é livre e não enseja ser tratada com benevolência pelo juiz.

Em vista de tudo isso, amolda-se ao caso como uma luva o ensinamento do eminente

Ministro Luis Felipe Salomão no REsp n. 903.258/RS, quando discorre:

“Mais que isso, quem sofreu um dano há vinte anos e desde então espera por uma justa indenização não pode receber o mesmo que aquele que foi lesado hoje e de logo é indenizado, e isso ocorreria com a solução proposta, a depender de quanto tempo se arrastaria o processo até a prolação da sentença. Prestigia-se, indiretamente, a procrastinação dos litígios.

Os juros moratórios devem ser um elemento de calibragem da indenização, a depender de quando ela é satisfeita e não de quando é arbitrada. Prestigiam-se os devedores que de forma mais expedita pagam suas dívidas ou acertam extrajudicialmente seus litígios, ao passo que impõe reprimenda mais penosa aos recalcitrantes.

Por outro lado, entregar ao magistrado essa ponderação acerca do tempo transcorrido entre o dano e o arbitramento da indenização, *data venia*, é substituir um critério absolutamente isônomico e objetivo – que é o cômputo de juros segundo percentuais oficiais – por um de robusta carga subjetiva.”

Dessa feita, a considerar a expressa disposição do artigo 398 do Código Civil – que fixa o termo inicial da fluência dos juros de mora pela prática de atos ilícitos –, como também as premissas de que a parte que demora mais a liquidar sua obrigação deve pagar mais do que aquela que salde mais rapidamente seu débito, e a de que o credor que suportou o ato ilícito por mais tempo deve receber mais do que aquele que penou menos tempo com a mora, e ainda – e principalmente – em atenção à harmonização dos julgados como forma de segurança das relações jurídicas, levando em conta a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, que deixa inquestionável

e ainda hoje tem chancelado a aplicabilidade de sua Súmula 54 aos casos como o dos autos, é que voto pelo desprovemento do apelo (grifou-se).

Aliás, tratando-se de matéria de ordem pública, possibilita-se sua alteração de ofício sem que implique ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*:

[...].

3. Os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de modo que sua aplicação ou alteração, bem como a

modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura *reformatio in pejus* quando já inaugurada a competência desta Corte Superior (AgRg no Ag n. 1114664/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe de 15-12-2010) (destacou-se).

Por todo o exposto, modifica-se o termo inicial dos juros de mora para a data do evento danoso, qual seja, quando houve a portabilidade do celular de uma operadora para outra, sem qualquer aviso à autora.

É o voto.

ACÓRDÃO 2

DANO MORAL CONFIGURADO COM A COMPROVAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO

Tribunal: **TJ/SE**

Órgão Julgador: **1a. Câm. Cív.**

Relator: **Roberto Eugenio da Fonseca Porto**

EMENTA: Apelação cível – ação de reparação por danos morais – cheques devolvidos sem provisão de fundos – conta encerrada – inscrição do nome da requerente nos órgãos de proteção ao crédito – divergência de assinatura no cheque emitido – defeito na prestação do serviço bancário – inteligência do art. 14 do CDC – conduta ilícita do réu configurada – dever do banco demandado em indenizar à demandante – dano moral configurado – sentença reformada – recurso conhecido e provido – decisão unânime.

ACÓRDÃO: 20128535 ANO: 2012

DECISÃO: 18 06 2012

TURMA: 01 ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

FONTE: DJ DATA: 18 06 2012

JUIZ RELATOR: DR ROBERTO

EUGENIO DA FONSECA PORTO

APELANTE CONDOMINIO EDIFICIO CIDADE JARDIM

APELADO BANCO DO BRASIL S/A

EMENTA: Apelação cível – ação de reparação por danos morais – cheques devolvidos sem provisão de fundos – conta encerrada – inscrição do nome da requerente nos órgãos de proteção ao crédito – divergência de assinatura no cheque emitido – defeito na prestação do serviço bancário – inteligência do art. 14 do CDC – conduta ilícita do réu configurada – dever do banco demandado em indenizar à demandante – dano moral configurado – sentença reformada – recurso conhecido e provido – decisão unânime.

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Grupo III, da 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe,

por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para dar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO RELATÓRIO

Des. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO (Relator): O Condomínio Edifício Cidade Jardim interpôs um recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível, desta Capital, que julgou improcedente os pedidos formulados na Ação de Reparação de Danos Morais em face do Banco Brasil. O magistrado *a quo* julgou da seguinte forma: “Ante o expendido, e o mais contido nos autos, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial e, em consequência, condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e verba honorária que arbitro em R\$ 600,00 (seiscentos reais).” (fls.63 verso). Em suas razões recursais pleiteia a reforma da sentença, aduzindo que os cheques emitidos não foram devolvidos por estarem sem fundos, mas sim porque a Conta encontrava-se encerrada. Diz que o atual síndico informou que não sabia da conta junto ao Banco recorrido. Relata que o Banco apelado trouxe aos autos a Carta de autógrafo, sendo que as assinaturas ali insertas eram diferentes das opostas nos cheques. Pondera que independentemente de ter sido inscrito no cadastro de inadimplentes pelo encerramento da conta, o recorrido deve ser responsabilizado pela fraude perpetrada por terceiro, pois o fato de estar encerrada a conta não exime o banco de verificar a convergência de assinaturas. Sustenta que houve dano moral passível de indenização, independente de qualquer

motivo. Por fim, pugna pelo provimento do presente recurso para que a sentença seja reformada (fls. 66/69). O demandado apresentou contrarrazões para que a sentença seja mantida. (fls. 72/60). É o relatório.

VOTO

Des. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO (Relator):

O recurso apresenta os requisitos de admissibilidade, pelo que merece conhecimento.

Analisando os autos, verifico que a *vexata questio* cinge-se na discussão acerca de configuração de danos morais diante da inscrição do nome do autor no cadastro de inadimplentes, uma vez que houve devolução de cheques de conta corrente já encerrada, emitidos por suposto falsário.

O recorrente relata que ao tentar realizar serviços nos elevadores com o intuito de modernizá-los, a empresa que iria prestar o serviço exigiu a Certidão Negativa de Débito.

Ato contínuo foi surpreendido com a notícia de que o nome do Condomínio estava inscrito nos órgãos de proteção ao crédito em virtude da emissão de dois cheques sem fundos.

Pois bem.

Examinado os autos, vejo que é fato incontroverso a negativação do nome do condomínio nos órgãos de proteção ao crédito realizado pelo Banco recorrido.

De acordo com os documentos acostados pelo banco, percebo que através do Sistema de Informação do Banco do Brasil, em 1997 foi aberta uma conta corrente no nome da parte autora e em 1999 houve seu encerramento.

Ocorre que as assinaturas dos cheques objeto desse litígio, emitidos pela síndica à época, Sr. Evalda Lisboa Oliveira, nos

valores de R\$ 110,00 e R\$ 90,00 avistáveis às fls. 49/50 não demonstram qualquer semelhança com a assinatura que aparece no documento trazido pelo Banco às fls. 34.

Assim, vejo pela simples comparação entre as assinaturas que há fortes indícios de que os cheques tenham sido emitidos por terceiro, pois sabemos que é dever do agente bancário conferir as assinaturas inseridas nos cheques, já que possui cadastro do correntista para tal fim.

De outra parte, o fato da conta estar encerrada não elide o banco réu da conferência da assinatura da emitente, sob pena da concretização do defeito na prestação do serviço, consoante art. 14 do CDC, que assim dispõe:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Logo, o fornecedor de serviços, responde objetivamente, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Não é outro o entendimento do nosso E. Tribunal:

RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DE EMITENTE DE CHEQUES SEM FUNDO – ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO – MATÉRIA NÃO ALEGADA NA CONTESTAÇÃO E INOVADA EM RECURSO DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE – FALHA OPERACIONAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMONSTRADA –

DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR ARBITRADO – EXCESSIVO – MINORAÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO – CABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO RECORRENTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. (...) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 0259/2011, 7ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ANA LUCIA F. DE A. DOS ANJOS, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 05/04/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REQUERENTE QUE ALEGOU APRESENTAÇÃO DE CHEQUES Á REQUERIDA COM SUA ASSINATURA FALSIFICADA. CARTULAS FRUTO DE SUBTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE HAVER COMUNICADO A OCORRÊNCIA Á INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. NEGATIVA DA ACIONADA NESSE SENTIDO. ACATAMENTO DOS TÍTULOS E DEVOLUÇÃO POR INDUFICIÊNCIA DE FUNDOS. ARGUMENTAÇÃO DE QUE SERIAM AUTÊNTICAS AS ASSINATURAS. PLEITO DA AUTORA PELA EFETIVAÇÃO DE PERÍCIA. EXAME OBSTADO POR INÉRCIA DA REQUERIDA QUE NÃO FORNECEU O MATERIAL SOLICITADO PARA TAL FIM. PRESUNÇÃO DA FALSIDADE DOS AUTÓGRAFOS. DEFECTO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. OBRIGATORIEDADE DO RÉU EM PROCEDER À CONFERÊNCIA DAS ASSINATURAS LANÇADAS NOS TÍTULOS. DEVOLUÇÃO QUE DEVERIA TER SIDO EFETIVADA POR DIVERGÊNCIA DE ASSINATURA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME

DA AUTORA NOS CADASTROS DO SERASA E DO SPC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. CONSTRANGIMENTOS VIDENCIADOS. DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 8187/2010, 3ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, RELATOR, Julgado em 19/04/2011) (grifo nosso)

O Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul já se manifestou no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR CONTA ENCERRADA. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. DIVERGÊNCIA DE ASSINATURA NO CHEQUE EMITIDO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO. CONDUTA ILÍCITA DO RÉU CONFIGURADA. DEVER DO BANCO DEMANDADO EM INDENIZAR À DEMANDANTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO DE MANEIRA RAZOÁVEL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035826312, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Julgado em 08/06/2011) .

Assim, deve a instituição financeira tomar as devidas providências de segurança para evitar falsas contratações, pois ocorrendo falhas em tais procedimentos, o Banco deve ser responsabilizado pelos prejuízos sofridos por seus clientes.

Dessa forma, aponto que o dano em comento prescinde da prova do prejuízo

efetivo, já que caracterizado por *in re ipsa*, desde que confirmado o fato danoso e o liame causal com a ação ou omissão imputada à parte ofensora.

Nesse passo, demonstrado está o ilícito por parte do Banco que agiu de forma indevida quando inseriu o nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito, devendo indenizar a parte prejudicada.

Ressalto que a doutrina e a jurisprudência majoritárias convergem no entendimento de que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de dano moral, consoante ensinamento do ilustre membro que pertenceu a esta Corte, Des. Artur Oscar de Oliveira Deda (in A Reparação dos Danos Morais, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 82):

Há o reconhecimento, portanto, de um dano que não é econômico, mas que também não corresponde à dor. Não é econômico porque é moral. Não há dor, porque ofendida é a pessoa jurídica, que não tem capacidade sensitiva nem afetiva. É incapaz de sofrer qualquer dor .

Nesse sentido a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça que estabelece: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral .

Sabe-se que a indenização por dano moral deve representar para a vítima uma forma de satisfação que amenize o mal lhe atingiu, tendo como contrapartida a pecúnia que é uma justa medida para combater eventuais atitudes manifestadas pelo Banco, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do dano a fim de dissuadi-lo de novo atentado.

Nesse sentido, trago a baila a lição de Humberto Theodoro:

...o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio, é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador

da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral. , (A liquidação do dano moral, Ensaio Jurídico O Direito em revista, IBAJ Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, RJ, 1996, vol. 2, p.509).

Comprovado o dano indenizável, passo agora a analisar o quantum indenizatório.

Sendo assim, considerando as condições econômicas das partes, a repercussão do fato e a conduta do agente, tenho que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente

para atenuar as conseqüências da dor causada à honra da parte ofendida, não significando um enriquecimento sem causa para a vítima, punindo a responsável para não reiterar na prática de novo atentado.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, acolhendo o pedido autoral, na forma do art. 269, inciso I, do CPC.

Inverto o ônus da sucumbência.

É como voto.

Aracaju/SE, 18 de Junho de 2012.

Des. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO

Relator

EMENTÁRIO

1) Aplicação do Código de Defesa do Consumidor a plano coletivo de saúde

Tribunal: TRF – 5a. Reg.

Órgão Julgador: 4a. T.

Relator: **Edílson Nobre**

Administrativo. Reajuste de mensalidades. Plano coletivo de saúde. Código de defesa do consumidor. Aplicação. Sinistralidade. Índice fixado pela agência nacional de saúde. Parâmetro. Possibilidade. 1. Tratando-se o caso de relação que envolva plano ou seguro de saúde, inequívoca a submissão da espécie aos dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. Conquanto a Agência Nacional de Saúde não tenha poder de regular o reajuste nos planos coletivos, apenas acompanhar os aumentos de preços das operadoras, verifica-se, porém, que o valor fixado para os planos individuais pode servir como parâmetro para os coletivos, quando o reajus-

te proposto se apresentar de forma excessiva. 3. Precedente do STJ: AGA 200802781130, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T, DJE de 03/06/2009. 4. Apelação improvida. (TRF – 5a. Reg. – Ap. Cível n. 200881000117359 – Ceará – 4a. T. – ac. unân. – Rel.: Des. Federal Edílson Nobre – j. em 22.05.2012 – Fonte: DJE, 24.05.2012).

2) Justiça veda reajuste em plano de saúde a pessoa com mais de sessenta anos com fulcro apenas na idade do segurado

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: 9a. Câ. Cív.

Relator: **Pedro Bernardes**

Apelação – Revisão de contrato – Plano de saúde – Reajuste em virtude de idade – Idoso – Impossibilidade – Consignação incidental – Valor diverso do contratado – Ausência de verossimilhança – Inviabilidade – Dano moral – Necessidade de comprovação de situação excepcional que demonstre efetiva

lesão a direito de personalidade. 1 – Vedado o reajuste em plano de saúde a pessoa com mais de sessenta anos com fulcro apenas na idade do segurado, mormente na hipótese em que se verifica que o percentual adotado é abusivo, sendo substancialmente superior àqueles previstos para as faixas etárias anteriores, deve-se reconhecer a nulidade parcial da avença para decotar o excesso constatado no aumento. 2 – É inviável a consignação incidental em ação revisional de contrato em quantia inferior à totalidade do valor avençado, na hipótese em que o valor depositado seja oriundo de cálculo fundado em premissas fáticas e jurídicas inaptas a formarem a verossimilhança das alegações deduzidas em juízo. 3 – A cobrança de reajuste superior ao permitido por lei não consiste em fato ordinariamente idôneo à configuração de dano moral, sendo imprescindível à comprovação de circunstâncias excepcionais que permitam concluir pela efetiva lesão substancial a direito de personalidade. (TJ/MG- Ap. Cível n. 1.0145.09.522049-0/001(1) – Comarca de Juiz de Fora – 9a. Câmara Cív. – Rel.: Des. Pedro Bernardes – ac. unân. – j. em 14.02.2012 – Fonte: DJ, 05.03.2012).

3) Quitação do contrato de financiamento não convalida prática abusiva

Tribunal: **TJ/MG**
Órgão Julgador: **11a. Câmara Cív.**
Relator: **Selma Marques**

Contrato de financiamento de imóvel. Quitação integral. Abusividades. Não convalidação. Apreciação judicial. Possibilidade. Parcela mensal efetivamente cobrada. Valor inferior àquele devido caso observado os critérios de reajuste contratual. INCC e após a entrega do imóvel IGM-M e juros de 1% ao mês. Montante limitação ao salário mínimo então vigente. Irrelevância. Publicidade enganosa.

Não alteração dos termos da oferta. Inexistência. -Segundo o entendimento sedimentado pelos tribunais, sobretudo o STJ, a quitação integral do contrato de financiamento não convalida práticas abusivas eventualmente perpetradas, motivo pelo qual afigura possível a discussão judicial acerca da (i)legalidade das cláusulas nele inseridas. – Se a parcela mensal efetivamente cobrada em decorrência da celebração de contrato de financiamento de imóvel foi inferior àquele que seria efetivamente devida caso observado os parâmetros contratuais – INCC (Índice Nacional da Construção Civil) sobre o saldo devedor e, após a entrega das chaves, IGP-M e juros de 1% sobre a mesma base de cálculo-, não há falar na configuração de prática abusiva, sendo irrelevante para tais fins que o limite das prestações mensais adimplidas seja coincidente com o valor do salário mínimo então vigente. -Não há falar em publicidade enganosa ou na utilização de qualquer outro artifício para ludibriar o promitente comprador, se os termos do contrato definitivo não destoam daqueles insertos nas ofertas inicialmente veiculadas. (TJ/MG – Ap. Cível n. 1.0525.09.175616-9/002(1) – Comarca de Pouso Alegre – 11a. Câmara Cív. – maioria – Rel.: Des. Selma Marques – j. em 25.04.2012 – Fonte: DJ, 09.05.2012).

4) Indução do consumidor em erro mediante prática abusiva enseja anulação do contrato de consórcio

Tribunal: **TJ/RS**
Órgão Julgador: **3a. Turma Rec.**
Relator: **Fabio Vieira Heerd**

Recurso inominado. Consumidor. Consórcio. Indução em erro. Autor que pretendia firmar consórcio de bem móvel, sendo-lhe imputado contrato de bem imóvel. Captação de clientes, mediante prática abusiva. Ofensa

à boa-fé objetiva. Devolução da soma paga. 1. Caso em que o autor pretendendo adquirir um caminhão, firmou o contrato de consórcio. No entanto, após pagar três parcelas, percebeu que se tratava de consórcio de bem imóvel. 2. Demonstrado pela prova produzida nos autos a ocorrência da prática enganosa, não se tratando de mera desistência, mas de lesão por prática abusiva, daí subsistindo o dever de indenizar. 3. Princípio da imediação do juiz à prova, que autoriza o decisor, em nome do princípio do livre convencimento motivado, a apoiar sua convicção em segmento razoável de prova, como nos autos. 4. Restituição integral dos valores pagos que se mostra devida, não havendo falar em dedução das taxas de administração e outros consectários legais na hipótese, que não trata de retirada ou exclusão de consorciado, mas de anulação do contrato. Recurso improvido. (Turmas Recursais/RS – Rec. Cível n. 71003519873 – Comarca de Porto Alegre – 3a. T. Rec. Cív. – Rel.: Des. Fabio Vieira Heerdt – j. em 26.04.2012 – Fonte: DJ, 02.05.2012).

5) Justiça condena plano de saúde ao reembolso de despesa com a locação de aparelho para utilização domiciliar

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **16a. Câmara Cívica**

Relator: **Sebastião Pereira de Souza**

Processual civil. Plano de saúde. Aparelho para utilização domiciliar – Locação –

Reembolso – Previsão contratual – Aparelho convencional – Desvantagem – Aparelho específico freebox – Imposição – Possibilidade. A relação formada entre os associados e os convênios de saúde subsume-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, eis que estão enquadrados nos conceitos de consumidor e fornecedor. O contratante ao contratar o seguro de saúde pretende através do pagamento de uma quantia mensal, a garantia de prestação de serviços médicos e hospitalares em caso de necessidade, incluindo aí, sem dúvida, aquele que lhe diminua os transtornos decorrentes do tratamento médico indispensável para a sua patologia. Deste modo, tem-se como abusiva a cláusula do contrato firmado entre as partes que estabelece apenas o pagamento da locação dos aparelhos convencionais, eis que coloca o consumidor, ora apelante em desvantagem exagerada ao submetê-lo à utilização de um equipamento que dificulta de sobremaneira a sua locomoção. Imperiosa a manutenção da r. sentença que julgou procedente o pedido inicial determinando à ré o reembolso ao autor das despesas decorrentes da locação do aparelho denominado FREEBOX, o qual se mostra indispensável para que tenha uma locomoção mais fácil. Negaram provimento ao recurso. (TJ/MG – Ap. Cível n. 0017574-31.2011.8.13.0287 – Comarca de Guaxupé – 16a. Câmara Cívica – ac. unân. – Rel.: Des. Sebastião Pereira de Souza – j. em 16.05.2012 – Fonte: DJ, 25.05.2012).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)

Relator: K. Lenaerts

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)

Relator: D. Šváby

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (22.11.2012)

“Independentemente da qualificação do contrato de cessão de créditos para efeitos da sua cobrança, o cessionário de um crédito sobre a remuneração de serviços de telecomunicações «trabalha para o prestador dos referidos serviços»”

“O contrato celebrado entre o prestador de serviços que cede os seus créditos e o cessionário desses créditos deve incluir disposições suscetíveis de garantir o tratamento lícito de dados de tráfego por este e deve permitir ao prestador de serviços assegurar-se, a qualquer momento, do respeito das referidas disposições pelo cessionário”

“O contrato celebrado deve incluir disposições suscetíveis de garantir o tratamento lícito, pelo cessionário, dos dados de tráfego e permitir ao prestador de serviços assegurar-se, a qualquer momento, do respeito dessas disposições pelo dito cessionário”

Do Tribunal de Justiça (22.11.2012)

“A transportadora é responsável pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias”

“Em caso de anulação de um voo e sob reserva de que essa anulação seja devida a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ser evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, os artigos 5º e 7º do Regulamento 261/2004 reconhecem aos passageiros o direito a uma indemnização que varia de acordo com a distância e o destino do voo em causa, direito que os passageiros podem invocar, se necessário, nos tribunais nacionais”

“Tendo em conta o que precede, há que responder à questão submetida que o Regulamento 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que o prazo no qual devem ser intentadas as ações que tenham por objeto obter o pagamento da indemnização prevista nos artigos 5º e 7º desse regulamento é determinado em conformidade com as regras de cada Estado-Membro em matéria de prescrição da ação”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

22 de novembro de 2012 (*)

«Comunicações eletrónicas – Diretiva 2002/58/CE – Artigo 6º, n.ºs 2 e 5 – Tratamento de dados pessoais – Dados de tráfego necessários para emitir e cobrar as faturas – Cobrança de créditos por uma sociedade terceira – Pessoal que trabalha para os fornecedores de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações eletrónicas»

No processo C119/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Bundesgerichtshof (Alemanha), por decisão de 16 de fevereiro de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 6 de março de 2012, no processo

Josef Probst

contra

mr.nexnet GmbH,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: K. Lenaerts (relator), exercendo funções de presidente da Terceira Secção, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz e D. Šváby, juízes, advogado-geral: P. Cruz Villalón, secretário: A. Calot Escobar, vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da mr.nexnet GmbH,

por P. Wassermann, Rechtsanwalt,

– em representação da Comissão Europeia,

por F. Wilman e F. Bulst, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o

advogado-geral, de julgar a causa sem

apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 6º, n.ºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas) (JO L 201, p. 37).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a mr.nexnet GmbH (a seguir «nexnet»), cessionária de créditos relativos ao fornecimento de serviços de acesso à Internet prestados pela Verizon Deutschland GmbH (a seguir «Verizon»), a J. Probst, destinatário dos referidos serviços.

Quadro jurídico

Diretiva 95/46/CE

3 O artigo 16º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 281, p. 31), dispõe:

«Qualquer pessoa que, agindo sob a autoridade do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, bem como o próprio subcontratante, tenha acesso a dados pessoais, não procederá ao seu tratamento sem instruções do responsável pelo tratamento, salvo por força de obrigações legais.»

4 O artigo 17º da Diretiva 95/46 prevê:

«1. Os Estados-Membros estabelecerão que o responsável pelo tratamento deve pôr em prática medidas técnicas e organizativas adequadas para proteger os dados pessoais contra a destruição acidental ou ilícita, a perda acidental, a alteração, a difusão ou acesso não autorizados, nomeadamente

quando o tratamento implicar a sua transmissão por rede, e contra qualquer outra forma de tratamento ilícito.

Estas medidas devem assegurar, atendendo aos conhecimentos técnicos disponíveis e aos custos resultantes da sua aplicação, um nível de segurança adequado em relação aos riscos que o tratamento apresenta e à natureza dos dados a proteger.

2. Os EstadosMembros estabelecerão que o responsável pelo tratamento, em caso de tratamento por sua conta, deverá escolher um subcontratante que ofereça garantias suficientes em relação às medidas de segurança técnica e de organização do tratamento a efetuar e deverá zelar pelo cumprimento dessas medidas.

3. A realização de operações de tratamento em subcontratação deve ser regida por um contrato ou ato jurídico que vincule o subcontratante ao responsável pelo tratamento e que estipule, designadamente, que:

- o subcontratante apenas atuará mediante instruções do responsável pelo tratamento,
- as obrigações referidas no nº 1, tal como definidas pela legislação do EstadoMembro onde o subcontratante está estabelecido, incumbem igualmente a este último.

4. Para efeitos de conservação de provas, os elementos do contrato ou do ato jurídico relativos à proteção dos dados, bem como as exigências relativas às medidas referidas no nº 1, deverão ficar consignados por escrito ou sob forma equivalente.»

Diretiva 2002/58/CE

5 O artigo 1º, nºs 1 e 2, da Diretiva 2002/58 prevê:

«1. A presente diretiva harmoniza as disposições dos EstadosMembros necessárias para garantir um nível equivalente

de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas, e para garantir a livre circulação desses dados e de equipamentos e serviços de comunicações eletrónicas na [União Europeia].

2. Para os efeitos do nº 1, as disposições da presente diretiva especificam e complementam a [Diretiva 95/46]. [...]»

6 O artigo 2º, segundo parágrafo, alínea b), dessa diretiva define os «Dados de tráfego» como sendo «quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas ou para efeitos da faturação da mesma».

7 O artigo 5º, nº 1, da Diretiva 2002/58 precisa:

«Os EstadosMembros garantirão, através da sua legislação nacional, a confidencialidade das comunicações e respetivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis. [...]»

8 O artigo 6º da mesma diretiva dispõe:

«1. Sem prejuízo do disposto nos nºs 2, 3 e 5 do presente artigo [...], os dados de tráfego relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública de comunicações ou de um serviço de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis devem ser eliminados ou tornados anónimos quando deixem de ser necessários para efeitos da transmissão da comunicação.

2. Podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de faturação dos assinantes e de pagamento de interligações. O referido tratamento é lícito apenas até final do período durante o qual a fatura pode

ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado.

[...]

5. O tratamento de dados de tráfego, em conformidade com o disposto nos n.ºs 1 a 4, será limitado ao pessoal que trabalha para os fornecedores de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis encarregado da faturação ou da gestão do tráfego, das informações a clientes, da deteção de fraudes, da comercialização dos serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis, ou da prestação de um serviço de valor acrescentado, devendo ser limitado ao necessário para efeitos das referidas atividades.

[...]

Direito alemão

9 O § 97, n.º 1, terceiro e quarto períodos, da Lei alemã das telecomunicações (Telekommunikationsgesetz), de 22 de junho de 2004 (BGBl. 2004 I, p. 1190, a seguir «TKG»), tem a seguinte redação:

«Determinação e faturação da remuneração do prestador

[...] Se o prestador de serviços tiver celebrado com um terceiro um contrato sobre a cobrança da remuneração, podelhe transmitir os dados [de tráfego] na medida em que essa transmissão for necessária para a cobrança da remuneração e para a emissão de uma fatura detalhada. O terceiro deve estar vinculado contratualmente ao respeito do segredo das telecomunicações, em conformidade com o § 88, e ao respeito da proteção dos dados, em conformidade com os §§ 93, 95, 96, 97, 99 e 100.

[...]

10 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a faculdade prevista no § 97, n.º 1, terceiro período, da TKG, no domínio da transmissão de dados, vale não só para

contratos de cobrança de créditos, quando estes permanecem no património dos seus titulares iniciais, mas também para outros contratos de cessão, nomeadamente contratos relativos a uma aquisição de créditos e nos termos dos quais o direito cedido pertence jurídica e economicamente de forma definitiva ao cessionário.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

11 J. Probst é titular de uma linha telefónica da Deutsche Telekom AG, através da qual liga o seu computador à Internet. Entre 28 de junho e 6 de setembro de 2009, utilizou o número fornecido pela Verizon, para aceder pontualmente à Internet. Numa primeira fase, a remuneração reclamada por essa utilização foi faturada a J. Probst, pela Deutsche Telekom AG, como «montantes devidos a outros prestadores de serviços». Depois de J. Probst não ter procedido ao referido pagamento, a nexnet, cessionária desse crédito por força de um contrato de cessão de créditos celebrado entre os antecessores legais da Verizon e da nexnet, reclamou o pagamento dos montantes faturados, acrescidos de diversos custos. Nos termos do contrato de cessão de créditos, a nexnet suporta o risco relativo ao pagamento do crédito.

12 Além disso, os antecessores legais da nexnet e da Verizon celebraram um «acordo de proteção de dados e de confidencialidade» que prevê:

«I. Proteção de dados

[...]

(5) Os contraentes comprometem-se a tratar e a utilizar os dados protegidos apenas no âmbito da sua colaboração e exclusivamente para o fim subjacente à celebração do contrato e sempre do modo indicado.

(6) Logo que o conhecimento de dados protegidos deixar de ser necessário para o cumprimento deste fim, todos os dados protegidos existentes neste contexto devem ser irreversivelmente eliminados ou devolvidos. [...]

(7) Os contraentes podem verificar o respeito da proteção de dados e da segurança dos dados junto da respetiva contraparte na aceção do contrato. [...]

II. Confidencialidade

[...]

(2) Os contraentes tratarão e utilizarão os documentos e informações confidenciais transmitidos, exclusivamente, para o cumprimento do contrato celebrado entre eles. Do mesmo modo, só os divulgarão aos empregados que deles necessitem para o cumprimento do contrato. As partes contratuais sujeitarão estes empregados ao dever de sigilo em conformidade com o presente acordo.

(3) Todas as informações confidenciais existentes neste contexto devem ser irreversivelmente eliminadas ou restituídas à respetiva contraparte, mediante solicitação, ou, o mais tardar, no momento da cessação da colaboração entre as partes. [...]

[...]

13 Segundo J. Probst, o contrato de cessão de créditos é nulo na medida em que viola, nomeadamente, o § 97, nº 1, da TKG. O Amtsgericht julgou improcedente o pedido de pagamento da nexnet, ao passo que o tribunal de segunda instância, no essencial, deu provimento ao recurso. Foi interposto recurso de «Revision» para o Bundesgerichtshof.

14 O órgão jurisdicional de reenvio considera que o artigo 6º, nºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58 é pertinente para a interpretação do § 97, nº 1, da TKG. Salienta, por um lado, que o facto de «emitir

faturas», que constitui um dos objetivos para os quais o artigo 6º, nºs 2 e 5, dessa diretiva autoriza o tratamento de dados de tráfego, não engloba necessariamente a cobrança do preço faturado. Considera, contudo, que não há razão objetiva para tratar de maneira diferente a faturação e a cobrança dos créditos, face à proteção dos dados. Por outro lado, o artigo 6º, nº 5, da referida diretiva reserva o tratamento dos dados de tráfego apenas ao pessoal que «trabalha para» os fornecedores de redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis (a seguir «prestador de serviços»). Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, este conceito não permite estabelecer se o prestador de serviços deve poder concretamente determinar a utilização dos dados, incluindo caso a caso, durante toda a duração do processo de tratamento dos dados, ou se é suficiente que se prevejam regras gerais relativas ao respeito do segredo das telecomunicações e da proteção dos dados, à semelhança das acordadas, no caso vertente, nas disposições contratuais, e que seja possível obter, mediante simples pedido, a eliminação ou a devolução dos dados.

15 Nestas condições, o Bundesgerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 6º, nºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58 permite a transmissão de dados de tráfego por parte do prestador de serviços ao cessionário de um crédito relativo à remuneração de serviços de telecomunicações, nos casos em que a cessão, realizada para efeitos de cobrança dos créditos redebitados, além de estar sujeita à obrigação geral de segredo das telecomunicações e de proteção de dados prevista nos regimes legais respetivamente aplicáveis, também se baseia nas seguintes condições contratuais:

– o prestador de serviços e o cessionário comprometem-se a tratar e a utilizar os dados protegidos apenas no âmbito da sua colaboração e exclusivamente para o fim subjacente à celebração do contrato e sempre do modo indicado;

– logo que o conhecimento dos dados protegidos deixar de ser necessário para o cumprimento deste fim, todos os dados protegidos existentes neste contexto devem ser irreversivelmente eliminados ou devolvidos;

– os contraentes podem verificar o respeito da proteção de dados e da segurança dos dados junto da respetiva contraparte na aceção do presente contrato;

– os documentos e informações confidenciais transmitidos só podem ser divulgados aos empregados que deles necessitem para o cumprimento do contrato;

– os contraentes sujeitarão estes empregados ao dever de sigilo em conformidade com o presente contrato;

– todas as informações confidenciais existentes neste contexto devem ser irreversivelmente eliminadas ou restituídas à respetiva contraparte mediante solicitação ou, o mais tardar, no momento da cessação da colaboração das partes?»

Quanto à questão prejudicial

16 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se, e em que condições, o artigo 6º, n.ºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58 permite que um prestador de serviços transmita dados de tráfego ao cessionário dos seus créditos e que este trate os referidos dados.

17 Por um lado, em conformidade com o artigo 6º, nº 2, da Diretiva 2002/58, podem ser tratados dados de tráfego necessários para efeitos de emissão das faturas dos assinantes. Como salientam a nexnet e a Comissão

Europeia, esta disposição da referida diretiva autoriza o tratamento de dados de tráfego não só para efeitos de faturação mas também para efeitos da sua cobrança. Com efeito, ao autorizar o tratamento de dados de tráfego «apenas até final do período durante o qual a fatura pode ser legalmente contestada ou o pagamento reclamado», a referida disposição diz respeito não só ao tratamento dos dados no momento da emissão das faturas mas também ao tratamento necessário para obter o seu pagamento.

18 Por outro lado, nos termos do artigo 6º, nº 5, da Diretiva 2002/58, o tratamento de dados de tráfego autorizado pelo artigo 6º, nº 2, da mesma diretiva, «será limitado ao pessoal que trabalha para os fornecedores [de serviços] [...] encarregado da faturação» e «[deve] ser limitado ao necessário» para efeitos dessa atividade.

19 Resulta da leitura conjugada destas disposições da Diretiva 2002/58 que um prestador de serviços está autorizado a transmitir dados de tráfego ao cessionário dos seus créditos, para efeitos da sua cobrança, e que este pode tratar os referidos dados, desde que, em primeiro lugar, «trabalh[e]» para o fornecedor de serviços, para efeitos do tratamento dos referidos dados, e, em segundo lugar, se limite a tratar os dados de tráfego que são necessários para efeitos da cobrança dos referidos créditos.

20 Há que observar que nem a Diretiva 2002/58 nem os documentos relevantes para a sua interpretação, como os trabalhos preparatórios, são esclarecedores quanto ao alcance da expressão «trabalha para». Nestas condições, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para a determinação do significado desta expressão, há que recorrer ao seu sentido habitual na linguagem corrente, tendo em atenção o contexto geral em que é utilizada e os

objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte (v., neste sentido, acórdão de 10 de março de 2005, *easyCar*, C336/03, Colet., p. I1947, n.ºs 20 e 21, e de 5 de julho de 2012, *Content Services*, C49/11, ainda não publicado na Coletânea, n.º 32).

21 No que se refere ao sentido habitual desta expressão na linguagem corrente, há que considerar que uma pessoa trabalha para outra, quando a primeira atua sob as instruções e o controlo da segunda.

22 Quanto ao contexto em que se insere o artigo 6º da Diretiva 2002/58, deve recordarse que o artigo 5º, n.º 1, desta diretiva prevê que os EstadosMembros garantirão a confidencialidade das comunicações e respetivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis.

23 O artigo 6º, n.ºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58 contém uma exceção à confidencialidade das comunicações prevista no seu artigo 5º, n.º 1, ao autorizar o tratamento dos dados de tráfego, face a imperativos relacionados com a faturação dos serviços (v., neste sentido, acórdão de 29 de janeiro de 2008, *Promusicae*, C275/06, Colet., p. I271, n.º 48). Enquanto exceção, essa disposição da referida diretiva e, portanto, também a expressão «trabalha para» são de interpretação estrita [v. acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *The Number (UK) e Conduit Enterprises*, C16/10, Colet., p. I691, n.º 31]. Uma interpretação deste tipo implica que o prestador de serviços disponha de um poder de controlo efetivo que lhe permita verificar o cumprimento, pelo cessionário dos créditos, das condições que lhe são impostas para o tratamento de dados de tráfego.

24 Esta interpretação é corroborada pelo objetivo da Diretiva 2002/58, em geral,

e do seu artigo 6º, n.º 5, em especial. Como resulta do seu artigo 1º, n.ºs 1 e 2, a Diretiva 2002/58 especifica e completa, no setor das comunicações eletrónicas, a Diretiva 95/46, para efeitos, nomeadamente, de assegurar, nos EstadosMembros, um nível equivalente de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à privacidade, no que respeita ao tratamento de dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas.

25 Nestas condições, o artigo 6º, n.º 5, da Diretiva 2002/58 deve ser interpretado à luz de disposições semelhantes da Diretiva 95/46. Ora, decorre dos artigos 16º e 17º desta última diretiva, que especificam o nível de controlo que um responsável pelo tratamento deve exercer sob o subcontratante por ele designado, que este age unicamente sob as instruções do responsável pelo tratamento e que o referido responsável assegura o respeito das medidas acordadas para proteger os dados pessoais contra qualquer forma de tratamento ilícito.

26 Quanto ao objetivo prosseguido pelo artigo 6º, n.º 5, da Diretiva 2002/58 em particular, deve observarse que, ainda que esta disposição autorize o tratamento de dados de tráfego por determinadas pessoas alheias ao prestador de serviços, para efeitos, nomeadamente da cobrança de créditos desse prestador, permitindolhe, assim, concentrarse na prestação de serviços de comunicações eletrónicas, a referida disposição visa garantir, ao prever que o tratamento de dados de tráfego efetuado se deve limitar ao pessoal que «trabalha para» o prestador de serviços, que essa externalização não afete o nível de proteção dos dados pessoais de que beneficia o utilizador.

27 Resulta do exposto que, independentemente da qualificação do contrato de cessão de créditos para efeitos

da sua cobrança, o cessionário de um crédito sobre a remuneração de serviços de telecomunicações «trabalha para» o prestador dos referidos serviços, na aceção do artigo 6º, nº 5, da Diretiva 2002/58, quando, para o tratamento dos dados de tráfego que uma atividade dessa natureza implica, o cessionário atua apenas sob as instruções e o controlo do referido prestador. Em especial, o contrato celebrado entre o prestador de serviços que cede os seus créditos e o cessionário desses créditos deve incluir disposições suscetíveis de garantir o tratamento lícito de dados de tráfego por este e deve permitir ao prestador de serviços assegurar-se, a qualquer momento, do respeito das referidas disposições pelo cessionário.

28 Cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar, face a todos os elementos dos autos, se estas condições estão preenchidas no processo principal. Ora, a circunstância de um contrato de cessão de créditos apresentar as características descritas na questão submetida milita a favor do facto de esse contrato respeitar as referidas condições. Com efeito, um contrato desse tipo permite o tratamento dos dados de tráfego pelo cessionário dos créditos apenas na medida em que esse tratamento seja necessário para efeitos de cobrança desses créditos e impõe ao referido cessionário a obrigação de eliminar ou devolver imediata e definitivamente os referidos dados, quando deixarem de ser necessários para a cobrança dos créditos em causa. Além disso, o referido contrato permite ao prestador de serviços controlar o respeito das regras de segurança e de proteção dos dados pelo cessionário, que, mediante simples pedido, pode ser obrigado a eliminar ou a devolver os dados de tráfego.

29 Em face do exposto, há que responder à questão submetida que o artigo

6º, n.ºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58 deve ser interpretado no sentido de que autoriza um prestador de serviços a transmitir ao cessionário dos seus créditos dados de tráfego sobre o fornecimento de serviços de telecomunicações, com vista à cobrança dos referidos créditos, e esse cessionário a tratar os referidos dados, desde que, em primeiro lugar, este trabalhe para o prestador de serviços, no que se refere ao tratamento desses mesmos dados, e, em segundo lugar, se limite a tratar os dados de tráfego necessários para efeitos da cobrança dos créditos cedidos.

30 Independentemente da qualificação do contrato de cessão, é suposto o cessionário trabalhar para o prestador de serviços, na aceção do artigo 6º, nº 5, da Diretiva 2002/58, quando, para o tratamento dos dados de tráfego, esse cessionário atue unicamente sob as instruções e o controlo do referido prestador. Em especial, o contrato celebrado entre eles deve incluir disposições suscetíveis de garantir o tratamento lícito, pelo cessionário, dos dados de tráfego e permitir ao prestador de serviços assegurar-se, a qualquer momento, do respeito dessas disposições pelo dito cessionário.

Quanto às despesas

31 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

O artigo 6º, n.ºs 2 e 5, da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002,

relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas), deve ser interpretado no sentido de que autoriza um fornecedor de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis a transmitir ao cessionário dos seus créditos dados de tráfego sobre o fornecimento de serviços de telecomunicações, com vista à cobrança dos referidos créditos, e esse cessionário a tratar os referidos dados, desde que, em primeiro lugar, este trabalhe para o prestador de serviços, no que se refere ao tratamento desses mesmos dados, e, em segundo lugar, se limite a tratar os dados de tráfego necessários para efeitos da cobrança dos créditos cedidos.

Independentemente da qualificação do contrato de cessão, é suposto o cessionário trabalhar para o prestador de serviços, na aceção do artigo 6º, nº 5, da Diretiva 2002/58, quando, para o tratamento dos dados de tráfego, esse cessionário atue unicamente sob as instruções e o controlo do referido prestador. Em especial, o contrato celebrado entre eles deve incluir disposições suscetíveis de garantir o tratamento lícito, pelo cessionário, dos dados de tráfego e permitir ao prestador de serviços assegurar-se, a qualquer momento, do respeito dessas disposições pelo dito cessionário.

Assinaturas

** Língua do processo: alemão.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

22 de novembro de 2012 (*)

«Transportes aéreos – Indemnização e assistência aos passageiros – Recusa de embarque, cancelamento ou atraso considerável de voos – Prazo de recurso»

No processo C139/11,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pela Audiencia Provincial de Barcelona (Espanha), por decisão de 14 de fevereiro de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 21 de março de 2011, no processo

Joan Cuadrench Moré

contra

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: R. Silva de Lapuerta, exercendo funções de presidente da Terceira Secção, K. Lenaerts, E. Juhász, T. von Danwitz e D. Šváby (relator), juízes, advogado-geral: Y. Bot,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de J. Cuadrench Moré, por J.P. Mascaray Martí, advogado,

– em representação da Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, por C. de Yzaguirre y Morer, Procuradora, e J. M. Echegaray Fraile, advogado,

– em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Kemper, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo polaco, por M. Szpunar, na qualidade de agente,
– em representação da Comissão Europeia, por K. Simonsson, na qualidade de agente, vista a decisão tomada, ouvido o advogado geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões, profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº 295/91 (JO L 46, p. 1).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe J. Cuadrench Moré à Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV (a seguir «KLM»), a propósito da recusa desta última de o indemnizar na sequência da anulação de um voo.

Quadro jurídico

Direito internacional

Convenção de Varsóvia

3 Nos termos do artigo 17º, nº 1, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929, conforme alterada e completada pelo Protocolo de Haia de 28 de setembro de 1955, pela Convenção de Guadalajara de 18 de setembro de 1961, pelo Protocolo da Guatemala de 8 de março de 1971 e pelos quatro Protocolos adicionais de Montreal de 25 de setembro de 1975 (a seguir «Convenção de Varsóvia»), «[a]

transportadora só é responsável pelo dano causado em caso de morte ou lesão corporal de um passageiro se o acidente que causou a morte ou a lesão tiver ocorrido a bordo da aeronave ou durante uma operação de embarque ou desembarque [...].»

4 O artigo 19º da Convenção de Varsóvia dispõe:

«A transportadora é responsável pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias.»

5 O artigo 29º da Convenção de Varsóvia estipula:

«1. A ação de responsabilidade deve ser intentada, sob pena de prescrição, no prazo de dois anos a contar da chegada ao destino ou [d]o dia em que a aeronave deveria ter chegado ou da interrupção do transporte.

2. A forma de contagem do prazo é determinada pela lei do tribunal competente.»

Convenção de Montreal

6 A Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999, foi assinada pela Comunidade Europeia, em 9 de dezembro de 1999, e aprovada em seu nome pela Decisão 2001/539/CE do Conselho, de 5 de abril de 2001 (JO L 194, p. 38, a seguir «Convenção de Montreal»). Esta Convenção entrou em vigor em 28 de junho de 2004, no que respeita à União Europeia. A partir desta data, e nomeadamente entre os EstadosMembros, a Convenção de Montreal prevalece sobre a Convenção de Varsóvia, em aplicação do artigo 55º da primeira.

7 O artigo 19º da Convenção de Montreal dispõe:

«A transportadora é responsável pelo dano resultante de atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagens ou mercadorias. [...].»

8 O artigo 35º da Convenção de Montreal, intitulado «Prescrição», reproduz, na essência, o texto do artigo 29º da Convenção de Varsóvia.

Direito da União

Regulamento (CE) nº 2027/97

9 Com o Regulamento (CE) nº 2027/97 do Conselho, de 9 de outubro de 1997, relativo à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidente (JO L 285, p. 1), o legislador da União pretendeu melhorar o nível de proteção dos passageiros vítimas de acidentes aéreos, mediante a introdução de disposições destinadas a substituir, no que se refere aos transportes aéreos entre Estados-Membros, determinadas disposições da Convenção de Varsóvia, enquanto se aguarda um reexame e uma revisão aprofundados desta Convenção.

10 O artigo 1º do Regulamento nº 2027/97 dispõe:

«O presente regulamento fixa as obrigações das transportadoras aéreas comunitárias em matéria de responsabilidade em relação aos passageiros em caso de acidente, por danos sofridos em caso de morte, ferimento ou qualquer outra lesão corporal, se o acidente causador desses danos tiver ocorrido a bordo de uma aeronave ou durante qualquer operação de embarque ou desembarque.

[...]

Regulamento nº 261/2004

11 O artigo 5º, nº 1, do Regulamento nº 261/2004 dispõe:

«Em caso de cancelamento de um voo, os passageiros em causa têm direito a:

[...]

c) Receber da transportadora aérea operadora indemnização nos termos do artigo 7º [...]

12 O artigo 6º do referido regulamento prevê as obrigações em matéria de assistência

aos passageiros que são impostas às transportadoras aéreas em caso de atraso do voo.

13 O artigo 7º, nº 1, do mesmo regulamento tem a seguinte redação:

«Em caso de remissão para o presente artigo, os passageiros devem receber uma indemnização no valor de:

a) 250 euros para todos os voos até 1 500 quilómetros;

b) 400 euros para todos os voos intracomunitários com mais de 1 500 quilómetros e para todos os outros voos entre 1 500 e 3 500 quilómetros;

c) 600 euros para todos os voos não abrangidos pelas alíneas a) ou b).

[...]

14 Nenhuma disposição do Regulamento nº 261/2004 precisa o prazo no qual devem ser intentadas as ações destinadas a obter o respeito pelos direitos garantidos no referido regulamento.

Direito espanhol

15 A legislação nacional aplicável estabelece um prazo de recurso de dez anos para as ações cujo exercício não está sujeito a nenhum outro prazo.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

16 J. Cuadrench Moré fez uma reserva na KLM, para um voo previsto para 20 de dezembro de 2005, com partida de Xangai (China) e chegada a Barcelona (Espanha). O voo KL 0896, que devia efetuar esse trajeto, foi anulado, o que obrigou J. Cuadrench Moré a viajar, no dia seguinte, noutra companhia, via Munique (Alemanha).

17 Em 27 de fevereiro de 2009, J. Cuadrench Moré intentou no Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona uma ação contra a KLM, em que reclamava, com base no Regulamento nº 261/2004, uma

indenização de 2 990 euros, montante acrescido de juros e custas, a título de indenização pelo prejuízo sofrido devido à anulação do voo em causa.

18 A este respeito, a KLM alegou que a ação tinha prescrito devido ao decurso do prazo de dois anos previsto no artigo 29º da Convenção de Varsóvia, no qual devem ser intentadas as ações de indenização contra transportadoras aéreas.

19 Por sentença de 26 de maio de 2009, o Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona condenou a KLM no pagamento de uma soma de 600 euros, acrescida de juros legais, com base no Regulamento nº 261/2004. Na sua sentença, este órgão jurisdicional julgou improcedente o fundamento de defesa alegado pela KLM, considerando que nem o prazo de prescrição previsto no artigo 29º da Convenção de Varsóvia nem o previsto no artigo 35º da Convenção de Montreal eram aplicáveis ao caso em apreço, dado que o que estava em causa era o Regulamento nº 261/2004. Tendo em conta a falta de disposição expressa nesse regulamento, que fixe o prazo no qual devem ser intentadas as ações nele referidas, o dito órgão jurisdicional considerou que era aplicável a legislação espanhola.

20 Tendo sido interposto recurso para a Audiencia Provincial de Barcelona, este órgão jurisdicional considera que, na falta de disposição expressa do Regulamento nº 261/2004 sobre a matéria, os acórdãos de 10 de janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C344/04, Colet., p. I403), e de 22 de dezembro de 2008, Wallentin Hermann (C549/07, Colet., p. I11061), em conjugação com o acórdão de 22 de outubro de 2009, Bogiatzi (C301/08, Colet., p. I10185), não permitem identificar, com um grau de certeza suficiente, o prazo de recurso aplicável.

21 Neste contexto, a Audiencia Provincial de Barcelona decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o [Regulamento nº 261/2004] ser interpretado no sentido de que, em matéria de prescrição, é aplicável o prazo de dois anos previsto no artigo 35º da Convenção de Montreal, ou deve considerarse aplicável outra norma [do direito da União] ou a legislação nacional?»

Quanto à questão prejudicial

22 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o Regulamento nº 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que o prazo no qual devem ser intentadas as ações que tenham por objeto obter o pagamento da indenização prevista nos artigos 5º e 7º deste regulamento é determinado pelo artigo 35º da Convenção de Montreal ou em conformidade com outras disposições, em particular com as regras de cada Estado-Membro em matéria de prescrição de ações.

23 A título preliminar, importa recordar que, em caso de anulação de um voo e sob reserva de que essa anulação seja devida a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ser evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, os artigos 5º e 7º do Regulamento nº 261/2004 reconhecem aos passageiros o direito a uma indenização que varia de acordo com a distância e o destino do voo em causa, direito que os passageiros podem invocar, se necessário, nos tribunais nacionais.

24 Para este efeito, é pacífico que o Regulamento nº 261/2004 não contém nenhuma disposição relativa ao prazo de prescrição das ações intentadas nos tribunais

nacionais tendo como objeto a obtenção do pagamento da indemnização prevista nos artigos 5º e 7º deste regulamento.

25 Ora, é jurisprudência constante que, na falta de regulamentação da União na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada EstadoMembro definir as regras processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União, desde que estas regras respeitem os princípios da equivalência e da efetividade (v., neste sentido, acórdão de 25 de novembro de 2010, Fuß, C429/09, Colet., p. I12167, nº 72).

26 De onde resulta que o prazo no qual devem ser intentadas as ações que tenham por objeto obter o pagamento da indemnização prevista nos artigos 5º e 7º do Regulamento nº 261/2004 é determinado pelo direito nacional de cada EstadoMembro, desde que essas regras respeitem os princípios da equivalência e da efetividade.

27 Esta conclusão não pode ser posta em causa, ao contrário do que alega a KLM, pelo facto de o artigo 29º da Convenção de Varsóvia e o artigo 35º da Convenção de Montreal preverem que a ação de indemnização a título dos direitos reconhecidos por essas convenções deve ser intentada, sob pena de prescrição, no prazo de dois anos a contar da chegada ao destino ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado, ou da interrupção do transporte.

28 Com efeito, a indemnização prevista nos artigos 5º e 7º do Regulamento nº 261/2004 situase fora do âmbito de aplicação das Convenções de Varsóvia e de Montreal (v., neste sentido, acórdão de 23 de outubro de 2012, Nelson e o., C581/10 e C629/10, ainda não publicado na Coletânea, nº 55).

29 Assim, não se pode considerar que a prescrição de dois anos fixada pelo artigo 29º da Convenção de Varsóvia e pelo artigo 35º da Convenção de Montreal se aplica às ações intentadas, em particular, a título dos artigos 5º e 7º do Regulamento nº 261/2004.

30 Esta conclusão também não pode ser contrariada pelo acórdão Bogiatzi, já referido, nos termos do qual o Tribunal de Justiça decidiu que o Regulamento nº 2027/97 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe à aplicação do artigo 29º da Convenção de Varsóvia a uma situação em que o passageiro invoca a responsabilidade da transportadora aérea pelos prejuízos que sofreu num voo entre os EstadosMembros.

31 A este propósito, deve salientarse que, como resulta do artigo 1º do Regulamento nº 2027/97, na versão em vigor à época dos factos que deram lugar ao acórdão Bogiatzi, já referido, o mencionado regulamento diz respeito à responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidente, que é igualmente visada no artigo 17º da Convenção de Varsóvia.

32 O Regulamento nº 2027/97 tinha unicamente como objeto, no que respeita ao transporte aéreo entre EstadosMembros, substituir por disposições mais protetoras dos passageiros vítimas de acidentes aéreos as disposições previstas na Convenção de Varsóvia, sem, no entanto, afastar a aplicação das restantes disposições, entre as quais figuravam, em particular, as modalidades da ação de indemnização prevista no artigo 29º desta Convenção (v., neste sentido, acórdão Bogiatzi, já referido, n.ºs 41 a 44). Em contrapartida, o Regulamento nº 261/2004 instaura um regime de reparação uniforme e imediata dos prejuízos constituídos pelos inconvenientes devidos aos atrasos e anulações dos voos, o qual se inscreve a montante da Convenção de Montreal e,

portanto, é autónomo em relação ao regime resultante da mesma (v., neste sentido, acórdão Nelson e o., já referido, n.ºs 46, 55 e 57 e a jurisprudência referida).

33 Tendo em conta o que precede, há que responder à questão submetida que o Regulamento nº 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que o prazo no qual devem ser intentadas as ações que tenham por objeto obter o pagamento da indemnização prevista nos artigos 5º e 7º desse regulamento é determinado em conformidade com as regras de cada Estado-Membro em matéria de prescrição da ação.

Quanto às despesas

34 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

O Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) nº 295/91, deve ser interpretado no sentido de que o prazo no qual devem ser intentadas as ações que tenham por objeto obter o pagamento da indemnização prevista nos artigos 5º e 7º desse regulamento é determinado em conformidade com as regras de cada Estado-Membro em matéria de prescrição da ação.

Assinaturas

* Língua do processo: espanhol.

ENTREVISTA CONCEDIDA POR JULIANA PEREIRA DA SILVA, SECRETÁRIA NACIONAL DO CONSUMIDOR, AO NETCONSUMO,

jornal virtual da Associação Portuguesa de Direito do Consumo, apDC, sociedade científica portuguesa que se dedica à promoção dos interesses e à proteção dos direitos do consumidor:

1. Como se delinea a política de consumidores no Brasil?

A política de proteção ao consumidor está prevista no próprio Código de Defesa do Consumidor que estabelece os princípios que devem presidir a Política Nacional das Relações de Consumo. Também por força de lei a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) é a responsável por sua elaboração e coordenação, e sua construção é feita em conjunto com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). A SENACON se reúne trimestralmente com o SNDC para estabelecer suas prioridades, agendas estratégicas e temas relevantes a serem tratados no próximo período. Assim, a Política Nacional das Relações de Consumo tem seus valores e princípios estabelecidos na própria norma e é construída pelo conjunto composto pela SENACON e pelo SNDC. Vale ressaltar que a Política também prevê a harmonização das relações de consumo, por isso são estabelecidos diálogos com setores estratégicos do mercado. Temos hoje, por exemplo, o Projeto Indicadores Públicos de Defesa do Consumidor, que envolve 21 empresas dos setores de varejo, telecomunicações e serviços financeiros. Nesse projeto, com base nas informações do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), ou seja, nas reclamações do consumidor, são discutidas medidas de redução de demandas e de melhoria na resolutividade de conflitos. Outro exemplo de construção da Política Nacional são as oficinas temáticas e toda a construção do conhecimento produzida pela Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC). Enfim, o Sindec e a Escola Nacional são alguns dos instrumentos na construção dessa Política Nacional das Relações de Consumo. De qualquer forma, a construção da Política Nacional também é feita no âmbito de Saúde e Segurança do Consumidor; em grupos de estudo como Grupo de Estudos Permanentes de Acidentes de Consumo (GPAC), que discute todas as diretrizes para prevenção de acidentes de consumo, reparação ou repressão de danos; além do Instituto Nacional de Metrologia (Inmetro); a Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa); o Departamento Nacional de Trânsito (Denatran); o Ministério Público (MP); os Procons; entidades civis como o Idec; etc. Ou seja, várias ações demonstram a forma como a construção e a condução da Política Nacional é feita no Brasil. Ressaltando que essa construção é exercida de forma democrática, articulada e em conjunto com todos os atores que defendem os consumidores brasileiros.

2. Que instituições integram o denominado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor?

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) possui atualmente os seguintes agentes: 26 PROCONS estaduais e um do Distrito Federal, abrangendo todas as unidades

da Federação brasileira; 647 PROCONS municipais; o Ministério Público das 27 unidades federativas e o próprio Ministério Público Federal; a Defensoria Pública das 26 unidades federativas que as possuem; e 23 Associações Civas de Defesa do Consumidor reunidas em quatro grandes associações que são a Associação Procons Brasil, o MPCON, a Comissão de Defesa do Consumidor do CONDEGE e o Fórum Nacional das Entidades Civas de Defesa do Consumidor.

3. A informação dirigida, em geral, ao consumidor constitui uma preocupação nuclear da Secretaria Nacional do Consumidor?

Embora a **Secretaria Nacional do Consumidor** não atenda individualmente os consumidores, todas as ações da SENACON tem como objetivo informar o consumidor, empoderar esse consumidor, prevenir conflitos e reprimir os descumprimentos às normas de defesa do consumidor. Além disso, a Secretaria possui em seu web site informações públicas que podem orientar os consumidores. Também temos cursos, na própria Escola Nacional de Defesa do Consumidor, voltados pra consumidores e em 2013 teremos um primeiro curso de educação financeira especificamente destinado ao público geral interessado.

4. A Escola Nacional de Defesa do Consumidor é uma realidade incontornável: que actividades privilegia neste momento a Escola? A formação de formadores é para os seus mentores uma prioridade? Como se processa?

A **Escola Nacional de Defesa do Consumidor** é o espaço de construção do conhecimento, capacitação e discussão de políticas públicas em defesa do consumidor. Por meio dela são desenvolvidas atividades de formação presencial em todas as regiões do país e formação a distância em várias modalidades de cursos. Uma outra ação importante da ENDC é a elaboração, a produção e a difusão do conhecimento através de publicações de manuais, cadernos de investigações científicas e Boletins voltados para o **Sistema Nacional de Defesa do Consumidor** e a sociedade. Atualmente já capacitou gratuitamente mais de 10.000 pessoas em defesa do consumidor. Mas a Escola Nacional de Defesa do Consumidor, além de priorizar a formação de seus alunos, exerce outra função, não menos importante, que é a da construção do conhecimento e de políticas públicas, praticada nas oficinas. Por exemplo, assim que a SENACON firmou cooperação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – que tem hoje a função de promover a política de defesa economica e combate a condutas anticompetitivas – foi realizada uma oficina para aproximar as duas áreas e ver em que medida essa aproximação pode dar maior efetividade na proteção dos consumidores. A oficina com o CADE também objetivou a construção de políticas e ações que possam contribuir na atuação dos órgãos de defesa do consumidor. Mais ainda, essa oficina teve também o objetivo de aproximar as áreas visando a criação de medidas conjuntas, no caso, em conjunto com o tema do consumo e concorrência. Tivemos ainda oficina de saúde e segurança, com participação da ANVISA e do INMETRO, que são nossos parceiros na proteção da saúde e da segurança. Essa

oficina foi importante porque quem de fato analisa o risco e o defeito não é exatamente a SENACON, mas sim seus parceiros, que têm essa competência originária. Assim, vejo que a oficina hoje é um espaço fundamental na construção do conhecimento não só em direito do consumidor, mas também em outras áreas como da sociologia, da economia, da medicina, que aproximadas ao direito do consumidor contribuíram de uma maneira muito forte para a proteção dos consumidores. Podemos concluir então que dentro do tema ensino, a Secretaria tem três eixos: o eixo de formação, o eixo de construção e, por fim, o eixo de publicação, pois a Escola Nacional de Defesa do Consumidor tem sua linha editorial de publicação que queremos inclusive ampliar em 2013.

5. A educação para o consumo inscreve-se institucionalmente nos currícula escolares?

A matriz curricular brasileira contempla vários temas transversais. Então, temas hoje que envolvem, de uma maneira ou de outra, a formação do indivíduo como consumidor é tratado de forma transversal em várias disciplinas, especialmente no que tange a educação financeira e uso do crédito. Há um trabalho do Ministério da Educação muito importante nessa temática. Há também várias iniciativas nos Estados, já que o Brasil é um país que tem, em sua composição, 27 Unidades da Federação, e cada uma delas tem sua autonomia na construção dessa matriz curricular, cuja responsabilidade é das Secretarias Estaduais de Educação.

6. Como opera a gestão do Fundo de Direitos Difusos, que projectos patrocina e se concretiza o apoio institucional às associações de consumidores no Brasil?

Atualmente, a **Secretaria Nacional do Consumidor** preside o **Fundo de Direitos Difusos**. O CFDD tem a função de administrar a aplicação dos recursos oriundos de condenações em ações civis públicas, infrações ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei de Defesa da Concorrência, indenizações e demais rendas originárias de pessoas físicas ou jurídicas que violem bens difusos. Tais recursos são destinados à reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético e paisagístico, danos resultantes de infrações à ordem econômica dentre outros interesses difusos e coletivos. Os recursos do **Fundo de Direitos Difusos** também podem ser aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos e científicos, na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado, e na modernização administrativa dos órgãos públicos.

7. Ante o engarrafamento dos juizados especiais, encarará a Secretaria Nacional do Consumidor a via da desjudicialização dos conflitos de consumo como meio de se cumprir a trilogia “justiça rápida, segura e gratuita”?

Sim.

8. Se sim, de que modo?

A Secretaria Nacional do Consumidor tem como uma de suas prioridades a ampliação da cooperação com o Poder Judiciário Brasileiro, exatamente para trabalhar conjuntamente em políticas públicas para prevenção e solução de conflitos de consumo. Nesse sentido foi assinado, em 13 de novembro deste ano, um Termo de Cooperação Técnica entre a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, a Secretaria de Reforma do Judiciário – SRJ e o Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo principal é o de aproximar as tutelas administrativas de proteção e defesa do consumidor tanto na esfera administrativa, a exemplo dos Procons, quanto na esfera judicial, no caso dos Juizados Especiais. Mais do que isso, também pretendemos, em parceria com a SRJ, criar uma **Comissão Nacional de Proteção ao Consumidor e Acesso à Justiça**. Nesta, estarão representados o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público a Secretaria de Reforma do Judiciário, e a Secretaria Nacional do Consumidor. Esses importantes órgãos atuarão conjuntamente na construção de instrumentos para diminuição dos conflitos de consumo tanto na tutela administrativa, quanto na tutela judicial.

9. Como encara o projeto de atualização do Código de Defesa do Consumidor?

A atualização do Código de Defesa do Consumidor é uma iniciativa do Senado Federal e a SENACON respeita essa iniciativa. Esse tema é trabalhado na Secretaria em conjunto com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. No âmbito do Ministério da Justiça, nós temos uma Comissão de Especialistas do SNDC, que é uma espécie de conselho consultivo que a Secretaria tem para análise normativa de impacto para o consumidor. Então, toda e qualquer norma, seja uma lei, um regulamento de Agência, seja decreto ou portaria com repercussão para as relações de consumo é analisada por essa Comissão. No processo de atualização do CDC, não está sendo diferente. A Comissão analisou as propostas, apresentou contribuições, realizou audiências públicas em conjunto com o SNDC em todas as cinco regiões do Brasil e entregou um relatório de todo o trabalho aos membros da Comissão de Juristas do Senado Federal. Nessa fase da atualização, a SENACON e o SNDC vão acompanhar toda a evolução dessa discussão no Senado, e depois na Câmara dos Deputados, sempre no sentido de colaborar com os parlamentares e evitar que se tenha qualquer retrocesso normativo ou qualquer perda de direitos para os consumidores brasileiros.

10. Na Europa fala-se de um Código dos Contratos, mormente de um Código de Contratos de Consumo, dado que a obra legislativa é esparsa, inúmeros os contratos típicos e a codificação seria um passo para uma melhor compreensão do direito contratual do consumo. Como veria no Brasil uma iniciativa do estilo, como complemento ou extensão do, aliás, valioso Código de Defesa do Consumidor?

A proteção contratual do consumidor no Brasil é feita a partir das normas do próprio Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que inclusive influenciou nosso próprio Código

Civil, que é de 2002. Embora a elaboração normativa seja prerrogativa do Poder Legislativo, a meu ver, as bases gerais, as linhas mestras de qualquer contrato de consumo estão bastante claras no Código de Defesa do Consumidor e no próprio Código Civil. Claro que o mercado de consumo se sofisticou bastante e há inúmeros tipos de contratos considerando as especificidades e complexidades dos produtos e serviços existentes, entretanto me parece que a matriz geral desses contratos está muito bem regulamentada no Brasil.

11. Neste momento, quais são as grandes prioridades da sua Secretaria Nacional?

As grandes prioridades da Secretaria Nacional do Consumidor se dividem basicamente em três grandes eixos. O primeiro deles é fortalecer o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor estar apoiar a atuação de cada um deles em suas respectivas atribuições. Por exemplo, buscamos sempre apoiá-los através da formação permanente e da construção do conhecimento em políticas públicas de defesa do consumidor através da Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC). Da mesma forma, trabalhamos para empoderar os consumidores e dar voz as suas reclamações através do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), sistema que integra atualmente o trabalho dos PROCONS em 280 cidades brasileiras. Enfim, trabalhar em conjunto com os PROCONS, com o Ministério Público, com as Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor e com a Defensoria Pública sempre será uma prioridade para a SENACON. Para 2013 vamos apoiar a ampliação do atendimento ao consumidor no Brasil, através de parcerias com Estados e municípios.

O segundo eixo prioritário, será a interlocução com as agências e órgãos reguladores. Grande parte dos conflitos de consumo que temos no Brasil hoje são provenientes de serviços regulados, então, é importante aprofundar a discussão e atuação conjunta. Vamos criar em parceria com os órgãos reguladores, o **Observatório Nacional Consumo e Regulação**, que terá como grande objetivo construir em toda e qualquer análise de impacto regulatório indicadores de respeito ao consumidor. Se de um lado é importante a universalização dos serviços, de outro é fundamental que os serviços sejam serviços de qualidade e que cada vez que o consumidor tiver um problema o mercado regulado esteja preparado para solucionar esses conflitos. Como hoje, mais de 50% das demandas de consumo no Brasil são oriundas de conflitos de áreas já reguladas, o segundo eixo prioritário da Secretaria está voltado para a regulação.

Por fim, o terceiro eixo prioritário será composto pelo que eu chamo de “novos temas”. A SENACON tem liderado no Brasil o debate sobre a necessidade de regulamentar a proteção dos dados pessoais dos consumidores. Esperamos concluir nosso trabalho apresentando uma proposta legislativa ao Congresso Nacional em 2013. Vamos trabalhar ainda questões de assuntos financeiros, nesse sentido teremos três frentes de trabalho: combate a práticas abusivas; melhoria da transparência da informação; e educação financeira. Por último, também trabalharemos o consumo sustentável, preocupa-nos o fato de que a falta de uma política de pós-venda e a dificuldade do consumidor brasileiro para obter assistência técnica nos produtos eletroeletrônicos contribua para o aumento do lixo eletrônico. O consumidor pode ser um grande parceiro da proteção ambiental, mas para tanto devem ser colocadas alternativas à sua disposição. Em 2013 também trabalharemos políticas sobre consumo e turismo, preparando nosso País para os grandes eventos, Copa 2014 e Olimpíadas 2016.

12. Como perspectiva a cooperação com os países de língua portuguesa, e mormente com Portugal?

A Secretaria Nacional do Consumidor já possui um acordo de cooperação com a Direção-Geral do Consumidor de Portugal assinado em maio deste ano. O que já permitiu duas reuniões bilaterais para troca de informações sobre áreas importantes para os consumidores dos dois países como serviços públicos regulados e segurança de produtos e serviços. Novas cooperações serão bem vindas.

13. A apDC teve em julho de 2012 uma iniciativa retumbante – um Curso de Verão –, que concitou o interesse de brasileiros com manifesto interesse pelo direito do consumidor/direito do consumo. A apDC, dado o sucesso registado, intenta dar expressão, já a partir de janeiro/fevereiro, a CURSOS DE FÉRIAS. O que se lhe afigura da iniciativa? A Secretaria Nacional estaria disposta a patrocinar eventos do estilo, no intuito de reforçar a cooperação entre ambos os países, como convém?

No âmbito da administração pública federal brasileira, não há a possibilidade de um órgão de Estado patrocinar qualquer evento fora de nossa jurisdição.

14. Que iniciativa tem em mira no próximo ano no quadro das celebrações de Portugal no Brasil e de Brasil em Portugal?

A SENACON está planejando o aprofundamento da cooperação em defesa do consumidor com a Direção-Geral do Consumidor de Portugal. Também esperamos poder inaugurar uma nova cooperação com a Associação Portuguesa de Direito do Consumo em prol da defesa do consumidor em nossos países.

15. Quer deixar, por fim, uma mensagem aos consumidores portugueses?

Atualmente constatamos que a economia mundial está baseada no consumo, diante dessa realidade é fundamental o fortalecimento da proteção dos consumidores, porque além de ser de fundamental importância garantir ao cidadão o exercício de seus direitos, respeitar o consumidor é também produzir produtos e serviços seguros e de qualidade. O cidadão consumidor, portanto, deve ser tratado como protagonista na sociedade de consumo e não como objeto das ações comerciais. O poder está com o consumidor e precisamos conscientizá-los sobre essa situação.